AIC
Associazione Italiana
dei Costituzionalisti

Osservatorio AIC

Bimestrale di attualità costituzionale

Anno 2022/ 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 2022-2024, Direttore responsabile è il presidente dell'AIC, Prof. Sandro Staiano, Direttori scientifici sono la Prof.ssa Francesca Biondi, il Prof. Corrado Caruso, il Prof. Massimo Cavino e la Prof.ssa Giovanna Pistorio.

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

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Indice del Fascicolo 5 del 2022

Attualità

V. Desantis, *Elezioni parlamentari e rappresentazione delle minoranze linguistiche: questioni connesse alle ipotesi di candidature di coalizione multiple per i medesimi collegi uninominali del Trentino-Alto Adige/Südtirol*.....5

F. Cirillo, *La rotta è già tracciata. Offerta normativa e proposte di legge sul fine vita*.....21

L. Pace, *La confluenza di più decreti legge. Sui problemi costituzionali di un fenomeno di conversione apparente*.....41

F. Micari, *L'introduzione del Comitato per la legislazione al Senato: commento al nuovo articolo 20-bis del Regolamento*.....72

Giurisprudenza

D.U. Galetta, M. Giavazzi, *Nozione di giudicato, giudicato implicito e limiti all'autonomia processuale degli Stati membri UE (nota a margine della sentenza in cause riunite C-693/19 e C-831/19, 17 maggio 2022)*...97

E. Crivelli, *La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota a Corte cost. n. 79 del 2022*.....129

S. Cafiero, *Una nuova pronuncia di illegittimità costituzionale sulla disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo nella «riforma Fornero»*.....147

E. Frontoni, *La Corte scrive la nuova disciplina del cognome dei figli*.....162

V. De Santis, *Vitalizi regionali e retroattività impropria: quando la modifica in pejus del trattamento di favore non lede il legittimo affidamento*.....174

AIC
Associazione Italiana dei Costituzionalisti
Osservatorio costituzionale

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE
Codice ISSN: 2283-7515
Fasc. 5/2022
Data: 6 settembre 2022

Elezioni parlamentari e rappresentazione delle minoranze linguistiche: questioni connesse alle ipotesi di candidature di coalizione multiple per i medesimi collegi uninominali del Trentino-Alto Adige/Südtirol[*]

di **Vincenzo Desantis** – *Assegnista di ricerca nell'Università degli Studi di Trento*

TITLE: Parliamentary elections and representation of linguistic minorities: questions related to the hypotheses of multiple coalition candidacies for the same electoral college: the case of Trentino-Alto Adige/Südtirol

ABSTRACT: La vigente legge elettorale prevede che le liste elettorali rappresentative di minoranze linguistiche riconosciute dagli Statuti speciali e dalle norme di attuazione degli Statuti delle Regioni speciali che si presentano alle elezioni in coalizioni con altre liste possono esprimere un proprio candidato, diverso da quello della coalizione. Questa eccezione è idonea a favorire l'elezione di candidati rappresentativi delle minoranze linguistiche, ma l'assenza di adeguate indicazioni di dettaglio e di modelli di scheda elettorale per governare questa possibilità costituisce un grave elemento di incertezza in vista delle prossime elezioni.

The current electoral law provides that the electoral lists representing recognized linguistic minorities that present themselves in the elections in coalitions with other lists may express their own candidate (different from that one of the coalition). This exception is provided to favor the election of candidates representing linguistic minorities, but the absence of adequate detailed

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

indications and facsimile voting papers required to face the hypothesis of multiple candidacies constitutes a serious element of uncertainty in view of the upcoming elections.

KEYWORDS: Elezioni politiche; candidature multiple; scheda elettorale; minoranze linguistiche; collegi uninominali; parliamentary elections; multiple candidacies; voting paper; linguistic minorities; single-member colleges

SOMMARIO: 1. Alcune evidenziate criticità del Rosatellum-bis: cenni introduttivi. – 2. Le deroghe della disciplina elettorale per la tutela delle minoranze linguistiche riconosciute dalla legge. – 3. Questioni connesse alla possibilità di candidature multiple per i collegi uninominali. – 4. Brevi considerazioni conclusive.

1. Alcune evidenziate criticità del Rosatellum-bis: cenni introduttivi

La vigente disciplina elettorale, introdotta con la legge n. 165/2017 (giornalisticamente conosciuta con l'appellativo *Rosatellum-bis*[1]), regola l'elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, prescrivendo che l'attribuzione dei seggi avvenga con sistema misto[2]. Per le elezioni parlamentari, il territorio nazionale è ripartito in circoscrizioni[3], all'interno delle quali sono individuati, per legge, collegi uninominali e plurinominali, i secondi dei quali sono ricavati dall'accorpamento delle aree di afferenza di collegi uninominali contigui. In ciascun collegio plurinominale, ciascuna lista o coalizione di liste è tenuta a presentare una sola candidatura presso ogni collegio uninominale compreso nel collegio plurinominale[4] e l'elettore

[1] La legge è ironicamente chiamata così dal nome del suo relatore, Ettore Rosato. Il *bis* si deve al fatto che si tratta del secondo disegno di legge ideato dal medesimo relatore. Il primo non fu mai approvato.

[2] Più precisamente, il 37,5% dei seggi parlamentari è assegnato con metodo maggioritario ai candidati dei collegi uninominali che riportino il maggior numero di voti, mentre il 62,5% dei seggi è ripartito con sistema proporzionale, con il metodo del quoziente e dei più alti resti, tra liste o coalizioni che si presentano in collegi plurinominali, formati attraverso l'accorpamento di collegi uninominali contigui. Recentemente, la l. 27 maggio 2019, n. 51, ha novellato la prima formulazione della c.d. *Legge Rosato,* per adeguarne il testo all'ipotesi (poi verificatasi) dell'approvazione di una revisione costituzionale per la riduzione del numero dei parlamentari.

[3] Al Senato della Repubblica, eletto su base regionale *ex* art. 57, co. 1, Cost., l'estensione della circoscrizione coincide con il territorio regionale.

[4] Cfr. l'art. 18-*bis* del d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361, *Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati*.

vota, sulla stessa scheda, sia per il candidato (di lista o di coalizione) all'uninominale, sia per una delle liste a sostegno del candidato al collegio plurinominale.

Come si può intuire, il funzionamento di questo particolare sistema elettorale prevede che gli stessi voti impiegati per eleggere il candidato di maggioranza relativa al collegio uninominale siano utilizzati per ripartire, con metodo proporzionale, i seggi del collegio plurinominale di riferimento[5]. Più precisamente, i voti che occorrono per eleggere il candidato di maggioranza relativa dei collegi uninominali sono nuovamente utilizzati ai fini del computo delle cifre elettorali, circoscrizionali e nazionali, e conteggiati sia ai fini del superamento delle soglie di sbarramento, sia per la distribuzione dei seggi con metodo proporzionale.

Ora, il fatto che questi voti, a differenza di quelli dei candidati non eletti ai collegi uninominali, utilizzati solo per l'elezione al plurinominale, siano impiegati due volte, e cioè sia per l'elezione maggioritaria che per quella proporzionale, fa sì che i voti *in entrata* di candidati vincenti e sconfitti abbiano un peso *in uscita* decisamente differente, capace di ripercuotersi in fase di conteggio e, per quel che qui più importa, sul rispetto del principio di eguaglianza del voto, ricavabile dall'art. 48, co. 2, della Costituzione della Repubblica[6]: ai sensi della disciplina elettorale, solo i voti del candidato vincente assumono, infatti, rilevanza *due volte* e questo fa registrare una disparità nel trattamento di voti uguali, espressi da cittadini con uguali diritti[7].

La vista criticità si somma, poi, ad altre, evidenziate, problematiche[8], tra le quali si segnalano, in particolare: 1. la mancata possibilità di articolare, in qualche modo, la propria manifestazione di voto (sia per ciò che concerne l'espressione di preferenze, come noto preclusa, sia per quanto

[5] Quanto detto è possibile tra liste che abbiano superato le soglie di sbarramento previste dalla disciplina in parola, che sono del 3 e del 10% dei voti validi espressi su tutto il territorio nazionale, per ciò che riguarda la Camera, oppure del 20% su base regionale, per l'elezione al Senato. Si danno, poi, deroghe per ciò che concerne le liste rappresentative di minoranze linguistiche riconosciute dalla legge. Ma, per questo, v. *infra*.

[6] Sull'eguaglianza del voto cfr., tra gli altri, M. ARMANNO, *Personale, uguale, libero e segreto. Il diritto di voto nell'ordinamento costituzionale italiano,* Editoriale scientifica, Napoli, 2018 e, per una disamina più tagliata sulla relazione tra requisiti costituzionali del voto e sistema elettorale ID., *La tutela del diritto di voto tra Costituzione e sistema elettorale,* in *Osservatorio sulle Fonti*, 2/2018. Sul punto si rinvia anche a M. RUBECHI, *Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive,* Giappichelli, Torino, 2006,

[7] Sul punto, in particolare, cfr. M. COSULICH, *Much Ado About Nothing, ovvero dell'inutile compressione dell'eguaglianza del voto nella vigente legislazione elettorale parlamentare,* in *Nomos*, n. 1, 2021.

[8] Evidenzia tutte queste problematiche M. COSULICH, *Il tramonto dell'eguaglianza (del voto). Considerazioni critiche sulla legge n. 165 del 2017,* in *Critica del Diritto,* n. 2, 2017, p. 30. In tema, l'A. rinvia anche a L. SPADACINI, *Le astuzie incostituzionali del* Rosatellum, in *Il Manifesto,* 25 ottobre 2017, p. 4; F. SGRÒ, *Prime considerazioni sulla legge n. 165 del 2017: questioni nodali e specificità del nuovo sistema elettorale italiano,* in *Osservatorio costituzionale AIC,* n. 3, 2017, pp. 6-7; A. APOSTOLI, *il c.d.* Rosatellum-bis. *Alcune prime considerazioni,* in *Osservatorio costituzionale AIC,* n. 3, 2017, p. 10.

riguarda la possibilità di operare un voto disgiunto[9], parimenti esclusa); 2. la conseguente impossibilità di esprimere, per queste elezioni, una doppia preferenza di genere, soluzione che pure può dirsi incoraggiata dai principi generali ormai affermati dal nostro ordinamento[10]; 3. il fatto che la componente maggioritaria del sistema elettorale, assegnando i seggi dei collegi uninominali ai candidati di maggioranza relativa senza prevedere particolari correttivi, può realizzare l'elezione di molti candidati appartenenti a forze politiche suffragate solo localmente e risultate sconfitte o minoritarie al livello nazionale.

L'assegnazione dei seggi a candidati con queste caratteristiche potrebbe, come intuibile, minare la governabilità del sistema, ponendosi in aperto contrasto con i propositi perseguiti da questa e dalle altre recenti legislazioni elettorali, vale a dire la realizzazione di maggioranze di governo sempre più stabili e, conseguentemente, meno soggette a crisi, rimpasti e quant'altro.

Ebbene, i profili problematici appena menzionati sono stati, tra gli altri, oggetto di accurate riflessioni da parte della dottrina e costituiscono, con ogni evidenza, materia viva del dibattito relativo all'opportunità di sostituire o, quantomeno, migliorare l'attuale disciplina elettorale.

Il dialogo sul punto è alimentato dalla necessità, da più parti avvertita, di operare un nuovo intervento organico per il governo normativo della materia elettorale, soprattutto a seguito della riduzione del numero dei parlamentari, intervenuta in questa legislatura.

Il breve contributo che si intende offrire in questa sede mira, però, se possibile, a riprendere il discorso sulle criticità della vigente legge elettorale per evidenziare, nella più ampia prospettiva di un suo totale o parziale ripensamento, un ulteriore profilo problematico a cui occorre porre rimedio. In particolare, le riflessioni che seguiranno si soffermeranno sulla penuria di indicazioni riscontrabile rispetto alla possibilità, prevista dalla stessa legge elettorale, di presentare più di un candidato per il medesimo collegio uninominale e riconosciuta in favore di coalizioni nelle quali si presentino liste rappresentative di minoranze linguistiche individuate dagli Statuti delle autonomie speciali o dalle loro norme di attuazione.

[9] La mancata previsione della possibilità di operare un voto disgiunto fa sì che l'aver contrassegnato la propria preferenza sulla lista di coalizione che si intende votare fa sì che si voti, per il collegio uninominale, anche, automaticamente, il candidato collegato a quella lista di coalizione (cioè il candidato di coalizione).

[10] Pur non prevedendo la possibilità di esprimere una doppia preferenza di genere, la tutela delle pari opportunità è perseguita attraverso altre disposizioni, tra cui, ad esempio, quella che prescrive che ogni lista bloccata presenti un ordine di genere alternato tra candidati.

Premessa una breve e necessaria ricapitolazione della disciplina derogatoria che il legislatore elettorale ha apprestato per la tutela e la rappresentazione delle minoranze linguistiche, il prosieguo di questo lavoro si interrogherà sui problemi derivanti dall'assenza di indicazioni utili a disciplinare compiutamente l'esercizio dell'accennata facoltà di legge, oltre che sulla conformazione stessa che assumerebbe la scheda elettorale in caso di candidature multiple per il medesimo collegio. L'eventualità di candidature multiple per il medesimo collegio rende, infatti, necessario immaginare come la scheda possa presentarsi anche nella sua variante "munita" di candidature di coalizione multiple per i medesimi collegi uninominali.

Allo stato attuale, la vista facoltà di legge, pure prevista dall'attuale legislazione e resa oggetto di alcuni riferimenti, normativi e non solo[11], è regolata in modo da lasciare inevasa tutta una serie di quesiti e problemi. La lacuna di indicazioni che sembra prendere forma in quest'area appare, peraltro, piuttosto grave e considerevole, specie laddove si consideri che insiste in un settore dell'ordinamento, quello della disciplina elettorale, presidiato da riserva di legge e, più in generale, molto più di altri bisognoso di minute regole di dettaglio.

2. Le deroghe della disciplina elettorale per la tutela delle minoranze linguistiche riconosciute dalla legge

Come accennato, la presente parte del lavoro riassumerà le principali deroghe che la legislazione elettorale appresta in favore della rappresentazione delle minoranze linguistiche alle elezioni politiche di Camera e Senato[12]. Attualmente, le deroghe predisposte dall'ordinamento, che riguardano le sole minoranze linguistiche riconosciute dagli Statuti delle autonomie speciali e dalle relative norme di attuazione statutarie, trovano applicazione soltanto entro l'ambito territoriale del Trentino-Alto Adige/Südtirol.

[11] A questo proposito si può rinviare alle *Istruzioni per la presentazione e l'ammissione delle candidature,* diramate dal Ministero dell'Interno per le Elezioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica del 4 marzo 2018, disponibili all'indirizzo: https://dait.interno.gov.it/documenti/pubb_01_politiche_ed.2018.pdf. Cfr., in particolare, pag. 39.

[12] Per la stesura di questa parte del lavoro si è debitori alle riflessioni già svolte in materia da M. COSULICH, *Legislazione elettorale e tutela delle minoranze linguistiche in Trentino-Alto Adige/Südtirol. Dal Consiglio provinciale al Parlamento Europeo,* in corso di pubblicazione tra gli atti del convegno *La specialità nella specialità. Convegno per il 50° anniversario del Secondo Statuto di Autonomia dell'Alto Adige/Südtirol e del Trentino (1972),* svoltosi a Trento, il 15 ottobre 2021, presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento.

Gli accorgimenti predisposti a questo scopo si spiegano, naturalmente, con la necessità di assicurare o, quantomeno, di favorire la rappresentazione parlamentare di gruppi politici di minoranza, tutelati dalla legge e, prima ancora, dalla stessa Costituzione (art. 6). La più vistosa eccezione che la tutela delle minoranze sconta rispetto alla disciplina generale è data dalla possibilità di presentare candidatura multiple, riconosciuta alle liste che le rappresentino.

Procedendo per gradi, la vigente disciplina ammette, in primo luogo, la fissazione di diverse e meno elevate soglie di sbarramento, a beneficio delle liste rappresentative di minoranze linguistiche. L'art. 83 del d.P.R. n. 361/1957 (il t.u. *Camera*) afferma, infatti, che, in favore di una lista «*rappresentativa di minoranze linguistiche riconosciute, presentata esclusivamente in una Regione ad autonomia speciale, il cui Statuto o le relative norme di attuazione prevedano una particolare tutela di tali minoranze linguistiche*», la soglia di sbarramento del 3% dei voti validamente espressi sul territorio nazionale, funzionale ad accedere al riparto proporzionale dei seggi, possa essere sostituita dalla clausola del «*20% dei voti validi espressi nella Regione medesima*», oppure dalla circostanza dell'avvenuta elezione di suoi candidati «*in almeno un quarto dei collegi uninominali della circoscrizione*[13]».

Allo stesso modo, la legislazione vigente dispone, per ciò che concerne il Senato[14], che, laddove una lista sia «*rappresentativa di minoranze linguistiche riconosciute*» e sia «*presentata esclusivamente in una Regione ad autonomia speciale, il cui Statuto o le relative norme di attuazione prevedano una particolare tutela di tali minoranze linguistiche*», la soglia di sbarramento generalmente prevista possa essere sostituita con il raggiungimento dell'elezione di candidati «*in almeno un quarto dei collegi uninominali della circoscrizione regionale*[15]». Il requisito alternativo è quello della clausola di sbarramento del 20% dei voti validi al livello regionale, in conformità all'art. 57, co. 1 Cost.

Ancora, risponde alla medesima logica di *favor* per l'elezione di candidati rappresentativi delle minoranze, la disposizione, parimenti applicabile al solo Trentino-Alto Adige/Südtirol, che ammette «*i partiti o i gruppi politici organizzati rappresentativi di minoranze linguistiche riconosciute, presenti in circoscrizioni comprese in Regioni ad autonomia speciale, il cui Statuto o le cui relative norme di attuazione prevedano una particolare tutela di tali minoranze linguistiche*», a coalizzarsi

[13] Cfr., a questo riguardo, art. 83, co. 1, lett. e, nn. 1 e 2.
[14] Cfr. il d.lgs. n. 533/1993.
[15] V. al riguardo, l'art. 16-bis, co. 1, lett. e, nn. 1 e 2.

con altri partiti o gruppi politici *soltanto in alcuni* (e, perciò, non in tutti) i «*collegi uninominali della rispettiva circoscrizione*[16]».

La *ratio* della disposizione è evidentemente quella di consentire ai partiti di minoranza di aderire "opportunisticamente" a più coalizioni, infrangendo la regola generale dell'uniformità delle stesse, ai sensi della quale alle alleanze è precluso di "spezzarsi" in più collegi[17].

Proseguendo la disamina, si può, poi, osservare che la normativa elettorale, derogando alla previsione generale che assegna, ad ogni circoscrizione (di Camera o Senato), i tre ottavi dei seggi disponibili ai collegi uninominali[18], devolve all'elezione dei membri della Camera dei deputati trentino-altoatesini un numero di seggi uninominali «*pari alla metà* – di quelli, n.d.r. – *assegnati alla circoscrizione medesima, con arrotondamento all'unità pari superiore*». Sono, invece, sei i collegi uninominali previsti per il Senato della Repubblica[19].

Alla Camera dei deputati, in particolare, la deroga di cui ora si è detto consente che quattro dei sette seggi che spettano alla Regione siano assegnati ai collegi uninominali, con i restanti tre a designazione dell'unico collegio plurinominale, esteso all'intera Regione[20].

Per quanto riguarda, invece, il Senato della Repubblica, la disciplina derogatoria prevista per il territorio trentino-altoatesino si differenzia, come accennato, dalla disciplina generale per il fatto che tutti e sei i seggi assegnati alla circoscrizione regionale[21] sono conseguibili a seguito dell'elezione in altrettanti collegi uninominali. In altre parole, l'elezione dei senatori del territorio trentino-altoatesino non avviene con metodo misto, perché l'individuazione degli eletti si esaurisce con l'assegnazione dei seggi uninominali[22].

Da ultimo, l'art. 18-*bis*, comma 1-*bis* del già richiamato *t.u. Camera*, nella sua versione attualmente vigente, stabilisce, all'art. 1-*bis*, che, «*Nel caso di liste collegate tra loro ai sensi*

[16] Cfr., a questo riguardo, l'art. 14-bis d.p.r. n. 361 del 1957, applicabile anche alle elezioni del Senato in forza del rinvio che opera in favore d questa disposizione l'art. 8 d.lgs. n. 533 del 1993.

[17] L'uso dell'espressione "spezzare" è ripreso, ancora una volta, da M. COSULICH, *Legislazione elettorale e tutela delle minoranze,* cit., p. 9. Su questo stesso concetto, l'A. richiama G. TARLI BARBIERI, *La legislazione elettorale nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 141 e ss.

[18] Cfr. l'art. 1, co. 2 d.p.r. n. 361 del 1957 e art. 1, co. 2 d.lgs. n. 533 del 1993.

[19] Cfr. l'art. 1, co. 4 d.lgs. 533.

[20] Se non fosse stata predisposta alcuna deroga, i seggi assegnati ai collegi uninominali sarebbero stati due, mentre quelli assegnati al plurinominale sarebbero stati cinque. La disciplina derogatoria così vigente consente a ciascuna Provincia autonoma di esprimere due collegi uninominali anziché uno.

[21] E distribuiti nella misura di tre per ciascuna Provincia autonoma, *ex* art. 57, co. 3 Cost.

[22] Sulle ragioni della misura derogatoria in parola, si rinvia a M. COSULICH, *Legislazione elettorale e tutela delle minoranze,* cit., p. 6 e ss. L'aspetto appena menzionato pone, come si può intuire, possibili problemi anche dal punto di vista dell'eguaglianza del voto. Sul punto si rinvia agli scritti menzionati precedentemente.

dell'art. 14-bis[23]*, queste presentano, salvo quanto stabilito all'ultimo periodo del presente comma, il medesimo candidato nei collegi uninominali*» (sottolineatura aggiunta).

La deroga, annunciata dallo stesso esordio della disposizione appena menzionata, afferma che *«Nelle liste di candidati presentate in un collegio plurinominale in cui partiti o gruppi politici organizzati, rappresentativi di minoranze linguistiche riconosciute, presentano separatamente proprie candidature nei collegi uninominali ai sensi dell'art. 14-bis, comma 2, queste sono indicate separatamente e sono specificamente sottoscritte dai rappresentanti, di cui all'articolo 17, di tutte le liste tra loro collegate».*

Ebbene, la disposizione appena menzionata rivela, in primo luogo, la possibilità, forse non del tutto nota, che le candidature di coalizione, ai collegi uninominali, possano anche essere multiple, cioè espressive di due (o più) candidati, sebbene limitatamente al caso di coalizioni che contengano liste di minoranza: sono, infatti, le liste di minoranza a poter esprimere un candidato diverso da quello individuabile dall'altra o dalle altre liste di coalizione.

In secondo luogo, la disposizione in parola apre tutta una serie di interrogativi sulla conformazione della scheda elettorale sulla quale siano indicati i nomi dei candidati di coalizione e, più precisamente, sulla disposizione dei riquadri che ospitano il nome dei candidati e i contrassegni di lista della medesima coalizione.

In assenza di indicazioni precise su questo e altri aspetti, e mancando, almeno apparentemente, un facsimile di scheda elettorale tra gli allegati ministeriali (un modello della specie di quelli che, generalmente, illustrano i criteri di stampa del materiale elettorale), ogni soluzione che si abbia a prospettare per razionalizzare lo svolgimento delle operazioni di voto nelle ipotesi in cui si registrino candidature multiple sul medesimo collegio uninominale (situazione, invero, mai verificatasi fino ad ora), sembra doversi rintracciare sul solo piano dell'interpretazione, lasciando pienamente insoddisfatti in termini di certezza del diritto.

Indugiando su questo particolare aspetto, il prossimo paragrafo proverà a evidenziare le possibili inefficienze di una lacuna di questo tipo, prospettando le interpretazioni che sembrano, allo stato,

[23] Art. 14-*bis*, co. 2: *La dichiarazione di collegamento è effettuata contestualmente al deposito del contrassegno di cui all'articolo 14. Le dichiarazioni di collegamento hanno effetto per tutte le liste aventi lo stesso contrassegno. Nell'effettuare il collegamento in una coalizione, i partiti o i gruppi politici organizzati rappresentativi di minoranze linguistiche riconosciute, presenti in circoscrizioni comprese in regioni ad autonomia speciale il cui statuto o le relative norme di attuazione prevedano una particolare tutela di tali minoranze linguistiche, dichiarano in quali dei collegi uninominali della rispettiva circoscrizione presentano il medesimo candidato con altri.*

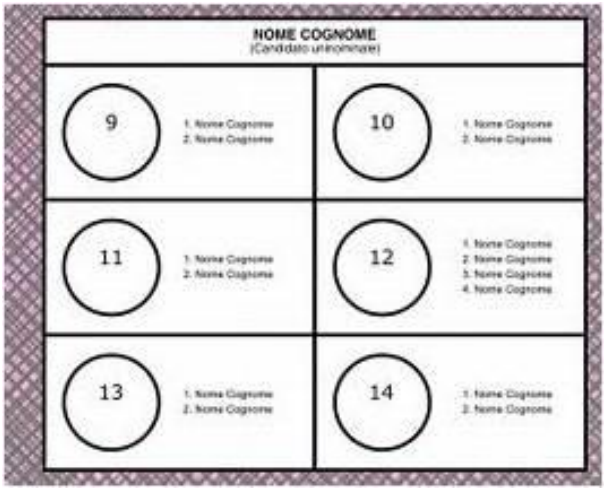
percorribili, sia in termini di configurazione della scheda, sia per ciò che concerne i criteri di lettura dei segni apposti sulla stessa.

3. Questioni connesse alla possibilità di candidature multiple per i collegi uninominali

Come si è avuto modo di accennare, quando più liste elettorali decidano di unirsi per formare una coalizione, le stesse sono obbligate a esprimere un unico candidato di coalizione per ciascun collegio uninominale della circoscrizione elettorale, la quale, di solito, coincide con il territorio di riferimento del collegio plurinominale.

Dai facsimile delle schede elettorali si evince chiaramente quale sia la resa grafica che, sulle schede, contraddistingue la presenza di coalizioni.

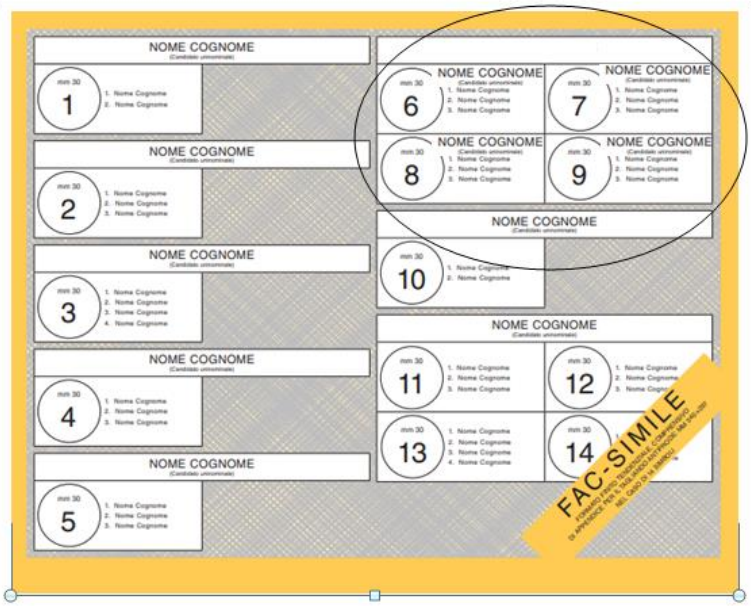
Quando ci si imbatte in una coalizione (v. *figura 1*, qui sotto[24]), più riquadri di eguali dimensioni – ciascuno dei quali comprensivo di un contrassegno di lista (banalmente, il simbolo della lista o del partito) e di un listino bloccato per il collegio plurinominale, situato subito accanto – ricadono entro il perimetro tracciato dalla linea continua di un'unica tabella, che fa capo ad un unico riquadro superiore, contenente il nome dell'unico candidato del collegio uninominale: il candidato espresso dall'intera coalizione.



[24] Tutte le figure presenti all'interno dello scritto sono oggetto di rielaborazione personale dell'A. di questo contributo. Il lavoro grafico svolto su ciascuna di esse è svolto sulla base dei facsimile allegati alla normativa elettorale.

Come si è detto, le liste rappresentative di minoranze linguistiche possono, però, esprimere il proprio candidato anche *in aggiunta* a quello della coalizione cui abbiano deciso di fare parte, circostanza che sembrerebbe suggerire che sia impossibile che la scheda elettorale e i manifesti elettorali possano presentarsi allo stesso modo di quello visto per le ipotesi in cui, entro la medesima coalizione, si esprima un solo candidato (qui, infatti, se ne può avere uno – o più – *di minoranza*, in aggiunta a quello *non di minoranza* del resto delle liste di coalizione).

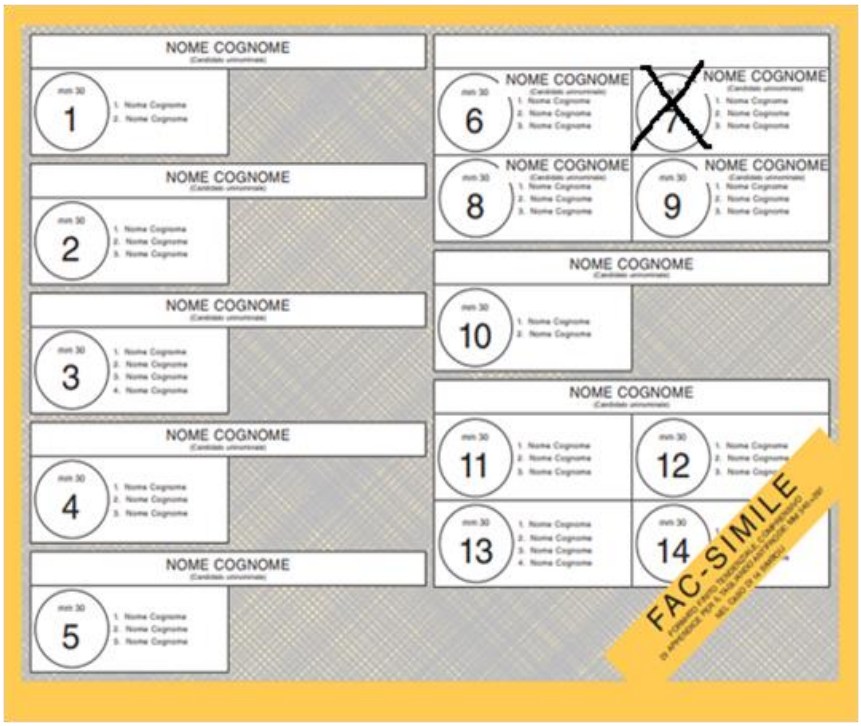
La prima soluzione che si potrebbe immaginare per rendere graficamente (e sulla scheda) questa evenienza sarebbe che, al di sopra della medesima grande tabella di coalizione, non vi sia più un riquadro generale, contenente un unico *nome e cognome* (quello, cioè, dell'unico candidato uninominale), a cui possano fare riferimento *tutte* le liste della tabella di coalizione, ma che in ciascun sottoriquadro della tabella, vale a dire in ciascun sottoriquadro di lista, sopra il contrassegno della singola lista, vi sia il nome e cognome del candidato all'uninominale collegato a quella specifica lista (*figura n. 2*, qui sotto).



In questo modo potrebbe aversi, restando all'area evidenziata dal cerchio tracciato nella seconda figura, che le liste 6 e 7, ipoteticamente rappresentative di minoranze linguistiche, possano esprimere, ciascuna per proprio conto, un proprio candidato (poniamo, ad esempio, Tizio per la lista di minoranza 6 e Caio per la lista di minoranza 7). Entrambi saranno, a loro volta, contrapposti al

candidato sostenuto dalle altre liste di coalizione, le liste *non di minoranza* residue (nel caso, le numero 8 e 9), che chiameremmo Sempronio.

Nell'esempio fatto, il nome di *Sempronio* campeggerebbe sul sottoriquadro delle liste 8 e 9, al posto della dicitura *nome e cognome* prevista in ogni sottoriquadro e l'elettore, avendo, sulla scheda, la specificazione del collegamento (es. lista minoranza #6 abbinata a Tizio, lista minoranza #7 abbinata a Caio, liste non di minoranza #8 e #9 abbinate a Sempronio), potrebbe interpretare in modo relativamente semplice a quale candidato di coalizione per l'uninominale andrà il proprio voto qualora apponga un segno sul solo simbolo della lista (nell'esempio della *figura n. 3*, qui sotto, il n. 7), per l'ipotesi in cui marchi *solo* il simbolo (e non anche il nome).

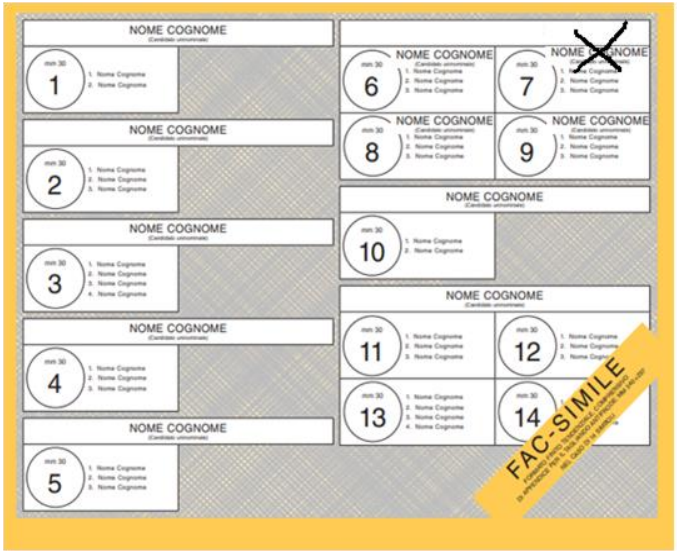


Ora, come si può evincere, le ipotesi configurabili sulla scheda potrebbero, però, essere anche altre rispetto a quella avanzata. La più possibile sembra, invero, quella di un doppio candidato: uno di minoranza, espresso da una lista di minoranza inserita in una coalizione, a cui si affianchi un altro candidato, a cui facciano riferimento i voti delle altre liste di coalizione che *non* siano di minoranza. Va da sé che, in un'ipotesi come questa, i due candidati della medesima coalizione sarebbero in competizione tra loro, oltre che con i candidati di altre liste e coalizioni, per

aggiudicarsi il seggio, e che le forze politiche di coalizione che abbiano espresso i due diversi candidati (la lista di minoranza, abilitata a candidarne uno *proprio* e le altre liste, unite ad essa in coalizione), pur concorrendo tra loro per aggiudicarsi il seggio uninominale, sarebbero alleate al collegio plurinominale, almeno in vista del superamento delle soglie di sbarramento.

Ebbene, se, per questi casi, la scheda dovrà essere predisposta al modo in cui la si è immaginata nella seconda figura, l'elettore che vada a marcare un contrassegno di lista della coalizione, senza contestualmente barrare il nome del candidato corrispondente, attribuirebbe il voto al candidato uninominale collegato alla lista che ha marcato (nell'esempio illustrato nella figura 3, l'elettore, marcando il contrassegno di lista n. 7, nel sottoriquadro a esso dedicato, voterà il candidato espresso dalla nostra seconda lista di minoranza, vale a dire Caio. Viceversa, e ferma restando l'impossibilità di operare un voto disgiunto, il suffragio in favore di Sempronio, candidato delle liste *non di minoranza* numeri 8 e 9, sempre appartenenti all'unica coalizione cui ci riferiamo, sarebbe ricavabile sia dall'avvenuto contrassegno del simbolo della casella 8 che di quello di cui alla 9).

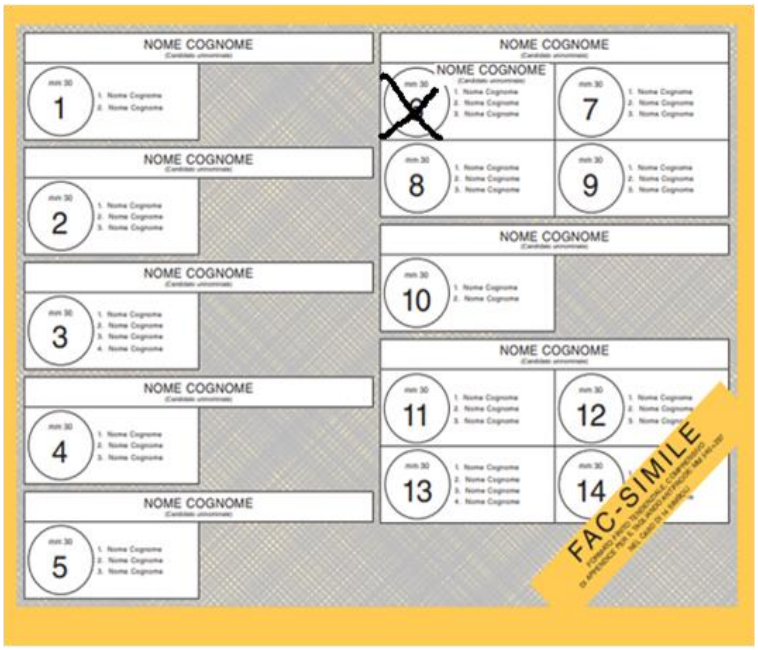
Ancora, data la stessa ipotesi di scheda, si può provare a immaginare cosa accada quando l'elettore, anziché marcare il simbolo di una lista, barri solo il nome di un candidato collegato (v. *figura n. 4*). Anche in questo caso, logica suggerirebbe che il voto espresso vada al candidato indicato nel riquadro della lista n. 7 (ossia Caio) e che il voto al plurinominale sia, invece, da attribuirsi alla lista ad esso collegata, che è, appunto, la lista n. 7.



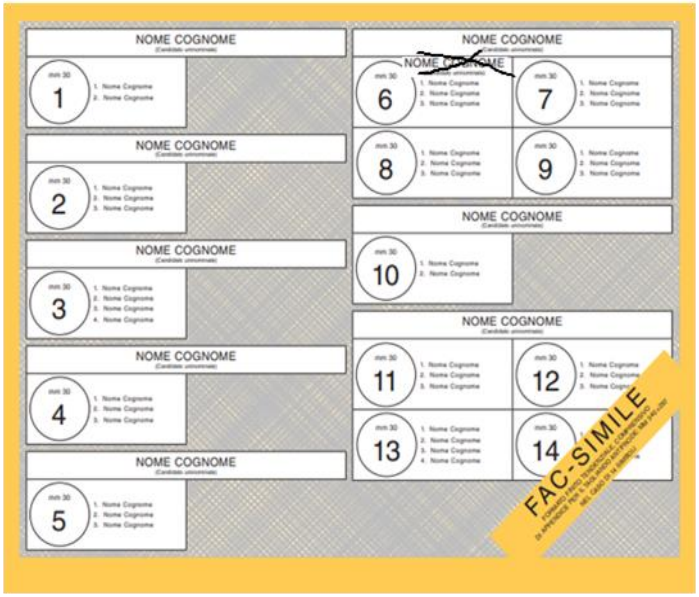
In un sistema del genere sembrerebbe, in altre parole, necessario (e il dato è, probabilmente, emerso già nel corso delle ricostruzioni che hanno preceduto questo passaggio) che, affinché il voto al candidato di minoranza possa desumersi anche dall'avvenuta apposizione di un segno sul simbolo di lista o sul listino bloccato, non accompagnato da un altro segno sul nome, è necessario che tale segno sia stato, ovviamente, apposto sul contrassegno o sul listino collegato al candidato particolare della lista di minoranza.

In assenza di segni sui nomi, altri eventuali segni apposti su simboli o listini diversi dalla/e lista/e di minoranza potranno, infatti, attribuirsi al solo candidato unico dei restanti partiti della coalizione (che, nell'esempio, è Sempronio).

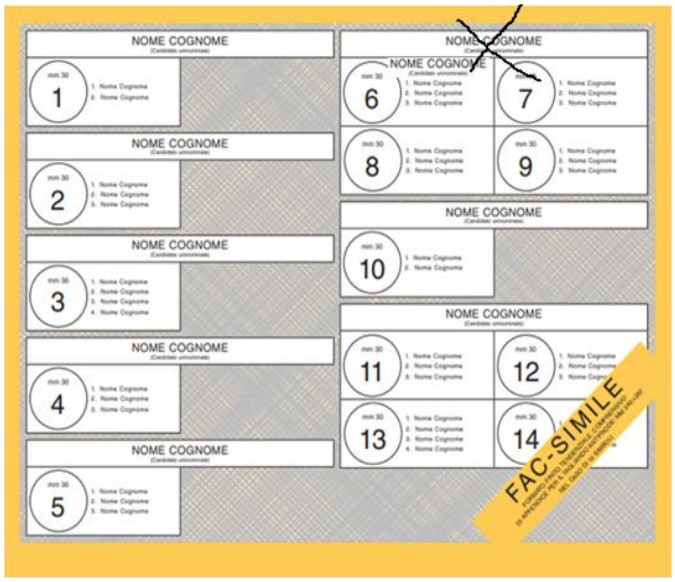
Proseguendo la disamina, bisogna, infine, aggiungere che il modo in cui si è appena immaginato che potrebbe essere configurata la scheda non è affatto l'unico ipotizzabile. Sebbene la soluzione di cui si è discorso sinora sembra, almeno a chi scrive, quella più immediata, oltre che quella, forse, meno foriera di possibili problemi, non è difficile immaginare altre soluzioni grafiche. Tra queste, la seguente: se, ad esempio, sulla scheda mancasse l'abbinamento tra nome del candidato di lista e lista per ogni sottoriquadro in cui sono inseriti i contrassegni, potrebbero sollevarsi altre questioni (v. *figura n. 5*).



In altre parole, potrebbe anche darsi una situazione come questa: una tabella unica con le liste 7, 8 e 9 *non di minoranza* ed espressive del medesimo candidato (che, in questo nostro secondo esempio, chiameremo Mevio) e un candidato di minoranza, espresso dalla lista di minoranza n. 6, che chiameremo Filano. Sempre immaginando di sostituire le diciture *nome e cognome* con i nomi del nostro esempio, in questa seconda possibile resa grafica della scheda, il nome di Filano sarebbe incastonato nel sottoriquadro della sua lista di riferimento, la n. 6, mentre tutti gli altri sottoriquadri – che in quest'ultimo esempio *non* sono popolati da liste rappresentative di minoranze linguistiche, le quali *non* possono esprimere propri candidati – non presenterebbero nomi. Il candidato di 7, 8 e 9 sarà quello indicato nel riquadro generale che sovrasta la tabella. In altre parole, il rettangolo largo e stretto che abbraccia tutta la tabella di coalizione, nell'esempio che stiamo facendo, conterrebbe il nome di Mevio. Anche per l'ipotesi di tale conformazione della scheda, varrebbero le inferenze logiche di cui si è cercato di dare menzione prima: ci si riferisce, in particolare, ai criteri di assegnazione del voto per il caso di mancato doppio contrassegno dell'elettore, che oggi può segnare sia il nome del candidato che il simbolo di lista che intende suffragare. Più precisamente, se la scheda fosse configurata come nell'immagine appena sotto (*figura n. 6*), l'aver apposto un contrassegno sul nome di Filano, situato nel sottoriquadro di riferimento della lista n. 6 (lista di minoranza, che esprime il secondo candidato della coalizione) dovrebbe comportare l'attribuzione del voto alla lista n. 6 anche per collegio plurinominale.



Allo stesso modo, votare nel modo di cui all'esempio della *figura n. 7*, qui sotto), e cioè contrassegnando il nome che campeggerebbe sul riquadro "omnicomprensivo" di coalizione – che abbiamo detto essere quello di Mevio – il voto all'uninominale andrebbe, ovviamente, a Mevio, mentre il voto al plurinominale dovrebbe poter essere ripartito tra le altre liste della coalizione, restando, però, in dubbio e, quasi sicuramente escluso, che anche la lista n. 6, che è collegata a un altro candidato della coalizione, possa partecipare alla ripartizione dei voti "senza lista", che è prevista dalla disciplina elettorale.



4. Brevi considerazioni conclusive

Come si può intuire, l'intera disciplina derogatoria che il legislatore ha apprestato per la rappresentazione delle minoranze linguistiche è preordinata a favorire l'elezione di suoi membri, incoraggiando la presentazione di candidature in coalizione. Alcune delle misure che sono state adottate per favorire l'elezione di membri rappresentativi delle minoranze linguistiche potrebbero, però, non essere, allo stato, accompagnate dalla contestuale predisposizione dei necessari accorgimenti per la loro effettiva fruizione.

Le riflessioni che si è cercato di svolgere in questa sede provano a riprendere in mano alcune delle criticità già evidenziate relativamente al rapporto tra disciplina elettorale e tutela delle

minoranze linguistiche per illustrare, se possibile, una lacuna della disciplina parzialmente inesplorata e meritevole, forse, di qualche considerazione.

La mancata previsione di un apposito modello di scheda, allegato – quantomeno - al t.u., che disciplini l'elezione della Camera e che possa fugare ogni dubbio, sia con riferimento alla resa grafica che può assumere la scheda elettorale, sia con riguardo ai criteri da applicare per la sua corretta lettura, restituisce un quadro di incertezza che ha davvero poco di tollerabile.

In aggiunta, la previsione della possibilità di presentare un proprio candidato, facoltà che la legge riconosce a ciascuna lista rappresentativa di una minoranza linguistica, e il fatto che il candidato proprio della lista di minoranza sia distinto da quello presentato dal resto della coalizione, svilisce, almeno in parte, il significato stesso della candidatura solidale: se, infatti, la lista di minoranza si avvalesse di tale facoltà in tutti e quattro i collegi uninominali previsti, per il Trentino-Alto Adige, per la Camera, il candidato uninominale di minoranza sarebbe contrapposto al candidato del resto della coalizione e il trasferimento dei voti dal candidato di minoranza alla lista di minoranza non coinvolgerebbe in alcun modo la coalizione.

Certo, in uno scenario come questo sarebbero consentiti e agevolati comportamenti opportunistici altrimenti esclusi, perché sarebbe possibile presentare un candidato proprio dove si è più forti e "accettare" quello della coalizione dove lo si è meno, ma il quadro finora illustrato sembra evidenziare che i vantaggi che questa disciplina pure possa apportare alle liste rappresentative delle minoranze siano, in verità, piuttosto esigui, rispetto ai problemi posti dagli interrogativi che le mancate puntualizzazioni sul tema possono ingenerare.

Ad oggi, l'unico correttivo alle incertezze che il ricorso al sistema di presentazione multipla dei candidati all'uninominale può comportare sembra, invero, rappresentato dalla circostanza, prevista dall'art. 18-*bis*, co. 1-*bis*, ultimo periodo, che la minoranza linguistica possa sì presentare un proprio candidato nel collegio uninominale, ma solo dopo aver ottenuto l'assenso delle altre liste della coalizione.

AIC
Associazione Italiana dei Costituzionalisti
Osservatorio costituzionale

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE
Codice ISSN: 2283-7515
Fasc. 5/2022
Data: 6 settembre 2022

La rotta è già tracciata. Quadro normativo e proposte di legge sul fine vita[*]

di **Francesco Cirillo** – *Dottore di ricerca in Law and Cognitive Neuroscience nell'Università degli Studi Niccolò Cusano*

TITLE: The route has been plotted. Regulatory framework and current bills on the end-of-life treatment

ABSTRACT: Il contributo analizza il quadro normativo in materia di di fine vita, anche con riguardo alla giurisprudenza costituzionale e agli attuali progetti di legge in esame. Nel complesso, si fornisce una visione sintetica dei limiti costituzionali all'attività del Parlamento e delle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale, proiettando poi tali risultati interpretativi sulle proposte al vaglio delle Camere. La prima parte del contributo verte sul contesto di norme definito dalla legge n. 219/2017 sul consenso informato e sulle DAT, dalla legge n. 38/2010 in materia di cure palliative e terapia del dolore, dalla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale in tema di suicidio assistito, e dalle indicazioni di cui alla recente decisione di inammissibilità del referendum sull'omicidio del consenziente (sent. n. 50/2022). Nella seconda parte, il contributo analizza i progetti all'esame del Senato, evidenziandone aspetti positivi e negativi. In conclusione, ci si sofferma su alcuni profili critici dell'attività legislativa in ambito biogiuridico, osservando sia il singolare rapporto tra regole e casi nella produzione normativa, sia la speciale relazione che intercorre tra formante giurisprudenziale e legislativo.

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

The paper analyzes the Italian regulatory context on end-of-life treatments and euthanasia considering the constitutional jurisprudence and laws. This premise provides a synthetic view of the positive and negative constitutional limits for the Parliament's activity, especially regarding the bills under consideration in the Senate. The first part of the contribution focuses on the law on informed consent, the one on pain therapy, the mechanism introduced by the Constitutional Court (sent. no. 242/2019), and the recent decision on the inadmissibility of the referendum on the murder of the consenting party (sent. no. 50/2022). In the second part, the paper analyzes the bills under examination in the Senate, highlighting the pros and cons. In conclusion, the critical profiles of the legislative activity in bio-juridical matters are marked, highlighting the problematic connection among the powers of the State and between the relevance of general rules and specific cases in Biolaw.

KEYWORDS: End-of-life treatment; euthanasia; constitutional case law; parliamentary bills; constitutional court; Fine vita; euthanasia; giurisprudenza costituzionale; proposte di legge; Corte costituzionale

SOMMARIO: 1. Premessa: la necessità di un intervento razionalizzatore. – 2. Un quadro normativo disorganico. – 3. Le proposte di legge. – 4. Conclusioni.

1. Premessa: la necessità di un intervento razionalizzatore

Un'indagine sul contesto e sulle prospettive dell'attuale proposta di legge in materia di fine vita richiede una disamina delle premesse e delle circostanze che renderebbero opportuno, se non anche necessario, l'intervento del legislatore, soprattutto con riferimento alle attuali proposte in esame[1]. Ciò innanzitutto perché, se appare comprensibile il dibattito morale e politico tra coloro che sostengono l'autodeterminazione nelle scelte eutanasiche e quanti avversano l'ipotesi di una piena

[1] Si vedano le proposte di legge A.C., XVII, n. 2, già presentata il 13 settembre 2013 (di iniziativa popolare, su cui cfr. C. CUPELLI, *Il cammino parlamentare di riforma dell'aiuto al suicidio. Spunti e prospettive dal caso Cappato, fra Corte costituzionale e ritrosia legislativa*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 19 aprile 2019, 1 ss.) e le proposte AA.CC., XVIII, nn. 1418, 1586, 1655, 1875, 1888, 2982, 3101, il cui testo unificato è stato approvato il 10 marzo 2022 e, dunque, trasmesso al Senato (A.S., XVIII, n. 2553 e altre su cui cfr. *infra* § 3), dove, assegnato alle commissioni riunite 2ª (Giustizia) e 12ª (Igiene e sanità) in sede redigente il 16 marzo 2022, è in corso di esame dal 26 aprile 2022.

disponibilità del bene vita[2], risulta molto più arduo ricostruire nel dettaglio il quadro normativo di riferimento, anche solo definendo tassativamente le condotte lecite e, quindi, il perimetro di operatività delle norme, soprattutto quelle penali con riferimento agli artt. 579, 580 e 593 c.p.[3], che – sanzionando le condotte di terzi eventualmente coinvolti nel processo terminale – limitano di fatto la piena autonomia dell'individuo nella scelte riferite alla propria morte.

Ne consegue, spesso, che la densità morale della questione e la radicalizzazione del dibattito pubblico verso assunti ideologici (o religiosi)[4] rischiano di offuscare i dati normativi già positivizzati dal legislatore, dal formante giurisprudenziale o dalla Corte costituzionale, cosicché la questione sembri assumere nel dibattito un'ampiezza ben maggiore di quella che caratterizza le iniziative attuabili[5]. Infatti, l'intervento legislativo potrebbe innanzitutto, e forse dovrebbe, consolidare e razionalizzare il quadro normativo disarmonico che ostacola l'effettivo riconoscimento dei diritti e dei principi costituzionali già sanciti (e sporadicamente riconosciuti) in materia di fine vita[6].

---

[2] Entrambi, si direbbe, facendo leva sul concetto di dignità, in relazione al quale si confrontano due posizioni teoriche: «una concezione della dignità quale attributo intrinseco ed innato della persona» e una «concezione prevalentemente relazionale e soggettiva», l'una tendente ad affermare il carattere universale e indisponibile della titolarità e l'altra ad esaltare e la capacità di autodeterminazione del singolo (G. FONTANA, *La dignità umana di fronte alle scelte di fine-vita*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, n. 3, 2021, 540). Sul tema della disponibilità v. anche ampiamente in G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria*, Torino, 2020. Sul concetto di dignità, v. anche diffusamente A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo*, Napoli-Roma, 2012.

[3] Rispettivamente in tema di omicidio del consenziente (nel caso di cd. eutanasia attiva), di istigazione o aiuto al suicidio, e di omissione di soccorso (per le ipotesi che gradualmente si allontanano dalla condotta attiva del terzo).

[4] Con l'effetto di traslare la discussione, anche quella giuridica, dal piano dei principi e del sistema al piano dei valori, dal quale «non ne usciremmo», anche perché «con Creonte si può discutere, in fondo, con Antigone temo non sia possibile» (G. BALBI, *L'omicidio del consenziente. Alcune riflessioni sul quesito referendario*, in *Sistema penale*, 11 febbraio 2022, 1).

[5] «Certo una completa neutralità del diritto è impensabile, ed implausibile una finzione di neutralità della discussione sul diritto» (osserva D. PULITANÒ, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, in *Sistema penale*, 19 ottobre 2021, 89); però non può negarsi che il quadro di opzioni legislative sulla questione sia notevolmente ristretto e che l'azione politica si possa muovere – a valle di una cospicua giurisprudenza anche costituzionale – soltanto nella direzione di margini più o meno estesi di un'autonomia dell'individuo già sancita.

[6] Soprattutto con riferimento al contesto sanitario, oltre che in ambito penale. Infatti, anche nell'organizzazione del servizio sanitario dovrebbe trovare piena affermazione il «*principio del consenso informato del paziente al trattamento sanitario proposto dal medico: principio qualificabile come "vero e proprio diritto della persona", che "trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che "la libertà personale è inviolabile", e che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge" (sentenza n. 438 del 2008), svolgendo, in pratica, una "funzione di sintesi" tra il diritto all'autodeterminazione e quello alla salute (sentenza n. 253 del 2009)*» (Corte cost., ord. n. 207/2018). Le stesse considerazioni in tema di principi, oltre che con riguardo al quadro costituzionale, possono svolgersi nei confronti dell'art. 8 CEDU, il quale sancisce il diritto al rispetto della propria vita privata, che include la facoltà di compiere atti ritenuti fisicamente o moralmente dannosi o di natura

In altri termini, a fronte dell'evoluzione complessiva degli ultimi decenni[7], l'oggetto del dibattito non è ancora tanto ampio da includere l'alternativa tra la vita concepita come diritto disponibile o come dovere inderogabile[8].

Piuttosto, si tratterebbe di uniformare il contesto complessivo delle norme agli spazi di autodeterminazione già sanciti a livello dei principi e di garantire le condizioni di effettività di esercizio dei diritti, anche con riferimento al Servizio sanitario nazionale e, più in generale, ai possibili contesti terapeutici in cui l'autodeterminazione sul fine vita potrebbe dispiegarsi[9]. Un simile obiettivo risulta giuridicamente necessario per ragioni di coerenza, prim'ancora che di opportunità, a meno che non si voglia ostacolare l'effettività dei diritti fondamentali già affermati con le disarmonie e le ambiguità ancora presenti nel tessuto normativo.

2. Un quadro normativo disorganico

Nello scenario attuale è possibile ricostruire diverse modalità di autodeterminazione nelle scelte di fine vita. La prima e più risalente consiste proprio nell'affermazione del diritto al rifiuto delle cure, avvenuta inizialmente tramite il riconoscimento giurisprudenziale dell'effettività dell'art. 32 Cost[10]. II co. e, poi, grazie all'introduzione di disposizioni puntuali che hanno ribadito sul piano

pericolosa per l'individuo stesso; facoltà riconosciuta, non senza affermare bilanciamenti con altri valori e un ampio margine di apprezzamento a favore degli Stati, già nella causa Pretty v. Regno Unito (CEDU n. 2346/2002).

[7] Ci si riferisce, da un lato, all'evoluzione giurisprudenziale, soprattutto con riferimento ai noti casi Welby (2006-2007) ed Englaro (2009), dall'altro, all'affermazione sul piano legislativo (la l. n. 217/2019) e – da ultimo – agli effetti della sent. n. 242/2019 della Corte costituzionale.

[8] Da ultimo, si sofferma sull'alternativa tra la vita come diritto e come dovere T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Amicus curiae 2021 – Nuovi seminari preventivi ferraresi. "La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p."*, apparso in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2022, 26, constatando che «[o]ggi ci si può limitare a invocare la sacertà della vita (e cioè, più semplicemente: il dovere di vivere), senza che nessuno sia poi però tenuto a farsi in concreto carico della decisione di abbandonarla».

[9] Si deve ribadire che la stessa legge sul consenso informato (n. 219/2017), nonché la sent. n. 242/2019 della Corte costituzionale, complice l'introduzione sin dall'ord. n. 207/2018 dell'art. 32 Cost. come parametro di riferimento, si riferiscano al contesto sanitario e che – allo stato – il dibattito sulle scelte di fine vita non possa essere disancorato dal contesto della terapia: l'unico in cui può essere idoneamente raccolto il consenso *informato* (effetto di una relativa prestazione professionale del personale competente) e, dunque, accertate le condizioni per il ricorso alle terapie del dolore o quelle individuate dalla Corte costituzionale perché si inveri la non punibilità del terzo.

[10] Anche grazie al riconoscimento di un rango costituzionale del principio del consenso informato: «*il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali*

legislativo quanto era stato elaborato dalla Cassazione. In questo scenario, da ultimo, è intervenuta la legge sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento[11]. Come è noto, nei casi sussumibili al *genus* dell'interruzione di trattamento o di rifiuto delle cure, almeno apparentemente, l'individuo determina autonomamente la propria morte senza che sia necessario l'intervento di terzi e, soprattutto, senza che le eventuali omissioni di soccorso del terzo che si trovi in posizioni di garanzia implichino responsabilità penali[12].

Sono poi ammesse – in quanto scriminate – alcune forme di assistenza al suicidio, in conseguenza del risultato prodotto dalla vicenda Cappato-Antoniani che ha condotto alla doppia pronuncia della Corte costituzionale (ordinanza di rinvio n. 207/2018 e sentenza n. 242/2019)[13], così da consentire l'agevolazione dell'esecuzione «*del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le*

stabiliscono, rispettivamente, che "la libertà personale è inviolabile", e che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge"» (Corte cost., sent. n. 438/2008).

[11] Tra i principali casi giurisprudenziali, si può far riferimento alla vicenda Englaro, su cui cfr. Cass., sent. n. 21748/2007, Cons. di Stato, sent. n. 04460/2014 e TAR Lombardia, n. 650/2016; Welby, su cui v. Trib. di Roma, sent. n. 2049/2007; al caso Forzatti, Corte d'assise d'appello di Milano, 24 aprile 2002; o al caso Piludu, Trib. di Cagliari, ord. 16 luglio 2016. Quanto alla recezione legislativa, la l. n. 219/2017 accoglie definitivamente il principio del consenso informato, le disposizioni anticipate di trattamento ed esplicita, all'art. 6, il corollario del rifiuto al trattamento sanitario, affermando che «*il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale.* [II co.] *Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali*». Donde ne è scaturita la necessità di intervenire sui codici deontologici a valle della (successiva) sent. n. 242/2019 della Corte costituzionale.

[12] È sempre arduo distinguere tra condotte omissive e commissive, anche con riferimento alle attività realizzate per assecondare la scelta della persona di rifiutare le cure. Si pensi alla sentenza di non luogo a procedere che ha definito il caso Welby, nella quale il medico imputato di omicidio del consenziente è stato prosciolto «per aver agito alla presenza di un dovere giuridico che ne scrimina l'illiceità della condotta causativa della morte altrui [*i. e.* il distacco del ventilatore automatico]» (Trib. di Roma, sent. n. 2049/2007). Se però potrebbe sembrare sempre necessaria l'attività di un terzo, può osservarsi che ciò avviene soprattutto perché sarebbe (moralmente, giuridicamente) inattuabile la morte nel contesto sanitario senza interventi del personale (per esempio, per mancata sostituzione o rimozione del sondino naso gastrico, così come degli altri dispositivi di sostegno). Si sostiene, quindi, che l'interruzione attiva della terapia possa ricondursi alla sospensione di trattamento, essendo cioè «indifferente, proprio da un punto di vista normativo-sociale, che quest'ultima avvenga mediante un *facere*, oppure un omettere» (A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, in *Id*. (a cura di), I reati contro la persona, I, Torino, 2007, 59; sul punto v. anche S. TORDINI CAGLI, *Le forme dell'eutanasia*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (dir.), *Trattato di Biodiritto*, I, 1822 ss.).

[13] Sulla vicenda Cappato-Antoniani, v. per tutti e diffusamente nel collettaneo di G. D'ALESSANDRO, O. DI GIOVINE (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Torino, 2020. Sul meccanismo del "rinvio decisorio" dell'ord. n. 207/2018 e la sent. n. 242/2019 e sulle peculiarità di questo *modus decidendi*, v. F. GIRELLI, *L' "ordinanza Cappato" e il fattore tempo nella giustizia costituzionale*, in *Consulta OnLine*, n. II, 2022, 466 ss.

modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente» (Corte cost., sent. n. 242/2019). Il meccanismo introdotto dalla sentenza della Corte costituzionale, lungi dall'introdurre soltanto una scriminante irripetibile, destinata cioè a valere *una tantum* per il caso di specie, ha generato effetti diffusi, ancorché disomogenei, sul sistema complessivo.

Segnali scoordinati di una persistenza della decisione della Corte, infatti, possono essere osservati in più parti dell'ordinamento. Si potrebbe richiamare, in particolare, la vicenda che ha interessato Mario – nome di fantasia – il quale ha adito il Tribunale di Ancona con ricorso cautelare *ex* art. 700 c.p.c. perché fosse attuata la procedura introdotta dalla sentenza n. 242. Il ricorrente ha visto negato in una prima ordinanza il (*fumus* del) diritto soggettivo a ottenere un'agevolazione dell'esecuzione del proposito suicidiario, affermando l'insussistenza di un dovere da parte degli operatori sanitari di pronunciarsi sulle condizioni di non punibilità[14]. Tuttavia, in sede di reclamo, è stata affermata – nei limiti della cognizione di un processo cautelare – la sussistenza di un dovere da parte dell'Azienda sanitaria locale di accertare le condizioni previste dalla sentenza n. 242/2019 e, quindi, di un dovere in capo al Comitato etico territorialmente competente di esprimere il parere sul punto[15].

Il riferimento a un dovere da parte del Servizio sanitario nazionale di accertare le condizioni che rendano scriminato l'eventuale intervento agevolatorio del terzo (il quale invece resta un atto incoercibile) non si trova soltanto nella giurisprudenza citata: gli stessi indirizzi applicativi dell'art. 17 del Codice di deontologia medica approvati il 6 febbraio 2020, ribadendo la libera scelta del medico nell'agevolazione dell'altrui proposito suicidiario, rinviano alle condizioni individuate dalla Corte, anche con un richiamo parentetico esplicito alla «*sentenza 242/19 della Corte Costituzionale*

[14] Il ricorrente si era rivolto al Tribunale di Ancona affinché venisse ordinato all'azienda sanitaria di prescrivergli, all'esito degli accertamenti previsti, il farmaco idoneo a indurre la morte. Il Tribunale, in prima istanza, ha affermato che non sussistono «motivi per ritenere che, individuando le ipotesi in cui l'aiuto al suicidio può oggi ritenersi penalmente lecito, la Corte [costituzionale] abbia fondato anche il diritto del paziente, ove ricorrano tali ipotesi, ad ottenere la collaborazione dei sanitari nell'attuare la sua decisione di porre fine alla propria esistenza» (Trib. di Ancona, ord. n. 26 marzo 2021).

[15] Proposto il reclamo avverso l'ordinanza di rigetto, era ribadito – chiaramente – il rigetto della richiesta di provvedere alla somministrazione del farmaco (attività inesigibile ai sensi della sent. n. 242/2019 della Corte costituzionale). Ciononostante, avendo il reclamante circoscritto l'oggetto del giudizio, cioè non invocando più un generico diritto al suicidio, ma uno specifico diritto all'accertamento dei presupposti individuati dalla Corte, il Tribunale ha riconosciuto «il diritto di pretendere» dall'azienda sanitaria l'accertamento delle condizioni indicate dalla Consulta, previa acquisizione del parere del Comitato etico, ordinando di conseguenza di provvedere in tal senso (Trib. di Ancona, ord. n. 9 giugno 2021). In tema, v. anche N. ROSSI, *I giudici di Ancona sul fine vita nel caso "Mario". Solo una postilla*, in *Questione Giustizia*, 24 novembre 2021.

e relative procedure». E anche questa formula, in accordo con l'ordinanza che ha definito il procedimento cautelare di Ancona accogliendo il reclamo del ricorrente, assume a chiare lettere che la sentenza n. 242, oltre a prevedere una scriminante sporadica, abbia introdotto vere e proprie "procedure": dunque, un complesso di formalità, se non anche una sequenza ordinata di operazioni destinate a uno scopo, caratterizzato sino a un certo punto dalla presenza di doveri da parte dell'Amministrazione e, invece, dall'assenza di veri e propri obblighi nell'ultimo segmento dell'assistenza al suicidio. Così, il fondamentale diritto all'autodeterminazione in materia di fine vita risulterebbe, già nell'attuale quadro normativo, presidiato da doveri corrispettivi degli operatori sanitari sino al momento dell'accertamento delle condizioni (della persona, donde deriva la non punibilità del terzo agevolatore)[16], mentre l'atto autonomo terminale parrebbe, poi, destinato a dispiegarsi in una sorta di "spazio libero" dal diritto[17].

Quindi, nello stesso senso, può farsi riferimento a un'altra vicenda, che sembrava destinata ad altro esito e che ha visto coinvolto Fabio Ridolfi, da diciotto anni immobilizzato a letto per una patologia irreversibile, il quale, dopo aver richiesto il parere della struttura sanitaria per la non punibilità di un'eventuale agevolazione suicidiaria, a causa della lunga attesa per la procedura, ha comunicato pubblicamente l'intenzione di rinunciare ad attendere l'espletamento delle operazioni e di preferire la via della sedazione profonda. Cionondimeno, nel corso delle ventiquattrore successive alla comunicazione, si è appreso dell'esistenza di un parere conforme da parte dell'organo competente e dell'intercorso accertamento dei requisiti da parte della struttura sanitaria. Così, il 13 giugno 2022 – non diversamente da quanto avvenuto per Mario – Fabio Ridolfi ha visto riconoscersi la doverosità della procedura di accertamento delle condizioni dettate dalla sentenza n. 242/2019.

Già l'analisi delle vicende citate evidenzia come ritardi dell'amministrazione e interpretazione delle corti di merito possano incidere sull'effettività del diritto in parola e, però, un insieme ben più

[16] Sul punto, sia concesso il richiamo a F. CIRILLO, *Nuovi diritti e nuovi doveri nelle questioni di fine vita? (a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in questa *Rivista*, n. 3, 2020, 550-551, dove si evidenziava che risulta «difficile immaginare che gli elementi necessari a escludere la punibilità dell'agevolazione al suicidio si inverino per una mera casualità. Invece, la verifica da parte del medico delle condizioni del paziente e l'intervento del comitato etico parrebbero realizzarsi nella logica dell'adempimento di un dovere, tutt'altro che casuale o accidentale.»

[17] Di "spazio libero dal diritto", soprattutto dal diritto penale, trattano tra gli altri, A. NAPPI, *La Corte costituzionale ridisegna i confini dell'art. 580 c.p.: la sentenza n. 242/2019 viatico per l'equilibrata perimetrazione di uno 'spazio libero' dal biodiritto penale?*, in *Diritto e Giustizia Minorile*, n. 1, 2019, 81 o V. MANES, *È ancora suicidio?, Note di udienza (Corte cost., ud. 23.10.2018)*, in *Associazionelucacoscioni.it*, 23 ottobre 2018, 9.

significativo di fatti e persone sembrano suggerire l'inidoneità di un metodo meramente casistico nella disciplina di un fenomeno di tale rilievo[18].

Per lambire un altro fronte critico basterebbe, forse, il riferimento alla recente vicenda dell'ex deputato e presidente della Regione Emilia-Romagna Antonio La Forgia, il quale ha intrapreso un percorso terapeutico che lo ha condotto al termine della vita (il 10 giugno 2022) tramite il ricorso alla sedazione profonda durata novanta ore[19]. Infatti, se da un lato la sentenza n. 242/2019 ha sancito le condizioni di non punibilità di assistenza al suicidio, dall'altro lato, la legge n. 38/2010[20] regolamenta il diritto inviolabile di ogni cittadino alle cure palliative e alla terapia del dolore[21] (insieme con l'art. 2, II co., l. n. 219/2017)[22], secondo le quali di fatto l'operatore sanitario può (e talora deve) attuare una terapia che, quantomeno negli esiti, è giuridicamente parificabile a una condotta attiva di omicidio scriminata dal consenso (informato) dell'avente diritto[23]. Si osserva, infatti, che spesso la morte dell'individuo può essere talora indotta dalla terapia stessa, la quale

[18] Di particolare interesse, sul punto, è la voce di A. C. JEMOLO, *CASISTICA (o. Casuistica)*, in *Enciclopedia Italiana*, Roma, 1931, che ripercorre a grandi tratti la storia e la fortuna del metodo casistico nel pensiero morale e giuridico, evidenziando come il principale rimprovero mosso ai "casisti" fosse quello di «diminuire il numero degli atti considerati come peccati e ad alleviare la gravità di questi», come pure di giungere «a soluzioni contrastanti con la morale più rigorosa e ispirate a scarso senso cristiano». Entrambe le considerazioni, in relazione alla scriminante introdotta dalla Corte, non sembrano del tutto inconferenti.

[19] In particolare, si è assistito a un caso di auto-iniezione di morfina (da un lunedì sino alla morte intercorsa il venerdì successivo, con un risveglio il mercoledì). Intervistata, la moglie Maria Chiara Risoldi ha dichiarato: «L'ipocrisia della legge oggi è intollerabile. È un suicidio assistito mascherato dalla lunghezza del tempo impiegato per morire, che dipende dalla resistenza della persona» (E. CAPELLI, *La moglie di La Forgia: "Ha salutato gli amici e si è iniettato da solo la morfina. Cinque giorni di agonia, con un terribile risveglio"*, ne *la Repubblica*, 19 giugno 2022).

[20] Per un bilancio sulla legge, cfr. F. PARUZZO, *Accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore. Considerazioni e bilanci sullo stato di attuazione della legge n. 38 del 15 marzo 2010 a 10 anni dalla sua entrata in vigore*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2021, 191 ss., registrando, conformemente a quanto è noto all'esperienza comune, un ritardo nella diffusione delle pratiche e della cultura della palliazione.

[21] Andrebbero distinti i due concetti, in parte sovrapposti: ai sensi dell'art. 2, l. n. 38/2010, per «*cure palliative*» s'intende «*l'insieme degli interventi terapeutici, diagnostici e assistenziali, rivolti sia alla persona malata sia al suo nucleo familiare, finalizzati alla cura attiva e totale dei pazienti la cui malattia di base, caratterizzata da un'inarrestabile evoluzione e da una prognosi infausta, non risponde più a trattamenti specifici*»; mentre per «*terapia del dolore*» s'intende «*l'insieme di interventi diagnostici e terapeutici volti a individuare e applicare alle forme morbose croniche idonee e appropriate terapie farmacologiche, chirurgiche, strumentali, psicologiche e riabilitative, tra loro variamente integrate, allo scopo di elaborare idonei percorsi diagnostico-terapeutici per la soppressione e il controllo del dolore*».

[22] Infatti, la sedazione profonda continua era già praticata sulla base della l. 38/2010 (e persino già nel caso Welby fu attuata insieme al distacco della ventilazione); la l. n. 219/2017 ne esplicita più ampiamente le condizioni di liceità («*In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente*», art. 2, II. co.).

[23] Si osserva che «[n]on ci sono mai stati argomenti irresistibili a presidio di quella distinzione» (R. CONTI, *Il Referendum per l'eutanasia legale. Forum di Giustizia Insieme. 5) Giuseppe Cricenti*, in *GiustiziaInsieme.it*, 6 ottobre 2021). È chiaro che tale equiparazione valga soltanto alle determinate condizioni cui può essere praticata la sedazione profonda e in cui essa stessa incida in modo determinante sulla morte della persona.

accelera il processo terminale, senza che sia sempre teoricamente percepibile la distinzione tra la morte determinata dalla terapia del dolore e quella raggiunta in conseguenza della somministrazione di un farmaco "deliberatamente" mortale (come il tiopental sodico[24]). Ed è in questo scenario di contraddizioni che si osserva una certa "ipocrisia" del sistema[25].

Pertanto, accanto alla generica liceità dell'eutanasia passiva, nelle attuali coordinate si configurano due modalità lecite di eutanasia attiva (volendo accogliere in modo aproblematico tali sintagmi[26]): la prima modalità *sui generis*[27] è proprio quella riconosciuta dalla sentenza della Corte

[24] Noto al grande pubblico con il nome di Pentothal, è un farmaco frequentemente adottato nelle iniezioni letali e nell'eutanasia attiva (è somministrato per via endovenosa), mentre altri farmaci (p.e. pentobarbital) sono diffusi per il suicidio assistito, perché idonei all'assunzione per via orale, cfr. R. STAGLIANÒ, *Eutanasia, in Olanda si dice addio anche così*, ne *la Repubblica*, 19 novembre 2021.

[25] «*Al riguardo* – osserva la Corte nella sent. n. 242/2019 – *occorre in effetti considerare che la sedazione profonda continua, connessa all'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale – sedazione che rientra nel* genus *dei trattamenti sanitari – ha come effetto l'annullamento totale e definitivo della coscienza e della volontà del soggetto sino al momento del decesso. Si comprende, pertanto, come la sedazione terminale possa essere vissuta da taluni come una soluzione non accettabile*».

[26] Non mancano, infatti, le definizioni possibili del concetto e delle sue declinazioni (attiva, passiva, indiretta, ecc.). L'indubbia efficacia retorica del termine 'eutanasia' sconta, però, la vaghezza dei possibili significati, poiché spesso alle distinzioni di ordine morale che l'interprete può suggerire non corrispondono conseguenti qualificazioni giuridiche, *in primis* proprio perché talvolta è irrilevante la differenza tra condotte attive e omissive. «Tradizionalmente, si distingue l'eutanasia attiva, che consiste nel cagionare la morte del paziente mediante trattamento medico o farmacologico, da quella passiva, consistente nella mera interruzione del trattamento» (P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, 2022, 196). «Tuttavia, sul piano concettuale, il valore di questa distinzione è molto controverso e varie correnti di pensiero ne sostengono l'irrilevanza in ordine alla qualificazione morale degli eventi» (D. NERI, *Eutanasia*, in *Dizionario di Medicina*, Roma, 2010). E la dubbia rilevanza si ripete nel contesto giuridico, dove è ancora più difficile distinguere tra condotte attive e omissive nel decorso causale della morte: «[b]asti, infatti, riflettere sul fatto che per la qualificazione dei casi rientranti nel concetto di eutanasia la dottrina e la giurisprudenza hanno dovuto coniare una serie infinita di distinzioni che comunque non sono in grado di esaurire il variegato scenario che offre la realtà e che comunque non consentono una reale individuazione dei casi» (con riferimento al caso Welby, Trib. di Roma, sent. n. 2049/2007). Allora, «[l]a parola "eutanasia" […] si rivela per quello che è: un concetto che serve appena a descrivere (solo inizialmente) un complesso di situazioni che in realtà lo oltrepassano, e che richiedono necessariamente un'attività di precisazione di situazioni, presupposti e limiti; un "contenitore semantico", probabilmente più utile sul piano emotivo che non su quello descrittivo» (A. D'ALOIA, *Eutanasia (dir. cost.)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, 2012, 302). Sul punto, cfr. anche E. LECALDANO, «*Eutanasia*», in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Roma, 1993, 710 ss. e G. CRICENTI, *Il sé e l'altro. Bioetica del diritto civile*, Pisa, 2013, 89 ss. Sotto altra prospettiva, va osservato che «[t]ale distinzione, anche se da qualcuno criticata per ragioni sostanzialistiche […], tuttavia, in termini puramente giuridici, ha una sua rilevanza» (P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali*, cit., 196): soprattutto in relazione alla cd. eutanasia attiva, la quale sarebbe «realmente individuabile come tale» e sia l'unica fattispecie che più facilmente sia colpita da norme sanzionatorie (S. TORDINI CAGLI, *Le forme dell'eutanasia*, cit., 1820).

[27] In quanto l'organizzazione sanitaria non interviene davvero attivamente nel gesto finale, ma accerta le condizioni, esprime il parere conforme, stabilisce le modalità di applicazione, fornisce il farmaco, ecc.: si tratta di una forma di agevolazione così determinante che sembra inopportuno qualificarla come meramente passiva. D'altronde, la dottrina osserva che «malgrado le sottili differenze che intercorrono fra il suicidio medicalmente assistito e l'eutanasia, in entrambi i casi vi è un comportamento volto a terminare intenzionalmente una vita, con il consenso, reale o presunto, del malato» (G. RAZZANO, *La proposta di legge sulle «Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente*

costituzionale, la quale trova un'incerta effettività per via dello sporadico riconoscimento da parte dell'amministrazione sanitaria e di alcune decisioni giurisprudenziali pressocché isolate (a ben vedere si tratterebbe di un diritto fondamentale quasi esclusivamente marchigiano) [28]; la seconda modalità, invece, è riconosciuta dal legislatore, che tipizza alcune condotte attive, di per sé idonee a provocare anche la morte dei pazienti, sottraendo – appunto, *ex lege* – le attività terapeutiche del personale sanitario potenzialmente mortali al perimetro critico del reato di omicidio del consenziente, realizzando una forma di eutanasia attiva indiretta[29].

È evidente che le due modalità non siano del tutto coordinate. Nel caso La Forgia, la sedazione profonda determinante la morte dell'individuo (a novanta ore del suo inizio) ha richiesto il solo consenso informato del paziente (alle condizioni di cui all'art. 2, l. n. 219/2017, che declina il principio del consenso informato nel caso della terapia del dolore e, più specificamente, della sedazione palliativa profonda continua). Diversamente, con riferimento ai casi richiamati in precedenza (Cappato-Antoniani, Mario e Fabio Ridolfi), la modalità introdotta dal Giudice costituzionale prevede requisiti ulteriori, tra i quali, anche il parere del Comitato etico competente, quasi che in queste ipotesi il dilemma etico possa considerarsi più pregnante che in quelle di morte per sedazione profonda. Il discrimine principale, allora, sembrerebbe essere la distinzione tra la direzione principale dell'intenzioni dell'agente: nel caso dell'aiuto al suicidio scriminato, l'operatore sanitario vorrebbe innanzitutto determinare la morte in modo da porre fine alla sofferenza del paziente; nel caso della morte indotta da sedazione profonda, il medico vorrebbe innanzitutto interrompere le sofferenze, anche al costo di accelerare il processo terminale (e dunque incidere direttamente sul medesimo)[30]. Sennonché, tal genere di distinzioni non trovano

assistita»: una valutazione nella prospettiva costituzionale anche alla luce della sent. n. 50/2022, in *Federalismi.it*, n. 9, 2022, 57).

[28] Si vuole sostenere, cioè, che il meccanismo introdotto dalla sent. 242 configuri una forma di intervento particolarmente attivo, incidendo tramite una forma di assistenza determinante nel processo terminale, che non può essere ricompresa nelle ipotesi in cui la persona si "lasci morire".

[29] Ci si riferisce qui alla morte quale effetto secondario della terapia del dolore o della sedazione profonda continua, dal momento che per eutanasia indiretta si intendono «quelle condotte da cui la morte del paziente sopravvenga come un effetto inevitabile, anche se non voluto, di atti volti unicamente ad alleviare il dolore del malato (ad esempio, la somministrazione di massicce dosi di analgesici)» (così p. e. in G. SMORTO, *Note comparatistiche sull'eutanasia*, in *Diritto e Questioni pubbliche*¸ n. 7, 2007, 144).

[30] La distinzione si basa sul cd. "principio del doppio effetto" sviluppato nella riflessione di Tommaso d'Aquino, su cui v. ampiamente nel collettaneo di P. A. WOODWARD (a cura di), *The Doctrine of Double Effect. Philosophers Debate a Controversial Moral Principle*, Notre Dame, 2001. Quest' «eutanasia pura non ha mai posto problemi di liceità, in quanto si è sempre ritenuto che rientri nella lecita e doverosa attività medica anche il trattamento antidolorifico, finalizzato non alla morte del paziente, ma ad alleviare le gravi o insopportabili sofferenze, anche se in qualche misura

cittadinanza nel nostro ordinamento, per via della parificazione tra il dolo generico di chi vuol uccidere e dunque uccide e il dolo eventuale di quanti accettano il rischio che la propria condotta determini l'altrui morte e, dunque, agiscono in modo da determinare – comunque consapevolmente – la morte di una persona[31]. Ma, pur volendo accogliere la pregnanza della dimensione etica nel dibattito giuridico sul punto, risulta comunque difficile concepire un sistema etico in cui la morte determinata dalla sedazione profonda corrisponda all'esercizio di un diritto fondamentale e quella indotta dal farmaco mortale configuri un reato.

Pertanto, il quadro sinora descritto, in assenza di un intervento risolutivo del legislatore, definisce le condizioni costituzionalmente minime di autodeterminazione nelle scelte di fine vita. Resta, invece, alquanto aperto il terreno di discussione sul limite massimo che possa avere l'autonomia individuale. In altri termini, abbiamo ricostruito cosa il legislatore debba necessariamente fare, non già cosa esso possa spingersi a fare.

Su questo fronte si è innestato il recente dibattito relativo all'infruttuoso tentativo referendario in tema di eutanasia[32]: la proposta di referendum sulla parziale abrogazione dell'art. 579 c.p., giudicata inammissibile dalla Corte costituzionale con sent. n. 50/2022. In quest'occasione la Corte – forse – ha anticipato il giudizio di costituzionalità nel giudizio di ammissibilità referendaria o comunque – per certo – ha portato al massimo della tensione la valutazione di ammissibilità con riferimento alle norme costituzionalmente necessarie[33]. Tuttavia, non è questa la sede per affrontare diffusamente i

può avere come effetto secondario, ma non intenzionale, una anticipazione del decesso» (F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in *Criminalia*, 2006, 70).

[31] Cfr. sul punto come tali considerazioni si declinino in relazione alle cause di giustificazione: P. BERNARDONI, *Ancora sul caso Cappato: qualche considerazione sulla "non punibilità" dell'aiuto al suicidio introdotta dalla Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 26 febbraio 2020.

[32] Sul dibattito preventivo alla decisione della Corte, cfr. il volume di G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Amicus curiae 2021 – Nuovi seminari preventivi ferraresi "La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p." (Ferrara, 26 novembre 2021)*, cit.

[33] Particolarmente critico, A. PUGIOTTO, *Eutanasia referendaria. Dall'ammissibilità del quesito all'incostituzionalità dei suoi effetti: metodo e merito nella sent. n. 50/2022*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2022, 92, afferma che un giudizio di ammissibilità così pervasivo come quello esercitato dalla Corte ««[d]iventa, infatti, un sindacato di costituzionalità preventivo e astratto, su oggetto ipotetico, condotto alla luce di parametri costituzionali autonomamente individuati dalla Corte, in assenza di rilevanza processuale, fuori dal principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, privo della dialettica processuale garantita dalla legge e dalle norme integrative, avente un esito binario che «non consente di scindere il quesito e quindi non offre possibilità di soluzioni intermedie tra il rifiuto e l'accettazione integrale della proposta abrogativa». Nello stesso senso, prima della decisione, era parso a chi scrive di evidenziare le disarmonie del sistema eventualmente risultante dall'esito referendario positivo e di rinviare il sindacato di costituzionalità al giudizio in concreto sulla normativa di risulta, senza aggravare il giudizio di ammissibilità referendaria (F. CIRILLO, *Il referendum ammissibile con risultato disarmonico: le reciproche implicazioni tra omicidio del consenziente, aiuto al suicidio e dat*, in *Amicus curiae 2021*, cit., 75-76). In ogni caso, c'è chi ha osservato che si trattasse di un'"inammissibilità prevedibile e prevista" (S. PENASA, *Una disposizione costituzionalmente necessaria ma*

profili critici che hanno interessato l'iniziativa referendaria: dalla corrispondenza tra il quesito e gli effetti di un eventuale esito positivo del referendum all'applicabilità della normativa di risulta, dalla possibilità di un intervento legislativo *in extremis* (o successivo) alle novità in materia di procedimento referendario. Eppure, è significativo che anche in quel contesto si siano affrontati profili di rilievo per le attuali iniziative legislative, benché il giudizio di ammissibilità referendaria non sia ontologicamente destinato a orientare l'attività del legislatore.

La Corte ha fornito un quadro dei possibili limiti costituzionali a un'eventuale azione legislativa tesa al riconoscimento della piena autodeterminazione in materia di fine vita (appunto, non già perché il giudizio di ammissibilità referendaria abbia tale funzione, ma perché è ragionevole supporre che alcune argomentazioni potrebbero ripresentarsi in un futuro sindacato di legittimità). In breve, la Consulta ha osservato che «*la "liberalizzazione" del fatto* [dell'omicidio del consenziente] *prescinderebbe dalle motivazioni che possono indurre a chiedere la propria morte, le quali non dovrebbero risultare necessariamente legate a un corpo prigioniero di uno stato di malattia con particolari caratteristiche, potendo connettersi anche a situazioni di disagio di natura del tutto diversa (affettiva, familiare, sociale, economica e via dicendo), sino al mero* taedium vitae, *ovvero pure a scelte che implichino, comunque sia, l'accettazione della propria morte per mano altrui*» (Corte cost., sent. n. 50/2022). Allora, «*quando viene in rilievo il bene della vita umana, dunque, la libertà di autodeterminazione non può mai prevalere incondizionatamente sulle ragioni di tutela del medesimo bene, risultando, al contrario, sempre costituzionalmente necessario un bilanciamento che assicuri una sua tutela minima*».

Per queste ragioni, l'intervento del legislatore non potrebbe ammettere – nella prospettiva della Corte – una liberalizzazione piena dell'omicidio del consenziente, soprattutto se ci si limitasse ad escludere la validità del consenso per le sole condizioni minime di vulnerabilità, dal momento che esse «*non si esauriscono, in ogni caso, nella sola minore età, infermità di mente e deficienza psichica*» (le ipotesi fatte salve dall'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p., che si sarebbe avuta in caso di esito positivo). In sintesi, il legislatore non potrebbe rendere lecito l'omicidio del consenziente «*a prescindere dai motivi per i quali il consenso è prestato, dalle forme in cui è espresso, dalla qualità dell'autore del fatto e dai modi in cui la morte è provocata*».

un bilanciamento non costituzionalmente vincolato? Prime note alla sentenza n. 50 del 2022 della Corte costituzionale, in *Diritti Comparati*, 17 marzo 2022, 1).

In questi termini, le soluzioni *de iure condendo* vanno cercate tra quanto si dovrebbe fare (in ottemperanza alla sent. n. 242/2019) e quanto non si dovrebbe fare (ispirandosi alla sent. n. 50/2022), anche tenendo conto di quanto già si fa (con la terapia del dolore o la scriminante introdotta dalla Consulta): si tratta, a ben vedere, di una rotta già tracciata.

3. Le proposte di legge

Occorre ora soffermarsi sulla proposta in esame al Senato (A.S., XVIII, n. 2553) trasmesso dopo l'approvazione da parte della Camera del testo unificato avvenuta il 10 marzo 2022, considerando anche la presenza parallela di un'altra iniziativa (A.S., XVIII, n. 912) che invece prevede il diritto, a determinate condizioni, di ricevere il trattamento di eutanasia, così come gli altri disegni di legge connessi (AA. SS., XVIII, nn. 900, 966, 1464, 1494), il cui esame congiunto è stato rinviato nella seduta del 4 maggio 2022.

Passando in rassegna le proposte connesse il cui esame è congiunto alle principali, l'A.S. n. 900 mirerebbe in modo piuttosto chiaro e lineare a introdurre l'applicazione dell'eutanasia in favore di individui maggiorenni che non si trovino in stato di incapacità di intendere e di volere, purché i parenti entro il secondo grado e il coniuge siano informati e la richiesta in tal senso sia motivata dal fatto che il paziente è affetto da una malattia produttiva di gravi sofferenze, inguaribile o con prognosi infausta inferiore a diciotto mesi, con espressa esclusione della punibilità per il personale sanitario coinvolto nelle attività.

Non si può dire, invece, che eccella per chiarezza l'A.S. n. 966, il quale esclude la punibilità «*per il delitto di cui all'art. 580 c.p., primo comma, periodi terzo e quarto, come modificato dall'articolo 1 della presente legge,* [per] *chi, anche prima della data di entrata in vigore della presente legge, abbia direttamente o indirettamente contribuito a cagionare la morte di una persona che si trovi nelle condizioni di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b) e c) della legge 15 marzo 2010, n. 38, e all'articolo 2, commi 2-bis, 2-ter e 2-quater della legge 22 dicembre 2017, n. 219*»; oltre ad ampliare il novero delle patologie individuate dall'art. 9 della l. n. 38/2010 («*malattie neoplastiche, a patologie croniche e degenerative*») con le «*patologie inguaribili o degenerative, fisicamente totalmente invalidanti, anche non terminali, o a disabilità irreversibili, anche non terminali, connotate da sofferenze fisiche o psichiche costanti, refrattarie ai trattamenti sanitari*».

Del pari, non sembra degno di particolare nota l'A.S. n. 1464, non certo d'avanguardia, che insiste sulla qualificazione di idratazione e alimentazione come trattamenti non sanitari e rafforza – in casi in cui per vero non si rende necessario un simile intervento, perché già compresi nell'odierno quadro normativo – la terapia del dolore e la sedazione profonda.

Nel caso dell'A.S. n. 1494, si assiste invece a un'opzione minimalista: cioè, al trapianto del meccanismo introdotto dalla decisione della Consulta, epurato dall'elemento del parere del Comitato etico, nel corpo dell'art. 2 della l. n. 219/2017 (in materia di consenso alla terapia del dolore). A questo intervento segue una disposizione che prevede espressamente la non punibilità di chi, anche prima della data di entrata in vigore della legge, abbia direttamente o indirettamente cagionato, su sua richiesta, la morte di una persona nelle condizioni ivi indicate.

Venendo poi alle iniziative tese a regolamentare organicamente la materia, senza cioè limitarsi a interpolazioni della l. n. 219/2017, della l. n. 38/2010 o del Codice penale, l'A.S. n. 912, recante le «*Disposizioni in materia di eutanasia*», prevederebbe il diritto alla somministrazione del trattamento eutanasico nel caso di «*sofferenze fisiche o psichiche sono insostenibili e irreversibili, o* [nel caso in cui il paziente maggiorenne e capace] *sia affetto da una patologia caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta*» (art. 3) – ancora una volta – con espressa esclusione della punibilità del personale coinvolto.

La proposta di cui al d.d.l. n. 2553, già approvata alla Camera, infine, reca le «*Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita*», tale essendo ai sensi dell'art. 2 «*il decesso cagionato da un atto autonomo» con cui in esito al percorso delineato dalla legge, si pone fine alla vita «con il supporto e sotto il controllo del Servizio sanitario nazionale*». Tra i pregi della proposta, vanno evidenziati: il trapianto quasi testuale nell'art. 3 delle condizioni soggettive enucleate dalla sent. n. 242/2019[34]; l'esplicita esclusione della punibilità per gli operatori sanitari coinvolti nell'assistenza; la retroattività dell'esclusione di punibilità in questione; nonché la

[34] Infatti, mentre la sent. 242 si riferisce a una «*persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili*», l'art. 3 della proposta in esame ne rafforza le condizioni, rivolgendosi a persona «*affetta da una patologia attestata* […] *come irreversibile e con prognosi infausta, oppure essere portatrice di una condizione clinica irreversibile, che cagionino sofferenze fisiche e psicologiche che la persona stessa trova assolutamente intollerabili*», quindi, sostituendo la disgiunzione con una congiunzione («*sofferenze fisiche e psicologiche*» in luogo di «*sofferenze fisiche o psicologiche*») e aggiungendo l'avverbio «*assolutamente*» al profilo di intollerabilità delle sofferenze. Le differenze testimoniano un'intenzione di aggravare le condizioni di cui alla sent. 242, in un'ottica più garantista, escludendo cioè che il perimetro dell'assistenza scriminata si estenda a individui con patologie comunque irreversibili e con prognosi infausta, o con una condizione clinica irreversibile, che cagionino, però, conseguenze soltanto psicologiche (e non anche fisiche).

previsione di un regolamento che, previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni, individui i requisiti delle strutture del SSN idonee, definisca modalità, protocolli e procedure (anche nell'ottica del sostegno psicologico) e determini le modalità di archiviazione delle richieste. È ben evidente che il d.d.l. nulla dica in tema di omicidio del consenziente e che, quindi, escluda i pazienti non in grado di procurarsi la morte se non mediante assistenza (circostanza tutt'altro che inconsueta in pazienti affetti da condizioni cliniche irreversibili, che cagionino sofferenze fisiche e psichiche). L'approccio, allora, muove ancora da una forte distinzione tra eutanasia attiva e passiva, che – come visto – non sembra cogliere le possibili sfumature delle situazioni mediane[35].

L'art. 6 prevede l'obiezione di coscienza del sanitario, premunendosi di obbligare, al co. IV, gli enti ospedalieri autorizzati ad «*assicurare l'espletamento delle procedure previste dalla presente legge adottando tutte le misure, anche di natura organizzativa, che si rendano necessarie*». È chiaro però, come si è riscontrato in altri settori in cui si è introdotta l'obiezione di coscienza[36], che un simile istituto necessiterebbe di un'approfondita disciplina sulle misure «*anche di natura organizzativa*» necessarie affinché il diritto dell'individuo non sia vanificato nel caso di un esercizio diffuso dell'obiezione da parte degli operatori[37].

Al parere del Comitato etico[38] (di cui alla sent. n. 242/2019) si sostituisce quello degli istituendi Comitati per la valutazione clinica, regolati da apposito decreto del Ministro della Salute (con delega in bianco?[39]). Il punto appare certamente critico[40], perché il parere del Comitato etico

[35] V. *sub* n. 26.

[36] Le criticità sono notorie, ma cfr. da ultimo sul punto, M. N. DE LUCA, *Aborto impossibile, l'associazione Coscioni: "In 31 ospedali ci sono solo medici obiettori"*, ne *la Repubblica*, 17 maggio 2022.

[37] Si osserva che l'articolato «sul punto appare alquanto appannato ed incerto» (A. RUGGERI, *Oscurità e carenze della progettazione legislativa in tema di morte medicalmente assistita (prime notazioni)*, in *Consulta OnLine*, n. 1, 2022, 306). Sottolinea con enfasi il rilievo – anche costituzionale – dell'obiezione di coscienza C. B. CEFFA, *Obiezione di coscienza e scelte costituzionalmente vincolate nella disciplina sul "fine vita": indicazioni e suggestioni da una recente giurisprudenza costituzionale*, in *Nomos*, n. 1, 2021, 20 ss.

[38] I quali «*sono organismi indipendenti che hanno la responsabilità di garantire la tutela dei diritti, della sicurezza e del benessere delle persone in sperimentazione e di fornire pubblica garanzia di tale tutela. Ove non già attribuita a specifici organismi, i comitati etici possono svolgere anche funzioni consultive in relazione a questioni etiche connesse con le attività scientifiche e assistenziali, allo scopo di proteggere e promuovere i valori della persona*» (decreto del Ministero della Salute, 8 febbraio 2013, art. 1), sorti nel contesto della sperimentazione clinica, ma che hanno visto progressivamente ampliate le funzioni consultive in ambito assistenziale.

[39] In questo senso, parrebbe, l'istituzione dei Comitati per la valutazione clinica lascia «*indeterminati aspetti essenziali della nuova disciplina*», poiché il legislatore sembra devolvere «*tutte le scelte sostanziali agli atti ministeriali e declassando la relativa disciplina a livello di fonti sub-legislative, con tutte le conseguenze, anche di natura giurisdizionale, che una tale ricollocazione comporta sul piano ordinamentale*» (così *ex plurimis*, Corte cost., sent. n. 104/2017). La circostanza è piuttosto rilevante, se si considera l'esigenza di evitare l'influenza politico-ideologica sull'operato dei Comitati, donde si rendono necessari meccanismi di nomina dei componenti e più in generale di indipendenza che limitino possibili rapporti ambigui tra gli organi politico-amministrativi e i Comitati stessi.

costituiva – nella sent. n. 242 – la "rima meno obbligata"[41] dell'addizione della Corte, pur essendo un pregevole tentativo di colmare il vuoto procedurale mediante una funzione consultiva già attribuita ai Comitati dalla legge. In una prospettiva *de iure condendo*, si potrebbe discutere dell'opportunità di una simile garanzia, visto che nei casi di sedazione profonda (e più in generale in ogni altra scelta terapeutica destinata ad avere effetti determinanti sulla vita della persona) non si ravvede la necessità di includere nella relazione di cura decisioni collegiali, né si comprende appieno per quale ragione, fermo il consenso del paziente (che sia libero e attuale, consapevole e informato), e accertati dal medico curante i requisiti del caso, un organo terzo di composizione non meramente tecnico-scientifica[42] possa ostacolare o permettere il decorso del processo terminale.

Anzi, il tenore testuale dimostra come l'attenzione al ruolo dei Comitati sia persino sproporzionata rispetto alle modalità complessive: degli undici commi dell'art. 5 (rubricato appunto «*Modalità*»), otto sono dedicati al rapporto redatto dal medico e alle attività del Comitato; l'ultimo assicura che il decesso sia equiparato *ex lege* alla morte per cause naturali[43]. Quanto al paziente (art. 5, co. I), è soltanto affermato che la morte avvenga «*nel rispetto della dignità della persona malata e in modo da non provocare ulteriori sofferenze ed evitare abusi*» e (co. VII) «*mediante l'adozione, nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente, di strumenti, anche tecnologici, che consentano il compimento dell'atto autonomo*». E allora, se si comprendono le ragioni che hanno indotto il redattore del testo a non trattare dell' "atto autonomo", per pudore o per intenzionale *self-restraint*, non si può invece apprezzare la scelta di un così articolato *iter* procedimentale.

Nel complesso, l'iniziativa può dirsi soddisfacente nei limiti in cui recepisce le indicazioni della Corte, le quali comunque hanno già una collocazione nel rango primario delle fonti. Tra i principali

[40] Cfr. ancora A. RUGGERI, *Oscurità e carenze della progettazione legislativa in tema di morte medicalmente assistita (prime notazioni)*, cit., 304-306.

[41] A ben vedere, c'è chi afferma che si sia trattato di una pronuncia additiva "senza rime obbligate": S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza 'rime obbligate'*, in questa *Rivista*, n. 2, 2020, 288 ss.

[42] Con riferimento all'attuale composizione dei Comitati etici, ad esempio, essi sono costituiti stabilmente da almeno tre clinici, un medico di medicina generale, un pediatra, un biostatistico, un farmacologo, un farmacista del servizio sanitario regionale, un esperto in materia giuridica e assicurativa o un medico legale, un esperto di bioetica, un rappresentante dell'area delle professioni sanitarie interessata alla sperimentazione, un rappresentante del volontariato o dell'associazionismo di tutela dei pazienti, un esperto in dispositivi medici; a queste figure, si aggiunge una componente variabile a seconda delle funzioni esercitate (art. 2, co. V, d. m., 8 febbraio 2013).

[43] Benché, chiaramente, l'unico dato certo è proprio che «una morte procurata che non coincide con un "naturale" collasso fisico» (E. FERRI, *Eutanasia e finis vitae, questione aperte*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, n. 3, 2021, 340).

pregi del testo in esame, come è chiaro, va evidenziato che si tratti di un testo già approvato alla Camera e, perciò, un'approvazione senza emendamenti consentirebbe di ottenere una disciplina organica sottratta alla discrezionalità delle amministrazioni sanitarie[44]. Ben più discutibile, invece, parrebbe un'*emendatio* di dettaglio, che non sia in grado di risolvere i punti non lambiti dal disegno di legge e di fatto ritardi ulteriormente i tempi di una possibile approvazione.

Quanto agli effetti, invece, non ci sarebbe alcuna novità sostanziale sul piano dei diritti azionabili del singolo ma – nel caso – soltanto un ritardo conseguente alla necessità di istituire i Comitati per la valutazione clinica (in luogo dei Comitati etici che già esistono e possono operare)[45]. Certamente, resterebbe aperta la questione della morte indotta farmacologicamente e, soprattutto, dell'irragionevole distinzione tra morte procurata quale "doppio effetto" della terapia del dolore e morte deliberatamente causata da farmaci[46]. In entrambi i casi, infatti, la morte della persona può sopraggiungere quale effetto prevedibile ed accettato da parte dell'agente che somministra il farmaco. Anche nel caso della sedazione profonda che acceleri il processo terminale, l'operatore – comunque scriminato per l'esercizio del dovere sancito *ex lege* – causa attivamente la morte della persona, al pari di quanto avvenga nel caso della somministrazione del farmaco mortale[47].

---

[44] Invece, «nel complesso tutta la proposta parlamentare è utile» secondo S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Fine vita tra riforme legislative straniere e la proposta referendaria italiana: un confronto tra modelli*, in *Federalismi.it, Focus Human Rights 18 maggio 2022*, n. 14, 2022, 174.

[45] *Contra*, c'è chi afferma che «il testo esprime, piuttosto, il passaggio dall'aiuto al suicidio come reato non punibile in certi casi all'aiuto al suicidio come diritto» (G. RAZZANO, *La proposta di legge sulle «Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita»*, cit., 66). Similmente, RUGGERI (*Oscurità e carenze della progettazione legislativa in tema di morte medicalmente assistita (prime notazioni)*, cit., 303) contesta che si dia «luogo alla "invenzione" di un diritto costituzionale alla morte assistita», ben oltre la mera qualificazione in termini di non punibilità del comportamento dell'agevolatore cui mirava la sent. n. 242/2019. Tuttavia, perché la non punibilità di cui alla sentenza si realizzi è necessario l'inveramento delle condizioni ivi indicate: senza un diritto di accertamento delle condizioni medesime, quella specifica situazione di non punibilità del terzo può realizzarsi solo all'estero o in circostanze altrimenti inspiegabili. Si può convenire, per certo, sul fatto che le intenzioni della Corte fossero di «limitare il più possibile l'invasività della discrezionalità legislativa di un dispositivo di accoglimento manipolativo» e non già di creare *ex novo* una procedura sanitario-amministrativa (G. D'ALESSANDRO, *La Corte costituzionale e il caso "Cappato-Antoniani"*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, n. 3, 2021, 573).

[46] Si registra, infatti, «una discriminazione insopportabile quanto irragionevole tra chi è capace di darsi da solo una morte volontaria medicalmente assistita e chi, per le condizioni in cui versa, non ha invece questa stessa possibilità» (O. CARAMASCHI, *Diritto alla vita e diritto all'autodeterminazione: un diverso bilanciamento è possibile? (a margine di Corte cost., sent. n. 50/2022)*, in *Consulta OnLine*, n. II, 2022, 621).

[47] In relazione alla mitigazione del dolore con rischio di accorciamento della vita, si è da tempo osservato che «questi casi di c.d. eutanasia indiretta sono relativamente difficili da inquadrare sul piano giuridico, poiché il medico che è cosciente del fatto che la dose di morfina rischia di accelerare la morte, agisce giuridicamente in dolo eventuale» (A. EISER, *Possibilità e limiti dell'eutanasia dal punto di vista giuridico*, in L. STORTONI (a cura di), *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, Trento, 1992, 83). Qui il dibattito oscilla tra la punibilità a titolo di dolo eventuale –

Un sage Italien dit que le mieux est l'ennemi du bien[48], e forse è vero: il testo in esame non entusiasma né i conservatori né i progressisti, ma potrebbe uniformare e consolidare una prassi che altrimenti stenterebbe a imporsi per la comprensibile prudenza delle strutture e delle corti.

4. Conclusioni

Il tema del fine vita suscita la riflessione su una contraddizione con cui è arduo confrontarsi: da un lato s'impone la necessità di un intervento legislativo che abbia la generalità e l'astrattezza che gli sono proprie; dall'altro lato, «nondimanco»[49] è noto che la bioetica e, con essa, il biodiritto si sviluppino secondo un approccio topico[50] o con un metodo prettamente casistico[51]. La contraddizione appare insanabile, poiché una parte delle questioni è dettata dall'insorgenza di nuove prassi e nuove tecnologie, al punto che l'intervento del legislatore appare spesso tardivo e poco efficace e però la valutazione caso per caso tende a essere inquinata da retoriche discutibili[52].

---

poiché l'agente non ambisce a causare l'evento, ma ritiene che sia seriamente probabile – e la ricerca della causa di giustificazione più idonea (sul tema della qualificazione dommatica delle scriminanti, v. anche A. MANNA, *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca*, in *disCrimen*, 26 maggio 2020, 4-7).

[48] VOLTAIRE, *La bégueule: conte moral* (1772), in *Œuvres complètes de Voltaire*, Parigi, 1877, vol. 10, 50.

[49] Il richiamo è alle pagine di riflessione sul rapporto tra norma e anomalia a partire da casi specifici di C. GINZBURG, *Nondimanco. Machiavelli, Pascal*, Milano, 2018. Cfr. diffusamente anche C. GINZBURG, L. BIASORI (a cura di), *A Historical Approach to Casuistry. Norms and Exceptions in Comparative Perspective*, Londra-New York, 2019. Parrebbe emblematico, in tal senso, il riferimento al metodo adottato in T. L. BEAUCHAMP, J. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford, 2008.

[50] S'intende relativo a uno «schema tipico di argomentazione a cui si può ricorrere per la discussione di casi particolari» (*tòpico*, in *Vocabolario on line*); cfr. diffusamente anche in P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2014, 315 ss.

[51] Cfr. diffusamente A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016.

[52] Si pensi soprattutto al cd. *slippery slope*, l'argomento del piano scivoloso, su cui tra i tanti cfr. U. ADAMO, *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole). Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016, 1-2; oppure diffusamente in C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004. Del pari, è possibile che un approccio solo casistico, che attribuisca ampia discrezionalità all'interprete, sia inficiato da considerazioni morali o filosofiche alle quali non sembra opportuno condizionare l'effettività di diritti che si assumono di rango costituzionale. D'altronde, con lungimiranza, si è osservato che «[s]i tratta ora di vedere se il modo per riempire i vuoti legislativi servirà da stimolo al legislatore a por mano ad una più compiuta e articolata disciplina della materia o se, al contrario, il compito di dar seguito alle precise indicazioni della Corte graverà (come pare inevitabile, almeno nel breve termine) sulle spalle dei giudici di merito, alimentando l'ormai lungo dibattito sul rapporto tra diritto legale e diritto giurisprudenziale. Un diritto quest'ultimo non in grado di dotare di una valenza generale le decisioni dei singoli giudici, col rischio di una disomogeneità che non serve certo gli interessi dei diretti interessati» (P. CARETTI, *La Corte costituzionale chiude il caso Cappato ma sottolinea ancora una volta l'esigenza di un intervento legislativo in materia di "fine vita"*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 1, 2020, 191).

Un elemento unitivo tra le due dimensioni, quella del caso e quella della norma, può essere rappresentato dai principi[53], anche se la traduzione dei medesimi nelle prassi implica un'attività di ponderazione, attività in cui la discrezionalità dell'interprete è significativa e, quindi, il principio di legalità ne risulta spesso indebolito[54]. D'altronde, se anche le corti di merito si spingono a denunciare le omissioni del legislatore[55], resta da chiedersi quale sia il ruolo della legge, in relazione alla quale, al crescere della sua doverosità, diminuisce la sua necessarietà, con ogni implicazione in ordine al rapporto tra i poteri dello Stato. Cioè, una legge sempre più incline a presentarsi come un atto dovuto appare al contempo sempre meno indispensabile e, quanto al suo contenuto, ci si può interrogare sulla forte pervasività dei poteri diversi da quello legislativo. È anche vero che, in materia di fine vita, la perdurante inerzia legislativa abbia essa stessa determinato la maggiore densità dei limiti costituzionali positivi e negativi che si rivolgono alle attuali iniziative, ma ciò contribuisce a gettare una luce sinistra su un sistema che impone al Parlamento "doveri" sempre più specifici, senza fare i conti con i meccanismi delle democrazie parlamentari, in cui anche il compimento di un atto dovuto va incontro alle logiche della ricerca del consenso[56].

Quanto al caso di specie, si è tentato di illustrare che il percorso da seguire sia quasi del tutto obbligato[57]: poiché è necessario un intervento che recepisca le indicazioni della Corte[58] e prosegua

[53] Come osservato, è pur vero che «la costituzione italiana garantisce un diritto generale all'eutanasia e al suicidio assistito a persone, in sintesi, gravemente malate, o che abbiano una disabilità permanente» (G. MANIACI, *Perché abbiamo un diritto costituzionalmente garantito all'eutanasia e al suicidio assistito*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2019, 262); però, si può evidenziare che «la Corte costituzionale italiana, in tema di autodeterminazione (e non solo), non presenti una giurisprudenza del tutto coerente e lineare. Se una linea può tracciarsi, purtuttavia, può intravedersi una non piena disponibilità da parte della Corte a considerare il principio di autodeterminazione come complessivo parametro autonomo di giudizio nelle materie legate all'esistenza umana» (C. CASONATO, *Il Principio di autodeterminazione. Una modellistica per inizio e fine vita*, in *Osservatorio AIC*, n. 1, 2022, 67).

[54] «Il principio non è regola generale, ma norma giuridica al massimo grado e al massimo valore per la vita del diritto» e dunque «svolge una funzione essenziale nell'interpretazione giuridica nel senso di attività intermediaria tra caso, inteso come fatto, e diritto», con il rischio, però, che nel bilanciamento necessario a tradurre i principi in diritto giudiziale «si veda indebolita la portata garantista della Carta costituzionale» (A. LUCARELLI, *Modelli giuridici di incalcolabilità del diritto*, in A. APOSTOLI- M. GORLANI, (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Napoli, 2018, pp. 130-131).

[55] Cfr. anche il provvedimento di accoglimento del reclamo di Mario, in cui si evidenzia la necessità di un «intervento chiaro, organico e risolutivo del Parlamento, che tenga conto anche delle implicazioni sanitarie ed organizzative dell'obiezione di coscienza» (Trib. di Ancona, ord. 9 giugno 2021, 7); affermazione del tutto condivisibile, ma piuttosto inconsuetamente collocata in un'ordinanza che definisce un mero procedimento cautelare.

[56] Su questi aspetti, si evidenzia «un problema circa la sensibilità dell'attuale classe politico-parlamentare ad affrontare queste tematiche, senza farne battaglie ideologiche» (A. RIDOLFI, *Il diritto di morire è un diritto costituzionalmente tutelato? (Considerazioni a partire dai casi Cappato-Antoniani e Trentini)*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2021, 71).

[57] V. anche M. E. BUCALO, *Il cammino indicato dalla Corte costituzionale per la disciplina del suicidio medicalmente assistito fra giurisprudenza di merito e perdurante attesa del legislatore*, in *BioLaw Journal*, 2021, 281

nel riconoscimento dell'autodeterminazione dell'individuo, senza però liberalizzare in modo illimitato l'omicidio del consenziente. In questo senso, l'approvazione del testo in esame potrebbe rappresentare un primo passo utile, ancorché non del tutto risolutivo[59].

ss. Da altra prospettiva, si può affermare che «il Parlamento sembra muoversi come un prigioniero nel ristretto perimetro tracciato dalla Corte costituzionale» (N. ROSSI, *L'impasse del fine vita. L'aiuto a morire tra referendum e legge*, in *Questione Giustizia*, 24 novembre 2021), oppure, ancor più fermamente che «[p]er quanto riguarda le legge, peraltro, il Parlamento non può che seguire le linee guida tracciate dall'ordinanza della Corte» (M. BARBERIS, *Ma il Parlamento non sarà l'ultimo posto al mondo dove fare una legge sul fine-vita?*, in G. D'ALESSANDRO, O. DI GIOVINE (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita*, cit., 37).

[58] V. diffusamente anche in C. CARUSO, O. POLLICINO, S. AGOSTA, L. BUSATTA, C. CASONATO, G. D'AMICO, C. TRIPODINA, *Il fine vita e il legislatore pensante. 5. Il punto di vista dei costituzionalisti*, in *GiustiziaInsieme.it*, 2 aprile 2021.

[59] Ancora una volta, allora, «una compiuta disciplina sulla "morte volontaria medicalmente assistita" non può non tener conto anche dei profili legati alla posizione dei soggetti non in grado di autosomministrarsi il farmaco letale per inabilità motoria o irreversibile incapacità cognitiva» (F. G. PIZZETTI, *L'"aiuto medico alla morte volontaria" in Italia fra via referendaria e via parlamentare*, in *Federalismi.it*, n. 4, 2022, 789).

AIC
Associazione Italiana dei Costituzionalisti
Osservatorio costituzionale

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE
Codice ISSN: 2283-7515
Fasc. 5/2022
Data: 4 ottobre 2022

La confluenza di più decreti legge. Sui problemi costituzionali di un fenomeno di conversione apparente[*]

di **Leonardo Pace –** *Ricercatore di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università degli Studi di Roma Tre*

TITLE: The confluence of several Law-Decrees. Constitutional issues of apparent conversion

ABSTRACT: Il saggio si occupa dei problemi costituzionali che insorgono dal fenomeno, sempre più frequente, della confluenza tra più decreti-legge, ponendo, altresì, in evidenza come essi rappresentino il risultato delle questioni irrisolte in tema di decretazione d'urgenza.

The paper consider the constitutional problems arrising from the increasingly frequent phenomenon of the confluence of several Law-Decrees, also highlighting how they represent the result of unresolved issues in terms of urgent-Decrees.

KEYWORDS: Decreto-legge; abrogazione; confluenza dei decreti legge; conversione apparente; Corte costituzionale; Law-Decrees; abrogation; apparent conversion; confluence of several Law-Decrees; Constitutional Court

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Guardando i dati: il fenomeno della confluenza di più decreti-legge nella XVIII legislatura. – 3. Può l'abrogazione considerarsi alla stregua della mancata conversione? – 3.1. La lettera dell'art. 77 Cost.: una prima (e risolutiva?) indicazione. – 3.2. Se è,

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

come è, non retroattiva, l'abrogazione non può equivalere alla non conversione. – 3.3. …e se l'abrogazione fosse retroattiva? – 3.4. Concludendo sull'abrogazione dei decreti-legge in sede di conversione. – 4. Sulla trasmigrazione dei contenuti ad opera degli emendamenti al decreto-legge formalmente convertito. – 4.1. Un necessario intermezzo: la giurisprudenza costituzionale che ha condotto alla configurazione del nesso di interrelazione funzionale. – 4.2. Come la "trasmigrazione contenutistica" svela il problematico limite del potere emendativo in sede di conversione. – 5. Una breve e ultima considerazione sui problemi della confluenza operata in sede di conversione. – 6. Un po' più e un po' meno di una conclusione: sulla necessità di volgere lo sguardo al provvedimento provvisorio con forza di legge.

1. Introduzione

È oramai sempre più diffuso, nella prassi di questi anni, il fenomeno della confluenza di più decreti-legge, operata in sede di conversione di uno solo di essi, conosciuto anche con le differenti denominazioni di «decreti Minotauro», «decreti a perdere»[1] e «decreti Matrioska»[2].

In queste pagine, rinunciando al fascino della metafora, farò riferimento al fenomeno con i concetti, più "grigi" ma a mio parere più precisi, di "confluenza" ovvero "accorpamento" tra più decreti-legge.

Devo fin da subito precisare che rimane fuori da questa analisi il fenomeno finitimo, altrettanto problematico, dell'abrogazione o della modifica esplicita ad opera di un decreto-legge di norme contenute in un altro decreto ancora in corso di conversione[3].

Mi limito qui a segnalare che – ove si accedesse all'idea che il decreto-legge sia atto cui deve ritenersi preclusa la capacità abrogativa, potendo, in ragione della sua provvisorietà, solo sospendere la legislazione vigente[4] – i dubbi, che si addensano riguardo alla legittimità

[1] Usano tali espressioni R. ZACCARIA, E. ALBANESI, *Il decreto-legge tra teoria e prassi*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegnai*, 2009, *passim.*

[2] Questa è invece espressione cui ricorre, sebbene in modo non esclusivo, A. VERNATA, *Governo e Parlamento nella produzione normativa. Evoluzioni o consolidamento di una nuova Costituzione materiale*, *Rivista AIC*, 3/2020, § 3.2.2.

[3] Sul tema, fra i più recenti, si veda M. PANDOLFINI, *Abrogazione di disposizioni di un decreto-legge ad opera di altro decreto-legge: l'incertezza e i problemi derivanti dall'emergenza*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4/2020. Si veda sul punto anche il *Rapporto del Comitato per la legislazione* (citato più avanti nel testo), 18.

[4] Secondo l'insegnamento di F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sulle conseguenze della trasformazione del decreto-legge*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996, 467.

costituzionale di tale prassi, sono ancora più consistenti di quelli che cercherò di porre in evidenza rispetto alla prassi della confluenza di più decreti-legge.

Un'ultima precisazione si rende necessaria. Pur consapevole che la prassi della confluenza di più decreti-legge abbia ovviamente delle ripercussioni anche sulla forma di governo, alle quali pur vi saranno inevitabili riferimenti, ragioni di economia dello scritto mi impongono di indagare il tema della confluenza dalla sola prospettiva delle fonti del diritto.

Il fenomeno dell'accorpamento di più decreti-legge non è inedito nelle dinamiche costituzionali di produzione del diritto e presenta connotazioni analoghe a quello, pure indagato dalla dottrina costituzionalistica, della c.d. "conversione mascherata" di un decreto-legge ad opera di una legge ordinaria[5]. Alle caratteristiche e ai problemi di quest'ultima figura, che – come vedremo – è per larga parte sovrapponibile a quello dell'accorpamento, farò spesso riferimento.

Tentando in poche battute di delineare il fenomeno della confluenza di più decreti, si può dire che questo si caratterizza per la coesistenza di più decreti-legge, volti a disciplinare lo stesso ambito materiale ovvero ambiti materiali diversi (e, in tale ultima ipotesi, la disciplina è retta, o si dichiara esser retta, da una finalità unitaria), i cui contenuti normativi confluiscono tutti, per il tramite della legge di conversione di uno solo di essi, in un unico provvedimento normativo[6].

Più precisamente, per il tramite della legge di conversione di uno di tali decreti, quest'ultimo vede confluire in esso i contenuti dell'altro atto avente forza di legge, prima della scadenza del termine di 60 giorni; il decreto non formalmente convertito viene, al contempo, espressamente abrogato dalla legge di conversione con la quale si opera la descritta confluenza. Detta legge di conversione pone in essere poi un'ulteriore operazione: mediante la sanatoria, prevista dall'art. 77, terzo comma, ultimo periodo, Cost., vengono cristallizzati gli effetti prodotti dal decreto-legge abrogato dal momento della sua pubblicazione e fino all'avvenuta abrogazione.

Volendo provare a delineare schematicamente la sequenza normativa in parola: all'adozione del decreto-legge (DL1) fa seguito l'adozione del decreto-legge (DL2), i cui contenuti, per il tramite della legge di conversione di DL1, confluiscono in quest'ultimo. Sempre la legge di conversione di DL1 poi abroga DL2 e ne fa, del pari, salvi gli effetti già prodotti (ma ben può accadere che siano i

[5] Sul punto si veda, per tutti, A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Milano, 2003, 324 ss.

[6] C. DOMENICALI, *La prassi nella decretazione d'urgenza: le catene dei decreti* minotauro *durante l'emergenza sanitaria*, in L. BARTOLUCCI, L. DI MAJO (a cura di), *Le prassi delle Istituzioni in pandemia*, Napoli, 2022, 45 s.

contenuti di DL1 a confluire nella legge di conversione di DL2, la quale abroga e fa salvi gli effetti di DL1).

In altri termini, il fenomeno della confluenza dei decreti-legge per opera della legge di conversione di uno solo di essi si compone di tre "momenti": 1) la «trasmigrazione contenutistica»[7] da una fonte, il decreto-legge, non formalmente convertito ma ancora convertibile, ad un'altra, il decreto-legge oggetto di conversione formale, trasmigrazione che, come meglio si dirà più avanti, avviene alla stregua di emendamenti innovativi; 2) l'abrogazione del decreto-legge "confluito", accompagnata 3) dalla sanatoria degli effetti *pro praeterito* da quest'ultimo prodotti.

2. Guardando i dati: il fenomeno della confluenza di più decreti-legge nella XVIII legislatura

Il fenomeno in parola è oggetto di ampia analisi, soprattutto in riferimento ai suoi dati quantitativi, nel *Rapporto sull'attività svolta dal Comitato per la legislazione* – Quarto turno di presidenza (6 gennaio 2021 – 5 novembre 2021), pubblicato il 13 febbraio 2022[8].

Dall'inizio della legislatura al 15 gennaio 2022 il fenomeno della confluenza ha interessato 33 decreti-legge. Di questi 33 decreti-legge, 3 sono confluiti non in altro decreto-legge, bensì in altra legge[9], potendo pertanto essere ricondotti alla già richiamata figura della conversione mascherata. Poiché in questo lavoro mi occupo del solo accorpamento di più decreti, ad opera della legge di conversione di uno solo di essi, il dato contenuto nel *Rapporto* da prendere in considerazione è, pertanto, quello della confluenza di 30 decreti-legge[10].

Continuando con la lettura dei dati del *Rapporto,* si riscontra poi una correlazione significativa tra inizio dell'emergenza da COVID-19 e il fenomeno in parola, costatandosi un aumento dei decreti accorpati in corrispondenza delle c.d. "ondate pandemiche".

[7] P. CARNEVALE, *La sanatoria di un decreto-legge non decaduto, nè convertito, bensì contestualmente abrogato e riprodotto, al cospetto della Corte costituzionale*, in *Giur. cost*., 2005, 4780.

[8] Liberamente consultabile al seguente link: https://www.camera.it/temiap/2022/02/17/OCD177-5367.pdf.

[9] Il riferimento è ai decreti-legge n. 115 del 2018, n. 209 del 2021 e n. 157 del 2021.

[10] Per non appesantire l'apparato critico non si richiamano i singoli decreti; per l'indicazione di tali provvedimenti si vedano le pp. da 33 a 36 del citato *Rapporto*.

Da inizio legislatura fino alla comparsa dell'emergenza epidemiologica, la confluenza ha interessato, infatti, solo 5 decreti-legge e, di questi, solo 4 sono confluiti in altro decreto-legge. Si ricava, pertanto, che il fenomeno sia esploso a partire dal mese di marzo 2020, registrandosi 28 decreti-legge accorpati tra loro, successivamente a tale data.

Di questi 28 decreti-legge adottati dal marzo 2020 e confluiti alla data di pubblicazione del *Rapporto*, ben 26 parrebbero di sicura riconducibilità all'emergenza epidemiologica da COVID-19[11].

Su tale aspetto ritornerò tra brevissimo.

Se si volge poi lo sguardo a quanto accaduto dopo la pubblicazione del *Rapporto*, fino al 24 luglio (data in cui si è ultimato questo scritto), si vede che, dei 19 decreti-legge adottati, ben 6 sono confluiti in altro decreto-legge formalmente convertito, con contestuale abrogazione e salvezza degli effetti[12]. Un solo decreto-legge è stato, invece, abrogato e ne sono stati fatti salvi gli effetti, senza che il suo contenuto sia confluito in altro decreto[13].

E ancora, di questi 6 decreti-legge ben 3 sono confluiti in altro decreto-legge adottato per far fronte alla gestione della crisi ucraina. Il punto merita un'ulteriore specificazione.

Il decreto-legge n. 16 del 2022 (Ulteriori misure urgenti per la crisi in Ucraina) è stato accorpato al decreto-legge n. 14 del 2022 (Disposizioni urgenti sulla crisi in Ucraina), ad opera della legge n. 28 del 2022, di conversione di quest'ultimo, ed entrambi gli atti, come si evince dal titolo, sono stati espressamente adottati al fine di rispondere alla crisi in Ucraina. Ben altri due decreti-legge, adottati per far fronte ad "altre emergenze", i decreti n. 38 del 2022 (Misure urgenti in materia di accise e IVA sui carburanti) e n. 80 del 2022 (Misure urgenti per il contenimento dei costi dell'energia elettrica e del gas naturale per il terzo trimestre 2022 e per garantire la liquidità delle imprese che

[11] Parrebbero dover essere esclusi solo i decreti-legge: n. 182 del 2020 (abrogato dalla legge di conversione del decreto-legge n. 183 del 2020, nel quale è confluito, con salvezza degli effetti) e n. 89 del 2021 (abrogato dalla legge di conversione del decreto-legge n. 73 del 2021, nel quale è confluito, con salvezza degli effetti).

[12] Ci si riferisce a: decreto-legge n. 229 del 2021, confluito nel decreto-legge n. 221 del 2021, ad opera della legge n. 11 del 2022 di conversione di quest'ultimo; decreto-legge n. 5 del 2022, confluito nel decreto-legge n. 1 del 2022, ad opera della legge n. 18 del 2022 di conversione di quest'ultimo; decreto-legge n. 13 del 2022, confluito nel decreto-legge n. 4 del 2022, ad opera della legge n. 25 del 2022 di conversione di quest'ultimo; decreto-legge n. 16 del 2022, confluito nel decreto-legge n. 14 del 2022, ad opera della legge n. 28 del 2022 di conversione di quest'ultimo; decreto-legge n. 38 del 2022, confluito nel decreto-legge n. 21 del 2022, ad opera della legge n. 51 del 2022 di conversione di quest'ultimo; decreto-legge n. 80 del 2022, confluito nel decreto-legge n. 50 del 2022, ad opera della legge n. 91 del 2022 di conversione di quest'ultimo. In tutte queste ipotesi, le leggi di conversione hanno altresì abrogato e fatti salvi gli effetti dei decreti-legge non formalmente convertiti.

[13] Questo è il decreto-legge n. 2 del 2022, abrogato con salvezza degli effetti dalla legge n. 11 del 2022 di conversione del decreto-legge n. 221 del 2021.

effettuano stoccaggio di gas naturale), sono stati accorpati in decreti anch'essi volti, esclusivamente o anche, a dare risposte urgenti alla citata crisi bellica; l'accorpamento qui può essere giustificato dalla «mera coincidenza tra gli ambiti» materiali[14] fra i provvedimenti emergenziali che ne sono stati oggetto.

Volendo trarre alcune conclusioni dai numeri appena esposti, si può rilevare che la confluenza sia fenomeno tutt'altro che marginale e, soprattutto, che vi sia una corrispondenza tra aumento dell'accorpamento tra più decreti-legge e la gestione dei fenomeni emergenziali.

La circostanza, poi, che la confluenza abbia riguardato anche i decreti-legge chiamati a fronteggiare la crisi bellica, sebbene in tale ipotesi questi ultimi siano stati per lo più i "contenitori" dei contenuti recati da altri provvedimenti volti a fronteggiare altre emergenze ad essa collegate, è dato altrettanto significativo.

Alla luce di quanto appena detto, può trarsi la conclusione, per certi versi paradossale[15], che l'emergenza, quando non è causa specifica dell'accorpamento, può fungere, però, da "contesto", che, in un qualche modo, agevola operazioni di questo tipo e, quindi, che essa assorga a pretesto per operazioni – come cercherò di dimostrare nelle prossime pagine – distorsive del modello costituzionale della decretazione d'urgenza.

Nel corso dell'attuale legislatura, il fenomeno, proprio in ragione della sua consistenza, non è passato inosservato a livello istituzionale.

Come si legge ancora nel *Rapporto*, all'interno della Camera dei deputati, tanto il Comitato per la legislazione[16], quanto la stessa Assemblea[17], si sono espressi sulla necessità di limitare tale fenomeno a circostanze di assoluta eccezionalità, da motivare adeguatamente nel corso dei lavori parlamentari.

---

[14] L'espressione è di G. PICCIRILLI, *Non è incostituzionale l'"accorpamento" tra decreti-legge, se si mantiene l'omogeneità materiale*, in *Giur. cost.*, 2014, 4465.

[15] Paradossale perché il decreto-legge dovrebbe essere adottato per far fronte a casi di straordinaria necessità e urgenza, nei quali può essere ricondotta l'emergenza, e pertanto quest'ultima non dovrebbe essere fattore perturbativo della connotazione costituzionale sua propria.

[16] Così la raccomandazione contenuta nel parere (del 12 gennaio 2021) sul decreto-legge n. 172 del 2020, che può leggersi a p. 59 della citata *Relazione*.

[17] È stato infatti approvato l'Ordine del giorno 9/02835-A/010 (presentato dall'on. Stefano Ceccanti) nella seduta n. 454 del 20 gennaio 2021 (per la conversione del decreto-legge n. 172 del 2020), che richiama quanto espresso dal già citato parere reso sullo stesso. L'ordine del giorno può leggersi al seguente link: https://aic.camera.it/aic/scheda.html?numero=9/2835-A/10&ramo=C&leg=18.

Anche l'attenzione del Presidente della Repubblica si è concentrata sul fenomeno in parola. Nella lettera ai presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio dei ministri, del 23 luglio 2021[18], il Capo dello Stato rileva, infatti, che «la moltiplicazione dei decreti-legge, adottati a distanza estremamente ravvicinata, ha determinato […] un consistente fenomeno di sovrapposizione e intreccio di fonti normative […] e, in più occasioni, si è assistito alla confluenza nelle leggi di conversione di altri decreti legge».

Il Presidente della Repubblica ha esortato, pertanto il Parlamento e il Governo a «modificare l'attuale tendenza», il che si traduce nella specifica indicazione che «la confluenza di un decreto-legge in un altro provvedimento d'urgenza, oltre a dover rispettare il requisito dell'omogeneità di contenuto, dovrà verificarsi solo in casi eccezionali e con modalità tali da non pregiudicarne l'esame parlamentare. Anche per rimuovere la abituale prassi, ormai generalizzata, che consiste nella presentazione di maxi emendamenti sui quali porre la questione di fiducia».

3. Può l'abrogazione considerarsi alla stregua della mancata conversione?

Il primo quesito che occorre porsi è se l'abrogazione del decreto-legge – che, come si è visto, accompagna l'accorpamento di più decreti – possa considerarsi alla stregua di una mancata conversione. Problema, questo, che è rilevante, poiché solo se fosse accertata tale equiparazione potrebbe ritenersi costituzionalmente giustificata la clausola di salvezza degli effetti del decreto-legge abrogato, prevista dalla legge di conversione di altro decreto-legge[19].

[18] Consultabile al seguente link: https://www.quirinale.it/elementi/59260.

[19] La circostanza che la sanatoria avvenga per opera della legge di conversione di altro decreto-legge è, di per sé, meno problematica, almeno a seguire la posizione della dottrina prevalente e della stessa Corte costituzionale. Ciò sul presupposto della non necessarietà di una legge *ad hoc* per regolare i decreti-legge non convertiti, come si ricaverebbe dall'ormai risalente, ma mai posta in discussione, affermazione della Corte costituzionale (sentenza n. 84 del 1996). Su tale base si è anche ammessa la possibilità che una legge di conversione converta (parzialmente) e allo stesso tempo sani gli effetti prodotti da quella parte del decreto-legge non convertito; così P. CARNEVALE, A. CELOTTO, *La Corte e la regolazione dei «rapporti sorti sulla base dei decreti-legge non convertiti». Qualche considerazione sulla legge di cui all'art. 77, terzo comma, ultimo periodo, della costituzione alla luce del suo trattamento nella giurisprudenza costituzionale*, in V. COCOZZA, S. STAIANO (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale.* Atti del convegno di Napoli svoltosi nei giorni 12 e 13 maggio 2000, Torino, 2001, 373 s.

Il tema è stato lungamente indagato dalla dottrina in relazione alla già richiamata figura della conversione mascherata e, pertanto, a quella elaborazione si guarderà per sondare se gli approdi lì raggiunti possano essere qui condivisi.

3.1. La lettera dell'art. 77 Cost.: una prima (e risolutiva?) indicazione

Nell'affrontare il problema occorre partire dal dato testuale dell'art. 77, ultimo comma, Cost.: «i decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione».

Come si evince chiaramente dalla lettera della disposizione costituzionale, è la mancata conversione, nel termine di sessanta giorni, la condizione della perdita di efficacia sin dall'inizio dell'atto avente forza di legge.

L'argomento letterale fornisce, pertanto, una prima e univoca indicazione: è solo la mancata conversione – nelle forme della non adozione della relativa legge (ossia di una inerzia qualificata giuridicamente) o nell'adozione di una legge che espressamente disponga in senso contrario alla conversione – a determinare la decadenza del decreto-legge.

Ciò porterebbe, pertanto, ad escludere che vicende ulteriori, quale l'abrogazione, possano «dar corpo alla figura della fallita conversione»[20]. E ci si potrebbe fermare qui.

Potrebbe ritenersi, tuttavia, che l'argomento letterale, nel suo essere interpretazione solo *prima facie*, non sia di per sé risolutivo e che sia, pertanto, necessario indagare se l'equiparazione tra mancata conversione ed abrogazione possa predicarsi sul piano della equiparabilità degli effetti di queste due vicende. In altri termini, è opportuno verificare se l'abrogazione, allorché produca effetti assimilabili alla decadenza del decreto-legge, possa reputarsi fatto giuridicamente qualificato, nella determinazione della reiezione dell'atto avente forza di legge, e, pertanto, presupposto giustificato per la c.d. sanatoria degli effetti.

Come è stato, infatti, già sostenuto in dottrina, l'abrogazione di un decreto-legge in corso di conversione può ritenersi «ammessa, solo a patto che essa produca gli stessi effetti del decorso del termine costituzionale, e cioè, il venir meno *ex tunc* degli effetti del decreto abrogato»[21].

[20] P. CARNEVALE, *La sanatoria*, cit., 4785.

In altri termini, in caso si volesse seguire questa prospettiva (anche se più avanti mostrerò come essa sia, ad ogni modo, una strada non percorribile), solo ove l'abrogazione disposta dalla legge di conversione avesse efficacia retroattiva, potrebbe ipotizzarsi un'equiparazione, quanto agli effetti, con la mancata conversione.

3.2. Se è, come è, non retroattiva, l'abrogazione non può equivalere alla non conversione

Ciò chiarito, nella vicenda della confluenza di più decreti-legge sembrerebbe di essere al cospetto di un'abrogazione solo *pro futuro*, poiché le varie leggi di conversione, con le quali viene operata la confluenza in parola, nulla dispongono sulla portata retroattiva. La formula ricorrente è infatti la seguente: «Il decreto-legge […] è abrogato. Restano validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base del medesimo decreto-legge […]».

Di là dall'idea della generale inammissibilità dell'abrogazione *ex tunc*[22], a tale esito condurrebbe la constatazione di ordine generale che, nel nostro ordinamento, operando la legge solo per l'avvenire e non avendo efficacia retroattiva, perché si abbia effetto retroattivo questo deve essere espressamente previsto.

In altri termini, posto che il principio di irretroattività, sancito dall'art. 11 delle Disposizione preliminari al codice civile, è limitativo di quello cronologico, se la legge è di regola non retroattiva, anche l'effetto abrogativo vale di regola solo *pro futuro*[23].

Facendo propria tale prospettiva, l'abrogazione del decreto confluito, operata dalla legge di conversione del decreto recipiente, non può essere equiparata alla mancata conversione, poiché, non disponendo espressamente che essa vale anche per il passato, non determina la perdita di efficacia *ex tunc* del decreto-legge sul quale tale abrogazione opera. Di conseguenza, dovrebbe considerarsi

[21] A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge*, cit., 71.
[22] M. AINIS, *Le parole e il tempo della legge*, Torino, 1996, 181 ss.
[23] F. MODUGNO, voce *Abrogazione*, in *Enc giur.*, I, Roma, 1988, 4, il quale, pur così scrivendo, si mostra critico verso la tenuta logica delle premesse da cui muove il ragionamento che conduce a tale conclusione. E nel far ciò ripropone, quale chiave di lettura della generale non retroattività dell'effetto abrogativo, la nota tesi della clausola risolutiva implicita.

illegittima la clausola di salvezza degli effetti posta in essere dalla stessa legge di conversione che dispone tale abrogazione.

Si potrebbe ritenere, tuttavia, di essere al cospetto di un'abrogazione retroattiva proprio alla luce della sanatoria degli effetti, recata dalla stessa legge di conversione.

Si potrebbe, in altri termini, sostenere che la clausola di salvezza degli effetti avrebbe senso solo se il decreto-legge sia venuto meno *ab origine*, poiché solo in tale prospettiva si spiegherebbe l'utilità della sanatoria, la ragione della quale sarebbe da individuare nella necessità di salvare qualcosa che sarebbe da considerarsi altrimenti venuto meno. In tale prospettiva, si potrebbe ritenere che se la perdita di efficacia sia solo *pro futuro* non si spiegherebbe il perché sia necessario far salvo qualcosa che continua ad essere efficace, ossia tutto ciò che è sorto tra l'entrata in vigore del decreto abrogato e il momento della sua abrogazione.

Così ragionando si potrebbe concludere che l'abrogazione disposta dalla legge di conversione abbia efficacia *pro praeterito* e, pertanto, sia assimilabile alla mancata conversione; il che spiegherebbe anche il perché il legislatore della conversione abbia sentito l'esigenza di far salvi gli effetti, che sono proprio quelli relativi ai rapporti sorti antecedentemente al momento abrogativo.

In realtà la tesi qui esposta non regge.

Innanzitutto, perché si confonde la causa con l'effetto, in quanto la sanatoria fonda l'ipotesi della perdita di efficacia *ex tunc*, quando dovrebbe essere la presenza di quest'ultima a fondare la configurabilità della sanatoria.

In secondo luogo, perché, e a ben guardare, la sanatoria non necessariamente risponde alla necessità di far salve, per altra via, situazioni che siano state travolte dalla inefficacia *ab origine*, determinatasi per via abrogativa.

Il decreto-legge è, infatti, un atto per natura precario, i cui effetti sono inevitabilmente destinati ad essere travolti allorché al decorrere del termine di sessanta giorni l'atto non venga stabilizzato.

Se si guarda la vicenda della coesistenza dell'abrogazione con la sanatoria o cristallizzazione degli effetti dalla prospettiva dalle precarietà del decreto-legge, ci si avvede, quindi, che tutto ciò che è sorto dall'adozione del decreto-legge al momento della sua abrogazione sarebbe, infatti, inevitabilmente destinato a perdere efficacia allorché il decreto-legge non venisse convertito, anche se l'abrogazione posta in essere operasse solo per il futuro.

Sulla base di tali presupposti si può concludere che la previsione, nella legge di conversione di altro decreto-legge, della clausola di sanatoria, non è idonea a fondare l'irretroattività

dell'abrogazione, contestualmente prevista, non solo perché inverte i fattori della dimostrazione ipotizzata, ma anche perché la legge di sanatoria è necessaria pure nel caso di abrogazione ordinariamente operante *pro* futuro: l'atto abrogato, pur continuando ad essere efficace per tutto quanto sorto prima della sua abrogazione, se non venisse espressamente convertito, perderebbe efficacia al decorrere dei sessanta giorni; e il contenuto normativo, trasmigrato ad opera della legge di conversione in altro decreto-legge, sarebbe efficace dalla data dell'avvenuta conversione di quest'ultimo e per il futuro, ma non per i rapporti sorti antecedentemente alla conversione del decreto-legge abrogato.

Posto allora, per un verso, che la presenza della legge di sanatoria non è idonea a dimostrare la sussistenza di una perdita di efficacia *ab origine* del decreto e, per l'altro, che l'abrogazione che viene disposta non si qualifica espressamente come retroattiva, trova conferma l'idea già espressa, di essere in presenza di una abrogazione *pro futuro*.

3.3. …e se l'abrogazione fosse retroattiva?

Nonostante ciò, ci si potrebbe, tuttavia, chiedere: se la legge di conversione dei decreti confluiti dovesse disporre un'abrogazione espressamente qualificata come retroattiva, tale operazione potrebbe essere considerata surrogatoria della mancata conversione e, soprattutto, costituzionalmente ammessa la sanatoria degli effetti?

Come si è visto, al quesito potrebbe darsi una risposta negativa, limitandosi a considerare il dato letterale dell'art. 77, terzo comma, secondo periodo, Cost.: solo la *mancata conversione* può rappresentare il presupposto giuridico per la sanatoria degli effetti.

Per sgombrare il campo da possibili dubbi, occorre interrogarsi, però, sul *se* all'indicazione *prima facie* offerta dal dato letterale siano sottese ragioni sistematiche che impediscano di operare un'analogia tra la mancata conversione e l'abrogazione retroattiva, nonostante quest'ultima abbia i medesimi effetti della prima. Tanto più se, come nel caso della confluenza di più decreti-legge, l'abrogazione retroattiva (ossia la vicenda equiparabile *quoad effectum* alla mancata conversione), sia posta in essere da un organo, il Parlamento, costituzionalmente chiamato alla decisione sulla stabilizzazione o reiezione del decreto-legge.

In dottrina si è effettivamente sostenuto che la mancata conversione sembrerebbe dar luogo alla abrogazione di tutte le diposizioni del decreto con effetto retroattivo[24] e su tale base si potrebbe affermare che, quando si ponga in essere un'abrogazione retroattiva del decreto-legge, questa possa essere assimilata ad una non conversione.

Nonostante la sovrapponibilità *quoad effectum* tra le due ipotesi, non parrebbe del tutto corretta la loro assimilazione.

In primo luogo, perché la non conversione «costituisce un fatto in sé non rimediabile», in quanto alle Camere non è consentito «di mutare opinione e di procedere a convertire un decreto cui le stesse abbiano in precedenza negato la conversione», pur se non sia ancora decorso il termine di sessanta giorni[25]. Il potere di conversione è, infatti, un potere esauribile *uno actu* e la conseguente decisione è irretrattabile[26]. Lo stesso non è predicabile per l'abrogazione, pur se retroattiva, poiché essa teoricamente potrebbe essere rimessa in discussione allorché il decreto-legge, di cui fosse stata disposta l'abrogazione con legge, non sia stato formalmente rigettato e non sia ancora spirato il termine dei sessanta giorni[27].

In secondo luogo, perché, e come è stato già sostenuto in dottrina[28], è la mancata conversione di per sé, con il suo effetto tipico della perdita degli effetti fin dall'inizio, ad essere il presupposto per l'esercizio della potestà di sanatoria del decreto-legge. Presupposto, questo, che deve essere inteso quale «presupposto in senso giuridico» che solo legittima l'esercizio della potestà legislativa della sanatoria degli effetti[29].

3.4. Concludendo sull'abrogazione dei decreti-legge in sede di conversione

Se, infatti, si ammettesse che qualsiasi ipotesi di perdita di efficacia sin dall'inizio del decreto possa giustificare l'adozione di una legge di sanatoria, e a maggior ragione se si riconoscesse tale

[24] G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto-legge*, Padova, 1989, 308 ss.; nello stesso senso, V. ONIDA, *Impugnazione del decreto-legge e legge di convalida*, in *Le Regioni*, 1982, 255 e A. PIZZORUSSO, *Sistema istituzionale del diritto pubblico italiano*, 1988, 229.
[25] P. CARNEVALE, *La sanatoria*, cit., 4785.
[26] *Ibidem*.
[27] *Ibidem*.
[28] Ivi, 4788.
[29] *Ibidem*.

eventualità anche nell'ipotesi di sola abrogazione *pro futuro*, si attuerebbe una sottrazione ovvero uno sviamento di una funzione che dalla Costituzione è considerata come tipica e specializzata, e che è volta a stabilizzare, o non, il decreto-legge: convalidandolo, con la conversione per l'appunto, o rigettandolo mediante la non conversione.

In altri termini, rispetto al decreto-legge da convertire sarebbero solo due i contegni costituzionalmente ammessi: l'inerzia o la scelta espressa di negare la stabilizzazione, non potendo quest'ultima eventualità essere surrogata da un diverso atto o comportamento che produca effetti in un qualche modo assimilabili alla non conversione.

In tale affermazione si sostanzierebbe la necessità costituzionale di considerare la conversione quale funzione tipica e specializzata; tesi, questa, che, come si dirà tra breve, trova ulteriore conferma proprio nella vicenda dell'accorpamento di più decreti.

Da quanto sinora detto non si può che trarre la seguente conclusione.

Se l'effetto abrogativo, che la legge di conversione di altro decreto produce nei confronti del decreto-legge confluito, non può essere considerato alla stregua della mancata conversione, deve giocoforza concludersi che non si può azionare la clausola di salvezza degli effetti, poiché il decreto-legge, che in tal modo si verrebbe a sanare, non può ancora considerarsi decaduto.

In altri termini, se l'abrogazione non possa considerarsi come una mancata conversione, allorché si avesse la sanatoria di un decreto-legge abrogato, ma ancora *convertibile*, non sorgerebbe la condizione giuridica in base alla quale possa farsi ricorso alla disciplina di cui all'art. 77, terzo comma, secondo periodo, Cost.

Nelle ipotesi in cui la sanatoria consegua all'abrogazione e non alla mancata conversione, si viene, infatti, a «recidere completamente quel rapporto di "pregiudizialità necessaria" fra decadenza del decreto-legge e legge di regolazione dei rapporti che, invece, il Costituente ha inteso chiaramente istituire, posto che il "fatto" della mancata conversione non si porrebbe in alcun modo a presupposto dell'esercizio della potestà legislativa in questione, che ne risulterebbe pienamente svincolata»[30].

[30] P. CARNEVALE, A. CELOTTO, *La Corte e la regolazione*, cit., 377.

Sulla scia di quanto già sostenuto in dottrina, deve riconoscersi, pertanto, una incompatibilità logica tra la conversione, che deve essere intesa in senso ampio come *convertibilità* del decreto-legge, e sanatoria degli effetti[31].

4. Sulla trasmigrazione dei contenuti ad opera degli emendamenti al decreto-legge formalmente convertito

Occorre a questo punto prendere in esame l'altro versante dell'operazione che si pone in essere nella vicenda dei decreti accorpati, ossia quella della trasmigrazione contenutistica del decreto-legge non formalmente convertito ad opera di emendamenti al testo del decreto-legge formalmente convertito.

Questi sono emendamenti che possono essere qualificati come innovativi o aggiuntivi, ossia che introducono, nel testo del decreto formalmente convertito, disposizioni completamente nuove, che, pertanto, hanno efficacia solo per il futuro[32], come è confermato, empiricamente, dalla contestuale presenza della clausola di salvezza.

Occorre, pertanto, verificare se pure la trasmigrazione contenutistica, operata mediante gli emendamenti aggiuntivi, si ponga in frizione con la connotazione costituzionale della decretazione d'urgenza, così come delineatasi nella giurisprudenza costituzionale, la quale, facendo proprie le posizioni da tempo emerse in dottrina[33], ha riconosciuto la sussistenza di un nesso di «interrelazione funzionale»[34] tra decreto-legge e la relativa legge di conversione.

[31] Così S.M. CICCONETTI, *Nuovi elementi in tema di reiterazione di decreti-legge*, in *Giur. cost.*, 1492 s.

[32] Se, come è noto, pochi problemi ha posto in dottrina l'efficacia temporale di tali emendamenti, altrettanto non può dirsi per quelli soppressivi o sostituitivi. Della vasta letteratura sul tema, qui ci limitiamo a segnalare: C. ESPOSITO, *Emendamenti ai decreti legge*, in *Giur. cost.*, 1956, 188 ss.; A. PIZZORUSSO, *Sull'efficacia nel tempo degli emendamenti soppressivi inclusi nelle leggi di conversione*, in *Giur. cost.*, 1968, 2547 ss., spec. 2555 ss.; F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Riflessioni sugli emendamenti al decreto legge*, in *Dir. Soc.*, 1973, 353 ss.; G.F., CIAURRO, *Decreto-legge*, in *Enc. Giur.*, X, Roma 1988, 12 ss.

[33] Fra le più chiare posizioni in questo senso si veda quella di G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione*, cit., 127 s., il quale parla di «procedimenti normativi collegati da un nesso di presupposizione».

[34] Così la sentenza costituzionale n. 22 del 2012.

4.1. Un necessario intermezzo: la giurisprudenza costituzionale che ha condotto alla configurazione del nesso di interrelazione funzionale

Prima di affrontare il tema della trasmigrazione contenutistica dei contenuti dei decreti-legge confluiti è pertanto necessario tracciare, seppur per grandi linee, la giurisprudenza costituzionale cui si è fatto riferimento.

Il primo passo verso il riconoscimento di questo nesso di interrelazione funzionale tra decreto-legge e legge di conversione è rappresentato dalla sentenza n. 29 del 1995[35], nella quale la Corte ha riconosciuto, pur se solo teoricamente, che il vizio dell'evidente mancanza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza può essere sindacato quale vizio *in procedendo* della legge di conversione[36], riconoscendo così il collegamento tra i due atti e la logica unitaria della decretazione d'urgenza.

La seconda tappa è la pronuncia n. 171 del 2007, seguita "a stretto giro" dalla sentenza n. 128 del 2008[37], con le quali la Corte sanziona il vizio dell'evidente mancanza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza, ricorrendo, come si sa, alla disomogeneità del decreto quale figura sintomatica dell'evidente difetto dei presupposti[38].

In queste decisioni, il giudice costituzionale chiarisce, per un verso, che riconoscere alla legge di conversione il potere di sanare «in ogni caso i vizi del decreto significherebbe attribuire in concreto al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie»[39] e, per l'altro, che l'immediata efficacia del decreto-legge condiziona anche «l'attività del Parlamento in sede di conversione in modo

[35] Mette, tuttavia, in evidenza gli aspetti problematici di tale pronuncia D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Napoli, 2014, 180.

[36] Come è noto, nella richiamata decisione, il giudice delle leggi ha riconsiderato la sua pregressa posizione, adesiva dell'orientamento che vedeva nella legge di conversione una novazione della fonte-decreto-legge.

[37] Seppur, come mette in evidenza P. CARNEVALE, *Considerazioni sulle più recenti decisioni della Corte costituzionale in tema di sindacato sui presupposti del decreto-legge (sentt. nn. 171 del 2007 e 128 del 2008). Per un tentativo di lettura combinata*, in *forumcostituzionale.it*, 2008, 11, si registra il «sovvertimento dell'ordine logico-argomentativo rispetto alla sentenza n. 171 del 2007», poiché il requisito dell'omogeneità del decreto, per un verso, viene marginalizzato, e, per l'altro, riguardato in un'accezione non contenutistico-materiale, bensì teleologica; risultando il perno argomentativo della pronuncia la dimostrazione dell'insussistenza in sé dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza.

[38] Già in dottrina vi erano state prese di posizione in tale senso; si vedano, infatti, V. ANGIOLINI, *Attività legislativa del Governo e giustizia costituzionale*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 228 e A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, vol. I, Padova, 1997, 338 ss.

[39] Così espressamente sentenza n. 171 del 2007.

particolare rispetto alla ordinaria attività legislativa», come dimostra, del resto, la particolarità del percorso parlamentare della legge di conversione[40].

Dal passo appena riportato, emerge la tipicità della legge di conversione, che sarà alla base delle sentenze n. 22 del 2012 e n. 32 del 2014, le quali rappresentano il terzo ed ultimo passaggio, nel quale la Corte affronta direttamente il tema dei limiti all'emendabilità del decreto-legge in sede di conversione.

Con la prima decisione, il giudice costituzionale, nel censurare la possibilità di inserire emendamenti del tutto estranei all'oggetto e alle finalità del decreto-legge, espressamente riconosce che tra decreto-legge e la legge di conversione sussiste un «nesso di interrelazione funzionale», imposto dallo stesso articolo 77 Cost.

Proprio in forza di tale nesso, «l'oggetto del decreto-legge tende a coincidere con quello della legge di conversione», la quale, per tale ragione, risulta «caratterizzata da un procedimento di approvazione peculiare rispetto a quello ordinario».

Secondo il giudice delle leggi, pur non potendosi escludere che il testo del decreto-legge possa essere emendato, la sequenza tipica delineata dall'art. 77 Cost. impedisce che in sede di conversione possa essere alterata l'«omogeneità di fondo della normativa urgente», risultante dal testo originario, poiché la possibilità di emendare il decreto non può arrivare a «spezzare il legame essenziale tra decretazione d'urgenza e potere di conversione».

Ove tale legame venisse interrotto, la violazione dell'art. 77 Cost. non sarebbe determinata «dalla mancanza dei presupposti di necessità e urgenza», in riferimento alle norme eterogenee aggiunte in sede di conversione, bensì dall'«uso improprio, da parte del Parlamento, di un potere che la Costituzione gli attribuisce, con speciali modalità di procedura, allo scopo tipico di convertire, o non, in legge un decreto-legge».

Con la sentenza n. 32 del 2014, la Corte conferma alcuni passaggi della decisione del 2012.

[40] Ancora sentenza n. 171 del 2007. Ricorda, infatti, la Corte che «la presentazione del decreto per la conversione comporta che le Camere vengano convocate ancorché sciolte (art. 77, secondo comma, Cost.), e il suo percorso di formazione ha una disciplina diversa da quella che regola l'*iter* dei disegni di legge proposti dal Governo (art. 96-*bis* del regolamento della Camera e art. 78, comma 4, di quello del Senato). Il testo di quest'ultimo è così formulato: "Se l'Assemblea si pronunzia per la non sussistenza dei presupposti richiesti dall'articolo 77, secondo comma, della Costituzione o dei requisiti stabiliti dalla legislazione vigente, il disegno di legge di conversione si intende respinto. Qualora tale deliberazione riguardi parti o singole disposizioni del decreto-legge o del disegno di legge di conversione, i suoi effetti operano limitatamente a quelle parti o disposizioni, che si intendono soppresse"».

Innanzitutto, il giudice delle leggi specifica che quella di conversione è una «legge a competenza tipica», che non può, pertanto, «aprirsi a qualsiasi contenuto», poiché, se così fosse, «l'*iter* semplificato potrebbe essere sfruttato per scopi estranei a quelli che giustificano l'atto con forza di legge, a detrimento delle ordinarie dinamiche di confronto parlamentare».

Su tali basi la Corte chiarisce che «l'eterogeneità delle disposizioni aggiunte in sede di conversione […] determina un vizio procedurale», poiché le Camere, così operando, «agiscono in una situazione di carenza di potere».

Di là dai dubbi che suscita il richiamo alla figura della carenza di potere[41] – nell'ottica della trasposizione nel giudizio costituzionale di una figura propria di quello amministrativo, più corretto sarebbe stato parlare di eccesso di potere[42] – e soprattutto la conclusione che da essa se ne trae, ossia che l'atto, «affetto da vizio radicale nella sua formazione», è inidoneo ad innovare l'ordinamento»[43], quanto affermato è particolarmente significativo ai fini delle mie riflessioni, perché può a ragione ritenersi come la più compiuta enunciazione del nesso di interrelazione funzionale tra decreto-legge e legge di conversione[44].

Dal che la configurazione della legge di conversione come una legge tipizzata, ovverosia come legge avente lo scopo tipico di convertire, o non, il decreto, pur se la possibilità di emendarla non viene esclusa, bensì circoscritta al rispetto dell'oggetto e delle finalità del decreto-legge. A tal fine si è detto che «se il profilo della "tipizzazione" della legge di conversione si delinea con chiarezza nella motivazione […], non altrettanto rigide si rivelano le condizioni alla cui stregua sarà possibile valutare l'eterogeneità delle disposizioni aggiunte in sede di conversione per verificare se l'uso del procedimento tipico risulti (per usare la stessa espressione della Corte) più o meno improprio»[45].

[41] Come rileva D. CHINNI, *Decretazione*, cit., 236 il vizio è «ben più radicale di quello che era stato delineato, [...] più correttamente, nella sentenza n. 22 del 2012».

[42] Fra quanti hanno ritenuto che le logiche dell'eccesso di potere potessero essere usate dalla Corte per sindacare i presupposti del decreto-legge, si vedano almeno: M. RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della «necessità ed urgenza» dei decreti-legge*, in *Giur. cost.*, 1982, 1455 ss.; F. SORRENTINO, *La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione: spunti ricostruttivi*, in *Dir. Soc.*, 1974, 526; e M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale. Tendenze recenti*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano 2011, 1159 ss.

[43] Sul punto si vedano le osservazioni critiche di D. NOCILLA, *Inesistenza della legge di conversione?*, in *Giur. cost.*, 2014, § 3.

[44] Così G. SERGES, *La legge di conversione del decreto-legge e i limiti al potere di emendamento parlamentare*, in ID., *Sentenze costituzionali e dinamica delle fonti*, Napoli, 2015, 26 s. (già, seppur con titolo parzialmente diverso, in *Scritti in onore di Aldo Lojodice*, Bari, 2012).

[45] G. SERGES, *La legge di conversione*, cit., 34 s.

Nella giurisprudenza costituzionale, e sulla stessa posizione si pone la dottrina maggioritaria, non ha trovato seguito, pertanto, né l'idea che la legge di conversione debba considerarsi alla stregua di un "prendere o lasciare"[46] né quella, finitima alla prima, secondo la quale le modifiche avrebbero dovuto essere limitate alle sole rettifiche rese necessarie dall'esigenza di eliminare aporie e lacune nella disciplina decretizia[47]. Scartata, altresì, la tesi, all'estremo opposto, dell'emendabilità senza limiti, si è accreditata l'idea, mediana, dell'emendabilità seppur entro il limite, poco stringente e problematico, della corrispondenza al contenuto e alle finalità del decreto-legge da convertire.

Scelta, questa, che, come si è icasticamente registrato nella giurisprudenza anche successiva alla sentenza n. 22 del 2012 – ossia alla pronuncia che pareva aver posto compiutamente ed irrimediabilmente l'omogeneità quale autonomo requisito di validità tanto del decreto-legge quanto della legge di conversione – ha determinato un «andirivieni concettuale» sulla stessa natura e portata del requisito dell'omogeneità[48].

È stato giustamente notato, infatti, che quella dell'omogeneità si è venuta a delineare come una incerta parabola[49] e, ancora, che diversamente non avrebbe potuto essere, data la polisemia concettuale[50], tanto più se, come sempre più spesso ha iniziato a fare la Corte, l'omogeneità viene intesa nel suo significato prettamente teleologico[51].

---

[46] Fra le diverse voci che si sono espresse in questi termini, qui ci limitiamo a richiamare: A.M. SANDULLI, *La Costituzione*, 1974, in *Nuova Antologia*, 1974, 35; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*. II, 1, *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, VI ed. a cura di F. Crisafulli, Padova 1993, 106 s.; V. ANGIOLINI, *Attività legislativa*, cit. 240 ss.; e più di recente A. SIMONCINI, E. LONGO, *Dal decreto-legge alla legge di conversione: dal controllo potenziale al sindacato effettivo di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 3/2014, 20 ss. Parrebbe rientrare in questa prospettiva anche la posizione di C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, Milano 1962, 849, nt. 63 (ma per una diversa lettura G. FILIPPETTA, *L'emendabilità del decreto-legge e la farmacia del costituzionalista*, in *Rivista AIC*, 4/2012, 3 s., nt. 18) per il quale, poiché oggetto di conversione è l'«atto» e non le sue disposizioni, gli emendamenti dovrebbero ritenersi inammissibili: quando, pertanto, il Parlamento li ammetta e li approvi, facendoli altresì valere per il passato, «esso in realtà non converte il decreto-legge, ma si giova dell'art. 77 ultimo comma e disciplina retroattivamente i rapporti insorti sulla base del decreto non convertito».

[47] G. SILVESTRI, *Alcuni profili problematici dell'attuale dibattito sui decreti-legge*, in *Politica del diritto*, 1996, 425.

[48] Così M. FRANCAVIGLIA, *L'apparente univocità della giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di omogeneità del decreto-legge e della legge di conversione*, in *Giur. cost.*, 2019, 2673, il quale richiama il titolo di D. NOCILLA, *L'andirivieni concettuale della Corte*, ivi, 2014, 2900.

[49] L'espressione è presa ancora a prestito da M. FRANCAVIGLIA, *L'apparente univocità*, cit., 2679. Che l'andamento ondivago sia matrice che caratterizza tutta l'evoluzione giurisprudenziale, non solo recente, in materia, si v. per tutti, A. CELOTTO, *La «storia infinita»: ondivaghi e contraddittori orientamenti sul controllo dei presupposti del decreto-legge*, in *Giur. cost.*, 2002, 133 ss.

[50] Come mette in evidenza P. CARNEVALE, *Giuridificare un concetto: la strana storia della "omogeneità normativa*, in *Federalismi.it*, *Focus «fonti del diritto»*, n. 1/2014, 9, «risultano contendersi il campo» (e possono anche essere

A ciò occorre poi aggiungere che nella giurisprudenza costituzionale si è registrato una sorta di depotenziamento del requisito dell'omogeneità, essendo stato in negativo declinato nei termini di «evidente estraneità»[52].

Nonostante ciò, è bene tener presente, tuttavia, che la Corte non ha mai posto in discussione l'esistenza del rapporto di interrelazione funzionale tra decreto-legge e legge di conversione. Ciò è un aspetto essenziale per il tema che si sta trattando.

4.2. Come la "trasmigrazione contenutistica" svela il problematico limite del potere emendativo in sede di conversione

Tornando al tema della trasmigrazione contenutistica dei contenuti del decreto-legge in quello formalmente convertito, potrebbe ritenersi, muovendosi all'interno del contesto giurisprudenziale e dottrinale prevalente, che questa sia ipotesi di per sé non illegittima, ove naturalmente risulti rispettato il suddetto limite dell'omogeneità. Circostanza, invero, tutt'altro che irrealizzabile alla luce della porosità di tale limite.

Sempre ragionando in tale prospettiva, si potrebbe ritenere, infatti, che la confluenza dei decreti-legge massicciamente verificatosi durante la gestione dell'emergenza pandemica da Covid-19 non integri un abuso della decretazione d'urgenza, posto che agevolmente è individuabile il requisito dell'omogeneità tra i decreti-legge, formalmente convertiti, e i contenuti dei decreti-legge confluiti nei primi attraverso gli emendamenti in sede di conversione. Essendo per tali ipotesi sicuramente predicabile che, a stare quantomeno alle indicazioni della giurisprudenza costituzionale, non sia configurabile l'evidente estraneità tra i contenuti aggiunti (*recte*: trasmigrati) e il decreto-legge

utilizzati congiuntamente): a) una omogeneità in senso soggettivo; b) una omogeneità teleologica; infine c) una omogeneità in senso oggettivo.

[51] Come ricorda C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge. La decretazione d'urgenza come potere discrezionale vincolato*, Napoli, 2018, 124, questo criterio nasce per valutare la «peculiare e intrinseca disomogeneità materiale dei decreti-legge milleproroghe», ossia di decreti-legge *omnibus*, che «raccolgono una pluralità oggettivamente disomogenea di disposizioni orientate al perseguimento del medesimo scopo», ovverosia che perseguono la medesima finalità. Venendo l'omogeneità intesa anche nel significato teleologico, si potrebbe dire che è naturale che tale criterio dovesse rendere «recessivo» quello dell'omogeneità materiale (p. 125), ma ciò – come sostiene l'A. – rischia di far perdere la «capacità selettiva» al concetto in parola (p. 126).

[52] Così G. SERGES, *La legge di conversione*, cit., 38.

formalmente convertito, posta la comune finalità di contrastare la pandemia, propria dei decreti oggetto di confluenza.

Così come parrebbe rispettare il modello costituzionale dell'emendabilità in sede di conversione l'efficacia solo *pro futuro* di tali emendamenti, posto che questi sono evidentemente emendamenti aggiuntivi e, in quanto tali, non possono che avere tale efficacia[53].

L'affermazione, apparentemente banale, o, se si vuole, autoevidente, trova la sua ragione d'essere nella constatazione che, in astratto, il legislatore in sede di conversione, dopo aver fatto confluire, per il tramite di emendamenti aggiuntivi, il contenuto del decreto-legge abrogato, avrebbe potuto risolvere il problema della stabilizzazione di quanto prodotto da quest'ultimo non mediante la (problematica, come si è visto, ipotesi della) legge di sanatoria, bensì riconoscendo efficacia retroattiva agli stessi emendamenti, e così riproducendo anche retroattivamente il contenuto precettivo delle disposizioni del decreto-legge abrogato.

Evenienza, questa, che, tuttavia, mi pare problematicamente compatibile con il modello costituzionale della decretazione d'urgenza, poiché si porrebbe di là dal perimetro costituzionale proprio della conversione, ossia della stabilizzazione dei contenuti del decreto-legge. Un'operazione di tal fatta assorgerebbe, infatti, ad «esercizio di ordinaria potestà legislativa», poiché in tal modo si offrirebbe fondamento giuridico non già soltanto a quanto accaduto, ma anche «a futuri rapporti giuridici che, sulla sua base e nella misura in cui sarà ancora possibile, potranno successivamente insorgere»[54].

Alla luce delle considerazioni che precedono, si potrebbe pertanto ritenere che, rispetto al tema degli emendamenti, non vi sia allora un uso improprio della decretazione d'urgenza, un problema costituzionale, più in generale, di tenuta del sistema delle fonti e, riguardo alla forma di governo, del rapporto Esecutivo-Parlamento.

Le cose a mio parere non stanno così o, quantomeno, non si può prendere tale posizione con la leggerezza che potrebbe derivare limitandosi a guardare la vicenda solo attraverso le lenti del requisito dell'omogeneità, così come risultante dall'elaborazione della giurisprudenza costituzionale. O detto altrimenti, limitandosi all'*essere* e rimanendo ciechi verso il *dover essere* dell'ordinamento costituzionale.

[53] Per una panoramica su tale aspetto, si veda per tutti L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 2000, 260 ss.

[54] In questo senso P. CARNEVALE, *Considerazioni*, cit., 5.

Proprio la vicenda dell'accorpamento dei decreti-legge mostra, anzi, come andrebbe profondamente rimeditata la giurisprudenza costituzionale che riconosce la possibilità che il potere emendativo non sia rigorosamente circoscritto, ma vincolato all'omogeneità, peraltro di scopo.

Ciò non solo per i limiti intrinseci del concetto di omogeneità rilevati poc'anzi.

Si dovrebbe, in altri termini, considerare il potere emendativo rigorosamente circoscritto e, parallelamente a ciò, la conversione o come momento di aggiustamento marginale[55] o (ma la "storia" dell'omogeneità induce a ritenerla, comunque sia, ipotesi problematica) come limitata possibilità di operare interventi in «stretta connessione materiale»[56] con la disciplina originaria dell'atto avente forza di legge.

Questa presa di posizione trova giustificazione, oltre che su quanto si è detto e si dirà più avanti, sulla constatazione che «la ristretta emendabilità della legge di conversione non deve intendersi quale indebito freno della ordinaria funzione legislativa assegnata dalla Costituzione alle Camere, ma quale limite volto a consentire, anche nei sessanta giorni previsti per la conversione, un reale confronto e una discussione meditata, tra maggioranza e opposizioni, sul prodotto legislativo giustificato dai casi straordinari di necessità e urgenza»[57].

Del resto – ma sul punto tornerò più avanti – solo ragionando in questi termini continuerebbe ancora ad avere un fondamento l'altro corno dell'affermazione della Corte costituzionale – la quale, seppur non con grande successo o secondo alcuni senza molta convinzione[58], ha cercato di porre un argine all'abuso della decretazione d'urgenza – ossia il nesso di interrelazione funzionale tra questa e il decreto-legge da convertire e la conseguente competenza tipizzata della legge di conversione.

Una raffinata e acuta critica alle tesi che intendono limitare il potere emendativo in sede di conversione è stata presentata proprio all'indomani della svolta giurisprudenziale avutasi con la sentenza n. 22 del 2012; pronuncia, quest'ultima, la quale è stata a sua volta bersaglio delle riflessioni che qui si prendono in considerazione[59].

---

[55] Secondo la già richiamata tesi di G. SILVESTRI, *Alcuni profili*, cit., 425

[56] Così Q. CAMERLENGO, *Il decreto legge e le disposizioni «eccentriche» introdotte in sede di conversione*, in *Rassegna parlamentare*, 2011, 110.

[57] D. CHINNI, *La* probatio *diabolica della «evidente mancanza» dei presupposti del decreto-legge. Considerazioni critiche a margine della sent. n. 149 del 2020*, in *Nomos*, 2/2020, 6.

[58] Così GIU. SERGES, *La dimensione costituzionale dell'urgenza. Studio su di una nozione*, Napoli, 2020, 271 ss., il quale afferma che la giurisprudenza costituzionale qui presa in esame risponde alla logica "dell'almeno non", ossia caratterizzata dal ricorso a clausole di prudenza, che si traducono in una tecnica decisoria rinnegante, se non in veri e propri consigli di mala legislazione.

[59] Il riferimento è alle tesi di G. FILIPPETTA, *L'emendabilità*, cit.

Secondo tale posizione dottrinale, limitare il potere di emendamento, tanto entro il regime della inemendabilità assoluta o fortemente limitata alle sole rettifiche necessarie, quanto entro quello fatto proprio dalla giurisprudenza costituzionale – e che la prassi successiva ha mostrato essere alquanto labile – dell'omogeneità, significherebbe porre un limite non al Governo, bensì al Parlamento.

A ciò si è aggiunto che a ragionare in modo del tutto conseguente, vale a dire nel senso che la legge di conversione sia legge tipizzata nella competenza, si stravolgerebbe l'ordine costituzionale della decretazione d'urgenza e l'art. 77 si trasformerebbe da «articolo sui limiti del potere primario del Governo in articolo sui limiti del potere legislativo delle Camere»[60]. Inoltre, la tesi della "sequenza tipica" e della "interrelazione funzionale", fatta propria dalla Corte, farebbe dell'art. 77 Cost. «il punto in cui vanno in cortocircuito forma di governo parlamentare e sistema costituzionale delle fonti, venendo da una parte a fondare un potere legislativo ordinario del Governo (talmente ordinario da essere agganciato alla sola urgenza del provvedere) e dall'altra a limitare i poteri del Parlamento, in quanto l'omogeneità cessa di essere un limite interno ad un potere straordinario del Governo e diventa un limite al potere ordinario del Parlamento»[61].

I limiti all'emendabilità non possono pertanto «essere fatti derivare dalle scelte compiute dal Governo, in quanto ciò significherebbe rimettere all'Esecutivo la delimitazione dei tempi e degli spazi di apertura del processo di integrazione politica»[62].

Il fulcro di tale posizione può sintetizzarsi nel senso che «le norme dettate dall'art. 77 Cost. tutelano in generale il Parlamento, e in particolare le opposizioni, e che se in una specifica situazione storico-politica l'inemendabilità del decreto-legge potrebbe valere a proteggere le opposizioni da colpi di mano del *continuum* Governo-maggioranza, in altre situazioni, nella normalità delle situazioni, l'inemendabilità del decreto-legge riduce drasticamente la possibilità per le opposizioni di far valere il proprio ruolo e di attirare, anche attraverso il ricorso all'ostruzionismo, l'attenzione del paese sulla gravità delle scelte compiute dall'Esecutivo»[63].

[60] G. FILIPPETTA, *L'emendabilità*, cit., 32.
[61] *Ibidem*.
[62] *Ibidem*.
[63] Ivi, 27.

Per tale ragione la legge di conversione è una legge ordinaria[64] che non può soffrire alcun limite contenutistico, e perciò nessun limite dovrebbe essere posto all'emendabilità del decreto-legge.

La tesi, sebbene finemente argomentata, non convince e chi si è già confrontato con essa, prima di queste mie riflessioni, non ha mancato di porre in evidenza la debolezza degli argomenti esposti, se non addirittura la possibilità di rigirarli nel loro esatto contrario. Di alcune di queste voci occorre qui dar conto, perché taluni degli esiti raggiunti costituiranno gli "strumenti argomentativi" per rilevare come la vicenda della confluenza dei decreti-legge sia l'ulteriore estremizzazione degli abusi della decretazione d'urgenza, che il requisito della omogeneità non è riuscito a contrastare e, anzi, per certi versi ha finito per propiziare.

Si è detto, innanzitutto, che sarebbe «tutto da dimostrare l'assunto per cui le minoranze sarebbero maggiormente tutelate da un procedimento di conversione in cui possa liberamente emendarsi il decreto-legge […] piuttosto che da uno in cui oggetto di confronto e discussione è solo e soltanto il decreto-legge e la disciplina ivi contenuta»; anzi, proprio «questo secondo modo di intendere il procedimento di conversione» – così si continua – pone «maggiormente in risalto la distinzione maggioranza/opposizione», mette «al centro la valutazione sull'operato e la responsabilità del Governo e, in fin dei conti, riconosc[e] ed esalt[a] il ruolo specifico delle minoranze»[65]. Anche perché la forza dell'argomento che vede nell'emendabilità del decreto-legge un presidio per le minoranze parlamentari inevitabilmente viene depotenziato dalla constatazione che gli emendamenti possono avere anche origine governativa e che è proprio la "fonte" governativa che maggiormente modifica il contenuto originario dei decreti-legge[66].

Ora, di là dalla correttezza della tesi che nega la tipicità della legge di conversione e afferma la conseguente impossibilità di porre limitazioni all'emendabilità del decreto-legge (sulla quale ritornerò fra brevissimo), mi pare un dato largamente acquisito quello in base al quale l'Esecutivo sia il *dominus* assoluto della decretazione d'urgenza, anche nella fase propriamente parlamentare della conversione[67].

---

[64] In questo senso, fra gli altri, già G. VIESTI, *Il decreto-legge*, Napoli, 1967, 157; L. PALADIN, *Art. 77*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1979, 84 e ID, *In tema di decreti-legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 571 s.

[65] D. CHINNI, *Decretazione*, cit., 80, nt. 387.

[66] GIU. SERGES, *La dimensione*, cit., 343.

[67] Una riflessione sul punto, attenta a cogliere anche gli aspetti generali del tema del *Governo in Parlamento*, può leggersi in F. BIONDI, S. LEONE, *Il Governo "in" Parlamento: evoluzione storica e problematiche attuali*, *Rivista AIC*, 2014, spec. § 3.

Tale ultima affermazione trova conferma nella vicenda dell'accorpamento dei decreti, nella quale è proprio attraverso il potere emendativo esercitato dal Governo che avviene la confluenza dei contenuti di un decreto in altro, formalmente convertito. Operazione, questa, che, non solo avviene per opera di emendamenti, o di un maxiemendamento, di origine governativa, ma nella quale si registra anche il condizionamento dell'atto del convertire ad opera dell'apposizione della questione di fiducia[68].

Stando così le cose, mi pare piuttosto evidente che quello della emendabilità, o meglio della possibilità di modificare il decreto-legge in sede di conversione sia fattore che non consente di garantire né il controllo parlamentare né le minoranze, quanto piuttosto strumento che nei fatti finisce per «rafforzare l'Esecutivo […] e, di riflesso, […] la maggioranza parlamentare», svilendo il Legislativo e soffocando, «sino al punto di renderle irrilevanti, le minoranze» parlamentari[69].

Limitare il potere di emendamento in sede di conversione del decreto-legge non significa quindi porre un argine al Legislativo e alle minoranze parlamentari, bensì all'Esecutivo e al *continuum* Governo-maggioranza[70], che, proprio grazie all'esercizio del potere emendativo, sottoposto a pochi e non cogenti limiti, stravolge le dinamiche di produzione del diritto e con esso gli equilibri istituzionali fra poteri[71].

In altri termini, riconoscere ampi spazi di emendabilità significa trasformare la decretazione d'urgenza, non solo in fatto ma anche in diritto, in un «procedimento legislativo alternativo» a quello ordinario[72] e rendere, così, l'art. 77, secondo comma, Cost., da disposto sui limiti del potere

[68] Mette in evidenza le criticità di tale prassi, con specifico riguardo alla decretazione d'urgenza, C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge*., cit., 127. Per una riflessione generale sul tema si veda, invece, da ultimo, anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche, G. PISTORIO, *Maxi-emendamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Napoli, 2018.

[69] GIU. SERGES, *La dimensione*, cit., 346.

[70] Specchio, questo, della ipervalorizzazione della governabilità che caratterizza le vicende repubblicane degli ultimi trent'anni; così GIU. SERGES, *La dimensione*, cit., 345, il quale cita l'intervento di G. AZZARITI, all'incontro del 2 giugno 2014 organizzato a Modena dall'Associazione *Libertà e Giustizia*, dal titolo *Per un'Italia libera e onesta*, parzialmente riportato sul quotidiano *Il Manifesto* del 2 giugno stesso, in un editoriale dal titolo *Conservatori al potere*.

[71] Concentra la sua analisi su come tale prassi incida negativamente sui lavori parlamentari A. VERNATA, *Governo e Parlamento*, cit., 70. Come mette in evidenza M. MANETTI, *La via maestra che dall'inemendabilità dei decreti legge conduce all'illegittimità dei maxi-emendamenti*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 3, «la strategia che la Corte persegue non è, e non può essere, la normalizzazione del decreto legge come strumento ordinario di disciplina: tutto al contrario, è la riconduzione del Governo e delle Camere, nei rispettivi ruoli, alla "via maestra" del procedimento legislativo generale come forma normale della legiferazione».

[72] G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione*, cit., 149.

normativo del Governo in una norma sul procedimento di produzione legislativa, alternativo e difforme da quello sancito dall'art. 72 Cost.[73].

Tendenza, questa, che trova la sua più limpida conferma proprio nel fenomeno dell'accorpamento dei decreti-legge, che si è attestato sulla ampia e poco controllata emendabilità, al punto da arrivare a trasfondere per via emendativa l'intero contenuto del decreto-legge non convertito in quello oggetto di formale conversione.

Che ciò non sia costituzionalmente sostenibile trova conferma, poi, anche nell'assunto, fatto proprio, come si è visto, dalla stessa Corte costituzionale *espressamente*[74] a partire dalla sentenza n. 22 del 2012, che la legge di conversione non costituisce «esercizio di ordinaria potestà legislativa»[75] e che, pertanto, «il potere di conversione del Parlamento non è configurato, nel modello costituzionale, come potere legiferante in senso proprio»[76].

Qualificare, come fa la giurisprudenza costituzionale, la legge di conversione come «legge tipica a competenza predeterminata»[77], vale a dire avente la competenza di stabilizzare i precari contenuti normativi del decreto-legge, è del resto pienamente rispondente alla configurazione, questa già da tempo presente nella giurisprudenza costituzionale, del decreto-legge e della legge di conversione come «una coppia di atti tra loro collegati»[78], «tappe di un'unica sequenza procedimentale»[79], ovverosia componenti autonome, ma connesse, tanto strutturalmente quanto funzionalmente, «di un'attività complessiva di normazione che ha un suo principio e una sua fine»[80].

La funzione tipica della legge di conversione (convertire o non il decreto-legge) fonda la (e allo stesso tempo si regge sulla) specialità che segna il suo procedimento di formazione, il quale si caratterizza, nel suo inizio, per l'obbligo gravante sul Governo di presentare il decreto alle Camere il giorno stesso dell'adozione e, una volta presentato, per il suo imporsi alle Camere, poiché la sua

[73] In accordo con quanto si va affermando si veda GIU. SERGES, *La dimensione*, cit., 342 e 343.

[74] In questi termini G. SERGES, *La legge di conversione*, cit., 31, secondo il quale «il riconoscimento della natura "atipica" della legge di conversione poteva, infatti, leggersi sia pure in termini non del tutto persuasivi, già nella sentenza 171 del 2007».

[75] Così sent. n. 22 del 2012. Già nello stesso senso in dottrina: A. PACE, *Divagazioni sui decreti-legge non convertiti*, in AA. VV., *I decreti-legge non convertiti*. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nel giorno 11 novembre 1994, Milano, 1996, 45.

[76] G. SILVESTRI, *Alcuni profili*, cit., 350.

[77] V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, Milano, 1970, 303; parla di "legge atipica", invece, G. SERGES, *La legge di conversione*, cit., *passim.*

[78] F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti*, Torino, 2005, 54.

[79] V. ANGIOLINI, *Attività*, cit., 238

[80] A. RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*. I. *L'ordinazione in sistema*, Torino 1993, 354.

approvazione «non può avvenire oltre i sessanta giorni costituzionalmente previsti»[81]. A tale ultimo riguardo si è detto, molto efficacemente, che «il tempo della legge di conversione non è il tempo della legge ordinaria»[82].

L'elemento connotativo della specialità che più rileva – e non solo ai presenti fini – è tuttavia il rapporto di presupposizione[83] tra decreto-legge e la relativa legge di conversione, in forza del quale si circoscrive e delimita il potere di modificazione e integrazione della disciplina dettata dal Governo.

Ora, pur se non si volesse seguire la tesi che in sede di conversione il Parlamento deve limitarsi alle sole modifiche strettamente necessarie, si dovrebbe, comunque sia, concordare sul fatto che le operazioni proprie del fenomeno della confluenza di più decreti-legge, volte, sulla base di una connessione teleologica, ad immettere in sede di conversione per intero il (ovvero larga parte del) contenuto di altro decreto-legge, formalmente destinato alla non conversione, si pongano di là dal modello costituzionale della decretazione d'urgenza.

Tanto più quando il procedimento acceleratorio della conversione è spinto ancora più veloce dalla contestuale pratica di convertire il decreto-legge mediante un maxiemendamento accompagnato dalla questione di fiducia, ossia mediante le forme speciali (all'ennesima potenza) derivanti dal connubio tra procedimento di conversione, apposizione della questione di fiducia e maxiemendamento di origine governativo, interamente sostitutivo, peraltro, del testo da convertire. Testo all'interno del quale sono per intero (ovvero per larghissima parte) confluiti i contenuti di un diverso decreto-legge non formalmente convertito.

Pochi dubbi parrebbero esserci, pertanto, sul fatto che quando si verifica la confluenza di più decreti-legge si ponga in essere un esercizio sostanziale della funzione legislativa[84], che approfitta fraudolentemente della velocità (ossia di quella capacità della conversione di imporsi sui tempi parlamentari) propria della legge di conversione.

---

[81] Così, ancora, D. CHINNI, *Decretazione*, cit., 72 e 73, pagina, quest'ultima, dalla quale è tratta la citazione.

[82] Ivi., 72, il quale ricorrendo alla efficace metafora della clessidra, così scrive: «qui [nel procedimento di conversione], la clessidra vien fatta partire non appena il decreto-legge è pubblicato e la sabbia scorre senza soluzione di continuità; lì [nel procedimento ordinario], in qualsiasi momento le Camere sono padrone di fermare la clessidra e di farla ripartire (o meno) in un secondo momento».

[83] Secondo la già citata tesi di G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione*, cit., 127 s.

[84] Che il decreto-legge fosse divenuto, già da tempo, concorrenziale alla legge, è stato messo in evidenza da F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie*, cit., 453 ss.

Come è stato già messo in luce dalla dottrina[85], il più delle volte "la confluenza" è, infatti, la conclusione di un "procedimento" che registra la coesistenza di più decreti-legge, adottati in successione fra loro, in quanto tappe di un processo unitario che mira a disciplinare lo stesso ambito materiale e che si dipana «per approssimazioni progressive», al fine di riflettere l'andamento dell'accordo politico raggiunto in seno al Consiglio dei ministri[86].

Il ricorso alla confluenza, poi, è parimenti illegittimo anche qualora non sia dettato dalla opportunità di rispecchiare nel procedimento normativo lo stato di avanzamento dell'accordo politico, bensì dalla necessità di evitare che uno dei decreti possa essere esposto al rischio della mancata conversione a causa dell'approssimarsi del suo termine di decadenza[87]. Prassi di tal fatta aggirano, infatti, l'obbligo costituzionale in base al quale la stabilizzazione dei contenuti dell'atto precario deve avvenire nel termine perentorio dei sessanta giorni e, quindi, l'alternativa secca che la stessa Costituzione impone tra il non convertire l'atto ovvero stabilizzarlo nel rigido termine dalla stessa assegnato.

Quello della confluenza è fenomeno, quindi, fortemente distorsivo del modello costituzionale della decretazione d'urgenza e non può essere ricondotto entro i confini tracciati dalla Costituzione, soltanto seguendo le indicazioni espresse dal Presidente della Repubblica. Come si è visto, infatti, il Capo dello Stato ha rilevato che la confluenza di un decreto-legge in un altro provvedimento d'urgenza, per non essere illegittima, deve, per un verso, rispettare il requisito dell'omogeneità di contenuto e, per l'altro, essere evenienza eccezionale, posta in essere con modalità tali da non pregiudicare l'esame parlamentare.

Che questa non possa essere la soluzione lo dimostra proprio la storia della decretazione d'urgenza, segnata da un costante aggiramento dei limiti sia della eccezionalità sia della omogeneità.

[85] C. DOMENICALI, *La prassi*, cit., 45.
[86] Ivi, 46, la quale dà, a tale tipologia di confluenza, il nome di *Minotauro in essere*.
[87] *Ibidem*, a cui l'Autrice dà il nome di *Minotauro in divenire*.

5. Una breve e ultima considerazione sui problemi della confluenza operata in sede di conversione

Si potrebbe sostenere che la contestuale sussistenza dell'abrogazione, della salvezza degli effetti e della trasmigrazione contenutistica possa esser letta come una *sostanziale conversione* del decreto-legge confluito, seppur formalmente posta in essere ad opera di una legge di conversione di altro decreto.

Ragionando in questi termini, ci si può chiedere se la circostanza che un certo decreto-legge venga *sostanzialmente* convertito, seppur non dalla sua propria legge di conversione, e quindi fuori dal proprio procedimento di conversione, possa ritenersi accadimento compatibile con il disegno costituzionale della decretazione d'urgenza.

Alla domanda deve necessariamente darsi una risposta negativa[88].

Come si è visto, decreto-legge e legge di conversione sono venuti configurandosi come tappe di un'unica sequenza procedimentale e se il legame («essenziale»[89]) tra questi due atti non può essere spezzato da un esercizio illegittimo del potere emendativo, deve giocoforza concludersi nel senso che, affinché vi sia una conversione, questa non può che essere posta in essere dalla legge di conversione formalmente chiamata a convertire quel decreto-legge, ossia dall'atto legislativo che porta a conclusione *l'iter* di approvazione del disegno di legge (governativo) presentato alle Camere il giorno stesso dell'adozione (*recte*: pubblicazione[90]) del decreto-legge.

A prendere sul serio il nesso che lega decreto-legge e legge di conversione deve necessariamente concludersi nel senso che tra decreto-legge e legge di conversione sussiste un rapporto di reciprocità vincolata, vale a dire che, fuori dai casi di mancata conversione per decorso del termine (e quindi di non adozione della legge di conversione), un decreto-legge deve essere convertito dalla *sua* propria legge di conversione e non da *una* qualsiasi legge di conversione.

[88] Per analoga presa di posizione si veda G. PICCIRILLI, *Non è incostituzionale l'"accorpamento"*, cit., § 5.
[89] Così lo definisce la Corte nella sentenza n. 22 del 2012.
[90] Sul perché è più corretto riferirsi alla pubblicazione e non all'emanazione dell'atto si veda, anche per l'indicazione delle altre posizioni dottrinali sul punto, D. CHINNI, *Decretazione*, cit., 71, nt. 354.

6. Un po' più e un po' meno di una conclusione: sulla necessità di volgere lo sguardo al provvedimento provvisorio con forza di legge

Volendo cercare di esporre alcune considerazioni finali sul fenomeno della confluenza di più decreti-legge, si deve, innanzitutto, rilevare che questo rappresenta il punto di caduta di una serie di problemi rimasti ancora aperti in merito alla decretazione d'urgenza. E, più in generale, tale fenomeno mostra la tendenza dell'Esecutivo ad essere il vero *dominus* della produzione normativa e del sistema delle fonti[91].

Le considerazioni svolte in queste pagine muovono dall'idea della necessità di porre argini certi e sicuri alla decretazione d'urgenza, trattando quest'ultima per ciò che è (o, purtroppo, dovrebbe essere): esercizio derogatorio delle competenze costituzionali e quindi dell'ordinario modo di produzione normativa[92].

Se questa è la connotazione costituzionale del potere governativo di adottare provvedimenti provvisori, allora detto potere deve necessariamente essere sottoposto a limiti e condizioni stringenti.

Ciò, al fondo, è la stessa ragione che induce a costruire anche la legge di conversione come fonte tipizzata e a riconoscere ad essa limiti che non possono predicarsi per l'ordinaria attività legislativa.

Alla luce di quanto appena detto, le argomentazioni spese nelle pagine che precedono queste mie riflessioni finali devono essere corredate da una precisazione, essenziale.

In questo lavoro si è molto discorso dei limiti alla legge di conversione e ciò per le caratteristiche del fenomeno indagato, che proprio in tale sede concentra le distorsioni del modello costituzionale della decretazione d'urgenza.

Ma se si alza lo sguardo dal fenomeno, specifico, della confluenza di più decreti-legge ai generali problemi che la decretazione d'urgenza pone al sistema costituzionale delle fonti e

[91] Sul tema si veda, per tutti, M. CARTABIA, *Il Governo "signore delle fonti"?*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, 2011, IX s.

[92] Vale a dire di un sistema che vede la centralità del Parlamento, inteso come luogo non di affermazione del *continuum* governativo nella maggioranza parlamentare, ma del confronto dialettico fra maggioranza e minoranze e che in forza di ciò pone la legge, ossia l'atto adottato secondo le forme e le garanzie dell'art. 72 Cost., al centro del sistema delle fonti. In altri termini, e prendendo a prestito le parole di M. MANETTI, *La lunga marcia verso la sindacabilità del procedimento legislativo*, in *Quad. cost.*, 2008, 845, al fondo vi è l'idea «di assicurare il rispetto dell'art. 72 Cost., che nel fissare i «momenti ineliminabili» del procedimento legislativo vede nelle Camere il luogo effettivo delle decisioni in ordine al contenuto delle leggi, e non la sede di registrazione di decisioni prese altrove».

all'ordine costituzionale delle competenze, deve esser chiaro che oggetto di riflessione critica deve essere, innanzitutto, la configurazione che ha assunto il decreto-legge[93].

In altri termini, affinché il rimedio non sia peggiore del male, la richiesta di un maggior rigore nel rispetto delle regole costituzionali di produzione normativa (e pertanto un maggior rispetto del regolamento costituzionale delle competenze) non deve predicarsi solo o soprattutto avendo riguardo a quanto avviene in sede di conversione, ma anche ed essenzialmente a quanto avviene nella sede governativa, in cui viene "confezionato" il provvedimento provvisorio con forza di legge.

Si è efficacemente scritto, infatti, che «l'attuale strabismo che sembra connotare il sindacato operato» dalla Corte alla stregua del requisito dell'omogeneità, «tutto incentrato sulla legge di conversione emendativa, assicura un privilegio alla fonte governativa e, per conseguenza, uno sbilanciamento nei rapporti fra Esecutivo e Legislativo tutto a favore del Governo normatore, di cui – credo – il nostro sistema costituzionale non abbia nessun bisogno»[94].

Deve essere chiaro, infatti, che, per portare il fenomeno della decretazione d'urgenza nell'alveo della Costituzione (e non avere l'effetto collaterale di rafforzare ulteriormente l'Esecutivo) ai limiti imposti al momento parlamentare della conversione, dovrebbero accompagnarsi limiti altrettanto, o più, stringenti al momento dell'adozione del decreto-legge.

È necessario, pertanto, che venga definitivamente superato «l'esagerato proliferare dei provvedimenti governativi»[95] e la eterogeneità che caratterizza il loro contenuto[96]. Ove non vi sia un'inversione di rotta del Governo, in sede di adozione dei decreti-legge, e del Parlamento in sede di conversione (nella quale deve essere negata la stabilizzazione dei decreti non effettivamente sorretti dai casi di straordinaria necessità e urgenza ovvero eterogenei), il compito di contrastare tale fenomeno non può che essere assunto dal Presidente della Repubblica in sede di emanazione degli

[93] Come ha messo in evidenza R. ZACCARIA, *L'omogeneità dei decreti legge: vincolo per il Parlamento o anche per il Governo*?, in *Giur. cost*., 2012, 289, infatti, «gravare esclusivamente sul lato parlamentare» finisce per esasperare «proprio quello stesso problema che si vorrebbe risolvere, ovverosia il giusto equilibrio nei rapporti tra Parlamento e Governo».

[94] P. CARNEVALE, *Giuridificare un concetto*, cit., 12, il quale ha, altresì, messo opportunamente in evidenza come l'omogeneità predicabile per il decreto-legge e quella della legge di conversione, pure «se accomunati dallo stesso *nomen*», siano requisiti differenti, mossi da logiche differenti (p. 11). Del resto, come dimostra la citata lettera (v. § 2) del Presidente della Repubblica ai presidenti delle Camere al Presidente del Consiglio, anche quest'ultimo parrebbe prestare maggiormente attenzione al momento della conversione piuttosto che a quello dell'adozione dei decreti-legge.

[95] D. CHINNI, *Decretazione*, cit., 399.

[96] Sulle criticità che l'eterogeneità del decreto-legge fa sorgere nel procedimento di conversione, N. LUPO, *L'omogeneità dei decreti-legge (e delle leggi di conversione): un nodo difficile ma ineludibile per limitare le patologie della produzione normativa*, in *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Milano 2012, 435 ss.

atti aventi forza di legge[97] e dalla Corte costituzionale[98]. E, in ragione degli ostacoli che il controllo di costituzionalità incontra, a causa della precaria vigenza dei decreti-legge, forse proprio il primo potrebbe più efficacemente far valere i limiti che la Costituzione impone alla decretazione d'urgenza, quale forma di esercizio della funzione legislativa in deroga all'art. 70 Cost., attraverso la riscoperta delle potenzialità dei poteri presidenziali in sede di emanazione[99].

[97] È, del resto, dello stesso Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, da ultimo nella lettera citata al § 2, l'"invito" a ricondurre il decreto-legge alla dimensione qui indicata.

[98] Così D. CHINNI, *Decretazione*, cit., 399 s. e M. RUOTOLO, *I controlli esterni sul giusto procedimento legislativo. Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, spec. 587 ss.

[99] D. CHINNI, *Decretazione*, cit., 400.

AIC
Associazione Italiana dei Costituzionalisti
Osservatorio costituzionale

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE
Codice ISSN: 2283-7515
Fasc. 5/2022
Data: 4 ottobre 2022

L'introduzione del Comitato per la legislazione al Senato: commento al nuovo articolo 20-bis del Regolamento[*]

di **Federico Micari** – *Borsista di studio presso il Centro di Studi sul Parlamento (CESP) della Luiss "Guido Carli"*

TITLE: A Committee for legislation at the Senate: commentary to art.20-*bis* of the Rules of Procedure

ABSTRACT: Le recenti modifiche apportate al Regolamento parlamentare del Senato della Repubblica, nate sulla spinta conseguente alla riduzione del numero dei parlamentari, hanno introdotto un nuovo organo: il Comitato per la legislazione. Disciplinato dal nuovo articolo 20-*bis* del Regolamento, e basato su una composizione paritaria, ha lo scopo di esprimere pareri sui disegni di legge discussi dall'Assemblea o dalle Commissioni in sede deliberante, con riferimento alla qualità dei testi, alla loro omogeneità, semplicità, chiarezza e proprietà della loro formulazione, nonché all'efficacia di essi per la semplificazione e il riordinamento della legislazione vigente.

Il presente contributo si propone di analizzarne la disciplina, confrontandola con quanto disposto alla Camera dei Deputati, dove un analogo organo esercita le proprie funzioni dal 1997. Nonostante la volontà del Senato di superare antiche distonie tra i due rami del Parlamento, il nuovo Comitato presenta analogie e differenze rispetto all'organo della Camera, ponendo in essere un potenziale raggiungimento di un duplice effetto: se da una parte si raggiunge un allineamento su certe funzioni, dall'altra si corre il rischio di creare nuove distonie tanto sul fronte delle attribuzioni, quanto su quello degli orientamenti.

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

Prompted by the reduction of the parliamentarians, recent modifications at the Senate Rules of Procedure have led to the creation of a new organ: the Committee for the legislation. Regulated by new art.20 of the Rules of procedures, and based on an equal composition, its main scope is to express opinions on legislative drafts discussed by the Assembly or within the Commissions during the deliberating phase. The Committee has to evaluate the texts' quality, homogeneity, clarity and formulation, together with their effectiveness in the simplification and re-organization of the current legislation. The present paper aims at analyzing the regulation in comparison with the norms at the Chamber of Deputies, where an analogous organ has been existing since 1997. Despite the Senate's will to overcome long-lasting differences between the two Houses, the new Committee comes up with similarities and differences with respect to the one at the Chamber of Deputies. This may have a double impact: on one hand, some functions might be finally equalized between the Senate and the Chamber of Deputies; on the other hand, however, there might be the risk of creating new differences concerning attributions as well as orientations.

KEYWORDS: Comitato; Regolamento parlamentare; composizione paritaria; tecnica; politica; Committee; rules of procedures; equal composition; politics

SOMMARIO**:**1. Introduzione. – 2. Composizione e Presidenza. – 3. Le funzioni: obbligatorietà e non obbligatorietà d'intervento. – 3.1 Le funzioni obbligatorie del Comitato. – 3.2 La valutazione d'impatto. – 3.3 Le funzioni non obbligatorie. – 4. I pareri del Comitato. – 4.1 I parametri. – 4.2 I tempi. – 4.3 *Dissenting opinion*. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

La revisione costituzionale relativa alla riduzione del numero dei parlamentari, adottata con la legge n.1 del 2020 e confermata a larga maggioranza con *referendum* nel settembre dello stesso anno, impone una riflessione sul relativo impatto sui meccanismi di funzionamento interni alle

Camere. La legge, infatti, prevedendo un taglio della rappresentanza del 36%[1], risulterebbe di problematica attuazione senza una manovra complessiva in grado di agevolare una piena efficienza del Parlamento.[2] Tale presupposto si traduce nella previsione di ulteriori riforme complementari, finalizzate all'adattamento del sistema alle recenti modifiche, tra le quali spicca l'esigenza di un intervento sui regolamenti parlamentari come risposta ai possibili problemi di funzionamento che ne deriverebbero[3].

Con questo obiettivo la Giunta per il Regolamento del Senato, conferendo il mandato come relatori del testo base ai senatori Roberto Calderoli e Vincenzo Santangelo, dalla seduta n. 9 del 18 novembre 2020 inizia i propri "lavori per la modifica del Regolamento a seguito della riforma costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari"[4], che terminano con l'approvazione in Assemblea nella seduta n.456 del 27 luglio 2022[5].

Paradossalmente, una riforma come quella del taglio dei parlamentari, che nasce sull'onda di profonde e antiche spinte anti-parlamentariste[6], può contenere in sé stessa quella "finestra di opportunità"[7] tale da superare alcune storiche distonie nel quadro del bicameralismo, puntando sulla valorizzazione della centralità parlamentare.[8] L'occasione, dunque, sulla carta appare storica[9],

[1]C. TUCCIARELLI, *Il significato dei numeri: riduzione del numero di deputati e senatori e regolamenti parlamentari*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2020, p. 167 e pp. 170-172. Nello specifico, l'A. affronta in cifre numeriche l'impatto che la legge esercita sul regolare funzionamento degli organi delle Camere.

[2]N. LUPO, *Il referendum per ridurre i parlamentari? La riforma è nulla, senza l'attuazione,* in "SoG Policy Brief", n.5, 2020.

[3]F. R. DE MARTINO, *Rappresentanza, antipolitica, taglio dei parlamentari. Una riforma contro il popolo,* in "costituzionalismo.it", n.3, 2021, p. 26. In particolare, nonostante la riconosciuta necessità di un intervento sui regolamenti, l'A. mostra una propria posizione critica sulla concreta riuscita dell'operazione: "La propensione polemica nonché la mancanza di dialogo e confronto serio tra i parlamentari appare un problema legato all'involuzione culturale delle forze politiche, più che alla composizione numerica delle Camere."

[4]A.S., Giunta per il Regolamento, *Organizzazione dei lavori per la modifica del Regolamento a seguito della riforma costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari*, seduta n. 9, mercoledì 18 novembre 2020.

[5]A.S., *Seduta pubblica n. 456 – Resoconto stenografico*, mercoledì 27 luglio 2022.

[6]Sul punto, F. SALMONI, *Crisi della rappresentanza e democrazia: l'antiparlamentarismo e i corsi e ricorsi dei populismi*, in "Rivista AIC", n.4, 2020, p. 520 : "(…) la campagna referendaria è stata per lo più svolta con toni giacobini e ha guidato i cittadini italiani verso una sorta di presa della Bastiglia, rappresentando plasticamente il vessillo del populismo ormai imperante nel dibattito politico italiano."

[7]Il riferimento è a N. LUPO, *Il Parlamento nell'emergenza pandemica, tra rischio di auto-emarginazione e "finestra di opportunità",* in V. LIPPOLIS e N. LUPO (a cura di), *Il Parlamento nell'emergenza pandemica,* Il Filangieri, Quaderno 2020, Jovene Editore, Napoli, p. 165.

[8]E. CHELI, *Dopo il referendum costituzionale. Quale futuro per il nostro Parlamento?,* in "Quaderni Costituzionali", n.4, 2020, p. 698.

[9]In questo contesto, si considerino anche le pressioni politico-normative, oltre che economiche, che l'adozione del PNRR esercita sui Regolamenti parlamentari. Sul tema, si veda L. BARTOLUCCI, *Riforma dei regolamenti parlamentari e Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in "consulta online", n. 2, 2022, spec. pp. 526-527.

paragonabile a quella convergenza politico-normativa che, seppur in altri contesti e con condizioni decisamente differenti, consentì l'approvazione dei regolamenti del 1971, più di cinquant'anni fa. [10]

La stessa Giunta per il Regolamento, infatti, con questa consapevolezza va oltre il suo obiettivo iniziale e propone all'Assemblea una serie di innovazioni tra le quali spicca l'art. 3[11] nel *Doc.* II, n.12, recante la proposta di "Riforma del Regolamento del Senato a seguito della revisione costituzionale concernente la riduzione del numero dei parlamentari"[12]. L'articolo 3 del documento, a sua volta, propone l'introduzione dell'art. 20-*bis* del Regolamento ai sensi del quale, grazie al voto favorevole in Assemblea del 27 luglio, si dispone l'istituzione del Comitato per la legislazione, un organo politico già presente alla Camera dal 1997 (inaugurato nell'ambito di una più generale riforma della fase istruttoria dell'*iter* legislativo nelle Commissioni[13]), ma mai introdotto al Senato, con compiti di natura tecnico-giuridica in relazione al giudizio sulla qualità dei testi normativi.

In realtà, nel corso delle legislature sono stati diversi i tentativi di introdurre il Comitato per la legislazione anche al Senato[14], ma sembra che sul punto, fino adesso, le forze politiche abbiano preferito il mantenimento di uno *status quo*[15]. Una scelta compiuta in modo non esplicito[16], ma che,

---

[10]N. LUPO, *Riduzione del numero dei parlamentari e organizzazione interna delle Camere*, in "Forum di Quaderni Costituzionali", n.3, 2020, p. 329; in relazione all'analisi dei regolamenti del 1971 su tutti si vedano V. LIPPOLIS (a cura di), *A cinquant'anni dai Regolamenti parlamentari del 1971: trasformazioni e prospettive",* Il Filangieri, Quaderno 2021, Jovene Editore, Napoli; F. LANCHESTER (a cura di), *Regolamenti parlamentari e forme di governo: gli ultimi quarant'anni,* Giuffrè Editore, Milano, 2013; A. MANZELLA (a cura di), *I regolamenti parlamentari a quarant'anni dal 1971*, il Mulino, Bologna, 2012; A. MANZELLA, *Dai Regolamenti del 1971 al giusto procedimento legislativo: un'introduzione,* in "Quaderni Costituzionali", fasc. 3, 2021; E. GIANFRANCESCO, *Ciò che è vivo e ciò che è morto dei regolamenti parlamentari del 1971*, in M. D'AMICO e B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida",* Giuffrè Editore, Milano, 2011, pp. 875-890; C. CHIMENTI, *I regolamenti del 1971*, in E. GIANFRANCESCO e N. LUPO (a cura di), *I regolamenti parlamentari nei momenti di "svolta" della storia costituzionale italiana*, Giornale di Storia Costituzionale, n.15, I semestre 2008, pp. 135-142.

[11]L'articolo nasce come emendamento n. 20.0.100 (testo2) al testo base, a firma degli stessi relatori, approvato durante la seduta della Giunta per il Regolamento n. 19 del martedì 26 aprile 2022.

[12]A.S., (*Doc. II n.12) Riforma del Regolamento del Senato a seguito della revisione costituzionale concernente la riduzione del numero dei parlamentari*, presentato dalla Giunta per il Regolamento e annunciato nella seduta n. 446 del 29 giugno 2022.

[13]P. PICIACCHIA, *La funzione di controllo parlamentare in trasformazione*, in federalismi.it, n.3, 2019, p. 144.

[14]Con riguardo ai tentativi di introduzione del Comitato per la legislazione al Senato della Repubblica, si può citare la data del 24 febbraio 1999, quando il Sen. Lauro propone un primo emendamento per la sua istituzione (si veda sul punto P. PICIACCHIA, *Il Comitato per la legislazione e la verifica della qualità dei testi legislativi, in* "Il Politico", vol. 65, 2000, p. 65). Oppure, si ricordi la proposta di "riforma organica del Regolamento al Senato" (relatori Luigi Zanda e Gaetano Quagliariello) del 2012, promotrice di una tipologia di Comitato per la legislazione diversa da quella alla Camera (si veda sul punto N. LUPO e G. PERNICIARO, *Riforma del Regolamento del Senato: un approccio bipartisan ma ancora non sufficientemente organico,* in osservatoriosullefonti.it, 1/2012, p. 13 e ss). O ancora il tentativo dell'autunno 2013, che verrà abbandonato in favore di una riforma di fine legislatura con consenso unanime nel Comitato ristretto della Giunta per il Regolamento tra le forze politiche (si veda nel merito N. LUPO, *La riforma del (solo) Regolamento del Senato alla fine della XVII legislatura*, in forumcostituzionale.it, 5 gennaio 2018, p. 4.)

[15]V. DI PORTO, *Il Comitato per la legislazione, venti anni dopo,* in "Working Paper Series", SoG, 2018, p. 2.

fino a poco tempo fa, ha continuato a comportare una non irrilevante distonia tra i due rami del Parlamento.

Nel commento seguente si proverà a comparare la disciplina sul Comitato al Senato con quella vigente alla Camera. In particolar modo, il primo paragrafo tratterà la composizione di entrambi gli organi e il ruolo della presidenza; il secondo si concentrerà sulle funzioni loro attribuite; il terzo paragrafo applicherà le griglie interpretative dei parametri del Comitato alla Camera all'organo appena approvato al Senato. Infine, nelle conclusioni si proverà a trarre un bilancio momentaneo sui livelli di potenziale allineamento dei due testi.

2. Composizione e Presidenza

Secondo la proposta elaborata dalla Giunta per il Regolamento e approvata in Assemblea a maggioranza assoluta dei componenti, il Comitato per la legislazione al Senato si compone di otto senatori.

Ai sensi del primo comma dell'articolo 20-*bis*, istituito tramite approvazione dell'Assemblea dell'art. 3 del *Doc* II n. 12 su iniziativa dalla Giunta per il Regolamento, si stabilisce che la scelta dei componenti dell'organo, che compete al Presidente del Senato, è finalizzata a "garantire la rappresentanza paritaria della maggioranza e dell'opposizione". Normalmente, il Parlamento si articola in commissioni strutturate secondo il principio della rappresentanza proporzionale dei gruppi. Il Comitato per la legislazione, però, proprio per il fatto di non essere per definizione una Commissione parlamentare e per l'esplicita previsione di garanzia della composizione paritaria, sfugge al principio di proporzionalità. Al contrario, la norma prevede la difesa di un principio diverso, in grado di fornire gli strumenti per andare oltre le tradizionali dicotomie tra gruppi contrapposti, trovando così una soluzione comune al problema della qualità della legislazione. Analogamente a quanto avviene per altri organismi a composizione paritetica, tra i quali spicca il caso del Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (COPASIR)[17], la *ratio* è quella

[16]N. LUPO, *La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione*, in "federalismi.it", n.3, 2017, p. 23.

[17]Interessante come il caso della composizione paritetica prevista nel Copasir sia considerato un esempio di stabilità in relazione ai rapporti di forza interni, anche laddove si apra una discussione procedurale relativa alle conseguenze

della struttura *bipartisan*[18]: un approccio che assicuri, tanto alla maggioranza quanto all'opposizione, un numero eguale di senatori costitutivi di un organo che, pur essendo necessariamente politico, può rappresentare un luogo di naturale confronto istituzionale.

La seconda proposizione del comma 1, che recita "scelti dal Presidente del Senato", sembra attingere all'interpretazione del ruolo del Presidente d'Assemblea come "uomo della Costituzione",[19] collocato in posizione neutrale e *super partes*[20]. Il Presidente, infatti, nel seguire il principio *bipartisan* è chiamato alla selezione di un personale politico che non sia strumento della maggioranza, ma per il quale "la maggioranza contribuisca al risultato della convergenza con le opposizioni su un tessuto di norme condiviso, a salvaguardia delle prerogative di tutti i membri".[21] La buona qualità della legislazione, infatti, essendo connessa al principio costituzionale della certezza del diritto, si manifesta come garanzia di tutti i cittadini, a prescindere dal proprio orientamento politico. Nella scelta dei senatori che comporranno l'organo a conduzione *bipartisan*, tra l'altro, il Presidente si assicura che un organo parlamentare vada oltre i confini dell'alleanza a sostegno del Governo, contribuendo alla difesa del principio costituzionale della separazione dei poteri.[22]

Connesso alla regola della composizione paritaria, il comma 2 sancisce la proposta della turnazione della presidenza, della durata di un anno ciascuno. Il meccanismo dell'alternanza dei presidenti si inserisce nel quadro di un organo che non assume il compito di esprimere un indirizzo politico o delle valutazioni di merito sui provvedimenti analizzati. Al contrario, la convergenza tra maggioranza e opposizione deve assicurare l'obiettivo di spogliarsi di un indirizzo politico coerente con la maggioranza a sostegno dell'esecutivo[23] preoccupandosi, al tempo stesso, di garantire che vi sia un indirizzo generale legato al regolare funzionamento dell'organo. Da qui, la durata della presidenza pari a un anno, differente dalla disciplina regolamentare della Camera, che stabilisce una

della riduzione nel numero dei parlamentari, C.FASONE, *Le conseguenze della riduzione del numero dei parlamentari sulle commissioni permanenti, in* "Rivista Trimestrale di Scienze dell'Amministrazione", n.1, 2022, pp. 7-8.

[18]N. LUPO, L. GIANNITI, *Corso di diritto parlamentare*, il Mulino, Bologna, 2018, p. 158.

[19]A. MANZELLA, *Il Parlamento,* il Mulino, Bologna, 2003, pp. 110 e ss.

[20]N. LUPO, L. GIANNITI, *Corso di diritto parlamentare, cit.*, p. 159.

[21]R. MICCICHÉ, *Contributo alla teoria della legge organica. L'"organicità" come caratteristica delle scelte bipartisan delle assemblee politiche: dall'attuazione del fiscal compact al regionalismo differenziato,* in "Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali", n.3, 2020, p. 422. Il riferimento è alla definizione del "Regolamento come emblema degli atti bipartisan".

[22]*Ibid.*, p. 486.

[23]Con riferimento a possibili difficoltà nello sposare pienamente la logica bipartisan, L. LORELLO, *Funzione legislativa e Comitato per la legislazione*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 181 e ss.

presidenza lunga sei mesi. A tale proposito, ai sensi dell'articolo 16-*bis*, comma 1 del Regolamento alla Camera, il Comitato per la legislazione di Montecitorio risponde sostanzialmente agli stessi principi. Su questo profilo, quindi, le due discipline convergono rispecchiando uno dei principi che hanno ispirato la Giunta nell'esame per la modifica del Regolamento[24]. Tuttavia, le differenze in questi primi commi esistono, anche se apparentemente minime, e risiedono proprio nel numero dei componenti e nella durata della Presidenza di turno. Sul primo punto, si rileva che la composizione dell'organo alla Camera è di dieci deputati, contro gli otto previsti nella proposta al Senato[25].

Sul versante della durata della presidenza, la Giunta per il Regolamento al Senato sembra aver tratto esempio da quanto disposto dalla Giunta della Camera dei deputati nel 2001. Con la delibera del 16 ottobre 2001, infatti, si specifica che, al fine di stabilizzare gli indirizzi presidenziali, in "via sperimentale" l'orizzonte temporale della presidenza viene esteso a dieci mesi. Inserendosi nel quadro dello storico rapporto tra stabilità e mutamento nel diritto costituzionale[26], tra continuità e discontinuità degli organi, la Giunta prova a garantire un equilibrio proprio in relazione alla continuità di azione del Comitato, trovando un compromesso tra la proposta di un anno[27] e la norma regolamentare ancora vigente[28].

In ultima analisi, con riferimento alla composizione, la caratteristica di costituirsi su base paritaria incontra un limite non indifferente in occasione di esecutivi sostenuti da ampie maggioranze. L'esperienza del Comitato alla Camera durante il governo guidato dal Presidente Mario Monti, per esempio, fornisce un quadro che prevede un organo composto da otto deputati di

[24]A.S., Giunta per il Regolamento, *Esame e votazioni emendamenti al testo-base recante modifiche regolamentari a seguito della riforma costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari,* n. 19, 26 aprile 2022, nella quale il Relatore Sen. Calderoli dichiara: "Emendamento volto a conseguire una maggiore omogeneità tra i due rami del Parlamento (…)"

[25]Art. 16-bis comma 1, r. C.: "Il Comitato per la legislazione è composto da dieci deputati, scelti dal Presidente della Camera in modo da garantire la rappresentanza paritaria della maggioranza e delle opposizioni." In realtà, sul finire degli anni '90, all'indomani della modifica regolamentare della Camera, il Comitato riunitosi in prima seduta si presenta costituito da otto deputati (Sul punto, si vada A.C., *Deliberazione ufficiale: modificazione e introduzione articoli 16-bis, 85-bis e 153-bis,* in "Gazzetta Ufficiale", 24 Settembre 1997). Il numero dei componenti aumenta qualche mese dopo per poi, recentemente, registrare una ulteriore proposta di modifica in Giunta per il Regolamento della Camera che, in linea con quanto disposto al Senato, riporterebbe a otto i membri selezionati (Per approfondimenti, si consulti A.C., Giunta per il regolamento, *Seguito della discussione sugli adeguamenti regolamentari conseguenti alla riforma costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari,* mercoledì 27 aprile 2022: "Al comma 1, la parola: «dieci» è sostituita dalla seguente: «otto»".)

[26]C. PINELLI, *Variazioni su stabilità e mutamento nel diritto costituzionale,* in "Rivista AIC", n.1, 2014, pp. 1-3.

[27]A.C., Delibera della Giunta per il regolamento assunta il 16 ottobre 2001: "finalità di stabilizzare gli indirizzi presidenziali che, in un orizzonte temporale di sei mesi non hanno modo, per l'oggettiva ristrettezza dell'arco temporale previsto, di consolidarsi ed affermarsi".

[28]N. LUPO, L. GIANNITI, *Corso di diritto parlamentare,* cit. p. 158.

maggioranza e due di opposizione. Una circostanza analoga si verifica con riferimento alla maggioranza a sostegno del governo presieduto da Mario Draghi, dove soltanto un parlamentare del Comitato per la legislazione non appartiene alle forze politiche in appoggio all'esecutivo. L'opposizione, dunque, trova meno spazio durante i periodi di ampia convergenza, nonostante il principio della rappresentanza *bipartisan* nasca anche in funzione di garanzia delle opposizioni stesse.

3. Le funzioni: obbligatorietà e non obbligatorietà di intervento

Al pari del proprio omologo alla Camera, il Comitato per la legislazione al Senato esercita un ruolo paragonabile a quello delle commissioni "filtro"[29], esprimendo pareri su determinati progetti di legge esaminati dalle commissioni competenti per materia. Tali pareri, vincolanti se contenenti condizioni espresse a una Commissione in sede deliberante, sono specificamente destinati alla valutazione sulla qualità della legislazione, seguendo i criteri di "omogeneità, semplicità, chiarezza e proprietà della loro formulazione, nonché di efficacia di essi per la semplificazione e il riordinamento della legislazione vivente".[30]

Con riferimento ai commi 3, 5, 7 e 8 dell'articolo istitutivo del Comitato si prevede che l'organo si esprima sulla valutazione di impatto e sulla qualità dei testi normativi. In particolare, le funzioni del Comitato possono essere classificate in funzioni obbligatorie e funzioni eventuali.

3.1 Le funzioni obbligatorie del Comitato

Una prima funzione obbligata si manifesta già dal comma 3, laddove si stabilisce che "il Comitato esprime pareri sui disegni di legge discussi dall'Assemblea o dalle commissioni in sede deliberante". Da una prima interpretazione letterale della norma, la frase sembra lasciare pochi

[29]N. LUPO, L. GIANNITI, *Corso di diritto parlamentare, cit.*, p. 261.

[30]Ai sensi del comma 5 dell'articolo 20-*bis*, approvato dal Senato nella seduta del 27 luglio 2022: "Il Comitato si esprime sulla valutazione di impatto, sulla qualità dei testi, con riguardo alla loro omogeneità, alla semplicità, chiarezza e proprietà della loro formulazione, nonché all'efficacia di essi per la semplificazione e il riordinamento della legislazione vigente."

dubbi sul fatto di voler attribuire all'organo il compito di lavorare su tutti i disegni di legge (discussi in Assemblea o in commissione deliberante), senza dare spazio a particolari criteri di assegnazione. Considerato il fatto che altri commi, come ad esempio il 7, prevedono l'utilizzo della possibilità nella propria proposizione ("le commissioni possono deliberare"), appare chiaro che il termine perentorio "esprime", scritto al terzo comma, imponga l'intervento del Comitato su tutti i casi indicati. Se questa interpretazione dovesse rivelarsi corretta, la disposizione imporrebbe una mole di lavoro particolarmente gravosa per soli otto senatori (sia sul piano quantitativo che sul piano qualitativo)[31]**.** In più, se da un lato sembra venga valorizzato il ruolo di doppio filtro del Comitato, dall'altro si elimina il criterio della selezione dei progetti di legge da sottoporre all'attenzione dell'organo. Tale elemento, nel caso dell'omonimo organo della Camera (art. 16-*bis*, comma3, r.C.), consente ad un *quorum* interno alla Commissione pertinente di attivare i servizi del Comitato, valutando i casi nei quali, con riferimento alla qualità della normazione, sia opportuno sovrapporre il parere del Comitato ad una prima analisi svolta dalla Commissione stessa in fase istruttoria[32]. Non sfugge come la scelta da parte di una minoranza interna alla Commissione possa essere intesa come un potere a garanzia delle opposizioni.

Un ulteriore intervento d'ufficio viene poi previsto, ai sensi del comma 8, in relazione ai disegni di legge di conversione dei decreti-legge. Ricalcando la disciplina dell'articolo 96-*bis* del Regolamento alla Camera, l'articolo 20-*bis* al Senato subentra (seppur con parametri e finalità differenti) a quel filtro di costituzionalità sui presupposti di necessità ed urgenza svolto, fino alla riforma del 2017, dalla Commissione affari costituzionali[33]. Con riguardo a questo ruolo, il Comitato si presenta come ulteriore strumento nelle mani di quel diritto parlamentare inteso come avanguardia del diritto costituzionale[34] in funzione di un primo controllo che, sulla base di parametri tra cui non è incluso l'art. 77 Cost., dovrà attestarsi su caratteri puramente tecnico-giuridici. Il Comitato, infatti, per volontà del comma 8, ha l'obbligo di intervenire proponendo anche la "soppressione delle disposizioni di decreto-legge che contrastino con le regole sulla

[31]F. FABRIZZI e G. PICCIRILLI, *Osservatorio parlamentare sulle riforme istituzionali conseguenti alla riduzione del numero dei parlamentari,* in federalismi.it, 11 maggio 2020.

[32]A.C., *Lettera circolare del Presidente della Camera sulla istruttoria legislativa nelle commissioni*, 10 gennaio 1997, nella quale, tra le altre indicazioni, si impone quella della "inequivocità del significato delle singole disposizioni".

[33]N. LUPO, *Il Comitato per la legislazione tra norma e prassi,* in "Cahiers européennes. European Forum of Public Law", 20 giugno 2001, oppure www.academia.edu.

[34]N. LUPO, L. GIANNITI, *Corso di diritto parlamentare, cit.* pp. 20-23, dove si riprende l'affermazione del Prof. Silvano Tosi.

specificità e omogeneità e sui limiti di contenuto dei decreti-legge, previste dalla legislazione vigente". L'omogeneità, dunque, confermandosi come requisito essenziale nella disciplina del decreto-legge e della relativa legge di conversione[35] , al Senato diventa uno dei parametri di azione del Comitato per la legislazione, fornendo un ulteriore strumento di azione parlamentare per un "vero e proprio controllo di legittimità nei confronti del disegno di legge di conversione"[36] all'interno del delicato rapporto con il Governo.

3.2 La valutazione di impatto

Il comma 5 del nuovo articolo 20-*bis* inserisce la valutazione di impatto tra le funzioni (presumibilmente) obbligatorie del nuovo Comitato per la legislazione del Senato, ponendo una serie di dubbi sull'obiettivo della disposizione e sul relativo *modus operandi*.

L'Ufficio Valutazione Impatto (UVI) istituito presso il Senato della Repubblica nel 2016 definisce la valutazione delle politiche pubbliche come "uno strumento che, senza sostituirsi alla decisione politica all'interno del circuito democratico, consente al legislatore di adottare decisioni informate e consapevoli. L'obiettivo non è influenzare il decisore politico, quanto piuttosto renderlo edotto delle conseguenze delle proprie scelte, promuovendo la conoscenza e la trasparenza di informazioni fondamentali per il processo decisionale."[37] La valutazione delle politiche pubbliche, in generale, costituisce un elemento significativo della funzione di controllo dei parlamenti[38], ma l'UVI, costituito come un organo tecnico, imparziale e presieduto dal Presidente del Senato, risulta

[35]Così la Corte Costituzionale con sentenza n. 22/2012, nella quale si afferma "la necessaria omogeneità del decreto-legge, la cui interna coerenza va valutata in relazione all'apprezzamento politico, operato dal Governo e controllato dal Parlamento, del singolo caso straordinario di necessità e urgenza, deve essere osservata dalla legge di conversione." Il principio di sostanziale omogeneità delle norme contenute nella legge di conversione di un decreto-legge è stato richiamato anche dal Presidente della Repubblica, ai sensi dell'art. 74, nel messaggio del 29 marzo 2002, dove nelle norme in esame si rileva "un'attinenza soltanto indiretta alle disposizioni dell'atto originario". Su tutti, N. LUPO, *L'omogeneità dei decreti-legge (e delle leggi di conversione): un nodo difficile, ma ineludibile per limitare le patologie della produzione normativa*, in G. TIBERI E M.P. VIVIANI SCHLEIN (a cura di) *Scritti in memoria di A. Concaro*, Giuffrè, Milano, 2012. G. SILVESTRI, *Alcuni profili problematici dell'attuale dibattito sui decreti-legge*, in "Politica del diritto", n.3, 1996, pp. 421-425.

[36]S.M. CICCONETTI, *Obbligo di omogeneità del decreto-legge e della legge di conversione?*, in "Giurcost.org.", 2012.

[37]Ufficio Valutazione Impatto, *Cos'è l'UVI*.

[38]Per approfondire il tema, si veda E. GRIGLIO, *La valutazione delle politiche pubbliche in Parlamento: riflessioni comparate e note sull'esperienza del Senato,* in federalismi.it, n.3, 2019.

sostanzialmente inattivo.[39] Nato con l'obiettivo di rendere edotto il decisore politico sulle conseguenze delle proprie "azioni legislative"[40], l'organo è il frutto di un desiderio di bilanciamento tra l'esigenza primaria di "assoluta neutralità, da un lato, e rigore analitico, dall'altro"[41]. Ciononostante, la sua attività non risulta collegata sul piano procedurale ai procedimenti decisionali, pertanto l'auspicato seguito delle sue ricerche è "una possibilità affidata esclusivamente agli organi di decisione politica".[42] La motivazione relativa a questo risultato probabilmente risiede nella base giuridica dell'Ufficio stesso. Essendo stato istituito con Decreto del Presidente del Senato, senza quindi essere inserito nel Regolamento principale dell'Assemblea, ad esso non è permessa alcuna connessione sistemica con i procedimenti decisionali. Se a ciò si aggiungono una serie di problematiche, quali taluni limiti di risorse, di tempo e una generale scarsa attrattiva della componente politica per la materia legata alla valutazione d'impatto, i seguiti procedurali si rivelano alquanto limitati.[43]

Eppure, secondo lo studio della *Better Regulation Practices*, pubblicato dal Parlamento Europeo nel 2020, l'UVI aveva prodotto risultati importanti in relazione alla funzione di controllo del Parlamento, avvicinando maggiormente il Senato al tema della valutazione di impatto[44]. In particolare, all'interno del testo si sottolinea l'utilità di un Ufficio le cui analisi fornirebbero una sezione prospettica relativa all'impatto delle politiche pubbliche, includendo elementi di valutazione *ex ante* ed *ex post*. Lo stesso studio, tra le altre cose, sostiene l'assenza di un organo che, effettivamente, si concentri su una valutazione *ex post* delle politiche pubbliche alla Camera, fermo restando il ruolo del Servizio per il controllo Parlamentare, che monitora la formale ottemperanza del Governo ai suoi doveri attuativi concordati durante il procedimento parlamentare

[39]V. DI PORTO, *Accade in Parlamento,* in G. MAZZANTINI, L. TAFANI (a cura di), *Osservatorio AIR. L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione. Annuario 2020,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 127.

[40]R. LOIERO, *Le sfide dell'Ufficio di Valutazione nel Senato della Repubblica,* in "Rivista giuridica del Mezzogiorno", n.2, 2018, p. 401.

[41]*Ibid.*, p. 410.

[42]E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Il Parlamento dai controlli alla valutazione delle politiche pubbliche,* in "Economia Pubblica", n. 2, 2020, p. 83.

[43]E. GRIGLIO, *La valutazione delle politiche pubbliche in Parlamento: riflessioni comparate e note sull'esperienza del Senato,* in federalismi.it, n.3, 2019, pp. 220-221.

[44]European Parliamentary Research Service (*EPRS*), *Better Regulation practices in national parliaments*, 2020, p. 41.

e stabiliti dalla legge vigente.[45] All'interno di questo quadro, dunque, ci si chiede se l'UVI, considerando proprio la consistenza della sua base giuridica, sia chiamato a sopravvivere alle nuove funzioni del Comitato, oppure se verrà ricalibrato come organo meramente amministrativo di supporto tecnico. Ci si domanda, poi, se il Comitato sia chiamato o meno a coordinarsi con l'Ufficio Valutazione Impatto, oppure se agisca separatamente. Ci si chiede, inoltre, se il Comitato dovrà esprimersi sulla valutazione di impatto col supporto degli uffici tecnici interni all'amministrazione competente, o se abbia il compito di confrontarsi con una valutazione prodotta da altri uffici indipendenti del Senato. In più, non è chiaro quali possano essere gli effetti dei pareri espressi in merito alla valutazione di impatto, oppure se gli atti assumano solo ed esclusivamente valore consultivo e informativo in relazione alla Camera di appartenenza. Tale disposizione, non presentandosi in modo chiaro tra i requisiti dell'organo da istituire al Senato, crea una evidente distonia tra i due Comitati.

Definendo la *better regulation* come "a set of structural regulatory policy measures, at best a way of mediating deregulation and re-regulation"[46], con riferimento all'esperienza del Comitato di Montecitorio si nota come questi manifesti una proficua interazione con le relazioni sull'analisi di impatto della regolamentazione del Governo (AIR) e sull'analisi tecno-normativa (ATN), sollecitando più volte il Governo stesso a corredare i propri atti normativi con le relative relazioni.[47] Allo stesso tempo, sul tema in questione ci si domanda se il ruolo del Comitato al Senato debba essere analogo all'esperienza del suo omologo alla Camera oppure se, in prospettiva, possa avere un impatto maggiore, chiarendo i confini della propria azione. Non a caso una parte della dottrina sollecita il rafforzamento delle relazioni di impatto per spostare maggiormente il dibattito sul piano tecnico, facendo tesoro anche della giurisprudenza del Comitato stesso[48]. Pertanto, al netto di questo insieme di riferimento, l'idea proposta al Senato di un Comitato che si occupi direttamente della valutazione di impatto, potenzialmente andando ben oltre le funzioni assunte dall'omologo organo alla Camera, rappresenta una novità importante da chiarire nel complessivo quadro regolamentare.

[45]N. LUPO, E. GRIGLIO, *Parliaments in Europe engaging in post-legislative scrutiny: comparing the French, Italian and Swiss experiences*, in "Journal of Southeast Asian Human Rights", vol. 4, 2020, p. 116.

[46]C.M. RADAELLI, A.C.M. MEUWESE, *Better Regulation in Europe*, in "Public Administration", vol. 87, 2009, p. 641.

[47]V. DI PORTO, *Il Comitato per la legislazione, venti anni dopo,* in "Working Paper Series", SoG, 2018, p. 8.

[48]L. DI MAJO, *Il Comitato per la legislazione e la pandemia,* in L. BARTOLUCCI, L. DI MAJO (a cura di), *La prassi delle istituzioni in pandemia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 144-145.

3.3 Le funzioni non obbligatorie

L'articolo 20-*bis,* sulla base della proposta formulata dall'art.3 del *Doc.* II n.12, introduce, al comma 7, la disposizione per la quale "le Commissioni possono deliberare di trasmettere al Comitato i disegni di legge recanti norme di delegazione legislativa o disposizioni volte a trasferire alla potestà regolamentare del Governo o di altri soggetti materie già disciplinate con legge." La disciplina in questione si inserisce nel quadro delle procedure relative alle leggi delega e alle "deleghe in senso ampio", riferite cioè a quei soggetti differenti rispetto al Governo, come enti locali, università o autorità indipendenti, purché restino esclusi gli atti non qualificabili come regolamentari.[49] La frase "le Commissioni possono deliberare (…)" testimonia una possibilità, una scelta del tutto opzionale per la quale la legge delega, protagonista del procedimento duale[50] e caratterizzatasi per essere "fonte di un potere governativo"[51] all'interno del dialogo tra Governo e Parlamento, non necessiterebbe dell'intervento costante del Comitato. Questo punto rappresenta un elemento di profonda distonia rispetto alla disposizione della Camera, ex articolo 16-*bis*, comma 6-*bis* che, al contrario, prevede l'obbligo di intervento nella fattispecie. L'inserimento di ufficio del Comitato nella fase a dominanza parlamentare del procedimento duale costituisce un aggravamento che assume un significativo impatto sul piano politico-istituzionale[52]. Tanto è vero che si giustifica in quanto contribuisce a rafforzare la dimensione di "co-legislatore"[53] del Parlamento, puntando non di rado la propria attenzione anche sul regolare rispetto della disciplina costituzionale in materia[54]. Non prevedere al Senato l'obbligatorietà di intervento sulle leggi delega e sulle deleghe in senso ampio, dunque, non solo crea una procedura dissimile rispetto alla Camera, con relativi problemi persistenti di disarmonia, ma non sfrutta a sufficienza l'occasione di rafforzare la dimensione parlamentare nel rapporto col Governo, mediante modifica regolamentare. Peraltro, parte della

[49]G. TARLI BARBIERI, *Le delegificazioni per la razionalizzazione e la semplificazione amministrativa,* in "osservatoriosullefonti.it", dove sottolinea come il fenomeno sia "manifestazione di un *genus* ben più ampio."

[50]A. MANZELLA, *Il Parlamento,* Il Mulino, Bologna, 2003.

[51]Così la Corte Costituzionale, nella sentenza 111/1972: "la legge di delegazione legislativa è soltanto fonte di un potere governativo, ha valore preliminare e, per non essere legge materiale interessante la Regione, dovrà essere integrata dall'atto di esercizio della delegazione."

[52]N. LUPO, *La formazione parlamentare delle leggi delega,* in "osservatoriosullefonti.it", 2002, p. 48.

[53]N. LUPO, L. Gianniti, *Corso di diritto parlamentare,* cit. p. 287.

[54]V. DI PORTO, *La Circolare nella giurisprudenza del Comitato per la legislazione: una storia intensa, senza pretese,* in "Osservatorio sulle fonti", fasc.1, 2022, p. 351

dottrina da tempo sollecita di uniformare, con riferimento proprio al Comitato, quantomeno la disciplina relativa ai pareri obbligatori.[55]

Infine, in relazione alla fase a dominanza governativa del procedimento duale, la previsione regolamentare proposta al Senato e la speculare disciplina alla Camera si comportano allo stesso modo. Il Comitato, infatti, ha facoltà di esprimersi, se espressamente richiesto (dal *quorum* di deputati in commissione alla Camera; su delibera della commissione al Senato), sugli schemi di atti normativi del Governo.

4. I pareri del Comitato

Il Comitato si esprime attraverso pareri, giudizi espressi secondo i profili di propria competenza,[56] che costituiscono dei veri e propri atti di collegamento con le Commissioni di merito e con l'Assemblea. Così come formulato, il testo approvato dal Senato consente di delineare un organo i cui pareri assumono effetti diversi a seconda dei propri contenuti e della sede della Commissione di merito coinvolta nel procedimento. Un parere, infatti, può articolarsi in condizioni, osservazioni o raccomandazioni.[57] Se le osservazioni sono definibili come degli "inviti a porre rimedio ad eventuali incongruenze"[58], solo le condizioni, intese come "modifiche puntuali da introdurre nel testo"[59], esercitano una forza all'interno del procedimento in grado di andare oltre la mera consultazione. Tanto è vero che, ai sensi del comma 6, se la Commissione di merito si trova in sede deliberante, le condizioni "contenute nel parere" costringono la Commissione ad un adeguamento del testo di legge. In caso contrario, il testo stesso viene rimesso all'Assemblea. Le condizioni del Comitato, dunque, esprimono una forza vincolante con riferimento alla Commissione che, qualora non si adegui, "perde" la propria sede deliberante.

[55]G. RIVOSECCHI, *Bicameralismo e procedure interparlamentari non legislative,* in F. BASSANINI, A. MANZELLA (a cura di), *Due Camere, un Parlamento, Due Camere, un Parlamento, Per far funzionare il bicameralismo,* Passigli Editori, Bagno a Ripoli, 2017, p. 46.

[56]Definizione espressa nel "glossario" del Senato: "giudizi, di norma sintetici, che le Commissioni permanenti o le Commissioni bicamerali esprimono, per la parte o i profili di loro competenza, in merito a disegni di legge assegnati ad altre Commissioni competenti per materia", www.senato.it.

[57]L. GIANNITI, N.LUPO, *Corso di diritto parlamentare, cit.* p. 158.

[58]V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica,* Giuffrè Editore, Milano, 2013, p. 329.

[59]*Ibid.* pp.329-330.

Il Comitato, dunque, comportandosi come una Commissione "filtro", esprime un "parere rinforzato"[60], che in dottrina è comunemente affidato alle Commissioni non ricomprese tra quelle indicate dall'articolo 40 del r.S., commi 5-6 e 6-bis (quest'ultimo aggiunto nel testo base recante nuove modifiche al Regolamento a seguito del referendum sulla riduzione del numero dei parlamentari). Il comma 6 dell'articolo 20-*bis* al Senato enuncia anche la tipologia di effetto delle condizioni contenute nei pareri espressi in relazione ad un disegno di legge discusso in Commissione redigente. La Presidenza d'Assemblea, nel caso del procedimento legislativo misto che si configura in tale Commissione, può, qualora si verifichi il mancato rispetto del parere del Comitato, decidere di ammettere degli emendamenti strettamente volti all'adeguamento del testo alle condizioni del Comitato. In deroga al principio per il quale la sede redigente non permetterebbe una modifica del testo in Assemblea, ma solo votazioni su articoli e disegno di legge finale, il ruolo di giudice d'Aula, svolto dal Presidente, ammette una disciplina riservata esclusivamente al Comitato. Non solo è il segno di una certa importanza data all'organo in relazione alla qualità della normazione, ma sembra manifestarsi la volontà di riconoscere un effetto "quasi-vincolante" al parere relativo al disegno di legge in sede redigente, tale per cui, su volontà della Presidenza, le condizioni possono direttamente essere sottoposte al voto d'Assemblea.

Se si considera l'obbligatorietà dei pareri espressi dal Comitato su tutti i disegni di legge discussi dall'Aula, e in particolar modo quelli affrontati dalla Commissione deliberante, si percepisce una certa importanza attribuita all'organo dalla modifica regolamentare. Specie perché tale modifica andrebbe letta in relazione ai cambiamenti avvenuti con la riforma regolamentare del 2017, per la quale "di regola"[61] il disegno di legge viene preferibilmente attribuito in commissione in sede deliberante. Se lo scopo della riforma del 2017 è stato, oltre al "riallineamento fra prassi e Regolamento"[62], quello di rafforzare le sedi deliberanti e redigenti delle Commissioni permanenti, il ruolo prefigurato dal nuovo Comitato sembra finalizzato a imporre il consolidamento del controllo parlamentare sulla qualità dei propri atti normativi. Tale considerazione assume ancor più credibilità se si confronta il tutto con la disciplina alla Camera, specialmente in relazione alla sede redigente. In questo caso, infatti, la remissione in Assemblea relativa alle condizioni espresse, in

[60]L. GIANNITI, N.LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, *cit*., p. 262.

[61]Art. 34, comma 1-*bis*, r.S.: "I disegni di legge sono di regola assegnati in sede deliberante ai sensi dell'articolo 35 o in sede redigente ai sensi dell'articolo 36."

[62]R. IBRIDO, *Prosegue, con ambizioni minime, il percorso di revisione dei regolamenti parlamentari",* in "Quaderni costituzionali", n.2, 2022, p. 361.

caso di non conformazione da parte della Commissione di merito, può avvenire sotto forma di ordine del giorno[63].

Un ulteriore esempio di effetto "non vincolante" si registra sui pareri espressi in relazione ai decreti-legge e alle deleghe in senso ampio. Per ciò che riguarda i primi, le Commissioni competenti per materia ricevono un parere obbligato che può proporre una soppressione di disposizioni non in linea con le regole sulla specificità e omogeneità, oppure in contrasto con i limiti previsti dalla legislazione vigente. Si tratta pur sempre di una proposta, quindi non di un vincolo, pur manifestando qualcosa di più di una semplice osservazione, in quanto attiene ai profili tecnico-giuridici di un atto avente forza di legge. Per quanto attiene alle norme di delegazione, allo stesso modo si registra un parere facoltativo (espresso su deliberazione esplicita della commissione competente per materia, ex comma 7) e sempre non vincolante.

Sulla base dei pareri previsti dal nuovo articolo 20-*bis*, ci si domanda che tipo di ruolo effettivo possa avere al Senato l'organo in questione. Con riferimento alle griglie di valutazione utilizzate per la versione alla Camera del Comitato, una parte della dottrina gli attribuisce una funzione quasi esclusivamente consultiva, definendolo "Commissione consultiva di tipo politico"[64]. La scarsa vincolatività dei suoi atti, più volte rimarcata, sembra sottolinearne la funzione di collaboratore istituzionale all'interno del procedimento legislativo[65]. In realtà, tanto gli obblighi di ufficio, quanto quelli eventuali, sembrano ricondurre il Comitato previsto al Senato ad una funzione di controllo preventivo di legittimità in relazione alla qualità dei testi[66]. Da organo di mera consulenza, dunque, il potenziale utilizzo dei pareri lascia intendere che si possa parlare di un organo di controllo in chiave collaborativa, senza diventare mai di vera e propria censura[67].

[63]Art. 16-*bis*, comma 6, r.C richiama esplicitamente art. 96 comma 4: "il presidente della Commissione che ha dato parere negativo ne fa illustrazione all'Assemblea subito dopo il relatore del progetto di legge, e presenta un apposito ordine del giorno (…)"

[64]S. BARONCELLI, *Sviluppi in tema di qualità della legge e riforma del regolamento della Camera dei deputati*, in "Osservatorio sulle fonti", 1997, p. 164.

[65]L. DI MAJO, *Il Comitato per la legislazione e la pandemia,* in L. BARTOLUCCI, L. DI MAJO (a cura di), *La prassi delle istituzioni in pandemia,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 124.

[66]F. PETRICONE, *II Comitato per la legislazione nel nuovo regola mento della Camera*, in "Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico", n.3, 1998, p. 711.

[67]P. PICIACCHIA, *Il Comitato per la legislazione e la verifica della qualità dei testi legislativi, in* "Il Politico", vol. 65, 2000, p. 55.

4.1 I parametri

I parametri principali attraverso i quali il Comitato deve esprimere i propri pareri sono indicati al comma 5. La qualità dei testi, infatti, non soltanto rappresenta la missione principale del Comitato, ma deve essere valutata "con riguardo alla loro omogeneità, semplicità, chiarezza e proprietà della formulazione, nonché all'efficacia di essi per la semplificazione e il riordinamento della legislazione vigente". Come ribadisce il Presidente del Comitato Roberto Zaccaria, nell'ambito di un convegno sulla buona scrittura delle leggi, tenutosi presso la Camera dei Deputati: "Il controllo sulla lingua dei testi di legge si lega intimamente al controllo dei concetti e delle categorie giuridiche: la scelta linguistica del legislatore coincide immancabilmente con una scelta di impianto logico e valoriale".[68] Un principio che non appartiene solo alla convenienza politica, ma che ha radici anche costituzionali, in quanto la qualità della legge necessariamente si connette al principio della certezza del diritto[69].

L'omogeneità è stata definita dall'omologo organo alla Camera come "esigenza di coerenza interna del testo"[70] . La presenza di questo termine tra i parametri generali del Comitato, che fissa i limiti della sua azione e ne indirizza i pareri, rafforza un principio sostanziale per il quale il criterio dell'omogeneità si afferma anche sul contenuto di ciascun articolo, non soltanto sull'atto legislativo nel suo insieme[71].

---

[68] R. ZACCARIA (a cura di), *La buona scrittura e la qualità delle leggi*, Camera dei Deputati, Roma, 2012, pp. 9-19.

[69] P. COSTANZO, *Il fondamento costituzionale della qualità della normazione (con riferimenti comparati e all'UE*), in AA.VV., *Studi in memoria di Giuseppe Floridia*, Napoli, 2009, pp. 177 e ss.

[70] Intervento ON. REBUFFA in *Bollettino delle giunte e delle commissioni parlamentari, Comitato per la legislazione,* seduta del 14 gennaio 1998, p. 10.

[71] N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario***,** in E. GIANFRANCESCO e N. LUPO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, LUISS University Press, Roma, pp. 41-110. Sull'importanza costituzionale del principio di omogeneità, si veda anche E. GRIGLIO, *I maxi-emendamenti del governo in parlamento*, in "Quaderni Costituzionali", Fascicolo 4, 2005, pp. 815-816. Sull'assenza di omogeneità come indice di "emersione di vizi formali insanabili", si veda M. MANETTI, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nella formazione degli atti legislativi*, in AA.VV. *Decisione, conflitti, controlli: procedure costituzionali e sistema politico (atti del XXV convegno annuale AIC, Parma, 29-30 ottobre 2010*), Jovene, Napoli, 2012, pp. 3-44. Sulle ragioni logico, etiche, sistemiche del principio di omogeneità, M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione, La formazione delle leggi*, vol. I, t. II, Bologna-Roma, 2005, 599 e ss.; nonché P. CARNEVALE, *Diritto, normazione e ambiguità*, in R. ZACCARIA (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, *op. cit*., pp. 35-60. Con riferimento al lavoro svolto dal Comitato per la legislazione della Camera, il Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, nella "*Lettera al Presidente del Consiglio e ai Ministri degli interni e di grazia e giustizia*" del 15 luglio 2009, sottolinea il carattere di disomogeneità di numerose previsioni contenute nella legge recante *Disposizioni in materia di pubblica sicurezza*.

La chiarezza e la semplicità sono caratteristiche che dovrebbero essere connaturate con l'atto normativo, pertanto il controllo del Comitato ha il compito di verificare la presenza di un requisito costitutivo dell'atto stesso, come rivela la circolare del 20 aprile 2001 del Presidente del Senato sulle regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi. Nello specifico, tra gli aspetti generali dell'atto normativo si inserisce la disposizione per la quale: "Ogni precetto normativo contenuto nell'atto è formulato evitando qualsiasi ambiguità semantica e sintattica e rispettando, per quanto possibile, sia il principio della semplicità che quello della precisione."[72]

In tema di semplificazione e riordinamento, si può richiamare il coordinamento generale della legislazione, prendendo come esempio il concetto espresso da Alessandro Pizzorusso, che definisce "manutenzione" l'insieme delle attività necessarie o opportune a tenere in ordine il "libro delle leggi" considerato nel suo complesso, cioè «a far sì che esso corrisponda costantemente alle esigenze di coerenza, di semplicità e di chiarezza che dovrebbero essere sue proprie»[73].

Il concetto di armonizzazione dell'ordinamento, dunque, diventa essenziale per il lavoro svolto dal Comitato, nella consapevolezza che il disordine, al contrario, "richiama i concetti di casualità, frammentazione, di incoerenza e di oscurità della legislazione."[74]

Alla Camera, tra i parametri generali, si aggiunge la dicitura relativa all'espressione dei pareri sulla base dei "criteri e dei requisiti tecnici definiti dalle norme costituzionali e ordinarie del Regolamento" (art. 16-bis, comma 4, r.C.). Questa affermazione, assente nel testo in esame al Senato, ha rafforzato la possibilità di utilizzare ulteriori parametri giuridici di riferimento, quali specifiche disposizioni normative, oppure la giurisprudenza costituzionale e, talvolta, persino quella del Consiglio di Stato.[75] È plausibile che tali parametri vengano ugualmente adoperati dall'omologo organo del Senato, ma la loro presenza esplicitata nel testo aumenta la consapevolezza del Presidente di Assemblea in occasione della scelta dei componenti del Comitato. I "criteri e requisiti tecnici" costituiscono un importante incentivo nella selezione di personale politico altamente

[72]Senato della Repubblica, *Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi,* Roma, 2001, p.8.

[73]A. PIZZORUSSO, *La manutenzione del libro delle leggi ed altri studi sulla legislazione*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 12.

[74]R. PAGANO, *Induzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi,* Giuffré Editore, Milano, 2004, p. 73.

[75]L. LORELLO, *Brevi note sull'attività del Comitato per la legislazione nel primo anno della XVI legislatura,* in "osservatoriosullefonti.it", n.2, 2009, p.2.

qualificato senza rischiare, al contrario, di cadere nella trappola di considerarlo un organo di residuale importanza, secondario rispetto a Giunte e Commissioni.[76]

In tema di leggi di conversione dei decreti-legge, ricalcando la normativa della Camera, vengono aggiunti i parametri della "specificità e omogeneità e sui limiti di contenuto dei decreti-legge, previsti dalla legislazione vigente", con chiaro riferimento all'articolo 15 della legge n. 400 del 23 agosto 1988. Laddove si sottolinea l'obbligatorietà del controllo in merito ai limiti di contenuto dei decreti-legge, previsti dalla vigente legislazione, si ribadisce il principio per il quale la legge parlamentare non rappresenta solo l'oggetto della valutazione, ma diventa essa stessa parametro, quindi "scrutinio piuttosto che atto scrutinato".[77] Giova ricordare che non sono compresi, tra questi parametri specifici, i contenuti espressi dall'articolo 77 della Costituzione, che costituiscono elementi per valutazioni di merito che non spettano al Comitato, ma che riguardano la Commissione di merito.

4.2 I tempi

Il comma 4 del nuovo articolo 20-*bis* fissa tempi certi per l'esame del Comitato (non oltre cinque giorni dalla trasmissione del testo) e comunque sempre in tempo utile per la conclusione dell'esame. Comportandosi come una Commissione filtro, si deduce che l'intervento debba avvenire su un testo risultante dall'esame degli emendamenti al testo base che, quindi, rappresenta un atto normativo rielaborato rispetto al superato testo di legge originario.[78] Il comma 6 dell'articolo in esame, in relazione alla Commissione in sede deliberante, richiama esplicitamente la procedura *ex* articolo 40, comma 6-*bis*, r.S. La disposizione disciplina l'intervento della Commissione V in relazione agli emendamenti approvati in Commissione e così si richiede al Comitato. Pertanto il suo intervento al Senato dovrebbe essere sottoposto all'attenzione della

[76]L. DI MAJO, *Sulla qualità della legislazione: profili critici e nuove prospettive nella stagione delle riforme*, in "federalismi.it", n. 12, 2016, p. 14.
[77]P. CARNEVALE, *La legislazione parlamentare e l'attività consultiva del Comitato per la legislazione,* in "federalismi.it", n.3, 2018, p. 4.
[78]L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare, cit.,* p. 261.

Commissione in una fase ben avanzata del procedimento legislativo.[79] Lo stesso comma 6, ammettendo degli emendamenti relativi al parere del Comitato sul testo emerso dalla Commissione in sede redigente, individua i tempi di intervento in una fase avanzata del procedimento, proprio a conclusione dell'*iter* in Commissione.

Nella storia dell'analisi del Comitato, con riferimento a quanto appreso dal percorso dell'organo alla Camera, il momento di espressione del parere non è stata una scelta pacifica. Nonostante l'articolo 16-bis, comma 4 del r.C, parli esplicitamente di un esame sul testo base, si è discusso sulla possibilità di esprimere il parere in uno stadio avanzato del procedimento legislativo, così da garantirne l'efficacia, oppure in una fase antecedente, rischiando lo stravolgimento del testo mediante emendamenti.[80] D'altro canto, però, se il parere dovesse arrivare troppo a ridosso della conclusione dell'esame, potrebbe non esserci il tempo utile per l'eventuale adeguamento alle condizioni espresse. Un intervento troppo anticipato, dunque, è da escludersi perché rischia di essere rapidamente vanificato, ma anche un intervento troppo a ridosso delle scadenze rischia potenzialmente di vanificarne il lavoro. Allo stesso modo, il rischio di uno stravolgimento in Assemblea del testo di legge, senza rispettare quanto esposto dai pareri del Comitato, può farlo risultare un organo simile a un "guardiano distante"[81], che valuta inizialmente qualcosa che poi non sarà. Proprio al fine di ottenere una pronuncia su un testo sufficientemente maturo, la Giunta per il regolamento della Camera, nella seduta del 6 ottobre 2009, ha previsto la possibilità per il Comitato di esprimere un secondo parere sui disegni di legge di conversione di decreti-legge[82]. La condizione è che la richiesta di un ulteriore esame provenga dalla minoranza della Commissione referente e che la valutazione del Comitato si concentri solo sulle modifiche relative ad ambiti di propria competenza. I destinatari di tale valutazione possono essere la Commissione stessa, oppure direttamente l'Assemblea. In entrambi i casi, la mancata consegna del parere da parte del Comitato in tempi utili non pregiudica la conclusione dell'*iter* del testo normativo[83].

[79] M. P. TRIPALDI, *Il Comitato per la legislazione tra previsione normativa ed effettivo svolgimento delle funzioni*, in "osservatoriodellefonti.it", p. 106.

[80] *Ibid.*, p.107 e ss.

[81] F. DAL CANTO, *Formazione e valutazione della legge*, in "La tecnica normativa tra legislatori e giudici", Seminario del Gruppo di Pisa, 2013, p. 12.

[82] A.C., Giunta per il regolamento, *Esame di questioni concernenti il Comitato per la legislazione*, resoconto stenografico, martedì 6 ottobre 2009.

[83] G. PICCIRILLI, *Una nuova disciplina "sperimentale" per il Comitato per la legislazione: il doppio parere sui disegni di legge di conversione*, in "Osservatoriosullefonti.it", fasc. n3, 2009.

Il tema del "quando" rileva in particolar modo sulle leggi di conversione dei decreti legge. La normativa costituzionale impone l'approvazione entro sessanta giorni. La presenza del Comitato, che al Senato, ai sensi del comma 8, è obbligato ad esprimere un parere entro cinque giorni alle commissioni competenti, rischia di essere facilmente vanificata nel caso di un arrivo del testo, dalla Camera, in prossimità della scadenza del termine. E viceversa, naturalmente. La presenza di due organi analoghi tra Camera e Senato può rilevarsi utile, nel caso specifico, solo a patto di un coordinamento stringente, che eviti eccessive sovrapposizioni, ritardi che rendano impossibile o nullo l'intervento del Comitato o, peggio, eccessive divergenze di giudizio sugli atti.

4.3 *Dissenting opinion*

L'opinione dissenziente è un istituto che, tradizionalmente, appartiene agli organi giurisprudenziali. Eppure, il comma 5 del 20-*bis* ne prevede l'esistenza, alimentando maggiormente l'idea di un Comitato prettamente tecnico-giuridico. Nei tempi stabiliti per l'espressione del parere, infatti, uno (o più membri) tra i componenti *bipartisan,* può esprimere un giudizio differente rispetto a quello espresso dall'organo di cui è parte. La turnazione della presidenza, così come la prassi in vigore alla Camera della turnazione del relatore[84] , senza scelta da parte del Presidente sulla base di un criterio politico, favoriscono l'idea tecnica dell'organo. L'elemento di autorevolezza ulteriore, in questo senso, viene dato dal fatto che, alla Camera, escludendo la formulazione "favorevole o contrario", ma prevedendo anch'essa la presenza di *dissenting opinion*, l'organo pare muoversi in ottica collegiale, ma con possibilità di opinioni difformi. Si vedrà cosa la prassi riserverà al Comitato al Senato, ma è ragionevole pensare che si possa orientare con un metodo analogo, specie se si considera la storia del suo omologo alla Camera che, spesso, ha presentato pareri espressi all'unanimità. La *dissenting opinion*, in quest'ottica assume un valore estremamente positivo. Se da un lato rafforza l'autorevolezza del Comitato, perché permette di mantenere una dialettica in punto di diritto in grado di equilibrare le diverse opinioni, dall'altro consente di verificarne maggiormente la trasparenza delle scelte, favorendo una sorta di pubblicità

[84]B. POLVERARI, *La riforma del regolamento della Camera (profili essenziali)*, in "Iter legis", maggio-giugno 1999, p. 39.

del dibattito interno che è fondamentale per le Assemblee politiche.[85] Non a caso, l'esperienza del Comitato alla Camera, al servizio di un riavvicinamento al ruolo della centralità del Parlamento, è stata più volte richiamata dalla Corte Costituzionale, citandone i pareri come strumenti interpretativi.[86]

Ogni opinione, tra le altre cose, in quanto costretta a basarsi sostanzialmente su parametri tecnici, alimenterà potenzialmente il dibattito tecno-normativo, fornendo ulteriori spunti di riflessione tanto per la maggioranza, quanto per l'opposizione parlamentare. Inoltre, anche l'opinione dissenziente, benché sconnessa da qualsiasi vincolo o quasi-vincolo, può fornire un'opera consultiva nei confronti dell'Assemblea, seppur da una prospettiva differente rispetto a quella dell'organo nel suo complesso.

5. Conclusioni

L'istituzione del Comitato per la legislazione al Senato si pone l'obiettivo di eliminare una delle non poche disarmonie tra le due Camere[87] ma, paradossalmente, corre il rischio di aggiungerne di nuove. Se per quasi un quarto di secolo il Comitato è stato assente dalle strutture del Senato, la sua previsione può consentire un passo in avanti verso un maggiore coordinamento procedurale tra le due Camere, a patto che alla stessa denominazione tra i due organi corrispondano analoghe funzioni e unitarietà di orientamenti. Con questo spirito, la costituzione del Comitato per la legislazione può rappresentare un ulteriore tassello verso il rafforzamento del concetto di "monocameralismo temperato"[88] che, nonostante il bicameralismo formale, accompagna l'evoluzione procedimentale dei più moderni sistemi costituzionali.

[85]A. MANZELLA, *Elogio dell'Asssemblea, tuttavia*, Mucchi Editore, Modena, 2020, p. 43-48.

[86]G. RIVOSECCHI, *Bicameralismo e procedure interparlamentari non legislative,* in F. BASSANINI, A. MANZELLA (a cura di), *Due Camere, un Parlamento,* Passigli Editore, Bagno a Ripoli, 2017, p. 46.

[87]Per una prospettiva storico-evolutiva, F. LANCHESTER (a cura di), *Regolamenti parlamentari e forme di governo: gli ultimi quarant'anni,* Giuffrè Editore, Milano, 2013; A. PALANZA, *Il principio di autoorganizzazione delle Camere,* in V. LIPPOLIS (a cura di) *il Filangieri. A cinquant'anni dai Regolamenti parlamentari del 1971: trasformazioni e prospettive,* Jovene Editore, Napoli, pp. 207-228.

[87]V. DI PORTO, *La Circolare nella giurisprudenza del comitato per la legislazione: una storia intensa, senza pretese, cit.*, pp. 350 e ss.

[88]L'espressione si deve ad A. MANZELLA, *Elogio dell'Assemblea, tuttavia, cit.* p. 30.

Con uno sguardo all'esperienza presso la Camera dei Deputati, si può sostenere che il Comitato per la legislazione abbia svolto un ruolo via via sempre più importante per il regolare funzionamento della procedura legislativa[89], contribuendo in modo decisivo anche al fenomeno della "parlamentarizzazione" delle disposizioni adottate in tempo di crisi pandemica[90]. Un'azione la cui efficacia sembra basarsi molto sulla composizione paritetica interna nel rapporto maggioranza-opposizione, un'arma "che ne fa un organo veramente unico all'interno del Parlamento"[91] e che contribuisce all'emancipazione dalla logica partigiana[92] del controllo sul Governo ad opera dell'Assemblea.

Tra le altre cose, negli anni di vita alla Camera il Comitato è stato spesso considerato come un sostegno al contrasto del complesso fenomeno della "fuga dalla legge"[93], ossia la "propensione del Governo ad utilizzare in misura crescente gli strumenti della delega o della decretazione d'urgenza, o anche ad introdurre categorie del tutto atipiche di atti normativi, in luogo della canonica legge approvata dal Parlamento".[94]

La volontà di istituirlo al Senato, dunque, risponde all'esigenza di lavorare per il miglioramento della qualità della legislazione, alla luce di tale esperienza, dotando entrambe le Camere dei filtri necessari per adempiere al compito.

Più precisamente, però, prendendo in esame la disciplina del Regolamento alla Camera (artt 16-bis; 96-bis; 96-ter) e il nuovo art. 20-*bis* del Regolamento al Senato, approvato il 27 luglio 2022, emergono diverse analogie e talune differenze. Se le analogie rientrano nell'ottica di istituire una disciplina unitaria, le differenze permettono il sorgere di talune perplessità. In particolare, appaiono tre le principali distonie tra i due organi.

La prima è relativa al numero dei senatori (otto) che, alla luce della nuova disciplina, dovrà esaminare ed esprimere pareri su tutti i disegni di legge discussi in Assemblea o in commissione

[89]V. DI PORTO, *La Circolare nella giurisprudenza del comitato per la legislazione: una storia intensa, senza pretese, cit.*, pp. 350 e ss.

[90]In tema, per un approfondimento sul ruolo dei DPCM nelle procedure in tempo di crisi, E. GRIGLIO, *La parlamentarizzazione dei DPCM "pandemici": un caso di inversione dell'onere della prova,* in V. LIPPOLIS (a cura di), *il Filangieri. Il Parlamento nell'emergenza pandemica,* Quaderno 2020, Jovene Editore, Napoli, 2020, pp. 59-76.

[91]G. RIZZONI, *Come valutate la resa del Comitato per la legislazione e, più in generale, dei rimedi introdotti in sede endoparlamentare, per ottenere il rispetto di alcuni standards di buona legislazione?,* in "Rivista di Diritto Costituzionale", 2000, p. 235.

[92]A. MANZELLA, *Elogio dell'Assemblea, tuttavia, cit.*, p. 60.

[93]R. ZACCARIA, *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione,* Grafo, Genova, 2011, pp. 13-27.

[94]N. LUPO, *La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione,* in "federalismi.it", n.3, 2017, p. 9.

deliberante. Alla Camera, al contrario, vige il requisito del raggiungimento di un *quorum* nella commissione competente per il coinvolgimento del Comitato.

La seconda è il mancato coinvolgimento obbligatorio del possibile Comitato al Senato sull'esame delle leggi delega o di delegificazione che, al contrario, esiste alla Camera e rinforza il coinvolgimento del Parlamento nel proprio ruolo di "co-legislatore".

La terza differenza principale riguarda la funzione relativa alla valutazione di impatto. All'analisi sulla qualità della legge, infatti, al Senato si aggiunge una funzione non prevista dall'omologo organo alla Camera, su cui si innestano alcuni nodi da chiarire in merito a come concretamente svolgere tale compito.

Non solo. Un ulteriore problema potrebbe presentarsi anche qualora i due organi presentassero due discipline solo astrattamente analoghe. Nel caso in cui gli orientamenti sui medesimi atti fossero diversi, se non addirittura divergenti, si andrebbe incontro al rischio di un'aggiunta di ulteriori distonie tra i due rami del Parlamento. Esattamente l'effetto opposto rispetto alla *ratio* originale.

Proprio con riguardo a possibili problematiche di questo tipo, sono state avanzate ipotesi alternative in dottrina. Per esempio, è stata avanzata l'ipotesi di una rimozione completa del Comitato per la legislazione, proponendo la creazione di una Commissione parlamentare per la qualità e la valutazione delle politiche pubbliche che ne assorba ed estenda i compiti.[95]Così come l'idea di un unico Comitato per la legislazione bicamerale potrebbe essere, in futuro, approfondita e dibattuta[96].

Ad ogni modo, le riflessioni attualmente in atto sulla disciplina interna ad entrambe le Camere rappresentano un'occasione importante per una riforma regolamentare armonicamente orientata. Il confronto sulle possibili soluzioni alle differenze tra entrambe le Camere è fondamentale per approdare ad una formulazione il più possibile unitaria. La speranza, però, è che al termine di questo dibattito (esauritosi in anticipo per ciò che riguarda la XVIII legislatura) non si arrivi ad un risultato ambiguo. Un problema ancora più grave, infatti, nascerebbe qualora gli sforzi di modifica

[95]V. DI PORTO, *La riforma "furba" e le possibili opportunità per riforme regolamentari che assecondino le tendenze monocamerali dell'ordinamento,* in "Forum di Quaderni Costituzionali", 3, 2020, p. 398.

[96] Sul tema, G. RIVOSECCHI, *Bicameralismo e procedure intercamerali*, in A. MANZELLA e F. BASSANINI (a cura di) *ASTRID, Per far funzionare il Parlamento. Quarantaquattro modeste proposte,* Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 67-76, dove si espone la possibilità di prevedere una fase istruttoria bicamerale "svolta da un Comitato per la legislazione intercamerale per l'esame dei presupposti e dell'omogeneità del decreto legge rispetto ai parametri posti dall'art.15 della legge n.400 del 1988".

producessero una nuova distonia mascherata: due Comitati per la legislazione apparentemente uguali nella denominazione, ma profondamente diversi nella sostanza degli orientamenti e delle attribuzioni.

AIC
Associazione Italiana dei Costituzionalisti
Osservatorio costituzionale

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE
Codice ISSN: 2283-7515
Fasc. 6/2022
Data: 4 ottobre 2022

*Nozione di giudicato, giudicato implicito e limiti all'autonomia processuale degli Stati membri UE (nota a margine della sentenza in cause riunite C-693/19 e C-831/19, 17 maggio 2022)**

di **Diana-Urania Galetta –** *Professore ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano e* **Massimo Giavazzi** *– Professore a contratto nell'Università degli Studi di Milano e avvocato nel foro di Bergamo*

TITLE: Concept of res judicata and limits to the procedural autonomy of EU Member States (judgment in Joined Cases C-693/19 and C-831/19, of 17 May 2022)

ABSTRACT: Il commento prende l'avvio da una ricostruzione precisa, per quanto sommaria, del percorso compiuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE in relazione al complesso tema della definizione del c.d. giudicato e con riguardo al tema caldo della sua c.d. intangibilità. Per fare ciò sono state ripercorse anche le tappe principali di quella giurisprudenza che ha progressivamente delimitato il perimetro della c.d. autonomia procedurale/processuale degli Stati membri, nel suo rapporto con i principi di equivalenza ed effettività del diritto UE. In relazione all'insieme organico rappresentato dalla suddetta giurisprudenza la sentenza qui in commento, sebbene risulti probabilmente ultronea nella misura in cui sovrastima gli effetti conformativi del principio di effettività della norma UE sull'autonomia processuale degli Stati membri come tradizionalmente definiti dalle sentenze *Rewe* e *Van Schijndel*, non si ritiene, tuttavia, che possa avere una valenza di

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

sistema ed essere dunque idonea a definire e/o ridefinire ciò che attiene al rapporto della cosa giudicata e della certezza del diritto con il principio di legalità comunitaria.

The comment starts from a precise reconstruction, however brief, of the path followed by the jurisprudence of the EU Court of Justice in relation to the complex issue of the definition of "res judicata" and with regard to the hot topic of its so called intangibility. In order to do this, the main decisions with which the CJEU has gradually identified the perimeter of the so called "procedural autonomy" of the Member States, in its relationship with the principles of equivalence and effectiveness of EU law, have also been dealt with, though briefly. In relation to this whole set of case-law the judgment in the present case, though it is likely to be going too far in as much as it overestimates the conformative effects of the principle of effectiveness of the EU rule on the procedural autonomy of the Member States as traditionally defined in the *Rewe* and *Van Schijndel* judgments, nonetheless cannot be considered has having "system value", in the sense of being able to define/redefine the relationship between "res judicata" and legal certainty vis-à-vis the EU principle of legality.

KEYWORDS: Autonomia procedurale, giudicato, equivalenza, effettività, leale cooperazione
Procedural autonomy, res judicata, equivalence, effectiveness, sincere cooperation

SOMMARIO: 1. I principi UE sul giudicato. – 2. Il nuovo approccio. – 3. L'ingannevole prospettiva. – 4. L'innovazione nella tradizione. – 5. La relativizzazione del principio. – 6. L'apparente eresia. – 7. Il ritorno alla tradizione. – 8. Il definitivo chiarimento. – 9. L'autonomia procedurale al centro. – 10. Il giudicato implicito nella giurisprudenza comunitaria. – 11. Il principio di ragionevolezza processuale. – 12. Il principio di effettività e conclusioni.

1. I principi UE sul giudicato

Secondo il tradizionale insegnamento di Chiovenda, «*la cosa giudicata in senso sostanziale consiste nell'indiscutibilità dell'esistenza della volontà concreta di legge affermata nella sentenza*»;

che deve, dunque, «*tenersi in futuro come norma immutabile del caso concreto*»[1]. Ed è proprio nella rottura del collegamento tra la norma astratta e la fattispecie concreta (la sentenza a valere come «*legge irrevocabile pel caso concreto*»[2]), che la più autorevole dottrina rinviene la giustificazione dogmatica dell'estensione del giudicato al dedotto e deducibile[3].

Così che l'affermazione che l'autorità della cosa giudicata copre il dedotto e il deducibile pare essere un tratto ontologicamente ineliminabile del concetto (l'uso della formula dubitativa s'impone, nella considerazione che, in altri ordinamenti, è espressamente previsto che il giudicato copra solo il dedotto[4]; così che è difficile sostenere che quella sia una caratteristica ontologica della cosa giudicata, ché sarebbe altrimenti universale e non dipenderebbe invece dalle regole processuali di ciascun singolo ordinamento).

Altro è a dirsi (con diretto riferimento ai principi richiamati nella sentenza in commento[5]) del giudicato implicito, che si ritiene invece «*fornito di una pseudogiustificazione*»[6]; e, dunque, se ne potrebbe anche prescindere. Sennonché la gran parte delle vicende che a esso si sarebbero ricondotte sarebbe comunque attratta dal principio dell'irretrattabilità del dedotto e del deducibile[7]. Quanto è, indubbiamente, nella vicenda di cui si discute, nella quale il giudicato (o ciò che si ritiene coperto dall'autorità della cosa giudicata) sul diritto a riscuotere la somma riconosciuta come dovuta nel decreto ingiuntivo non opposto impedisce, altresì, di rimettere in discussione in sede esecutiva la validità del contratto da cui quell'obbligazione discende[8].

Sono questi argomenti troppo complessi (sui quali si è confrontata la migliore dottrina processualista, senza riuscire a comporre i dissensi in una dogmatica condivisa) per essere qui affrontati. Nondimeno, per ciò che si dirà in seguito, ai nostri fini è sufficiente il dubbio

---

1 G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1980, 906 e 907.

2 G. CHIOVENDA, *Sulla cosa giudicata*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Milano, 1993, 400.

3 A. BONSIGNORI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti,* in *Commentario del Codice Civile -Branca*, Bologna-Roma, 1999, 149.

4 Così è nell'ordinamento tedesco, ove il § 322 *ZPO, a definizione* della *«Materielle Rechtskraft»*, così stabilisce: *«Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist».*

5 Corte di giustizia, 17/5/2022, cause riunite C-693/19 e C- 831/19, *SPV Project 1503.*

6 G. CHIOVENDA, *Principi*, cit., 906 e 907.

7 E. FAZZALARI, *Il cammino della sentenza e della cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 596 ss.

8 Cassazione civile, Sez. II, 4/11/2021, n. 31636: «*Il decreto ingiuntivo divenuto inoppugnabile, che abbia ad oggetto la condanna al pagamento di prestazioni fondate su un contratto a monte, preclude di all'intimato la possibilità di invocare, in un diverso giudizio, la nullità del contratto o di specifiche sue clausole, atteso che il giudicato, coprendo il dedotto e il deducibile, si estende anche all'insussistenza di cause di invalidità c.d. giudicato per implicazione discendente, ancorché diverse da quelle fatte valere nel processo definito con sentenza irrevocabile*».

interpretativo ad attivare l'obbligo di interpretazione conforme (quale espressione dell'obbligo di leale cooperazione ex art. 4 TUE) e a porre la questione in una particolare prospettiva nella sua dimensione comunitaria[9]: il rapporto della legalità con la certezza del diritto.

Dunque, dall'efficacia del giudicato nel rapporto con l'effettività delle norme UE (nelle due concorrenti prospettive dell'art. 19 TUE – la tutela giurisdizionale soggettiva e oggettiva – a definire l'*effet utile* della norma UE) bisogna partire.

Ebbene, l'autorità del giudicato è un principio condiviso da tutti gli Stati membri e accolto anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia quale principio di diritto comunitario[10].

Si legge al proposito nelle conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs nella causa *Köbler*[11]: «*Res judicata pro veritate habetur: quello che è stato giudicato è considerato conforme alla verità. Questo principio derivato dal diritto romano è riconosciuto da tutti gli Stati membri nonché nell'ordinamento giuridico comunitario … questo principio si basa sulla necessità di assicurare la stabilità dei rapporti giuridici evitando che contestazioni siano rinnovate all'infinito. Esso s'ispira quindi a una duplice esigenza: la certezza del diritto e la buona amministrazione della giustizia*».

Analoga affermazione è altresì contenuta nelle conclusioni dell'Avvocato generale Léger nella causa *Peterbroeck*[12], ove appunto si legge: «*Secondo un principio generale del diritto, sancito da tutti gli Stati membri, le controversie risolte mediante un provvedimento giurisdizionale definitivo sono irrevocabilmente concluse e non sono più soggette ad un riesame in sede giurisdizionale. L'autorità della cosa giudicata rappresenta il livello minimo dell'efficacia vincolante che può essere attribuita a una sentenza*».

La Corte di giustizia si è occupata in più di un'occasione del principio dell'autorità del

---

9 S. MENCHINI, *Regiudicata civile*, voce del *Digesto civ.*, Torino, XXVI, 1997, 428, al proposito dell'oggetto del giudicato ci avverte che «*le plurime e delicate problematiche in cui esso si snoda e si concretizza, lungi dal trovare risposte univoche nel diritto positivo – ci si domanda, del resto, se sia poi possibile per l'ordinamento dare soluzioni definitive e certe a questi temi – sono tutte ed allo stesso modo condizionate dalla necessità di scegliere tra valori contraddittori; l'interprete, cioè, nell'affrontare le singole questioni, deve lasciarsi guidare, se vuole almeno essere coerente, da un unico criterio generale, da un comune motivo ispiratore, che viene così ad essere privilegiato rispetto ad altri pure prospettabili*». Sicché, bisogna rifuggire la tentazione di ricercare una risposta valida in ogni caso e in ogni tempo. Invero, come riferisce l'A. «*Sono risultate vittoriose, in alcuni momenti, le tesi estensive ed in altri quelle riduttive; certo è che le scelte di valore hanno pregiudicato e pregiudicano notevolmente le risposte che si sono date e che si danno ai problemi che la concreta esperienza ha posto e continua a porre alla giurisprudenza pratica e teorica*».

10 X. GROUSSOT - T. MINSSEN, *Res Judicata in the Court of Justice Case-Law: Balancing Legal Certainty with Legality?*, in *EuConst*, 2007, 387: «*Res judicata …appears to be firmly rooted both in the laws of the member states and in the Court of Justice case-law*».

11 Conclusioni Avv. Gen. Francis Geoffrey Jacobs nella causa C-224/01.

12 Conclusioni Avv. Gen. Philippe Léger nella causa C-312/93.

giudicato[13].

Il principio che si desume dalla giurisprudenza comunitaria è inequivocabile: «*l'autorità del giudicato osta … a che siano rimessi in discussione i diritti giudizialmente sanciti*»[14]; ciò in coerenza con i «*principi che stanno alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali il principio della certezza del diritto e quello del rispetto della cosa giudicata che ne costituisce espressione*»[15].

2. Il nuovo approccio

Da ultimo, si è avvertito un cambio di rotta e un'erosione dell'autonomia processuale degli Stati membri, che al principio dell'intangibilità del giudicato sono tradizionalmente ispirati.

In alcune più recenti sentenze, l'autorità del giudicato è stata messa, talvolta, in discussione dalla Corte di giustizia, apparentemente nella considerazione delle particolari circostanze di fatto dei casi decisi[16], dunque, con una giustificazione contingente, che è parsa ai più non riconducibile a una logica ispiratrice; ma, a ben vedere, si tratta di approcci che sono in realtà tutti riferibili ad un comune denominatore: la reattività dell'ordinamento comunitario alla violazione di una sua competenza processuale esclusiva, qual'è la funzione nomofilattica assegnata dall'art. 267 TFUE alla Corte di giustizia sugli atti delle istituzioni comunitarie[17].

Difatti, l'autorità del giudicato è stata messa in discussione dalla Corte di giustizia in vicende processuali in cui il meccanismo del rinvio pregiudiziale, quale strumento di raccordo tra i due livelli ordinamentali (comunitario e nazionale), non ha correttamente funzionato, o perché il giudice

[13] Per una ricognizione della giurisprudenza in argomento, si veda V. FERRARO, *L'intangibilità del giudicato amministrativo e il diritto europeo: le recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 1055 ss.

[14] Corte di giustizia, 9/6/1964, cause riunite 79/63 e 82/63, *Reynier*.

[15] Corte di giustizia, 1/6/1999, causa C-126/97, *Eco Swiss*.

[16] E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur*., 2008, 447 ss.

[17] Sul punto si rinvia a D. U. GALETTA, A*utonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea. Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009, spec. cap. 2.

di ultima istanza ha malamente fatto applicazione del principio dell'*acte clair*[18], ritenendo manifestamente infondato il dubbio interpretativo quantunque non lo fosse, o perché – più sovente – la norma UE e il contrasto con essa della norma nazionale nemmeno sono stati richiamati nel corso del giudizio, da chi se ne sarebbe avvantaggiato[19].

Com'è reso evidente nelle sentenze *Kühne & Heitz*[20] e *Lucchini*[21] - che segnano l'acme dell'effetto conformativo dell'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE sull'autorità di giudicato - in ambedue i casi la negazione degli effetti del giudicato consegue al mancato coordinamento tra i due (autonomi, distinti, ancorché coordinati attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale) sistemi di rimedi giurisdizionali[22], così come delineati dai Trattati e dalle norme processuali nazionali a presidio di due ordinamenti giuridici (e delle situazioni giuridiche soggettive che in esse acquistano giuridica rilevanza) che la nostra Corte costituzionale, appunto, afferma essere «*autonomi e distinti, ancorché coordinati*»[23].

Come autorevolmente affermato da Tizzano, sebbene le pronunzie della Corte di giustizia sul giudicato abbiano suscitato reazioni che vanno dalla sorpresa, alla preoccupazione al vero e proprio fastidio, è tuttavia fuor di dubbio che una lettura più fedele e meno allarmista di questi sviluppi giurisprudenziali è possibile»[24]. Il *leitmotiv* delle due sentenze è, infatti, la riaffermazione (doverosa!) del ruolo della Corte di giustizia come giudice naturale sulle questioni interpretative e di validità del diritto comunitario[25].

In realtà, si tratta, per così dire, di una lettura a rime obbligate, giacché il principio del giudicato (e il connesso principio della certezza del diritto) campeggiano centrali anche nell'ordinamento

[18] X. GROUSSOT - T. MINSSEN, op. cit., 385: «*The recent jurisprudence of the Court of Justice in Köbler and Kühne & Heitz has made clear that the Court is willing to establish legal principles that will make it possible to effectively tackle the abuse of the acte clair doctrine*».

[19] A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo a margine del problema dell'intangibilità del giudicato*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 456 ss.

[20] Corte di giustizia, 13/1/ 2004, causa C-453/00.

[21] Corte di giustizia, 18/7/2007, causa C-119/05.

[22] Sul punto cfr. anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GIARDINI, *Il primato del diritto comunitario e l'autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 34.

[23] Corte costituzionale, 18/12/1973, n. 183.

[24] A. TIZZANO, B. GENCARELLI, *Droit de l'Union et décisions nationales définitives dans la jurisprudence récente de la Cour de Justice*, in *Dir. Un. Eur.*, 2010, 789 ss., ove appunto si legge: *Il n'est pas peu dire que les différents réponses apportées par la Cour ont pu susciter quelques émois, allant de la surprise à l'inquiétude sinon à un certain agacement … Il nous semble toutefois qu'une autre lecture, à la fois plus fidèle et moins alarmiste, peut être faite des ces développement jurisprudentiels*.

[25] E. CANNIZZARO, op. cit., 447.

comunitario[26].

3. L'ingannevole prospettiva

Con la sentenza *Köbler*[27], a fronte dell'obiezione degli Stati membri dell'incompatibilità di una loro responsabilità per le decisioni dei propri organi giurisdizionali con il principio dell'autorità della cosa giudicata, la Corte di giustizia – ancorché ribadendo che «*l'importanza del principio dell'autorità della cosa definitivamente giudicata non può essere contestata [perché], al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione*», e pure riconoscendo che «*considerazioni collegate al rispetto del principio dell'autorità della cosa definitivamente giudicata … possono avere ispirato ai sistemi giuridici nazionali restrizioni, talvolta severe, alla possibilità di far dichiarare la responsabilità dello Stato per danni causati da decisioni giurisdizionali erronee*» – ha nondimeno concluso che «*il riconoscimento del principio della responsabilità dello Stato per la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado non ha di per sé come conseguenza di rimettere in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata di una tale decisione*».

Con riguardo a questo primo arresto giurisprudenziale non appare dunque condivisibile la posizione di chi ne ha dedotto che sia stata così messa in discussione «*l'autorità del dictum e la*

[26] L'art. 68 TCE abrogato dal Trattato di Lisbona prevedeva che «*Il Consiglio, la Commissione o uno Stato membro possono chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi sull'interpretazione del presente titolo o degli atti delle istituzioni della Comunità fondati sul presente titolo. La decisione pronunciata dalla Corte di giustizia in risposta a siffatta richiesta non si applica alle sentenze degli organi giurisdizionali degli Stati membri passate in giudicato*». Da questa norma, M. G. PULVIRENTI, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2009, 341 ss., ha ritenuto di trovare conferma del riconoscimento del principio del rispetto dell'autorità del giudicato nazionale da parte della Corte di giustizia. Di contro, E. SCODITTI, *Giudicato nazionale e diritto comunitario*, in *Foro it.*, 2007, IV, 535, sottolinea che, essendo la disposizione relativa solamente a titolo IV del trattato CE «*Visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone*», dovrebbe affermarsi che per le materie non comprese non dovrebbe sussistere il limite del giudicato nei confronti dei pronunciamenti della Corte di giustizia.

[27] Corte di giustizia, 30/9/2003, causa C-224/01.

giustezza di una pronuncia definitiva»[28].

Invero, l'affermazione giudiziaria di una responsabilità di chi ha malamente agito in un processo, contribuendo alla formazione di una sentenza ingiusta, non contraddice l'effetto proprio del giudicato: che è quello di conformare il rapporto giuridico dedotto in giudizio alla statuizione giudiziaria, non già di sottrarre alla critica (anche processuale) quella sentenza, ancorché ciò consenta ad altri giudici di statuire su altri rapporti giuridici[29] sul presupposto che quel giudicato sia ingiusto[30].

Principio questo che è reso evidente dalla responsabilità (da nessuno, invero, ritenuta problematica) dell'avvocato che abbia patrocinato la parte ingiustamente condannata, che è, appunto, accertata all'esito di un giudizio prognostico sul diverso esito che il processo avrebbe avuto se correttamente impostato[31]. Ciò che chiaramente conduce ad affermare, *incidenter tantum*, l'ingiustizia della sentenza passata in giudicato, senza però contraddirne l'autorità[32].

Si ribadisce perciò qui quanto già altrove osservato a proposito alla sentenza *Köbler*[33]. In realtà, la sentenza *Köbler* ha, piuttosto, fondato il diritto del danneggiato al risarcimento del danno proprio sul principio dell'autorità della cosa giudicata, che ne ha costituito, invero, l'indispensabile

[28] G. MARI, *La forza di giudicato delle decisioni dei giudici nazionali di ultima istanza nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1022. E. FONTANA, *Qualche osservazione in margine al caso Lucchini, un tentativo di spiegazione*, in *Dir. comm. internaz.*, 2008, 195, sostiene, invece, che nella sentenza *Köbler* la Corte di giustizia afferma «*assai prudentemente*» il principio dell'intangibilità del giudicato e con esso la preminenza del principio di certezza del diritto sull'effettività della norma UE.

[29] Al proposito, l'Avvocato generale Léger nella causa *Köbler* nelle proprie conclusioni, ha appunto chiarito che «*secondo una concezione tradizionale dominante, l'autorità della cosa giudicata – e, di conseguenza, l'autorità della cosa definitivamente giudicata – può intervenire solo in talune circostanze, allorché esiste una triplice identità – di oggetto, di causa e di parti – tra una controversia già risolta e una controversia sopravvenuta successivamente. Il principio della cosa giudicata è quindi un principio relativo e non assoluto. Di conseguenza, si deve constatare che una controversia … che ha per oggetto il risarcimento di un danno causato da una violazione del diritto comunitario e che mette causa lo Stato non soddisfa questo triplice requisito di identità cumulativa e non alternativa*».

[30] Cfr. sul punto anche quanto osservato da M. G. PULVIRENTI, op. cit., 341 ss.

[31] In questo senso, quale espressione di una giurisprudenza consolidata, Corte di cassazione, Sez. III, 13/2/2014, n. 3355 si è da ultimo così espressa: «*trattandosi dell'attività dell'avvocato, l'affermazione della responsabilità per colpa professionale implica una valutazione prognostica positiva circa il probabile esito dell'azione giudiziale che … è stata malamente intrapresa o proseguita*».

[32] G. ALPA, *La responsabilità dello Stato per «atti giudiziari». A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, 5, sostiene che in tal modo «*si ammette – o si presuppone – che la res iudicata sia "cattivo diritto"…*». Ma ciò attenta all'autorevolezza del giudicato non già alla sua efficacia cogente.

[33] Osservavo a tale riguardo in D. U. GALETTA, A*utonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea. Paradise Lost?* cit., 73 che, con riguardo a questa pronuncia, «*Non si può … lealmente "gridare" alla rottura della coerenza dell'ordinamento processuale nazionale*».

presupposto[34]; donde ne è una piana applicazione, anziché la sua negazione.

4. L'innovazione nella tradizione

Con la sentenza *Kühne & Heitz*[35], la Corte di giustizia ha, invece, realmente cambiato rotta.

Si trattava della vicenda di una società che, dopo avere diligentemente, ma inutilmente, invocato il diritto comunitario dinanzi al giudice nazionale in un giudizio sull'annullamento di un provvedimento delle autorità doganali, aveva poi chiesto alla pubblica amministrazione di rideterminarsi, in sede di autotutela, in ragione del principio di diritto ricavabile da una decisione della Corte di giustizia pronunciata successivamente in relazione ad un diverso procedimento, da cui risultava evidente che la sentenza del giudice nazionale passata in giudicato fosse, in realtà, fondata su una scorretta applicazione della normativa comunitaria.

Da qui la questione pregiudiziale avente a oggetto il quesito: «*Se il diritto comunitario ... comporti che un organo amministrativo sia tenuto a rivedere una decisione che è diventata definitiva, al fine di assicurare la completa efficacia del diritto comunitario, così come quest'ultimo deve essere interpretato in base a quanto risulta dalla soluzione data ad una successiva domanda di pronuncia pregiudiziale*».

La Corte di giustizia ha, al proposito, affermato che «*il principio di cooperazione derivante dall'art. [4 TFUE] impone ad un organo amministrativo, investito in una richiesta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte qualora: (i) disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione; (ii) la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; (iii) tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita a titolo pregiudiziale alle condizioni previste all'art. [267 TFUE], e (iv) l'interessato si sia rivolto*

[34] M. T. STILE, *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2007, 734. Analogamente, C. PERONI, *Il diritto comunitario prevale sul giudicato sostanziale*, in *Dir. comm. internaz.*, 2008, 226, e N. PICARDI, *Eventuali conflitti tra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 2008, I, 560.

[35] Corte di giustizia, 13/1/2004, causa C-453/00.

all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza»[36].

Con la successiva sentenza *Kempter*[37], la Corte di giustizia ha, poi, chiarito che «*Non si può dunque dedurre dalla sentenza Kühne & Heitz, citata che, ai fini della terza condizione in essa delineata, le parti debbano aver sollevato dinanzi al giudice nazionale la questione di diritto comunitario di cui trattasi. Infatti, affinché tale condizione sia soddisfatta, basterebbe o che detta questione di diritto comunitario, la cui interpretazione si è rivelata erronea alla luce di una sentenza successiva della Corte, sia stata esaminata dal giudice nazionale che statuisce in ultima istanza, oppure che essa avesse potuto essere sollevata d'ufficio da quest'ultimo*».

In questo modo, è reso evidente che la negazione degli effetti conformativi del giudicato non è tesa alla tutela di situazioni giuridiche soggettive, ma è volta alla tutela dell'*effet utile* della norma comunitaria, andando conseguentemente in soccorso anche di soggetti che non si sono diligentemente adoperati sul fronte del processo nella tutela delle loro situazioni soggettive individuali[38].

Con la medesima sentenza *Kempter,* la Corte di giustizia ha, altresì chiarito, con riferimento alla tempestività della richiesta di riesame, che «*la quarta condizione menzionata dalla Corte nella sua sentenza Kühne & Heitz, citata, non può essere interpretata come un obbligo di presentare la domanda di riesame di cui trattasi entro un certo e preciso lasso di tempo dopo che il richiedente sia venuto a conoscenza della giurisprudenza della Corte su cui la domanda stessa si fondava*», ma ha altresì riconosciuto che, in virtù del principio delle competenze di attribuzione e dell'autonomia procedurale, «*Gli Stati membri possono richiedere, in nome del principio della certezza del diritto, che una domanda di riesame e di rettifica di una decisione amministrativa divenuta definitiva e contraria al diritto comunitario così come interpretato successivamente dalla Corte venga presentata all'amministrazione competente entro un termine ragionevole*».

Così che, per la prima volta, con la sentenza *Kühne & Heitz* è stato, realmente, posto in discussione il tradizionale principio secondo il quale «*res judicata pro veritate habetur*», e si è

[36] E. CANNIZZARO, op. loc. cit.. sostiene che «*Non sembra però molto ragionevole escludere che una soluzione analoga possa valere allorché il conflitto esista già ex ante: allorché cioè la decisione nazionale risulti in conflitto con il diritto comunitario già al momento in cui essa è adottata senza che, per inavvertenza o per altri motivi, il conflitto sia rilevato dal giudice nazionale*».

[37] Corte di giustizia, 12 /2/2008, causa C-2/06.

[38] E. CANNIZZARO, op. loc. cit.

affermato dunque il carattere relativo del giudicato.

In questo caso, però, campeggia preminente nella teorica del giudice UE il principio di autonomia procedurale, essendo, in questa sua iniziale prospettiva, il *revirement* (non già processuale, bensì) procedimentale consentito solo a condizione che la norma nazionale lo consenta[39].

Perciò, in questa sua prima deviazione dal principio assoluto dell'intangibilità del giudicato, la Corte di giustizia sollecita soltanto l'attivazione dell'obbligo d'interpretazione conforme, quale indispensabile concretizzazione del principio di leale cooperazione (art. 4 TUE), senza, dunque, attentare all'autonomia processuale degli Stati membri.

Peraltro, ciò solo con riguardo al tema specifico dell'eventuale revocabilità da parte della pubblica amministrazione di provvedimenti amministrativi divenuti definitivi in violazione del diritto comunitario, e, quindi, con particolare riferimento all'istituto dell'autotutela amministrativa[40], e senza nemmeno prendere posizione sulla decorrenza degli effetti (*ex nunc*/*ex tunc*) dell'atto di riesame[41], in tale ambito, dunque, riemergendo in pieno l'autonomia procedurale degli Stati membri, fatta salva da un cauto *self-restraint* del giudice comunitario.

Come esattamente evidenziato dall'Avvocato generale Geelhoed, «*Nella causa Kühne & Heitz era possibile una riparazione derogando al principio dell'autorità della cosa giudicata (grazie alla sentenza la decisione del competente organo amministrativo aveva acquisito autorità di giudicato), traducendo nel caso di specie la facoltà dell'organo amministrativo di riesaminare una decisione precedente conferita a tale organo in un obbligo di rivedere siffatta decisione*»[42].

Donde, il reale significato della sentenza *Kühne & Heitz* è di rendere obbligatorio, nella ricorrenza di situazioni assolutamente particolari (prima tra tutte la negazione del fondamentale ruolo nomofilattico della Corte di giustizia), l'esercizio della potestà di autotutela, anche quando l'ordinamento nazionale la prevede come facoltà discrezionale. E, quindi, attiene, piuttosto al tema dell'autotutela decisoria, muovendosi qui il problema del giudicato, a ben vedere, sullo sfondo della scena.

E, indubitabilmente, la forza di resistenza nei confronti del diritto comunitario delle decisioni

[39] Sul punto si rinvia a quanto a suo tempo osservato in D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *RIDPC*, 2005/1, 35 ss.
[40] Conclusioni dell'Avvocato Generale Antonio Tizzano, nella causa C-234/04.
[41] X. GROUSSOT - T. MINSSEN, op. cit., 401.
[42] Conclusioni dell'Avvocato Generale Leendert Adrie Geelhoed nella causa C-119/05.

amministrative definitive è di gran lunga inferiore a quella che assume la decisione giurisdizionale definitiva, perché, come è stato condivisibilmente osservato, «*l'atto espressione del potere giurisdizionale … incorpora una quota maggiore di sovranità, ed esprime a un grado più elevato i principi di legalità e di certezza del diritto*»[43].

5. La relativizzazione del principio

Nella sentenza *Kapferer*[44], la Corte di giustizia – interrogata sul quesito «*se il principio di leale cooperazione sancito dall'art. [4 TFUE] debba essere interpretato nel senso che anche un giudice nazionale, in presenza dei presupposti fissati dalla sentenza della Corte di giustizia Kühne & Heitz, è obbligato a riesaminare e ad annullare una decisione giurisdizionale passata in giudicato nel caso in cui risulti che questa viola il diritto comunitario*» – ha ribadito che «*per garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione [perciò] il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di accertare una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione*».

In tal modo si sono, quindi, chiariti i limiti della sentenza *Kühne & Heitz.*

Sennonché, la Corte di giustizia ha poi fatto emergere il dubbio della relatività di quel principio[45] in ragione del successivo richiamo ai canoni *Rewe*[46] di funzionalizzazione dell'autonomia processuale degli Stati membri all'effetto utile dell'effetto diretto, ancorché negandone la rilevanza nel caso concreto, ove «*il rispetto di tali limiti al potere degli Stati membri in materia processuale non è stato messo in discussione nella controversia principale*».

[43] S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GIARDINI, op. cit., 9.
[44] Corte di giustizia, 16/3/2006, causa C-234/04.
[45] M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, pag. 652, afferma, appunto, che «*Per la relativizzazione del principio del giudicato, alcune sentenze della Corte di giustizia Kapferer, 16/3/2006, causa C-234/04 hanno posto importanti principi nella prospettiva del diritto dell'Unione*».
[46] Corte di giustizia, 16/12/1976, causa 33/76.

Donde, la possibilità di una diversa conclusione sulla resistenza dell'autorità della cosa giudicata, nel caso in cui il processo all'esito del quale la sentenza è stata pronunciata non fosse conforme ai principi di effettività e di equivalenza, che segnano il limite esterno dell'autonomia processuale nazionale.

Ma si tratta, in questo caso, solo di un'astratta affermazione, priva di conseguenze pratiche.

Certo è, tuttavia, che l'affermazione è di per sé problematica, giacché induce a ritenere che il valore del giudicato debba essere bilanciato con altri valori, che possono, eventualmente, essere ritenuti più importanti e infine prevalere: ciò che, in effetti, sarebbe «*letale per l'idea della certezza del diritto*»[47], perché affiderebbe la soluzione del contrasto all'arbitrio del giudice, piuttosto che alla definizione *ex ante* delle ipotesi di cedevolezza del giudicato a livello normativo, come potrebbe essere, per esempio, attraverso la previsione di specifiche ipotesi di revocazione straordinaria delle sentenze, rispetto al catalogo oggi offerto dall'art. 396 c.p.c.

Altro è a dirsi se con il richiamo ai principi *Rewe* di conformazione dell'autonomia processuale degli Stati membri si voglia, invece, contrastare quelle scelte processuali che abbiano a dilatare eccessivamente il concetto, estendendo la definizione (e l'irretrattabilità) del giudicato anche a situazioni processuali nelle quali non vi è alcuna certezza del diritto da preservare.

Quella che sarà poi la prassi giurisprudenziale effettivamente seguita dalla Corte di giustizia, come in seguito meglio vedremo, essendo il tema direttamente coinvolto nella sentenza in commento.

6. L'apparente eresia

Quell'astratta possibilità di negare l'autorità della cosa giudicata si è poi tradotta nel concreto della sentenza *Lucchini* [48], con la quale la Corte di giustizia ha statuito che «*il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto*

[47] S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 1175 ss.
[48] Corte di giustizia, 18/7/2007, causa C-119/05.

comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva».

Ma ciò in ragione principalmente del fatto che «*la valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto o di un regime di aiuti rientra nella competenza esclusiva della Commissione, che opera sotto il controllo del giudice comunitario*» e del concorrente rilievo che «*una decisione adottata dalle istituzioni comunitarie che non sia stata impugnata dal destinatario entro il termine stabilito … diviene esecutiva nei suoi confronti*».

Quindi, in quella vicenda, non era in discussione (l'indiscutibile) principio della certezza del diritto (e il corollario principio dell'autorità di cosa giudicata)[49], bensì la formazione, nei due «*sistemi autonomi e distinti, ancorché coordinati*»[50], di due antinomiche (solo apparenti) certezze del diritto: quella derivante dall'inoppugnabilità a livello comunitario della decisione della Commissione di negazione dell'aiuto di Stato e quella formatasi a livello nazionale con il passaggio in giudicato della sentenza affermativa di quel diritto già definitivamente negato nell'ordinamento UE.

Si potrebbe, persino, dire di due contrastanti giudicati; certo non potendosi negare che anche il provvedimento amministrativo inoppugnabile sia assimilabile, quantomeno agli effetti che qui ci interessano, alla cosa giudicata formale[51].

Come sostenuto dall'Avvocato Generale Geelhoed, «*i giudici nazionali non dovrebbero assumere alcuna decisione che comprometta la fondamentale divisione delle competenze fra la Comunità e gli Stati membri, quale indicata dai Trattati. Questo vale anche per le decisioni divenute definitive … In questi casi il carattere definitivo di una sentenza basata unicamente sull'interpretazione del diritto interno, che ignori sfacciatamente il diritto comunitario, non può*

[49] Non si può, infatti, convenire con S. SPUNTARELLI, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla CGUE nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 985 ss., nell'affermazione che «*In questo caso, il principio dell'intangibilità del giudicato soffre una "eccezione" funzionale all'applicazione del diritto dell'Unione: la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici non può fondarsi sulla erronea applicazione del diritto dell'Unione*».

[50] Corte costituzionale, 18/12/1973, n. 183.

[51] Al proposito C. CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?* in *Riv. dir. proc.*, 2008, 232, «*Nel caso Lucchini … la sentenza della Corte di appello di Roma passata in giudicato … sostanzialmente vanifica l'operato sindacatorio della Commissione europea e finisce con l'attribuire agli organi giurisdizionali nazionali un potere indiretto di pronunciarsi sulla questione o almeno di precluderne la rilevanza della stessa compatibilità comunitaria dell'aiuto che invece spetta in via esclusiva alla Commissione di valutare con una decisione, a sua volta non impugnata presso i Tribunali di Lussemburgo e così passata in giudicato ecco il volto bifronte del giudicato formale, qui alla Merkl concepito su un atto formalmente amministrativo*». Ciò, appunto, nel richiamo alla nota teorica di A. MERKL, *Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung*, in ZöR, I, 1919, 456 ss.

impedire l'esercizio delle competenze attribuite in materia dal diritto comunitario alla Commissione»[52].

In effetti, come riferisce l'Avvocato Generale Geelhoed, la Commissione si era difesa in giudizio sostenendo che «*Nell'inappellabilità di siffatta decisione si esprime anche la certezza del diritto*».

Era, difatti, accaduto che la Commissione aveva dichiarato incompatibile con il diritto comunitario un aiuto di Stato con una sua decisione (a valere quale provvedimento amministrativo) che, non essendo stata impugnata dinanzi alla Corte di giustizia (l'unico organo giurisdizionale competente a giudicare della validità di un atto comunitario, ai sensi dell'art. 263 TFUE) era divenuta intangibile secondo l'ordinamento comunitario, e, nondimeno, quell'aiuto di Stato (dichiaratamente illegittimo) era stato concesso all'impresa nazionale all'esito di un giudizio dinanzi al giudice nazionale, che, «*o per ignoranza o per incuria*»[53], aveva riconosciuto il suo diritto all'ottenimento di quell'aiuto di Stato, trascurando di considerare la decisione (oramai inoppugnabile) della Commissione.

Donde, la soluzione di quella (inaccettabile) antinomia nella piana applicazione del principio delle competenze di attribuzione, con la prevalenza dell'unica (*fictio iuris* di) verità assoluta: quella comunitaria[54].

Come evidenziato dall'Avvocato Generale Geelhoed, «*Non si tratta qui di una controversia tra un'autorità amministrativa nazionale ed un attore privato, che può essere risolta nel semplice contesto dell'ordinamento giuridico nazionale, ma di una controversia che, in prima istanza, deve essere risolta a livello di diritto comunitario e in cui la ripartizione di poteri tra l'ordinamento giuridico comunitario e quello nazionale – e quindi anche tra gli obblighi incombenti al giudice nazionale in forza di entrambi gli ordinamenti – va rispettata molto rigorosamente*».

Ciò sulla scia, del resto, di un risalente principio giurisprudenziale, nel senso dell'efficacia vincolante delle decisioni della Commissione, negli ambiti di sua competenza, anche rispetto a un giudice nazionale[55], che si è poi finanche tradotto in una precisa disposizione normativa, nel senso

[52] Conclusioni dell'Avvocato Generale Leendert Adrie Geelhoed nella causa C-119/05.

[53] Conclusioni dell'Avvocato Generale Leendert Adrie Geelhoed nella causa C-119/05.

[54] E. CANNIZZARO, op. loc. cit., osserva al proposito che «*Il venire meno del giudicato costituirebbe allora la conseguenza di un conflitto di competenze. Esso, più precisamente, costituirebbe un effetto della carenza di potere di giudicare da parte del giudice nazionale*», ancorché poi abbia a criticare la «*fragilità di questo assunto*».

[55] Corte di giustizia, 14/12/2000, causa C-344/98, *Masterfoods*, ove si legge che «*i giudici nazionali, quando si pronunciano su accordi o pratiche che sono già oggetto di decisione da parte della Commissione, non possono*

di rendere vincolante (e non sindacabile se non dinanzi al giudice comunitario) per l'autorità giudiziaria nazionale una decisione della Commissione in materia di concorrenza[56]: così da attribuire alle decisioni della Commissione un contenuto *semi-judicial*[57].

Quindi, in definitiva, quello risolto dalla Corte di giustizia nel caso *Lucchini* appare sin dall'inizio, più semplicemente, come un problema di riparto di competenze tra la Comunità e gli Stati membri[58], piuttosto che coinvolgere la rivisitazione di fondamentali principi dell'ordinamento comunitario[59].

Ma così non è stato, dai più, inteso, ritenendosi, di contro, che la sentenza della Corte di giustizia conducesse addirittura a un «*risultato scabroso*»[60].

Sicché, la portata epocale della sentenza *Lucchini* è più la conseguenza del significato che le si è da molti voluto attribuire, piuttosto che dell'effettivo *dictum* (per vero, sbrigativo) della Corte di giustizia: è, infatti, assolutamente estraneo al ragionamento del giudice comunitario l'affermazione della caducità del giudicato in contrasto con la norma UE.

Nella vicenda non era in discussione il principio di effettività della norma UE e il suo effetto utile dell'effetto diretto, a conformare l'autonomia processuale degli Stati membri; in realtà, la sentenza *Lucchini* ha, più banalmente, fatto applicazione, per così dire, alla rovescia della ben nota teoria degli atti *ultra vires*, normalmente impiegata a definire il confine segnato dalle competenze di attribuzione e la sorte degli atti comunitari invasivi delle competenze esclusive degli Stati membri (ma, certo, per simmetria, pure invocabile alla rovescia, a tutelare le prerogative comunitarie rispetto a invasioni di campo nazionali)[61].

---

adottare decisioni in contrasto con quella della Commissione, anche se quest'ultima è in contrasto con la decisione pronunciata da un giudice nazionale di primo grado».

[56] Regolamento CE n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato.

[57] C. CONSOLO, op. cit., 235.

[58] B. ZUFFI, *Il caso Lucchini infrange l'autorità del giudicato nazionale nel campo degli aiuti statali*, in *Giur. it.*, 2008, 384, afferma che «*qui il giudicato vulnerante può essere accantonato nella sua stessa efficacia negativo-preclusiva, non tanto perché è stato leso il diritto alla libera concorrenza, quanto perché altrimenti la Commissione verrebbe esautorata di una sua competenza esclusiva*».

[59] Non è condivisibile l'assunto di G. VITALE, *Il recupero degli aiuti di Stato illegittimamente erogati tra autorità del giudicato ed incompatibilità con il mercato comune in una recente sentenza della Corte di giustizia*, in *Dir. Unione eur.*, 2008, 596, secondo la quale il risultato cui è giunta la Corte di giustizia si sarebbe potuto meglio giustificare con l'affermazione *tout court* della prevalenza del principio della libera concorrenza su quello della certezza del diritto.

[60] C. CONSOLO, op. cit., 227.

[61] Cfr. CERULLI IRELLI, *Violazioni del diritto europeo e rimedi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 657 ss. il quale afferma che «*la disapplicazione della norma sul giudicato è stata affermata … in materie riservate alla*

Difatti, la prevalenza del *dictum* della sentenza del giudice nazionale passata in giudicato sulla definitiva (e non impugnata) decisione della Commissione avrebbe, agli effetti pratici, devoluto la competenza sulla valutazione dell'aiuto nazionale con il mercato comune allo Stato membro, in contrasto con i Trattati che, invece, assegnano inequivocabilmente quella competenza all'Unione europea, sia pure nel regime di un procedimento di amministrazione intrecciata[62].

Si manifesta, dunque, evidente come l'inefficacia della sentenza (e la sua inidoneità a costituire un giudicato invalicabile) consegua, in questo caso, alla plastica violazione del principio delle competenze di attribuzione, volendosi il giudice nazionale spingere sino a oltre il confine che segna il limite della sua potestà di *ius dicere*.

7. Il ritorno alla tradizione

Con la sentenza *Fallimento Olimpiclub*[63], la Corte di giustizia ha ribadito il principio espresso nella sentenza *Kapferer*, secondo cui «*il diritto comunitario non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione*», e ha precisato che la sentenza *Lucchini* non contraddiceva quel principio, perché «*tale sentenza riguardava una situazione del tutto particolare in cui erano in questione principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e la Comunità in materia di aiuti di Stato*», concludendo nondimeno con la statuizione del principio che «*il diritto comunitario osta all'applicazione … di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2099 del codice civile, in una causa vertente sull'IVA concernente un'annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva, in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale investito di tale causa di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate a detta imposta*».

Anche in questo caso, tuttavia, la Corte di giustizia non ha ingiunto la disapplicazione dell'art.

competenza dell'autorità comunitaria … E ciò renderebbe la sentenza nazionale priva di efficacia appunto perché pronunciata su materia estranea alla propria competenza una sorta di straripamento del potere giurisdizionale».

[62] G. VITALE, op. cit., 612.

[63] Corte di giustizia, 3/9/2009, causa C-2/08, *Fallimento Olimpiclub*.

2909 c.c., ma piuttosto ha richiamato il giudice nazionale all'obbligo d'interpretazione conforme, imponendogli di «*scegliere – nell'ottica di una corretta interpretazione del concetto di autonomia procedurale – quell'opzione interpretativa che meglio gli consenta di sanzionare il rispetto del diritto comunitario garantendo l'osservanza dei due criteri Rewe dell'equivalenza e, soprattutto, dell'effettività del diritto comunitario sostanziale*»[64].

Perciò, per adeguarsi alla statuizione della Corte di giustizia sarebbe stato sufficiente recuperare la vecchia giurisprudenza nazionale sulla c.d. frammentazione dei giudicati in materia fiscale[65].

Sennonché, si è sostenuto, proprio con riguardo alla sentenza *Fallimento Olimpiclub,* che, accettando simili argomentazioni, «*si consegna alla Corte di giustizia il potere di stabilire quando una fattispecie sia così particolare da giustificare la disapplicazione del principio della res judicata a favore di interessi di ordine superiore*»[66].

In tal modo assegnando la giurisprudenza della Corte di giustizia all'arbitrio dell'interprete.

Ciò che, per quanto si è dinanzi scritto, non è assolutamente l'inevitabile (ma nemmeno la plausibile) conseguenza dell'effetto conformativo dell'effetto utile dell'effetto diretto sulla norma processuale nazionale.

Invero, non è condivisibile nemmeno la diversa chiave ermeneutica suggerita dall'Avvocato Generale Mazák, secondo cui «*L'approccio adottato dalla Corte nella menzionata giurisprudenza in relazione all'obbligo di riesaminare e ritornare su decisioni finali contrastanti con il diritto comunitario è indubbiamente caratterizzato dal riferimento alle circostanze dei singoli casi. In definitiva, tuttavia, ciascuna delle menzionate sentenze rispecchia il bilanciamento che occorre trovare, nelle particolari circostanze di fatto e di diritto della controversia, tra la certezza del diritto, perseguita attribuendo carattere definitivo alle decisioni, e l'imperativo della legalità comunitaria [ciò] Tenendo conto di fattori quali lo specifico contesto procedurale in cui opera il giudice o l'organo amministrativo, se ed entro quali limiti i giudici o le amministrazioni abbiano assolto i propri obblighi per quanto riguarda l'applicazione e l'attuazione del diritto comunitario e se le parti si siano avvalse dei mezzi disponibili per fare valere i loro diritti*»[67].

[64] V. sul punto D. U. GALETTA, *Riflessioni sulla più recente giurisprudenza comunitaria in materia di giudicato nazionale ovvero sull'autonomia procedurale come competenza procedurale funzionalizzata,* in *Dir. Un. Eu*., 2009/4, 966.

[65] D. U. GALETTA, op. ult. cit., 964.

[66] S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GIARDINI, op. cit., 21.

[67] Conclusioni dell'Avvocato Generale Ján Mazák nella causa C-2/08.

Così ragionando si finisce infatti inevitabilmente per dare ragione a quella autorevole dottrina che, in questa prospettiva, ha criticato la giurisprudenza comunitaria: perché in questo modo il principio della certezza del diritto è, davvero, rappresentato come contrapposto e antagonista a quello dell'effettività della norma UE, a presidio del quale opererebbe il principio di leale cooperazione, declinato nell'obbligo d'interpretazione conforme[68].

Si tratta, tuttavia, di una chiave ermeneutica non condivisibile, nella misura in cui la Corte di giustizia mai ha inteso, in realtà, assegnare al sintagma *res iudicata* il valore indefinito di un concetto giuridico indeterminato, suscettibile d'integrazione valutativa da parte del giudice, all'esito di una sua personale, e per certi versi imprevedibile, valutazione del caso concreto.

Questo, in effetti, determinerebbe l'abiura stessa del concetto di (certezza del diritto, come garantita dal) giudicato, che, invece, campeggia preminente nella giurisprudenza della Corte di giustizia, quale indispensabile contrappeso all'effettività della norma, quando operante a detrimento della certezza del diritto.

A sostegno di ciò, basti la considerazione di quanto statuito, in quello stesso lasso di tempo, dalla Corte di giustizia nel caso *Asturcom*[69], ove appunto si legge: «*è necessario anzitutto rammentare l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali. La Corte, infatti, ha già avuto occasione di precisare che, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione … Di conseguenza, secondo la giurisprudenza della Corte, il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione di una disposizione, di qualsiasi natura essa sia, del diritto comunitario da parte di tale decisione*».

[68] G. GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 1 ss.
[69] Corte di giustizia, 6/10/2009, causa C-40/08.

8. Il definitivo chiarimento

Nuovamente sollecitata dal nostro giudice nazionale a risolvere un dubbio interpretativo in un ambito che probabilmente riteneva di avere già sufficientemente chiarito, la Corte di giustizia, con la sentenza *Pizzarotti*[70], è intervenuta ancora sul delicato rapporto tra il giudicato e la legalità comunitaria.

Vi si legge che «*il diritto dell'Unione non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme procedurali interne che attribuiscono forza di giudicato a una pronuncia giurisdizionale, neanche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una situazione nazionale contrastante con detto diritto*».

La Corte di giustizia nella sentenza *Pizzarotti* si è fatta altresì carico di spiegare che quanto da essa statuito non contraddiceva la sentenza *Lucchini*, perché «*è stato in una situazione del tutto particolare … che la Corte ha statuito, in sostanza, che il diritto dell'Unione osta all'applicazione di una disposizione nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, che mira a consacrare il principio dell'intangibilità del giudicato, nei limiti in cui la sua applicazione impedirebbe il recupero di un aiuto di Stato concesso in violazione del diritto dell'Unione e dichiarato incompatibile con il mercato comune da una decisione della Commissione europea divenuta definitiva. La presente causa, invece, non solleva simili questioni di ripartizione delle competenze*».

Quanto troverà poi conferma, sempre nella materia degli aiuti di Stato, nella recente sentenza *Buonotourist*[71], nella quale la Corte di giustizia ribadisce che, «*fondandosi sulla competenza esclusiva della Commissione, il diritto dell'Unione osta a che l'applicazione del principio dell'autorità di cosa giudicata impedisca il recupero di un aiuto di Stato concesso in violazione di tale diritto e la cui incompatibilità sia stata constatata con una decisione della Commissione divenuta definitiva*». E ciò indipendentemente dalla circostanza che, in questa nuova vicenda a differenza di quanto era accaduto nella sentenza *Lucchini*, la decisione della Commissione fosse successiva al passaggio in giudicato della sentenza del giudice nazionale.

L'insegnamento della Corte di giustizia nella sentenza *Pizzarotti* è assolutamente chiaro: essa

[70] Corte di giustizia, 10/7/2014, causa C-213/13, su cui si veda anche M. GIAVAZZI, *L'effetto preclusivo del giudicato: la Corte di giustizia chiarisce il proprio pensiero. L'autonomia procedurale non è dunque un paradiso perduto*, in *Dir. Un. Eu.*, 2015/1, 237 ss.

[71] Corte di giustizia, 4/3/2020, causa C-586/18 P.

non individua però (non rientra nella sua funzione di *ius dicere*) come debba essere risolto il contrasto tra il giudicato e l'effetto utile dell'effetto diretto delle norme europee; perché tale soluzione deve essere, appunto, ricercata all'interno della disciplina processuale di ogni Stato membro. Essa afferma, al proposito, che, «*in assenza di una normativa dell'Unione in materia, le modalità di attuazione del principio dell'intangibilità del giudicato rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri, ai sensi del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, nel rispetto tuttavia dei principi di equivalenza e di effettività*»[72].

Chiarito l'equivoco, è evidente che un unico filo conduttore unisce la giurisprudenza comunitaria in materia di giudicato: se, da un lato, l'autorità di cosa giudicata è un principio fondamentale dell'ordinamento europeo e va salvaguardato quale espressione del principio di certezza del diritto, dall'altro, l'obbligo d'interpretazione conforme porta a rigettare quelle interpretazioni delle norme processuali nazionali che conducono a un'eccessiva dilatazione dell'autorità del giudicato[73], in tal modo pregiudicando oltre misura l'effetto utile dell'effetto diretto delle norme europee.

Ciò che è fondamentale nella giustificazione della sentenza ora in commento, che attiene, appunto, non già alla negazione del giudicato per far spazio al principio di legalità comunitaria, bensì all'individuazione di ciò che si può definire cosa giudicata (nel suo rapporto con il principio della certezza del diritto), senza dilatarne eccessivamente il contenuto a detrimento dell'effettività della tutela giurisdizionale e della norma UE.

9. L'autonomia procedurale al centro

Sgombrato il campo dall'equivocità del rapporto tra il giudicato e l'*effet utile* della norma UE come sovente rappresentato dalla dottrina nazionale, si può ora affrontare la vera questione che solleva la sentenza della Corte di Giustizia in cause riunite C-693/19 e C-831/19 qui in commento: se la definizione della cosa giudicata sia tale da coprire con la propria autorità anche questioni su cui non vi è stata una pronuncia esplicita sull'applicazione della norma UE.

Il problema è emerso, sempre sul fronte del recupero degli aiuti di Stato erogati in violazione

[72] Corte di giustizia, 10/7/2014, causa C-213/13.
[73] D. U. GALETTA, op. ult. cit., 970.

delle norme dei Trattati, nella controversia *Klausner Holz Niedersachsen*[74], ove appunto la Corte di giustizia ha statuito che «*una norma nazionale la quale impedisca al giudice nazionale di trarre tutte le conseguenze della violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, terza frase, TFUE, a causa di una decisione giurisdizionale nazionale, passata in giudicato, emessa con riferimento a una controversia che non ha lo stesso oggetto e che non ha riguardato il carattere di aiuto di Stato dei contratti di cui trattasi, deve essere considerata incompatibile con il principio di effettività [perché] un ostacolo di tale portata all'applicazione effettiva del diritto dell'Unione e, in particolare, delle norme in materia di controllo degli aiuti di Stato non può essere ragionevolmente giustificato dal principio della certezza del diritto [altrimenti] ne deriverebbe che sia le autorità statali sia i beneficiari di un aiuto di Stato potrebbero aggirare il divieto di cui all'articolo 108, paragrafo 3, terza frase, TFUE, ottenendo, senza invocare il diritto dell'Unione in materia di aiuti di Stato, una sentenza dichiarativa il cui effetto consentirebbe loro, in definitiva, di continuare ad attuare l'aiuto in questione per diversi anni*».

Anche in questo caso era, infatti, accaduto che nessuna delle parti in causa aveva sollevato, neppure in via incidentale, la questione del carattere di aiuto di Stato, ai sensi dell'art. 107, paragrafo 1, TFUE, delle prestazioni dedotte nei contratti controversi, e conseguentemente il giudice nazionale non aveva esaminato quella questione quando si era pronunciato, con sentenza passata in giudicato, sulla controversia; donde l'effetto preclusivo discendeva, pure qui, dall'estensione del giudicato oltre che al dedotto anche al deducibile.

La Corte di giustizia, a evitare il contrasto con i principi (anche di diritto comunitario) della certezza del diritto e della buona amministrazione della giustizia, ha però suggerito al giudice nazionale di valutare, prima di disapplicare la norma nazionale sul giudicato, se non fosse possibile affermare in via interpretativa che «*una sentenza è rivestita dell'autorità di cosa giudicata sostanziale soltanto nel caso in cui vi sia stata una pronuncia sulla pretesa azionata nella domanda giudiziale o in una domanda riconvenzionale … e non osta pertanto a una pronuncia giudiziale, nell'ambito di un'ulteriore controversia, sulle questioni di diritto su cui tale decisione definitiva non si è pronunciata*».

Ciò in coerenza con la particolare disciplina processuale tedesca, che, appunto, prevede espressamente che «*Le sentenze possono beneficiare dell'autorità di cosa giudicata soltanto nei*

[74] Corte di giustizia, 11/11/2015, causa C-505/14.

limiti in cui vi sia stata una pronuncia sulla pretesa azionata con la domanda giudiziale o con una domanda riconvenzionale»[75].

Così che, in questa vicenda, la Corte di giustizia ha, semplicemente, richiamato l'autorità giudiziaria nazionale all'obbligo di interpretazione conforme.

E ugualmente è stato, con specifico riferimento alla tutela dei consumatori, nella sentenza *Asturcom Telecomunicaciones*[76], nella quale la Corte di giustizia ha affermato che «*la direttiva 93/13 deve essere interpretata nel senso che un giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale che ha acquisito autorità di cosa giudicata, emesso in assenza del consumatore, è tenuto, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, a valutare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora, secondo le norme procedurali nazionali, egli possa procedere a tale valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna. In tal caso, incombe a detto giudice di trarre tutte le conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale affinché il consumatore di cui trattasi non sia vincolato da detta clausola*».

Così che appare chiaro che la giurisprudenza della Corte di giustizia riconosce (e rispetta come limite al principio di effettività della norma UE) il giudicato, per così come questo è definito dalla norma nazionale[77]; salvo che esso sia congegnato dallo Stato membro in modo tale da rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di diritti riconosciuti dal diritto comunitario[78]. Il che rappresenta una piana e logica applicazione dei principi *Rewe* già più volte richiamati.

10. Il giudicato implicito nella giurisprudenza comunitaria

La sentenza qui in commento coinvolge proprio il problema risolto nella sentenza *Klausner Holz*

[75] § 322 *ZPO.*

[76] Corte di giustizia, 6/10/2009, causa C-40/08.

[77] Corte di giustizia, 6/10/2009, causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones,* ove è ribadito il pacifico principio che «*In assenza di una normativa comunitaria in materia, le modalità di attuazione del principio dell'autorità di cosa giudicata rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi*».

[78] Questa nuova prospettiva è stata di recente indagata da A. TURMO, *National Res Judicata In The European Union: Revisiting The Tension Between The Temptation Of Effectiveness And The Acknowledgement Of Domestic Procedural Law,* in *CMLR,* 2021, 361 ss. .

Niedersachsen[79], sulla limitazione dell'autorità del giudicato a quanto dedotto, senza estensione al deducibile.

Come bene riassunta dalla Corte di giustizia, la questione pregiudiziale attiene, infatti, alle compatibilità comunitaria di «*norme processuali nazionali che attuano il principio dell'autorità di cosa giudicata in relazione a una decisione giudiziaria che non contiene espressamente alcun esame su tale punto*». E sulla specifica questione, il giudice comunitario si è così espresso: «*una normativa nazionale secondo la quale un esame d'ufficio del carattere abusivo delle clausole contrattuali si considera avvenuto e coperto dall'autorità di cosa giudicata anche in assenza di qualsiasi motivazione in tal senso contenuta in un atto quale un decreto ingiuntivo può, tenuto conto della natura e dell'importanza dell'interesse pubblico sotteso alla tutela che la direttiva 93/13 conferisce ai consumatori, privare del suo contenuto l'obbligo incombente al giudice nazionale di procedere a un esame d'ufficio dell'eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali. Ne consegue che, in un caso del genere, l'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva impone che il giudice dell'esecuzione possa valutare, anche per la prima volta, l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto alla base di un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore e contro il quale il debitore non ha proposto opposizione*».

La differenza (non da poco) rispetto alla sentenza *Klausner Holz Niedersachsen* è che la funzionalizzazione delle norme processuali tedesche all'*effet utile* delle norme UE era là consentita (e, dunque, imposta) dall'obbligo di interpretazione conforme del § 322 ZPO, che assegna la qualità di *res iudicata* solo alle statuizioni espresse; mentre l'interpretazione dell'art. 2909 c.c. qui in questione (trattandosi di un rinvio pregiudiziale di provenienza dall'Italia) è prevalentemente nel senso che il giudicato si estenda al dedotto e al deducibile.

In realtà, a ben vedere, quel fondamentale collegamento con le specifiche caratteristiche dell'ordinamento tedesco si era già perso nella sentenza *Klohn*[80], nella quale la Corte di giustizia si

[79] Corte di giustizia, 11/11/2015, causa C-505/14.

[80] Corte di giustizia, 17/10/2018, causa C-167/17. Non rileva al riguardo la giurisprudenza formatasi sui procedimenti di infrazione ex art 258 TFUE, di annullamento ex art. 263 TFUE e di risarcimento danni ex art. 268 TFUE, giacché, in quei casi, si tratta di vicende che attengono al processo comunitario. Donde, è fisiologico che competa alla Corte di giustizia di stabilire cosa all'interno di esso si intenda coperto dall'autorità del giudicato. Nessuna rilevanza se non ingannevole può dunque avere il richiamo alla sentenza 29/6/2010, causa C-526/08, *Commissione/Lussemburgo*, nella quale si legge che «*l'autorità di cosa giudicata riguarda unicamente i punti di fatto e di diritto che sono stati effettivamente o necessariamente decisi dalla pronuncia giudiziale di cui trattasi*». E tutte quelle qui richiamate a sostegno dell'esistenza di un consolidato principio giurisprudenziale. In questo senso, sentenza 19/2/ 1991, causa C-281/89, *Italia/Commissione*, ordinanza 28/11/1996, causa C-277/95 P, *Lenz/Commissione*,

è spiegata con la generalizzante affermazione che, «*secondo la giurisprudenza della Corte, l'autorità di cosa giudicata si estende unicamente alle pretese giuridiche sulle quali il giudice ha statuito*». Affermazione (motivata con il solo richiamo al precedente tedesco) che pare male conciliarsi con il principio di attribuzione (art. 5 TUE), che segna in negativo il perimetro dell'autonomia processuale assegnando agli Stati membri la competenza a definire il concetto (e l'ambito di operatività) dell'autorità della cosa giudicata[81].

Due sono, perciò, le questioni che debbono essere qui affrontate: (1) vi è, anzitutto, da valutare, se sia possibile far dipendere l'efficacia del giudicato dalla comparazione degli interessi coinvolti nel giudizio, nella loro relazione con i principi che ne determinano la loro giuridica rilevanza; (2) vi è, poi, da stabilire in quale misura sia possibile sacrificare l'autonomia processuale degli Stati membri al soddisfacimento della legalità comunitaria, per costringere il giudice nazionale (non già a contrastare gli effetti del giudicato, bensì) a una definizione della cosa giudicata differente da quella seguita dalla sua giurisprudenza e dottrina nazionali.

11. Il principio di ragionevolezza processuale

Una prima affermazione problematica è quella (a giustificazione del superamento dell'effetto preclusivo del giudicato) della «*importanza dell'interesse pubblico sotteso alla tutela che la direttiva 93/13 conferisce ai consumatori*».

L'affermazione (nell'assenza di una sua giustificazione) si presta a due alternative interpretazioni.

In un senso, parrebbe ricollegarsi a quanto affermato dall'Avvocato Generale Mazák nella causa *Fallimento Olimpiclub*, ove egli ha ritenuto che la giurisprudenza comunitaria sul giudicato «*rispecchia il bilanciamento che occorre trovare, nelle particolari circostanze di fatto e di diritto della controversia, tra la certezza del diritto, perseguita attribuendo carattere definitivo alle decisioni, e l'imperativo della legalità comunitaria*»[82].

sentenza 15/10/2002, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P a C 252/99 P e C-254/99 P, *Vinyl Maatschappij e a./Commissione*, sentenza 12/6/2008, causa C 462-2005, Commissione / Portogallo.

[81] Corte di giustizia, 6/01/2009, causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones.*

[82] Conclusioni dell'Avvocato Generale Ján Mazák nella causa C-2/08.

In effetti, si può convenire che, ogniqualvolta in una concreta vicenda si confrontino due differenti principi che seguono due opposte traiettorie (com'è nel giudicato, la certezza del diritto e il principio di legalità), la soluzione della controversia dipenda dal peso relativo dei detti principi nella specifica vicenda in discussione, secondo esiti interpretativi impossibili da prevedere *ex ante* (quando si tratta di applicare principi generali o, comunque, concetti giuridici indeterminati, il giudizio non è affidato alla logica binaria vero/falso della sussunzione, bensì a quella *fuzzy* della ponderazione[83]).

Sennonché, l'assegnazione del principio della certezza del diritto alla logica incerta di un giudizio di ponderazione dei concreti interessi coinvolti nella causa equivale alla negazione (non già alla ponderazione) del principio medesimo: non vi è chi non veda l'insostenibile contraddizione di una certezza del diritto d'incerta (*fuzzy*) definizione.

Ma si è visto che la Corte di giustizia riconosce il principio della certezza del diritto (e il vincolo del giudicato che ne consegue) come irrinunciabile tratto caratteristico di ogni sistema di giustizia[84], e dunque anche di quello comunitario, all'interno del quale il giudice nazionale svolge il ruolo essenziale di «*giudice comunitario di diritto comune*»[85].

Sicché, necessariamente bisogna cercare un'altra giustificazione di quella affermazione. Giustificazione che pare, in effetti, a portata di mano.

Vi è, infatti, da considerare che la giurisprudenza della Corte di giustizia, da tempo, ha specificato la sua tradizionale giurisprudenza *Rewe* sull'effetto conformativo del principio di effettività del diritto UE sull'autonomia procedurale degli Stati membri – la c.d. «*competenza procedurale funzionalizzata*»[86] – attraverso il principio di ragionevolezza processuale[87], come definito nella sentenza *Van Schijndel*[88]: «*Ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto*

[83] S. RODOTÀ, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in A. ORESTANO, *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009.

[84] Corte di giustizia, 22/12/2010, causa C-507/08, *Commissione/Slovacchia*

[85] Così si legge, tra gli altri, nelle conclusioni dell'Avvocato Generale P. Léger nella causa C-224/01, il quale precisa però che «*Questa espressione non deve essere intesa letteralmente, ma piuttosto in maniera simbolica. Infatti, allorché il giudice nazionale si occupa del diritto comunitario, lo fa come organo di uno Stato membro e non come organo comunitario in seguito a un'operazione di sdoppiamento funzionale*».

[86] D. U. GALETTA, A*utonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea. Paradise Lost?* cit.

[87] J. KROMMENDIJK, *Is there light on the horizon? The distinction between "Rewe effectiveness" and the principle of effective judicial protection in Article 47 of the Charter after Orizzonte*, in CMLR, 2016, 1406.

[88] Corte di giustizia, 14/12/1995, causa C-430/93.

comunitario deve essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali. Sotto tale profilo si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento».

Il che potrebbe definirsi anche come principio di proporzionalità processuale[89]; giacché si tratta, anche in questo caso, di valutare se la limitazione della tutela giurisdizionale e dell'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE si giustifichi nel concreto della vicenda nei termini della sua idoneità, necessarietà e adeguatezza[90], rispetto a una esigenza fondamentale dell'ordinamento processuale nazionale.

Si raggiunge dunque l'obiettivo di rendere meno evanescenti i criteri *Rewe*[91] attraverso la richiesta della Corte di giustizia al giudice nazionale di valutare analiticamente: (i) il ruolo astratto della norma nazionale all'interno del processo, con riferimento ai diritti di difesa, alla certezza del diritto e al regolare svolgimento del processo; (ii) il ruolo concreto che la norma processuale ha giocato all'interno di uno specifico contenzioso nel rendere eventualmente impossibile o eccessivamente difficile la tutela giurisdizionale.

Questo modo di procedere consente al giudice nazionale di acquisire un ruolo proattivo nel dialogo con la Corte di giustizia; ma soprattutto consente agli Stati membri di riappropriarsi di parte della loro autonomia processuale: nella misura in cui non ogni misura processuale che renda impossibile o eccessivamente difficile la tutela giurisdizionale è incompatibile con l'ordinamento comunitario; bensì solo quegli impedimenti al pieno dispiegarsi dell'*effet utile* della norma UE che

[89] S. PRECHAL, *Community law in national Courts: the lessons from Van Schijndel*, in *CMLR*, 1998, 691 ss., sostiene al proposito che «*A logical part of this model would also be a proportionality test which should serve as a safeguard against "coarse-mesh net" national provisions*», giacché «*once it is established that the national provision has the effect of rendering the application of Community law impossible or excessively difficult, it must be examined whether the limitation at issue can be justified by some fundamental principles of the domestic judicial system*».

90 Sul principio di proporzionalità si veda da ultimo D.U. GALETTA, *The EU law principle of proportionality and judicial review: its origin, development, dissemination and the lessons to be learnt from the EU Court of Justice*, in ESCB Ed., *Continuity and change - how the challenges of today prepare the ground for tomorrow. ECB Legal Conference 2021*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, February 2022, disponibile in https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb.ecblegalconferenceproceedings202204~c2e5739756.en.pdf.

[91] In questo ambito i due criteri *Rewe* sono riassunti all'interno di una sorta di matrice concettuale, utile a tratteggiare un concetto giuridico meglio definito. Cfr. S. PRECHAL, op. cit., 692, scrive al proposito che «*the Court has, at least, provided a conceptual framework to be used in difficult and unclear cases*».

non si giustifichino in termini di idoneità, necessarietà e adeguatezza[92].

Sicché l'affermazione della «*importanza dell'interesse pubblico*» della tutela dei consumatori contenuta nella pronuncia in commento (da intendersi come sineddoche del superamento del giudizio comparativo che su di esso si svolge nel suo rapporto con l'interesse pubblico alla stabilità dei rapporti giuridici) non giustifica di per sé la disapplicazione della norma processuale sul giudicato (come interpretata a coprire il dedotto e il deducibile), bensì consente al giudice comunitario di verificare l'avvenuto rispetto dei principi *Rewe* di effettività (a escludere norme processuali che rendano impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti riconosciuti dalle norme UE) e di equivalenza (a evitare di discriminare situazioni giuridiche soggettive UE rispetto ad analoghe situazioni giuridiche soggettive definite da norme di diritto interno).

Ciò a conferma dell'equilibrio della soluzione giurisprudenziale che la Corte di giustizia ha dato al complesso problema.

12. Il principio di effettività e conclusioni

Per giungere alle conclusioni occorre evidenziare che, rispetto ai più volte menzionati parametri *Rewe*, la vicenda oggetto della pronunzia qui in commento attiva in realtà solo il giudizio di effettività : posto che la Corte di giustizia ha escluso che la disciplina processuale fosse discriminatoria e quindi in contrasto col principio di equivalenza[93].

Restava dunque solo da valutare se la formazione di un giudicato al di fuori del contraddittorio sull'applicabilità della norma UE fosse tale da rendere impossibile o eccessivamente difficile la tutela giurisdizionale del soggetto (che per definizione normativa deve essere soccorso dal giudice

[92] Di diverso avviso A. WALLERMANN, *Towards an Eu law doctrine on the exercise of discretion in national Courts? The member states' self-imposed limits on national procedural autonomy,* in CMLR, 2016, 347, che definisce la sentenza *Van Schijndel* come un «*Janus-faced judgment (…) paradoxically, at the same time more respectful and more intrusive towards the Member States*».

[93] Si legge nella sentenza in commento: «*Per quanto attiene al principio di equivalenza, si deve rilevare che la Corte non dispone di alcun elemento tale da far sorgere dubbi quanto alla conformità della normativa nazionale di cui al procedimento principale a tale principio. Come osserva il governo italiano, risulta che il diritto nazionale non consente al giudice dell'esecuzione di riesaminare un decreto ingiuntivo avente autorità di cosa giudicata, anche in presenza di un'eventuale violazione delle norme nazionali di ordine pubblico*».

nella rivendicazione della sua pretesa giuridica[94]) leso in un suo diritto definito dalla norma comunitaria.

In altra prospettiva, vi è da stabilire se l'ingiunzione di pagamento contenuta in un decreto ingiuntivo non opposto sia un vero giudicato (quanto impedirebbe di rimetterlo in discussione, prima ancora che per il rispetto dell'autonomia del nostro sistema processuale, anzitutto perché il giudicato è un principio fondante dell'ordinamento UE) o non consegua piuttosto a una decadenza processuale che produce i medesimi effetti del giudicato (senza tuttavia esserlo nella prospettiva chiovendiana della affermazione della «*norma immutabile del caso concreto*»[95]).

In effetti, questi furono gli «*argomenti addotti dalla Commissione, secondo cui le presenti cause riguardano la preclusione processuale*»[96].

Questa interpretazione corrisponde peraltro alla ben nota posizione di Redenti, il quale sostiene che «*dal decreto non si potranno dedurre conseguenze che vadano oltre i limiti della pura e semplice protezione di quanto conseguito o conseguibile in via di eccezione*»[97]. Ciò che consegue «*dalla premessa teorica di un rapporto di connessione necessaria sussistente tra autorità del giudicato e accertamento dei diritti con le forme e le garanzie della cognizione piena ed esauriente*»[98]. Così che, come sostiene Montesano, sarebbe idoneo a produrre il giudicato solo un processo «*in cui siano state date alle parti quello che lo stesso ordinamento pone come le massime garanzie di svolgimento dell'azione e delle paritarie contrapposte difese*»[99]. Donde, a seguire questa impostazione dottrinale, si può al più ritenere verificata una «*presunzione-preclusione pro iudicato*»[100], giacché i provvedimenti sommari «*si limitano a regolare i rapporti da essi creati, modificati o estinti, senza mai privare di ogni rilevanza le loro originarie fonti sostanziali anche per ogni effetto diverso da quello da essi prodotto, come invece accade per l'accertamento dell'arte. 2909 c.c.*»[101].

Per quello che ora qui direttamente rileva, è risolutivo quanto da ciò si ricava: la negazione che il decreto ingiuntivo non opposto possa «*dare luogo al fenomeno del c.d. giudicato implicito in ordine*

[94] Corte di giustizia, 26/1/2017, causa C-421/14, *Banco Primus.*
[95] G. CHIOVENDA, *Principi*, cit., 906 e 907.
[96] Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev nelle cause riunite C-693/19 e C- 831/19.
[97] E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1957, III, 27.
[98] C. CARIGLIA, *Note sull'efficacia del decreto ingiuntivo non opposto*, in *Foro it.*, 1998, I, 1981, alla quale si rinvia anche per gli ampi riferimenti di dottrina.
[99] E. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, 221.
[100] E. REDENTI, op e loc. cit.
[101] E. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, 219.

all'esistenza del rapporto del singolo diritto soggettivo fatto valere»[102].

Ai nostri fini non rileva che la dottrina prevalente[103] e la costante giurisprudenza siano conformi all'insegnamento di Chiovenda secondo il quale anche in un decreto ingiuntivo non opposto «*rimanga affermata ed indiscutibile una volontà di legge che garantisca un bene ad una parte di fronte all'altra*»[(104)]; quanto lo induce a escludere che l'accertamento contenuto in un decreto ingiuntivo abbia un'efficacia differente da quella contemplata dall'art. 2909 c.c.

Nella prospettiva di individuare il confine di ciò che la Corte di giustizia è ammessa a statuire, senza attentare al nucleo essenziale dei valori costituzionali (sollecitando l'attivazione della teoria dei controlimiti), è sufficiente che vi sia una differente, ragionevole, interpretazione della norma nazionale, cui l'interprete deve aderire nell'adempimento dell'obbligo di interpretazione conforme (espressione dell'obbligo di leale cooperazione ex art. 4 TFUE), che costringe il giudice a scartare quelle soluzioni ermeneutiche che rendano meno agevole il perseguimento degli obiettivi comunitari, e, tra essi, l'effettività delle norme UE.

Nondimeno, la differente impostazione (a escludere che il decreto ingiuntivo non opposto sia nella sostanza un giudicato) non giustifica di per sé la compromissione della nostra autonomia processuale (nella definizione di ciò che ha la caratteristica dell'irretrattabilità, pur senza attingere alla certezza del diritto), a meno che la «*preclusione processuale*» sia congegnata in modo tale da rendere impossibile o eccessivamente difficile la tutela giurisdizionale del consumatore.

Il che non si ritiene sia la situazione che si viene a verificare nella vicenda di nostro interesse[105]; potendosi giustificare nella giurisprudenza della Corte di giustizia la negazione degli effetti decadenziali di un meccanismo processuale nazionale a tutela dell'*effet utile* della norma UE, solo

[102] C. CARIGLIA, op. cit., 1982, la quale riferisce la conclusione, tra gli altri, a F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, III, 136, V. ANDRIOLI, *Commentario al codice di procedura civile*, Napoli, 1964, IV, 116

[103] Si rinvia al proposito a C. CARIGLIA, op. cit., 1983, per gli ampi riferimenti di dottrina.

[104] E. CHIOVENDA, *Principi*, cit., 916.

[105] I precedenti apparentemente conformi nei quali la Corte di giustizia ha negato l'attitudine al giudicato di analoghi provvedimenti contenziosi autonomi a cognizione sommaria dell'ordinamento spagnolo sentenze 26/1/2017, causa C-421/14, *Banco Primus*, 16/2/2016, causa C-49/14, *Finanmadrid*, si giustificano, infatti, in ragione dei particolari meccanismi processuali che conducono alla consolidazione dell'ingiunzione di pagamento in un provvedimento munito dell'autorità della cosa giudicata, in alcuni casi senza l'intervento di un giudice, e, quindi, senza nemmeno l'astratta possibilità di una verifica d'ufficio della vessatorietà delle clausole dei contratti conclusi con i consumatori. Si vedano a tale proposito le Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar nella causa C-49/14, punto 72 ss.

nelle particolari circostanze che hanno dato luogo alla sentenza *Emmot*[106]: un errore scusabile del soggetto che rivendica la tutela giudiziaria di un diritto definito da una norma comunitaria di incerta applicazione. Sicché (a tutto voler concedere[107]), la negazione degli effetti irretrattabili del decreto ingiuntivo non opposto si sarebbe potuta, semmai, prospettare solo per una delle due vicende processuali coinvolte nella sentenza in commento[108]: quella del fideiussore di una società commerciale, la cui qualificazione come consumatore era, in effetti, dubbia all'epoca della consolidazione del decreto ingiuntivo.

Tuttavia, la definizione della irretrattabilità del decreto ingiuntivo non opposto tra le decadenze processuali consente di escludere una sua attinenza al principio della certezza del diritto e, dunque, la compromissione di un controlimite (la violazione di uno dei principi fondamentali della nostra Carta costituzionale).

Sicché, la sentenza della Corte di giustizia UE qui in commento è probabilmente ultronea nella misura in cui sovrastima gli effetti conformativi del principio di effettività della norma UE sull'autonomia processuale degli Stati membri come tradizionalmente definiti dalle sentenze *Rewe*[109] e *Van Schijndel*[110]. Tuttavia, in ogni caso, essa certamente non ha una valenza di sistema. Non è cioè, idonea a definire/ridefinire ciò che attiene al rapporto della cosa giudicata e della certezza del diritto con il principio di legalità comunitaria come delineato nel complesso (ma lineare) percorso della giurisprudenza della Corte di giustizia qui richiamato.

È, dunque, senz'altro da escludere la possibilità di ricavare dalla sentenza in commento un principio generale inteso a negare l'astratta attitudine al giudicato dei provvedimenti autonomi a cognizione sommaria (e tra essi ai decreti ingiuntivi non opposti); piuttosto competerà al giudice nazionale di verificare, in ogni singola vicenda contenziosa, se il particolare meccanismo di formazione del giudicato sul decreto ingiuntivo sia tale da rendere impossibile o eccessivamente difficile l'accertamento della vessatorietà delle clausole di un contratto concluso con un

[106] La sentenza Emmot è stata duramente criticata in dottrina. Tra gli altri, L. FLYNN, *Whatever Happened to Emmott? The Perfecting of Community Rules on National Time Limits*, in AA.VV., *The Future of Remedies in Europe*, Oxford, 2000, 51, scrive, di «*a moment of judicial madness*». Non pare, tuttavia, di potersi su ciò convenire. E, comunque, si tratta di un principio mai contraddetto dalla giurisprudenza comunitaria. Al proposito si rinvia a M. GIAVAZZI, *Anatomia del processo amministrativo. Riflessioni sull'autonomia processuale degli Stati membr*i, Napoli, 2021, 60 ss.

[107] Corte di giustizia, 25/7/1991, causa C-208/90.

[108] Corte di giustizia, 17/5/2022, cause riunite C-693/19 e C- 831/19, *SPV Project 1503.*

[109] Corte di giustizia, 16/12/1976, causa 33/76.

[110] Corte di giustizia, 14/12/1995, causa C-430/93.

consumatore[111], eventualmente anche nella considerazione della sproporzione tra i costi necessari all'opposizione e il valore della controversia.

[111]Utili spunti per una riflessione al riguardo per una corretta valorizzazione delle difficoltà di un consumatore ad assumere l'iniziativa di introdurre un giudizio di opposizione a una ingiunzione di pagamento si rinvengono nel «Libro verde [della Commissione] sul procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento e sulle misure atte a semplificare ed accelerare il contenzioso in materia di controversie di modesta entità», ove, appunto si è evidenziato che: *i* «*Per garantire la certezza giuridica e per istituire un procedimento che non sia provvisorio ma che consenta di addivenire a una decisione definitiva sul merito, sembrerebbe preferibile escludere la possibilità di mettere in discussione l'ingiunzione di pagamento anche dopo la scadenza del termine a meno che vi siano motivi imprescindibili che giustifichino o impongano tale possibilità»; ii «D'altra parte, la prospettiva di un procedimento a fase unica senza possibilità d'appello e senza un esame della domanda da parte del giudice pone indubbiamente un onere considerevole forse un'eccessiva responsabilità su debitori, quali i consumatori, che non hanno familiarità con le norme che disciplinano i procedimenti giudiziari*». Documento COM2002 746, 45-46.

AIC
Associazione Italiana dei Costituzionalisti
Osservatorio costituzionale

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE
Codice ISSN: 2283-7515
Fasc. 5/2022
Data: 6 settembre 2022

La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota alla sentenza n. 79 del 2022[*]

di **Elisabetta Crivelli** – *Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano*

TITLE: Constitutional court stated that all adopted children have the right to relational bonds with the family of the adoptive parent: Judgment no. 79/2022

ABSTRACT: Il contributo riflette sulla sentenza della Corte costituzionale n. 79 del 2022 che ha esteso anche ai minori adottati "in casi particolari" la garanzia del riconoscimento dei legami familiari con i parenti del genitore adottivo. La decisione va accolta con favore, perché dimostra in modo convincente come, a fronte dell'unificazione dello status di figlio, non sia più tollerabile che al solo adottato in casi particolari sia negato il riconoscimento di relazioni che incidono sulla costruzione dell'identità del minore. Lo scarso rilievo dato al fatto che il giudizio a quo riguardava un minore concepito tramite il ricorso alla gestazione per altri, rischia però di contribuire ad un sostanziale svuotamento del divieto posto dal legislatore di far ricorso a tale pratica.

The essay analyzes the decision no. 79/2022 of the Italian Constitutional Court, which stated that all adopted children (including the ones adopted "under special circumstances") have the right to relational bonds with the family of the adoptive parent. This type of adoption "under special circumstances" is available for child orphans, including those with a disability, children already living with the spouse of a biological parent, and children for whom there is no other legal

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

mechanism for Adoption. The decision is very important and must be considered positively; however, some legal issues remain in the shadows, such as the problem related to the avoidance of prohibition on surrogate pregnancy, which is enshrined in criminal law.

KEYWORDS: Interesse del minore; adozione in casi particolari; parentela; maternità surrogate; Corte costituzionale; Child's best interest; adoption under special circumstances; family bonds; gestational surrogacy; Constitucional Court

SOMMARIO: 1. All'origine della questione che conduce alla "provvida" sentenza n. 79 del 2022. – 2. L'adozione in casi particolari: l'originaria *ratio* e la sua progressiva evoluzione giurisprudenziale. – 3. La decisione della Corte: se unico è lo *status* di figlio, unica deve esserne la tutela. – 4. Qualche ombra: il silenzio sul divieto di ricorrere alla maternità surrogata.

1. All'origine della questione che conduce alla "provvida" sentenza n. 79 del 2022

Nella conferenza stampa tenutasi il 7 aprile 2022 il Presidente della Corte costituzionale Giuliano Amato, dando conto delle pronunce più significative adottate dalla Corte nel 2021 in tema di minori e famiglia, ha fatto riferimento anche alla recente sentenza n. 79 del. 2022, definendola una decisione "provvida"[1]: si tratta, in effetti, di una pronuncia che ben si inserisce nel filone che

[1] Cfr. il video della riunione straordinaria della Corte costituzionale del 7 aprile 2022 in cui si è svolta la conferenza stampa di presentazione della Relazione sulla Giustizia costituzionale nel 2021, https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/link/conferenze.do , minuto 32.06.

Come è noto, la Corte costituzionale negli ultimi anni ha sentito sempre più l'esigenza di "aprirsi alla società", investendo in una comunicazione capace di raggiungere anche un pubblico non specializzato, sia ampliando l'uso di consolidati strumenti comunicativi, (quali le già note conferenze stampa annuali in occasione della presentazione della Relazione sulla giustizia costituzionale nell'anno precedente o i comunicati stampa volti ad anticipare il deposito di alcune sentenze ritenute particolarmente importanti), sia attraverso l'uso di strumenti più nuovi, come i podcast.

In questa stagione di apertura, si è favorita altresì una più ampia partecipazione al processo costituzionale, attraverso tre novità: la prima riguarda l'introduzione dell'istituto degli *amici curiae* (nuovo art. 4-ter delle Norme integrative), cioè la possibilità per "le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità" di presentare "un'opinione scritta".

La seconda novità riguarda la previsione degli "esperti" (nuovo art. 14-bis, N.I.), cioè della possibilità per la Corte, ove ritenga necessario acquisire informazioni su specifiche discipline, di ascoltare in camera di consiglio "esperti di chiara fama", cui anche le parti possono formulare domande.

La terza novità codifica la precedente giurisprudenza costituzionale sull'ammissibilità degli interventi dei terzi, stabilendo che "nei giudizi in via incidentale possono intervenire i titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio" e dunque non semplicemente regolato dalla norma oggetto di censura.

ha visto negli ultimi anni il giudice costituzionale intervenire su norme che sono state giudicate arretrate rispetto ai cambiamenti intervenuti nella società e nella famiglia, ed adeguate ad una realtà tesa a tutelare al meglio l'interesse del minore[2].

In queste pagine cercheremo di ricostruire la vicenda che ha portato al pronunciamento della Corte, evidenziando le molte luci di un ragionamento che, nell'interesse del minore, consentirà di garantire il riconoscimento dei rapporti di parentela anche nell'ipotesi dell' "adozione in casi particolari"; al contempo, verrà rilevata anche qualche ombra, derivante dall'impressione che il divieto di surrogazione di maternità sia ormai ribadito solo formalmente, ma resti sostanzialmente emarginato dal bilanciamento concreto dei diversi interessi in gioco.

Con la sentenza n. 79 del 2022, anticipata da un comunicato stampa del 24 febbraio 2022[3], la Corte ha dichiarato illegittimo – con riferimento agli articoli 3, 31 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'articolo 8 della Cedu – l'articolo 55 della legge n. 184 del 1983, laddove imponeva di applicare all'adozione in casi particolari dei minori le regole dettate dall'articolo 300, secondo comma, del codice civile per l'adozione dei maggiorenni.

Tale intervento, come vedremo meglio in seguito, produce delle rilevanti conseguenze sistematiche, perché annulla le differenze tra adozione "ordinaria" e quella "semplice", consentendo

---

Su queste novità processali cfr. P. RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, in *Federalismi*, 22 gennaio 2020; G.L. CONTI, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle norme integrative in data 8 gennaio 2020*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1 del 2020, http://www.osservatoriosullefonti.it; V. ONIDA, *La Corte si apre alle "voci" della società*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1 del 2020, p. 510 e A. RUGGERI, *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustizia insieme*, 24 gennaio 2020.

[2] Sull'evoluzione degli istituti adottivi cfr. L. LENTI, *L'adozione*, in L. LENTI, M. MANTOVANI (a cura di), *Il nuovo diritto della filiazione*, in *Trattato di diritto di famiglia – Le riforme 2012-2018*, diretto da P. Zatti, Milano, 2019; specificamente sull'adozione in casi particolari cfr. M. DOGLIOTTI, *L'adozione in casi particolari*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, IV, p. 397 ss.

[3] Cfr. il comunicato stampa del 24 febbraio 2022, rinvenibile in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20220224180711.pdf

Come si è già rilevato in precedenza, la Corte costituzionale ricorre con sempre maggiore frequenza a comunicati stampa, anche per anticipare il dispositivo di pronunce particolarmente attese: si tratta di un utilizzo già diffuso presso altre corti costituzionali, come il Tribunale costituzionale spagnolo (v. https://www.tribunalconstitucional.es/es/prensa/Paginas/default.aspx) o quello tedesco o (https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2022/bvg22-033.html) o la Corte europea dei diritti dell'uomo che pubblica *press realeses* fin dal 1999.

Pur essendo uno strumento utile a spiegare il contenuto delle decisioni, sembra opportuno che tali comunicati vengano accompagnati da una postilla simile a quella rinvenibile nei *press release* della Corte di Strasburgo secondo cui "*This press release is a document produced by the Registry. It does not bind the Court*.": non può escludersi, infatti, che il contenuto di un comunicato stampa, che è poi una sintesi giornalistica di una decisione, ove non concordato quanto meno con il giudice costituzionale relatore chiamato a stendere la motivazione di quella pronuncia, possa ingenerare nel lettore del comunicato l'aspettativa di ritrovare nella motivazione i passaggi contenuti nel comunicato.

anche all'adottato in casi particolari di vedersi garantiti i legami parentali con la famiglia del genitore adottivo[4].

La *ratio decidendi* della sentenza muove dal presupposto che, a fronte dell'unificazione dello *status* di figlio[5], non sia più tollerabile che al solo minore adottato in casi particolari sia negato il riconoscimento di relazioni che hanno "una notevole incidenza sulla crescita e la formazione di tali minori e che non possono essere negate, se non a costo di incidere sulla loro identità"[6]; all'inverso, la sentenza aumenta il divario tra l'adozione del minore – a prescindere dal percorso che vi ha condotto – e quella del maggiorenne, che resta più marcatamente plasmata su esigenze patrimoniali e successorie.

La vicenda all'origine della domanda sottoposta al giudice remittente vede una coppia di uomini, i signori M. e V., unirsi in matrimonio all'estero, ottenerne la trascrizione in Italia come unione civile ed avviare un progetto di genitorialità ricorrendo, all'estero, ad un accordo di surrogazione di maternità[7].

Da questo percorso nasce una prima bambina, legata biologicamente a M. ed una seconda bambina, legata biologicamente a V.: ciascun componente della coppia è dunque padre biologico di un minore nato tramite un percorso di fecondazione assistita intrapreso all'estero e non consentito in Italia.

All'interno di tale relazione stabile e riconosciuta, M. si rivolge al Tribunale per i minorenni di Bologna, chiedendo di poter adottare la figlia biologica del suo partner, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d) della legge n. 184 del 1983 e in via conseguenziale, quale effetto dell'adozione, di veder riconosciuto il rapporto di parentela pieno con i propri ascendenti e parenti.

---

[4] Per un commento alla sentenza n. 79 del 2022 sotto il profilo delle conseguenze di sistema sul diritto di famiglia cfr. N. CHIRICALLO, *Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma*, in *Familia, Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, n. 3 del 2022, in *rivistafamilia.it.*

[5] In particolare sull'unificazione dello *status* di figlio cfr. P. RESCIGNO, *«La filiazione "riformata" e l'unicità dello status»*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, p. 5 ss.

[6] Cfr. Corte cost. sent. n. 79 del 2022, cons dir. 8, *in fine*.

[7] La questione era stata sollevata dal Tribunale ordinario per i minorenni dell'Emilia Romagna che, in riferimento agli artt. 3, 31 e 117, primo comma, della Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 Cedu, aveva dubitato della legittimità dell'art. 55 della legge 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, secondo comma, del codice civile, stabilisce che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante: cfr. l'ordinanza del Tribunale ordinario per i minorenni dell'Emilia Romagna, sede di Bologna, del 26 luglio 2021, iscritta al n. 143 del registro ordinanze dell'anno 2021.

Per un commento all'atto di promovimento cfr. A. SCHUSTER, *L'adozione non più mite? davanti alla Corte costituzionale: dubbi di inammissibilità*, in *Questione Giustizia*, 22 febbraio 2022, in https://www.questionegiustizia.it/articolo/l-adozione-non-piu-mite-davanti-alla-corte-costituzionale-dubbi-di-inammissibilita

Il Tribunale per i minorenni ritiene di potere accogliere la domanda relativa all'adozione in applicazione di una giurisprudenza di legittimità che attribuisce al componente di una coppia dello stesso sesso, anche se privo di un legame biologico con il figlio del partner, il diritto di adottarlo nella forma dell'adozione in casi particolari[8], mentre reputa di non poter accogliere la seconda domanda, volta a riconoscere la costituzione di legami parentali con la famiglia del ricorrente.

Per quanto riguarda il primo punto, infatti, il giudice rileva che il procedimento di adozione in casi particolari di cui all'art. 44 lett. d), può trovare applicazione anche in caso di impossibilità giuridica di affidamento preadottivo, come avviene per minori che non si trovano in stato di abbandono, ma per i quali vi sia un interesse al riconoscimento di rapporti di genitorialità: così accade nel caso di specie, e cioè all'interno di una relazione stabile, sostenuta da un riconoscimento giuridico in Italia o all'estero, in cui sussiste l'interesse concreto del minore al riconoscimento del rapporto genitoriale di fatto instauratosi con l'altra figura genitoriale sociale, anche se dello stesso sesso.

Invece, per quanto riguarda la richiesta di un riconoscimento dei legami della minore con i parenti del ricorrente, il tribunale ritiene di scontrarsi in modo insormontabile con il tenore letterale del rinvio che l'art. 55 della legge n. 184 del 1983 opera all'art. 300, secondo comma, cod. civ., nella parte in cui stabilisce che "l'adozione non induce alcun rapporto civile […] tra l'adottato e i parenti dell'adottante, salve le eccezioni stabilite dalla legge".

L'art. 55 sarebbe formulato in termini così netti da non consentire una sua tacita abrogazione[9] per effetto dell'entrata in vigore della nuova disciplina sulla filiazione introdotta dalla legge n. 219 del 2012: questo importante intervento normativo ha sancito, tra l'altro, il principio della parità

[8] Il giudice *a quo* ritiene di poter percorrere questa strada sulla scorta di alcune pronunce della Corte di cassazione, quali in particolare Cass., Sez. 1, 22 giugno 2016, n. 12962, Cass., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193 e delle sentenze della Corte costituzionale nn. 272 del 2017, 32 e 33 del 2021.

[9] L'abrogazione tacita, infatti presuppone un'incompatibilità tale da rendere impossibile la simultanea applicazione della vecchia e nuova disposizione, mentre il giudice remittente ha constatato che la disciplina delle unioni civili dettata dalla legge n. 76 del 2016 (art. 1, comma 20, ultimo periodo) ha ribadito la differenza tra adozione piena e quella in casi particolari, facendo salvo «quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

Sull'abrogazione tacita e le sue peculiarità cfr., almeno, L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, Bologna, 1996, p. 78, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino 2019, p. 12 e, da ultimo, N. CANZIAN, *Un'opera senza autore: l'abrogazione tacita*, in *Diritto costituzionale*, n. 1 del 2019, p. 105 ss.

Sulla legge 20 maggio 2016, n. 76 intitolata Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, cfr. per tutti, I. PERGOLESI, *La legge n. 76 del 2016 sulle unioni civili e sulle convivenze: qualche breve osservazione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2017, p. 877 ss.

dello stato giuridico di tutti i figli[10], riformulando anche la disposizione dedicata alla parentela, che oggi viene definita dall'art. 74 c.c. come "il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo. Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli articoli 291 e seguenti".

Questa norma non si occupa espressamente dell'adozione in casi particolari di minorenni e dunque l'art. 55 della legge n. 184 del 1983, rinviando alla disciplina di cui all'art. 300 c.c., che esclude per l'adozione dei maggiorenni il sorgere di un rapporto di parentela tra l'adottato e i parenti dell'adottante, non è superabile in via interpretativa e necessita di un intervento caducatorio della Corte.

Sotto il profilo della non manifesta infondatezza, il giudice remittente osserva come la disciplina censurata arrecherebbe un *vulnus* agli articoli 3 e 31 della Costituzione, perché contrasterebbe con il principio di parità di trattamento di tutti i figli, a cui ha dato esecuzione l'art. 74 c.c. che, come abbiamo appena visto, ha reso unico il vincolo di parentela legato allo stato di figlio con la sola eccezione dell'adozione del maggiorenne.

Nell'ordinanza di rinvio viene invece dedicato poco spazio ad argomentare la presunta violazione dell'art. 117, I comma, in relazione all'art. 8 CEDU: il giudice *a quo* si limita ad osservare che verrebbe impedito al minore, inserito nella famiglia costituita dall'unione civile, di godere pienamente della sua vita privata e familiare, "in una prospettiva di valorizzazione dei legami familiari secondo i principi di uguaglianza e di bigenitorialità[11]", senza citare giurisprudenza europea a supporto della sua denuncia.

Più ampia è la motivazione dedicata ad illustrare la lesione dei parametri interni, ovvero gli artt. 3 e 31 della Costituzione: evocando la giurisprudenza di legittimità che ha portato ad una identità sostanziale tra le fattispecie dell'adozione legittimante e quella dell'adozione in casi speciali, l'ordinanza di rinvio conclude per l'esistenza di un'ingiustificata disparità di trattamento tra questi figli adottivi.

Dell'atto di promovimento colpisce però il silenzio sull'aggiramento del divieto di maternità surrogata previsto dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 posto in essere dal ricorrente: un

[10] Cfr. l'art. 315 c.c.

[11] Cfr. l'ordinanza del 26 luglio 2021 del Tribunale per i minorenni dell'Emilia-Romagna, pubblicata in G.U., Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 39 del 29 settembre 2021, p. 83.

riferimento all'esistenza della norma che vieta penalmente la condotta esposta nei fatti che raccontano di una coppia… "che si rivolgeva ad un'agenzia…che li aiutò trovare una donna portatrice con la quale intendevano mantenere nel tempo una relazione stabile. I signori V. e M. si recavano dunque in F…ove davano inizio alla procedura di procreazione medicalmente assistita"[12] avrebbe descritto in modo più completo il quadro normativo; pur restando il giudice poi libero di respingere la logica sanzionatoria sottesa a quel divieto e ritenere che la condotta dei genitori intenzionali non potesse ricadere sulla necessità di garantire al meglio i minori nati.

L'ordinanza di rinvio avrebbe cioè potuto soffermarsi più ampiamente sulle ragioni per le quali nella fattispecie oggetto del giudizio era riscontrabile l'assenza di un "legame da preservare": in questa vicenda, infatti, la mancanza dei legami origina dal pianificato distacco del minore dalla madre biologica quale parte dell'accordo di gestazione per altri effettuata all'estero dal ricorrente.

Anche l'avvocatura dello Stato sottolinea che il giudice remittente non ha preso in considerazione il fatto che il minore oggetto del procedimento sia stato concepito tramite il ricorso alla surrogazione di maternità, ovvero "una pratica vietata e sanzionata penalmente dall'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 e che il diritto vivente ha riconosciuto contraria all'ordine pubblico, in quanto lesiva di valori fondamentali quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione".

Prima di passare ad illustrare il merito della decisione, la Corte esamina e supera la principale obiezione di inammissibilità sollevata dall'avvocatura dello Stato concernente un possibile difetto di competenza del giudice *a quo*[13].

La difesa erariale sosteneva che la domanda che ha per oggetto l'instaurazione di un rapporto parentale tra adottato e familiari dell'adottante rientrerebbe nella competenza esclusiva del tribunale ex art. 9 c.p.c. e non del giudice remittente, un Tribunale per i minorenni, ma la Corte costituzionale rigetta l'eccezione ricordando come solo un difetto di giurisdizione macroscopico ed incontrovertibile può condurre ad una dichiarazione di inammissibilità[14]: nel caso di specie, ancorché implicitamente, il Tribunale per i minorenni aveva ammesso la sua competenza,

[12] Cfr. l'ordinanza del 26 luglio 2021, op. ult. cit., p. 80.

[13] Anche la dottrina aveva ragionato di questa possibile causa di inammissibilità: cfr. A. SCHUSTER, *L'adozione – non più mite? – davanti alla Corte costituzionale: dubbi di inammissibilità*, cit., p. 4.

[14] Per questo orientamento cfr., *ex multis* e tra le più recenti, Corte cost., sentt. nn. 267 del 2020 e 65 del 2021.

invocando l'estensione degli effetti legali della sentenza sull'adozione sulla quale egli era certamente chiamato a pronunciarsi.

I giudici costituzionali danno poi conto dell'intervento di due *amici curiae*[15], le associazioni "Famiglie arcobaleno: associazione genitori omosessuali" e "Rete Lenford Avvocatura per i diritti delle persone LGBTI+ Associazione di promozione sociale": le stesse sostenevano che, una volta affermata la piena parificazione di tutti i figli, ne discendesse necessariamente l'intollerabilità di una disposizione come quella censurata, che impedisce l'instaurarsi di rapporti di parentela tra i parenti dell'adottante in casi particolari e il minore.

Di fronte ad un intervento del Parlamento necessario e non più rinviabile, i due *amici curiae* auspicano una sentenza interpretativa di rigetto o, come in effetti otterranno, una pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 55 della legge n. 184 del 1983, in combinato disposto con l'art. 300, secondo comma, cod. civ., nella parte in cui impedisce il sorgere di rapporti civili fra adottato e parenti dell'adottante.

2. L'adozione in casi particolari: l'originaria *ratio* e la sua progressiva evoluzione giurisprudenziale

La sentenza in commento, dunque, garantirà una protezione piena all'interesse del minore adottato in casi particolari, rimuovendo l'ostacolo legislativo che impediva di riferire il richiamo al figlio adottivo, di cui all'art. 74 c.c., al minor adottato tramite questo istituto e rendendo possibile anche per lui il riconoscimento dei legami familiari con i parenti del genitore adottivo.

Occorre dunque ricostruire, ancorché brevemente, la disciplina e il percorso evolutivo che hanno interessato l'istituto dell'adozione in casi particolari. Essa è regolata dagli artt. 44 e seguenti della normativa fondamentale in materia di adozione, la l. n. 184 del 1983 e, nell'originario disegno legislativo, era considerata quale *extrema ratio* rispetto all'adozione legittimante, perché applicabile

[15] Sugli *amici curiae* cfr. M. D'AMICO, *Gli amici curiae*, in *Questione giustizia*, 2020, fasc. 4, p. 122; C. MALINVERNO, *Quali prospettive per terzi, amici curiae ed esperti a più di un anno dalla riforma delle norme integrative? Spunti a partire dalla giurisprudenza costituzionale*, in *La rivista del Gruppo di Pisa*, 2021, 2, pp. 129; A. VUOLO, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative*, in *Federalismi*, 2020, XVI, p. 431 ss. In particolare sull'intervento di terzi nel giudizio in via principale v. E. ROSSI, *L'intervento di terzi nel giudizio in via principale dopo la modifica delle norme integrative*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2020, p. 406 ss.

in tutte quelle ipotesi in cui non fosse necessario o possibile recidere i legami con la famiglia d'origine[16].

Anche la sua collocazione in un titolo diverso, il IV, da quello dedicato ai principi generali, il I, all'adozione generale e all'adozione internazionale, il II e III, lasciava presupporre che il legislatore volesse dettare una disciplina speciale per situazioni peculiari non rinvenibili nei principi di carattere generale che regolavano l'adozione piena[17].

Col tempo, però, la lettera d) di cui all'art. 44, comma 1, è stata interpretata in via estensiva dalla giurisprudenza costituzionale e di merito e ha aperto, "due nuovi itinerari interpretativi nel solco delle originarie *rationes*[18]".

Il primo itinerario ha visto l'affermazione della c.d. adozione mite, cioè ipotesi nelle quali l'adozione in casi particolari viene riconosciuta anche in mancanza dell'abbandono del minore, in situazioni sintetizzate come di semi-abbandono, casi che vedono una protratta permanenza del minore fuori della famiglia e un suo collocamento in comunità, oppure ipotesi di affidamento *sine die*[19].

La prospettiva originaria in tal modo si rovescia: in questi casi è l'adozione piena che costituisce l'e*xtrema ratio*, a cui si accede solo quando non si ravvisi alcun interesse per il minore a conservare una relazione con la famiglia d'origine.

Nella stessa direzione si muovono alcune pronunce della Corte di Strasburgo, a partire dalla sentenza *Zhou c. Italia* del 21 gennaio 2014[20], dove i giudici europei hanno sottolineato la necessità

[16] L'art. 44 disciplina quattro casi in cui i minori possono essere adottati anche senza versare in stato di abbandono: La prima è l'ipotesi sub a), è quella in cui in cui il minore viene adottato da persone a lui unite da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento, quando il minore sia orfano di padre e di madre; la seconda ipotesi sub b) si ha nel caso in cui il minore venga adottato dal coniuge, nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge; La terza ipotesi sub c), è quella in cui il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'art. 3, comma 1, della legge n. 104 del 1992, ovvero sia una persona «che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione», e sia orfano di padre e di madre; l'ultima ipotesi, sub d), si verifica quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo.

[17] L'osservazione è di B. POLIMENI, *La funzione sociale dell'adozione in casi particolari tra coppie di fatto persone singole: un giusto incentivo per il legislatore*, in *Questione Giustizia* n. 2 del 2019, p. 102.

[18] Così Corte cost., sent. n. 79 del 2022, cons dir. n. 5.2.

[19] I giudici, dopo aver verificato l'impossibilità delle condizioni per il rientro del minore nella famiglia di origine procedono dunque all' adozione "mite". In tal caso non si esige, a differenza delle ipotesi di adozione particolare sub art, a), b) e c) dell'art. 44 il presupposto della previa declaratoria di adottabilità del minore ma solo il consenso dei genitori o del tutore oppure un provvedimento di decadenza della loro potestà genitoriale.

[20] Cfr. Corte Edu, *Zhou c. Italia*, 21 gennaio 2014, ric. n 33773/11 annotata da F.P. OCCHIOGROSSO, *Con la sentenza Cedu Zhou contro l'Italia l'adozione mite sbarca in Europa*, in *Minori Giustizia*, 2014, n. 2, p. 268.

di preservare, per quanto possibile, il legame tra il minore e il genitore naturale che si trovi in una situazione di difficoltà, qualora questa possa essere superata attraverso l'assistenza dei servizi sociali. In quel caso la Corte Edu concluse per la violazione dell'art. 8 della Cedu, perché le autorità italiane avrebbero dovuto prendere misure concrete per consentire al bambino di vivere con la madre, invece di dichiararlo adottabile[21].

Tra tali misure, i giudici di Strasburgo evocano un orientamento già presente nella giurisprudenza italiana di merito, che ben avrebbe potuto applicarsi al caso della ricorrente, e cioè quello che riconosceva l'adozione in casi particolari anche in mancanza di abbandono del minore.

In linea con questo orientamento della Corte Edu, ribadito da successive sentenze[22], i giudici nazionali hanno riconosciuto ulteriori casi nei quali possono rinvenirsi modelli di adozione compatibili con la non recisione dei legami con il genitore naturale[23].

Gli sviluppi più recenti riguardano la c.d. adozione "aperta", ovvero una forma di applicazione evolutiva dell'adozione piena, connotata però dalla possibilità di mantenere i rapporti tra il minore e la famiglia d'origine[24].

Il secondo orientamento che ha condotto ad un allargamento in via interpretativa dell'applicazione dell'art. 44 lett. d, riguarda più direttamente la questione che oggi viene sottoposta alla Corte, rendendo possibile applicare l'istituto all'adozione coparentale nell'ambito delle coppie omosessuali.

Una prima felice ricostruzione di questo filone giurisprudenziale è rinvenibile in una sentenza della Corte di cassazione del 2016, secondo cui l'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44,

[21] Cfr. Corte Edu, *Zhou c. Italia*, cit., § 59 e 60.

[22] Cfr. da ultimo, Corte Edu, *D.M. e N. c. Italia*, 20 gennaio 2022, ric. n. 60083/19, § 83 dove la Corte osserva che anche in quel caso le autorità italiane non si erano sforzate adeguatamente di preservare i legami familiari tra la madre biologica e la figlia e favorirne lo sviluppo e si erano "limitate a prendere in considerazione l'esistenza di alcune difficoltà, quando invece queste difficoltà avrebbero potuto, con ogni probabilità, essere superate per mezzo di un'assistenza sociale mirata".

[23] Cfr. Cass., Sez. I, 13 febbraio 2020, n. 3643; Cass., Sez. I, 22 novembre 2021, n. 35840; Cass., Sez. I, 25 gennaio 2021, n. 1476; Cass., Sez. I, 15 dicembre 2021, n. 40308.

[24] Cfr. la recente sentenza n. 1 del 2022 della Sezione Minorile della Corte d'Appello di Roma annotata da E. BATTELLI, *Il difficile, ma necessario, sforzo per perseguire in concreto il superiore interesse del minore: un'ipotesi di adozione aperta* in *Questione giustizia*, 6 aprile 2022.

L'autore chiarisce che l'adozione "aperta" (con la quel peraltro altra parte della dottrina si riferisce all'adozione mite) deriverebbe da una interpretazione evolutiva dell'art. 27, ultimo comma, della legge n. 184 del 1983, che leggerebbe l'inciso per cui "con l'adozione cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia d'origine, salvi i divieti matrimoniali" nel senso di non escludere le relazioni affettive di fatto prive di rilevanza giuridica.

Sarebbe dunque una forma peculiare di adozione piena, con caratteri però meno rigorosi, connotata dalla possibilità di mantenimento di rapporti tra il minore e la famiglia d'origine, cit. p. 4.

comma 1, lett. d), l. n. 184 del 1983, presuppone la constatata impossibilità di affidamento preadottivo, che può essere di fatto ma anche di diritto, in quanto, a differenza dell'adozione piena, non presuppone una situazione di abbandono dell'adottando e può essere disposta allorché si accerti, in concreto, l'interesse del minore al riconoscimento di una relazione affettiva già instaurata e consolidata con chi se ne prende stabilmente cura, non avendo invece alcuna rilevanza l'orientamento sessuale dell'adottante[25].

Anche in questo orientamento, applicato in varie occasioni, prima con riguardo a coppie omosessuali femminili[26] e poi con riguardo anche a quelle maschili, sono state decisive le sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale ed europea[27].

3. La decisione della Corte: se unico è lo *status* di figlio, unica deve esserne la tutela

In questa cornice, in cui i presupposti dell'adozione in casi particolari vengono ricostruiti ed applicati alla luce del principio di tutela dell'interesse in concreto del minore a mantenere relazioni

[25] Cass. Sez. civ. 12 giugno 2016, n. 12962.

[26] Per casi nei quali i giudici di merito hanno riconosciuto l'adozione coparentale nell'ambito di coppie omosessuali cfr. Trib. min. Firenze, 8 marzo 2017, in http://www.articolo29.it/2017/una-vera-e-propria-famiglia-da-firenze-un-nuovo-passo-avanti-per-il-riconoscimento-dellomogenitorialita/; App. Milano, 9 febbraio 2017, in *GenIus*, 2017, fasc. 1, p. 147, App. Milano, 22 aprile 2017, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2061.

[27] Per quanto riguarda la giurisprudenza costituzionale, si segnala in particolare la sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 2017 che traccia il perimetro dei criteri attributivi dello *status filiationis* alla luce della questione della maternità surrogata: in quella decisione la Corte era chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 263 c.c., nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse dello stesso e dunque nella parte in cui non esclude l'ammissibilità dell'impugnazione nei confronti del genitore non biologico del minore nato da maternità surrogata.

Nel dichiarare infondata la questione, la Corte individua nell'adozione in casi particolari lo strumento per far fronte alla mancanza del legame genetico tra l'aspirante genitore e il minore nato da maternità surrogata, e sottolinea che anche quando, come nel caso oggetto del *giudizio a quo*, la procreazione sia avvenuta mediante surrogazione di maternità realizzata all'estero, l'esigenza di verità della filiazione non prevale in modo automatico, ma consente sempre al giudice di valutare l'interesse concreto del minore, incluso quello alla stabilità dello status acquisito, la durata del rapporto con il minore e alla condizione identitaria già da lui acquisita.

Il bilanciamento esige di valutare le modalità della gestazione e la possibilità di costituire con il genitore intenzionale un legame giuridico che garantisca al minore un'adeguata tutela. In tale valutazione va ricordato il disvalore che l'ordinamento italiano riconnette alla surrogazione di maternità, che "offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane".

Per un commento alla sentenza cfr. F. ANGELINI, *Bilanciare insieme. Verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2018; S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di 'obiter dicta' da prendere sul serio)*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2, 2018.

affettive già instaurate e consolidate[28], la Corte viene oggi chiamata ad allargare il suo giudizio non più sui presupposti, ma sull'efficacia della tutela offerta al minore adottato tramite questo istituto.

La questione di legittimità deve inoltre misurarsi con la necessità di garantire adeguatamente i nati da maternità surrogata, in un difficile bilanciamento tra le esigenze di tutela del minore già nato e la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica.

Di tale ultima esigenza si è fatta carico anche la Corte europea, che ha elaborato sia in via contenziosa[29], sia in via consultiva[30], un orientamento che rimette alla discrezionalità di ciascuno Stato la scelta degli strumenti con cui assicurare un'adeguata tutela del minore, escludendo un obbligo per gli Stati di consentire la trascrizione di atti stranieri che riconoscano sin dalla nascita lo *status* di padre o madre al "genitore di intenzione": i giudici europei hanno specificato che tra i possibili strumenti rientra anche l'adozione, "a condizione che le modalità previste dal diritto

[28] Cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2021, cons. dir. 8.1 e 8.2.

[29] Nella recente sentenza della Corte Edu *Valdìs Fjolnisdottir c. Islanda*, del 18 maggio 2021, la Corte ha ribadito che rientra nella discrezionalità riconosciuta agli Stati vietare la maternità surrogata e rifiutarsi di trascrivere gli atti di nascita stranieri e ha aggiunto, altresì, che tale divieto risponde all'esigenza di un'effettiva protezione delle donne, che potrebbero trovarsi in una posizione di fragilità e subire pressioni a causa della surrogazione, nonché dei diritti dei minori, tra i quali va annoverato anche quello di conoscere i propri genitori naturali: cfr. Corte Edu, *Valdìs Fjolnisdottir e altri c. Islanda*, 18 maggio 2021, ric. n. 71552/17.

[30] Il Protocollo opzionale n. 16 CEDU introduce una nuova competenza consultiva che consente alle alte giurisdizioni indicate dagli Stati che decidono di ratificare il Protocollo (tra cui, ad oggi, non vi è l'Italia) di presentare alla Corte Edu delle "richieste di pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione" .

La prima richiesta è stata sollevata su iniziativa della Corte di Cassazione francese, che ha interrogato i giudici di Strasburgo sulla possibilità del riconoscimento dell'atto straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il "genitore d'intenzione" di un paese in cui viga il divieto di ricorrere a tale pratica.

Nel fornire i suoi chiarimenti, la Corte Edu ha ribadito che l'art. 8 della Cedu non obbliga al riconoscimento di una simile relazione fin dall'inizio tramite la via della trascrizione del certificato, nel senso che gli Stati ben possono prevedere altri meccanismi di tutela, come il ricorso all'adozione del bambino, sempre che questa procedura avvenga in tempi rapidi.

Per una bibliografia essenziale sull'origine dei Protocolli n. 15 e n. 16 Cedu cfr., V. ZAGREBELSKY, *Note sulle conclusioni della Conferenza di Brighton per assicurare l'avvenire della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2012; G. RAIMONDI, *La dichiarazione di Brighton sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2012; *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di E. LAMARQUE, Torino, 2015 e, volendo, E. CRIVELLI, *Il contributo dei Protocolli nn. 15 e 16 al processo di riforma della Corte di Strasburgo*, Torino, 2021.

Per un commento alla prima *Advisory opinion* P16-2018-001, cfr. R. CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu (post- Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in *Questione giustizia*, 28 maggio 2019; L. Poli, *Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri*, in *Dir. um. dir. int*., 2, 2019, p. 418 ss.; O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2019 e, volendo, E. CRIVELLI, *Il primo parere in attuazione del Protocollo n. 16 Cedu: alcuni chiarimenti in tema di maternità surrogata,* in *Quad. cost*., n. 3, 2019, p. 709 ss.

interno garantiscano l'effettività e la rapidità del procedimento adottivo, in applicazione del principio dell'interesse superiore del minore[31]".

Anche la Corte costituzionale ha recentemente affermato la necessità di assicurare nell'interesse del minore il riconoscimento giuridico del legame con coloro che esercitano di fatto la responsabilità genitoriale, precisando che tale interesse è preminente, ma non è "tiranno" nel senso che "non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto ad ogni altro interesse in gioco, ma deve essere bilanciato, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo, legittimamente perseguito dall'ordinamento, di disincentivare il ricorso, penalmente sanzionato, alla surrogazione di maternità"[32].

Da ultimo, nelle sentenze non n. 32 e 33 del 2021, la Corte ha dichiarato inammissibili questioni sollevate in tema di minori nati da maternità surrogata e di riconoscimento di figli nati da fecondazione eterologa nell'ambito di coppie omosessuali, evocando come indispensabile l'intervento del legislatore, l'unico in grado di bilanciare compiutamente i vari interessi in gioco e disciplinare in modo organico la condizione dei nati in situazioni in cui la tutela è più carente[33].

In questo quadro, la specifica criticità che viene oggi posta all'attenzione della Corte costituzionale è quella che impedisce la creazione di un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante e che porta il giudice costituzionale a chiedersi quale sia la *ratio* che associa allo *status* di figlio il sorgere dei rapporti parentali.

La *ratio* si nutre del principio di tutela dell'interesse del minore e si concretizza in disposizioni come quella che dispone che il figlio ha diritto a mantenere rapporti significativi con i parenti, come recita l'art. 315-bis del codice civile, o quella che prevede che quando i genitori non hanno mezzi

[31] Cfr. La decisione Corte Edu, *C. e E. c. Francia*, ric. nn. 1462/18 e 17348/18, 12 dicembre 2019, § 39.

I ricorrenti erano due coppie di cittadini francesi che non avevano ottenuto in Francia la trascrizione della relazione di filiazione tra la madre d'intenzione e i bambini nati all'estero a seguito di maternità surrogata.

La Corte richiama alcuni passaggi della sua prima *Advisory opinion* ed in particolare quelli in cui aveva chiarito che l'art. 8 Cedu esige che il diritto interno renda possibile il riconoscimento del legame di filiazione tra il minore e la madre d'intenzione designata nell'atto di nascita formatosi all'estero come madre legale: ed aggiunge che tale riconoscimento non deve necessariamente assumere la strada della trascrizione dell'atto nei registri dello stato civile, ma può seguire anche altre vie, quale in particolare quella dell'adozione, sempre che tale istituto garantisca una tutela rapida ed efficace.

(condizione che risulta provata nel caso di specie, dal momento che la durata media di un procedimento adottivo in Francia oscilla tra i 4,1 e i 4,7 mesi, un tempo che la Corte valuta come ragionevole).

[32] Cfr. Corte cost., sent. n. 33 del 2021, cons dir. n. 5.5.

[33] Cfr. Corte cost, sent. n. 32 del 2021, cons. dir. n.2.4.14, dove la Corte evoca la necessità di "una disciplina della materia che, in maniera organica, individui le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre intenzionale".

sufficienti, gli altri ascendenti, in ordine di prossimità, sono tenuti a fornire ai genitori stessi i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli (art. 316-bis c.c.), o infine, quella per cui gli stessi ascendenti hanno diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni (art. 317 bis c.c.)[34].

La Corte ricostruisce poi una serie di indici sostanziali, come la tendenziale stabilità dello *status* dell'adottato, e lessicali, come l'utilizzo di espressioni quali "responsabilità genitoriale" e "dovere verso i figli", per sottolineare la differenza tra la condizione voluta per l'adozione in casi speciali e altri istituti pensati per tutelare il minore, come l'affido temporaneo o la nomina del tutore.

Infine, individua due ragioni alla radice del contrasto con gli art. 3 e 31 Cost. della norma che priva in modo irragionevole il minore della rete di tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali. Il primo argomento è quello per cui nell'adozione in casi particolari il giudice deve valutare non solo l'idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore, ma anche "l'ambiente familiare degli adottanti"[35].

L'altro argomento è quello per cui l'aggiunta dei legami familiari è la naturale conseguenza di un tipo di adozione che può vedere l'affiancamento di un genitore adottivo a uno biologico o riguarda comunque situazioni in cui si ravvisa la "necessità di potenziare le tutele e non di ridurle": questa conclusione è certamente condivisibile, ma anche in tal caso va subordinata ad una verifica in concreto dell'interesse del minore, senza cedere all'idea che aggiungere una famiglia sia sempre e comunque la soluzione preferibile[36].

Per quanto riguarda l'altro parametro invocato, e cioè l'art. 117, primo comma Cost., in relazione all'art. 8 Cedu, il giudice costituzionale richiama una serie di precedenti della Corte di Strasburgo per sostenere che la mancata instaurazione di rapporti di parentela costituisce un

[34] Per una panoramica sui vari aspetti che possono interessare la posizione degli ascendenti (conflittualità tra nonni e genitori e crisi della famiglia, legittimazione processuale degli ascendenti, diritto di visita ai nipoti, etc.) cfr. G. PIANEZZE, *Diritti e obblighi degli ascendenti*, Milano, 2014, mentre per un approfondimento dell'apporto emotivo che sorregge questa relazione cfr. S. DI NUOVO, *Sui diritti dei nonni (e dei nipoti): un punto di vista psicologico*, in *Minori Giustizia*, 2014, p. 76 ss.

[35] Cfr. Corte cost., sent. 79 del 2022, cons. dir. 8.2.

[36] La verifica concreta dell'interesse del minore deve valersi anche delle competenze della scienza medica e in particolare di quella psicologica, per guidare il giudice che applica le norme, incluse quelle che assicurano il diritto degli ascendenti di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, a tener conto dei complessi aspetti che incidono sulle dinamiche familiari: dunque, al di là dei principi astratti, "è essenziale una accurata valutazione psicologica – anche avvalendosi di opportune consulenze – dell'interesse del minorenne a mantenere, incrementare o diminuire (in certi casi troncare) rapporti con ascendenti che a seconda dei casi possono essere facilitanti, stimolanti, supportivi, oppure ambivalenti e regressivi, o addirittura disturbanti per un sereno sviluppo"; così, S. DI NUOVO, *Sui diritti dei nonni (e dei nipoti): un punto di vista psicologico*, cit., p. 78.

ostacolo all'effettività della tutela garantita al minore: si noti che la Corte trascura di citare quella giurisprudenza europea che ha riconosciuto che il diritto dei nonni rientra tra le relazioni familiari tutelate dall'art. 8 Cedu[37], pur specificando che i legami tra nonni e nipoti e quelli tra genitori e figli sono di natura e intensità diverse[38], e che, per la loro stessa natura, i primi richiedono in linea di principio un minor grado di protezione[39].

È interessante notare che mentre nell'esame dei parametri interni la Corte aveva dato scarso rilievo alla fattispecie concreta conosciuta dal giudice remittente, nella parte della sentenza che ricostruisce il parametro interposto che coinvolge la Cedu, vengono richiamate quelle decisioni di Strasburgo che riguardano specificamente la posizione dei minori nati a seguito della surrogazione per altri[40], perché, si precisa, "è la fattispecie oggetto del giudizio a *quo*".

4. Qualche ombra: il silenzio sul divieto di ricorrere alla maternità surrogata

Al termine di queste riflessioni dedicate ad una sentenza largamente persuasiva, occorre spendere qualche parola anche su un aspetto meno convincente della pronuncia: esso nasce dalla constatazione di come la Corte sembri aver lasciato intenzionalmente nell'ombra il caso concreto che ha portato all'utilizzo della disposizione impugnata[41].

È noto che il nostro sistema di accesso in via incidentale presuppone che la questione di costituzionalità nasca come una risposta di carattere generale, dove la Corte è chiamata a

[37] Ad esempio, nella sentenza *Terna c. Italia*. del 14 gennaio 2021, ricorso n. 21052/18, CEDU, la Corte Edu aveva accertato la violazione dell'articolo 8 da parte dello Stato italiano che non aveva adottato misure idonee a garantire il legame tra nonna e nipote.

[38] Cfr. Corte Edu, *Kruškić c. Croazia*, dec. n. 10140/13, 25 novembre 2014 §§ 108-110

[39] Cfr. Corte Edu, *Mitovi c. l'ex-Repubblica jugoslava di Macedonia*, 16 aprile 2015, ric. n. 53565/13, § 58.

[40] Cfr. Corte cost. sent. n. 79 del 2022, cons. dir. n. 9 dove la Corte richiama quelle decisioni della Corte di Strasburgo che hanno affermato l'ampio margine di apprezzamento spettante agli Stati membri in merito alla possibilità di riconoscere tali rapporti di filiazione, citando le sentenze della Corte Edu, *Valdìs Fjölnisdóttir e altri c. Islanda*, ric. n. 71552/17, 18 agosto 2021, § 66-70 e 75; *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12), 24 gennaio 2017§ 197-199; *Mennesson c. Francia*, ric. n. 65192/11, 14 giugno 2014, § 74.

[41] Sul bilanciamento dei diritti del bambino e il divieto di surrogazione cfr., da ultimo, G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?* in *Questione Giustizia*, 7 giugno 2022.

pronunciarsi sulla validità di una norma astratta, a partire dal dubbio posto dal giudice remittente che conosce di un caso concreto[42].

Applicando questo modello alla sentenza n. 79 del 2022, possiamo dire che l'esame della norma astratta ha consentito alla Corte di compiere affermazioni molto importanti, che si sono prese carico della situazione del minore e garantiranno la sua tutela anche al di fuori del nucleo genitoriale.

La Corte adotta una sentenza convincente, a partire però da un caso che, rispetto alle altre ipotesi concernenti l'allargamento in via giurisprudenziale dell'adozione in casi particolari, riguarda la situazione più delicata e controversa. Ripercorrendo la casistica che dà accesso a questo tipo di adozione la Corte evoca situazioni relative a minori orfani o orfani con disabilità, adottati da terzi quando non vi sia la disponibilità dei parenti, minori abbandonati, ma non adottabili, minori semi-abbandonati, con genitori e famiglie inidonei ad occuparsi adeguatamente di loro, minori che vivono in un nuovo nucleo familiare, minori che hanno un solo genitore: tutte situazioni unificate dal comune denominatore di riguardare bambini "per i quali la rete di rapporti familiari non è certo un privilegio" quanto.. "un consolidamento della tutela rispetto a situazioni peculiari e delicate".

Ed anche se il nostro sistema di accesso alla giustizia costituzionale non consente alla Corte di scegliersi le questioni sui cui pronunciarsi né, tantomeno, giudicare in modo diverso a seconda delle fattispecie concrete conosciute dal giudice che solleva il dubbio di costituzionalità, in questa vicenda l'omessa valutazione della illiceità della fattispecie oggetto del giudizio *a quo* è parsa intenzionale, e contribuisce a far perdere progressivamente di effettività il divieto posto dal legislatore di far ricorso alla gestazione per altri.

Il silenzio della Corte è stato peraltro agevolato da quello del giudice remittente che, come abbiamo già sottolineato, non ha richiamato il divieto previsto dall'art. 12 della legge n. 40 del 2004: questa omissione ha consentito al giudice costituzionale di ribadire nella prima parte della motivazione una condanna in astratto delle ragioni alla base del divieto di surrogazione di maternità, ricordando che "offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, (sentenza n. 272 del 2017 e, da ultimo, sentenza n. 33 del 2021), assecondando

[42] Si tratta di uno dei temi centrali della giustizia costituzionale sul quale si rinvia a G. D'ORAZIO, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Torino, 1988; M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Milano, 1991; R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come giudizio senza parti*, Milano, 1985. Utile anche la recente analisi di S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio* a quo, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Torino, 2018, p. 359 ss.

un'inaccettabile mercificazione del corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale[43]", ma di evitare altresì di darvi rilievo nel successivo concreto bilanciamento dei vari interessi in gioco.

E' indubbio che la Corte debba tutelare la realtà di minori che vivono già di fatto in una relazione affettiva con il partner del genitore biologico e che l'adozione in casi particolari presupponga "un giudizio sul miglior interesse del minore e un accertamento sull'idoneità dell'adottante": per questo accertamento, l'orientamento sessuale del richiedente è un elemento che non può e non deve incidere sull'idoneità all'assunzione della responsabilità genitoriale, mentre un elemento che potrebbe pesare è la scelta di un progetto educativo che ricorre ad una pratica vietata dalla legge. Non è qui minimamente in discussione la tutela dell'orientamento sessuale di individui che del tutto legittimamente aspirano ad un progetto di genitorialità, tanto è vero che le stesse conclusioni si potrebbero trarre nell'ipotesi di coppie eterosessuali infertili che decidessero di ricorrere alla GPA (che sono poi statisticamente le più numerose), ma la possibilità di uno Stato di far valere le esigenze sottese a questo divieto.

In definitiva, per conseguire l'obiettivo di un ragionevole bilanciamento tra tutti i valori in gioco, e partendo dal presupposto che fino ad oggi la Corte ha escluso un presunto diritto alla genitorialità non solo dell'*an* e del *quando* ma anche del *quomodo*,[44] la strada da preferire presuppone l'intervento del legislatore non tanto nel senso di introdurre un simbolico quanto inefficace e moralistico reato universale[45], ma nel pensare ad una disciplina che tuteli in modo più completo la situazione dei nati da maternità surrogata all'estero, eventualmente superando l'attuale soluzione-ponte dell'adozione in casi particolari[46], e, soprattutto, nel pretendere finalmente una disciplina che renda possibile anche per le coppie omosessuali accedere all'adozione legittimante.

[43] Cfr. Corte cost., sent. 79 del 2022, cons. dir. 5.2.3, che richiama a sua volta le sentt. nn. n. 272 del 2017 e n. 33 del 2021.

[44] Cfr. Corte cost. sent. n. 221 del 2019, cons. dir. n. 10.

[45] Il riferimento è al testo base del progetto di legge votato dalla Commissione Giustizia che mira a rendere universale il divieto di surrogazione di maternità, reato che diventerebbe quindi procedibile anche se commesso «all'estero da cittadino italiano». Cfr. il progetto C.2599 d'iniziativa Carfagna e C. 306 d'iniziativa Meloni.

Anche al Senato è stato presentato il disegno di legge S. 2580 d'iniziativa del senatore Salvini.

Per un giudizio critico su queste iniziative legislative cfr. le osservazioni di M. PELLISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni) Camera dei Deputati*, in *Sistema Penale*, 29 giugno 2021.

[46] In questo senso va la recente ordinanza interlocutoria della Prima sezione civile della Corte di Cassazione n. 1842 del 22 gennaio 2022 che ha interpellato le Sezioni Unite sulla questione relativa al riconoscimento di atto di nascita estero di minore nato mediante ricorso alla gestazione per altri, da parte del genitore non biologico, in coppia

Infatti, la progressiva svalutazione del divieto di maternità surrogata, che rinviene il bene protetto dalla norma incriminatrice nella tutela della dignità della gestante e del bambino e non certo nella tutela di un astratto modello di famiglia[47], lascia irrisolto il tema della disparità di trattamento delle coppie in base alla loro capacità economica: la possibilità di formare una famiglia con figli resterebbe, infatti, riservato solo alle coppie più abbienti, che dispongano delle risorse economiche necessarie per recarsi in un altro Stato che consente ad esse il ricorso alla gestazione per altri. Il rischio, però, è di finire per nutrire anche involontariamente, "un filone giurisprudenziale che, confondendo il desiderio di genitorialità con un vero e proprio diritto ad avere figli, pretende di sdoganare la pratica della surrogazione di maternità, pur di darvi attuazione"[48].

omogenitoriale maschile, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 2021: l'ordinanza propone una rimeditazione dell'approdo a cui le Sezioni Unite erano giunte con la pronuncia n. 12193 del 2019, ritenendo non trascrivibile l'atto predetto perché contrario ai principi di ordine pubblico internazionale.

Per un commento critico all'ordinanza cfr. A. MORACE PINELLI, *Non si attende il legislatore. Lo spinoso problema della maternità surrogata torna all'esame delle Sezioni Unite*, in *Giustizia insieme*, 10 maggio 2022.

[47] Ce lo ricorda opportunamente G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, cit., p. 13, nota 46.

[48] Così A. MORACE PINELLI, *Non si attende il legislatore. Lo spinoso problema della maternità surrogata torna all'esame delle Sezioni Unite*, cit., p. 1.

AIC
Associazione Italiana dei Costituzionalisti
Osservatorio costituzionale

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE
Codice ISSN: 2283-7515
Fasc. 5/2022
Data: 6 settembre 2022

Una nuova pronuncia di illegittimità costituzionale sulla disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo nella «riforma Fornero» Nota a C. cost. sent. n. 125/2022[*]

di **Simone Cafiero** – *Dottorando di ricerca in Diritto dell'economia presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II*

TITLE: Yet another decision of constitutional illegitimacy concerning the regulation of dismissals for economic reasons in the «riforma Fornero». A comment to decision n. 125/2022 of the Italian Constitutional Court

ABSTRACT: Il presente contributo mira a esaminare i principali aspetti di interesse della sentenza n. 125/2022 della Corte costituzionale, riguardante la legittimità costituzionale di una delle norme fondamentali nella disciplina dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo introdotta dalla c.d. «legge Fornero». A tale scopo, se ne illustreranno i legami con le più rilevanti pronunce in materia di diritto al lavoro, a cominciare dalla sentenza n. 59/2021.

The following paper aims at examining the main points of interest in decision n. 125/2022 of the Italian Constitutional Court, regarding the constitutional legitimacy of one of the main rules in the regulation of dismissals for economic reasons set out in the so-called «legge Fornero». To this end, said decision shall be linked to the most relevant decisions concerning the right to work, starting with decision n. 59/2021.

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

KEYWORDS: Licenziamento per giustificato motivo oggettivo, manifesta insussistenza, rimedi, ragionevolezza, discrezionalità; dismissal for economic reasons, obvious inexistence, remedies, reasonableness, judicial discretion.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La questione di legittimità costituzionale. – 3. La decisione della Corte e la sua *ratio*: irragionevolezza del sistema di tutela e indeterminatezza del criterio discretivo. – 4. Il tema della particolare gravità del vizio di insussistenza del fatto. Possibili ricadute sul *Jobs Act*.

1. Introduzione

Dopo circa un decennio di pacifica operatività, e dopo aver fatto da apripista all'ulteriore restrizione della tutela reale del posto di lavoro compiuta, per i lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015, dal decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 (parte della riforma nota come *Jobs Act*), lo scorso anno la disciplina dei rimedi contro il licenziamento illegittimo nelle imprese di grandi dimensioni introdotta dalla legge 28 giugno 2012, n. 92 (la c.d. «legge Fornero»), attraverso estese modifiche all'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 (lo Statuto dei lavoratori), si è vista colpita dalla prima pronuncia di illegittimità costituzionale. Con la sentenza n. 59/2021 la Corte costituzionale ha infatti inferto un primo, significativo colpo all'assetto ideato dal riformatore del 2012[1], dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, co. 7, secondo periodo, dello Statuto dei

[1] Si tratta, com'è noto, di un assetto fondato sulla differenziazione delle tutele accessibili al lavoratore in ragione, da un lato, della causale del licenziamento e, dall'altro, del vizio che lo inficia; un sistema, dunque, radicalmente diverso da quello delineato dal testo originario dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, che si caratterizzava per l'assoluta centralità del rimedio della reintegrazione nel posto di lavoro. Il nuovo testo dell'art. 18, come risultante dalla «riforma Fornero», contempla infatti quattro distinti regimi di tutela. Il primo è rappresentato dalla *tutela reintegratoria piena*, consistente nella reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e nella corresponsione da parte del datore di lavoro di un'indennità risarcitoria non inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto, che trova applicazione nelle ipotesi di licenziamento nullo perché discriminatorio o perché intimato in concomitanza con il matrimonio o in violazione della normativa sui congedi parentali, di licenziamento viziato da motivo illecito determinante a norma dell'art. 1345 c.c. e di licenziamento inefficace perché privo della forma scritta prevista dall'art. 2 della legge n. 604/1966. Il secondo è costituito dalla *tutela reintegratoria attenuata*, consistente nella reintegrazione del lavoratore e nel pagamento a suo favore di un'indennità risarcitoria non superiore a 12 mensilità della retribuzione globale di fatto, che si applica quando non ricorrano gli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo perché il fatto contestato al lavoratore non sussiste o è punibile, secondo i contratti collettivi e i codici disciplinari applicabili, con una sanzione conservativa; quando il giudice ritenga privo di adeguata motivazione il licenziamento per giustificato motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore; quando il licenziamento di cui

lavoratori (come modificato dalla «legge Fornero»), nella parte in cui affidava al giudice che avesse accertato la «manifesta insussistenza» del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo la scelta discrezionale se applicare la tutela reintegratoria (attenuata) o quella indennitaria (forte).

A poco meno di un anno di distanza, la Corte costituzionale è tornata a pronunciarsi sulla disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo prevista dalla «legge Fornero». Lo ha fatto con una sentenza, la n. 125/2022 oggetto della presente nota, che, oltre a essere strettamente legata alla citata sentenza n. 59/2021 sul piano della vicenda processuale, si regge su un *iter* argomentativo molto simile a quello che sostiene quest'ultima. Di esso darà conto nei paragrafi che seguono, con il proposito di evidenziare che alcuni degli argomenti spesi dalla Corte nelle due pronunce, se sviluppati coerentemente, potrebbero rappresentare avvisaglie di una significativa – e, almeno a giudizio di chi scrive, apprezzabile – evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di diritto al lavoro e tutele contro il licenziamento.

all'art. 2110 c.c. sia viziato dal mancato superamento del periodo di comporto; infine – all'esito proprio della citata sentenza della Corte costituzionale n. 59/2021 – nel caso di «manifesta insussistenza» del fatto su cui si fonda il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Il terzo corrisponde alla *tutela indennitaria forte*, consistente nel pagamento da parte del datore di lavoro al lavoratore di un'indennità risarcitoria compresa tra le 12 e le 24 mensilità della retribuzione globale di fatto, che si applica in tutti gli altri casi, diversi da quelli sanzionati con la tutela reintegratoria attenuata, in cui non ricorrano gli estremi della giusta causa, del giustificato motivo soggettivo e del giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Il quarto è individuato nella *tutela indennitaria debole*, che consiste nel pagamento al lavoratore di un'indennità risarcitoria compresa fra le 6 e le 12 mensilità della retribuzione globale di fatto e si applica nelle ipotesi di inosservanza del requisito della motivazione del licenziamento, delle norme sui provvedimenti disciplinari e sulle procedure per la loro applicazione poste dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori e, infine, delle norme sulle comunicazioni dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dettate dall'art. 7 della legge n. 604/1966. Per la puntuale illustrazione dei diversificati regimi di tutela introdotti dalla «legge Fornero» cfr. F. SANTONI, *Diritto del lavoro*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, 363 ss.; M. ESPOSITO – L. GAETA – A. ZOPPOLI – L. ZOPPOLI, *Diritto del lavoro e sindacale*, Torino, Giappichelli, 2020, 327-333; AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, a cura di M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, Giappichelli, 2013. In particolare, per una posizione critica sulla frantumazione del sistema delle tutele contro il licenziamento illegittimo si veda O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 St. lav.*, in *op. ult. cit.*, spec. 238-239 e 245-252, nonché C. ZOLI, *Il puzzle dei licenziamenti ed il bilanciamento dei valori tra tecniche di controllo e strumenti di tutela*, in *Working papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 428/2020, 6 ss. Per una riflessione specificamente dedicata alla disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo la «riforma Fornero», cui appartiene anche la norma oggetto della sentenza qui commentata, si veda V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo:* extrema ratio *o normale licenziamento economico?*, in *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, a cura di A. Perulli, Torino, Giappichelli, 2017, 113 ss., dove si osserva che «nel licenziamento economico, l'interesse alla conservazione del posto di lavoro è "affievolito" dopo la modifica del 2012 e completamente sparito a seguito del d. lgs. 23/2015 per il contratto a tutele crescenti».

2. La questione di legittimità costituzionale

Con la sentenza n. 125/2022, la Corte costituzionale si pronuncia su una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Ravenna, in funzione di giudice del lavoro, con ordinanza del 6 maggio 2021. Merita sin d'ora segnalare lo stretto legame di ordine processuale che intercorre tra la sentenza in commento e la sentenza n. 59/2021: quest'ultima, depositata il 1° aprile 2021 e pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 7 aprile di quell'anno, cioè appena un mese prima della sollevazione della questione oggetto della sentenza n. 125/2022, aveva deciso una questione sollevata, con ordinanza del 7 febbraio 2020, dal medesimo giudice *a quo* nel corso del medesimo giudizio[2]. In altre parole, le due ordinanze di rimessione hanno rappresentato due distinti incidenti sorti nell'ambito della stessa vicenda giudiziaria: dato, questo, già di per sé indicativo della contiguità dei temi e dei problemi posti all'attenzione del giudice costituzionale.

Oggetto della questione sottoposta alla Corte è nuovamente l'art. 18, co. 7, secondo periodo, dello Statuto dei lavoratori, come modificato dalla «legge Fornero», stavolta nella parte in cui prevede, quale requisito per l'applicazione della tutela reintegratoria, il carattere *manifesto* dell'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Della legittimità costituzionale di questa norma il giudice *a quo* dubita sotto diversi profili. In primo luogo, prospetta una violazione dell'art. 3, co. 1, Cost., *sub specie* del criterio di ragionevolezza, in quanto la norma in esame distinguerebbe senza valida giustificazione fra la disciplina del licenziamento disciplinare (cioè per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo) e quella del licenziamento c.d. «economico» (cioè per giustificato motivo oggettivo), attribuendo a quest'ultimo un trattamento che – nella prospettiva del lavoratore – risulta deteriore. Nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo, infatti, la tutela reintegratoria potrà essere conseguita solo quando il giudice ritenga che il fatto invocato dal datore di lavoro a giustificazione del recesso sia manifestamente insussistente, mentre nel caso del licenziamento disciplinare, la cui disciplina

[2] Si tratta di un giudizio di opposizione *ex* art. 1, co. 51, della legge n. 92/2012 contro l'ordinanza che, a conclusione della fase sommaria del c.d. «rito Fornero», regolata dai co. 48, 49 e 50 del medesimo articolo, aveva disposto la reintegrazione di un lavoratore nei confronti del quale erano stati irrogati, a breve distanza, ben tre licenziamenti: due per giusta causa e uno per giustificato motivo oggettivo. Come precisato dalla Corte costituzionale (cfr. C. cost. sent. n. 59/2021, punto 1.1 del *Ritenuto in fatto*, nonché C. cost. sent. n. 125/2022, punto 1.1 del *Ritenuto in fatto*), l'opposizione da cui il giudizio *a quo* trae origine riguarda le sole statuizioni dell'ordinanza relative al licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

rappresenta qui il *tertium comparationis*, è sufficiente a tal fine che si accerti la "semplice" insussistenza del fatto addotto da parte datoriale[3].

In secondo luogo, il giudice remittente ravvisa una violazione dell'art. 3, co. 1, Cost., a causa dell'irragionevole differenziazione fra la disciplina del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo e quella del licenziamento collettivo, laddove l'uno e l'altro risultino viziati da violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare. Se nella seconda fattispecie tale vizio è sanzionato, a norma dell'art. 5, co. 3, della legge n. 223/1991, con la reintegrazione, nella prima il requisito della «manifesta» insussistenza è interpretato dal diritto vivente nel senso di escludere che la violazione dei principi di buona fede e correttezza (artt. 1175 e 1375 c.c.) nello scegliere i lavoratori da licenziare possa dare ingresso al rimedio reintegratorio[4].

In terzo luogo, un ulteriore profilo di illegittimità costituzionale si coglierebbe nella violazione ancora dell'art. 3, co. 1, Cost., in conseguenza del carattere illogico e indeterminato del criterio discretivo – fra tutela reintegratoria e tutela indennitaria – della «manifesta insussistenza» del fatto «economico» addotto da parte datoriale, foriero di esiti applicativi imprevedibili e potenzialmente rimessi alle diverse sensibilità dei giudici[5]. Si tratterebbe, dunque, di un'ipotesi di irragionevolezza intrinseca della previsione legislativa.

Ancora, il rimettente prospetta una violazione degli artt. 3, co. 1, e 24 Cost., in quanto la disciplina censurata, ribaltando la regola sulla prova dei presupposti del licenziamento dettata dall'art. 5 della legge n. 604/1966, onererebbe irragionevolmente il lavoratore illegittimamente licenziato di provare fatti estranei alla sua sfera di conoscenza e riconducibili, invece, a quella del datore di lavoro, cioè i fatti dai quali si dedurrebbe la «manifesta insussistenza» delle esigenze

[3] In proposito il rimettente (Trib. Ravenna, ord. 6 maggio 2021, n. 97, punto 7 dei *Motivi*) afferma che il raffronto tra le due discipline, quella del co. 7 e quella del co. 4 dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, «permette di evidenziare un trattamento irragionevolmente discriminatorio tra situazioni de tutto omogenee, per lo meno sotto i profili rilevanti ai fini della tutela da assegnare loro», poiché, pur trattandosi «di due regimi sanzionatori entrambi relativi all'ipotesi di accertamento in giudizio dell'inesistenza del fatto posto a fondamento del licenziamento», solo nel caso del licenziamento per giustificato motivo oggettivo «occorre […] procedere ad un ulteriore scrutinio, al fine di verificare che tale insussistenza sia anche manifesta, per (potere, ora) dovere procedere alla reintegra».

[4] A testimonianza dell'esistenza di un'interpretazione consolidata in tal senso, ancora al punto 7 dell'ordinanza di rimessione il giudice *a quo* cita C. cass. sent. n. 1401/2016, C. cass. sent. n. 19732/2018 e C. cass. sent. n. 1508/2021.

[5] In argomento, sempre al punto 7 dell'ordinanza, il rimettente – con formulazione indubbiamente colorita ma tutto sommato efficace – osserva che, anche a voler fare proprio quell'orientamento della Corte di cassazione che identifica la «manifesta insussistenza» del fatto economico nel «torto marcio» del datore di lavoro, «ciò che è "torto marcio" per un determinato interprete, magari per un altro è solo un "torto maturo" o addirittura un "torto acerbo" (ma attenzione: sempre di torto si tratta)».

d'impresa che concretizzano il giustificato motivo oggettivo, con ciò compromettendo in misura significativa le *chances* di vittorioso esperimento dell'azione.

Infine, il giudice *a quo* ritiene che la norma in questione contrasti anche con il combinato disposto degli artt. 3, co. 1, 4 e 35 Cost., in quanto realizzerebbe un bilanciamento irragionevole fra il diritto al lavoro e la libertà di iniziativa economica privata tutelata dall'art. 41 Cost. (della quale il recesso unilaterale del datore dal contratto di lavoro rappresenta un'esplicazione), privilegiando eccessivamente la seconda a tutto sfavore del primo; nonché con l'art. 3, co. 2, Cost., in quanto incrementerebbe quegli «ostacoli di ordine economico e sociale» che il principio di eguaglianza sostanziale impone alla Repubblica di rimuovere.

3. La decisione della Corte e la sua *ratio*: irragionevolezza del sistema di tutela e indeterminatezza del criterio discretivo

Non diversamente da come avvenuto nel caso della sentenza n. 59/2021, il cardine dell'impianto argomentativo che sostiene la decisione è rappresentato dal criterio di ragionevolezza: la Corte sceglie infatti di concentrare la propria attenzione sulle censure concernenti la violazione dell'art. 3, co. 1, Cost. – ad eccezione, peraltro, di quella relativa alla diversità di trattamento tra licenziamento individuale e licenziamento collettivo –, dichiarando «assorbite» tutte le altre. In adesione alla prospettazione del rimettente, il giudice costituzionale riscontra la fondatezza di tali censure, dal che consegue la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 18, co. 7, secondo periodo, dello Statuto dei lavoratori limitatamente alla parola «manifesta».

Due sono i principali argomenti che conducono la Corte a questo esito. Il primo è rappresentato dall'irragionevolezza della diversificazione operata dal legislatore del 2012 fra la disciplina del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo e quella del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Sul punto, la Corte sostiene che, giacché il sistema delineato dalla «riforma Fornero» individua nell'insussistenza del fatto il presupposto comune della reintegrazione, nel regime del licenziamento disciplinare come in quello del licenziamento «economico»[6], contrasta

[6] C. cost. sent. n. 125/2022, punto 8 del *Considerato in diritto*: «Nel peculiare sistema delineato dalla legge n. 92 del 2012, la reintegrazione, sia per i licenziamenti disciplinari sia per quelli economici, si incardina sulla nozione di insussistenza del fatto […]».

con il criterio di ragionevolezza la previsione per cui solo nel licenziamento economico la tutela reintegratoria è accessibile unicamente nel caso in cui tale insussistenza risulti «manifesta». In altre parole, si imputa alla norma in questione di aver riservato al lavoratore licenziato in forza di un giustificato motivo oggettivo insussistente un trattamento che, sul piano dei rimedi, risulta irragionevolmente deteriore rispetto a quello riservato al lavoratore licenziato per una giusta causa o un giustificato motivo soggettivo del pari insussistenti: nel primo caso, infatti, la pura e semplice insussistenza del fatto addotto dal datore di lavoro non sarà sufficiente a ottenere la reintegrazione, essendo necessario che quel fatto si configuri come «manifestamente» insussistente. È un argomento, questo, che il giudice costituzionale trae quasi testualmente dalla sentenza n. 59/2021, in cui proprio il riconoscimento del rilievo «comune» dell'insussistenza del fatto ai fini della reintegrazione aveva consentito di bollare come irragionevole e discriminatoria la norma – anch'essa posta dall'art. 18, co. 7, secondo periodo, dello Statuto dei lavoratori – che nel solo licenziamento per giustificato motivo oggettivo configurava come discrezionale l'applicazione della tutela reale[7]. Merita osservare che era stato proprio questo aspetto della *ratio decidendi* a indurre alcuni commentatori di quella sentenza a preconizzare, sin dal suo deposito, l'accoglimento di una futura questione che avesse ad oggetto il requisito della «manifesta insussistenza» del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo[8].

La posizione della Corte merita di essere condivisa. Essa non sembra scalfita dalle critiche di quella dottrina che, per giustificare il diverso trattamento del vizio di insussistenza del fatto tra licenziamento disciplinare e licenziamento economico, per un verso adduce l'esistenza di una differenza «ontologica» o «strutturale» tra licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo e licenziamento per giustificato motivo oggettivo, per altro verso sostiene che il pregiudizio arrecato al lavoratore dal recesso destituito di ogni base fattuale sarebbe maggiore nel licenziamento disciplinare che in quello economico, perché solo nel primo caso ne risulterebbero

[7] C. cost. sent, n. 59/2021, punto 9 del *Considerato in diritto*: «In un sistema che, per consapevole scelta del legislatore, annette rilievo al presupposto comune dell'insussistenza del fatto e a questo presupposto collega l'applicazione della tutela reintegratoria, si rivela disarmonico e lesivo del principio di eguaglianza il carattere facoltativo del rimedio della reintegrazione per i soli licenziamenti economici […]».

[8] S. BELLOMO – A. PRETEROTI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 59/2021 sull'art. 18 St. lav.: una questione di (inaccettabile) discrezionalità*, in *Federalismi.it*, n. 13, 2021, 4. Nello stesso senso, se si vuole, si veda S. CAFIERO, *Un freno alla marginalizzazione della reintegrazione nel posto di lavoro, sulla base del principio di ragionevolezza (e forse non solo): nota a C. cost. sent. n. 59/2021*, in *Federalismi.it*, n. 28, 2021, 15. La stessa previsione è formulata, in modo non adesivo ma critico, anche in P. TOSI – E. PUCCETTI, *La facoltatività della reintegra tra disparità di trattamento ed eccesso di discrezionalità*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 2, 2021, 495 ss.

direttamente coinvolte la «personalità» e la «dignità» del prestatore di lavoro[9]. Alla prima obiezione deve replicarsi che, sebbene la distinzione tra giustificato motivo soggettivo e giustificato motivo oggettivo sia molto nettamente fissata dalla legge[10], e ancorché la nozione di «giusta causa» di cui all'art. 2119 c.c. sia costantemente interpretata dalla giurisprudenza di merito e di legittimità in modo tale da essere irriducibile a ragioni economiche od organizzative[11], ciò non autorizza a negare l'identità della condotta del datore di lavoro ogniqualvolta egli receda dal contratto di lavoro a fronte di un fatto inesistente, quale che sia la causale del licenziamento. Quanto alla seconda, ad essa sembra potersi opporre che, attesi il rilievo non solo economico che il lavoro ricopre per il lavoratore[12] e il ruolo centrale che esso occupa nella concezione della persona e della società espressa dalla Costituzione[13], il licenziamento – qualunque licenziamento – pone sempre in gioco la sfera della personalità del lavoratore e la sua dignità, che dal lavoro dipendono strettamente, sicché

[9] Obiezioni, queste, avanzate da E. GHERA, *Le tre sentenze della Corte costituzionale sul regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. Interrogativi e prospettive*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 1, 2022, 19 ss.; da C. PISANI, *La riforma dei regimi sanzionatori del licenziamento per mano della Consulta*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 2, 2021, 524-526; da G. PELLACANI, *Licenziamento per motivi economici illegittimo, "manifesta insussistenza" e reintegrazione nell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori: il legislatore scrive "può", la Corte costituzionale sostituisce con "deve"*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 436, 2021, 6-8; nonché da P. TOSI – E. PUCCETTI, *Il licenziamento per motivi economici al vaglio della Consulta*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 2, 2020, 519.

[10] Per «giustificato motivo soggettivo» si intende infatti, ai sensi dell'art. 3 l. n. 604/1966, il «notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro», laddove invece per «giustificato motivo oggettivo» deve intendersi, a norma del medesimo articolo, la ricorrenza di «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa».

[11] Ad esempio, in C. cass. sent. n. 6354/2013, coerentemente con il pacifico assetto raggiunto dal diritto vivente sul punto, alla nozione di «giusta causa» sono ricondotti tutti quegli atti e quei comportamenti che «per la loro gravità […] siano tali da scuotere la fiducia del datore di lavoro in modo irreparabile e tale da far ritenere pregiudizievole la prosecuzione anche provvisoria del rapporto di lavoro».

[12] Sullo stretto coinvolgimento della persona del lavoratore nelle vicende attinenti al rapporto di lavoro U. PROSPERETTI, *Lavoro (fenomeno giuridico)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, spec. 331-332; G. SILVESTRI, *L'interpretazione nel diritto del lavoro*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2018, 30-31; P. LAMBERTUCCI, *Il diritto del lavoro tra principi costituzionali e discipline di tutela: brevi appunti*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 1, 2010, 111 ss. Di un «diretto coinvolgimento del lavoratore come persona» nel rapporto di lavoro, che attribuisce a quest'ultimo una «forte valenza esistenziale», ha discorso anche C. cass. sent. n. 6572/2006, punto 6 del *Diritto*.

[13] Sul tema, assai ampiamente esplorato e discusso da una molteplicità di punti di vista diversi, si vedano almeno M. MAZZIOTTI, *Lavoro (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1973, spec. 338-343; C. MORTATI, *Art. 1*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1975, 10 ss.; G.F. MANCINI, *Art. 4*, in *op. ult. cit.*, 199 ss.; M. BENVENUTI, *Lavoro (principio costituzionale del)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XX, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 2009 spec. 3-9; M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 3, 2010 spec. 632-644; T. GROPPI, *«Fondata sul lavoro». Origini, significato, attualità della scelta dei Costituenti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 2012, spec. 678 ss.; L. NOGLER, *Cosa significa che l'Italia è una Repubblica "fondata sul lavoro"?*, in *Lavoro e diritto*, n. 3, 2009, 436-437. Più di recente, si vedano le riflessioni di R. CASILLO, *Lavoro e dignità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, spec. 53 ss., nonché, anche alla luce della crisi pandemica, quelle di S. STAIANO, *Pandemia e diritto al lavoro. Disallineamenti dalla Costituzione*, in *Tutela della salute pubblica e rapporti di lavoro*, a cura di L. Zoppoli, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, *passim*.

l'entità del pregiudizio indebitamente arrecato al lavoratore da un licenziamento illegittimo non dipende affatto dalla causale apposta dall'atto espulsivo[14]. Per le stesse ragioni, tantomeno può condividersi la tesi, avanzata da certa dottrina, secondo la quale il licenziamento per giustificato motivo oggettivo (anche quando illegittimo!) sarebbe addirittura una vicenda «neutra», del tutto estranea alla dimensione personale e dignitaria del lavoratore[15].

Il secondo argomento a sostegno della pronuncia di accoglimento è quello della «irragionevolezza intrinseca» della «manifesta insussistenza» del fatto come criterio discretivo fra la tutela indennitaria e quella reintegratoria. Un'irragionevolezza che la Corte fa derivare dall'assoluta indeterminatezza del requisito in parola, il quale, affidando al giudice «un apprezzamento imprevedibile e mutevole, senza alcuna indicazione utile a orientarne gli esiti»[16], produce una spiccata incertezza circa i rimedi concretamente conseguibili dal lavoratore. Sul punto, la Corte non si limita a rilevare, sul piano della prassi applicativa, che «è problematico […] il discrimine tra l'evidenza conclamata del vizio e l'insussistenza pura e semplice del fatto»[17]; essa si spinge anche oltre, muovendo al criterio in questione una critica radicale sul piano logico, che attiene all'impossibilità di predicare l'attributo – per così dire – della «evidenza manifesta» della sussistenza (o insussistenza) di un fatto[18]. Un fatto, sembra dire la Corte, sussiste o non sussiste, sicché ogni operazione volta a distinguere i fatti che «manifestamente» non sussistono da quelli la cui insussistenza non è «manifesta» risulta «priva di un plausibile fondamento empirico»[19]. Tesi, questa, che convince solo in parte: se infatti – contro l'avviso del giudice costituzionale – la sussistenza di un fatto pare effettivamente poter essere graduata in termini di evidenza o meno, molto più arduo appare svolgere la medesima operazione quanto alla non-sussistenza di un fatto, rappresentando quest'ultima il risultato di un accertamento negativo. E ancor più complessa sarà questa operazione quando il fatto insussistente, rispetto al quale occorre valutare se la sua insussistenza sia «manifesta» o meno, sia il giustificato motivo oggettivo, che secondo l'art. 3 della

[14] L. ZOPPOLI, *Corte costituzionale 59/21 e disciplina del licenziamento: piccone o scalpello?*, in *Giustizia insieme*, 27 aprile 2021, par. 2.

[15] Così P. TOSI – E. PUCCETTI, *La facoltatività della reintegra tra disparità di trattamento ed eccesso di discrezionalità*, cit., 499.

[16] C. cost. sent. n. 125/2022, punto 9.1 del *Considerato in diritto*.

[17] C. cost. sent. n. 125/2022, punto 9.1 del *Considerato in diritto*.

[18] C. cost. sent. n. 125/2022, punto 9.2 del *Considerato in diritto*: «[l]a sussistenza di un fatto non si presta a controvertibili graduazioni in chiave di evidenza fenomenica, ma evoca piuttosto una alternativa netta, che l'accertamento del giudice è chiamato a sciogliere in termini positivi o negativi».

[19] C. cost. sent. n. 125/2022, punto 9.2 del *Considerato in diritto*.

legge n. 604/1966 consiste in «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa», tanto più in un sistema che – come la Corte costituzionale non manca di rilevare – mira ad impedire al giudice di pronunciarsi sul merito dell'attività d'impresa[20].

Ad ogni modo, anche a voler respingere quest'ultima tesi, il ragionamento della Corte merita di essere condiviso laddove rileva che l'ordinamento non offre alcuna chiave interpretativa volta a guidare l'apprezzamento del giudice nel distinguere tra insussistenza "semplice" e insussistenza «manifesta» del fatto. Si tratta anche in questo caso di un argomento che rassomiglia molto ad uno di quelli che sostengono la sentenza n. 59/2021: qui, infatti, la Corte aveva ravvisato un ulteriore profilo di contrasto con l'art. 3, co. 1, Cost. nella circostanza che l'opzione fra tutela reintegratoria e tutela indennitaria, affidata al giudice dall'impiego del verbo «potere» invece che del verbo «dovere», fosse sprovvista di qualunque credibile criterio direttivo[21]. Vi è tuttavia una differenza da segnalare. Per giungere a questo esito, infatti, nella sentenza n. 59/2021 la Corte aveva dovuto impegnarsi a confutare il criterio di esercizio della discrezionalità giudiziale suppletivamente individuato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità nel concetto di «eccessiva onerosità», tratto dalla disciplina della reintegrazione in forma specifica[22], argomentandone l'irragionevolezza e l'estraneità al sistema delle tutele contro il licenziamento[23]. Nulla di tutto questo è stato necessario nella sentenza n. 125/2022, per la semplice ragione che, rispetto alle disposizioni qui in esame, il «diritto vivente» non era stato in grado offrire alcun criterio interpretativo della «manifesta insussistenza», capace di indicare cosa dovesse intendersi con tale formula e come essa si distinguesse dalla "mera" insussistenza del fatto. Sul punto sembrano cogliere nel segno le

[20] Un intento chiaramente espresso dall'art. 30, co. 1, l. 4 novembre 2010, n. 183, a norma del quale, quando si tratti di fare applicazione di clausole generali appartenenti alla disciplina del rapporto di lavoro (quali sono indubitabilmente anche il giustificato motivo oggettivo, il giustificato motivo soggettivo e la giusta causa), «il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente».

[21] A riprova di questa somiglianza fra le due fattispecie, alcuni dei primi commenti alla sentenza n. 59/2021 avevano sottolineato il rischio che l'eccessiva discrezionalità giudiziale stigmatizzata in quella sentenza sopravvivesse proprio nell'apprezzamento della «manifesta insussistenza» del fatto. Si veda in tal senso S. BELLOMO – A. PRETEROTI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 59/2021 sull'art. 18 St. lav.*, cit., 5.

[22] Disciplina posta dall'art. 2058 c.c., il cui co. 2 prevede che il giudice possa escludere la reintegrazione in forma specifica quando ritenga che essa risulti «eccessivamente onerosa» per il debitore, applicando in suo luogo il rimedio del risarcimento per equivalente. L'orientamento in esame, traendo argomenti da questa disposizione, aveva tentato di circoscrivere l'applicazione della tutela reale del posto di lavoro a seguito di manifesta insussistenza del fatto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo al solo caso in cui essa non risultasse «eccessivamente onerosa» per il datore di lavoro, avuto riguardo allo stato dell'impresa al momento di adozione del rimedio.

[23] C. cost. sent. n. 59/2021, punti 10 e 10.1 del *Considerato in diritto*.

considerazioni svolte dal giudice *a quo* nell'ordinanza di rimessione, nella quale, passate in rassegna le ben poco esplicative locuzioni utilizzate in varie sentenze della Corte di cassazione per dare contenuto al requisito in esame[24], si conclude che gli sforzi profusi in tal senso hanno finito per risolversi «nel tentativo di spiegare con sinonimi il concetto di insussistenza manifesta»[25]. Sicché può sostenersi che nella sentenza n. 125/2022 il giudice costituzionale sia stato chiamato a confrontarsi con un'indeterminatezza ancor più accentuata di quella che caratterizzava la norma oggetto della sentenza n. 59/2021[26].

È probabile che su questa parte della motivazione si appuntino quelle stesse critiche, già mosse alla sentenza n. 59/2021, secondo le quali, nelle recenti pronunce sulle due riforme del diritto del lavoro degli anni Dieci di questo secolo, la Corte avrebbe manifestato un atteggiamento ondivago e contraddittorio nei confronti della discrezionalità del giudice, valorizzandola come componente essenziale del sistema dei rimedi nelle sentenze nn. 194/2018 e 150/2020 sul *Jobs Act* e invece stigmatizzandola nelle sentenze nn. 59/2021 e 125/2022 sulla «riforma Fornero»[27]. Ma si tratta di critiche che non meritano accoglimento, poiché molto diverse sono le forme di discrezionalità che vengono in questione in ciascuna di queste due coppie di sentenze. Le due sentenze sul *Jobs Act*, dichiarando l'illegittimità costituzionale del criterio di calcolo della tutela indennitaria previsto da quella riforma, unicamente ancorato all'anzianità di servizio del lavoratore, hanno infatti inteso ripristinare l'ordinaria discrezionalità del giudice nel valutare il pregiudizio arrecato al danneggiato alla stregua di una pluralità di fattori attinenti alla vicenda concreta (non ultimi le condizioni

[24] Il riferimento è a C. cass. sent. n. 10435/2018, in cui la manifesta insussistenza è interpretata come «chiara pretestuosità del recesso»; a C. cass. sent. n. 2930/2019, in cui la manifesta insussistenza è spiegata come «evidente e facilmente verificabile assenza dei presupposti giustificativi del licenziamento»; e soprattutto a C. cass. sent. n. 7167/2019, in cui per manifesta insussistenza si intende un'insussistenza del fatto «contraddistinta da tratti che ne segnalano, in modo palese, la peculiare difformità rispetto alla mera assenza dei presupposti del licenziamento».

[25] Trib. Ravenna, ord. 6 maggio 2021, n. 97, punto 7 dei *Motivi*.

[26] L'indeterminatezza del criterio della «manifesta insussistenza» del fatto e la conseguente imprevedibilità dei suoi esiti applicativi sono ben esemplificate da un caso citato nell'ordinanza di rimessione (ancora al punto 7 dei *Motivi*). Si tratta di C. cass. sent. n. 181/2019, in cui il giudice di legittimità, nel confermare la sentenza impugnata, ha condiviso la prospettazione del giudice di secondo grado, per la quale l'aver il datore di lavoro, a breve distanza dal licenziamento, provveduto a sostituire i lavoratori licenziati con nuovi lavoratori incaricati delle medesime mansioni, ma assunti con contratti a tempo determinato, costituirebbe un'ipotesi di insussistenza *non manifesta* del fatto posto a base del licenziamento economico, come tale non sanzionabile con la tutela reintegratoria. Ciò a dimostrazione della prodigiosa elasticità del requisito dell'insussistenza «manifesta», capace di dare ingresso anche a soluzioni interpretative che costringono a domandarsi cosa mai debba fare il datore di lavoro per incorrere in tale vizio.

[27] Critiche, queste, mosse alla sent. n. 59/2021 da C. PISANI, *La riforma dei regimi sanzionatori del licenziamento per mano della* Consulta, cit., 529, da P. ICHINO, *No, non è vero che la Consulta ha demolito la legge Fornero*, in *Il Foglio*, 3 aprile 2021, e da G. PELLACANI, *Licenziamento per motivi economici illegittimo, "manifesta insussistenza" e reintegrazione nell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 4.

economiche delle parti e il loro comportamento)[28], ponendo fine all'assurdo ordinamentale per cui, ad onta della centralità del lavoro nel quadro costituzionale e con buona pace dell'esigenza – costituzionale anch'essa – di compensare la strutturale disparità fra le parti del rapporto di lavoro subordinato, il lavoratore illegittimamente licenziato rappresentava una delle categorie di creditori meno intensamente protette, quantomeno sul piano della misura del risarcimento conseguibile[29]. Dal canto loro, come si è detto, le due sentenze sulla «riforma Fornero» hanno rimosso dall'ordinamento due ipotesi di discrezionalità giudiziale che non è improprio definire abnormi, perché prive di qualunque criterio direttivo plausibile e perché attinenti non alla quantificazione della corretta misura del risarcimento dovuto, ma alla stessa specie della tutela concretamente applicabile al lavoratore.

4. Il tema della particolare gravità del vizio di insussistenza del fatto. Possibili ricadute sul *Jobs Act*

Gli argomenti finora illustrati trovano agevole collocazione nella consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di diritto al lavoro e disciplina del licenziamento. Una giurisprudenza, questa, i cui capisaldi devono rintracciarsi nella sentenza n. 45/1965, in cui la Corte, pur rigettando una questione attinente al regime del recesso *ad nutum* originariamente delineato dall'art. 2118 c.c., per la prima volta ascrisse al contenuto del diritto al lavoro, come risultante dagli artt. 4 e 35 Cost., «l'obbligo» per il decisore politico «di indirizzare l'attività di tutti i pubblici poteri, e dello stesso legislatore, alla creazione di condizioni economiche, sociali e giuridiche che consentano l'impiego di tutti i cittadini idonei al lavoro»[30]. Alle «condizioni giuridiche» da realizzare a tale scopo la Corte ha ricondotto dapprima la generica introduzione di «doverose

[28] L. ZOPPOLI, *Corte costituzionale 59/21 e disciplina dei licenziamenti: piccone o scalpello?*, cit. par. 2.

[29] Così L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 3, 2015, 508, nonché S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore con contratto «a tutele crescenti» dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *Working papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 379, 2018, 2-5. Nello stesso senso anche C. PINELLI, *La tutela della Corte contro il ricorso ad automatismi legislativi nella determinazione dell'indennità in caso di licenziamento illegittimo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6, 2018, 2364 ss., così come E. BALBONI, *La forza dei principi, ovvero ultimi (?) bagliori costituzionalmente orientati. Commento alla sentenza n. 194 del 2018 intorno al "diritto al lavoro"*, in *forumcostituzionale.it*, n. 11, 2018, *passim.*

[30] C. cost. sent. n. 45/1965, punto 3 del *Considerato in diritto*.

garanzie […] e opportuni temperamenti» del potere di recesso unilaterale[31]; quindi, in sentenze successive, il più specifico dovere di disciplinare il licenziamento in modo tale da escluderne l'arbitrarietà, spesso espresso nella formula del «diritto a non essere licenziato ingiustificatamente o irragionevolmente»[32] o in quella, del tutto analoga, del «diritto di non subire un licenziamento arbitrario»[33]. Tratto costante di questa giurisprudenza è l'affermazione secondo cui spetta alla discrezionalità del legislatore determinare i pur doverosi limiti alla facoltà datoriale di recedere unilateralmente dal contratto di lavoro[34], con la precisazione che tale discrezionalità deve essere esercitata nel rispetto dei generali principi di eguaglianza e ragionevolezza, restando dunque esposta, sotto questo profilo, al sindacato di legittimità costituzionale.

Rispetto a questa giurisprudenza, però, la sentenza n. 125/2022 sembra fare un passo in più, laddove afferma che, giacché «l'insussistenza del fatto […] chiama in causa l'aspetto qualificante dei presupposti di legittimità del licenziamento», il richiamo ad essa operato dalla disciplina censurata «vale a circoscrivere la reintegrazione *ai vizi più gravi*, che investono il nucleo stesso e le connotazioni salienti della scelta imprenditoriale, confluita nell'atto di recesso»[35]; con la conseguenza, fra l'altro, che il requisito della «manifesta insussistenza» del fatto a base del licenziamento economico risulta «eccentrico», e dunque irragionevole, proprio perché «prescinde dalla tipologia del vizio dell'atto espulsivo», rappresentando «una contingenza accidentale» che

[31] C. cost. sent. n. 45/1965, punto 4 del *Considerato in diritto*.

[32] C. cost. sent. n. 60/1991, punto 9 del *Considerato in diritto*.

[33] Per questa formulazione si vedano C. cost. sent. 541/2000, punto 2 del *Considerato in diritto*, e C. cost. ord. n. 56/2006, nonché, più di recente, le citate C. cost. sent. n. 194/2018, punto 9.1 del *Considerato in diritto*, e C. cost. sent. n. 59/2021, punto 8 del *Considerato in diritto*.

[34] Si veda, oltre alle pronunce appena citate, anche C. cost. sent. n. 46/2000, punto 5 del *Considerato in diritto*. Da ultimo, l'argomento in parola è stato impiegato in C. cost. sent. n. 183/2022, avente ad oggetto una questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 9, co. 1, d.lgs n. 23/2015, nella parte in cui prevede che la tutela indennitaria prevista dall'art. 3, co. 1, del medesimo decreto (per le ipotesi in cui il licenziamento sia illegittimo perché non ricorrono gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo od oggettivo) sia dimezzata e non possa superare le sei mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR se il datore di lavoro non raggiunge i requisiti occupazionali previsti dall'art. 18, co. 8 e 9, dello Statuto dei lavoratori. Pur riconoscendo «l'effettiva sussistenza del *vulnus* denunciato dal rimettente» (punto 6 del *Considerato in diritto*), poiché l'esiguo scarto tra la misura minima (tre mensilità) e quella massima (sei mensilità) impedisce di proporzionare la tutela indennitaria ai peculiari caratteri della vicenda concreta, e poiché le dimensioni occupazionali dell'impresa non possono oggi dirsi indicative della sua effettiva forza economica, la Corte si pronuncia nel senso dell'inammissibilità della questione, a motivo dell'esistenza di una pluralità di soluzioni normative, tutte aperte alla discrezionalità del legislatore, che consentirebbero di porre rimedio alla denunciata violazione della Costituzione (punto 6.2 del *Considerato in diritto*). Ciò, però, non le impedisce di ammonire il legislatore che «un ulteriore protrarsi dell'inerzia legislativa non sarebbe tollerabile e la indurrebbe, ove nuovamente investita, a provvedere direttamente», pur in assenza di opzioni costituzionalmente necessitate (punto 7 del *Considerato in diritto*).

[35] C. cost. sent. n. 125/2022, punto 8 del *Considerato in diritto* (corsivo aggiunto).

dipende solo «dall'imprevedibile dialettica processuale e dalle variabili […] che condizionano il diverso grado dell'approfondimento istruttorio necessario»[36]. Si tratta di considerazioni che vanno poste in rapporto con quelle, ancor più esplicite, sviluppate nella sentenza n. 59/2021, in cui si afferma che «l'insussistenza del fatto, pur con le diverse gradazioni che presenta nelle singole fattispecie di licenziamento, denota il contrasto più stridente con il principio di necessaria giustificazione del recesso del datore di lavoro, che questa Corte ha enucleato sulla base degli artt. 4 e 35 Cost.»[37]. Detto altrimenti, in entrambe le sentenze la Corte sostiene che, fra i possibili vizi dell'atto espulsivo, l'insussistenza del fatto si distingue per la sua particolare gravità, in quanto un licenziamento destituito di ogni fondamento fattuale appare agli antipodi del principio di non-arbitrarietà del recesso datoriale che la giurisprudenza costituzionale ha ascritto ai contenuti del diritto al lavoro; e di questa particolare gravità il legislatore deve necessariamente tener conto, quando si occupa di delineare il sistema dei rimedi contro il licenziamento illegittimo. Così sviluppato, l'argomento in parola sembra poter offrire supporto a quelle tesi – invero minoritarie – che, contrapponendosi alla linea interpretativa secondo cui la discrezionalità del legislatore in materia di licenziamenti soffrirebbe dei soli vincoli rappresentati dai "canoni" di eguaglianza e ragionevolezza[38], ritengono che la tutela costituzionale del diritto al lavoro imponga al legislatore di riservare al vizio di insussistenza del fatto un trattamento sanzionatorio che ne rispecchi la gravità, ponendo adeguato rimedio al pregiudizio sofferto dal lavoratore ed esplicando una credibile funzione deterrente nei confronti del datore di lavoro. Scopi, questi, che a giudizio dei medesimi autori richiedono sanzioni particolarmente intense, da individuarsi nella reintegrazione, nella riassunzione o, in alternativa, in una tutela risarcitoria priva di limiti massimi (o al più con limiti massimi «prudenzialmente abnormi»), tendente a coprire l'intero periodo necessario alla ricerca di un nuovo lavoro e tassativamente accompagnata da efficaci politiche attive[39].

[36] C. cost. sent. n. 125/2022, punto 10.2 del *Considerato in diritto*.

[37] C. cost. sent. n. 59/2021, punto 9 del *Considerato in diritto*.

[38] Per questa posizione, largamente maggioritaria, si vedano M. MAZZIOTTI, *Lavoro (dir. cost.)*, cit., 344; L. CALCATERRA, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, in *Working papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 58, 2008, 16-17; G. FONTANA, *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2016, 91 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *I licenziamenti individuali. Tra resistenze ideologiche e incertezze interpretative*, in *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica*, a cura di M. Esposito, V. Luciani e A. Zoppoli, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, 161 ss.

[39] L. ZOPPOLI, *Il licenziamento "de-costituzionalizzato". Con sentenza n. 194/2018 la Consulta argina, ma non architetta*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 1, 2019, 292 ss.; ID., *Corte costituzionale 59/21 e disciplina dei licenziamenti: piccone o scalpello?*, cit., par. 3; R. CASILLO, *Diritto al lavoro e dignità*, cit., 236-242.

Si tratta, con ogni evidenza, di uno sviluppo interpretativo ancora *in fieri*, e non è dato oggi prevedere se la giurisprudenza costituzionale futura sceglierà di accoglierlo o, invece, di abbandonarlo. Intanto, però, proprio la sentenza n. 125/2022 ne rappresenta una prima conferma, nient'affatto scontata. Qualora tale indirizzo si consolidasse, non è escluso che ne scaturiscano ulteriori dubbi circa la costituzionalità del sistema sanzionatorio del *Jobs Act*, sotto un profilo diverso – e forse complementare – rispetto a quelli affrontati nelle sentenze nn. 194/2018 e 150/2020. Il decreto legislativo n. 23/2015, infatti, si caratterizza per la radicale eliminazione della tutela reintegratoria dalla disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in favore di un'indennità che oggi – a seguito delle modifiche apportate dal decreto-legge n. 87/2918, noto alla cronaca come «decreto dignità» – è compresa fra le 6 e le 36 mensilità della retribuzione globale di fatto[40]. Ebbene, facendo propria la prospettiva della dottrina minoritaria poc'anzi citata, anche dopo l'intervento correttivo della sentenza n. 194/2018 potrebbe dubitarsi che questa tutela unicamente risarcitoria, provvista di un limite massimo e ancor oggi disgiunta da un credibile sistema di politiche attive del lavoro, sia adeguata a far fronte alla particolare gravità – sul piano del diritto al lavoro nell'interpretazione fornitane dalla Corte sin dalla sentenza n. 45/1965 – di un licenziamento intimato a fronte di un fatto insussistente.

Queste, ad ogni modo, non sono altro che possibili prospettive future. Quel che è certo è che la sentenza n. 125/2022, proseguendo nel solco tracciato dalla sentenza n. 59/2021, ha colpito la «riforma Fornero» in un suo tratto essenziale e qualificante, costituito dal più morbido trattamento sanzionatorio riservato al licenziamento per giustificato motivo oggettivo; e lo ha fatto rimarcando come anche la prospettiva di una diversificazione delle tutele, a seconda della tipologia cui il licenziamento appartiene e del vizio che lo connota, vada perseguita nel rispetto di vincoli di sistema, rappresentati in primo luogo (ma forse non soltanto) dal principio di eguaglianza e dal connesso criterio di ragionevolezza.

[40] Art. 3, co. 1, d.lgs. n. 23/2015.

AIC
Associazione Italiana dei Costituzionalisti
Osservatorio costituzionale

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE
Codice ISSN: 2283-7515
Fasc. 5/2022
Data: 6 settembre 2022

La Corte scrive la nuova disciplina del cognome dei figli[*]

di **Elisabetta Frontoni** – *Professoressa associata di Diritto costituzionale nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre*

TITLE: The Constitutional Court argues for a new rule of the child's surname

ABSTRACT: The essay analyses Constitutional Court ruling no. 131 of 2022, which finally puts an end to discrimination between mother and father in the attribution of the child's surname. Although the decision is to be welcomed, it raises problems concerning the relationship between the Constitutional Court and the legislative power. The essay examines these issues in connection with the child's personal identity and the limits of the Constitutional Court's pronouncements.

ABSTRACT: Il contributo offre un commento alla sentenza n. 131 del 2022, con la quale la Corte costituzionale ha posto finalmente fine alla discriminazione tra madre e padre nell'attribuzione del cognome del figlio. Si tratta di una decisione importante che sicuramente deve essere accolta con favore anche se pone qualche problema in relazione ai rapporti tra Corte costituzionale e legislatore. Il lavoro analizza tali questioni mettendo in luce come l'identità personale del figlio avrebbe potuto costituire un limite all'intervento del giudice costituzionale.

KEYWORDS: surname; discrimination; parents; identity; Legislative power; Cognome; discriminazione; Genitori; Identità; Potere legislativo

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

SOMMARIO: 1. Una rapida premessa: il limite dell'unità familiare dal 1988 al 2022. – 2. La Corte scrive la nuova "regola" del cognome dei figli. – 3. Parità tra i genitori e identità personale del figlio. – 4. Il legislatore può continuare a farsi attendere.

1.Una rapida premessa: il limite dell'unità familiare dal 1988 al 2022

Con la sentenza n. 131 del 2022, la Corte riscrive la disciplina del cognome dei figli, ponendo fine a una discriminazione tra i genitori che il legislatore, più volte sollecitato a intervenire, non ha voluto eliminare: la regola secondo la quale il cognome del figlio è il cognome paterno.

Tale automatismo accomunava tutti i figli a prescindere dal fatto che essi fossero nati all'interno del matrimonio, fuori di esso o fossero stati adottati. Per i figli nati nel matrimonio, a dire il vero, la regola era talmente radicata nel costume che il legislatore non aveva nemmeno avvertito l'esigenza di scriverla in modo espresso, perché essa veniva ricavata da alcune disposizioni presenti nell'ordinamento, in quanto da esse presupposta.

Si trattava, in particolare, degli articoli 237, 262 e 299 del codice civile, 72, primo comma, del regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238 (Ordinamento dello stato civile) e 33 e 34 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127)[1].

[1] Le norme dalle quali si ricava la disciplina del cognome hanno subito diverse modifiche nel corso del tempo.
L'articolo 237 del codice civile, nella versione modificata dal decreto legislativo n. 154 del 2013, prevede che «il possesso di stato risulta da una serie di fatti che nel loro complesso valgano a dimostrare le relazioni di filiazione e di parentela fra una persona e la famiglia a cui essa pretende di appartenere» e in modo specifico dal concorso dei «seguenti fatti: – che il genitore abbia trattato la persona come figlio ed abbia provveduto in questa qualità al mantenimento, all'educazione e al collocamento di essa; – che la persona sia stata costantemente considerata come tale nei rapporti sociali; – che sia stata riconosciuta in detta qualità dalla famiglia». Per quanto riguarda il figlio nato fuori del matrimonio, l'articolo 262 del codice civile, sempre nella versione modificata dal decreto legislativo n. 154 del 2013, prima dell'intervento additivo della Corte nel 2016, disponeva che «il figlio assume il cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto. Se il riconoscimento è stato effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori il figlio assume il cognome del padre. Se la filiazione nei confronti del padre è stata accertata o riconosciuta successivamente al riconoscimento da parte della madre, il figlio può assumere il cognome del padre aggiungendolo, anteponendolo o sostituendolo a quello della madre. Se la filiazione nei confronti del genitore è stata accertata o riconosciuta successivamente all'attribuzione del cognome da parte dell'ufficiale dello stato civile, si applica il primo e il secondo comma del presente articolo»; il figlio può comunque «mantenere il cognome precedentemente attribuitogli, ove tale cognome sia divenuto autonomo segno della sua identità personale, aggiungendolo, anteponendolo o sostituendolo al cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto o al cognome dei genitori in caso di riconoscimento da parte di entrambi». Infine, per quanto riguarda l'adottato, l'articolo 299 del codice civile, prima dell'intervento additivo della Corte, prevedeva che «se l'adozione è compiuta da coniugi l'adottato assume il cognome del marito». Nella stessa direzione, sembrano muovere anche le disposizioni dell'ordinamento dello stato civile. L'articolo 72, primo comma, del regio decreto 9 luglio 1939 n. 1238 vietava di imporre al bambino il nome del padre vivente mentre gli articoli 33 e 34

Questa evidente violazione dell'eguaglianza tra coniugi, solennemente proclamata dall'articolo 29 della Costituzione, veniva giustificata a partire dal limite della garanzia dell'unità familiare, previsto nello stesso articolo[2]. Nella prospettiva del legislatore, il cognome del padre era garanzia di tale unità. Per quanto riguardava i figli nati al di fuori del matrimonio, invece, la disparità di trattamento tra i genitori era funzionale a garantire al figlio riconosciuto lo stesso trattamento del figlio legittimo e a una medesima logica uniformatrice era ispirata anche la disciplina sull'adozione, introdotta dalla legge n. 184 del 1983.

La regola del patronimico non è stata modificata dal legislatore neppure quando finalmente è intervenuto, con la legge n. 219 del 2012 e il successivo decreto legislativo n. 154 del 2013, per realizzare la tanto attesa unificazione dello *status* di figlio, nonostante che la riforma della filiazione costituisse senza dubbio la sede adatta per porre mano anche a una revisione della disciplina del cognome[3].

La stessa Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla questione sul finire degli anni ottanta del secolo scorso, aveva sostanzialmente avallato la prospettiva che la scelta a favore del cognome paterno fosse funzionale a garantire l'unità familiare[4].

Come osserva la Corte, «il limite derivante da tale ordinamento all'eguaglianza dei coniugi non contrasta con l'art. 29 Cost., in quanto utilizza una regola radicata nel costume sociale come criterio di tutela dell'unità della famiglia fondata sul matrimonio»[5]. Tale interesse all'unità «sarebbe gravemente pregiudicato se il cognome dei figli nati dal matrimonio non fosse prestabilito fin dal momento dell'atto costitutivo della famiglia, in guisa che ai figli esso sia non già imposto, cioè

prevedono i limiti all'attribuzione del nome e le disposizioni sul cognome. In particolare per quello che in questa sede interessa, l'art. 33 (Disposizioni sul cognome) disponeva che «Il figlio legittimato ha il cognome del padre, ma egli, se maggiore di età alla data della legittimazione, può scegliere, entro un anno dal giorno in cui ne viene a conoscenza, di mantenere il cognome portato precedentemente, se diverso, ovvero di aggiungere o di anteporre ad esso, a sua scelta, quello del genitore che lo ha legittimato». Infine, l'articolo 34, che reca limiti all'attribuzione del nome, prevede al suo primo comma che «È vietato imporre al bambino lo stesso nome del padre vivente […]»

[2] L'introduzione di tale limite nel secondo comma dell'articolo 29 Cost. fu il frutto di un compromesso al ribasso che consentì l'accordo tra le forze politiche sulla previsione espressa del principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Come sottolinea Gigante, sul versante dell'eguaglianza fu approvata «una formula che sancendo, ipocritamente, solo per implicito la diseguaglianza femminile, terrà fermo il limite dell'unità familiare». Cfr. M. GIGANTE, *Il dibattito costituzionale*, in M. GIGANTE (a cura), *Diritti delle donne e Costituzione*, Napoli, 2007, 18. Di compromesso parlano invece F. CAGGIA, A. ZOPPINI, *Art. 29*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 604.

[3] Questo aspetto è espressamente sottolineato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 286 del 2016, ma anche dalla dottrina, cfr. M. TRIMARCHI, *Il cognome dei figli: un'occasione perduta dalla riforma*, in *Fam. dir.*, 2013, 243 ss. e S. TROIANO, *Cognome del minore e identità personale*, in *Jus civile*, 2020, 3, 559 ss.

[4] Cfr. Corte cost., ord. nn. 176 e 586 del 1988.

[5] Così Corte cost., ord. n. 586 del 1988.

scelto, dai genitori (come il prenome) in sede di formazione dell'atto di nascita, bensì esteso ope legis»[6].

Questa lettura del limite costituzionale viene abbandonata solo nel 2006, con una importante pronuncia nella quale il giudice costituzionale afferma a chiare lettere che il «sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna»[7], precisando definitivamente, nel 2016, che «è proprio l'eguaglianza che garantisce quella unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo», poiché l'unità «si rafforza nella misura in cui i reciproci rapporti fra i coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità»[8].

Con la pronuncia in commento, la Corte costituzionale conclude il suo cammino, affermando che «unità ed eguaglianza non possono coesistere se l'una nega l'altra, se l'unità opera come un limite che offre un velo di apparente legittimazione a sacrifici imposti in una direzione solo unilaterale»[9].

Queste argomentazioni conducono il giudice costituzionale a introdurre la nuova regola secondo la quale, alla nascita, i figli assumono il cognome di entrambi i genitori, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo per attribuire il cognome di uno di loro soltanto[10]. In tal modo viene finalmente riconosciuto il giusto rilievo anche al nome della madre, fino a questo momento "invisibile", secondo l'efficace formula usata dalla stessa Corte costituzionale[11].

2. La Corte scrive la nuova "regola" del cognome dei figli

Per il giudice costituzionale si tratta di una scelta molto significativa, che arriva dopo un lungo cammino iniziato quasi vent'anni fa con la sentenza n. 61 del 2006 che aveva accertato

[6] Cfr. Corte cost., ord. n. 176 del 1988.
[7] Cfr. Corte cost., sent. n. 61 del 2006, punto n.2.2 del *Considerato in diritto*.
[8] Così, Corte cost., sent. n. 286 del 2016, punto 3.4.2 del *Considerato in diritto*. La Corte ricorda un lontano precedente del 1970, la sentenza n. 133 del 1970.
[9] Così, Corte cost., sent. n. 131 del 2022, punto 10.1 del *Considerato in diritto.*
[10] La dichiarazione di illegittimità costituzionale colpisce l'art. 262, primo comma, del codice civile e, in via consequenziale, tutte le norme attributive del cognome ai figli.
[11] Corte cost., sent. n. 131 del 2022, punto 10.1 del *Considerato in diritto*.

l'incostituzionalità della disciplina del cognome del figlio, senza tuttavia dichiararla[12]. Nella sentenza, infatti, la Corte osservava che, a fronte della pluralità di soluzioni compatibili con la Costituzione, rientrava nella sfera di discrezionalità del legislatore scegliere tra le diverse opzioni[13].

Nel 2016, il protrarsi dell'inerzia legislativa nel porre rimedio alla discriminazione rilevata dalla Corte, e forse anche una decisione di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo[14], spingono il giudice costituzionale a superare la propria giurisprudenza e a dichiarare l'incostituzionalità della disciplina sull'automatica attribuzione del cognome paterno, quantomeno nella parte in cui essa non può essere derogata in caso di concorde volontà dei genitori di attribuire entrambi i cognomi[15]. Si tratta di una decisione importante, che si iscrive a pieno titolo nel nuovo orientamento della giurisprudenza costituzionale volto a ritenere le "rime obbligate", coniate da Crisafulli, un limite di carattere relativo[16], quando a essere lesi sono diritti fondamentali e l'inerzia del legislatore finisce per costituirne una violazione.

---

[12] Come è stato osservato in dottrina, si tratta di un evidente cambio di prospettiva nonostante la Corte non arrivi a pronunciare l'incostituzionalità. In questo senso cfr. G. SERGES, *Famiglia e matrimonio*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2014, 587.

[13] Per un commento di questa decisione v. E. PALICI DI SUNI, *Il nome di famiglia. la Corte si tira ancora una volta indietro, ma non convince*, in *Giur. cost.*, 2006, 550 ss.; S. NICCOLAI, *Il cognome familiare tra marito e moglie. Come è difficile pensare le relazioni tra i sessi fuori dallo schema dell'uguaglianza*, in *Giur. cost.*, 2006, 558 ss.; I. NICOTRA, *L'attribuzione ai figli del cognome paterno è retaggio di una concezione patriarcale: le nuove Camere colgano il suggerimento della Corte per modificare la legge*, in *Consulta online*, 16.2.2006.

[14] Si tratta della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 7 gennaio 2014, Cusan e Fazzo contro Italia. La decisione arriva dopo un lungo *iter* che aveva portato i due coniugi milanesi, che volevano attribuire alla figlia solo il cognome della madre e avevano visto la Corte costituzionale dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata nel corso del processo che li vedeva attori, rivolgersi a Strasburgo per veder sanzionata la violazione degli articoli 8 e 14 della CEDU. Sulla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. E. MALFATTI, *Dopo la sentenza europea sul cognome materno: quali possibili scenari ?*, in *Consulta online*, 9.3.2014; F. BUFFA, *Nel nome della madre. Prime riflessioni sulla sentenza CEDU, II sez., 7 gennaio 2014, Cusan e Fazzo c. Italia*, in *Questione giustizia*, 15.1.2014 e S. NICCOLAI, *Il diritto delle figlie a trasmettere il cognome del padre: il caso Cusan e Fazzo c. Italia*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 453 ss.

La pronuncia di Strasburgo non era stata richiamata nell'ordinanza dal giudice *a quo* che ha dato origine alla sentenza n. 286 del 2016, perché era stata adottata dalla Corte europea in un momento successivo all'ordinanza di rimessione. Sul ruolo decisivo giocato da questa pronuncia sulla decisione della Corte costituzionale cfr. E. MALFATTI, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la "cornice" (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in *Forum quaderni costituzionali*, 5.1.2017, 1 ss., per una diversa lettura sia consentito rinviare a E. FRONTONI, *Genitori e figli tra giudici e legislatore. La prospettiva relazionale*, Napoli, 2019, 101 ss.

[15] Su questa decisione v. E. MALFATTI, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la "cornice" (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, cit., 1 ss.; S. SCAGLIARINI, *Dubbie certezze e sicure incertezze in tema di cognome dei figli*, in *Rivista AIC* 2/2017; A. FUSCO, *«Chi fuor li maggior tui?»: la nuova risposta del Giudice delle leggi alla questione sull'attribuzione automatica del cognome paterno. Riflessioni a margine di C. cost.sent. n. 286 del 2016*, in *Osservatorio AIC* 3/2017; C. INGENITO, *L'epilogo dell'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio*, in *Osservatorio AIC*, 2/2017.

[16] Per questa formula v. Ruotolo, secondo il quale, il limite si trasforma in "relativo" in quanto rimane insuperabile solo in "prima battuta", ma può essere superato dalla Corte quando interviene in "seconda battuta", dopo un monito

La sentenza, tuttavia, lasciando sopravvivere l'automatismo del cognome paterno, e dunque la disparità tra i genitori, in caso di mancato accordo, non ripristina completamente la legalità costituzionale. Per questa ragione, essa si chiude con un nuovo invito al legislatore a intervenire per dettare una disciplina della materia, non solo come necessario "seguito" della addizione operata dalla Corte costituzionale, ma anche per eliminare in radice l'incostituzionalità[17].

Come è noto, anche in questa occasione, il Parlamento è rimasto sordo rispetto alle sollecitazioni provenienti dal giudice costituzionale e così la questione del cognome del figlio è giunta nuovamente di fronte alla Corte, sollevata da un giudice di Bolzano adito da una coppia che, avendo effettuato il riconoscimento congiunto del figlio, si era vista negare la possibilità di dare a quest'ultimo esclusivamente il cognome materno[18].

É nel corso di questo nuovo giudizio di legittimità costituzionale che il giudice costituzionale si autorimette la questione di legittimità relativa alla disciplina dell'automatica attribuzione del cognome del padre al figlio in caso di mancato accordo tra i genitori[19].

Nell'ordinanza di rimessione, la Corte osserva infatti che «anche laddove fosse riconosciuta la facoltà dei genitori di scegliere, di comune accordo, la trasmissione del solo cognome materno, *(così come chiedevano i due genitori)* la regola che impone l'acquisizione del solo cognome paterno dovrebbe essere ribadita in tutte le fattispecie in cui tale accordo manchi o, comunque, non sia stato legittimamente espresso; in questi casi, verosimilmente più frequenti, dovrebbe dunque essere riconfermata la prevalenza del cognome paterno, la cui incompatibilità con il valore fondamentale dell'uguaglianza è stata da tempo riconosciuta […]»[20].

---

inascoltato da parte del legislatore. Cfr. M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 664.

[17] Su questo profilo della decisione sia consentito rinviare a E. FRONTONI, *Genitori e figli tra giudici e legislatore. La prospettiva relazionale*, cit., 98 e ss. e 173 ss.

[18] Il Tribunale ordinario di Bolzano ha sollevato la questione di legittimità costituzionale nel corso del procedimento vertente tra la Procura della Repubblica del Tribunale ordinario di Bolzano e D. G. e altro, con ordinanza del 17 ottobre 2019, iscritta al n. 78 del registro ordinanze 2020.

[19] Cfr. Corte cost., ord. n. 18 del 2022. Per un commento ai diversi profili di questa pronuncia cfr. C. INGENITO, *Una nuova occasione per superare "l'anche" nell'attribuzione al figlio del cognome dei genitori. Riflessioni a margine dell'ordinanza n. 18/2021 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 11/2021; G. MONACO, *Una nuova ordinanza di "autorimessione" della Corte costituzionale*, *Federalismi.it*,11/2021 ; E. MALFATTI, *Ri-costruire la 'regola' del cognome: una long story a puntate (e anche un po' a sorpresa)*, in *Nomos*, 1/2021. Sia consentito rinviare inoltre a E. FRONTONI, *Il cognome del figlio: una questione senza soluzione ?*, in *Osservatorio AIC*, 4/2020.

[20] Così, ord. n. 18 del 2021.

In questa prospettiva, prosegue ancora il giudice costituzionale, «neppure il consenso, su cui fa leva la limitata possibilità di deroga alla generale disciplina del patronimico, potrebbe ritenersi espressione di un'effettiva parità tra le parti, posto che una di esse non ha bisogno dell'accordo per far prevalere il proprio cognome»[21].

Come è avvenuto nella maggior parte delle occasioni in cui la Corte ha deciso di farsi "giudice *a quo*", con la decisione in commento, la questione di legittimità è stata dichiarata fondata[22], anzi il giudice costituzionale ha accolto anche l'altra questione, oggetto del giudizio principale, introducendo, come si è già ricordato, non solo la nuova regola del doppio cognome per i figli, ma anche la sua deroga, che consente ai genitori di scegliere per il figlio solo il cognome di uno di loro.

Questo secondo accoglimento, a differenza del primo, non era così scontato.

3. Parità tra i genitori e identità personale del figlio

Per chiarire meglio tale aspetto della decisione, è necessario fare alcune premesse. A partire dalla sentenza n. 286 del 2016, per motivare l'incostituzionalità della disciplina del cognome, la Corte fa leva su due profili di violazione delle norme costituzionali. L'automatica attribuzione del patronimico si pone in contrasto con il principio di eguaglianza, ma anche con il diritto all'identità personale del figlio che, riconosciuto dalla Corte nella sentenza n. 13 del 1994 quale tratto essenziale della personalità, comprende una serie di aspetti tra i quali il giudice costituzionale ha annoverato anche quello a veder rappresentato il legame con entrambi i rami genitoriali[23]. Anche nella decisione in commento, del resto, la Corte ricorda questo profilo, sottolineando che nella disciplina del cognome si realizza un «intreccio fra il diritto all'identità personale del figlio e

[21] Cfr., nuovamente, ord. n. 18 del 2021.

[22] Come ricorda Cerri, solo in pochissime occasioni la Corte ha dichiarato infondata una questione che si era autorimessa. Cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, 107.

[23] Nella sentenza n. 286 del 2016, la Corte sottolinea che «La piena ed effettiva realizzazione del diritto all'identità personale, che nel nome trova il suo primo ed immediato riscontro, unitamente al riconoscimento del paritario rilievo di entrambe le figure genitoriali nel processo di costruzione di tale identità personale, impone l'affermazione del diritto del figlio ad essere identificato, sin dalla nascita, attraverso l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori.

Viceversa, la previsione dell'inderogabile prevalenza del cognome paterno sacrifica il diritto all'identità del minore, negandogli la possibilità di essere identificato, sin dalla nascita, anche con il cognome materno». Cfr. Corte cost., sent. n. 286 del 2016, punto 3.4.1 del *Considerato in diritto.*

l'eguaglianza tra i genitori»[24] e osservando che «il cognome, insieme con il prenome, rappresenta il nucleo dell'identità giuridica e sociale della persona: le conferisce identificabilità, nei rapporti di diritto pubblico, come di diritto privato, e incarna la rappresentazione sintetica della personalità individuale, che nel tempo si arricchisce progressivamente di significati»[25].

Ebbene, dopo questa premessa, il giudice costituzionale sembra "dimenticare" questo aspetto del diritto all'identità personale del figlio. Tale profilo emerge in modo particolare laddove la Corte, dopo aver introdotto la nuova regola, prevede anche la sua eccezione. A ben vedere, consentire ai genitori di scegliere il cognome del figlio significa disconoscere quanto affermato in relazione all'identità personale di quest'ultimo, che la Corte nelle sue precedenti pronunce ha ancorato al riconoscimento di entrambe le linee genitoriali[26] e non al fatto che essa potesse essere definita a partire da una scelta liberamente imputabile ai genitori.

Dando il giusto rilievo anche al diritto all'identità personale quale parametro di legittimità costituzionale, il giudice costituzionale avrebbe dovuto pronunciare una sentenza sostitutiva con la quale, sanzionando l'illegittimità dell'automatica attribuzione del solo patronimico, si introduceva la regola del doppio cognome. Il giudice costituzionale avrebbe dovuto fermarsi qui. In questo modo, a fronte dell'inerzia del legislatore, avrebbe fatto prevalere l'esigenza di garantire la legalità costituzionale, facendo propria una prospettiva in cui, peraltro, l'introduzione della regola del doppio cognome, ormai, non è avvertita più solo come una delle diverse possibili scelte conformi a Costituzione, ma come quella "più conforme" a essa[27].

Per motivare la possibilità di derogare alla regola del doppio cognome, il giudice costituzionale introduce il concetto di "identità familiare" a cui il figlio è collegato, nel momento in cui acquisisce

[24] Cfr. Corte cost., sent. n. 131 del 2022, punto 9 del *Considerato in diritto*.
[25] Così ancora Corte cost., sent. n. 131 del 2022 punto 9 del *Considerato in diritto*.
[26] Cfr. nota 23, nello stesso senso è anche l'ordinanza di autorimessione n. 18 del 2021.
[27] Nella vicenda del cognome, il trascorrere del tempo, che ha visto mutare profondamente il contesto sociale nel quale la disciplina trova applicazione, unito all'inerzia legislativa, hanno reso la stessa percezione del vizio progressivamente più grave e meno tollerabile da parte della Corte. Come è stato osservato in dottrina, infatti, la costituzionalità-incostituzionalità di una legge, non è «un dato istantaneo e aproblematico», ma costituisce piuttosto un «fenomeno di graduale e graduata conformità/disformità della legge alla Costituzione», così F. MODUGNO, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 157.

Per un'ampia riflessione sul problematico rapporto tra giustizia costituzionale e coscienza sociale cfr. V. MARCENÒ, *Il giudice delle leggi in ascolto. «Coscienza sociale» e giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost*., 2/2021, 377 ss; A. MORRONE, *La Corte costituzionale come giudice dell'esperienza giuridica*, in *Quad. cost*., 1/2021, 124 ss. A. RUGGERI, *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori*, in *Diritti comparati*, 1/2017. N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale" interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4/2017; ID., *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3/2021.

lo status *filiationis*, attraverso il cognome. Questo segno distintivo, che «testimonia l'identità familiare del figlio»[28], deve «rispecchiare e rispettare l'eguaglianza e la pari dignità dei genitori»[29]. In questa mutata prospettiva, secondo la Corte, ad acquisire rilievo non è dunque il cognome in sé, quanto piuttosto il modo attraverso il quale si arriva a tale attribuzione, per questa ragione, dopo aver posto i genitori in posizione di effettiva parità, assume valore l'accordo tra di essi come strumento paritario per derogare alla regola generale.

Volendo inquadrare la vicenda all'interno del recente orientamento della giurisprudenza costituzionale incline a superare le cd. rime obbligate, si potrebbe sostenere che mentre la nuova regola generale del doppio cognome serve a ripristinare la legalità costituzionale violata, a fronte del protrarsi dell'inerzia del legislatore[30], la sua deroga non sembra iscriversi pienamente in questa logica. Essa appare piuttosto il frutto di una scelta da parte della Corte a favore di una concezione della famiglia come formazione sociale caratterizzata da un'ampia sfera di autonomia dalla quale lo Stato deve il più possibile ritrarsi. Un'opzione simile, tuttavia, pur astrattamente condivisibile, sembrerebbe riservata alla discrezionalità del legislatore, non a una pronuncia del giudice costituzionale[31].

Sotto questo profilo, dunque, la decisione può essere letta come una indebita invasione di campo, che finisce per offrire il fianco a quanti, da più parti, hanno criticato il nuovo corso della giurisprudenza costituzionale. Tale orientamento, peraltro, è stato inquadrato all'interno di un più generale cambio di passo della Corte, sempre più attenta a rinsaldare il suo legame con la società

[28] Corte cost., sent. n. 131 del 2022, punto n. 9 del *Considerato in diritto*.

[29] Cfr. ancora Corte cost., sent. n. 131 del 2022, punto 9 del *Considerato in diritto*.

[30] Come è stato rilevato in modo efficace, quando, come in questo caso, la violazione dei diritti «è dovuta ad una inerzia del legislatore più che ad un'autonoma decisione di esso e quindi è protratta nel tempo assume una coloritura ulteriore, […] di subita ingiustizia». Cfr. G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in Liber amicorum *per Pasquale Costanzo*, in *Consulta online*, 3.2.2020.

[31] Propendono per lasciare la scelta del cognome nella disponibilità dei genitori i diversi disegni di legge presentati in questa legislatura (4 alla Camera dei Deputati, cfr. d.d.l. nn. 106, 230, 1265 e 2129, e 3 al Senato della Repubblica, cfr. d.d.l. nn. 170, 286 e 1025). Si tratta di disegni molto simili che cercano di risolvere le diverse questioni che si pongono quando si abbandona il criterio dell'automatismo del cognome paterno. Il disegno di legge n. 106 (che riproduce, con alcune modificazioni e integrazioni, il contenuto del disegno di legge AS n. 1628 approvato dalla Camera dei deputati nella XVII legislatura il 24 settembre 2014, il cui esame si è poi arrestato in commissione al Senato) prevede per esempio l'introduzione del nuovo art. 143-quater nel codice civile, ai sensi del quale «I genitori coniugati, all'atto della dichiarazione di nascita del figlio, possono attribuirgli, secondo la loro volontà, il cognome del padre o quello della madre ovvero quelli di entrambi nell'ordine concordato. In caso di mancato accordo tra i genitori, al figlio sono attribuiti i cognomi di entrambi i genitori in ordine alfabetico. I figli degli stessi genitori coniugati, nati successivamente, portano lo stesso cognome attribuito al primo figlio. Il figlio al quale è stato attribuito il cognome di entrambi i genitori può trasmetterne al proprio figlio soltanto uno, a sua scelta».

civile, oltre che con le sue decisioni, anche facendo ricorso all'ampio strumentario forgiato per "aprirsi" all'esterno[32].

4. Il legislatore può continuare a farsi attendere

Che il giudice costituzionale sia ben consapevole dell'impatto della sua decisione sull'ordinamento è indubbio. La pronuncia in commento, infatti, è stata già inserita nel sito web della Corte costituzionale nella sezione "Sentenze che hanno cambiato la vita degli italiani"[33], nella quale vengono indicate dalla stessa Corte quelle decisioni che hanno avuto un effetto rilevante sulla società. La decisione, peraltro, è ancora più significativa perché è stata adottata a fronte della totale mancanza di collaborazione da parte del legislatore, più volte sollecitato a intervenire e rimasto in un silenzio assordante.

Questa consapevolezza spinge la Corte a risolvere una serie di questioni che l'accoglimento porta con sé. In primo luogo, la questione relativa all'effetto della decisione, rispetto al quale la Corte chiarisce che la dichiarazione di illegittimità costituzionale colpisce le norme attributive del cognome e quindi spiegherà efficacia dal giorno successivo a quello della sua pubblicazione in tutti quei casi in cui tale attribuzione non sia ancora avvenuta, compresi quelli in cui sia pendente un procedimento giurisdizionale finalizzato a tale scopo. Per tutti coloro che non trovandosi in questa

[32] Sul nuovo attivismo della Corte costituzionale v. le osservazioni critiche di A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost*., 2/2019, 251 ss. e le repliche di R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 757 ss. E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 780.

Ai complessi rapporti tra Corte costituzionale e legislatore sono dedicati i due celebri lavori di Modugno e Zagrebelsky degli anni ottanta del secolo scorso e due recenti scritti nei quali il tema viene ripreso. Cfr. F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo, in Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana*, Bologna 1982, 19 ss. e G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, *ivi*, 103 ss.; F. MODUGNO, *Vecchie e nuove questioni in tema di giustizia costituzionale. Il superamento dell'insensato dualismo tra (semplice) legalità e costituzionalità*, in *Dir. e Soc*., 4/2019, 791 ss. e G. ZAGREBELSKY, *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale. Un'introduzione*, in *Dir. e Soc*., 4/2019, 545 ss. Torna sul tema già oggetto del suo lavoro *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale* anche M. RUOTOLO, *Corte e legislatore*, in *Dir. soc.*, 1/2020, 53 ss. ID., *Oltre le rime obbligate?*, in *Federalismi.it*, 3/2021 cui *adde* D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 101 ss.

[33] Proprio questa consapevolezza del resto ha spinto la Corte ad accompagnare la decisione con due comunicati stampa: uno anticipatorio e l'altro contestuale alla pubblicazione della pronuncia. Cfr. i comunicati del 27 aprile 2022 e del 31 maggio 2022.

condizione volessero dare il doppio cognome ai figli, rimane invece la via del ricorso al prefetto che, presumibilmente, dopo la decisione sarà ancora più celere che in passato; mentre la sentenza non chiarisce se i genitori, di comune accordo, possano chiedere al prefetto che il cognome paterno sia sostituito da quello materno[34].

La sentenza, inoltre, contiene una indicazione per le coppie che, avendo già altri figli, volessero mantenere lo stesso cognome anche per i figli che nasceranno dopo l'intervento del giudice costituzionale. In questi casi, la Corte sembra suggerire la via dell'adozione del cognome originario, che dopo la decisione assumerebbe il valore non più di un cognome imposto, ma di quello liberamente scelto dai genitori per la loro famiglia. Il giudice costituzionale precisa tuttavia che, diversamente da quanto avviene per la scelta dell'ordine dei cognomi, in caso di disaccordo tra i genitori l'opzione a favore di uno solo dei due cognomi non può essere surrogabile da una decisione giudiziale. In questi casi tornerebbe a essere applicata la regola generale del doppio cognome.

Questa indicazione è espressamente rivolta anche al legislatore che a seguito della pronuncia viene nuovamente sollecitato a intervenire in materia per individuare una regola che, valendo per tutti i figli dei medesimi genitori, non pregiudichi la funzione identificativa del cognome.

La Corte, del resto, sollecita l'intervento legislativo anche per risolvere la questione del cognome che si trasmetterà al figlio nel passaggio delle generazioni.

Si tratta di una questione tutt'altro che lontana nel tempo perché, come ricorda lo stesso giudice costituzionale, in Italia le persone con doppio cognome sono già molte a seguito di una serie di disposizioni che, a partire dal 2006, «hanno allentato i requisiti sulla base dei quali è ammesso il cambio del cognome anche con l'aggiunta di un secondo cognome che di regola è quello della madre»[35]. Spetterà, dunque, al Parlamento dettare una disciplina che eviti l'effetto del «meccanismo

[34] Anche se la soluzione negativa sembra la più probabile. Nel punto 16 del *Considerato in dritto* la Corte osserva che «Il cognome, infatti, una volta assunto, incarna in sé il nucleo della nuova identità giuridica e sociale, il che comporta che possibili vicende che incidano sullo *status filiationis* o istanze di modifica dello stesso cognome siano regolate da discipline distinte rispetto a quelle relative al momento attributivo. Eventuali richieste di modifica del cognome, salvo specifici interventi del legislatore, non potranno, dunque, che seguire la procedura regolata dall'art. 89 del d.P.R. n. 396 del 2000, come sostituito dall'art. 2, comma 1, del d.P.R. n. 54 del 2012». In attuazione della sentenza, il Ministero dell'Interno ha adottato la circolare n.63 del 1 giugno 2022 nella quale non dà indicazioni sul punto.

[35] A questo proposito la Corte richiama diverse circolari del Ministero dell'Interno (circolare n. 21 del 30 maggio 2006, recante «Problematiche inerenti all'attribuzione del cognome materno», circolare n. 15 del 12 novembre 2008, recante «Chiarimenti in merito alle istanze di cambiamento del nome e del cognome di cui agli art. 84 e seguenti del D.P.R. n. 396/2000», e circolare n. 14 del 21 maggio 2012, recante «D.P.R. n. 54 del 13 marzo 2012. Modifiche al D.P.R. n. 396/2000 in materia di procedimento di cambiamento del cognome») e la modifica regolamentare dell'art. 89 del d.P.R. n. 396 del 2000 a seguito dell'approvazione dell'art. 2 del decreto del Presidente della Repubblica 13 marzo

moltiplicatore nel passaggio delle generazioni»[36] che potrebbe essere lesivo della funzione identitaria del cognome. Anche rispetto a tale delicata questione, tuttavia, la sentenza indica al legislatore una possibile soluzione, ovvero che sia il genitore titolare del doppio cognome a scegliere «quello dei due che vuole sia rappresentativo del rapporto genitoriale», a meno che «i genitori non optino per l'attribuzione del doppio cognome di uno di loro soltanto»[37].

Che la Corte, consapevole del fatto che il legislatore continuerà a rimanere in silenzio, si stia preparando la strada per un nuovo e definitivo intervento?

A questo proposito, vale la pena ricordare che una parte della dottrina aveva letto l'autorimessione della questione di legittimità costituzionale come un espediente utilizzato dalla Corte per consentire un intervento del legislatore nelle more della fissazione dell'udienza, una sorta di "tecnica Cappato" senza una scadenza prefissata[38]. Come è avvenuto nelle altre ormai note occasioni, anche questa volta il Parlamento ha mostrato la sua incapacità ad arrivare a prendere una decisione politica prima che la Corte giungesse a dichiarare l'incostituzionalità che aveva prospettato[39].

2012, n. 54 (Regolamento recante modifica delle disposizioni in materia di stato civile relativamente alla disciplina del nome e del cognome prevista dal titolo X del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396). Su questa evoluzione, cfr. V. DE SANTIS, *Il cognome della moglie e della madre nella famiglia: condanne dei giudici e necessità di riforma. L'unità della famiglia e la parità tra i coniugi alla prova*, in *Federalismi.it*, 1/2017 e sia consentito rinviare anche a E. FRONTONI, *Genitori e figli tra giudici e legislatore. La prospettiva relazionale*, cit., 92 ss.

[36] Corte cost., sent. n. 131 del 2022, punto 15.1 del *Considerato in diritto*.

[37] Così, Corte cost., sent. n. 131 del 2022, punto 15.1 del *Considerato in diritto*.

[38] In questo senso cfr. G. MONACO, *Una nuova ordinanza di 'autorimessione' della Corte costituzionale*, cit., 171 il quale aveva sottolineato come l'ordinanza di autorimessione potesse essere letta come un invito al legislatore ad intervenire per adottare una soluzione legislativa nelle more del giudizio della Corte, avvisandolo che, in caso di mancato intervento, la Corte avrebbe proceduto con la dichiarazione di illegittimità costituzionale. Sottolineava che quella della Corte era un'abile manovra per guadagnare «un tempo indefinito e indefinibile» anche e E. MALFATTI, *Ri-costruire la 'regola' del cognome: una long story a puntate (e anche un po' a sorpresa)*, *Nomos*, 1/2021, 12.

[39] La Corte ha utilizzato nuovamente la tecnica inaugurata nel caso Cappato nella successiva ordinanza n. 132 del 2020 relativa al reato di diffamazione a mezzo stampa, seguita dalla sent. n. 150 del 2021, e nella ord. n. 97 del 2021, in tema di ergastolo ostativo. Quest'ultima vicenda potrebbe concludersi in modo diverso a seguito del nuovo rinvio dell'udienza all'8 novembre 2022 disposto dalla Corte il 10 maggio 2022 a fronte dello stato di avanzamento dei lavori in Parlamento.

AIC
Associazione Italiana dei Costituzionalisti
Osservatorio costituzionale

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE
Codice ISSN: 2283-7515
Fasc. 5/2022
Data: 4 ottobre 2022

Vitalizi regionali e retroattività impropria: quando la modifica in pejus del trattamento di favore non lede il legittimo affidamento[*]

di **Valeria De Santis** – *Ricercatrice confermata di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*

TITLE: Annuities of former members of regional Councils and retroactive provisions: pejorative measures of favourable treatment does not harm legitimate expectations

ABSTRACT: Con la sentenza n. 136 del 2022, la Corte Costituzionale conferma la legittimità costituzionale di una serie di provvedimenti legislativi della Regione Trentino-Alto Adige che riducono l'importo dei vitalizi, diretti e di reversibilità, in corso di erogazione. La Corte Costituzionale ribadisce la conformità alla Costituzione di provvedimenti regionali impropriamente retroattivi che intervengono su trattamenti di favore (di politici e non) e, in definitiva, sono funzionali a ripristinare situazioni di disuguaglianza. La sentenza offre l'occasione per tornare sulla questione della natura delle pensioni dei politici regionali e per riflettere sulla compatibilità tra misure peggiorative e tutela del legittimo affidamento.

With sentence no. 136 of 2022, the Constitutional Court confirms the constitutional legitimacy of a series of legislative measures of the Trentino-Alto Adige Region that reduce the amount of annuities of former members of regional Councils in the process of being granted. The Constitutional Court reaffirms the conformity with the Constitution of retroactive regional measures that intervene on favourable treatments (of politicians and non-politicians) and, in conclusion, are

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

functional to restoring situations of inequality. The ruling provides an opportunity to return to the issue of the nature of the pensions of regional politicians and to reflect on the compatibility between pejorative measures and the protection of legitimate expectations.

KEYWORDS: Vitalizi regionali; Retroattività impropria; Contenimento della spesa pubblica; Ragionevolezza; Tutela del legittimo affidamento; Regional annuities; Retroactive provisions; Containment of public spending; Reasonableness; Protection of legitimate expectations

SOMMARIO: 1. La questione. – 2. Competenze statali e regionali in materia di vitalizi. – 3. Le ragioni giustificative dell'intervento peggiorativo: sobrietà, ragionevolezza e contenimento della spesa pubblica. – 4. Misure peggiorative e natura del vitalizio-pensione. – 5. La confusa parabola del divieto di cumulo dei trattamenti di quiescenza. – 6. Legittimo affidamento e misure retroattive (in senso improprio). – 7. Accesso alle cariche pubbliche, autonomia regionale e sovranità parlamentare: brevi considerazioni finali.

1. La questione

Con la sentenza n. 136 del 2022 la Corte costituzionale torna su un punto ormai annoso relativo alla revisione *in pejus* dei vitalizi diretti e di reversibilità in corso di erogazione dei consiglieri regionali del Trentino-Alto Adige, chiudendo una vicenda sorta nel 2019 e che in precedenza aveva dato luogo ad una declaratoria di manifesta inammissibilità, adottata con l'ord. n.111 del 2019 per difetto di motivazione dell'ordinanza di rimessione del giudice *a quo*. Con motivazioni più circostanziate, il Tribunale ordinario di Trento con due ordinanze, n. 123 e 139 del 2020, ha nuovamente sollevato questione di legittimità costituzionale avverso alcune disposizioni che hanno inciso negativamente sull'ammontare degli assegni vitalizi, diretti e di reversibilità, spettanti in ragione della carica di consigliere regionale, rivestita dal beneficiario o dai superstiti, prevedendo diverse misure: la riduzione del 20% del loro importo (art. 2 della l.r. Trentino-Alto Adige, 11 luglio 2014, n. 5), un limite alla cumulabilità con altro trattamento vitalizio erogato dal Parlamento nazionale o europeo o da altra Regione (art. 3 l.r. Trentino-Alto Adige, n. 5 del 2014) e un contributo di solidarietà variamente modulato nel corso del tempo (artt. 4-bis, l.r. Trentino-Alto Adige 26 febbraio 1995, n. 2; art. 15, l.r. Trentino-Alto Adige, 21 settembre 2012, n. 6 e art. 4

Trentino-Alto Adige, n. 5 del 2014). Successivamente, tutte le disposizioni censurate sono state abrogate ad opera della l.r. Trentino-Alto Adige 15 novembre 2019, n. 7, sulla rideterminazione degli assegni di reversibilità secondo il metodo di calcolo contributivo.

Riuniti i giudizi tra loro sovrapponibili, la Corte costituzionale preliminarmente dichiara inammissibili una serie di questioni per l'insufficienza delle argomentazioni addotte dal giudice rimettente mentre, nel merito, respinge tutte le censure e ribadisce la legittimità della disciplina regionale, legittimità contestata per la violazione dell'art. 117 co. 3 Cost., in materia di coordinamento della finanza pubblica e per la violazione dell'art. 3 Cost., relativamente all'ammissibilità di una disciplina modificativa dei rapporti di durata con effetti peggiorativi.

La pronuncia affronta una questione delicata, ossia, la legittimità dell'intervento modificativo *in pejus* del trattamento di quiescenza in corso di erogazione di *ex* consiglieri o ex parlamentari che – anche in altre sedi e occasioni – ha sollevato dubbi e controversie a livello sia regionale, sia parlamentare[1]. La Corte costituzionale, respingendo nel merito tutte le questioni sollevate, ha l'occasione per tornare a precisare quali sono le condizioni di legittimità di quelle misure retroattive in senso improprio che, intervenendo su trattamenti di favore di politici, o meno, sono funzionali, in definitiva, a ripristinare una sperequazione.

Di seguito, procedendo con ordine, verranno prese in considerazione prima le contestazioni aventi ad oggetto la competenza regionale per passare poi alla questione della legittimità nel merito delle disposizioni regionali impugnate.

2. Competenze statali e regionali in materia di vitalizi

Sotto il profilo del riparto delle competenze, il giudice rimettente ritiene che la Regione Trentino-Alto Adige non potrebbe intervenire in materia di vitalizi, sull'assunto che lo Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige attribuirebbe alla Regione autonoma una potestà normativa limitata alla materia dell'ordinamento degli uffici regionali e del personale ad essi addetto. La

[1] Corte cost. sentt. nn.; 108 del 2019; 44 del 2019. A livello parlamentare, in part.: Consiglio di giurisdizione della Camera dei deputati, sent. 22 aprile 2020, n. 2; Commissione contenziosa del Senato, sent. 25 giugno 2020, n. 660. Consiglio di Garanzia del Senato, ordinanza 12 gennaio 2022.

competenza regionale, quindi, non comprenderebbe la possibilità di incidere sui vitalizi, ambito che, al contrario, sarebbe riservato alla potestà legislativa statale.

Sul punto, la Corte costituzionale afferma che la disciplina sul trattamento economico e previdenziale dei consiglieri regionali è da ricondurre alla struttura organizzativa regionale. Senza dubbio la disciplina in materia di vitalizio regionale spetta alla potestà normativa delle regioni e, in particolare, alla Regione autonoma Trentino-Alto Adige che, a norma dell'art. 4, numero 1 dello Statuto, ha competenza legislativa in materia di «ordinamento degli uffici regionali e del personale ad essi addetto» e gode altresì di autonomia finanziaria (artt. 69 - 86 dello Statuto). Richiamando alcuni propri precedenti, la Corte costituzionale ribadisce quindi che le regioni hanno «ampio margine di autonomia» in materia di trattamento economico e previdenziale dei consiglieri regionali.

In realtà in materia di "costi per la politica", ossia, trattamento economico e previdenziale dei consiglieri, nonché numero dei consiglieri e assessori, il margine di autonomia regionale è stato ampiamente ritagliato dal legislatore statale. Con l'avallo dalla Corte costituzionale, alla luce delle esigenze di contenimento della spesa pubblica, lo Stato ha fortemente circoscritto la competenza legislativa regionale[2]. In questo senso, «armonia degli Statuti con la Costituzione» ed esigenze di coordinamento della finanza pubblica[3] hanno consentito alla Corte costituzionale di contrarre in modo consistente la competenza in materia di organizzazione della regione che, avendo ad oggetto la retribuzione e il numero dei consiglieri, finisce per incidere sulla stessa definizione della forma di governo regionale.

[2] Sent. nn.: 198 del 2012; 151 del 2012; 23 del 2014.

[3] Con la sent. n. 198 del 2012, la Corte costituzionale ha salvato la disciplina statale (contenuta nel d.l. n. 138 del 2011) che fissa il numero massimo di consiglieri e perfino degli assessori, avallando la decisione dello Stato che, in considerazione delle esigenze di contrazione della spesa pubblica, ha limitato in modo sostanziale la competenza dello Statuto regionale in materia di forma di governo, in tal senso, M. OLIVETTI, *Il colpo di grazia. L'autonomia statutaria delle Regioni ordinarie dopo la sentenza n. 198 del 2012*, in *Amministrazioneincammino.it*; F. CORVAJA, *Statuti regionali e "leggi della Repubblica"*, in *Le Regioni*, 2013, 199-200. Sulla pronuncia molto criticata, cfr. almeno: L. TRUCCO, *Materia elettorale e forma di governo regionale tra principi costituzionali e politiche di contenimento della spesa nelle decisioni n. 151 e n. 198 del 2012 della Corte costituzionale*, in *Consultaonline.it*, 2013; S. MANGIAMELI, *La composizione dei Consigli regionali nelle mani del Governo*, in *Giur. cost.*, 2012, 2869 e ss.; L. ANTONINI, *L'assetto finanziario delle autonomie speciali tra pseudo vincoli di sistema, opzioni politiche e prospettive*, in *Giur. cost.*, 2015, 2358 e ss.; G. FERRAIUOLO, *Il numero dei consiglieri regionali tra Statuto, legge regionale e decreto legge. Spunti per qualche riflessione sulle sorti del regionalismo italiano*, in *Federalismi.it*, n. 8/2013.

Tornando nello specifico alla decisione in commento, nell'autonomia regionale - per quanto circoscritta - rientra anche la competenza ad imporre il taglio del 20% dei trattamenti di quiescenza diretti e di reversibilità in corso di erogazione, disposto dall'art. 2 della l.r. Trentino-Alto Adige n. 5 del 2014. La Corte costituzionale dichiara infatti non fondata la questione di legittimità di quest'ultima disposizione che, secondo il giudice rimettente, introdurrebbe una disciplina contrastante con l'art. 117 co. 3 in relazione all'art. 2 co. 1, lett. *m*) del d.l. n. 174 del 2012 come convertito. La disciplina statale da ultimo citata subordina il trasferimento di una quota pari all'80% dei trasferimenti erariali (diversi da quelli destinati al finanziamento del Servizio sanitario nazionale e al trasporto pubblico locale)[4] all'adozione da parte delle regioni di misure di contrazione della spesa pubblica. Tra tali misure, per quanto qui interessa, l'art. 2 co. 1, lett. *m*) del d.l. n. 174 del 2012 stabilisce che la regione, per evitare la menzionata decurtazione, deve adottare provvedimenti volti a recepire il passaggio al sistema di calcolo contributivo del vitalizio, *fatti salvi* i trattamenti in corso di erogazione e, fino a tale passaggio, indica i limiti di età e di durata del mandato per il riconoscimento e corresponsione dell'assegno[5].

Evidenzia il giudice delle leggi che la riduzione del 20% degli assegni disposta dall'impugnata disposizione regionale non contrasta con la disciplina statale che fa salvi i trattamenti in corso di

[4] La disciplina statale in questione che ha superato il vaglio del controllo di legittimità costituzionale, costringe le Regioni ad adeguarsi all'indicazione normativa statale utilizzando una tecnica definita dalla Corte costituzionale premiale e sanzionatoria, mediante una sorta di «onere» con il fine di contenere la spesa pubblica (sent. n. 23 del 2014, punto n. 7.1 del *Considerato in diritto*). Certo, in un periodo di forti contrazioni dei trasferimenti erariali, il deterrente economico imposto alle Regioni appare stringente, rivelandosi in definitiva una sorta di *ricatto finanziario* in tal senso, A. STERPA, *Il decreto-legge n. 138 del 2011: riuscirà la Costituzione a garantire l'autonomia di Regioni e Comuni?*, in *Federalismi.it*, n.16/2011, 4. In particolare sulla sent. n. 23 del 2014, cfr.: G. MOBILIO, *La Corte costituzionale torna a pronunciarsi sui costi della politica regionale, ma stavolta neppure la specialità vale a salvare le Regioni dai "tagli" (a proposito della sentenza n. 23/2014)*, in *Le Regioni*, 2014, 807 e ss.

[5] Il passaggio al contributivo era stato imposto dall'art. 14 co. 1, lett. *f*) del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148. Secondo la citata lett. *m*) dell'art. 2 co. 1 del d.l. n. 174 del 2012: «La regione, a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fatti salvi i relativi trattamenti già in erogazione a tale data, fino all'adozione dei provvedimenti di cui al primo periodo, può prevedere o corrispondere trattamenti pensionistici o vitalizi in favore di coloro che abbiano ricoperto la carica di presidente della regione, di consigliere regionale o di assessore regionale solo se, a quella data, i beneficiari: 1) hanno compiuto sessantasei anni di età; 2) hanno ricoperto tali cariche, anche non continuativamente, per un periodo non inferiore a dieci anni. Fino all'adozione dei provvedimenti di cui alla presente lettera, in assenza dei requisiti di cui ai numeri 1) e 2), la regione non corrisponde i trattamenti maturati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto. Le disposizioni di cui alla presente lettera non si applicano alle regioni che abbiano abolito i vitalizi».

erogazione esclusivamente quanto alla previsione dei limiti di età e di durata del mandato, senza precludere, invece, la loro riduzione.

La disciplina statale è finalizzata ad imporre un principio di coordinamento della finanza pubblica, è volta a contenere la spesa, garantendo un risparmio in relazione al funzionamento del sistema politico: non ha l'obiettivo di fare salvo il trattamento in corso di erogazione, ma piuttosto di stabilire l'ambito di operatività del vincolo.

Volendo peraltro completare il quadro, la salvaguardia dei trattamenti *in corso di erogazione* non ha affatto costituito una priorità neanche per la successiva disciplina statale. Tanto è vero che la legge 30 dicembre 2018 n. 145 (legge di bilancio 2019), all'art. 1, co. 965 ha imposto alle regioni di ricalcolare con il metodo contributivo anche i vitalizi già maturati e in corso di erogazione, come del pari avvenuto a livello parlamentare con due contestate delibere, adottate nel 2018 dalle rispettive presidenze delle Camere. Le regioni si sono man mano adeguate al ricalcolo dei trattamenti in corso di erogazione e, in particolare, il Trentino-Alto Adige è intervenuto in tal senso con la l.r. n. 7 del 2019 che, peraltro, abroga la disciplina regionale oggetto del sindacato di legittimità nella pronuncia in commento.

Pur essendo iscritta in un quadro di forte contrazione delle competenze regionali, la disciplina del trattamento economico e previdenziale dei consiglieri regionali spetta al legislatore regionale. In questo senso l'intervento legislativo regionale che introduce una soluzione più restrittiva di quella statale – con il taglio del 20% dei trattamenti in essere, soglia al cumulo e contributi di solidarietà – risulta in linea con l'obiettivo perseguito dal legislatore statale di riduzione e razionalizzazione della spesa pubblica.

L'intervento legislativo regionale è complessivamente coerente con gli obiettivi di politica economica fissati dallo Stato, ma ciò non toglie che nell'ambito dei "costi per la politica", a partire dal 2011, il legislatore statale abbia ampiamente circoscritto la competenza regionale su aspetti che paiono di sicura spettanza legislativa o statutaria regionale.

Sull'onda populista che, a tutti i livelli, ha travolto le istituzioni nonché l'intera classe politica[6], le ragioni della crisi economica sono state utilizzate e, in parte, strumentalizzate, al fine di

[6] Sulla crisi di legittimazione e l'affermazione dei partiti populisti in questa sede sia consentito un limitato rinvio a: L. FERRAJOLI, *Democrazia e populismo*, in *Rivistaaic.it*, n. 3/2018; Y. MÉNY, Y. SUREL, *Populismo e democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2001, 148 e ss.; A. SPADARO, *Su alcuni rischi, forse mortali, della democrazia costituzionale*

giustificare sia l'adozione di misure particolarmente riduttive, sia un'interpretazione marcatamente centralistica della competenza in materia di coordinamento della finanza pubblica. È stato così possibile imporre alle regioni strumenti specifici (il taglio dei consiglieri, la riduzione delle indennità, il passaggio al contributivo e il ricalcolo con metodo contributivo dei vitalizi in corso di erogazione) che riducono la competenza regionale, ma – secondo la Corte costituzionale – sono coerenti rispetto agli obiettivi di contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica[7].

3. Le ragioni giustificative dell'intervento peggiorativo: sobrietà, ragionevolezza e contenimento della spesa pubblica

Dopo aver affrontato la questione della competenza, la Corte costituzionale passa all'altra censura contenuta nell'ordinanza di rimessione relativa alla legittimità nel merito della disciplina regionale riduttiva *in pejus* dei vitalizi in corso di erogazione diretti e di reversibilità. Il giudice rimettente contesta la legittimità delle diverse misure in questione (la riduzione del 20%, il limite al cumulo e i contributi di solidarietà) che sarebbero lesive del principio di legittimo affidamento e certezza del diritto, violando l'art. 3 Cost. e l'art. 117 co. 1 Cost., in relazione all'art. 6 della Cedu.

Quanto all'ultimo parametro di legittimità, la norma convenzionale è evocata erroneamente. Secondo le indicazioni della Corte europea dei diritti, il presupposto, ovvero la tutela dell'art. 6 CEDU, si può attivare qualora le disposizioni censurate diano corpo a un'ingerenza del potere legislativo sull'amministrazione della giustizia e mirino ad influenzare la definizione giudiziaria di una lite[8]. Nel caso in oggetto, la Corte costituzionale sottolinea come le disposizioni regionali

contemporanea. Prime considerazioni, in *Rivistaaic.it*, n. 1/2017; M. PROSPERO, *La Costituzione tra populismo e leaderismo*, Milano, FrancoAngeli, 2010.

[7] A titolo esemplificativo, sui temi della razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica sent. nn.: 23 del 2014; 262 del 2012; 236 del 2013; 52 del 2010; 237 del 2009; 417 del 2005. Sul tema cfr.: A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Torino, Giappichelli, 2017, 220 e ss.; S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, Giappichelli, 2002, 130-132; G. RIVOSECCHI, *Armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario (art. 117.3.)*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO (a cura di), *Le materie dell'art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2011. Analisi sistematica della giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenza fra Stato e Regioni 2001-2014*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, 381.

[8] Corte EDU: 3 settembre 2013, M.C. ed altri contro Italia; 24 giugno 2014, Azienda agricola Silverfunghi, s.a.s. e altri c. Italia; 7 giugno 2011, Agrati ed altri c. Italia; 9 dicembre 1994, Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia.

censurate non danno corpo ad alcuna ingerenza del potere legislativo sull'amministrazione della giustizia e non mirano in alcun modo ad influenzare la definizione giudiziaria di una lite. Inoltre, l'efficacia solo *pro futuro* delle disposizioni *in pejus* sul trattamento in corso di erogazione esclude che le stesse possano violare la disposizione convenzionale dell'art. 6 CEDU.

Per quanto concerne la violazione dell'art. 3 Cost. cui è da ricondurre la tutela del legittimo affidamento, la Corte costituzionale ribadisce che l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica costituisce elemento fondamentale ed indispensabile dello Stato di diritto, nonché ricaduta «"soggettiva" dell'indispensabile carattere di coerenza dell'ordinamento», ma non comporta che sia interdetto in via assoluta al legislatore di emanare disposizioni le quali modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata[9].

Del resto, giova rammentare, pur senza pretesa di completezza, che nel nostro ordinamento il principio di irretroattività della norma è costituzionalizzato solo in materia penale; l'irretroattività non è un dogma assoluto. Il principio per cui *la legge non dispone che per l'avvenire* è contenuto nella legge ordinaria, tra le disposizioni preliminari al Codice civile (all'art. 11), ossia, tra quei principi tesi ad orientare l'interprete nel processo ermeneutico[10]. Il principio dell'irretroattività può dunque essere disatteso dal legislatore per perseguire altri e diversi obiettivi che richiedono di rivalutare il passato, oppure, come nel caso in oggetto, di modificare per il futuro un rapporto di durata già in essere sulla base di criteri diversi e nuovi.

[9] Da ultimo, sent. n. 108 del 2019, punto n. 5 *Considerato in diritto*. Sul punto, E. GIANFRANCESCO, *Il trattamento economico post-mandato dei membri di Assemblee legislative: fondamento costituzionale, fonti di disciplina e strumenti di tutela*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2020, 1213 e ss.; S. MABELLINI, *La retroattività "riparatrice", ovvero... si preannuncia un nuovo fronte nel difficile dialogo tra Corte costituzionale e Corte Edu in tema di legislazione retroattiva?*, in *Giur. cost*., 2019, 1937 e ss. nonché, volendo, V. DE SANTIS, *Considerazioni intorno alla sent. n. 108 del 2019. Misure retroattive e natura del vitalizio-pensione dei politici regionali*, in *Osservatorio AIC*, n. 4/2019, 127 e ss. In generale, in tema di misure retroattive, e*x multis*: sent. 241 del 2019; 236 e 16 del 2017; 170 del 2013; 446 del 2002; 127 del 1997; 417 e 361 del 1996; 240 del 1994; 99 del 1995.

[10] Sul principio dell'irretroattività come criterio ermeneutico, cfr., almeno: L. PALADIN, *Appunti sul principio di irretroattività delle leggi*, in *Il Foro amm.*, I, 1959, 947-948; M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. it*., 2007, 1826 e ss.; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1993, 283 e ss.; S. FOIS, *Irretroattività, astrattezza e limiti della legge regionale*: *osservazioni critiche*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, II, Padova, Cedam, 1238 e ss.; G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività*, Milano, Giuffré, 1970, p. 244 e ss.; A. CARIOLA, *Retroattività*, in S. CASSESE (sotto la direzione di), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, Giuffrè, 2006, 5172.

Il legislatore dispone di ampia discrezionalità nel modificare in senso sfavorevole la disciplina di rapporti di durata secondo il meccanismo della cosiddetta retroattività impropria a condizione che l'intervento peggiorativo trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non trasmodi in una disciplina lesiva dell'art. 3 Cost. cui è da ricondurre il principio del legittimo affidamento dei cittadini. Secondo il Giudice delle leggi, l'intervento retroattivo proprio o improprio è costituzionalmente legittimo se giustificato da prevalenti interessi di carattere generale e se adottato in base ad un'attenta valutazione in ordine alla ragionevolezza e proporzionalità dell'intervento pubblico lesivo degli interessi individuali coinvolti[11]. Seguendo un approccio molto simile a quello della convergente giurisprudenza della Corte EDU[12], la Corte costituzionale non si sofferma a valutare se l'intervento retroattivo - o, in tal caso, retroattivo in senso improprio - sia ammissibile in termini generali, piuttosto considera in base a quali scopi di pubblico interesse, ragioni giustificative e bilanciamento con altri interessi avvenga la modifica normativa peggiorativa.

Alla luce di questa impostazione, la Corte costituzionale passa direttamente a vagliare le ragioni giustificative che hanno condotto all'adozione della disciplina regionale peggiorativa per poi valutare se le misure in oggetto siano lesive del principio del legittimo affidamento (di seguito § 6).

Facendo ricorso ai lavori preparatori e, in particolare, alla relazione introduttiva al disegno di legge, la Corte costituzionale sottolinea che le diverse misure regionali riduttive sono giustificate da esigenze «di sobrietà, ragionevolezza e contenimento della spesa pubblica». Nello stesso titolo della l.r. Trentino-Alto Adige, n. 5 del 2014 viene del resto indicata la finalità perseguita dal legislatore con l'adozione di modifiche in materia di indennità e previdenza dei consiglieri regionali «volte al

[11] Sent. n. 390 del 1995, punto n. 2 del *Considerato in diritto* e anche sent. n. 304 del 2013, punto 4 del *Considerato in diritto*. Nello stesso senso, *ex multis*, sentt. nn.: 16 del 2017; 203 del 2016; 149 del 2017; 316 del 2010.

[12] Nella giurisprudenza della Corte EDU cfr. almeno: Strech c. Regno Unito, 24 giugno 2003; Lilly France c. Francia, 25 novembre 2010; Agrati c. Italia, 7 giugno 2011; Maggio c. Italia, 31 maggio 2011; Stefanetti e altri c. Italia, 15 aprile 2014. Sulla giurisprudenza della Corte Edu in materia di retroattività, senza pretese di esaustività, cfr. almeno: A. PUGIOTTO, *Il principio d'irretroattività preso sul serio*, M. BIGNAMI, *La Corte Edu e le leggi retroattive*, C. DI MARTINO, *Il legittimo affidamento nel bilanciamento della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di retroattività legislativa*, in C. PADULA (a cura di), *Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, rispettivamente 18 e ss., 52 e ss. e 185 e ss.; F. PANI, *Prime note per uno studio sul principio di legittimo affidamento nel diritto pubblico: una nuova frontiera per l'ipotesi di mutamenti giurisprudenziali imprevedibili?*, in *Rivistaaic.it*, n. 3/2018; R. CAPONI, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, in *Giur. cost.* 2011, 3753 e ss.; A. VALENTINO, *Il principio d'irretroattività della legge civile nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012.

contenimento della spesa pubblica» e necessitate, come precisato nei lavori preparatori, dalla «grave situazione economica».

Nello specifico, in merito ai contributi di solidarietà, disciplinati a più riprese dal legislatore regionale (da ultimo art. 4, l.r. Trentino-Alto Adige, n. 5 del 2014), la Corte costituzionale, forte di una consolidata giurisprudenza[13], si limita a ribadire che tali misure sono coerenti con quelle statali, disposte dal legislatore statale dal 1999 con diversi e successivi interventi di decurtazione di tutti i trattamenti pensionistici di importo più elevato. La riduzione dei trattamenti di quiescenza dei politici regionali viene dunque ricondotta alle generali esigenze di contrazione della spesa pubblica e perequazione che, in un contesto di evidente e perdurante crisi economica, hanno giustificato - e continuano a giustificare - il protrarsi di misure di riduzione di *tutti* i trattamenti pensionistici a condizione che la contrazione sia non arbitraria e consentanea allo scopo prefissato.

Complessivamente, richiamando il proprio precedente, la recente sent. n. 108 del 2019 proprio in tema di sistemi di calcolo dei vitalizi[14], la Corte costituzionale evidenzia come tutte le misure peggiorative adottate dalla Regione oggetto del sindacato di legittimità trovino in definitiva giustificazione nella duplice esigenza di equità, ragionevolezza e in quella di contenimento della spesa pubblica.

In presenza di una crisi economica notoria e di ingente portata, che coinvolge *solidalmente* l'ordinamento nazionale nella sua complessità, le esigenze di risparmio e di contenimento della spesa pubblica sono prevalenti rispetto ad altre esigenze, come certezza e tutela dell'affidamento (di seguito §. 6). Le misure restrittive regionali sono quindi congruenti ai coevi e precedenti interventi

[13] A titolo esemplificativo, cfr. Corte cost. sentt. nn.: 173 del 2016; 304 del 2013; 223 del 2013; 310 del 2012; 70 del 2015; 316 del 2010; 22 del 2003; 116 del 2013; 299 del 1999; 245 del 1997. Sul punto la dottrina è amplissima, sia consentito un limitato rinvio a: R. FABOZZI, *Perequazione, contributo di solidarietà ed esigenze di bilancio: un difficile equilibrio*, in *Giur. cost.*, 2016, 1847 e ss.; A. OCCHINO, *I diritti sociali nell'interpretazione costituzionale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2017, in part., 19 e ss.; G. M. SALERNO, *La sentenza n. 70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente*, in *Federalismi.it*, n. 10/2015; A. SGROI, *La perequazione automatica delle pensioni e i vincoli di bilancio: il legislatore e la Corte costituzionale*, in *Consultaonline.it*, 2015, p. 516 e ss.; A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, ivi; L. PEDULLÀ, *Le "pensioni d'oro" quale paradigma del difficile bilanciamento tra diritti di prestazione sociale ed equilibrio economico-finanziario*, in *Forumcostituzionale.it*, 2016.

[14] In questa pronuncia la Corte costituzionale ha confermato la legittimità della legge regionale sempre del Trentino-Alto Adige che interveniva in senso riduttivo sui vitalizi in corso di erogazione incidendo in senso retroattivo su un meccanismo si attualizzazione di una loro quota.

legislativi statali e la loro adozione prescinde da ogni valutazione inerente alla pretesa "non necessità" in riferimento alla specifica situazione finanziaria regionale.

4. Misure peggiorative e natura del vitalizio-pensione

Dopo aver inquadrato le disposizioni regionali modificative *in pejus* nell'ambito di quelle misure giustificate dagli obiettivi del contenimento della spesa pubblica, la Corte costituzionale aggiunge che le misure regionali *in pejus* sono giustificate da asserite «esigenze di sobrietà» che - come emerge nei lavori preparatori - giustificano la riduzione dei vitalizi. Più precisamente, rifacendosi al proprio precedente, la sent. n. 108 del 2019, la Corte costituzionale sottolinea come le misure regionali in oggetto sono giustificate da ragioni di *sobrietà*, *perequazione* ed *equità* da assecondare attraverso il ridimensionamento di trattamenti che restano di *particolare favore*.

Il vitalizio – oggi pensione – di consiglieri e presidenti di regione, pur assolvendo *in concreto* alla stessa *funzione* della pensione ordinaria, presenta elementi di sicuro vantaggio, perché costituisce un regime differenziato e privilegiato rispetto al regime pensionistico ordinario.

Richiamando i propri precedenti e quelli della giurisprudenza di merito, la Corte costituzionale nella pronuncia in oggetto ribadisce che il trattamento di quiescenza del consigliere regionale presenta nei suoi presupposti e nelle sue finalità, «connotazioni distinte da quelle proprie della retribuzione connessa al rapporto di pubblico impiego»[15].

Nell'evoluzione normativa, gli elementi di vantaggio del trattamento economico dei politici regionali sono stati sensibilmente temperati dalla legislazione statale che ha imposto alle regioni, prima, di parametrare le indennità regionali a quelle dei parlamentari e, poi, di superare il vitalizio con il passaggio al sistema contributivo. Osserva però la Corte costituzionale che restano comunque di particolare vantaggio proprio i trattamenti retti dai regimi più risalenti, quali quelli relativi al giudizio di merito dai quali è scaturita la controversia che ha dato origine alla pronuncia in commento.

[15] Corte costituzionale, sent. n. 289 del 1994, punto n. 3 del *Considerato in diritto*. In tal senso, cfr. anche: Cass. sez. I, 20 giugno 2012, n. 10177; Cass. civ. sez. unite, 18 novembre 2016, n. 23467; Cass. civ. sez. unite, 20 luglio 2016, n. 14920; Cass. civ. sez. trib., sent. 24 novembre 2010, n. 23793.

Peraltro, attualmente, nonostante il superamento del vitalizio, il regime del trattamento di quiescenza dei consiglieri regionali differisce in modo significativo da quello ordinario: viene maturato prima, non è sottoposto alla gestione generale dell'Inps, ma è erogato direttamente dalla regione e costituisce un trattamento aggiuntivo agli eventuali altri trattamenti pensionistici ordinari o relativi ad ulteriori incarichi politici ricoperti[16].

Per il suo regime, quello che può essere denominato, il vitalizio-pensione del consigliere regionale non è riconducibile al regime costituzionale della pensione come trattamento legato all'età, alla diminuzione o alla perdita della capacità lavorativa[17].

La logica assistenziale e previdenziale-assicurativa, evocata rispettivamente dai commi 1 e 2 dell'art. 38 Cost.[18], sembra concettualmente lontana dal regime di favore in termini di anzianità anagrafica e contributiva cui i vitalizi-pensioni dei politici restano connessi. Del resto, più ampiamente, il collegamento logico-funzionale esistente tra l'indennità di carica percepita per l'assolvimento della carica elettiva e la percezione della pensione-vitalizio non consente di assimilare la posizione del titolare di una pensione ordinaria a quella del politico percettore di trattamento di quiescenza. In quanto garanzia funzionale all'espletamento del *munus* pubblico, il vitalizio-pensione del consigliere regionale non trova la propria ragione di esistenza, né nel rapporto assicurativo-previdenziale legato ad un rapporto corrispettivo, né nella funzione assistenziale.

[16] Il diritto al vitalizio-pensione è maturato all'età di 65 anni, nel caso di svolgimento di una legislatura e a 60 anni, nel caso di svolgimento di più legislature. Inoltre, fino all'adozione dell'art. 38 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 (legge finanziaria del 2000), grazie alla contribuzione figurativa i consiglieri regionali e i parlamentari non erano neanche tenuti al pagamento della propria parte di contributi che restava a totale carico dell'Inps o degli altri enti previdenziali di appartenenza. Più ampiamente sulla natura del vitalizio, sia consentito un rinvio a V. DE SANTIS, *Indennità e vitalizi. Per uno studio dell'art. 69 della Costituzione*, Milano, FrancoAngeli, 2020, 131 e ss.

[17] L. VIOLINI, *Art. 38*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, Utet, 2006, 786; A. AVIO, *L'invecchiamento attivo: se la vecchiaia non ha età*, in *Diritti lavori mercati*, 2013, 216 e ss.

[18] Dall'art. 38 Cost. emergono due profili uno assistenziale e l'altro previdenziale: il primo è legato alla «sufficienza» delle prestazioni e l'altro all'adeguatezza, all'attività o alla funzione svolta e alle condizioni di bisogno collegate all'età, all'invalidità o malattia. Su questi aspetti qui solo accennati, cfr. almeno: V. CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, in ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, 133-134; M. PERSIANI, *Art. 38*, in *Commentario della Costituzione*, *Principi fondamentali*, fondato da G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. del Foro italiano, 1979, 232 e ss.; M. CINELLI, *Previdenza sociale*, in *Enc. giur.*, XLII, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1990; C. TRIPODINA, *Art. 38*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, 370 e ss.

Peraltro, proprio il permanere di tale diversità funzionale rispetto al regime pensionistico ordinario, anche dopo il passaggio al contributivo, avvenuto nel 2012, rende difficile ricondurre la materia in oggetto alla competenza statale esclusiva in materia previdenziale (art. 117 co. 2 lett. *o*)).

5. La confusa parabola del divieto di cumulo dei trattamenti di quiescenza

Tra le disposizioni regionali impugnate e passate indenni sotto il sindacato di legittimità costituzionale, merita qualche considerazione specifica il limite al cumulo. L'art. art. 3 l.r. Trentino-Alto Adige n. 5 del 2014 di cui il giudice rimettente contesta la legittimità costituzionale, fissa infatti un limite alla cumulabilità di 9000 euro mensili lordi nel caso in cui il titolare di assegno vitalizio diretto o di reversibilità goda di altro trattamento per aver ricoperto cariche di parlamentare nazionale o europeo o per essere componente di organi di altre regioni.

Sulla questione, affrontata in modo stringato dalla Corte costituzionale, giova rammentare che tutti i trattamenti di quiescenza per i diversi incarichi politici si cumulano, consentendo al raggiungimento dell'età di 60 anni di percepire non solo i vari vitalizi-pensioni maturati, ma eventualmente anche la pensione per la normale attività lavorativa, svolta tra un incarico politico e l'altro.

La legittimità del divieto di cumulo, considerato dal giudice rimettente discriminatorio, lesivo del principio del legittimo affidamento e del principio di libero accesso alle cariche elettive, è invece confermata dalla Corte costituzionale in quanto la sussistenza di altra fonte di reddito può ragionevolmente giustificare la diminuzione del trattamento di quiescenza.

Riconducendo la questione ai principi generali fissati nella propria giurisprudenza in materia pensionistica, la Corte costituzionale conferma che la diminuzione del trattamento pensionistico è legittima in quanto «la funzione previdenziale della pensione non si esplica, o almeno viene notevolmente ridotta, quando il lavoratore si trovi ancora in godimento di un trattamento di attività»[19].

La Corte costituzionale richiama dunque un principio di carattere generale, per cui in materia pensionistica il divieto totale di cumulo è illegittimo perché è in contrasto con la logica assicurativa,

[19] In part. sent. 241 del 2016, *Considerato in diritto*, n. 5.

mentre è legittimo quello parziale, in quanto la sussistenza di una fonte di reddito ulteriore può giustificare una riduzione del trattamento pensionistico, riducendo lo stato di bisogno[20].

In presenza di altri trattamenti la funzione previdenziale si riduce e, dunque, il limite al cumulo è ragionevole. Anche se in modo indiretto, la Corte costituzionale conferma che il trattamento di quiescenza del politico regionale assolve in concreto alla medesima funzione costituzionale di sopperire alla condizione di bisogno legata all'età, che secondo l'art. 38 Cost., conferisce a tutti i lavoratori il diritto a «mezzi» che siano «adeguati» per farvi fronte.

Il trattamento di quiescenza può così essere oggetto di una limitazione legislativa discrezionale che, anche alla luce delle variabili di politica economica e sociale, tenga conto della percezione di altre fonti di reddito. Ciò non significa, però, che la copertura dell'art. 38 Cost. possa essere estesa in modo automatico ai vitalizi-pensione perché questi, pur assolvendo ad una funzione assistenziale e previdenziale, presentano un regime che (come osservato al §. precedente) non è assimilabile al trattamento pensionistico ordinario del dipendente che stringe con il datore di lavoro un rapporto disciplinato dal contratto.

La disciplina del cumulo dei trattamenti di quiescenza - per l'assolvimento dei diversi incarichi politici a livello regionale, nazionale ed europeo - resta un trattamento di particolare favore che, peraltro, non trova alcun esplicito fondamento normativo.

Il principio costituzionale di cui all'art. 51, co. 3, si limita a garantire il diritto alla conservazione del posto di lavoro per l'eletto e, in sua attuazione, l'art. 31 dello Statuto dei lavoratori include il diritto alla copertura previdenziale, posta a carico dello Stato e senza alcuna interruzione contributiva per tutto il periodo di esercizio del mandato. La disposizione in vero non giustifica il cumulo dei diversi trattamenti di quiescenza, ma la contraria interpretazione che è invalsa deriva, con tutta probabilità, dalla natura del vitalizio-pensione, ossia, dalla sua non completa assimilabilità alla pensione.

Oggi, conservare il regime del cumulo dei trattamenti sembra sempre più contrario ad una razionale utilizzazione delle risorse pubbliche, ma tale regime attualmente permane. Infatti la

[20] Corte cost. sent. nn.: 155 del 1969; 275 del 1976; 197 del 2010. Per completezza si può rammentare che nella legislazione ordinaria, in particolare con il passaggio al regime contributivo, il divieto di cumulo tra pensione e reddito da lavoro autonomo e subordinato è stato progressivamente allentato, scomparendo quasi, anche per l'esigenza di contenere il fenomeno del lavoro sommerso, sul punto E. ALES, G.L. CANAVESI, D. CASALE, R. CASILLO, M. ESPOSITO, G. LUDOVICO, R. VIANELLO, *Diritto della sicurezza sociale*, Milano, Giuffrè, 2021, 187; M. PERSIANI, M. D'ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Torino, Giappichelli, 2016, 210-212.

disciplina del Trentino Alto-Adige e coeve similari disposizioni di altre regioni[21] sono state tutte successivamente abrogate, a seguito del ricalcolo cui i vitalizi in essere sono stati sottoposti, in adeguamento dell'obbligo imposto dal legislatore statale con il citato art. art. 1, co. 965 l. 145 del 2018. Secondo le indicazioni del legislatore statale, infatti, i trattamenti di quiescenza in questione sono stati ridefiniti sulla base del metodo di calcolo contributivo, secondo parametri definiti in sede di Conferenza Stato-regioni. A seguito dell'intesa, raggiunta il 3 aprile 2019, tutte le regioni hanno progressivamente recepito i nuovi criteri, abrogando le precedenti discipline regionali tra le quali, appunto, la legge del Trentino Alto-Adige n. 5 del 2014, oggetto del sindacato in questione.

Al di là della pronuncia in commento, l'esito finale di questa caotica evoluzione normativa è l'abrogazione della disposizione regionale che, fissando il divieto di cumulo al di sopra di una certa soglia, introduceva una soluzione ragionevole diversamente da quanto disposto da altre regioni che si limitavano ad imporre il solo divieto di cumulo (senza fissare alcuna soglia). L'imposizione da parte dello Stato del controverso e contestato ricalcolo dei trattamenti di quiescenza in corso di erogazione ha quindi avuto come effetto di travolgere il divieto di cumulo che, almeno nella versione adottata dalla Regione Trentino-Alto Adige, costituiva una misura coerente agli obiettivi di ragionevolezza, equità e sobrietà.

6. Legittimo affidamento e misure retroattive (in senso improprio)

Dopo aver chiarito che le ragioni del contenimento della spesa pubblica hanno giustificato l'adozione della legge regionale modificativa *in pejus* dei trattamenti in essere, la Corte costituzionale passa al bilanciamento, ovvero, ad analizzare se le disposizioni che impongono un sacrificio individuale abbiano leso il principio del legittimo affidamento.

La sicurezza giuridica e la fiducia nella permanenza nel tempo di un determinato assetto regolatorio trovano copertura costituzionale nell'art. 3 Cost.: sono principi connaturati allo Stato di diritto, che deve assicurare coerenza e certezza del diritto. Tuttavia tali esigenze di certezza non

[21] La Toscana, legge 10 dicembre 2015, n. 74, art. 4 e l'Emilia-Romagna, legge 11 maggio 2017, n. 7, art. 3, disponevano il divieto di cumulo.

possono essere affermate in termini assoluti e inderogabili, poiché anche l'affidamento è soggetto al normale bilanciamento proprio di tutti i principi e diritti costituzionali.

In più occasioni la Corte costituzionale ha infatti ribadito che l'esigenza di ripristinare criteri di equità e di ragionevolezza, insite in un trattamento di favore, è preponderante rispetto alla tutela dell'affidamento[22]. Più precisamente, una misura modificativa di un trattamento di durata di oggettivo favore, limitando sperequazioni e incongruenze, assume una funzione che - nella già menzionata sent. n. 108 del 2019 - la Corte costituzionale ha definito «"riparatrice"»[23]. Con il meccanismo della retroattività impropria, le misure adottate dal legislatore regionale attenuano un sistema rivelatosi non conforme ai criteri di equità, ragionevolezza e contenimento della spesa pubblica.

Del resto, come già ricordato, nell'ordinamento di democrazia pluralista, il criterio di validità temporale della legge che, nella normalità dei casi, *vale solo per il futuro* non è costituzionalizzato, perché deve poter essere derogato in ragione di interessi e beni di rilievo costituzionale la cui prevalente esigenza di tutela può anche travolgere la conservazione di singole posizioni giuridiche soggettive[24].

La modifica normativa che corregge la disciplina preesistente, con un effetto retroattivo proprio o improprio, è ammissibile perché la norma nuova viene considerata «più giusta» e, dunque, idonea a pervadere anche situazioni prodottesi nel passato[25]. In questo senso già Savigny, nel 1898, evidenziava che quando le leggi hanno lo scopo di raggiungere determinati obiettivi politici ed economici (per esempio, l'abolizione del diritto di decima o della servitù della gleba) devono

[22] Da ultimo, sent. n. 108 del 2019, punto n. 6 del *Considerato in diritto*, nonché sent. n. 240 del 2019, punto 5.2. del *Considerato in diritto* e sent. n. 241 del 2019, punto 8 del *Considerato in diritto*. Si vedano anche sent. n.: 89 del 2018; 73 del 2017; 56 del 2015; 170 e 160 del 2013; 78 del 2012 e 209 del 2010.

[23] Sent. n. 108 del 2019, punto n. 6 del *Considerato in diritto*.

[24] È interessante tenere presente che negli ordinamenti in cui il principio di irretroattività è costituzionalizzato, la giurisprudenza costituzionale ne ammette comunque la derogabilità se necessario al fine di garantire interessi di carattere generale, sul punto, cfr. almeno: R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano, Giuffrè, 1990, 73 e ss.; A. CIATTI, *Contratto e applicazione immediata di norme sopravvenute (sofortwirkung)*, in AA. VV., *Diritto intertemporale e rapporti civilistici*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, 167; G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività*, cit., 10 e ss.

[25] Sull'applicazione della nuova legge ai fatti passati come espressione, in taluni casi, di equità: D. DONATI, *Il contenuto del principio della irretroattività della legge*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1915, ora in ID., *Scritti di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1966, 305 e ss.; A. GIULIANI, *Le preleggi. Gli articoli 1-15 del Codice civile*, Torino, Utet, 1999, 98.

necessariamente trovare applicazione retroattiva[26]. In definitiva, il principio di irretroattività è un principio interpretativo che orienta le decisioni del giudice, ma la disciplina legislativa può avere effetto retroattivo se diretta a raggiungere determinati obiettivi tra i quali, *in primis*, appunto correggere la disciplina preesistente, "riparare" un assetto normativo iniquo o non ragionevole.

Sotto altro profilo, per quanto concerne il limite al cumulo dei trattamenti, la Corte costituzionale conferma che la disciplina regionale non lede il principio del legittimo affidamento perché incide su un trattamento di elevato ammontare, fissando una soglia tutt'altro che esigua di 9000 euro lordi mensili, non compresivi naturalmente di altri eventuali redditi da lavoro o pensione ordinaria. Allo stesso modo, non è lesiva del legittimo affidamento, l'imposizione dei contributi di solidarietà su trattamenti diretti e di reversibilità di importo elevato, peraltro graduata a seconda dell'entità dell'importo.

Anche sotto l'aspetto della prevedibilità degli interventi, la disciplina regionale non lede il legittimo affidamento perché è adottata a fronte di una serie di molteplici precedenti misure che in materia di costi per la politica già dal 2011, come osservato (al §. 2.), sono state adottate dal legislatore statale ai fini del contenimento della spesa pubblica.

In conclusione, a differenza del trattamento avente natura contributiva o assistenziale, se un trattamento economico, destinato o meno a chi ha ricoperto incarichi politici, è di particolare favore può essere rimesso in discussione. Nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, la sperequazione e la sostanziale iniquità vanno corrette o, quantomeno, attenuate.

7. Accesso alle cariche pubbliche, autonomia regionale e sovranità parlamentare: brevi considerazioni finali

Tra i motivi di rinvio il giudice rimettente adduce anche l'incompatibilità della disciplina regionale (sul divieto di cumulo e il taglio del 20% dei vitalizi) con gli artt. 64, 66, 68 e 69 della Costituzione. Il giudice *a quo* ritiene infatti che il vitalizio regionale risponda alla medesima *ratio*, sottesa all'indennità consiliare di eliminare gli impedimenti economici all'accesso alle cariche

[26] F.C. DI SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (1849), VIII, trad.it., Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1898, 521 e ss., sul punto, anche per una completa ricostruzione del pensiero di Savigny, R. CAPONI, *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. cost.*, 1990, 1335 e ss.

pubbliche, favorendo la partecipazione democratica mediante un trattamento economico adeguato ad assicurare l'indipendenza dell'eletto.

Sul punto, richiamando i propri precedenti ma anche la giurisprudenza di legittimità, la Corte costituzionale conferma che al Parlamento nazionale deve essere riconosciuta una posizione costituzionale del tutto peculiare. Le norme che disciplinano il funzionamento delle Camere e dei suoi membri costituiscono infatti «diritto singolare»[27], non estendibile ai Consigli regionali.

Certo, sotto altro profilo, la necessità di garantire il più ampio accesso alle cariche pubbliche richiede che ogni politico, tanto a livello nazionale quanto regionale, sia messo in condizione di dedicarsi alla funzione pubblica senza la preoccupazione derivante dall'interruzione della propria precedente professione o attività lavorativa[28]. La garanzia del più ampio accesso ai pubblici uffici e alle cariche elettive (art. 51 Cost.) e il diritto all'indennità (art. 69 Cost.) costituiscono attuazione del principio dell'uguaglianza sostanziale, richiedendo al legislatore di rimuovere gli «ostacoli» che impediscono la piena partecipazione dei cittadini alla vita politica ed economica del Paese[29].

Nell'ordinamento democratico, il diritto di partecipazione politica, secondo le indicazioni dell'art. 51 Cost., costituisce una garanzia rivolta a tutte le cariche pubbliche elettive a livello nazionale, regionale e locale. Ciò non toglie, tuttavia, che solo i parlamentari godano di indipendenza e prerogative costituzionali, garanzie senza dubbio più ampie di quelle riconosciute ai Consigli regionali i quali restano non equiparabili all'Assemblea parlamentare.

Come chiarito in più occasioni, la Corte costituzionale ribadisce che le attribuzioni dei Consigli si inquadrano nell'esplicazione di autonomie costituzionalmente garantite, ma non si esprimono a

[27] Corte costituzionale, sent. n. 24 del 1968, punto n. 3 del *Considerato in diritto*, ma anche Cass. senz. un., sent. 13 marzo 2020, n. 7220.

[28] Sulla funzione assolta dall'indennità e dal connesso trattamento di quiescenza quale garanzia di accesso alle cariche elettive in part.: G. E. VIGEVANI, *Stato democratico ed eleggibilità*, Milano, Giuffrè, 2001, 130 e ss.; U. POTOTSCHNIG, *Art. 97 [e 51]*, in *Commentario della Costituzione* (fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso), *La pubblica amministrazione. Art. 97-98*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. del Foro italiano, 1994, 353; L. CIAURRO, *Impignorabilità dell'indennità parlamentare: verso la soppressione*, in *Giur. cost*., 1995, 4486; M. CUNIBERTI, *Art. 51*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, cit., 517 e ss.; M. MIDIRI, *Art. 51*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, cit., 1016 e ss.; S. FURLANI, *Le tecniche della rappresentanza. Cinquant'anni di ricerche sul diritto elettorale in Italia e all'Estero*, I, Reggio Calabria, Falzea, 1996, 126; G. FERRARI, *Elezioni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 639 e ss., nonché volendo, V. DE SANTIS, *Indennità e vitalizi*, cit., 30 e ss.

[29] In tal senso, cfr. almeno: C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, Jovene, 1966, 506-507; L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1965, 312.

livello di sovranità[30]. Di conseguenza, i parametri costituzionali evocati - gli artt. 64, 66, 68 e 69 Cost. - sono del tutto inconferenti con conseguente non fondatezza della questione.

Sull'estensione dell'autonomia parlamentare, proprio in relazione alla disciplina del trattamento di quiescenza dei senatori, la Corte costituzionale sarà peraltro a breve chiamata, dovendo affrontare la questione di legittimità costituzionale della disciplina sul ricalcolo con metodo contributivo dei vitalizi, sollevata il 12 gennaio 2022 in via incidentale dal Consiglio di garanzia del Senato[31]. A prescindere da quest'ultimo e particolare caso, in cui non è affatto detto che la Corte costituzionale potrà effettivamente pronunciarsi nel merito, nelle ormai diverse pronunce in materia di vitalizi-pensioni emerge molto chiaramente un punto fermo, ossia, che quando un trattamento è di favore possono e, anzi, devono essere accolte quelle misure modificative *in pejus* di trattamenti che non siano in linea con le esigenze di contrazione e razionalizzazione del sistema della spesa pubblica.

La Corte costituzionale non ha ancora avuto modo di intervenire sulla questione del ricalcolo in senso contributivo dei vitalizi in corso di erogazione, ma suffragando la legittimità costituzionale della disciplina regionale del Trentino Alto-Adige che, con diverse misure, opera secondo il medesimo meccanismo di revisione *in pejus* del trattamento in essere, conferma, ancora una volta,

[30] Corte costituzionale sent. n.: 301 del 2007; 106 e 306 del 2002; 81 del 1975. In dottrina almeno: A. POGGI, *Delibera parlamentare* inibente *v. delibera consigliare* ininfluente*? Note problematiche circa alcune recenti decisioni della Corte in materia di insindacabilità dei consiglieri regionali*, in *Le Regioni*, 2008, 205 e ss.; A. MORRONE, *Avanti popolo... regionale!*, in *Quad. cost.*, 2012, 615 e ss.; T.F. GIUPPONI, *Le prerogative dei consiglieri regionali, tra giurisprudenza della Corte e riforma costituzionale*, in *Le Regioni*, 2002, 1061 e ss.; B. DI GIACOMO RUSSO, *L'esclusività del 'nomen iuris' Parlamento alla luce delle sentenze della Corte costituzionale n. 106 e n. 306 del 2002*, in *Forumcostituzionale,it*, 2002; A. BURATTI, *Conferme sull'assetto processuale dei conflitti in tema di insindacabilità dei consiglieri regionali (ed anacronismi argomentativi sulla 'posizione rispettiva' del Parlamento e dei Consigli regionali)*, in *Giur. cost.*, 2007, 2941 e ss. In tema di insindacabilità, Corte cost. ord. n. 15 del 2019 e sent. n. 43 del 2019, sul punto cfr.: P. GIANGASPERO, *L'insindacabilità dei consiglieri regionali: alcune conferme e qualche (parziale) novità in due decisioni della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 2019, 764 e ss.; D. GIROTTO, *Nuove precisazioni sulla funzione di autorganizzazione dei Consigli regionali, in una cauta pronuncia della Corte costituzionale*, in *Forumcostituzionale*, n. 2/2020, 678 e ss.; A. LO CALZO, *Spunti di riflessione sull'insindacabilità dei consiglieri regionali e dei parlamentari per i 'voti dati' quali membri degli Uffici di presidenza*, in *Federalismi.it*, n. 20/2019.

[31] Con l'ord. n. 23 del 2022, il Consiglio di Garanzia del Senato ha accolto parzialmente il ricorso dei senatori che si opponevano al ricalcolo con metodo retributivo dei trattamenti in corso di erogazione e, come giudice *a quo*, ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di «legittimità costituzionale relativa all'art. 1, comma 1, della delibera del Consiglio di presidenza del Senato della Repubblica n. 6 del 18 ottobre 2018, laddove qualificata come «regolamento minore» avente forza di legge, nella parte in cui viola i principi di proporzionalità e ragionevolezza nella determinazione retroattiva dei vitalizi, in rapporto agli articoli 2, 3, 23, 36, 38, 53, 67, 69 e 117, primo comma della Costituzione».

l'ampia discrezionalità del legislatore (statale e regionale) che può modificare un regime oggettivamente non equo per ripristinare una situazione di ragionevolezza nel perseguimento degli obiettivi di equità e di distribuzione del sacrificio economico.