

# QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale promosso  
da Magistratura democratica

VERSO IL REFERENDUM  
COSTITUZIONALE

Forme di governo,  
modelli di democrazia

IL CORPO

Anatomia dei diritti

2016



# QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale fondato da Giuseppe Borrè

## **Direttore**

Renato Rordorf

## **Vicedirettore**

Giovanni (Ciccio) Zaccaro

## **Comitato di redazione**

Silvia Albano, Roberto Arata, Marco Bignami, Francesco Buffa, Daniele Cappuccio, Anna Maria Casadonte, Giuseppe Cascini, Stefano Celentano, Maria Giuliana Civinini, Linda D'Ancona, Carlo De Chiara, Riccardo De Vito, Donatella Donati, Gabriele Fiorentino, Maria Elena Gamberini, Alfredo Guardiano, Maria Rosaria Guglielmi, Antonio Lamorgese, Luca Minniti, Andrea Natale, Maria Eugenia Oggero, Marco Patarnello, Egle Pilla, Luca Poniz, Carla Ponterio, Rita Sanlorenzo, Sergio Sottani, Glauco Zaccardi.

## **Comitato scientifico**

Perfecto Andrés Ibañez, Remo Caponi, Sergio Chiarloni, Maurizio Converso, Beniamino Deidda, Mario Dogliani, Massimo Donini, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Antonio Gialanella, Gianfranco Gilardi, Glauco Giostra, Francesco Macario, Luigi Marini, Federico Martelloni, Luca Masera, Silvia Niccolai, Elena Paciotti, Mauro Palma, Livio Pepino, Marco Pivetti, Roberto Romboli, Enzo Roppo, Agnello (detto Nello) Rossi.

## **Segretaria di redazione**

Fernanda Torres

**QUESTIONE GIUSTIZIA** - Rivista trimestrale è una pubblicazione online editata dalla Associazione Magistratura democratica, codice fiscale 97013890583  
ISSN 1972-5531

direttore editoriale:	Renato Rordorf
direttore responsabile:	Pasquale Notargiacomo
sede:	c/o Associazione Nazionale Magistrati, Palazzo di Giustizia Piazza Cavour 00193 - Roma
segretaria di redazione:	Fernanda Torres
contatti:	3497805555 - fernanda.torres@alice.it
indirizzo di posta elettronica:	redazione@questionegiustizia.it
sito web:	www.questionegiustizia.it
service provider:	Aruba

**II trimestre 2016 - chiuso in redazione luglio 2016**

## Sommario

<b>Editoriale</b> di <i>Renato Rordorf</i>	Pag.	4
 <b>Obiettivo 1. Verso il referendum costituzionale. Forme di governo, modelli di democrazia</b>		
<hr/>		
<b>In nome del popolo sovrano? Introduzione a “Verso il referendum costituzionale”</b> di <i>Riccardo De Vito</i>	”	7
<b>Il referendum costituzionale e l’impegno politico di Magistratura democratica</b> di <i>Giovanni (Ciccio) Zaccaro</i>	”	11
<b>La riforma costituzionale e il referendum. Le ragioni del NO</b> di <i>Valerio Onida</i>	”	16
<b>La replica a Luciano Violante</b> di <i>Valerio Onida</i>	”	22
<b>La riforma costituzionale e il referendum. Le ragioni del SÌ</b> di <i>Luciano Violante</i>	”	23
<b>La replica a Valerio Onida</b> di <i>Luciano Violante</i>	”	32
<b>Modifiche costituzionali e forma di governo</b> di <i>Gianni Ferrara</i>	”	33
<b>La riforma Renzi-Boschi: Governo forte, Costituzione debole</b> di <i>Massimo Villone</i>	”	41
<b>Italicum e “Riforma” costituzionale: costruzione mediatica e realtà</b> di <i>Livio Pepino</i>	”	51
<b>Legge elettorale e democrazia d’investitura. Quattro criticità costituzionali per un modello di democrazia</b> di <i>Gaetano Azzariti</i>	”	64
<b>Complessità e lacune nel sistema delle fonti statali</b> di <i>Ugo De Siervo</i>	”	69

<b>Composizioni e funzioni del nuovo Senato in prospettiva comparata</b> di <i>Barbara Guastaferrò</i>	”	77
<b>Il Senato delle autonomie territoriali. Come poteva essere, come sarà e come potrebbe essere la nuova Camera Alta della Repubblica italiana</b> di <i>Simone Pajno</i>	”	85
<b>Brevi considerazioni sugli organi di garanzia nella riforma costituzionale Renzi-Boschi</b> di <i>Francesco Rimoli</i>	”	105
<b>Se questo è un giudice. Nelle leggi elettorali con ‘bollino di costituzionalità’ il rischio della riduzione della Costituzione a ideologia</b> di <i>Silvia Niccolai</i>	”	117
<b>La riforma costituzionale e la sua incidenza sulla oscillazione del pendolo verso l’“anima politica” della Corte costituzionale</b> di <i>Roberto Romboli</i>	”	127
<b>L’autonomia politica delle Regioni ordinarie e il riparto della funzione legislativa nel disegno di legge costituzionale Renzi-Boschi</b> di <i>Marco Bignami</i>	”	140
<b>Obiettivo 2. Il Corpo. Anatomia dei diritti</b>		
<b>Introduzione a “Il Corpo. Anatomia dei diritti”</b> di <i>Stefano Celentano</i>	”	161
<b>Tra Ottocento e Novecento: dai diritti sul proprio Corpo ai diritti della persona</b> di <i>Filomena D’Alto</i>	”	162
<b>Vizi privati, pubbliche virtù. Note sulla tutela penale del pudore nell’Italia dell’Ottocento</b> di <i>Francesco Serpico</i>	”	168
<b>“Dal” Corpo e “sul” Corpo della donna. Il reato di stupro tra Ottocento e Novecento</b> di <i>Marianna Pignata</i>	”	175
<b>Il Corpo come limite dinamico all’autodeterminazione. Il passaggio dal <i>naturale</i> al <i>biologicamente possibile</i></b> di <i>Giuseppe Aprile e Gianclaudio Malgieri</i>	”	181
<b>Il consenso informato: la violazione del diritto all’autodeterminazione del paziente e la tutela risarcitoria</b> di <i>Roberta Catalano e Angela Martino</i>	”	191

<b>Prospettive garantistiche e sviluppi atipici dell'interpretazione conforme a Costituzione nel campo della biomedicina</b> <i>di Lorenzo Chieffi</i>	” 198
<b>Dilemmi e controversie nell'inquadramento diagnostico delle identità transgender e delle identità di genere non conformi</b> <i>di Paolo Valerio e Paolo Fazzari</i>	” 210
<b>Il giudice nel procedimento di rettificazione del sesso: una funzione ormai superata o ancora attuale?</b> <i>di Luigi Ferraro</i>	” 220
<b>Procreazione e globalizzazione. Cittadini o solo consumatori globali?</b> <i>di Giacinto Bisogni</i>	” 230
<b>Corpo e procreazione medicalmente assistita. I nodi ancora irrisolti della disciplina italiana</b> <i>di Maria Pia Iadicicco</i>	” 238
<b>I diritti della sfera sessuale delle persone con disabilità</b> <i>di Antonio Rotelli</i>	” 250
<b>Cambia la rappresentazione simbolica del Corpo e cambiano i modelli familiari. L'approccio delle Corti dei diritti</b> <i>di Maria Acierno</i>	” 257
<b>Cronache americane</b>	
<b>I diritti dell'uomo come paradigma delle “nuove politiche” in tema di droghe. Note a margine della UNGASS</b> <i>di Luigi Marini</i>	” 269
Gli autori	” 278

## Editoriale

La ruota della storia gira veloce, ma forse di ruote ve n'è più d'una e non tutte girano alla medesima velocità. C'è un tempo storico che si snoda attraverso la serie degli eventi politici – le guerre, i trattati, il succedersi delle forme di governo – di cui gli uomini hanno appreso a registrare accuratamente il succedersi sin da quando hanno avuto coscienza di sé e del proprio vivere sociale. C'è un tempo che si esprime nello sviluppo delle tecniche e che modifica progressivamente gli strumenti materiali del vivere ed i modi stessi di vita dell'intera umanità (anche se non dappertutto contemporaneamente né con la stessa intensità). E c'è un tempo di evoluzione delle mentalità, dei costumi, del sentire morale e sociale, di cui sono le forme di espressione artistica quelle che riescono talvolta a cogliere per prime e meglio la manifestazione. Insomma, come già sul finire degli anni venti del secolo scorso avevano messo bene in luce gli storici francesi della celebre Scuola degli Annali fondata da Marc Bloch e Lucien Febvre, la storia politica, che è essenzialmente *évènementielle*, non sempre coincide con la storia delle mentalità, che si misura sulla *longue durée*.

Anche il filo del diritto si dipana nello scorrere del tempo e, se può ben dirsi (accantonata ogni suggestione giusnaturalistica) che in esso si esprime anzitutto la volontà politica di chi esercita la sovranità in un determinato ambito territoriale ed in una determinata epoca, è indubbio che vi si rispecchi anche il sentire morale e sociale di una comunità, e perciò la mentalità da cui quella comunità è permeata. Uno dei punti in cui più significativamente s'incontrano questi due piani è sicuramente la Costituzione: atto giuridico non solo fondativo – ed appunto perciò costitutivo – della forma dello Stato e delle istituzioni che in esso operano ed attraverso cui esso opera, ma anche ricognitivo delle ragioni stesse di un aggregato umano che non potrebbe esistere se i suoi partecipanti non avessero coscienza di un nucleo di principi etici e sociali che li accomunano.

Perciò non può certo sorprendere che anche le costituzioni si modifichino, ed è stata felice la scelta del nostro costituente di prevedere un modello di carta costituzionale, definito semirigido, che contempla possibilità di cambiamento del testo (fatti salvi i principi fondamentali) ma ne disciplina le modalità per far sì che ogni modifica avvenga all'esito di una riflessione che dovrebbe risultare particolarmente approfondita (dove la duplice votazione in ciascuno dei rami del Parlamento) e che, ove non condivisa da una maggioranza qualificata di parlamentari, comporta la possibile investitura diretta del corpo elettorale mediante *referendum*. Nella pur ancor (relativamente) breve storia della nostra Repubblica ne abbiamo avuto già ripetuti esempi, e quindi le modifiche da ultimo apportate dal Parlamento al testo costituzionale ed il relativo annunciato *referendum* popolare potrebbero apparire null'altro che uno dei tanti passaggi fisiologici dell'evoluzione costituzionale. Invece non è così, ed il prossimo confronto referendario ha in palio una posta assai elevata perché la dimensione delle modifiche costituzionali di cui questa volta si discute è senza precedenti: non si tratta soltanto di ritocchi, ma di una serie di modifiche assai rilevanti, destinate ad incidere fortemente sui connotati di alcune tra le principali istituzioni repubblicane, a cominciare dallo stesso Parlamento. È vero che non ne è direttamente interessata la prima parte del testo costituzionale, in cui sono espressi i principi fondamentali, ma l'effettiva attuazione di molti di quei principi passa ovviamente attraverso i meccanismi istituzionali disegnati negli articoli seguenti della Carta, o comunque li coinvolge, ed è innegabile che la conformazione degli organi costituzionali e la disciplina dei loro reciproci rapporti – basti pensare al rapporto tra potere legislativo ed esecutivo – formino anch'essi parte essenziale del disegno costituzionale.

Non per questo, evidentemente, non cioè per la sola ampiezza e rilevanza del prefigurato cambiamento sarebbe giustificato opporre un pregiudiziale rifiuto alla riforma costituzionale. Basta considerare che la

Costituzione italiana, figlia dell'antifascismo e della resistenza, si conforma ad un'idea di democrazia che presuppone la centralità del ruolo dei partiti politici (la cui dialettica era stata soppressa dal fascismo), ed è sotto gli occhi di tutti la crisi profonda in cui i partiti sono caduti oggi: un po' per l'attenuarsi della tensione morale ed ideale che ne aveva accompagnato la ricostituzione postbellica, un po' per il sopravvenire di nuove tecnologie di comunicazione che sembrano inesorabilmente spingere verso un superamento delle tradizionali forme di partecipazione politica attraverso cui, a partire dalla rivoluzione francese, prima alcuni circoli elitari e poi man mano le masse hanno cercato di far sentire la loro voce nella storia. Non vi sarebbe certo quindi da scandalizzarsi alla sola idea di ripensare alcuni aspetti dell'architettura costituzionale, quantunque essa continui a rappresentare un modello di straordinario equilibrio. Ma un dibattito approfondito ed attento ci vuole: un dibattito in cui ci si misuri con vero spirito di laicità (se posso dir così) con i non piccoli nodi problematici che dal nuovo testo costituzionale elaborato dal Parlamento emergono (anche in combinazione sistematica con la novellata legge elettorale) e tra questi, prima fra tutti, la chiara scelta di privilegiare l'esigenza di rapidità ed efficienza della decisione rispetto alla preoccupazione, assai fortemente avvertita dai Costituenti del 1948, di approntare meccanismi di garanzia e bilanciamento dei poteri in grado di evitarne straripamenti e prevaricazioni.

Ci è parso perciò doveroso che a questo dibattito di idee, su un tema così fondamentale per l'assetto giuridico e per l'equilibrio sociale del Paese, anche *Questione giustizia* partecipasse innanzitutto con due autorevoli interventi volti ad evidenziare in sintesi le principali ragioni favorevoli e contrarie alla riforma e, quindi, con una serie di scritti destinati a mettere in luce i diversi profili critici che nella medesima riforma sono implicati. La lucida introduzione di Riccardo De Vito mi esime da ulteriori considerazioni in proposito. Vorrei solo aggiungere che proprio perché, come prima accennavo, i mutamenti costituzionali sono sì, necessariamente, il frutto di scelte e di lotte politiche ma devono anche saper rispecchiare l'evolversi di un comune sentire, sapendo coniugare la storia politica (la "*politique politicienne*") con quella del costume sociale e delle mentalità, che talvolta hanno un passo diverso, sarebbe quanto mai indispensabile che il dibattito oggi in corso in Italia sul tema della riforma costituzionale si elevasse al di sopra delle contingenti ragioni che animano il conflitto politico del momento. Occorrerebbe che davvero quel dibattito si concentrasse sulle istanze di fondo e sulle prospettive di lungo periodo che una simile riforma schiude: che sapesse insomma misu-

rarsi con i tempi della storia più che della politica minuta. L'aver invece pubblicamente enunciato che dall'esito del *referendum* costituzionale dipenderà la sopravvivenza politica dell'attuale Governo, oltre ad apparire un azzardo politico, rischia di inquinare il significato profondo di un atto di alta democrazia, quale è il *referendum*, confondendo i piani e stimolando motivazioni di voto che dovrebbero rispondere invece a criteri di scelta ben diversi ed assai più meditati. Il *referendum* è uno strumento delicato e difficile al tempo stesso: è delicato perché richiede grande chiarezza nel sollecitare i cittadini ad esprimersi su questioni fondamentali che li riguardano, senza banalizzazioni e personalizzazioni improprie; ed è difficile perché, specie quando investe temi oggettivamente assai complessi, quali son quelli attinenti all'architettura costituzionale dello Stato, presuppone un livello d'informazione e di riflessione elevato, e dunque uno sforzo di onestà intellettuale per far comprendere a tutti argomenti dei quali, di regola, si occupa soltanto una più o meno limitata cerchia di addetti ai lavori. Ma questo è uno sforzo indispensabile, come lo è il far comprendere per quanto possibile i pregi ed i difetti della scrittura di un testo normativo che, al di là degli enunciati di principio più o meno propagandistici, sarà poi destinato a vivere nella sua concreta formulazione. Sarei perciò d'accordo solo fino ad un certo punto con l'autorevole storico Paolo Pombeni quando, nell'ultima pagina di un suo recentissimo bel libro sulla storia della Costituzione (*La questione costituzionale in Italia*, edito quest'anno da Il Mulino), nel deprecare il «*costituzionalismo ansiogeno*» di quanti prevedono che la riforma costituzionale provocherà disastri, osserva che «*se quel testo sarà capace di portare frutti positivi dipenderà dalla qualità del Paese e non dalla maggiore o minore perfezione delle norme che sono state scritte*». Che le norme – costituzionali e non – camminino sulle gambe degli uomini e che per dare buoni frutti debbano esser bene applicate è fuori discussione, ma l'esperienza quotidiana di tutti coloro che operano sul terreno del diritto insegna quanti danni produce nella concreta realtà applicativa la cattiva formulazione di un testo normativo. Mi rendo conto che questi possono apparire tecnicismi di scarso peso in vista di una competizione referendaria, ma nondimeno credo valga la pena di discuterne, e perciò anche di questi aspetti ci si occupa nelle pagine che seguono.

Il secondo argomento che anima questo numero – il corpo ed i diritti – è introdotto da alcune belle pagine di Stefano Celentano alle quali nulla vi sarebbe da aggiungere. Vorrei solo sottolineare come anche a questo proposito si manifesti una forte discrasia tra l'evolversi nel tempo dell'ordinamento giuridico ed il

passo della storia: sia quanto al progresso scientifico e tecnico, che qui forse ancor più che altrove ha avuto un'accelerazione impressionante negli ultimi decenni, sia quanto al mutamento delle mentalità e dei costumi, anche quotidiani, che inevitabilmente ne è seguito.

Né potrebbe essere altrimenti giacché il tema del Corpo coinvolge davvero una grande pluralità di piani diversi e tocca aspetti centrali della nostra esperienza esistenziale. Il Corpo è al tempo stesso, sin dalla nascita, elemento di identità e di comunicazione con l'altro; distingue le persone e le congiunge; può essere oggetto di coercizione e di violenza, ma anche strumento di relazione in grado creare o favorire legami personali non soltanto fisici; vi si incrociano sentimenti primordiali, quali la vanità ed il pudore; interessa l'alfa e l'omega della nostra vita: la nascita al pari della morte. È un testo sul quale il tempo ed il destino iscrivono i loro segni con mano instancabile, ma può essere segnato in profondità anche dalla mano dell'uomo.

Il diritto non può dunque non occuparsene – e sempre infatti se ne è occupato – ma con esso si intrecciano necessariamente profili medico-scientifici e profili etico-sociali, di cui talvolta il diritto tarda a recepire il significato e la portata. Non desta perciò sorpresa che questo sia uno dei terreni nei quali forse maggiormente si esercita la spinta evolutiva della giurisprudenza, come non pochi degli articoli ospitati in questo numero della rivista ben dimostrano; e sul quale non di rado si combattono strenue battaglie ideologiche che finiscono per soverchiare largamente i profili tecnico-giuridici delle questioni di volta in volta affrontate. Non potrebbe essere forse altrimenti, perché qui nuovamente si fronteggiano spesso le ragioni dell'individuo e quelle della *polis*, e non è un dettaglio insignificante che nella tragedia sofoclea il confronto tra Antigone e Creonte avesse ad oggetto proprio il trattamento da riservare ad un Corpo, quello del defunto Polinice.

*Renato Rordorf*

*Luglio 2016*



## In nome del popolo sovrano? Introduzione a “Verso il referendum costituzionale”

di Riccardo De Vito

Le ragioni e le modalità di un obiettivo interamente dedicato alle riforme costituzionali, tra necessità di approfondimento scientifico del tessuto normativo e volontà di interrogarsi sulle forme e i possibili cambiamenti della democrazia.

Correva l'anno 2006 e, alla vigilia del secondo referendum costituzionale della storia repubblicana, Franco Ippolito, nell'introdurre il volume *Salviamo la Costituzione*, scriveva che «con il referendum la parola passa ai cittadini» e che in gioco era, insieme alla Costituzione del 1947, «l'idea stessa di costituzionalismo, come insieme di principi e di regole generali per limitare il potere». L'appuntamento elettorale si sarebbe svolto il 25 e il 26 giugno del 2006 e quella pubblicazione voleva costituire «uno strumento democratico per partecipare attivamente alla lotta culturale, politica e civile per mobilitare il Paese nella difesa Costituzione»<sup>1</sup>. Gli esiti della consultazione sono noti a tutti: 15.783.269 cittadini, pari al 61,29% dei votanti, scelsero di opporsi alla “Costituzione di Lorenzago”, il progetto di riforma della parte II della Carta perseguito dall'allora presidente del Consiglio Silvio Berlusconi.

A distanza di dieci anni esatti, ci troviamo di nuovo nell'imminenza di un referendum costituzionale, con il quale verrà chiesto al popolo italiano di rifiutare o approvare un'altra riforma globale della parte II: quella coagulata nel testo di legge Renzi/Boschi, approvato in via definitiva dalla Camera il 12 aprile 2016 a maggioranza assoluta, ma inferiore ai due terzi.

Non inganni la brevità, in prospettiva storica, dell'intervallo temporale. Quei dieci anni esatti sono stati percorsi dalla più grave crisi economico-sociale dopo quella del '29 e hanno lasciato sul tappeto – lo annota Livio Pepino nella sua analisi politica della ri-

forma – un «impoverimento diffuso, la crescita delle differenze economiche, il tramonto dell'idea stessa di piena occupazione, l'abbattimento del welfare, la sostituzione dello Stato sociale con lo Stato penale, la subordinazione della politica all'economia e ai poteri forti interni e internazionali».

A livello di fenomenologia istituzionale, inoltre, si è assistito a un capovolgimento dei rapporti di forza tra gli schieramenti parlamentari e al definitivo ingresso nell'agone politico di una nuova soggettività, il Movimento 5 Stelle. Dal bipolarismo più o meno coatto si è così passati a un sempre più saldo assetto tripolare, ma il rilievo della rappresentanza politica si è gravemente appannato in ragione della crisi della partecipazione democratica, platealmente testimoniata da un astensionismo che arriva a coinvolgere quasi metà dell'elettorato. La lotta politica, al contempo, si è personalizzata e risolta (ridotta) in contesa della *premiership* da parte dei “capi”, mentre i partiti hanno smarrito gran parte della loro funzione storica di incorporazione delle masse e l'Esecutivo (meglio: il vertice dell'Esecutivo) si è intestato una posizione di supremazia a scapito del Parlamento.

In questo scenario ha ripreso vigore l'“ansia di riforma” della Costituzione e, all'esito di un iter parlamentare serrato nei tempi e blindato nel dibattito dalla maggioranza di Governo, è stato approvato il disegno di legge noto come «Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi del funzionamento delle istituzioni, la soppressione

1. D. Gallo, F. Ippolito (a cura di), *Salviamo la Costituzione*, Chimienti, Taranto 2005, p. 11.

del Cnel e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione».

Come noto, in Parlamento non è stata raggiunta la maggioranza dei 2/3 prevista dall'art. 138 della Costituzione e, con le scansioni che ci illustra Massimo Villone, il testo di legge sarà sottoposto a *referendum popolare*.

In autunno, dunque, la parola passerà una volta ancora ai cittadini, al popolo sovrano. È allora doveroso interrogarsi su contenuti, obiettivi e metodo della riforma.

C'è ancora bisogno di una mobilitazione civile in difesa della Costituzione e del suo programma di emancipazione o le necessità dei "tempi postmoderni" rendono invece inevitabile, se non auspicabile, questo passaggio di presunta modernizzazione? Più a fondo, quale idea di democrazia è sottesa al nuovo edificio istituzionale della Repubblica? E ancora: chi si oppone a queste trasformazioni ha dalla sua, per dirla con Barthes, soltanto il linguaggio tautologico della fascinazione nei confronti della Costituzione più bella del mondo o può contare su proposte alternative da opporre al mantra del preteso valore salvifico di ogni cambiamento, quali che siano il contenuto e il verso dello stesso?

L'approfondimento che presentiamo su questa *Rivista* rappresenta il tentativo di rispondere a tali domande e, se possibile, di suscitare di nuove. Abbiamo provato a tenere insieme gli argomenti giuridici e le visioni politiche, a legare l'esegesi dei testi con la riflessione critica sui modelli di sovranità presupposti dalle scelte normative.

Le preziose summe delle ragioni del Sì e di quelle del No, affidate rispettivamente a Luciano Violante e Valerio Onida, consentono ai lettori di farsi un quadro immediato e completo delle diverse opzioni politico-culturali che si contendono il campo.

Allo stesso tempo, tuttavia, mettiamo a fuoco un giudizio limpido. A tal proposito, piace citare il primo editoriale di *Quale giustizia*: «crediamo nel confronto delle idee, ma ne paventiamo la confusione»<sup>2</sup>. I contributi offerti alla lettura, pertanto, non cedono mai alla presunzione della "verità in tasca", ma evidenziano con nettezza le criticità palesate da queste riforme, a partire dal carattere potenzialmente autoritario che infondono alla democrazia repubblicana e del movimento verso l'alto che imprimono alla sede della sovranità.

Si scorgerà, anche, il senso profondo dei motivi che hanno indotto il gruppo dei giudici che si riconosce in Magistratura democratica ad aderire alla cam-

pagna referendaria per il No. Su un argomento, infatti, ci sentiamo di esprimere una certezza: la riforma in questione *deve* interessare da vicino i magistrati e non può ritenersi neutrale rispetto ai progetti che essi, soprattutto come associati, coltivano per l'organizzazione e l'esercizio della giurisdizione; tanto più quando quei magistrati, nel loro lavoro quotidiano e nei loro provvedimenti, intendono avvicinare l'orizzonte inclusivo della Carta.

È proprio l'ultima considerazione sopra svolta a dare l'abbrivio all'obiettivo. L'intervento di Giovanni Zaccaro espone e rivendica le ragioni della legittimità dell'intervento di Magistratura democratica nel dibattito pubblico precursore del voto referendario. Le recenti polemiche sulle dichiarazioni di esponenti del gruppo, nonché sull'adesione stessa al Comitato per il NO, costituiscono così l'occasione per ragionare sul diritto di partecipazione politica dei magistrati e per ridare cittadinanza a esiti culturali che consideravamo acquisiti. In particolar modo, per vedere riaffermata un'interpretazione autentica del principio di imparzialità del giudice, da intendersi non come indifferenza ai valori e neutralità di pensiero, ma come equidistanza dalle parti in causa e dagli interessi coinvolti in un singolo procedimento.

L'approfondimento, quindi, continua con le già ricordate sintesi delle ragioni del Sì e del No, interpretate da voci autorevoli quali quelle di Luciano Violante e Valerio Onida. A seguire, poi, insieme a un inquadramento sistematico e politico di Livio Pepino, si collocano i brani monografici dedicati agli snodi fondamentali delle riforme e ai contenuti specifici di queste ultime.

Usiamo il plurale *riforme* non a caso. Il progetto di revisione costituzionale, infatti, deve obbligatoriamente essere letto in combinato disposto con la legge elettorale 52/2015, meglio nota come *Italicum*. È proprio l'"incrocio pericoloso"<sup>3</sup> tra queste due riforme a rendere tangibile il rischio di una verticalizzazione della democrazia. Lo si legge con chiarezza nelle riflessioni su «Governo forte e Costituzione debole» di Massimo Villone, in quelle sulle criticità costituzionali della legge elettorale di Gaetano Azzariti e nei ragionamenti di Gianni Ferrara in ordine alla compressione della rappresentanza politica e all'incidenza delle riforme sulla forma di governo parlamentare.

Gli altri tratti salienti del disegno di legge di revisione costituzionale vengono poi scandagliati a fondo: così, mentre le argomentate valutazioni di Marco Bignami involgono le prospettive di modifica del tito-

2. "Quale giustizia?" in *Quale giustizia*, I, 1970.

3. In questi termini, L. Carlassare, *Incrocio pericoloso*, in *La Costituzione bene comune*, Ediesse, Roma, 2016, p. 49.

lo V della II parte, il testo di Ugo De Siervo si occupa dei nuovi procedimenti legislativi e quello di Simone Pajno dell'opportunità mancata con la riforma del Senato. Non viene tralasciata, inoltre, una prospettiva di diritto comparato europeo, affidata a Barbara Guastafarro.

Due articoli, a cura di Francesco Rimoli e Silvia Niccolai, mettono al centro dell'attenzione le ricadute del nuovo assetto istituzionale sugli organi di garanzia costituzionale e, più in generale, su quello che nel linguaggio scientifico e dei media prende il nome di sistema di *checks and balances*. Nella stessa sfera di ragionamenti si muove anche il contributo di Roberto Romboli, che si interroga sul pericolo di una riforma potenzialmente maieutica dell'anima "politica" della Corte costituzionale.

Si tratta di un passaggio particolarmente delicato e controverso delle riforme e, come magistrati che aspirano alla tutela costituzionale dei diritti, abbiamo il dovere di metterne in risalto tutto l'azzardo. Il forte premio di maggioranza attribuito alla Camera alla lista vincente, l'annullamento della rappresentanza politica del Senato in favore di un'ambigua ed effimera rappresentanza delle istituzioni territoriali, la prevedibile remissività di tale ramo nel Parlamento ai *desiderata* del *premier*, la ripartizione dell'elezione dei giudici della Consulta – a Costituzione vigente attribuita al Parlamento in seduta comune – tra Camera e Senato (nel rapporto di 3 a 2) sono tutti fattori che rischiano di avvicinare le istituzioni di garanzia alla maggioranza di Governo. La soglia del pericolo è ulteriormente abbassata, in una sorta di moltiplicatore keynesiano applicato al diritto, dalle modalità di elezione del presidente della Repubblica (con il suo "patrimonio" cinque giudici della Corte costituzionale) – dal settimo scrutinio in poi eleggibile con la maggioranza dei 3/5, ma dei votanti! – e dalla possibile riconducibilità alla maggioranza di governo anche dei componenti laici del Consiglio superiore della magistratura (elezione le cui tappe, in termini di *quorum*, sono peraltro sancite da una legge ordinaria, la cui modificazione finisce, con leggi ipermaggioritarie, nella disponibilità del Governo).

A fronte di queste distorsioni non appare rassicurante sedersi sulla mera logica dei numeri, in politica mai ferrea. Basti una considerazione: la fluidità intergruppo dell'attuale legislatura, la XVII, è la più alta che si sia mai registrata dalla XIII, dal momento che, a maggio 2016, circa il 26% del Parlamento aveva cambiato gruppo di appartenenza<sup>4</sup>. Molto più che le

appartenenze ideologiche e programmatiche, infatti, hanno finito col «contare le occasionali e volatili convenienze individuali dei singoli deputati o senatori, impegnati in una girandola di microaggregazioni che trovano nell'Esecutivo – e nella sopravvivenza della legislatura – una pragmatica calamita»<sup>5</sup>. Uno stato dell'arte, questo, con ogni probabilità destinato a modificarsi in senso ulteriormente peggiorativo, posto che, come molti dei brani proposti mettono in rilievo, le riforme costituzionali ed elettorali finiscono per consolidare l'esistente. Occorre chiedersi con serietà, allora, se nel tessuto di queste riforme non si debba leggere la filigrana di una concentrazione di potere tale da rendere più difficile la garanzia e la tutela costituzionale dei diritti.

In quest'ottica, l'approfondita analisi di Silvia Niccolai sul giudizio preventivo di legittimità costituzionale segnala ulteriori possibili mutamenti genetici della Corte costituzionale, il cui ruolo potrebbe essere snaturato e strumentalizzato da maggioranze politiche che intendano avvalersi di "certificazioni" della legittimità, se non dell'opportunità, degli orientamenti legislativi.

Un'altra considerazione merita di essere svolta. I lettori noteranno immediatamente che molti autori, nell'elaborare il giudizio su queste riforme, pongono, accanto a questioni di merito e contenuto, questioni di metodo. In particolare, l'attenzione è concentrata sulla condotta del Governo e della maggioranza parlamentare, che hanno monopolizzato il procedimento di revisione costituzionale e hanno impropriamente colorato in senso plebiscitario il *referendum*, nella persuasione che modificazioni delle regole della Carta e operazioni di ingegneria elettorale possano trascinarsi con sé un reale miglioramento della politica e della società. Si tratta di un vecchio e resistente convincimento, sul quale vale la pena di interrogarsi.

Nell'introduzione del proprio volume dedicato alla Costituzione, Elvio Fassone illustrava magistralmente che la nostra Carta, entrata in vigore il 1° gennaio 1948, ha vissuto per più di venti anni nell'attesa che venissero realizzati gli organismi istituzionali previsti, tra i quali la Corte costituzionale, il Consiglio superiore della magistratura, le Regioni. La data della definitiva messa in opera delle istituzioni repubblicane coincise, infatti, con l'attuazione delle Regioni nel 1970.

Già nei primi anni Ottanta, tuttavia, iniziò a montare il vento delle riforme, poiché i lavori della prima

4. Riferimenti precisi si trovano nel dossier *Giro di valzer 2016 – Quanto deputati e senatori cambiano gruppo, partito e schieramento*, reperibile su [www.openpolis.it](http://www.openpolis.it).

5. M. Calise, *La democrazia del leader*, Laterza, Bari 2016.

commissione di riforma costituzionale (la commissione Bozzi) presero avvio nel 1983. Di lì in poi i tentativi di ogni maggioranza di rimodellare la Costituzione, per adattarla alle contingenti ragioni dell'attualità politica, hanno scandito ciclicamente la vita parlamentare: commissione De Mita-Jotti nel 1992, Comitato Speroni nel 1994, Bicamerale D'Alema nel 1997, riforma del Titolo V della parte II nel 2001, progetto di riforma nel 2005 (bocciato dal referendum del 2006), bozza Violante nel 2007, *cronoprogramma* Letta nel 2013; adesso, le riforme Renzi-Boschi.

Nella sostanza, come annota Fassone, «di una Costituzione in buona salute, liberata da attese di attuazione e immune da ansie di cambiamento, abbiamo goduto per poco più di un decennio»<sup>6</sup>. Un decennio, come scriveva l'autore di *Una Costituzione amica* – e come ci ricorda anche Livio Pepino nel suo articolo – che è stato «il più fecondo di riforme dell'intera storia repubblicana»: statuto dei lavoratori e processo del lavoro, riforma della carcerazione preventiva e ordinamento penitenziario, divorzio, aborto e riforma del diritto di famiglia, sistema sanitario nazionale e leggi di tutela della maternità e molto altro ancora.

A che fine questo esercizio di memoria storica?

Un insegnamento, probabilmente si può trarre ed è lì a far presente che nella capacità espansiva della Costituzione si possono ancora trovare con profitto le risposte e «le terapie per una democrazia in affanno»<sup>7</sup>. È un monito che non va certo nella direzione della nostalgia e dell'inerzia, ma che, semmai, richiede riforme diverse, che rendano più efficace la rappresentanza ed estesa la partecipazione, ripensino la governabilità tenendo conto del “per cosa” debba essere esercitata<sup>8</sup>, restituiscano ai cittadini la loro voce fatta di diritti sociali e politici. Cambiamenti che sappiano coniugare stabilità e partecipazione, istanze di governo ed esigenze di rappresentatività. Il panorama europeo offre modelli in questo senso e lo stesso Violante lo ricorda.

Sono riforme possibili, a patto di considerare la Costituzione, come continuava a ribadire Calamandrei, come preludio di una rivoluzione legalitaria ancora da compiere e di recuperare quello “sguardo presbite” che dovrebbe impedire di pensare alla Carta come a un vestito che le contingenti maggioranze politiche possono cucirsi addosso.

---

6. E. Fassone, *Una Costituzione amica*, Garzanti, Milano 2012, p. III.

7. S. Petrucciani, *Democrazia*, Einaudi, Torino 2014, p. 223.

8. La critica alla pretesa neutralità del concetto di governabilità è acutamente svolta da S. Rodotà in *Contro l'apatia e il disincanto*, in *La Costituzione bene comune*, *ivi*, p. 70.

# Il referendum costituzionale e l'impegno politico di Magistratura democratica

di Giovanni (Ciccio) Zaccaro

Le polemiche conseguenti all'adesione di Magistratura democratica (Md) al Comitato referendario per il NO sono l'occasione per tornare sul tema dell'impegno politico ed in politica dei magistrati.

## 1. Premessa

Il 12 gennaio 2016 Magistratura democratica ha aderito al Comitato per il No al referendum costituzionale sulla legge di riforma Renzi-Boschi<sup>1</sup>.

Subito la decisione è stata oggetto di polemiche.

Il presidente del Consiglio, durante una riunione della direzione del Pd, ha evidenziato che «sarà la prima volta nella storia in cui Berlusconi e Magistratura democratica saranno insieme, una cosa meravigliosa, roba da comprare i pop corn» associando tutti i sostenitori del NO nel fronte conservatore ed anticipando i temi della campagna referendaria: mentre Renzi si impegna per il rinnovamento, i sostenitori del No sono espressione di chi si oppone ad ogni modernizzazione del Paese.

Il direttore de *Il Foglio*, rispondendo ad un lettore, ha considerato la scelta di Md la violazione dei principi di separazione dei poteri<sup>2</sup>.

Molti magistrati, anche aderenti ad Area, nel dibattito sulle *mailing list*, hanno contestato, non il merito dell'adesione al Comitato per il No, ma l'opportunità che Md partecipi attivamente al dibattito referendario, schierandosi «come se fosse un partito politico».

È opportuno allora tornare ad interrogarci sui limiti dell'azione politica di un'associazione di magistrati.

Tuttavia, dapprima sarà opportuno verificare il reale significato del referendum costituzionale.

Solo chiarito il senso del referendum, si potrà verificare l'opportunità della scelta di Md.

Sarà anche l'occasione per verificare i limiti dell'impegno politico dei magistrati. E, poi, del valore e dei limiti dell'impegno "in politica" dei magistrati.

Sarà svolto un ragionamento molto generale, prescindendo da ogni valutazione sulla fondatezza o meno delle tesi che Md ha sostenuto aderendo al Comitato per il No, appunto perché quello che interessa è il diritto di un'Associazione di magistrati a prendere parte ad un Comitato per il referendum ex art. 138 Cost.

## 2. Il diritto dei magistrati a partecipare alla campagna referendaria costituzionale

In Assemblea plenaria, il dibattito sull'art. 138 Cost. si avviava nella seduta pomeridiana del 14 novembre 1947<sup>3</sup>. Ad aprirlo era Paolo Rossi, che riferiva dei profili discussi e deliberati in Seconda sottocommissione: «Ci siamo ritrovati tutti d'accordo nel ritenere che la nuova Costituzione italiana debba essere una Carta costituzionale rigida», egli rilevava. Il dibattito era stato su quali garanzie assicurare sì da

1. Il comunicato di adesione si può leggere qui [www.magistraturademocratica.it/Mdem/articolo.php?id=2444&a=on](http://www.magistraturademocratica.it/Mdem/articolo.php?id=2444&a=on).

2. La lettera e la risposta del Direttore si possono leggere qui [www.ilfoglio.it/politica/2016/01/14/giustizia-riforme-che-direbbe-monte-squieu-vedendo-ultima-genialita-di-Md\\_1-v-137026-rubriche\\_c340.htm](http://www.ilfoglio.it/politica/2016/01/14/giustizia-riforme-che-direbbe-monte-squieu-vedendo-ultima-genialita-di-Md_1-v-137026-rubriche_c340.htm).

3. I lavori dell'assemblea costituente si possono leggere qui [www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00739696.pdf](http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00739696.pdf).

coniugare «*le istanze opposte di certezza e costanza della legge costituzionale e di adattabilità al tempo che preme con le sue continue mutevoli esigenze. La Costituzione non deve essere un masso di granito che non si può plasmare e che si scheggia; e non deve essere nemmeno un giunco flessibile che si piega ad ogni alito di vento. Deve essere, dovrebbe essere, vorrebbe essere una specie di duttile acciaio che si riesce a riplasmare faticosamente sotto l'azione del fuoco e sotto l'azione del martello di un operaio forte e consapevole!*».

La scelta era ricaduta su una doppia approvazione delle due Camere, intervallata da tre mesi «*perché una cosa tanto seria come la riforma costituzionale non sia il prodotto d'impulsi momentanei e demagogici o, comunque, non ben confermati e meditati*»; su una approvazione a maggioranza assoluta «*per evitare colpi di mano minoritari, sempre deplorabili, pericolosi, deplorabilissimi e pericolosissimi nella suprema materia costituzionale*»; sul ricorso «*alla fonte stessa della sovranità: il referendum popolare*»; sulla richiesta del referendum da parte di un quinto dei membri di una Camera o cinquecentomila elettori o di sette (sarebbero divenuti cinque, in prosieguo di quella discussione) Consigli regionali, perché in tal modo «*anche i diritti della minoranza – di una modesta minoranza – sono tutelati efficacemente, restando aperto l'appello al popolo, anche ad opera di una parte comparativamente piccola della pubblica opinione*»; su un termine di tre mesi per la richiesta referendaria, «*per non lasciar troppo nell'indefinito le norme costituzionali*». Concludeva il relatore «*Col sistema che vi proponiamo, io non so veramente se si possa parlare, in termini costituzionalistici, di una Costituzione rigida. Io vorrei che gli illustri maestri che sono qui me lo dicessero. Personalmente temo alquanto che non si possa più parlare di Costituzione rigida; si potrebbe forse parlare di una Costituzione semi-rigida o piuttosto di una Costituzione garantita da un serio e severo congegno di revisione costituzionale*».

Appare evidente l'intento di investire la sovranità popolare nelle scelte di modifica della Costituzione.

Come suggerito dalla migliore dottrina<sup>4</sup>, il Corpo elettorale è investito direttamente del procedimento di revisione costituzionale, essendo il referendum – seppure eventuale – un elemento formativo dell'iter legislativo. Il Corpo elettorale diventa insomma un terzo organo legislativo<sup>5</sup>.

Proprio il coinvolgimento del popolo, insieme alle necessarie maggioranze qualificate, fondano il carat-

tere “aggravato” della procedura disciplinata dall'art. 138 Cost.

Si tratta, insomma, di uno dei modi di esercizio della sovranità popolare.

Nei procedimenti ordinari di formazione delle leggi, il popolo esercita la sovranità scegliendo, tramite il voto, i propri rappresentanti in Parlamento, titolare del potere legislativo ordinario.

Invece, nel procedimento “aggravato” di revisione costituzionale, la sovranità è esercitata non solo per mezzo del Parlamento ma, eventualmente, tramite il referendum, ossia chiamando direttamente al voto i singoli cittadini.

La ratio è quella di garantire la partecipazione al dibattito sulle modifiche alla Costituzione anche a coloro i quali non si sentano rappresentati delle forze politiche che siedono in Parlamento. Non per nulla, in caso di approvazione parlamentare con maggioranza qualificata, presumendosi che tale maggioranza rispecchi la volontà di tutta la Nazione, non si fa luogo al referendum. Ne consegue che, nelle intenzioni del Costituente, il dibattito sulle eventuali riforme costituzionali prescinde dall'appartenenza ai diversi schieramenti parlamentari ed, attenendo ad alte idealità, non consente di iscrivere i favorevoli od i contrari ad un fronte politico piuttosto che ad un altro.

Logica conclusione è che ogni cittadino, componente del Corpo elettorale, investito del potere costituente, può partecipare alla campagna referendaria.

Tale partecipazione ancora di più spetta alle associazioni di cittadini, quali sono le associazioni dei magistrati, qual è Md.

Invero, si tratta di formazioni sociali tutelate dalla Costituzione quali strumento per lo svolgimento della personalità dei singoli e volano per il migliore esercizio dei diritti individuali.

Ma si tratta anche di formazioni che, elaborando e sintetizzando un'originale pensiero giuridico e politico, possono contribuire alla discussione pubblica sulle riforme.

Anzi, il coinvolgimento delle associazioni di cittadini alla campagna referendaria soddisfa l'intento del Costituente di allargare, oltre le compagini parlamentari, il confronto sulle riforme coinvolgendo anche soggetti portatori di interessi, idealità, culture non rappresentate nell'assemblea legislativa. Tale scopo è oggi ancora più attuale a fronte di un sistema maggioritario, che dunque esclude le minoranze dal procedimento legislativo, e di una crisi di rappresentanza dei partiti politici, che fa sentire ampi strati della popolazione non rappresentata in sede parlamentare.

4. A. Pizzorusso, Art. 138, *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca ed A. Pizzorusso, Bologna, Zanichelli, 1975.

5. T. Martines, *Diritto Costituzionale*, V ed, Milano, Giuffrè, 1988.

Non vi sono, dunque, ostacoli alla partecipazione di Md, come formazione sociale, al dibattito sulla modifica costituzionale ed alla campagna per il No.

Del resto, già nel 2006, con minore scandalo, il gruppo fu soggetto attivo nel Comitato per il No alla riforma costituzionale, allora promossa da Silvio Berlusconi.

### 3. L'impegno politico dei magistrati e l'impegno "in politica" dei magistrati

Il tema torna, allora, ad intrecciarsi con quello dell'impegno politico dei magistrati, ossia del loro diritto di partecipare al dibattito della comunità in cui vivono.

Coloro che osteggiano tale facoltà rivendicano la necessità che il magistrato debba essere ed apparire imparziale e dunque non possa esprimere le proprie idee in pubblico.

Si tratta di un'opinione ipocrita (perché pretenderebbe che i magistrati non abbiano idee od, avendole, le nascondano) e senza fondamento costituzionale.

Certo l'imparzialità è requisito della giurisdizione ma è necessario intendersi sul suo significato<sup>6</sup>.

L'imparzialità attiene alle parti ed agli interessi in gioco nel processo che ciascun magistrato tratta. Significa non parteggiare per uno degli attori processuali. Non significa, però, indifferenza rispetto alle questioni di fondo che animano il dibattito culturale e politico. Non significa rinunciare ad avere un patrimonio ideale ed impegnarsi per realizzarlo. Non per nulla, la Costituzione definisce la magistratura autonoma ed indipendente (art. 104) e richiama il principio di imparzialità del giudice quando detta le norme del giusto processo da svolgersi in contraddittorio fra le parti e davanti ad un giudice terzo ed imparziale (art. 113).

Non è dunque il requisito della necessaria imparzialità a limitare l'impegno politico del magistrato.

Non rileva, rimanendo al tema referendario, neppure l'argomento di chi oppone la necessità che i magistrati non interferiscano con il potere legislativo: come si è visto, le procedure di revisione costituzionale non sono appannaggio esclusivo del Parlamento ma pretendono il coinvolgimento dell'intero Corpo elettorale e dunque anche dei magistrati.

Rimangono questioni di opportunità, che però sono legate al significato che questo *referendum* ha assunto per iniziativa del Presidente del Consiglio.

La riforma costituzionale è un tassello fondamentale dell'impegno istituzionale e politico di Matteo

Renzi ma soprattutto assume un valore simbolico che non sfugge ai più. Se la riforma dovesse perfezionarsi, dopo i tanti fallimenti dei decenni passati, Renzi assumerebbe il ruolo dello statista che ha semplificato l'assetto istituzionale repubblicano.

Per questo, innanzi ai dubbi degli accademici e dei componenti del suo stesso partito, il capo del Governo non ha esitato a giocare la carta plebiscitaria. Ha così trasformato il *referendum* sulla Costituzione in un *referendum* sulla sua persona ed il suo Governo. Ha riversato nella campagna elettorale non solo il suo indubbio carisma comunicativo ma anche i timori di chi non vuole lo scioglimento anticipato delle Camere e le elezioni anticipate, adombrate quale sicura conseguenza in caso di fallimento referendario.

Di contro, il fronte del No è popolato da chi, per varie ragioni, per spirito di rivalta interno all'area del centro sinistra o per opportunismo politico, spera nell'indebolimento della *leadership* di Renzi.

Tenuto conto di questo quadro generale, l'adesione ad uno dei fronti referendari potrebbe essere confusa, oltre l'intenzione degli aderenti, con una manifestazione di consenso oppure di dissenso nei confronti del governo Renzi.

Per sottrarsi a tale rischio, che effettivamente potrebbe nuocere al senso intimo del *referendum* costituzionale e svilire gli argomenti che consentono la partecipazione di Md al fronte del NO, è necessario che la campagna referendaria sfugga alla provocazione politica contingente e si limiti alla difesa della Costituzione da ogni "stravolgimento" che ne rimetta in discussione le linee portanti ed i valori di fondo. È pertanto necessario concentrare l'attenzione ed il dibattito pubblico sulla riforma del Senato, sulla legge elettorale approvata da poco, sul sistema di pesi e contrappesi, il cui venire meno determinerebbe un *vulnus* al sistema democratico di rappresentanza dei cittadini.

Impegno difficile che spetta alla maturità politica di Md e della cultura giuridica democratica portare avanti, sottraendosi all'inevitabile tentativo di essere iscritti in un qualsiasi schieramento politico e limitandosi all'impegno per la salvaguardia della Costituzione vigente.

Da qui, infine, traiamo anche risposta al quesito circa il significato ed il limite dell'impegno "in politica" dei magistrati, ossia della partecipazione diretta dei magistrati all'attività politica<sup>7</sup>.

L'impegno non può che essere per la realizzazione dei diritti, delle libertà e delle garanzie della Costituzione. Soccorre, a tale proposito, Marco Ramat: «fon-

6. Si leggano le riflessioni sul significato dell'imparzialità del magistrato svolte da N. Rossi, *Lettera aperta ad impossibili avversari*, in questa Rivista, 2001, 2, Franco Angeli.

7. G. Cascini, *Politicità della giurisdizione e consapevolezza del proprio ruolo*, in questa Rivista 2012, 6, pagg.62 e ss., Franco Angeli.

damentale è la distinzione tra la grande politica della Costituzione, dove la magistratura deve impegnarsi, e la politica di partito, contingente, da cui la magistratura deve estraniarsi»<sup>8</sup>.

Distinzione che, con la crisi delle organizzazioni di massa e la personalizzazione della politica, appare sempre più difficile da operare.

Dopo l'epoca delle candidature dei singoli magistrati, nei partiti tradizionali e poi in partiti personali e movimenti "fai da te", è ora il tempo dei magistrati coinvolti dall'Esecutivo nazionale, ma anche dalle amministrazioni locali, a titolo di "esperti" o "garanti", quasi che la loro pregressa professionalità possa rassicurare l'opinione pubblica ed evitare compromissioni fra sfera politica e poteri criminali.

È sempre però il tempo in cui ai magistrati è contestato l'impegno in politica, anche da chi, prima di ogni competizione, li ricerca per inserirli nelle liste elettorali.

Nel dibattito è sempre coinvolta Md.

La fiera rivendicazione della politicità della giurisdizione (cosa ben diversa dalla rivendicazione di un governo "delle toghe") viene sistematicamente scambiata come la ricerca di visibilità nell'agone politico ed Md viene ritenuta, dall'opinione pubblica, un vivaio di uomini politici. Falso storico, come è facile verificare solo a scorrere le biografie dei tanti magistrati impegnati "in politica", spesso lontani, se non fieri avversari di Md.

Ma è giusto tornare sul tema e verificare quale debbano essere i confini virtuosi dell'impegno "in politica" del magistrato.

Diamo per scontato il diritto di elettorato passivo che spetta a ciascun magistrato, come ricordato anche dalla Consulta e l'ovvio rispetto delle leggi che regolamentano l'accesso a cariche elettive dei magistrati.

Non è questo il luogo per affrontare i giusti dubbi sulle regole esistenti e la necessità di regolare meglio, non solo l'accesso in politica, ma soprattutto il rientro nella giurisdizione dei magistrati che si siano impegnati "in politica"<sup>9</sup>.

Qui interessano i temi generali: perché la "politica" contesta le invasioni di campo della giurisdizione e perché, allo stesso tempo, i "politici" corteggiano i magistrati ogni qual volta è necessario comporre le liste elettorali? Quale deve essere la *ratio* dell'impegno "in politica" dei magistrati?

Due sono le questioni che condizionano il tema dei rapporti fra magistratura e politica.

La prima è la centralità della giurisdizione nell'odierno contesto istituzionale.

La marginalizzazione della potestà legislativa statutale ed insieme la sempre maggiore complessità dell'esistente, ogni giorno cangiante per l'evoluzione scientifica e la globalizzazione dei rapporti sociali ed economici, spingono il giudice al centro del sistema giuridico contemporaneo. Si pensi al tema della bioetica, alla tutela dei diritti fondamentali, alle nuove famiglie ed alle nuove relazioni affettive, all'integrazione culturale dei popoli migranti. Ancora, la patologica inefficienza dell'apparato amministrativo e la corruzione diffusa trovano unico, spesso tardivo ed inutile, baluardo nell'accertamento penale. Dunque, sempre più spesso le vicende finanziarie, industriali e politiche del Paese sono condizionate dall'esercizio dell'azione penale.

Tutto ciò inevitabilmente comporta la maggiore visibilità dei magistrati nel dibattito culturale e politico.

Inoltre, le esperienze professionali dei magistrati si arricchiscono di sempre maggiori competenze e tanto consente di considerarli nel rango definito, efficacemente, delle «riserve della Repubblica».

Ma, se rimanessimo fermi a tali questioni, saremmo ancora alla fisiologia.

Il corto circuito risiede nella seconda questione, la crisi della rappresentanza politica. Negli ultimi decenni si è assistito non solo alla crisi della politica intesa come sfiducia dell'elettorato nei confronti del ceto politico ma soprattutto alla crisi dei corpi intermedi, chiamati ad operare una sintesi fra società ed Istituzioni ed ad concorrere a determinare gli indirizzi della politica nazionale.

Complici le riforme elettorali e prima ancora il ridimensionamento delle organizzazioni politiche di massa, si sono sempre di più affermate *leadership* personali, partiti carismatici, coalizioni formate non su un programma ma sulla figura ed il richiamo mediatico del candidato di turno.

Tale contesto premia la notorietà del singolo e dunque anche del singolo magistrato. Nel caso di candidature in partiti di massa e con un'organizzazione ed uno statuto ideologico storicamente strutturati, il magistrato si "spersonalizzava" ed acquistava valore non per la sua mera notorietà ma per l'autorevolezza delle sue opinioni, per la preparazione tecnica, per la sua storia personale e politica, vissuta dentro e fuori dalla giurisdizione.

8. M. Ramat, *Spiccioli di Md*, appendice in *Crisi della Giurisdizione e crisi della politica. Studi in memoria di Marco Ramat*, a cura di S. Mannuzzu e F. Clementi, Milano. Gli Spiccioli, compreso quello intitolato *La nascita di Md* si possono anche leggere qui [www.magistraturademocratica.it/Mdem/mediano\\_dettaglio.php?m=marco%20ramat](http://www.magistraturademocratica.it/Mdem/mediano_dettaglio.php?m=marco%20ramat).

9. Sull'opportunità di una migliore regolamentazione dell'accesso dei magistrati alle carriere politiche elettive od amministrative cfr. G. Cascini, cit.



Tanti sono gli esempi di magistrati che sono stati, in passato, protagonisti attivi della vita parlamentare, appunto perché la loro candidatura ed elezione seguì ad una lunga militanza associativa, fondata sulla pratica e lo studio dei problemi della giurisdizione.

Invece, oggi, la liquidità dei movimenti politici e la scomparsa dei collanti ideologici spesso riducono il candidato, chiunque esso sia, a manifesto propagandistico. Maggiore sarà la notorietà pubblica del magistrato, maggiore sarà il suo *appeal* elettorale.

Proprio per ciò, oggi, è necessario più che mai ribadire che l'impegno "in politica" non debba e non possa essere il "premio" per un'attività giurisdizionale brillante e nemmeno, peggio!, si debba vivere l'esercizio delle funzioni giurisdizionali come il palcoscenico sul quale acquisire meriti elettorali.

L'eventuale impegno "in politica" oltre all'ovvio rispetto delle regole sull'elettorato passivo, dovrà consistere nella prosecuzione, in ambito istituzionale, dell'impegno politico del magistrato. Ovviamente, si

intende impegno in senso alto. Impegno per i diritti, le libertà, la «politica scritta nella Costituzione»<sup>10</sup>.

Episodio di questo impegno è certo la partecipazione alla campagna referendaria costituzionale. Sempre che l'obiettivo sia, non già la polemica contingente sulla tenuta del governo Renzi o della legislatura, ma l'affermazione della democrazia pluralistica costituzionale.

Come suggerito da Luigi Ferrajoli<sup>11</sup>, il mito della governabilità ossia dell'onnipotenza della politica, dietro il quale si nasconde chi vuole cambiare la Costituzione, determina, in realtà, la massima mortificazione della politica. Significa ridurre la politica alla tecnocrazia, alla gestione dell'esistente, al soddisfacimento delle esigenze del Mercato e della Finanza. Invece, il sistema di limiti e garanzie creato dal Costituente del '48, limitando i poteri delle maggioranze parlamentari, tutela i diritti sociali, i diritti fondamentali di uguaglianza dai tentativi egemonici dei Mercati. E proprio questo è lo scopo della politica, creare un argine ai poteri selvaggi.

---

10. N. Rossi, *Lettera aperta ad impossibili avversari*, cit.

11. [www.questionegiustizia.it/articolo/verso-una-costituzione-di-minoranza-per-una-democrazia-dell-onnipotenza\\_02-05-2016.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/verso-una-costituzione-di-minoranza-per-una-democrazia-dell-onnipotenza_02-05-2016.php).

## La riforma costituzionale e il *referendum*. Le ragioni del NO

di Valerio Onida

Il testo sintetizza le ragioni che dovrebbero indurre gli elettori a votare NO al prossimo *referendum* confermativo. Sono avanzate obiezioni di metodo (l'oggetto della riforma non è omogeneo, e ciò obbliga chi vota ad un prendere o lasciare che ne coarta la libertà di scelta; la revisione costituzionale è stata approvata a stretta maggioranza, da parte di un Parlamento eletto sulla base di una disciplina elettorale incostituzionale, e impropriamente guidato dall'iniziativa governativa) e di merito.

Quanto a queste ultime, l'Autore contesta che un presunto *deficit* di governabilità sia indotto dall'attuale bicameralismo e, pur apprezzando l'idea di istituire il Senato quale organo rappresentativo delle Regioni, rileva che la riforma fallisce in tale intento.

Il nuovo Senato non sarebbe in grado di esprimere la volontà regionale, mentre, al contempo, la riforma indebolisce fortemente il ruolo delle autonomie territoriali, ma accentua oltre il dovuto i privilegi delle autonomie speciali.

Una riflessione è infine dedicata agli effetti distorsivi che il rafforzamento dell'esecutivo potrebbe produrre, a causa della nuova legge elettorale.

### Il *referendum* e il suo oggetto eterogeneo

Nel *referendum* del prossimo ottobre agli elettori italiani verrà sottoposta, a quanto finora è dato sapere, una unica domanda: approvate (SÌ) o non approvate (NO) la legge costituzionale deliberata dalle Camere a maggioranza assoluta (ma non di due terzi) intitolata «Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del Cnel e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione»?.

Già la lettura del titolo rende chiaro che non ci troviamo di fronte ad una puntuale legge di revisione tendente a modificare una disposizione o un gruppo di disposizioni costituzionali inerenti ad un unico oggetto, sull'esempio di tutte le precedenti leggi di revisione approvate (v. ad es. la l. cost. n. 2 del 1999 «*Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione*»): e nemmeno di

una legge tendente a una revisione complessiva di un preciso capitolo della Costituzione (come ad es. la l. cost. n. 3 del 2001 «*Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*»). Si tratta questa volta di un "pacchetto" di modifiche aventi molteplici oggetti, un poco come era accaduto per la prima volta con la legge approvata dalla maggioranza di centro-destra nel 2005, e respinta dal *referendum* del 2006.

Di fronte a questa caratteristica, molti hanno fatto notare che la libertà di voto degli elettori rischia di essere compromessa dalla mancanza di "omogeneità" dell'oggetto della riforma, per le stesse ragioni per le quali la Corte costituzionale a suo tempo stabilì che non possono essere ammessi quesiti abrogativi contenenti una «*pluralità di domande eterogenee, carenti di una matrice razionalmente unitaria*» (sent. n. 16 del 1978). Il *referendum* in questione non è abrogativo ma confermativo, ma un'esigenza analoga è innegabile: se il Parlamento avesse approvato singole leggi di revisione aventi ciascuna un oggetto

ben individuabile, tale esigenza sarebbe stata pienamente soddisfatta. In mancanza, dovrebbero provvedere – pur nel silenzio della legge – ad “articolare” la domanda in più quesiti, sottoposti a voti distinti, i promotori del referendum o l’Ufficio Centrale per il referendum presso la Corte di cassazione, e se del caso la Corte costituzionale (adita in via incidentale dallo stesso Ufficio, o da promotori del referendum in sede di conflitto fra poteri).

### Una riforma costituzionale di maggioranza

Va anche sottolineato che questa è solo la terza volta che una legge di revisione della Costituzione viene sottoposta a referendum, dopo il caso della riforma del titolo V, varata da una stretta maggioranza assoluta (di centro sinistra) nel 2001, e avallata dal referendum del 7 ottobre 2001, che vide una scarsa partecipazione (votò il 34,10% degli aventi di diritto, e di questi approvarono la legge il 64,20%, vale a dire meno del 22% degli elettori), e dopo quello della riforma del 2005, varata dalla allora maggioranza di centro destra, e bocciata dal referendum del 25-26 giugno 2006, cui partecipò il 52,46% degli elettori, il 61,29 % dei quali si espressero negativamente.

In tutti i casi precedenti e successivi le leggi di revisione furono approvate dalle due Camere con la maggioranza dei due terzi in seconda deliberazione e quindi, secondo l’art. 138 Cost., non furono soggette a referendum confermativo.

La saggia previsione costituzionale di un’approvazione – come “prima scelta” – delle modifiche con una maggioranza particolarmente ampia vale a fare della revisione costituzionale un’eventualità normalmente connessa a un largo accordo parlamentare, così confermando e consolidando il carattere di “terreno comune” fra le diverse forze politiche proprio della Costituzione. Ciò avrebbe dovuto indurre, nella presente legislatura, inauguratasi con una maggioranza molto ampia (di larga coalizione) che si propose fra l’altro di affrontare il tema delle riforme costituzionali, ad abbandonare questo proposito, e rinviarlo ad un futuro diverso, quando le condizioni del largo consenso sono venute meno: tanto più che la stretta maggioranza assoluta che ha approvato la legge con il voto finale delle due Camere era il frutto di una legge elettorale (quella del 2005) che all’inizio del 2014 è stata riconosciuta incostituzionale dalla Corte (sent. n. 1 del 2014) proprio, fra l’altro, per la eccessiva distorsione della rappresentanza proporzionale che essa induceva.

All’inizio della legislatura si era proposto di affidare comunque l’esame delle riforme, in sede referente, a un comitato parlamentare formato tenendo conto

dei voti, e non solo dei seggi ottenuti dalle diverse forze politiche (nell’intento di perseguire la massima rappresentatività nel processo), e di ammettere, su richiesta, il referendum confermativo quale che fosse la maggioranza raggiunta nelle Camere. In seguito, venuta meno la maggioranza di larga coalizione, si è tornati al procedimento previsto dall’art. 138 Cost., e la maggioranza (solo assoluta) che poi ha approvato la legge è stata proprio quella “distorta” dagli effetti della legge elettorale.

Si capisce che a questo punto il Governo (che irrualmente – dato il carattere costituzionale della materia – si è assunto non solo l’iniziativa, ma la guida del procedimento parlamentare), abbia teso a rivendicare la riforma come un “proprio” risultato, sul quale chiedere un consenso degli elettori che lo legittimi definitivamente, quasi ponendo una sorta di impropria “questione di fiducia” davanti al Paese. Ma non si tratta certo di un modo corretto di affrontare i problemi costituzionali. Da ultimo, lo stesso presidente del Consiglio ha fatto una qualche marcia indietro a questo riguardo, ammettendo che si vota su quel testo e non sul Governo: ma il danno è ormai fatto, e in ogni caso la vicenda non potrà non produrre – specialmente se la riforma passerà – un effetto di indebolimento del ruolo della Costituzione come carta e “casa” comune degli italiani, al di là delle divisioni politiche. Il nostro Paese non ne avrebbe davvero bisogno, posto che il comune riferimento costituzionale è uno dei pochissimi elementi capaci ancora di esprimere l’unità del Paese.

### Ragioni e “non ragioni” della riforma

Se il metodo seguito nell’impresa riformatrice appare meritevole di critica, anche il merito delle riforme deliberate lascia perplessi.

Un cambiamento delle norme costituzionali richiederebbe anzitutto di identificare correttamente gli inconvenienti che l’attuale normativa presenterebbe e gli obiettivi di miglioramento che si intendono perseguire, e poi di valutare l’idoneità, a tal fine, degli strumenti apprestati.

Sgombriamo intanto il campo dalla tesi secondo cui il nostro attuale sistema costituzionale sarebbe caratterizzato da un eccesso di poteri di veto e da una carenza di poteri di decisione (dove l’esigenza di muovere verso un sistema più “decisionista”); e secondo cui ciò sarebbe stato storicamente dovuto (nel 1947) al timore di ritorni di autoritarismo e all’intento di limitare il potere di un partito “anti-sistema” (il partito comunista) che si temeva potesse ottenere la maggioranza elettorale. Semplicemente questo non è vero.

Che tutte le Costituzioni si siano preoccupate anzitutto di limitare il potere, scongiurando il rischio di torsioni autoritarie, è vero: nascono per questo. Ma, ciò detto, il sistema parlamentare scelto dal nostro Costituente, assicurando la consonanza tra legislativo ed esecutivo (perché il Governo non ha altra legittimazione se non quella che gli deriva dalla fiducia della maggioranza parlamentare), è proprio quello meglio in grado dal punto di vista istituzionale, in un sistema democratico pluralistico, di consentire alla maggioranza, e quindi al Governo, di realizzare i propri programmi anche attraverso le leggi, e quindi di governare, nel rispetto delle garanzie e dei diritti di tutti e sotto il controllo delle opposizioni.

Ma, si dice, le maggioranze faticano a comporsi, o si disfano spesso, o sono divise, e dunque il processo decisionale non riesce ad esplicarsi con efficacia: solo un Governo (anzi, un capo del Governo), che possa per tutta la legislatura decidere senza impacci e condizionamenti, potrebbe governare con efficacia. Di qui le ricorrenti tentazioni di abbandonare il sistema parlamentare prevedendo l'elezione diretta del capo dell'Esecutivo, sia esso il presidente della Repubblica o il presidente del Consiglio, messo in condizione di non dipendere più dalla volontà del Parlamento (con tutti i rischi collegati di riduzione della democrazia e di personalizzazione del potere).

Questa prospettiva non è peraltro (fortunatamente) oggi in gioco. La riforma in discussione non intacca le caratteristiche del nostro sistema parlamentare, e nemmeno tende ad introdurre misure di ulteriore "razionalizzazione" del parlamentarismo (come ad esempio la cosiddetta sfiducia costruttiva): limitandosi a riservare alla sola Camera dei deputati il compito di dare e togliere la fiducia al Governo, oltre a introdurre una modesta clausola (ancorché in sé apprezzabile: è uno dei pochi punti positivi della riforma) secondo cui il Governo potrebbe chiedere alla Camera di esprimersi entro un termine certo, in modo definitivo, su progetti rilevanti per il suo indirizzo politico, rendendo al contempo più severi i limiti del ricorso alla decretazione d'urgenza.

Il bicameralismo attuale non ha in realtà a che fare con poteri veto né può essere indicato come una causa che minacci la stabilità dei Governi (altro "mantra" ricorrente nel dibattito). Da quando esiste la Repubblica e fino al 2013 *mai* i problemi della stabilità delle maggioranze e dei governi sono dipesi dall'esistenza delle due Camere. All'epoca della Costituente, unica assemblea rappresentativa in quella fase (1946-48), sulla cui fiducia si basava il Governo, si succedettero tre governi e almeno due maggioranze alquanto diverse (di "unità nazionale" e poi "centrista"). Dopo l'entrata in vigore della Costituzione, in ciascuna delle sedici legislature succedutesi fino al 2013 abbiamo avuto o una unica maggioranza, più o

meno ampia (prima centrista, poi di centro-sinistra, poi di "pentapartito", e più di recente di centro-sinistra o di centro-destra) che ha dato vita a più governi; o mutamenti di maggioranza nel corso della stessa legislatura. Ebbene, *mai* i problemi del formarsi o del disfarsi delle maggioranze nell'ambito della stessa legislatura - dalle vicende all'inizio degli anni Sessanta, alla formazione del governo Monti nel 2011 - sono stati dovuti all'esistenza di due Camere e ad una diversità di maggioranze all'interno di esse (la crisi, nata esplicitamente in Parlamento, del primo governo Prodi nel 1998 fu causata da un voto di sfiducia - 313 voti contro 312 - della Camera dei deputati).

Nel 2013, *per la prima e unica volta*, e alquanto casualmente, le elezioni hanno dato luogo a due Camere che non esprimono la stessa maggioranza. Fino ad allora, Camera e Senato hanno in sostanza espresso sempre le stesse maggioranze, forti o deboli, ampie o meno ampie, coese o meno coese al loro interno.

La riforma in tema di bicameralismo dunque, se in qualche misura potrebbe essere in grado di ridurre i tempi del procedimento legislativo, eliminando la "duplicazione" attuale, non incide invece in alcun modo sui modi in cui le maggioranze si formano e si disfano in Parlamento. Su questo, semmai, può incidere la legge elettorale, estranea alla Costituzione. Su di essa diremo qualcosa più avanti.

### **Il nuovo Senato: un'idea giusta male attuata**

La scelta di differenziare le due Camere, riservando a quella dei deputati il ruolo di espressione dei rapporti fra le forze politiche e fra maggioranza e opposizioni, è di per sé condivisibile. Come è pure condivisibile l'intento di fare del nuovo Senato la Camera rappresentativa delle istituzioni territoriali, e in specie delle Regioni, per favorire un coordinamento non solo autoritario fra Stato centrale e Regioni, nell'ottica di un regionalismo cooperativo.

Ma il punto dolente è il modo in cui si sono volute disegnare la composizione e le funzioni del Senato. Quanto alla composizione, non si sono immessi in esso di diritto i titolari delle maggiori cariche rappresentative delle Regioni (presidenti delle Giunte e dei Consigli), oltre ad un certo numero (proporzionale alla popolazione) di altri soggetti espressi dalla Regione, e soprattutto destinatari di un "mandato" unitario, così che nel nuovo Senato si esprimesse veramente la "voce" delle Regioni. Si è prevista invece la presenza di senatori eletti dai consigli regionali (con un sistema proporzionale) nel proprio seno, senza vincolo di mandato, che conserverebbero contemporaneamente la loro carica regionale (e che dovrebbero essere però eletti, misteriosamente, «in conformità

alle scelte espresse dagli elettori per i candidati consiglieri in occasione del rinnovo dei medesimi organi»: sic!). Per di più, uno degli eletti in ciascuna Regione deve essere un Sindaco, però sempre eletto dal consiglio regionale (onde non si capisce quale forma di “rappresentanza” abbiano le autonomie locali nel nuovo Senato). In tutto 95 senatori, fra cui ventuno Sindaci. A questi si aggiungono gli ex presidenti della Repubblica, che restano senatori a vita, nonché un massimo di cinque senatori nominati dal presidente della Repubblica fra cittadini «che hanno illustrato la Patria per altissimi meriti nel campo sociale, scientifico, artistico e letterario», i quali però, a differenza di quelli oggi nominati a vita, restano in carica solo sette anni; e che potranno essere nominati solo quando si renderanno vacanti posti lasciati dagli attuali senatori vitalizi.

Insomma, una composizione che fa a pugni per alcuni versi persino con la logica.

Quanto alle funzioni, il Senato, perduta la funzione di dare e togliere la fiducia al Governo, manterrebbe quella legislativa, in modi diversi. Per alcune limitate categorie di leggi conserverebbe gli stessi poteri della Camera (leggi bicamerali): fra queste vi sono le leggi che disciplinano particolari procedure statali riguardanti le autonomie o il raccordo con l'Unione europea, ma non vi sono molte delle leggi che lo Stato detterà nelle materie di maggior interesse per le Regioni. Per le altre leggi (monocamerali) il Senato avrà facoltà, su richiesta di un terzo dei suoi componenti e con delibera da adottare entro trenta giorni, di proporre modifiche al testo deliberato dalla Camera: su di esse si pronuncia definitivamente di nuovo la Camera (talvolta con particolari requisiti di maggioranza). Si delineano dunque diversi tipi di procedimenti legislativi a seconda delle materie, il che comporta che ogni legge abbia un contenuto interamente riconducibile solo ad una o ad altra delle materie o dei gruppi di materie indicati.

Lo squilibrio accentuato fra numero dei deputati (che resta 630) e numero dei senatori (100, più gli ex Presidenti) altera la composizione del Parlamento in seduta comune, che conserverebbe il potere di eleggere il presidente della Repubblica (peraltro prevedendosi che, dopo il sesto scrutinio, l'elezione possa avvenire con i soli tre quinti dei *votanti*, quindi anche con una maggioranza inferiore a quella minima oggi richiesta del 50% più uno dei componenti).

### Una riforma anti-autonomista

Ma se quanto al Senato un'idea giusta è stata declinata in termini sbagliati, l'altro grande capitolo della riforma, cioè la revisione del titolo V in tema di Regioni ed enti locali, muove invece da un'idea sbaglia-

ta: quella che il sistema istituzionale italiano abbia bisogno di un nuovo massiccio ri-accentramento di poteri in capo allo Stato nazionale, e non di una riorganizzazione razionale, fondata sui principi fondamentali di autonomia e di decentramento, proclamati dall'art. 5 della Costituzione, che impone alla Repubblica di adeguare a tali esigenze «i principi e i metodi della sua legislazione».

Invece di affrontare le vere ragioni per le quali lo Stato non ha mai intrapreso, specie negli ultimi decenni, la strada del legiferare per principi (leggi quadro o leggi cornice), assicurando ciò che deve essere uniformemente garantito a livello nazionale in termini di diritti, e consentendo poi alla legislazione regionale e all'amministrazione locale di valorizzare le differenze e di consentire la piena esplicazione dell'autogoverno responsabile, si è proceduto attraverso una legislazione statale di estremo dettaglio e un governo sempre più accentrato delle risorse.

È singolare che a quindici anni di distanza dalla riforma del 2001, voluta allora dal centro-sinistra e approvata con una ristrettissima maggioranza, la stessa forza politica che allora volle impostare il sistema delle autonomie in una prospettiva “federalista” abbia oggi varato una riforma che ne rovescia il segno. Nel testo in vigore si elencano diciassette materie o gruppi di materie attribuite alla competenza “esclusiva” dello Stato; inoltre vi è un generoso elenco – in alcuni casi troppo generoso – di materie di competenza “concorrente”, cioè nelle quali lo Stato stabilisce i principi fondamentali, ma il resto della legislazione spetta alle Regioni. Nelle materie non elencate vale la competenza “residuale” delle Regioni.

Dopo il 2001 è cresciuto il contenzioso fra Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale, non per “colpa” delle competenze concorrenti, ma essenzialmente a causa della mancanza di una legislazione generale attuativa, della perdurante abitudine del legislatore statale di intervenire non sui principi ma sui dettagli, e dell'utilizzo estremamente estensivo delle competenze statali cosiddette “trasversali”, come la tutela della concorrenza o il coordinamento della finanza pubblica, che consentono di interferire anche in ambiti di per sé di spettanza delle Regioni.

La riforma, invece di cercare gli aggiustamenti opportuni per portare equilibrio nel sistema, e di correggere alcuni specifici errori del testo del 2001, propone un vero e proprio rovesciamento di prospettiva. Sopprime *tutte* le competenze concorrenti, trasferendo le relative materie alla competenza «esclusiva» dello Stato, sia pure, talvolta, limitandola al compito di dettare “disposizioni generali e comuni”. Questa espressione, di per sé difficilmente decifrabile, significa in sostanza che lo Stato, nelle materie tipiche dell'intervento regionale – come il governo del territorio, i servizi sociali e sanitari, il turismo, le attività

culturali, – non dovrà più limitarsi a fissare i principi fondamentali e a «determinare i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (come stabilisce l'attuale testo), ma potrà legiferare liberamente su tutto, per lasciare ai legislatori regionali solo lo spazio che, discrezionalmente, caso per caso riterrà, se vuole, di lasciare. Il che, come è evidente, equivale a sopprimere ogni ambito significativo di autonomia *garantita* costituzionalmente.

Alle Regioni resterebbero, in base al nuovo testo, competenze, per lo più di mera organizzazione di servizi, nei limiti risultanti dalle “disposizioni generali e comuni” dettate dal legislatore statale, in materie espressamente elencate, oltre ad una competenza in-nominata o residuale nelle materie non attribuite allo Stato (e che peraltro si è già dimostrata pressoché priva di rilievo pratico data la “espansività” delle competenze statali “trasversali”). In più, una nuova “clausola di supremazia” (indubbiamente utile in un sistema che fosse fortemente decentrato) consentirebbe allo Stato di intervenire, per esigenze di unità giuridica o economica della Repubblica o per la tutela dell'interesse nazionale, in materie diverse da quelle ad esso riservate.

La nuova distribuzione delle competenze legislative comporterebbe anche sia un accentramento delle competenze regolamentari (che spetterebbero allo Stato, salvo facoltà di delega, in tutte le materie attribuite alla sua competenza legislativa), sia una riduzione della competenza delle Regioni a collocare in capo agli enti locali le funzioni amministrative, posto che tale collocazione sarebbe sempre compito dello Stato nelle materie di potestà legislativa statale.

Anche l'autonomia finanziaria (di entrata e di spesa) delle Regioni risulta ulteriormente compromessa, posto che non solo non si è dato finora alcun seguito ai principi del cd federalismo fiscale sanciti dall'art. 119 della Costituzione ed espressi dalla mai attuata legge n. 42 del 2009, ma, nella riforma costituzionale ora approvata, si rivede l'art. 119 accentuando il ruolo della legge dello Stato nel disciplinare, anche nel dettaglio, le entrate tributarie delle Regioni: con ciò ponendo le premesse per una ulteriore subordinazione delle Regioni ad uno stretto controllo finanziario dello Stato, anche al di là della giusta esigenza di assicurare un armonico governo complessivo della finanza pubblica.

Infine, non si può trascurare una contraddizione della legge di riforma. Essa prevede che le nuove norme modificative del Titolo V della Costituzione (quello appunto sulle Regioni e gli enti locali) *non* si applicano alle Regioni a statuto speciale (Sicilia, Sardegna, Valle d'Aosta, Trentino-Alto Adige e relative Province autonome, Friuli-Venezia Giulia) «fino alla revisione dei rispettivi statuti sulla base di intese con le medesime».

Le disposizioni della riforma del 2001 si applicavano invece anche a queste Regioni «per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite», nel giusto intento di non farle restare nemmeno temporaneamente “indietro” rispetto agli ampliamenti di autonomia che la riforma stessa riservava alle Regioni ordinarie. Mentre allora ci si era preoccupati di parificare le Regioni speciali alle ordinarie, per tutto ciò che non tocca le ragioni della specialità, oggi invece si accentua la differenza, sia pure a titolo transitorio (ma la transizione rischia di essere infinita, in attesa che si realizzino le intese per modificare gli statuti). Così, ad esempio, mentre scompaiono per le Regioni ordinarie le competenze legislative concorrenti, quelle medesime competenze restano in capo alle Regioni speciali in quanto previste dai rispettivi statuti. Non solo dunque rimarrebbe, ma si accentuerebbe, in forza di una riforma che pretende di cambiare il quadro generale del regionalismo, la differenza di disciplina fra le Regioni ordinarie e quelle speciali, anche per aspetti in cui non sussistono le ragioni originarie, e tuttora valide, della autonomia differenziata. Per le Regioni ordinarie invece, pur restando la clausola costituzionale (art. 116, terzo comma), che consente l'ampliamento con legge, sulla base di intese, delle relative competenze, se ne restringe l'ambito di applicazione, escludendo da esso tutte le materie già di competenza concorrente e oggi passate alla competenza statale esclusiva, salvo solo alcune di queste, nominativamente indicate.

### La retorica del contenimento dei costi

Quanto all'obiettivo, sbandierato fin dal titolo della legge, del «contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni», in realtà esso sembra frutto di un atteggiamento pericolosamente corrivo verso le pulsioni anti-politiche che percorrono oggi la società. Le istituzioni non si riformano per ridurre il costo (il “costo” della democrazia) ma per farle funzionare meglio. Il numero degli organi elettivi e il numero dei componenti di tali organi si determinano in base a esigenze di rappresentatività e di funzionalità, non in base ad una generica richiesta di eliminazione di “poltrone” (quasi che le cariche elettive costituissero dei privilegi da abolire, invece che luoghi ove si serve la comunità «con disciplina ed onore» (art. 54 Cost.).

Così cancellare dalla Costituzione le Province – anche per le Regioni più grandi, in cui è difficile negare l'esigenza di un livello intermedio di governo locale – per evocare poi non meglio identificati «enti di area vasta», senza precisare se siano elettivi, è un'altra evidente concessione alla retorica delle “poltrone” da abolire. E nella stessa linea si collocano alcune speci-

fiche disposizioni della legge di riforma che pretendono di dettare (in Costituzione!) criteri quantitativi precisi per la commisurazione delle indennità per i titolari degli organi regionali, e divieti di corresponsione di contributi ai gruppi consiliari regionali, traendo evidente spunto da diffusi scandali in materia. Tutte norme “simboliche”, indicative di una volontà, si direbbe, di “umiliare” le istituzioni regionali previste dalla Costituzione.

### La legge elettorale: governabilità versus rappresentanza

Qualche riflessione merita infine, benché di per sé estraneo alla riforma costituzionale, ma spesso ad essa connesso nel dibattito pubblico, il tema della nuova legge elettorale per la Camera (il cosiddetto “*Italicum*”). Ad essa si attribuisce la “virtù” di assicurare la stabilità dei governi, poiché, per effetto del premio di maggioranza alla lista che al primo turno raggiunga il 40% dei voti, o che, essendo fra le due più votate al primo turno, vinca il “ballottaggio”, si avrebbe la certezza che una e una sola lista otterrebbe comunque la maggioranza assoluta della Camera e potrebbe dunque esprimere un Governo stabile, “di legislatura”.

Il sistema elettorale indicato sembra congegnato in modo da adattarsi bene solo ad un sistema politico fondamentalmente bipartitico o almeno bipolare. Non ad un sistema politico, come il nostro attuale, caratterizzato da almeno tre grandi formazioni in

grado di ottenere il 25-30% dei voti, ma difficilmente in grado di andare molto oltre questa soglia di consenso, e da forze minori spesso tendenzialmente “estreme”, da una parte e dall’altra dello schieramento; e per di più in cui le stesse forze politiche appaiono da un lato sempre più divise al proprio interno, dall’altro incapaci di stipulare accordi di coalizione espliciti, programmatici e non di semplice spartizione del potere.

In un simile sistema, è molto dubbio che abbia senso costruire un meccanismo in base al quale tutto il potere di maggioranza verrebbe messo *a priori* nelle mani di una forza politica che rappresenti in ipotesi solo un quarto dei votanti (e magari un ottavo degli elettori). L’equilibrio fra rappresentanza e cosiddetta governabilità sarebbe del tutto sbilanciato in questo secondo senso. Quanto più certe tradizionali linee di divisione fra schieramenti politici sembrano in parte scolorirsi, e i partiti tendono a divenire fazioni personali, tanto più sarebbe invece necessario indurre i gruppi politici a cercare tra di loro le affinità e le differenze, e a ragionare se occorre in termini di coalizioni di programma e non di pura competizione fra persone. Inoltre, specie nei momenti di maggiore difficoltà della società, si dovrebbero cercare prima le ragioni di possibile intesa che quelle di aprioristica contrapposizione.

Non è questo, ripeto, il tema posto a *referendum*. Ma, se mai si dovesse tener conto della legge elettorale approvata anche ai fini di apprezzare la riforma costituzionale, questo sarebbe a mio giudizio un ulteriore motivo per esprimersi negativamente.

## La replica a Luciano Violante

di Valerio Onida

La riflessione di Luciano Violante vola alta, richiamando le condizioni nelle quali oggi si trovano le istituzioni non solo nel nostro Paese. Sottoscriverei molte delle sue diagnosi. Non la terapia, cioè l'appoggio a questa riforma.

Anzitutto perché essa non ha i meriti che si vorrebbero ascriverle. Non garantisce la stabilità dei governi, che peraltro non è compromessa dal bicameralismo. La stabilità, semmai, è l'obiettivo della legge elettorale (la quale non ha di per sé a che fare con la riforma costituzionale: non c'è nessun "combinato disposto", solo si è data per già approvata questa riforma, omettendo di intervenire sulla legge elettorale per il Senato). Obiettivo perseguito però a spese del principio di rappresentanza, per di più senza combattere l'eccesso di frammentazione politica (soglia del 3%). Sul punto Violante non si esprime fino in fondo, preferendo rimettersi a quanto potrà dire la Corte costituzionale; e curiosamente confida che, nonostante il premio che assicura la maggioranza assoluta alla Camera, il partito vincitore sia indotto a «costruire una coalizione di governo», in contrasto con il dichiarato intento di chi ha voluto *questa* legge elettorale.

La riforma non introduce nessuno dei meccanismi di ulteriore "razionalizzazione" del parlamentarismo (oltre a quelli già esistenti, come il voto di fiducia espresso e per appello nominale) di cui parla Violante. Egli propone il modello tedesco: magari si puntasse su quello! Una Camera politica e una (il Bundesrat) che rappresenta davvero le autonomie regionali (i Länder), con poteri significativi; una disciplina esplicita delle crisi di governo (sfiducia costruttiva, scioglimento), una legge elettorale proporzionale con soglia del 5% (che consente e favorisce la formazione di governi se del caso di coalizione, e anche di larga coalizione, come l'attuale). Il nostro riformatore propone invece solo il voto a data certa su alcuni progetti del Governo in cambio di una limitazione della decretazione d'urgenza: sono d'accordo, è una delle pochissime innovazioni positive. Se si fosse approvata una legge costituzionale con questo unico oggetto, e non un "pacchetto" eterogeneo e sgangherato come quello che si vuol sottoporre ad

un unico voto referendario, il mio sì sarebbe stato entusiastico.

Luciano Violante svolge considerazioni in gran parte condivisibili sulle tendenze odierne alla personalizzazione o "presidenzializzazione" della politica e sulla crisi dei partiti. Ma il punto è se si debbano favorire e non invece controllare le spinte nel senso della personalizzazione e di un "premierato assoluto"; e se davvero l'esigenza di stabilità debba essere perseguita con artifici istituzionali a danno della rappresentanza, costruendo artificiosamente un bipartitismo o bipolarismo oggi inesistente, o non piuttosto agendo sul e nel sistema politico, combattendo le tendenze alle contrapposizioni "totali" che favoriscono gli estremismi e svuotano di senso il processo democratico. Tutto ciò peraltro, non ha a che fare col contenuto reale della riforma costituzionale.

Né si può dire che la riforma favorisce la democrazia diretta: in realtà, come ricorda anche Violante, si rinvia ad una futura legge costituzionale l'introduzione concreta (qui solo promessa) di referendum propositivi o di indirizzo; intanto si stabilisce illogicamente un *quorum* differenziato per il referendum abrogativo a seconda di chi lo chiede (500.000 elettori o cinque consigli regionali, da un lato, ovvero 800.000 elettori dall'altro).

Infine, Violante tace quasi completamente su quello che secondo me è l'aspetto più negativo della riforma, cioè la forte spinta alla ri-centralizzazione di poteri, a scapito delle autonomie territoriali costituzionalmente garantite. Egli si limita, a quanto sembra, ad allinearsi alla curiosa tesi corrente per cui, siccome la Corte costituzionale ha già provveduto in sede di interpretazione della Costituzione in vigore a restringere molto i confini dell'autonomia delle Regioni, va bene che in sede di riforma si dia il colpo finale, rendendo definitivamente marginale il ruolo delle Regioni anche nei settori più tipici del loro intervento, come il governo del territorio e i servizi alla persona: salvo lasciare intatti (fino a future revisioni "d'intesa") gli statuti delle cinque Regioni ad autonomia differenziata, andando così molto al di là delle ragioni vere e ancora attuali della specialità.



## La riforma costituzionale e il referendum. Le ragioni del SÌ

di Luciano Violante

Viviamo – scrive l'Autore – non in un'epoca di cambiamenti, ma in un cambiamento d'epoca, contrassegnato da fattori come il rovesciamento dei rapporti tra finanza e politica, l'interdipendenza globale, la necessità di velocizzare le procedure decisionali. Sono circostanze che chiedono un mutamento di orizzonte costituzionale, nella direzione del superamento del "complesso del tiranno". In questo contesto, infatti, occorre scegliere se rimanere subalterni e subire il cambiamento, oppure se governarlo con norme costituzionali per ridare al sistema politico capacità di decisione e stabilità, evitando al contempo rischi di straripamenti personalistici. È questa la rotta intrapresa dalla riforma costituzionale: eliminazione del bicameralismo paritario, concentrazione del rapporto fiduciario nel rapporto Camera/Governo, voto a data fissa sui disegni di legge di iniziativa governativa, previa deliberazione della Camera, controllo del Senato sulle politiche del Governo. Sono innovazioni che mirano a restituire efficienza alla democrazia. Non mancano i bilanciamenti al potere del Presidente del Consiglio, che anzi vengono ampliati, dai limiti posti al ricorso ai decreti legge alla possibilità per il popolo di promuovere referendum propositivi.

**1.** Il referendum sceglierà il sistema politico nel quale vivremo nei prossimi anni. Il SÌ e il NO hanno pari dignità e meritano pari rispetto, ma producono conseguenze molto diverse.

Se vincesse il NO, continueremmo a vivere per molti anni nel sistema attuale caratterizzato dalla instabilità dei Governi, dodici Esecutivi negli ultimi venti anni, dall'assenza di controllo sulle politiche dei Governi, dalla umiliazione del Parlamento per effetto della sequenza decreti legge omnibus-maxiemendamenti-fiducie che si trascina da anni con ritmi crescenti. È infatti difficile che dopo una eventuale bocciatura, le Camere riprendano a lavorare a un nuovo progetto di riforma, anche per la difficoltà di trovare punti di convergenza tanto tra le forze parlamentari che avranno sostenuto il voto contrario, quanto tra gli studiosi che condividono la stessa posizione. Inoltre nel 2018 dovrebbero tenersi le prossime elezioni politiche ed è evidente anche al più sconsiderato ottimista che l'attuale situazione di instabilità istituzionale, abusi regolamentari, incertezze sui diritti si trascine-

rebbe ancora in questa e nella prossima legislatura.

Due importanti personalità del Paese, l'ex presidente del Consiglio Massimo D'Alema e l'ex presidente della Corte Costituzionale Ugo De Siervo, entrambi contrari alla riforma, hanno minimizzato gli effetti di una eventuale vittoria del NO, sostenendo che non sarebbe successo nulla, come non è successo nulla dopo la vittoria del NO nel referendum del 2006 che respinse la riforma del centro destra.

In realtà il problema è proprio quello indicato: non è successo nulla, non c'è stato alcun cambiamento. Dal 2006 al 2016 abbiamo continuato con l'instabilità: sei Governi in dieci anni, contro i tre della Germania e della Gran Bretagna, scelte di breve respiro, mutevolezza delle regole dovuta all'avvicinarsi delle maggioranze politiche, una pubblica amministrazione lasciata a sé stessa perché priva di duraturi indirizzi politici.

La stabilità è un valore decisivo per i sistemi democratici. La mancanza di Governi stabili impedisce scelte strategiche, quelle che cambiano davvero la

vita dei cittadini, comporta frequenti cambiamenti delle regole con conseguente incertezza dei diritti, fa navigare la vita della comunità nazionale tra piccolo cabotaggio e grandi naufragi. Si tratta, inoltre, di una condizione necessaria per la credibilità di un Paese e per la sua possibilità di incidere positivamente nelle relazioni internazionali. Cambiare troppo spesso presidente del Consiglio e ministri rende il Paese e i suoi rappresentanti poco ascoltati e poco credibili.

Nei *rating* internazionali non siamo indietro perché siamo incapaci; siamo indietro perché il nostro sistema politico non è stabile, non è rapido e quindi non aiuta i cittadini. Se i nostri giovani sono richiesti da centri di ricerca e imprese straniere in misura assai superiore rispetto alla media europea, vuol dire che le capacità ci sono, che le istituzioni della formazione funzionano ma è il contesto italiano che non favorisce le giovani generazioni. Qualcuno obietterà che è colpa delle classi politiche dirigenti. L'obiezione non è sbagliata, ma senza un adeguato contesto istituzionale anche i migliori costumi naufragano nella disillusione e nel velleitarismo.

**2.** Se prevalesse il SÌ, non si aprirebbero le porte dell'Eden, ma avvieremmo una fase di positivi cambiamenti. Come vedremo nelle prossime pagine verrebbe favorita la stabilità, cesserebbero i decreti legge *omnibus*, i cittadini avrebbero diritto al *referendum* propositivo, le politiche del Governo sarebbero soggette al controllo del Senato, le decisioni parlamentari diventerebbero, in media, più rapide.

Nessuna riforma costituzionale ha effetti salvifici. Occorrono anche classi dirigenti adeguate, etica pubblica, reputazione, tutte doti che purtroppo non si ottengono per legge. Ma in un cattivo assetto dei poteri della Repubblica difficilmente fiorisce a lungo una buona democrazia, anche quando le classi politiche dirigenti siano stimabili e apprezzate.

Ogni Costituzione, ed ogni incisiva riforma costituzionale apre le porte a un futuro solo in parte prevedibile e proprio per questo suscita timori e timidezze.

Il funzionamento delle norme costituzionali non è conseguenza automatica della loro approvazione, ma frutto di molteplici fattori: la rappresentatività dei partiti, i rapporti tra maggioranza e opposizione, la volontà politica della maggioranza, la cultura democratica delle classi dirigenti, la situazione economica, le condizioni internazionali. Inoltre una incisiva riforma costituzionale cambia il rapporto tra i poteri pubblici e il ruolo dei poteri privati nella vita pubblica, mette un discussione consolidate certezze intellettuali,

costringe a pensare in termini nuovi mettendo in discussione *idola* e tabù.

“L'ostruzionismo della maggioranza” negli anni successivi al 1948 rallentò a lungo l'attuazione dei nuovi principi. Giudizi ferocemente critici vennero dati sulla nuova Costituzione in Assemblea Costituente da Calamandrei, Nitti e Orlando<sup>1</sup>. Salvemini, nei suoi scritti, parlò di «alluvione di scempiaggine». Consiglio di Stato e Cassazione, come è noto, contestarono la stessa giuridicità di gran parte delle norme costituzionali.

Eppure quella Costituzione ha aperto, sviluppato e garantito un processo di civilizzazione democratica tra i più imponenti del mondo occidentale.

La nostra storia ci consiglia di esser prudenti. Occorre separarsi intellettualmente dall'ordinamento vigente e leggere la riforma con lo sguardo rivolto al futuro, come si guarda a un mondo nuovo. È evidente che il vecchio mondo ha una sua ragion d'essere, una sua nobiltà e una sua dignità. Ma il giurista non può non chiedersi se nell'ordinamento vigente sia davvero tutto ancora valido e tutto ancora efficace e se la proposta nuova pur se non priva di difetti, sia più adeguata a garantire i valori fondamentali. Ed è proprio del sapere e del ruolo del giurista sottoporre le norme, specie quelle costituzionali, a vaglio critico senza preconcetti ideologici e pregiudizi politici.

I sistemi costituzionali non vivono nel mondo delle idee anche se da quel mondo attingono le proprie caratteristiche fondamentali. La loro vita quotidiana si svolge all'interno di determinati contesti nazionali e internazionali, economici, finanziari, sociali. Se il contesto cambia radicalmente non sono sufficienti pratiche di rianimazione delle categorie tradizionali. Sono necessari cambiamenti, a volte profondi, per salvaguardare con mezzi nuovi i valori della democrazia.

Le procedure tradizionali presupponevano una politica padrona del proprio spazio e del proprio tempo. Non prevedevano la interdipendenza globale; non tenevano conto della permeabilità delle politiche pubbliche di ciascuno Stato a quelle degli altri Stati. Agivano in un contesto in cui la politica governava ancora i grandi processi economici e finanziari. Non ritenevano la velocità della decisione politica una qualità necessaria della democrazia; anzi ritenevano utili ripensamenti, pause di riflessione, riesami.

Oggi non è più così. Bisogna rendersi conto che non viviamo in un'epoca di cambiamenti; viviamo in un cambiamento d'epoca, caratterizzato da almeno quattro fattori.

Le politiche pubbliche sono diventate interdipendenti; i Governi devono perciò tenere conto di quanto fanno i Paesi concorrenti per non essere tagliati fuori

1. V. P. Pombeni, *La questione costituzionale in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 214 ss.

dalla competizione internazionale danneggiando così i propri cittadini. Siamo nel tempo della morte dei confini.

Il rapporto tra politica e finanza si è rovesciato. «A volte», disse Tietmeyer a Davos nel 1996, «ho l'impressione che la maggior parte dei politici non abbia ancora capito quanto essi siano già oggi sotto il controllo dei mercati finanziari.»

È in corso la quarta rivoluzione industriale, quella dell'internet delle cose e dell'industria 4.0. Ogni rivoluzione industriale ha comportato il passaggio a una nuova epoca con nuovi ordinamenti e nuovi soggetti politici.

Nel nostro mondo, infine, la razionalità, che è l'anima della democrazia politica, è sempre più frequentemente sconfitta dall'emozione. Si tratta di un processo che mortifica le classiche procedure democratiche fondate appunto sulla razionalità ed esalta invece la figura del leader seduttivo e la teatralizzazione della politica. Il filosofo tedesco di origine sud coreana Byung-Chu Han in un libro recentemente pubblicato in Italia, *Psicopolitica*<sup>2</sup>, sostiene che oggi viviamo in un «capitalismo delle emozioni» perché il processo razionale è troppo rigido e prevedibile per le nuove tecniche di produzione che si basano sulla emotività. Si potrebbe dire qualcosa di analogo per la «democrazia delle emozioni», priva di narrazione, fondata sul fluire di messaggi sganciati dal tempo e privi di consequenzialità che guadagnano consensi per la loro capacità di suscitare emozioni, non per quella di alimentare riflessioni.

**3.** Per non essere subalterni, occorrono cambiamenti di orizzonte e un ripensamento degli strumenti tradizionali della democrazia, la riaffermazione di una unificante razionalità. Ignorare le trasformazioni e restare legati a modelli ideali, nobili ma incapaci di fronteggiare i nuovi caratteri del mondo in cui si vive, produce emarginazione del Paese dai processi economici globali, penalizzazione dei cittadini e dei loro diritti, colonizzazione economica e finanziaria. In assenza di riforme, prevalgono le vie di fatto che nascono dalla necessità e prosperano nell'arbitrio.

Poco più di dieci anni fa, il 29 novembre 2005, Leopoldo Elia tenne una *lectio doctoralis* sulla presidenzializzazione della politica in occasione del confe-

rimento della *laurea honoris causa* in Scienze politiche da parte dell'Università di Torino<sup>3</sup>. Elia spiegava che si tratta di un fenomeno che in forme diverse si stava affermando in molte democrazie occidentali, prendeva le mosse da un importante studio comparativo pubblicato nello stesso anno<sup>4</sup> e si soffermava sulle caratteristiche e sulle cause di questa trasformazione delle democrazie parlamentari. Sulla scorta delle sue riflessioni e delle evoluzioni successive del sistema politico italiano, si può sostenere che la presidenzializzazione è in corso anche nel nostro Paese e non da oggi. Con quel termine si indica il peso determinante del presidente del Consiglio all'interno del Consiglio dei ministri, la concentrazione nelle sue mani di risorse decisionali anche in campi che dovrebbero appartenere alla competenza dei singoli ministri, il forte condizionamento della vita parlamentare, anche attraverso l'abuso di strumenti regolamentari, l'autonomia rispetto al partito, anzi l'adattamento del partito alle sue esigenze, la forte personalizzazione della comunicazione politica.

Il fenomeno è frutto del crescente rilievo della politica europea e della politica estera, sempre più spesso condotte direttamente dal presidente del Consiglio, della necessità di decisioni rapide, che non consentono confronti, dell'esigenza di un parallelismo tra le proprie funzioni e quelle dei colleghi di altri Paesi con i quali il presidente del Consiglio deve interloquire e negoziare. Tuttavia quando il fenomeno della presidenzializzazione si muove nel vuoto normativo, come oggi da noi, sono possibili straripamenti, forzature e distorsioni personalistiche delle funzioni pubbliche.

**4.** «Questo sistema [...] è stato strutturalmente predisposto sulla premessa di un contrappeso reciproco di poteri e quindi di un funzionamento complesso, lento e raro, sì come quello di uno Stato che non avesse da compiere che pochi e infrequenti atti sia normativi che esecutivi, perché non tenuto ad adempiere un'azione di mediazione delle forze sociali, e tanto meno ... un'azione continua di reformatio, di propulsione del corpo sociale [...]»<sup>5</sup>.

Così Giuseppe Dossetti si espresse nel 1951, solo tre anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione. Questo giudizio sulla Seconda parte della Costituzione fu comune a molti degli stessi costituenti. Il 4 settembre 1946, ad esempio fu approvato in seconda

2. Byung-Chu Han, *Psicopolitica*, 2016, pp. 55 ss..

3. Il testo della lezione è pubblicato sul sito AIC, *Materiali*.

4. T. Poguntke e P. Webb, *The Presidentialization of Politics*, Oxford University Press, 2005.

5. G. Dossetti, *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno, Relazione al III Convegno nazionale di studi UGCI 12 novembre 1951*, in E. Balboni (a cura di), *Non abbiate paura dello Stato*, Milano, Vita e Pensiero, 2014, p. 32.

sottocommissione dell'Assemblea costituente l'ordine del giorno Perassi, che appariva frutto della consapevolezza dei rischi cui andava incontro quello specifico ordinamento della Repubblica: «*La Seconda Sottocommissione, udite le relazioni degli onorevoli Mortati e Conti, ritenuto che né il tipo del Governo presidenziale, né quello del Governo direttoriale risponderebbero alle condizioni della società italiana, si pronuncia per l'adozione del sistema parlamentare da disciplinarsi, tuttavia, con dispositivi costituzionali idonei a tutelare le esigenze di stabilità dell'azione di Governo e ad evitare le degenerazioni del parlamentarismo*».

Quando la capacità dei partiti si esaurì, il problema della funzionalità del sistema e i pericoli segnalati dall'on. Perassi cominciarono a porsi in termini sempre più drammatici: le degenerazioni del parlamentarismo furono affrontate con iniezioni di autoritarismo. Il carattere dominante acquisito in via di fatto dalla figura del presidente del Consiglio risponde quindi ad esigenze oggettive di funzionalità del sistema politico. Non è l'unica risposta possibile alle nostre attuali fragilità istituzionali; ma, in assenza di una diversa risposta, è inevitabile che tenda ad espandersi illimitatamente persino creando pericoli per i valori democratici. E tuttavia se si vuole porre un freno, superando la soglia della pura lamentela, la riforma è inevitabile. Appare quindi contraddittorio denunciare il fenomeno della presidenzializzazione senza confini e poi impegnarsi perché venga respinta la riforma, consolidando quindi lo *status quo*.

La mancanza di norme costituzionali dirette a garantire la piena funzionalità dell'ordinamento ha una precisa ragione politica e storica. Dopo la Liberazione dal nazifascismo si fronteggiavano due coalizioni, una delle quali, Pci e Psi, faceva espresso riferimento all'Unione Sovietica e l'altra, Dc con i suoi alleati, faceva riferimento agli Stati Uniti. Le prime elezioni politiche dell'Italia repubblicana, che si sarebbero tenute nel 1948, avrebbero deciso anche della nostra collocazione internazionale: se avesse vinto il blocco Pci-Psi, saremmo finiti nell'orbita dell'Unione Sovietica; se avesse vinto, come poi vinse, il blocco moderato saremmo stati attratti nell'orbita occidentale. Diritti fondamentali, libertà, rapporti tra pubblico e privato avrebbero avuto assetti completamente diversi se avessero vinto i filosovietici o i filoamericani. Conseguentemente, ciascuno dei due blocchi vedeva come una iattura la vittoria dell'altro, nutrendo profonda sfiducia nella altrui capacità di rispettare le regole della democrazia. Per queste ragioni si evitò di formulare regole costituzionali a garanzia della stabilità e del governo del Paese.

**5.** La specificità italiana si coglie con nettezza se si confronta la Costituzione italiana con quella tedesca. Entrambi i Paesi avevano dato vita a una dittatura, avevano provocato una guerra e l'avevano persa. Venivano quindi da esperienze politiche simili e avevano le stesse esigenze: forma di governo parlamentare, maggioranze stabili, governi forti, ruolo di garanzia del presidente della Repubblica. Ma i congegni istituzionali per la stabilizzazione dell'esecutivo, la riduzione della frammentazione politica, l'omogeneità delle maggioranze parlamentari furono introdotti nella Costituzione tedesca e non in quella italiana: solo il Bundestag dà la fiducia e non anche il Bundesrat; sfiducia costruttiva; soglia di sbarramento al 5%; fissazione di un termine entro il quale il Bundestag deve dare la fiducia al cancelliere, pena lo scioglimento, potere del cancelliere di revocare i ministri. Tutto il sistema tedesco è orientato alla stabilità e alla decisione.

Il nostro sistema costituzionale, al contrario, è tuttora espressione del principio di instabilità e di *non decisione*: il bicameralismo paritario fa sì che chi ha vinto in un ramo del Parlamento potrebbe soccombere nell'altro; la necessità della fiducia di entrambe le Camere per dar vita ad un Governo, e il fatto che sia sufficiente la sfiducia di una sola di esse per farlo cadere, accentua la instabilità politica come carattere fondamentale del sistema. La mancanza di termini entro i quali le Camere dovrebbero dare la fiducia a un Governo fa sì che le crisi possano durare un tempo indefinito, sino a quando i partiti della maggioranza non abbiano trovato una intesa. Il complesso del tiranno fu superato in Germania con un sistema democratico forte, in Italia con un sistema democratico debole. Nel nuovo edificio politico tanto il Parlamento quanto il Governo erano privi di autonomia e decidevano solo su *input* dei partiti.

Giorgio Amendola ne spiegò le ragioni in Assemblea costituente: «*Si è parlato del tentativo di dare alla nostra democrazia condizioni di stabilità con norme legislative. È evidente che una democrazia deve riuscire ad avere una sua stabilità se vuole governare e realizzare il suo programma; ma non è possibile ricercare questa stabilità in accorgimenti legislativi ... e c'è il fatto nuovo e positivo della formazione dei grandi partiti democratici, che sono condizione di una disciplina democratica ... Oggi la disciplina, la stabilità è data dalla coscienza politica, affidata all'azione dei partiti politici.<sup>6</sup>*».

I garanti della democraticità del sistema e della concreta possibilità di governare il Paese sarebbero stati quindi i partiti, legittimati da quasi due milioni di iscritti, dalla guerra contro il fascismo e il nazismo,

6. *Assemblea Costituente, Seconda sottocommissione, 5 settembre 1946, p. 125.*

dalla scelta per la Repubblica e per l'Assemblea costituente e che, quando lo Stato si disfaceva dopo l'8 settembre e la fuga del Re con la sua corte, avevano sostituito i pubblici poteri nell'esercizio delle funzioni politiche e persino nella cura dei servizi pubblici essenziali.

Il sistema politico guidato dai partiti funzionò, pur tra contraddizioni, cadute e tragedie, sino a tutti gli anni Settanta. La situazione economica era positiva; non c'erano reali alternative al governo della Dc e dei suoi alleati tradizionali; c'era continuità di linea politica. I governi erano transitori; i ministri ruotavano negli incarichi ma erano quasi sempre gli stessi e garantivano quindi stabilità di linea politica: dal 1948 al 1996 su 233 ministri e presidenti del Consiglio solo 63 hanno ricevuto un solo incarico; su 1988 incarichi complessivi, 162 personalità hanno ricevuto 1332 incarichi di governo. Una intesa non scritta tra tutte le forze politiche salvaguardava la dignità delle istituzioni e il primato degli interessi nazionali. Lo prova il caso delle votazioni segrete; nella prima Legislatura, quella della guerra fredda, del Patto Atlantico, dei tentativi legislativi anti Pci e antisindacali di Scelba, su 1114 sedute di Camera e Senato si tennero solo 175 votazioni segrete; nella nona Legislatura (1983-1987), quella della rottura tra Pci e Psi e dell'inizio della crisi dei partiti, in 634 sedute se ne tennero ben 2485.

**6.** Non mancarono cadute e tragedie; ma si trattò di eccezioni anche gravissime che evidenziarono le prime difficoltà dei partiti a svolgere il proprio ruolo costituzionale. Il sistema ha funzionato sinché i partiti sono stati in grado di adempiere alla loro funzione di guida. La loro crisi ha determinato la crisi del sistema. I tentativi di riforma costituzionale cominciano infatti negli anni Ottanta, dopo l'assassinio di Aldo Moro e la crisi del compromesso storico, quando il sistema dei partiti comincia a dare segni di cedimento.

Da quel momento tutti i tentativi di riforma (commissioni Bozzi e De Mita Jotti, comitato Speroni, commissione D'Alema; riforma del centro destra bocciata dal referendum del 2006; cosiddetta bozza Violante; Comitato istituito dal Presidente Napolitano; Commissione istituita dal Presidente del consiglio Enrico Letta; riforma Renzi) perseguono sempre più intensamente la finalità di costruire regole costituzionali per garantire quella stabilità che i costituenti avevano consegnato alla volontà dei partiti politici e che i partiti non erano più in grado di garantire.

È difficile contestare le finalità della riforma; ma occorre accertare se i mezzi predisposti sono adeguati. Non è questa la sede per un esame analitico di tutte le norme del testo sottoposto a referendum. Possono darsi per scontate aporie, inesattezze linguistiche, incertezze normative. Gli studiosi sanno che nessun

testo costituzionale, per di più passato attraverso ben sei letture parlamentari, è uscito indenne dalle critiche dei contemporanei. Qui interessa piuttosto porre in luce gli aspetti che rispondono alle principali esigenze e che hanno lo scopo di migliorare le prestazioni della nostra democrazia.

**7.** La stabilità è conseguita attraverso il superamento del bicameralismo paritario e una legge elettorale maggioritaria, che, pur non essendo sottoposta a referendum, è strettamente connessa alla riforma. La fiducia al Governo sarà conferita o revocata non più da entrambe le Camere ma solo dalla Camera dei deputati, eletta con il premio di maggioranza previsto dal cosiddetto *Italicum*. La doppia fiducia, di Camera e Senato, un *unicum* nel panorama Ue, è stata una mina vagante per molti governi, compreso il governo Renzi che al Senato si sostiene con i voti del gruppo fuoriuscito da Forza Italia, diretto dal senatore Verdini. Con la fiducia da parte della sola Camera il rischio-Senato sarebbe cancellato. Sull'*Italicum*, entrato in vigore il primo luglio 2016, ci sono molte riserve anche da parte di chi è favorevole alla riforma. In base a questa legge chi prende almeno il 40% dei voti al primo turno o vince il secondo turno, ha un premio di maggioranza che lo porta a conquistare complessivamente 340 seggi, ventiquattro in più della maggioranza assoluta (316 seggi). I principali timori sull'*Italicum* sono due: che possa attribuire al presidente del Consiglio, chiunque esso sia, un eccesso di potere e che la maggioranza assoluta alla Camera possa corrispondere ad una insufficiente rappresentatività. I ventiquattro seggi in più della maggioranza assoluta (316) sono sufficienti per il primato ma insufficienti per governare con tranquillità. È quindi evidente che il vincitore avvierà consultazioni per costruire una coalizione di governo; ma, a differenza del passato, le eventuali consultazioni partiranno da un piano di forza del candidato alla Presidenza del consiglio che disporrebbe comunque già della maggioranza assoluta.

Più fondata appare la seconda obiezione. Non essendo fissato un *quorum* per la validità del ballottaggio, nel secondo turno potrebbe votare ad esempio il 40% degli elettori; la maggioranza assoluta potrebbe aggirarsi perciò attorno al 22 o 23 per cento del corpo elettorale. Anche tenendo conto dei seggi guadagnati direttamente al primo turno e della corrispondente percentuale dei votanti, il "premio" in alcuni casi potrebbe risultare sproporzionato rispetto alla effettiva rappresentatività del vincitore. Peraltro proporre un *quorum* di votanti per rendere efficace il ballottaggio potrebbe consegnare un'arma pericolosa ai perdenti nel primo turno che, non partecipando al voto, renderebbero nullo il ballottaggio e farebbero scattare inevitabilmente una ripartizione proporzionale dei seggi

sulla base dei voti ottenuti nel primo turno: il contrario della stabilità. Diventano sempre più insistenti, infine, le richieste dei *partner* di Governo per introdurre il ballottaggio di coalizione, che era in realtà la prima opzione dello stesso presidente del Consiglio. In caso di ballottaggio di coalizione, occorrerebbe elevare significativamente il premio di maggioranza per garantire una effettiva stabilità.

Le leggi elettorali, per la loro importanza sistemica, possono essere assoggettate a due valutazioni: una di carattere politico e una di carattere costituzionale. Sulla prima le opinioni sono molteplici e dipendenti dalle convenienze delle diverse parti politiche. Il punto sul quale appare necessario insistere nella vicenda italiana è che la maggioranza parlamentare si formi direttamente nelle urne attraverso un ragionevole ed efficace premio in seggi a chi abbia vinto le elezioni e abbia riportato un apprezzabile coefficiente di rappresentatività. La riflessione sull'*Italicum* dovrebbe ispirarsi a questi criteri.

L'unico modo per verificare la seconda valutazione è sollecitare l'intervento della Corte costituzionale. Pende già oggi dinanzi alla Corte una eccezione sollevata dal Tribunale di Messina, sulla cui ammissibilità potrebbe sollevarsi qualche dubbio. Ma non è l'unica strada. La riforma infatti attribuisce a un quarto dei deputati o a un terzo dei senatori il potere di chiedere alla Corte costituzionale la verifica delle leggi elettorali per una o per entrambe le Camere. Le opposizioni e la minoranza del Pd hanno già annunciato che si avvarranno di questa facoltà, se il referendum confermasse la riforma. Il vantaggio di questa soluzione è di avere il giudizio della Corte prima che la legge sia applicata ed evitare quindi, in caso di incostituzionalità, totale o parziale, le polemiche sulla legittimità del Parlamento eletto in forza di quella legge. Chi ha preoccupazioni sull'*Italicum* dovrebbe votare SÌ al referendum per poter consentire l'esame immediato di quella legge elettorale. Chi vota NO perché non condivide quella legge elettorale, paradossalmente la consolida perché impedisce la pronuncia preventiva della Consulta.

**8.** La riforma prevede due procedimenti legislativi. Quello bicamerale riguarda un certo numero di proposte di legge, assai rilevanti e specificamente indicate nel nuovo articolo 70 (art. 10 della legge di riforma); quello monocamerale riguarda tutte le altre proposte che vengono approvate definitivamente dalla sola Camera dei deputati. Le leggi monocamerali sono approvate dalla Camera e inviate immediatamente al Senato. Il Senato, su richiesta di un terzo dei suoi componenti, può richiamare la legge approvata a Montecitorio entro dieci giorni ed apportare modifiche entro i successivi trenta giorni. La Camera decide

poi in via definitiva.

I termini di dieci e trenta giorni sono ridotti per alcuni tipi di leggi, che richiedono una particolare celerità, come le leggi di bilancio o quelle che intervengono nelle competenze regionali al fine di tutelare l'interesse nazionale. Le leggi approvate dalla Camera e non richiamate dal Senato entro dieci giorni diventano definitive.

Sono previsti rigorosi limiti per i decreti legge. Il Governo non potrà più ricorrervi con la disinvoltura attuale e non potranno più essere presentati al Parlamento decreti *omnibus* dove sono ammassate norme disparate, non omogenee e di difficile reperibilità non solo per i comuni cittadini ma anche per i tecnici. I decreti devono recare misure di immediata applicazione e di contenuto specifico, omogeneo e corrispondente al titolo. Il Parlamento non può approvare disposizioni estranee all'oggetto.

La riforma risolve la delicata questione del rinvio alle Camere da parte del presidente della Repubblica della legge di conversione di un decreto legge. Oggi il rinvio alle Camere comporterebbe quasi sicuramente la decadenza del decreto perché il riesame da parte del Parlamento comporterebbe prevedibilmente il superamento del termine di sessanta giorni entro il quale il provvedimento deve essere convertito in legge. Questa è la ragione principale per la quale i Presidenti non hanno mai esercitato la facoltà del rinvio nei confronti delle leggi di conversione dei decreti legge. Il nuovo articolo 77 (art.16 della legge di riforma) prescrive che il termine dei sessanta giorni è prorogato a novanta giorni qualora il presidente della Repubblica abbia rinviato la legge alle Camere chiedendo una nuova deliberazione. È una forma ulteriore di controllo sulla maggioranza e sul Governo.

A compensazione della ridotta ricorribilità al decreto legge, è previsto il voto a data fissa: l'Esecutivo può chiedere alla Camera il voto entro settanta giorni per provvedimenti essenziali all'attuazione del programma di Governo. La Camera, se vota la proposta, si vincola all'approvazione entro il termine deliberato. La innovazione, già prevista in taluno dei progetti elaborati dalle Camere negli ultimi tempi, dà al Governo la certezza sui tempi di approvazione di provvedimenti ritenuti necessari, anche nei confronti degli impegni assunti con la comunità internazionale.

**9.** Le critiche sulla nuova forma del Senato tendono a mettere in luce il numero ridotto di componenti e la riduzione dei compiti, convergendo per la sua sostanziale inutilità. In realtà, prescindendo dalle intenzioni dei proponenti, all'esito della riforma il Senato non appare né una camera morta né un dopolavoro per consiglieri regionali in vacanza nella Capitale. Mantiene molti compiti legislativi ed eser-

cita rilevanti funzioni di controllo sull'attività del Governo e della maggioranza. Per funzionare, però esige un modello organizzativo totalmente nuovo. Occorre partire dai nuovi compiti e costruire il modello attorno a questi compiti.

Ad esempio, per determinare il numero delle Commissioni, sarebbe sbagliato partire dalle attuali 14 per poi ridurle il numero accorpando le attuali competenze. Le funzioni previste dalla riforma sottoposta a *referendum* sono di tre tipi: legislative, di controllo e per i rapporti con l'Unione europea. Sarà opportuno quindi istituire tre sole Commissioni, una per ciascuna di queste funzioni. Utile in ogni caso sarà lo studio dei modelli organizzativi di altri Senati con caratteristiche simili al nostro, anche per rendere compatibile l'esercizio delle funzioni nei rispettivi consigli regionali o giunte comunali con l'esercizio delle funzioni nel Senato.

L'elenco delle leggi bicamerali è indicato con precisione nell'art. 70. L'ultimo periodo del primo comma chiarisce che le leggi bicamerali «ciascuna con oggetto proprio, possono essere abrogate, modificate o derogate solo in forma espressa e da leggi approvate a norma del presente comma» (procedura bicamerale). Questa clausola contribuirà nel corso del tempo alla chiarezza dell'ordinamento giuridico riducendo l'incertezza sulla effettiva esistenza di norme apparentemente abrogate. Spetterà ai presidenti delle Camere e ai presidenti delle Commissioni competenti disporre, previa approvazione di apposita norma nei nuovi Regolamenti, lo stralcio delle disposizioni che contengono disposizioni eterogenee rispetto al contenuto proprio del ddl.

L'art. 70 è stato criticato per la sua lunghezza a fronte dell'attuale testo della Costituzione. Questa critica, a differenza di altre, appare infondata: il bicameralismo differenziato comporta più procedimenti legislativi e pertanto un maggior dettaglio delle diverse discipline. Basta consultare gli articoli da 76 a 79 della Costituzione tedesca che affrontano lo stesso problema.

I compiti di controllo son quelli più innovativi; se ben gestiti, come ci si augura, farebbero del Senato un efficace contrappeso nei confronti dell'attività della maggioranza e del Governo. Riguardano questioni cruciali come la valutazione delle politiche pubbliche, l'attività delle pubbliche amministrazioni, l'attuazione delle leggi dello Stato, l'impatto sui territori delle politiche dell'Ue. Il Senato, inoltre, svolge funzioni di raccordo tra Stato, Regioni, Comuni e Ue.

Il Senato ha 95 componenti elettivi e 5 nominati dal presidente della Repubblica tra le personalità

eminenti del Paese per sette anni e non rinominabili. I senatori quindi sono quindi 100 (i senatori tedeschi sono attualmente 69) più gli *ex* presidenti della Repubblica che restano senatori a vita. I novantacinque sono eletti per ciascuna regione dal consiglio regionale tra i consiglieri regionali e i sindaci. I senatori che provengono dai consigli regionali sono eletti «in conformità alla scelte espresse dagli elettori per i candidati consiglieri in occasione del rinnovo dei medesimi organi», secondo le modalità stabilite da una legge bicamerale. Pertanto la scelta dei senatori da parte dei consigli regionali avviene sulla base di una preventiva selezione dei candidati effettuata da parte degli elettori. Gli elettori infatti, all'atto della elezione del nuovo consiglio regionale, dovranno scegliere oltre al proprio candidato che, se eletto, resterà in consiglio regionale, il proprio candidato al consiglio regionale che, se eletto, sarà anche candidato al Senato. I senatori infatti conservano le funzioni di consigliere regionale o di sindaco, come fanno già oggi i loro colleghi tedeschi, spagnoli o francesi. I poteri del Senato, cioè dei consiglieri regionali e dei sindaci che ne fanno parte, vanno letti anche in relazione al ridimensionamento dei poteri delle Regioni, peraltro attuato da tempo dalla Corte costituzionale attraverso numerose sentenze in materia di sussidiarietà legislativa e di coordinamento della finanza pubblica. La riduzione di alcune competenze delle Regioni, infatti, appaiono compensate dai compiti dei consiglieri regionali in Senato. Per di più il presidente del Consiglio non può porre al Senato la questione di fiducia. Il Senato, infine, con la deliberazione della maggioranza assoluta dei componenti, può chiedere alla Camera di procedere all'esame di un disegno di legge. La Camera deve pronunciarsi entro sei mesi.

**10.** La legge sottoposta a *referendum* arricchisce il catalogo costituzionale delle forme di partecipazione popolare alla decisione politica, attraverso *referendum* propositivi e di indirizzo, nonché attraverso «altre forme di consultazione anche delle formazioni sociali».

«Per formazione sociale» – ha deciso la Corte Costituzionale, sent. 138/2010 – «deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico») L'art. 71 della legge di riforma rinvia ad una futura legge costituzionale, per la definizione degli istituti partecipativi<sup>7</sup>.

7. Nel corso del dibattito al Senato venne presentato dalla senatrice Lo Moro il seguente emendamento all'art. 11, bocciato dalla Commissione e dall'Aula, perché ritenuto troppo dettagliato, ma che prevedibilmente servirà da indirizzo per l'attuazione della norma costituzionale.

È previsto l'innalzamento del numero delle firme necessarie per le proposte di iniziativa popolare, da 50.000 a 150.000, compensato dalla garanzia costituzionale di discussione e di deliberazione da parte delle Camere; oggi quelle proposte non hanno alcuna garanzia di esame e finiscono sovente nel dimenticatoio. È previsto un abbassamento del *quorum* di partecipazione al referendum abrogativo quando la proposta è stata sottoscritta da almeno 800.000 elettori: in questo caso è sufficiente la maggioranza dei votanti alle ultime elezioni della Camera. Il voto contrario alla riforma priverebbe i cittadini di queste non secondarie forme di partecipazione alle decisioni politiche.

**11.** La legge di riforma aumenta in modo irrazionale i poteri del presidente del Consiglio? Questa obiezione sembra priva di fondamento. La limitazione del ricorso ai decreti legge, la possibilità del presidente della Repubblica di rinviare alle Camere le leggi di conversione dei decreti legge, la necessità delle procedure bicamerali per leggi molto importanti e la correlativa impossibilità di porre al Senato la questione di fiducia, i poteri di controllo dello stesso Senato sulle attività del Governo e della maggioranza, l'irrobustimento delle forme di partecipazione popolare alle decisioni politiche che rompono il monopolio della legge da parte della maggioranza parlamentare e del Governo, l'intervento preventivo della Corte costituzionale sulle leggi elettorali, pongono limiti che sembrano smentire tale preoccupazione. Il presidente del Consiglio, comunque si chiami, avrà poteri analoghi a quelli del Cancelliere tedesco, del Premier inglese o del Presidente spagnolo, salvo il potere di revocare i ministri (come in Germania e in Gran Bretagna) o di chiederne la revoca (al Re in Spagna).

Occorre liberarsi dal complesso del tiranno, che maschera spesso l'avversione per il potere politico in quanto tale, come se potesse essere dato governo senza potere. I limiti e i controlli servono appunto ad indirizzare sui binari giusti l'esercizio del potere politico. Dal complesso del tiranno non bisogna scivolare verso il comodo fascino del Re Travicello (*Tacete, tacete/lasciate il reame,/o bestie che siete,/a un Re*

*di legname./Non tira a pelare/vi lascia cantare/non apre macello/un Re Travicello.*)

Nel corso delle polemiche, taluno ha sostenuto che la riforma del centro destra, bocciata dal referendum del 2006, fosse migliore di quella di cui oggi si discute. Per una valutazione scevra da pregiudizi si può rinviare all'ultima parte della lezione tenuta da Leopoldo Elia presso l'Università di Torino, citata in precedenza. In ogni caso occorrerebbe ricordare, a parte la confusione sui procedimenti legislativi e sul tipo di federalismo, che in quella legge il Presidente del consiglio aveva il potere di sciogliere direttamente la Camera dei deputati, tenendola quindi sotto permanente ricatto.

Ha fatto male il Governo a presentare il disegno di legge e a guidare il dibattito parlamentare?

Il fallimento parlamentare di tutti i precedenti progetti di riforma, per circa 30 anni,<sup>8</sup> è stato determinato proprio dalla mancanza di una guida nel dibattito parlamentare. Una riforma costituzionale ha bisogno di coerenza e di determinazione; è necessario ascoltare e correggere, ma con l'intento di procedere e di concludere perché la necessità di una modernizzazione degli strumenti per rendere effettivi i valori costituzionali era ed è non rinviabile. I gruppi parlamentari, non per loro difetti, per ragioni proprie della dinamica politica e parlamentare, non sono mai stati in grado di dirigere un processo così lungo, complesso e irto di ostacoli. D'altra parte gli oltre cinquemila emendamenti votati, le numerose correzioni apportate, le sei letture parlamentari dimostrano che il confronto non è venuto meno. Alla fine il testo è stato votato dalla sola maggioranza di governo, e non è stato un fatto positivo. Ma è dipeso dall'atteggiamento pregiudizialmente negativo sin dal primo momento di una parte considerevole del Parlamento, quella che fa capo al M5S. Il centro destra, invece, ha votato la riforma sino a un certo punto e poi, come accadde anche con la proposta della Commissione presieduta da Massimo D'Alema, si è tirato indietro adducendo questa volta, a giustificazione del cambio di orientamento, il metodo seguito dal presidente del Consiglio per la elezione del capo dello Stato, dissenso che peraltro non investiva la personalità indicata per il Quirinale.

---

nale: «Se la proposta di legge di iniziativa popolare è sottoscritta da 250.000 elettori la Camera dei deputati e se necessario il Senato della Repubblica deliberano definitivamente entro dodici mesi dal suo deposito. Se il termine decorre inutilmente e se la proposta è respinta o sostanzialmente modificata nel suo contenuto precettivo essenziale è sottoposta a referendum se altri 500.000 elettori lo richiedono entro tre mesi dalla scadenza del termine o dalla deliberazione definitiva delle Camere. Nel caso di modifica sostanziale sono sottoposti al voto popolare, in alternativa, il testo della proposta e quello approvato dalle Camere. Ove più proposte di iniziativa popolare abbiano il medesimo oggetto sono tutte sottoposte a referendum in alternativa tra loro e con l'eventuale testo approvato dalle Camere.

Non si fa luogo a referendum se la proposta ha ad oggetto leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali o se comunque comporta minori entrate o maggiori spese per il bilancio dello Stato.

La Corte costituzionale si pronuncia sull'ammissibilità del referendum nei modi e secondo il procedimento stabiliti con legge bicamerale.»

8. Fatta eccezione per quella varata dal centro destra, che presentava numerosi gravi difetti ma che conferma la necessità di una guida del procedimento di riforma costituzionale.



Occorre rilevare, infine, che tutte le più importanti Costituzioni sono state sottoposte a revisione. In Francia la Costituzione del 1958 è stata modificata più volte. In Germania, fra il 2006 e il 2009, i tedeschi hanno proceduto alla modernizzazione (così è stata chiamata) dell'ordinamento federale, modificando fortemente il testo della Costituzione del 1949 nelle materie relative ai rapporti tra le due Camere, ai rapporti tra Federazione e Länder, e alla riduzione dei trasferimenti finanziari ai Länder. I cambiamenti più importanti della Costituzione degli Stati Uniti (1787) avvennero nell'arco di due anni dall'adozione, quando vennero aggiunti i primi dieci emendamenti, noti come *Bill of Rights*. Nei due secoli successivi ci sono stati altri diciassette *Amendments*.

Dunque è evidente che ogni Costituzione debba subire periodicamente un processo di revisione, di modernizzazione, di adeguamento.

La prossima modifica della Costituzione italiana porterà frutti positivi, si è chiesto recentemente Paolo Pombeni<sup>9</sup>? Le norme si possono cambiare e migliorare, mentre la qualità di un Paese e la classe politica che esso esprime non sono modificabili a piacimento: «Con la qualità del Paese la faccenda è assai più complicata, per cui sarebbe meglio lavorare a migliorare quella (*la Costituzione, nda*), che perdersi a disquisire sulla democrazia perfetta».

**12.** Un dibattito pubblico sulla riforma costituzionale riguarda il futuro. Deve perciò essere condotto con la consapevolezza di quanto è in gioco. Non sarebbe aiutato da motivazioni scadenti che prescindono dal merito costituzionale e politico delle questioni e tendono a suscitare emozioni o risentimenti. Né da offese o insulti. La crisi di credibilità delle classi dirigenti è dovuta anche alla mancanza di rispetto reciproco, allo smarrimento del senso della Repubblica, alla perdita della idea che essere tali è una responsabilità, non un privilegio. Forse questo è uno dei momenti nel quale quella specifica classe dirigente che esercita le proprie competenze e la propria professione nel mondo del diritto e che si interroga criticamente sul presente e sul futuro dell'ordinamento giuridico dovrebbe coraggiosamente affrontare il futuro dell'ordinamento costituzionale. Conosco i difetti della legge di riforma e tuttavia quella legge disegna un futuro che sarebbe migliore rispetto all'attuale presente e quei difetti potrebbero essere superati proprio da una cultura giuridica che si appresti ad un'opera di interpretazione, di correzione e di ricostruzione. Abbiamo la possibilità di rendere forti i diritti ed esigibili i doveri dei quali si occupa la prima parte della Costituzione. Il diritto triste dei nostri tempi potrebbe cedere il posto al diritto del coraggio e della responsabilità.

---

9. P. Pombeni, *La questione costituzionale in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2016.

## La replica a Valerio Onida

di Luciano Violante

Sono d'accordo con tre critiche di Valerio Onida. Quella relativa alla retorica dei costi, quella relativa al trattamento privilegiato per le Regioni a statuto speciale, quella relativa al cosiddetto *Italicum*, sul quale peraltro è opportuno attendere il giudizio della Corte costituzionale.

Sulla possibilità di singole leggi di revisione si può essere astrattamente d'accordo. Dico "astrattamente" perché, dato il clima politico, tra ostruzionismi, presentazione di migliaia di emendamenti per ciascuna proposta, interposizione di temi con maggiore urgenza, non sarebbero bastate un paio di legislature per condurre in porto tutti i progetti. Aggiungo la connessione tra le varie parti. Ad esempio il superamento del bicameralismo paritario comporta la revisione del procedimento legislativo e la revisione del Titolo V, avendo le competenze del Senato (dove sono presenti i consiglieri regionali) anche funzione "compensativa" della riduzione delle competenze delle Regioni. Stessa funzione compensativa ha la norma che prevede la possibilità di attribuire ulteriori competenze alle Regioni che abbiano equilibrio tra entrate e spese.

Mi sembra difficile che questa disarticolazione del quesito generale in più quesiti specifici possa essere compatibile con la legislazione vigente, che lo prevede solo per il referendum abrogativo ma non per quello confermativo.

È corretta l'osservazione sulla mancanza di un vasto accordo parlamentare. Tuttavia un gruppo parlamentare, M5S, era pregiudizialmente contrario, indipendentemente dal merito. Il centro destra, invece, sino alla elezione del presidente Mattarella è stato favorevole e ha votato quasi tutte le norme per le quali oggi chiede il No. Poi ha ritenuto di cambiare opinione. Io credo che una maggioranza non può e non deve sottostare al "ricatto" parlamentare della minoranza, altrimenti tradisce le proprie funzioni e le proprie responsabilità.

Quanto al rapporto tra bicameralismo paritario e stabilità, credo che la necessità stessa delle due fiducie per nascere e della sufficienza di una sola sfiducia per morire sia, in un sistema partitico spezzettato e nevrotico, un fattore di instabilità dei governi; non a caso è *un unicum* tra le grandi democrazie europee. D'altra parte oggi il governo Renzi si sostiene al Senato grazie all'appoggio del gruppo fuoriuscito da Forza Italia che fa capo al senatore Verdini.

Non condivido infine, l'esigenza che fosse prevista la presenza al Senato dei presidenti di Regione. Essi presiedono e dirigono il governo della Regione e partecipano alla conferenza Stato-Regioni; inserirli *de jure* nel nuovo Senato avrebbe comportato un accentramento di poteri amministrativi, legislativi, di controllo e finanziari incompatibile con gli equilibri della democrazia.

## Modifiche costituzionali e forma di governo

di Gianni Ferrara

Il costituzionalismo è una storia in divenire, un conflitto incessante tra tensione all'erosione del potere monocratico e ricomposizione di quest'ultimo in forme rinnovate.

Nell'attuale fase storica, di reazione al *welfare state* e di sottrazione dei capitali al controllo delle democrazie statali, la dialettica democratica vede il *kratos* prevalere sul *demos*.

In questa stessa direzione si muovono le riforme costituzionali ed elettorali promosse dal Governo, le quali lasciano inalterata la facciata esterna dell'edificio costituzionale, ma ne pervertono l'essenza: la forma di governo parlamentare.

Si inverte il principio gattopardesco del principe di Salina: *tutto resta tale e quale, perché tutto cambi*.

**1.** Qualche premessa. La prima. La revisione della Costituzione è prevista e regolata dalle norme contenute nella sezione II del titolo VI del suo testo. Le parole che denominano il titolo sono: «Garanzie costituzionali». Il significato di tale collocazione è di una evidenza solare. La Costituzione intende tutelare se stessa anche quando consente che la si modifichi. Non è un paradosso, è un permettere ed insieme un precludere, permettere innovazioni, impedire deformazioni.

**2.** È il tributo che, dopo aver acquisito quel che poteva offrirle la storia dalla quale è nata, la Costituzione paga alla storia che verrà. A quella che vivranno le generazioni future, cui la Costituzione italiana non nega affatto il diritto a darsi una loro Costituzione, ma le esorta a meditare sul grado di civilizzazione politica e giuridica già raggiunto con la Costituzione che ereditano e sulle ragioni storiche di ciascuna di quelle conquiste, di ciascuna di quelle istituzioni che ne sono scaturite, di ciascuna delle norme che furono dettate. Esorta a meditare anche, e forse soprattutto, sulle cause delle inadeguatezze, delle storture, delle carenze, delle contraddizioni degli ordinamenti statali precedenti o le regressioni che il costituzionalismo

ha subito e subisce per il mai sradicato e implacabile suo opposto dialettico, l'accentramento del potere, qualunque ne sia forma, qualunque il nome che assume. Ovviamente, la normativa sulla revisione costituzionale, con le disposizioni che contiene l'articolo 138 della Costituzione, ha il suo destinatario ordinario, che si pone così come precostituito, legittimo, "naturale". È più che noto che è il Parlamento questo destinatario, e lo è in quanto titolare del potere che quelle stesse norme hanno configurato ed attribuito. Quindi come potere di revisione, con gli ambiti ed i limiti che definiscono la revisione, attribuito al titolare istituzionale della funzione legislativa ordinaria, perciò al Parlamento nella sua composizione ordinaria. Non a un organismo, apparato, collegio, ente eccezionalmente ed appositamente istituito per l'esercizio di un potere dalle dimensioni indeterminate e per fini illimitati. Ma all'organo costituzionale competente per l'esercizio della funzione legislativa, un organo già ordinariamente istituito per un potere che, in tal modo, viene a configurarsi come potere costituito di un organo costituito. Costituito, quindi, non costituente. Ed in quanto tale, incluso, partecipa, anzi pilastro dell'Ordinamento, quindi indefettibile, e perciò qualificante l'Ordinamento e qualificato dall'Ordinamento, vincolato dall'Ordinamento in ogni suo elemento

e tratto compositivo ed alle ragioni dell'Ordinamento in ogni suo atto o astensione dal compiere atti.

**3.** È del tutto evidente che, dire «organo ordinariamente costituito per l'esercizio della funzione legislativa», è lo stesso che dire, innanzitutto, organo legalmente costituito, composto cioè da titolari dell'organo legalmente preposti all'ufficio cui l'organo è riferito e, se organo collegiale, da componenti del collegio legalmente nominati o legalmente eletti. Le attribuzioni, le competenze dell'organo sarebbero altrimenti carenti per vizio originario o per cessazione sopravvenuta qualunque ne sia la causa. Con la conseguenza che tale vizio travolgerebbe automaticamente ogni atto eventualmente prodotto dall'organo riconosciuto privo di una legale attribuzione di potere.

**4.** Costantino Mortati<sup>1</sup> scrivendo sulla revisione della Costituzione, nel confermare che il potere di revisione è potere costituito e non costituente, sostenne che gli organi che agiscono contro la Costituzione non sono suoi organi, perdono cioè ogni legittimazione. Omise di scrivere che, qualora gli organi della revisione usassero il potere loro conferito sviandolo al punto da opporsi al fondamento legittimante della loro funzione, negandolo fino al punto da sostituirlo con altro principio, altro perché diverso quanto a contenuto, tali organi si porrebbero come organizzazioni eversive. I loro atti verrebbero a configurarsi come commissivi del crimine più alto, della massima illegittimità concepibile per l'ordinamento costituzionale vigente al tempo dell'azione commessa.

**5.** La vicenda istituzionale che sta attraversando il nostro Paese configura entrambe le situazioni di illegittimità ipotizzate nelle righe che precedono<sup>2</sup>. Ma prima di dimostrarne la ragione è opportuno esporre la seconda premessa che indicherà il principio di fondo che si vuol sostituire, la forma di governo che si mira a trasformare e si sta trasformando, quella parlamentare.

**6.** Non è una trasformazione dichiarata, chiara e netta, quella che si vuole instaurare al vertice della Repubblica. È anzi ignominiosamente camuffata. Non è in discussione la figura del Presidente della Repubblica, non lo si vuole investire dei poteri di Capo

dell'Esecutivo prevedendone l'elezione da parte del corpo elettorale, elezione, che, d'altronde, non sarebbe, di per sé, fattore automatico di trasformazione del sistema da parlamentare in presidenziale. Non si vuole modificare la disposizione che conferisce al Presidente della Repubblica il compito di nominare il Presidente del Consiglio, di firmare i decreti di nomina dei ministri scelti dal Presidente del Consiglio e di presiedere la cerimonia del giuramento di ciascun ministro, dopo quello del Presidente del Consiglio. Da nessun atto o dichiarazione mai espressa risulta che si vogliono abrogare le norme costituzionali che impongono al Presidente del Consiglio di presentarsi entro dieci giorni dalla formazione del Governo innanzi al Parlamento per riceverne la fiducia, tanto meno si vuole negare al corpo elettorale il diritto di eleggere i membri del Parlamento cui spetta il compito di approvare i progetti di legge presentati dal Presidente del Consiglio o dai suoi ministri. Non è la facciata dell'edificio costituzionale della Repubblica italiana che si vuole modificare. Si sospetta invece e fondatamente di una trasformazione, una promozione, un'elevazione, trasfigurazione di altro inquilino. Assicurando comunque al Presidente della Repubblica il ruolo di ospite d'onore di tale edificio per 7 anni ed anche più se dovesse occorrere .... al cerimoniale della Repubblica.

**7.** Si potrebbe quindi rovesciare la "gattoparDESCA" espressione che rivelò al principe di Salina il senso reale dell'annessione della Sicilia al Regno d'Italia, e domandare: se con le riforme Renzi-Boschi, resta «tutto tale e quale» quanto agli organi costituzionali e ai loro rapporti formali, perché mai «tutto cambia» quanto a forma di Governo e con effetti preoccupanti sulla forma di Stato?

**8.** Rispondere a questa domanda impone alcune riflessioni sulle forme di Governo. Si può partire dalla constatazione che esse non sono costruzioni dottrinali. I filosofi dell'età classica che scoprirono le forme di Stato, le descrissero, le esaminarono e le giudicarono, ignorando serenamente l'esistenza delle forme di Governo. Perché non erano nate e non c'era nessuna ragione perché nascessero. Non potevano inventarle. Ne mancava il presupposto, l'oggetto. Così come la democrazia diretta, la sudditanza diretta non ne aveva bisogno. E non ne avrebbe mai avuto bisogno,

1. Cfr. Mortati, *Concetto limiti, procedimento della revisione costituzionale*, ora i Id. *Scritti*, II, Giuffrè, 1972, p. 15.

2. Su tale vicenda in via generale rinvio al mio *Costituzione e revisione costituzionale nell'età della mondializzazione* in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, II, Cedam, 1998, 211-297, e sulla specificità italiana del tema, cfr. M. Villone, *Un decennio incostituzionale, manifestolibri*, 2015 e G. Azzariti, *Contro il revisionismo costituzionale*, Laterza, 2016, spec. pp. 243-255.

la sudditanza, se non fosse stata incrinata nella sua assolutezza e fosse stata messa in discussione prima e condizionata poi, e, di seguito, via via limitata e poi sdoppiata e infine dispersa. La democrazia invece si da quando valicò i confini delle singole città e dovette espandersi a misura eguale allo spazio in cui si estendeva il potere sovrano delle monarchie. A produrre le forme di Governo è stata quindi la storia degli spazi territoriali insieme, ovviamente, a quella dei rapporti tra sovrano e sudditi. Tra chi aveva il potere di espropriare e quanti temevano di essere espropriati, tra chi aveva monopolizzato la violenza e ne scambiava l'uso per garantire la sicurezza all'interno e dall'esterno e quelli che pagavano la protezione alla propria persona e ai propri beni. Pagavano ad un prezzo da concordare, secondo il rapporto di forza tra le due parti, una delle quali era composta da sudditi, sudditi dell'altra parte del negoziato. Quindi, rapporto sicuramente ineguale anche quanto alla configurazione delle parti della trattativa perché, con il detentore unico del potere, non poteva certo negoziare l'intera pluralità dei "protetti" disarticolandosi nei singoli suoi componenti. Che perciò cercarono e trovarono, nella storia del diritto, la soluzione della questione in una figura relazionale che ben si prestava a trasformarsi per corrispondere adeguatamente all'esigenza di assicurare la tutela degli interessi dei contribuenti nel negoziato col potere. Era la rappresentanza questa figura. Aveva come suo referente originario la *res singula* nei processi e la sostituì con la pluralità di persone, la pluralità di una classe economica e sociale che si affacciava alla politica.

**9.** Come tale, la rappresentanza incontrò e si scontrò proprio col potere di una persona sola, quella che deteneva il monopolio della violenza motivandola con la sicurezza che garantiva all'interno ed all'esterno dello Stato, prima assoluto, poi nazionale. Cosa fosse lo Stato e come si configurasse, quale fosse la sua forma, unica o duplice, lo rivelò Machiavelli precisandone la differenza quando scrisse: «Tutti li Stati, tutti e' dominii che hanno avuto et hanno imperio sopra li uomini sono Stati e sono o Repubbliche o Principati»<sup>3</sup>. E Repubblica significava potere di un soggetto plurimo, Principato significava potere di un soggetto solo. La Repubblica come «imperio sopra li uomini», di più uomini e, tendenzialmente, fino a tutti li uomini «sopra tutti li uomini», il Principato invece come imperio di un solo uomo «sopra tutti li uomini». È da questa definizione che bisogna ripartire per giungere ad una persuasiva teoria delle forme di Governo, che tenga conto delle ibridazio-

ni intervenute e delle deviazioni che hanno subito e possono subire. Tenendo anche conto del condizionamento che dette forme non possono mai escludere o ridurre o incrementare o comprimere la forma di Stato al punto da deciderne l'identità. Tenendo conto ovviamente che la stessa storia ne ha addirittura trasformato il contenuto. Tenendo conto soprattutto che la storia delle forme di Governo è la stessa storia della rappresentanza, della sua estensione, della sua forza e della sua credibilità.

**10.** È quindi all'origine della forma di Governo che è bene tornare. È lì che si trova il rapporto primigenio che determinerà la storia delle istituzioni statali e insieme la storia degli Stati, iniziando a caratterizzare con qualche germe l'identità dello Stato che si andava formando col carattere che lo avrebbe definito.

**11.** Una certa continuità di rapporti non certo armoniosi tra Corona e feudatari in tutto il XIII secolo in Inghilterra, il carattere di adunanza che fu scelto per consentire che i feudatari e i rappresentanti delle contee, dei borghi e dei porti trattassero con la Corona la gestione della finanza segnò l'inizio del parlamentarismo e quindi della rappresentanza. Segnò la storia degli Stati che divennero moderni e, con essa, la storia della sudditanza, delle obbligazioni dei sudditi in quanto tali ed in quanto a quella che oggi chiamiamo capacità tributaria, fino al suffragio universale ed al rovesciamento, anche se lento, affannoso, incerto del rapporto di sudditanza dal sovrano del regno al popolo sovrano.

**12.** Questo rovesciamento, dunque, che si va compiendo pur se con stasi, interruzioni foriere di regressioni e di accelerazioni da otto secoli, è uno di quei processi che si dispiegano "nel lungo periodo" e nel lungo periodo incontrano ed acquisiscono ulteriori contenuti e nuove forze o anche deviazioni ed ostacoli. Non si è esaurito. Perché non si è esaurita la potenzialità dello Stato nell'inventare nuove funzioni legittimanti o nuove forme di esercizio del potere chiunque possa esserne il titolare legittimo o il soggetto capace ad esercitarlo.

**13.** Una costante però può ritenersi sicura: è quella della tensione all'erosione del potere monocratico cui corrisponde dialetticamente una ritorsione,

3. Machiavelli, *Il Principe e Discorsi*, Milano, Feltrinelli, 1960, p. 15.

quella del potere a ricomporsi in forme rinnovate e dimensioni diversamente dislocate. Di questa dialettica la democrazia è insieme soggetto ed oggetto perché rivelatrice della opposizione tra *demos* e *kratos*, i due termini che, nel rapportarsi, rispondono a due diverse leggi di movimento, quella del *demos* che è tesa alla diffusione, espansione, inclusione e quella del *kratos*, volta, invece, alla concentrazione, condensazione, esclusione.

**14.** Questi tre termini richiamano direttamente i caratteri della fase storica che stiamo attraversando, la fase della reazione alla costruzione del *welfare state* e che, mediante la liberalizzazione dei capitali dalla democrazia negli Stati, ha imposto ed impone l'incremento della loro retribuzione, la conseguente restrizione della spesa pubblica e con essa lo svuotamento dei diritti sociali. È per assicurare tali obiettivi che la Trilaterale teorizzò l'eccesso delle domande della democrazia, la necessità di ridurle stante la loro insostenibilità da parte del sistema capitalistico, dispiegatosi secondo il parametro liberista dettato dalla Scuola di Chicago e accolto poi come fondamento dell'Unione europea con i Trattati di Maastricht e quelli che gli sono succeduti. Trattati che hanno poi acquisito amplissime quote di sovranità erose agli Stati membri e volte tutte ad assicurare il dominio incontrastato del capitalismo liberista.

**15.** Il segno, il carattere di questa fase storica è evidente. Non soltanto cresce la concentrazione del potere ma è poderosa la sua estensione. Non risparmia le forme di Governo. Quanto a quella presidenziale vale l'esempio degli Usa. Con l'affermarsi della tendenza imperialista fu abbandonato il *Congressional Government* (Wilson) e la primazia del Presidente ha poi sviluppato tutte le sue potenzialità. Senza però stravolgere il modello disegnato nel 1787 dalla sua Costituzione.

**16.** A stravolgere quello disegnato dalla sua Costituzione è, invece, la spinta monocratica che si manifesta prepotentemente su quella parlamentare in Italia. Non è che in via generale, la *premiership* si sia consolidata a danno della rappresentanza in tutti gli Stati a regime parlamentare. Tutt'altro. Anche le *premiership* forti poggiano sulla rappresentanza la loro stessa primazia. Lo confermano l'esperienza inglese e quella tedesca. Esperienze che, nel rivelare elementi di personalizzazione e di plebiscitarismo, li contengono all'interno della rappresentanza partitica che resta comunque incombente e avvolgente nell'attività parlamentare oltre che sede del potere

di ultima istanza. La tendenza che si profila in Italia è, invece, di altra natura. Si basa sulla decadenza dei partiti come istituzioni, la accentua, trasformandoli in comitati elettorali di un *leader*, cui offre un potere politico eminente in tutte le fasi del processo istituzionale. Iniziando dalla predisposizione delle candidature (stante che quella delle primarie si rivela essere una legittimazione truffaldina). Fa leva poi su di un sistema elettorale ad effetti maggioritari falsati dal cd premio di maggioranza. Ne consegue la distorsione dall'elezione a funzione di diretta determinazione di una maggioranza servente il *leader*. Lo investe come premier. Trasferisce così al *leader-premier* il potere politico connesso alla rappresentanza.

**17.** La conseguenza è che mentre la storia della forma di Governo parlamentare è storia, pur non lineare, dell'attrazione del potere Esecutivo nell'area della rappresentanza, dalla opposta sequenza partito – comitato elettorale di un *leader*, *leadership* conseguentemente potenziata, sistema elettorale ad effetti maggioritari falsati, *premiership* legittimata dall'elezione, consegue l'attrazione della Rappresentanza nell'area monocratica dell'Esecutivo. È quanto dire che il parlamentarismo che si vuole e si sta instaurando in Italia è quello che lo snatura. Ne determina la mutazione genetica della quale va ora scandito il processo. Non prima però di precisare i termini che lo definiscono. Quello iniziale e quello terminale.

**18.** Il termine iniziale del processo è, non per caso, quello che all'articolo 1 della Costituzione, contiene la scelta di genere, quella di Repubblica, e la qualificazione di specie, quella democratica. Che questa qualificazione si distingua da ogni altra per la serie indefinita dei suoi significati, per la molteplicità dei denotati cui allude, per l'emotività che suscita anche inconsciamente, è certo, ha tuttavia un riferimento inoppugnabile al *demos*, quindi alla base sociale della Repubblica. In questo contesto va interpretata come fonte indefettibile del flusso di legittimazione che può, esso solo, fondare e sostenere una qualsiasi entità organica della Repubblica. Al secondo comma, questo articolo, riconosce nella sovranità popolare il titolare unico del potere supremo e ne definisce le qualità esclusive ed escludenti del suo esercizio. Assume quindi il monopolio della legalità costituzionale e lo racchiude "nelle forme e nei limiti" che sancisce. La prima deduzione che si può trarre da queste norme è, in ordine alla revisione della Costituzione, l'esclusione di procedure revisioniste diverse da quelle prescritte. Ne sono state tentate varie nei decenni scorsi. Il loro fallimento dimostra la forza non ridotta della preclusione contenuta nell'art. 1 Cost. Non è però

l'unica delle prescrizioni costituzionali deducibile dal primo articolo della Costituzione.

**19.** Ce ne sono altre. Ce ne una ed è fondamentale. Attiene alla forma di esercizio della sovranità. Non è scritta all'articolo 1, ovviamente, e non poteva esserlo. È scritta negli articoli che riconoscono e sanciscono i diritti politici dei cittadini ed in quelli che disegnano le istituzioni che ne assicurano l'efficacia. Istituzioni che nel collocarsi al vertice degli Stati, nei regimi rappresentativi – quali sono o appaiono o comunque dichiarano di essere tutti i membri dell'Onu – possono realizzare due specie di relazioni funzionali. Sono queste relazioni quelle che individuano le forme di Governo. Che è bene, in questa occasione, non limitarsi a nominare dandone per scontati i caratteri ed il valore ma, di tali relazione e di tali forme, accertare, analizzare e dispiegare i contenuti reali, le differenze funzionali e la effettiva dipendenza e distanza dai loro fondamenti.

**20.** Prima tra queste istituzioni è in ogni caso il Parlamento che si pone così come il termine dell'alveo principale del flusso di sovranità e di legittimazione prodotto con l'esercizio della sovranità da parte del suo titolare, il flusso della rappresentanza. Che, derivando da un'entità plurale, per restar tale, deve affluire in un organo, ente, soggetto a struttura corrispondente, perciò plurale. Flusso che, in via generale, in ogni Ordinamento statale rappresentativo, può avere, com'è noto, due tipi di sbocco, quello ad estuario o quello a delta. Quello a delta, duplicandosi – come si sa – costituisce sia rappresentanza che investitura, l'una per attribuire il potere legislativo, l'altra per conferire il potere esecutivo. Lo sbocco ad estuario, invece, provvede a realizzare una rappresentanza idonea ad esercitare sia la funzione legislativa che quella di investitura della funzione esecutiva, attraendo tale funzione, come già si notava nelle righe precedenti, nell'area della rappresentanza popolare, sottoponendola quindi al controllo costante del titolare del potere di investitura, quindi della rappresentanza popolare. Dire investitura insieme a controllo costante dell'organo investito da parte dell'organo investitore è lo stesso che dire fiducia. Fiducia del Parlamento al Governo, costante coerenza dell'azione del Governo all'indirizzo politico per il quale il Parlamento ha investito del potere esecutivo una determinata composizione del Governo, un determinato programma di azione governativa, quel programma che il Par-

lamento ha approvato come motivazione della fiducia concessa. Ecco spiegata la formula che definisce come fondata sulla fiducia del Parlamento la forma di Governo parlamentare. Per definire tale forma di Governo si è ritenuto quanto mai opportuno insistere, oltre che sulla indefettibilità, sulle ragioni del rapporto, sul suo significato politico, sulle implicazioni che determina, quindi sulla fonte da cui solo può derivare la formazione, la composizione, l'indirizzo politico, il potere del Governo, un potere derivato, derivato dalla volontà del Parlamento, almeno dalla sua maggioranza.

**21.** Si è ora nella condizione di confrontare le due leggi promosse dal Governo Renzi, quella costituzionale sul bicameralismo e quella elettorale, con la forma di Governo disegnata in Costituzione. Ed è bene ripartire dalle considerazioni iniziali, quelle sul potere, e sarebbe forse meglio dire sulla competenza, quindi sulla misura (Giannini) del potere. Ma prima ancora della misura emerge la questione dell'attribuzione del potere. Nel valutare quello cui ha fatto ricorso il Governo con la presentazione e poi con il perseguimento dell'obiettivo "riformatore", si è insistito, da chi scrive, nel definirlo come potere di revisione e si è insistito per riaffermarne i limiti, gli ambiti, lo spessore e la necessità che, ai fini della sua pretesa di legittimazione, nell'esercizio di tale potere, Governo e Parlamento si fossero rigorosamente attestati entro i confini precostituiti per tale funzione. Solo un accenno è stato dedicato ad una questione che è da considerare a questo punto e che è decisiva. È la questione del presupposto di questo potere, della sua legale spettanza.

**22.** Si può ritenere che tale spettanza sussista per un organo composto contravvenendo alle norme sulla sua composizione? Sulla illegittimità costituzionale della legge elettorale denominata *Porcellum* non possono esserci dubbi. La sentenza n. 1 del 2014 pronunciata dalla Corte costituzionale è univoca. Nessuno infatti poteva dubitarne, e nessuno ha dubitato del suo significato<sup>4</sup>. Si è voluto invece interpretarne gli effetti in modo mai tanto stravolgente dottrine, usi norme. Come è ampiamente noto, si è sostenuto che, avendo tale sentenza consentito, in base al principio di continuità dello Stato, la prosecuzione dell'attività parlamentare delle Camere illegittimamente elette, tale prosecuzione avrebbe potuto protrarsi fino alla fine della Legislatura. Espressione, questa «della

4. Le critiche mosse sull'ammissibilità del quesito per difetto di rilevanza furono superate da F. Bilancia, *Ri-porcellum e giudicato costituzionale*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it) gennaio 2014 ma 3/2013.

fine della Legislatura», che la Corte si è ben guardata dall'usare preferendo invece quella di «una nuova consultazione elettorale, consultazione che si dovrà effettuare o secondo le regole della normativa che resta in vigore a seguito della presente decisione ovvero secondo la nuova normativa eventualmente adottata dalle Camere»<sup>5</sup>. Ripete al plurale questa formula, se non a prescrivere la nuova consultazione, per non interferire col potere del Presidente della Repubblica, certamente a invocarla o, almeno, a considerarla come conseguente all'esaurirsi dei tempi della *prorogatio*, dei quali ricordava con gli esempi univoci (*ex art. 61 Cost. 90 giorni, ex art. 77 Cost. 60 giorni*) i limiti di durata nei casi costituzionalmente previsti e quindi vincolanti nel massimo per altri casi di interventi per fattispecie analoghe a quella oggetto della sentenza<sup>6</sup>. La conseguenza dell'omissione dello scioglimento è del tutto evidente. La storia del Parlamento italiano e quindi della Repubblica italiana si caratterizzerà per aver attraversato una fase non comparabile con alcuna altra fase della storia dei Parlamenti, la fase di una legislatura parlamentare illegittima per omesso atto di scioglimento di un Parlamento illegittimo per composizione, dichiarata illegittima da un organo supremo dell'Ordinamento. Omissione che poteva essere giustificata temporaneamente dalla crisi economico-finanziaria che avvolgeva il Paese, poteva quindi anche autorizzare un esercizio delle funzioni parlamentari se volte al fine esclusivo del superamento di tale crisi, ma che non poteva né protrarsi oltre il superamento (*Hispania docet*) della fase acuta della crisi, tanto meno consentire l'avvio di una revisione costituzionale.

**23.** Una domanda si pone spontanea: l'incompetenza assoluta di un organo accertata in via giurisdizionale non travolge gli atti posti in essere da tale organo oltre i limiti temporali della *prorogatio* e oltre quelli ordinari delle sue funzioni? A questa domanda non si può rispondere negativamente neanche ponendosi sulle orme di una augusta dottrina, quella che definiva “di fatto” l'instaurazione di un nuovo Ordinamento costituzionale, asserendo che «il fatto si tramuta in diritto non appena esso è compiuto»<sup>7</sup>. Non si può rispondere negativamente perché, a ben riflettere, non siamo di fronte a quella stessa fattispecie,

perché il fatto (legge costituzionale Renzi-Boschi), pur compiuto, produrrebbe i suoi effetti solo a seguito del voto favorevole nel referendum costituzionale. Per ora, “il fatto” che potrebbe tramutarsi in diritto è configurabile intanto come usurpazione di potere politico ed esercizio arbitrario di funzione pubblica. Che sia imputabile ad un'Assemblea elettiva e addirittura ad ambedue i rami del Parlamento, che diventi perciò non punibile un crimine del genere qualunque sia il risultato del referendum, è conseguenza diretta dello stravolgimento funzionale del sistema compiuto dall'omissione dell'atto di scioglimento del Parlamento illegittimo da parte del Presidente della Repubblica. Ne deriva una conseguenza. La reiezione della legge costituzionale oggetto del referendum sul bicameralismo avrebbe anche il merito di ripristinare il principio della «superiore legalità della Costituzione» riconducendo l'Italia al livello di civiltà dal quale è caduta, quello degli Stati di diritto.

**24.** Produrrebbe ovviamente effetti virtuosi per la stabilità della forma di Governo in Italia e, per la seconda volta nella storia della Repubblica, dieci anni dopo l'annullamento della legge di modifica della Costituzione tentata dal Governo Berlusconi, riaffermerebbe la scelta della forma parlamentare di governo da parte del corpo elettorale italiano. La riaffermerebbe indirettamente neutralizzando la legge elettorale (della quale si è già fatto qualche cenno) denominata *Italicum*. Che è legge avente ad oggetto il sistema elettorale per l'elezione della sola Camera, visto che, nel disegno *renziano*, il Senato *deformato* sarebbe eletto dai consigli regionali. Ma è ormai tempo di provare come queste due leggi, facendo sistema, mistificando regole, procedure ed atti, travolgono la forma parlamentare di governo.

**25.** Partiamo da una constatazione auto evidente. La democrazia moderna, quindi la forma democratica di Stato, o è rappresentativa o non è. Va di certo integrata, arricchita con istituti di democrazia diretta. Ma il suo fondamento intangibile è la rappresentanza, ne è l'essenza. Deviarla, distorcerla, amputarla è comprimere quel che resta della sovranità popolare dopo l'erosione subita dai trattati Ue.

5. Cfr. punto 7 del “considerato in diritto” della sentenza della Corte n. 1 del 2014.

6. Alle stesse conclusioni giunge autorevolmente A. Pace, *Le ragioni del No* in *La Costituzione bene comune*, Roma, Ediesse, 2016, p. 30. M. Villone in *La riforma Renzi-Boschi: Governo forte, Costituzione debole*, anche in questa *Rivista*, concede la legittimazione formale al Parlamento eletto col *porcellum*, ma gli nega quella materiale e politica.

7. Cfr. Santi Romano, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale* ora in *Scritti minori*, vol. I, *Diritto costituzionale*, Giuffrè 1950, pp. 107 ss., spec. p. 150.



E ora la domanda: come, in quali termini si pone rispetto a tali principi ed a tali fondamentali esigenze il Senato “renziano”. Quale è la rappresentanza sulla quale dovrebbe basarsi? L’articolo 1 della legge costituzionale gli riconoscerebbe quella “delle istituzioni territoriali”, quindi una rappresentanza di enti, delle regioni-enti dei comuni-enti. Una rappresentanza conseguente alla elezione da parte dei Consigli regionali di consiglieri regionali e di sindaci, uno per Regione, questi sindaci, eletti al Senato non dai Consigli comunali, ma da quelli regionali. Questi senatori – 21 su 95 – rappresenterebbero i Comuni ove furono eletti sindaci (e anche gli altri?) o i Consigli regionali che li eleggono al Senato? Domanda analoga suscita il disposto del quinto comma dall’art. 2 secondo cui i Consigli regionali dovrebbero eleggere i senatori di loro spettanza «in conformità alle scelte espresse dagli elettori per i candidati consiglieri in occasione del rinnovo degli organi di provenienza». Scelte di maggioranza, scelte articolate? Mai formulazione di enunciato normativo di testi costituzionali può essere stata tanto ambigua. Non saranno poche le questioni interpretative affidate alla legge di attuazione di tale testo né saranno di incontestata soluzione.

**26.** Dalle righe che precedono si può constatare la doppiezza di una rappresentatività di tal genere. Ambigua tra gli interessi della Regione come ente (elezione da parte dei consigli) e regione come comunità (scelte degli elettori) ingannevole per ciascuna delle due entità. La derivazione duplice della rappresentanza porterebbe ad assemblare gli interessi dei Comuni con quelli delle Regioni. Interessi che sono istituzionalmente distinti dalla rispettiva autonomia istituzionale e talvolta contrapposti. Dalla loro mescolanza non possono che conseguire effetti perversi per la loro rappresentanza all’interno del Senato. Perché si spezza nei contenuti, disperdendosi e neutralizzandosi. Non può quindi che risultare compressa. Si consideri poi che, per i sindaci eletti al Senato, la derivazione è addirittura triplice. Si deve quindi constatare che è stata negata una evidenza concettuale ed empirica, quella della rispettiva autonomia degli enti territoriali che preclude una rappresentanza congiunta ed imporla normativamente è lo stesso che mistificarla.

**27.** Incomprensibile poi è la modifica dell’ar-

ticolo 59 Cost. che riduce la durata in carica dei senatori nominati per gli altissimi meriti conseguiti nel campo sociale, scientifico, artistico e letterario a 7 anni, quanti quelli della durata in carica del Presidente della Repubblica. In quale delle sue attribuzioni può o deve essere rappresentato al Senato il Presidente della Repubblica: in quella di Capo dello Stato pur se il titolare di tale funzione è nella pienezza delle sue funzioni? Nella rappresentanza dell’unità nazionale... da dividere in 5 parti? Solo la mancanza del senso del ridicolo può poi immaginare che gli altissimi meriti si affievoliscono anno per anno per scomparire in perfetta coincidenza col mandato presidenziale...

**28.** Un rapporto come quello descritto tra corpo elettorale e Senato non può comportare e non comporta una rappresentanza politica credibile. Non, di certo, quella imposta dal significato e dalle implicazioni dell’articolo 1 Cost. sulla sovranità popolare e sulle forme del suo esercizio. Non quella quindi che consentirebbe la partecipazione alla funzione legislativa, tanto meno se di revisione costituzionale. Neanche quella di eleggere due giudici costituzionali, per citare le funzioni che direttamente esprimono il senso della sovranità. Non è di rappresentanza politica il ruolo che Renzi vuole intestare ai membri del Senato. È quello di tramite politico-clientelare tra Governo da una parte e Regioni e Comuni dall’altra per l’erogazione contrattata delle risorse finanziarie disponibili per la discrezionalità che comunque resta al Governo ex art. 119 Cost., commi 3 e 5, come modificato. È del tutto ovvio che questo stesso rapporto non potrà mai diventare uno strumento di esercizio di un contropotere nei confronti dello strapotere di una Camera dei deputati, trasformata in organo di esecuzione delle decisioni del Governo e del suo Presidente del Consiglio mediante legiferazione. Uno dei principi fondativi del garantismo costituzionale è schiacciato. Se fosse stato adottato per ispirare la riforma del Senato, avrebbe potuto risolvere la questione di fondo del bicameralismo italiano, quella della sua ragion d’essere<sup>8</sup>.

**29.** Invece, no. La deformazione del Senato si accoppia all’*Italicum* che travolge la forma parlamentare di governo. Sia chiaro. L’incostituzionalità del *Porcellum* dichiarata dalla Corte costituzionale derivava dalla violazione della sovranità popolare cui si aggiungevano due altre violazioni, quella del princi-

8. Chi scrive è l’autore del commento all’ Art. 55 del Commentario della Costituzione a cura di Giuseppe Branca, commento che rilevava come le “tormentate deliberazioni normative del Costituente sulla strutturazione del Parlamento ... non offrono una base razionalmente molto solida al bicameralismo italiano ...” p. 25.

pio di uguaglianza e quella della libera scelta dei suoi rappresentanti da parte del corpo elettorale. Messe insieme, insomma, le tre violazioni facevano di quella legge elettorale un esemplare strumento di mistificazione della rappresentanza e di svuotamento della democrazia.

**30.** L'*Italicum* avrebbe dovuto sostituirla, sanando il triplice *vulnus*. Ma lo riproduce. Reitera la violazione dei principi inviolabili della Costituzione e della democrazia. Anch'esso contrae e contorce l'espressione della sovranità popolare. Infrange il principio della libertà di voto dell'elettore di scegliersi chi eleggere, gliene precostituisce una serie. È quella dei capilista dei cento collegi che risulteranno eletti sempre che la lista che capeggiano avrà seggi. L'altra dirimpante violazione di principi fondamentali è quella occultata dalla idolatria della governabilità, della stabilità ad ogni costo, della personalizzazione del potere attribuendolo tutto ad un uomo solo. Lo si denomina "premio di maggioranza". Ne va smascherata la verità. È falso nel nome, nel contenuto e negli effetti. Non premia affatto una maggioranza, vanifica quella vera. Si sa che in qualunque entità di votanti la maggioranza si identifica nella metà più uno dei voti espressi. Il "premio di maggioranza" non lo si conferisce a chi questi voti li ha acquisiti, ma a chi non li ha acquisiti. Lo si conferisce ad una minoranza, quella che ha ottenuto un solo voto in più di ciascuna altra minoranza. Il premio si traduce quindi in un privilegio per una delle minoranze rispetto a tutte le altre. Privilegio che comporta discriminazione di voti e sottrazione di seggi a quella che risulterà essere in ogni caso, chiunque la calcoli, qualunque sia il tipo di scrutinio, la maggioranza reale, perché composta dalla somma delle liste votate, esclusa la minoranza privilegiata. Ad essa il corpo

elettorale ha negato di diventare maggioranza e lo diventa, quindi, contro la volontà popolare.

**31.** Con l'*Italicum* vengono assegnati 340 seggi (24 in più della metà più uno dei 630 della Camera) alla lista che ottiene il 40 per cento dei voti. Lo stesso numero di seggi verrebbe assegnato anche ad una lista che ne ottenga meno, anche il 30, il 20 .... Infatti, per il caso che nessuna lista ottenga il 40 per cento dei voti, è previsto un secondo turno, col quale si assegna il "premio" alla lista che, nel ballottaggio tra le due che abbiano ottenuto il maggior numero di voti al primo turno, sia prevalsa con qualsiasi *quorum*.

**32.** Collegata alla deformazione del Senato, l'*Italicum* non nasconde il suo obiettivo reale. Lo rivela nel prevedere che le formazioni elettorali che «si candidano a governare», devono depositare, col contrassegno che le identifica, il nome del «capo della forza politica», cioè del candidato alla presidenza del consiglio che, in quanto *leader* di uno dei partiti geneticamente mutati, avrà composto la lista dei candidati al Parlamento collocandovi i suoi fiduciari. L'*Italicum* converte quindi l'elezione dei membri del Parlamento in elezione diretta del Capo del Governo che carpirà in tal modo il flusso di sovranità e di legittimazione prodotto dal voto del corpo elettorale dissolvendo la rappresentanza politica, fondamento della democrazia moderna. Stravolta la forma parlamentare di Governo, è incrinata la forma di Stato.

La bibliografia sul tema è vastissima. Per quella generale rinvio al mio *Costituzione e revisione costituzionale nell'età della mondializzazione* in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, II, Cedam, 1998, pp. 211-297. Per quella recente all'ottimo saggio di M. Villone, *La riforma Renzi-Boschi* cit.

9. Per una puntuale disamina dell'*italicum* a confronto con la sentenza 1/2014, cfr., tra i molti, De Fiores, *La riforma della legge elettorale* in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it) 1.2015.

# La riforma Renzi-Boschi: Governo forte, Costituzione debole

di Massimo Villone

Un'analisi critica a tutto tondo delle questioni di merito e di metodo delle riforme Renzi-Boschi e degli effetti negativi prodotti dall'interazione con la legge elettorale *Italicum*.

Azzeramento del Senato elettivo, Camera nelle mani del Capo di Governo, riduzione degli strumenti di democrazia diretta sono i tratti salienti di una riforma che espropria il popolo della sovranità. In fondo, inoltre, un'utile e approfondita bibliografia.

## 1. Premessa

Il 12 aprile 2016 la Camera dei deputati con 361 voti favorevoli ha concluso con la seconda deliberazione il tormentato *iter* parlamentare del ddl Renzi-Boschi di riforma della Costituzione (AC 2613-D). Il percorso è stato segnato da dure polemiche, che anche nell'ultimo e conclusivo voto si sono tradotte nell'uscita dall'Aula delle opposizioni.

### 1.1 La data del voto popolare

Non essendo stata raggiunta la maggioranza dei 2/3 prevista dall'articolo 138 Cost., decorre ora dalla pubblicazione in GU<sup>1</sup> il termine di tre mesi per chiedere il voto popolare sul testo approvato. È stata avanzata la richiesta da parte di 166 deputati e 103 senatori dell'opposizione, e 237 deputati della maggioranza. Un Comitato promotore ha presentato in Corte di cassazione la richiesta di procedere alla raccolta delle 500.000 firme necessarie<sup>2</sup>. È certo che sulla riforma si voterà.

La data fin qui indicata è il mese di ottobre 2016. Il procedimento è scandito dai tre mesi per la richie-

sta ex art. 138 Cost., cui si aggiungono un termine massimo di 30 giorni per l'ordinanza sulla legittimità della stessa da parte dell'Ufficio centrale per il referendum, e di 60 giorni per il decreto di indizione. Il voto cade in una domenica tra il 50<sup>mo</sup> e il 70<sup>mo</sup> giorno dopo l'indizione<sup>3</sup>.

Notizie di stampa<sup>4</sup> avevano riferito una supposta intenzione del Governo di anticipare il voto facendolo coincidere con il turno elettorale amministrativo. Il fine sarebbe stato quello di depotenziare la campagna referendaria per il no, facendola scomparire nel frastuono delle questioni e delle risse locali. Giocando al tempo stesso d'anticipo su inchieste giudiziarie in corso e dati economici insoddisfacenti. L'obiettivo avrebbe potuto essere perseguito argomentando che una immediata presentazione della richiesta di referendum da parte di parlamentari avrebbe reso inutile attendere ancora tre mesi ai sensi dell'art. 138, e puntando a un giudizio sulla legittimità e una indizione in tempi brevissimi. Eventuali rimanenti discrasie nei tempi avrebbero potuto essere affrontate con decreto-legge.

Ma l'azzeramento del termine di tre mesi sarebbe stato lesivo dell'art. 138, e del diritto dei soggetti

1. 15 aprile 2016: [www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/04/15/16A03075/sg](http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/04/15/16A03075/sg).

2. GU 19 aprile 2016, n. 91 SG, [www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/04/19/16A03143/sg](http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/04/19/16A03143/sg).

3. Artt. 12 e 15 l. 352/1970.

4. [www.ilsussidiario.net/News/Politica/2016/4/11/PROVE-DI-GOLPE-Comunali-e-referendum-insieme-il-piano-segreto-di-Renzi/695228](http://www.ilsussidiario.net/News/Politica/2016/4/11/PROVE-DI-GOLPE-Comunali-e-referendum-insieme-il-piano-segreto-di-Renzi/695228).

ivi previsti ad avanzare la richiesta di *referendum*. Non a caso i precedenti vanno in senso contrario. Per i *referendum* costituzionali del 2001 e del 2006 più soggetti tra quelli legittimati hanno presentato la richiesta, ed è stato atteso il decorso completo del termine. E nel 2001 il Governo Amato nel decidere in tal senso richiamava appunto la necessità di «consentire all'apposito Comitato di cittadini di promuovere ed eventualmente completare la raccolta delle 500.000 firme prescritte»<sup>5</sup>.

### 1.2 Quesiti parziali?

Una questione è stata posta<sup>6</sup> sul punto che possa, o debba, aversi un singolo quesito referendario rivolto all'intera legge, o una molteplicità di quesiti aventi separatamente ad oggetto parti del testo. Il tema è ripreso nel documento per il no nel referendum sottoscritto da oltre cinquanta studiosi e personalità<sup>7</sup>. Il punto di partenza è dato dalla intrinseca e inevitabile eterogeneità di una riforma di ampia portata della Costituzione, e dalla affermata necessità di applicare al *referendum* confermativo ex art. 138 Cost. gli stessi principi elaborati dalla Corte costituzionale sulla indispensabile omogeneità del quesito nel *referendum* abrogativo ex art. 75<sup>8</sup>.

Non c'è dubbio che di fronte alla modifica di decine di articoli della Costituzione chi vota potrebbe orientarsi favorevolmente per alcuni, e in senso contrario per altri. Mutuando gli argomenti svolti dalla

Corte in ordine al quesito ex art. 75 Cost., una scelta per il sì o per il no sull'intera riforma potrebbe dunque ritenersi lesiva della libertà di voto dell'elettore. Si trarrebbe da questo in via di astratto principio la necessità di leggi di revisione di contenuto omogeneo e suscettibile di autonomo *referendum*, dovendosi una legge di revisione eterogenea nei contenuti considerare di per sé costituzionalmente illegittima. In alternativa, per una legge di revisione di contenuto eterogeneo dovrebbero essere consentiti più quesiti referendari parziali. Per il ddl Renzi-Boschi approvato in unico testo solo questa ultima ipotesi sarebbe di fatto ipotizzabile.

Ma la via appare preclusa dalla legge n. 352/1970, che nel definire il contenuto necessario della richiesta di *referendum* e la formula testuale del quesito richiama la legge approvata dalle Camere nella sua interezza<sup>9</sup>. Un quesito parziale sarebbe in contrasto con il modello stabilito. Prevedibilmente, sarebbe quindi respinto dall'Ufficio centrale per il *referendum*, in quanto *contra legem*. Un rifiuto superabile solo attraverso una dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge n. 352/1970<sup>10</sup>.

Va peraltro considerato che la preclusione di quesiti parziali desumibile dalla legge n. 352/1970 per il *referendum* ex art. 138 può trovare spiegazione in un dato genetico diverso rispetto al *referendum* ex art. 75. Questa ultima norma dispone infatti esplicitamente che l'abrogazione della legge o dell'atto avente forza di legge possa essere parziale. È qui che nasce

5. Comunicato della Presidenza del Consiglio dei ministri, in GU 7 maggio 2001, n. 104, [www.gazzettaufficiale.biz/atti/2001/20010104/001A4975.htm](http://www.gazzettaufficiale.biz/atti/2001/20010104/001A4975.htm). Sui tempi del procedimento e sull'ipotesi richiamata nel testo v. anche il mio *Referendum. Le tentazioni del capopopolo*, in *Il Manifesto*, 29 gennaio 2016, pag. 1.

6. V. da ultimo A. Pace, *Ancora sulla doverosa omogeneità del contenuto delle leggi costituzionali*, in *Giur. Cost.*, n. 6/2015, ed *ivi* riferimenti.

7. Nel quale si afferma che «se il *referendum* fosse indetto – come oggi si prevede su un unico quesito, di approvazione o no dell'intera riforma, l'elettore sarebbe costretto ad un voto unico, su un testo non omogeneo, facendo prevalere, in un senso o nell'altro, ragioni "politiche" estranee al merito della legge. Diversamente avverrebbe se si desse la possibilità di votare separatamente sui singoli grandi temi in esso affrontati (così come se si fosse scomposta la riforma in più progetti, approvati dal Parlamento separatamente)». Il testo si legge in [www.astrid-online.it/static/upload/doc/doc\\_50\\_costit\\_apr\\_2016.pdf](http://www.astrid-online.it/static/upload/doc/doc_50_costit_apr_2016.pdf). Un diverso appello "per un voto informato e consapevole" si legge in [www.astrid-online.it/static/upload/protected/appe/appello.pdf](http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/appe/appello.pdf). Per un documento di netta critica v. G. Azzariti, L. Carlassare, G. Ferrara, A. Pace, S. Rodotà, M. Villone, *La peggiore riforma*, in *Il Manifesto*, 13 ottobre 2015.

8. A partire dalla sent. n. 16 del 1978. Il parallelismo può trovare fondamento nella ricostruzione della omogeneità del quesito come dato imposto dalla logica binaria geneticamente propria di un voto referendario.

9. Artt. 4 e 16 l. n. 352/1970.

10. Nel 1978 il Comitato promotore del *referendum* sulla legge n. 152 del 1975 (cd legge Reale) sollevò un conflitto tra poteri avverso la Corte di cassazione per una modifica del quesito da parte dell'Ufficio centrale a seguito di normativa sopravvenuta. In sede di conflitto la Corte costituzionale sollevò di ufficio dinanzi a sé la questione di legittimità dell'art. 39 della legge n. 352/1970, arrivando poi a una sentenza di accoglimento additiva sulla trasferibilità del quesito referendario sulle nuove norme. V. Corte cost., ordinanze 17/1978 e 44/1978, e sentenze 68/1978 e 69/1978. Nel caso qui in esame bisognerebbe ipotizzare uno scenario simile, per giungere a una sentenza di accoglimento additiva sulla legge 352: «in quanto non prevede un quesito referendario parziale». Va peraltro considerato che nel 1978 il conflitto fu sollevato dal Comitato promotore dopo la raccolta delle 500.000 firme, che ne certificavano la posizione di esponente e portavoce degli elettori richiedenti il voto popolare. Ma potrebbe riconoscersi al Comitato la qualità – ai fini del conflitto – di potere dello Stato prima della raccolta delle firme, per la sola lesione del diritto costituzionalmente conferito di raccoglierle?

il tema dell'omogeneità del quesito, che ovviamente non ha ragion d'essere in caso di abrogazione totale. L'art. 138 richiama invece la legge approvata dalle Camere nella sua interezza, come tale sottoposta a referendum ove richiesto.

Una ragione di tale diversità si può cogliere nel favor dell'art. 138 Cost. per il concorso di un ampio arco di forze politiche alla revisione. Tale appare il senso della previsione di particolari maggioranze, e in specie dell'esclusione del referendum nel caso sia raggiunta quella più alta. Ma a un ampio concorso non può non legarsi la possibilità che i soggetti politici che partecipano alla iniziativa di riforma perseguano priorità diverse ancorché compatibili, e che dunque il testo conclusivamente approvato abbia un contenuto composito.

In tale ipotesi che la revisione sia contenuta in un unico testo è garanzia della reciproca solidarietà nel sostenere la riforma da parte delle forze politiche che partecipano all'approvazione. Lo stesso vale per il voto referendario unico. Nessuno si esporrebbe al rischio di concorrere all'approvazione delle priorità altrui e di vedere poi bocciate le proprie in un testo o un voto popolare separato. Quindi si può almeno argomentare che il mancato richiamo nell'art. 138 a un quesito referendario parziale non sia mera omissione. E che il dato genetico dell'ampio concorso nella revisione suggerisca il corollario di una unica legge di revisione e di un unico voto referendario<sup>11</sup>.

Nel tempo che separa dal voto sarà possibile riflettere sulle questioni di metodo e di merito, e sugli effetti negativi derivanti dalla interazione con un'altra importante riforma – il sistema elettorale – già tradotta nella legge n. 52 del 2015 (*Italicum*).

## 2. Questioni di metodo

### 2.1 La mancanza di legittimazione del Parlamento in carica

Va preliminarmente segnalato il dubbio sulla radicale mancanza di legittimazione del Parlamento in carica a discutere e deliberare la più ampia e importante revisione della Costituzione della storia repub-

blicana. La Corte costituzionale<sup>12</sup> ha infatti dichiarato illegittima la legge elettorale sulla base della quale le assemblee legislative sono state formate. In particolare la Corte ha colpito il premio di maggioranza, per l'eccessiva disproportionalità tra voti e seggi resa possibile dalla mancanza di una soglia, e le liste bloccate, per la lesione della libertà di voto degli elettori, ai quali precludevano del tutto la scelta dei propri rappresentanti. La sentenza colpiva dunque direttamente il Parlamento in carica nella sua composizione, determinata nel rapporto tra le forze politiche proprio dal premio di maggioranza dichiarato illegittimo.

È ben vero che la Corte precisa nella sua sentenza che non viene meno la legittimazione formale delle Camere elette in base al *Porcellum* a deliberare e ad esercitare le proprie funzioni. La Corte argomenta infatti che l'elezione dei parlamentari in carica deve considerarsi tra i rapporti cosiddetti esauriti, che non subiscono gli effetti di una dichiarazione di incostituzionalità<sup>13</sup>. Ma non è di legittimazione formale che qui si parla, quanto di legittimazione sostanziale e politica. Mentre la prima si può ritenere sopravvissuta alla sentenza 1/2014, la seconda è certamente venuta meno. È constatazione elementare che senza i numeri parlamentari posticci determinati dall'applicazione del premio di maggioranza dichiarato illegittimo la proposta di riforma non avrebbe avuto i voti necessari per l'approvazione. E che quindi un Parlamento composto nell'osservanza dei principi posti dalla Corte costituzionale non avrebbe scritto una riforma secondo le linee oggi conclusivamente definite.

Tutto questo certamente suggeriva che il Parlamento si limitasse a scrivere una legge elettorale coerente con i principi stabiliti dalla Corte costituzionale, lasciando alle assemblee elette in base a una legge così emendata la responsabilità di una riforma – soprattutto così ampia e incisiva - della Costituzione. È invece accaduto il contrario. Nel metodo e nel merito, il Governo (con la sua maggioranza) si è comportato come se la pronuncia della Corte non fosse mai stata adottata. *Tamquam non esset*. Si è messa in campo la proposta di revisione, e al tempo stesso è stata approvata una legge elettorale – *Italicum* – che come vedremo più avanti ripete e in qualche misura forse persino aggrava i vizi di costituzionalità già propri del

11. L'argomento qui svolto trova riscontro nella esperienza concreta delle revisioni tentate o attuate. Da un punto di vista strettamente tecnico il tema è se siano o meno consentite revisioni "organiche" della Costituzione, o se l'art. 138 sia limitato a una mera "manutenzione ordinaria" della Carta. Che vi siano limiti alla revisione – potere costituito e non costituente – non è dubbio. Ma la individuazione degli stessi, e della loro portata, rimane relativamente incerta, e in dottrina si riscontrano letture diverse. Va anche detto che non è l'ampiezza di una revisione di per sé, ma piuttosto il suo orientamento, che determina lo stravolgimento o meno degli assetti costituzionali di fondo. Mentre anche una revisione mirata e puntuale può essere tuttavia stravolgente. Tale è il caso, ad esempio, della l. cost. 1/2012 di riforma dell'art. 81, nemmeno sottoposta al voto popolare per aver superato la soglia dei 2/3 dei componenti in seconda deliberazione.

12. Corte cost., sent. 1/2014.

13. Punto 7 del *Considerato in diritto*.

*Porcellum*. Un comportamento inaccettabile dal punto di vista politico, istituzionale, costituzionale.

### 2.2 L'iniziativa governativa

È stato per lungo tempo un principio convenzionalmente accettato che la riforma della Costituzione fosse una questione essenzialmente parlamentare, nella quale il Governo dovesse astenersi dall'intervenire. Il fondamento di tale principio si trovava anzitutto nella ragione che un'iniziativa governativa è geneticamente di parte, e tende a segnare uno spartiacque nel confronto parlamentare tra maggioranza e opposizione. Ponendo la riforma della Costituzione tra le questioni di indirizzo politico e di Governo, favorisce che il contrasto al Governo fisiologicamente messo in atto dalla opposizione diventi anche contrasto alla riforma. Una Costituzione che entra a far parte dell'indirizzo politico di Governo non può che essere una Costituzione di maggioranza. E non può che esserne indebolita, essendo più difficile che abbia il largo riconoscimento e l'ampia condivisione che sono la misura prima della sua solidità.

Di tutto questo è prova la più recente – e negativa – esperienza costituzionale, perché lo scontro frontale tra maggioranza e opposizione segnò sia la riforma del Titolo V approvata nel 2001 dal centrosinistra<sup>14</sup>, sia la proposta di riforma della Parte II approvata dal centrodestra nel 2005 e poi respinta nel voto popolare.

Nella legislatura in corso già il Governo Letta aveva assunto la revisione della Costituzione come propria ragion d'essere<sup>15</sup>. Ugualmente la riforma è stata

posta da Renzi tra i principali obiettivi del Governo<sup>16</sup>. È stata elemento essenziale nella stesura del cosiddetto patto del Nazareno con Berlusconi, fondamento del sostegno parlamentare nella prima fase della vita dell'esecutivo. Con la conseguenza che la proposta di riforma ha subito gli effetti della tormentata vicenda politica che ha segnato il patto e l'anomala maggioranza da esso nata, fino al soccorso a Renzi prestato da Verdini<sup>17</sup>, che si iscrive così tra i padri della nuova Costituzione. Confermando in tal modo le considerazioni negative sulla mancanza di legittimazione sostanziale del Parlamento in carica. La nuova Costituzione nasce nel segno di numeri parlamentari falsati, di maggioranze spurie e occasionali, costruite sui cambi di casacca e sui voltagabbana.

Una menzione specifica merita la querelle sul ruolo del Capo dello Stato. Come Presidente, Napolitano ha ripetutamente sollecitato le "necessarie riforme", anche con riferimento alla Costituzione<sup>18</sup>. Ha anche istituito una commissione di "saggi"<sup>19</sup>. Da senatore a vita ha ribadito consenso e appoggio<sup>20</sup>. Intervenendo a chiusura della discussione generale nella Camera dei deputati in occasione del voto finale in seconda deliberazione, Renzi ha inteso calcare i toni, definendo l'ex Presidente come il senatore senza il quale la riforma non sarebbe stata possibile<sup>21</sup>. Quale che sia l'opinione in proposito, rimane vero che quando un Presidente della Repubblica si esprime in termini di *moral suasion* – come nel caso – è poi nella decisione delle forze politiche se accettare o meno suggerimenti e consigli. Non è dunque in tal modo che il Governo può sottrarsi alla sua specifica responsabilità politica per l'iniziativa e le scelte di riforma.

14. V. per la Casa delle libertà l'intervento di La Loggia in dichiarazione di voto per la seconda deliberazione in Senato l'8 marzo 2001, [www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=13&id=00007399&part=doc\\_dc-ressten\\_rs-dlltit\\_deaisdddlc-4809brdtvdc-trattazione\\_ddvf-intervento\\_laloggia&parse=no](http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=13&id=00007399&part=doc_dc-ressten_rs-dlltit_deaisdddlc-4809brdtvdc-trattazione_ddvf-intervento_laloggia&parse=no).

15. V. il discorso programmatico tenuto nella Camera dei deputati il 29 aprile 2013: [www.camera.it/leg17/410?idSeduta=0010&tipo=stenografico#sed0010.stenografico.tit00040.int00020%20-%20sed0010.stenografico.tit00040.int00020](http://www.camera.it/leg17/410?idSeduta=0010&tipo=stenografico#sed0010.stenografico.tit00040.int00020%20-%20sed0010.stenografico.tit00040.int00020).

16. Senato della Repubblica, XVII leg., 24 febbraio 2014, [www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/750049.pdf](http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/750049.pdf).

17. Senato della Repubblica, XVII leg., 20 gennaio 2016, [www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/956844.pdf](http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/956844.pdf).

18. Tra le molte esternazioni, v. il *Messaggio al Parlamento* del 22 aprile 2013 in occasione del giuramento, <http://presidenti.quirinale.it/elementi/Continua.aspx?tipo=Discorso&key=2688>, e *L'Intervento alla cerimonia per lo scambio degli auguri con i rappresentanti delle istituzioni, delle forze politiche e della società civile*, 16 dicembre 2013, [www.quirinale.it/elementi/Continua.aspx?tipo=Discorso&key=2786](http://www.quirinale.it/elementi/Continua.aspx?tipo=Discorso&key=2786).

19. Il gruppo era composto da Mauro, Onida, Quagliariello e Violante. La *Relazione Finale* si trova in [www.quirinale.it/grnw/statico/attivita/consultazioni/c\\_20mar2013/gruppi\\_lavoro/2013-04-12\\_relazione\\_finale.pdf](http://www.quirinale.it/grnw/statico/attivita/consultazioni/c_20mar2013/gruppi_lavoro/2013-04-12_relazione_finale.pdf), anche il Governo Letta ha successivamente nominato una commissione di 35 "saggi", la cui *Relazione finale* del settembre 2013 si legge in Presidenza del Consiglio dei ministri, <http://presidenza.governo.it/DIE/attivita/pubblicazioni/Per%20una%20democrazia%20migliore.pdf>.

20. M. Breda, *Intervista a Giorgio Napolitano, Sosterrò il sì al referendum sulle riforme*, in *Il Corriere della Sera*, 6 gennaio 2016.

21. Camera dei deputati, XVII leg., 11 aprile 2016, [www.camera.it/leg17/410?idSeduta=0605&tipo=stenografico#sed0605.stenografico.tit00050.sub00020.int00160](http://www.camera.it/leg17/410?idSeduta=0605&tipo=stenografico#sed0605.stenografico.tit00050.sub00020.int00160).

### 2.3 Una riforma e un referendum che dividono il Paese

L'iniziativa governativa avrebbe potuto comunque essere mantenuta nell'ambito di uno stimolo sostanzialmente corretto e ancora accettabile se, una volta presentata la proposta, l'esecutivo avesse lasciato piena libertà al confronto parlamentare. Ma così non è stato.

Già il Governo Letta aveva definito un cronoprogramma, indicando un termine di 18 mesi entro il quale alla riforma si doveva pervenire<sup>22</sup>. Da un fallimento sarebbero state tratte le dovute conseguenze. Quindi non solo la riforma era assunta nell'indirizzo politico di Governo, ma diventava condizione per la sopravvivenza stessa dell'Esecutivo. Ugualmente Renzi ha pesantemente condizionato il lavoro parlamentare, vincolando la maggioranza alle posizioni dell'Esecutivo, e minacciando in caso contrario la crisi. Abbiamo ripetutamente sentito intimare: «O si vota così, o tutti a casa»<sup>23</sup>. Sono state fortissime le pressioni sui parlamentari di maggioranza dei quali erano note le posizioni contrarie su singoli punti della proposta di riforma, come ad esempio sul Senato non elettivo.

L'esempio ultimo e conclusivo della pressione governativa sul tema lo abbiamo nella pressione sui parlamentari di maggioranza per la richiesta del referendum confermativo ex articolo 138 Cost., e nella simultanea trasformazione del voto popolare in un plebiscito sullo stesso Renzi. Ai parlamentari di maggioranza non si chiedeva, in buona sostanza, di rivolgersi al popolo italiano perché valutasse nel merito la riforma. Si chiedeva di chiamare il popolo a beatificare il *premier*. Anche qui con la minaccia che la vittoria del no condurrebbe alla crisi e a nuove elezioni. Dopo aver sequestrato il voto parlamentare si vuole ora sequestrare il voto dei cittadini italiani. Non si vota per consolidare la Costituzione, ma per imbulionare il primo ministro alla poltrona. Una torsione plebiscitaria certamente lontana dall'articolo 138 della Costituzione.

Questa posizione può solo ulteriormente esacerbare il conflitto sulla Carta fondamentale, che ancor

più viene ridotta a espressione di maggioranza ed è posta come elemento che divide il Paese, piuttosto che unirlo.

## 3. Questioni di merito

### 3.1 Il Senato non elettivo e i costi della politica

Uno dei punti più controversi della riforma è nella trasformazione del Senato in assemblea non elettiva. Essenzialmente tre gli argomenti addotti a sostegno: la riduzione dei costi della politica; il superamento del bicameralismo paritario per semplificazione istituzionale e più rapide decisioni; il raccordo con le autonomie territoriali. Che si condividano o meno queste ragioni, si traducono nella proposta Renzi-Boschi in soluzioni in vario modo inaccettabili.

Quanto alla riduzione dei costi, si persegue riducendo il numero dei senatori a 100 senatori, e cancellando la natura elettiva. Novantacinque sono eletti dai Consigli regionali nel proprio ambito, salvo per ogni Consiglio un Sindaco di comune della Regione<sup>24</sup>. Non si prevede una specifica indennità di carica<sup>25</sup>. Cinque sono nominati dal Capo dello Stato per un mandato di sette anni<sup>26</sup>.

Va anzitutto notato che una scelta istituzionale di primario livello non dovrebbe farsi solo in base alla spesa. Che un Senato abbia carattere elettivo o meno non si decide perché un senatore eletto direttamente costa di più di un senatore eletto in secondo grado, ma in base a considerazioni che guardano all'architettura di sistema.

Inoltre, cancellare l'indennità di carica non azzeri i costi dell'istituzione, di cui l'indennità è solo una frazione. La gran parte dei costi viene infatti dai servizi, dalla gestione degli immobili, dal personale. Sono costi che non si riducono affatto con la cancellazione della natura elettiva, e di poco con la riduzione del numero. E va aggiunto che abolire l'indennità non equivale comunque ad avere senatori a titolo gratuito. È quanto meno ovvio che la trasferta romana per lo svolgimento della funzione di senatore

22. V. *supra*, nota 15.

23. V. conclusivamente l'intervento per la seconda deliberazione del Senato il 20 gennaio 2016, [www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=17&id=00956844&part=doc\\_dc-ressten\\_rs-ddltit\\_rddddd1c1429drdpdc:4-intervento\\_renzipresidente&par-se=no](http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=17&id=00956844&part=doc_dc-ressten_rs-ddltit_rddddd1c1429drdpdc:4-intervento_renzipresidente&par-se=no).

24. Art. 57 Cost., come sostituito dall'AC 2613-D, art. 2.

25. Art. 69 Cost., come modificato dall'AC 2613-D, art. 9.

26. Art. 59 Cost., come modificato dall'AC 2613-D, art. 3.

comunque comporta una spesa a carico di soggetti pubblici, sia pure di Regioni e Comuni e non dello stesso Senato.

In ogni caso, maggiori risparmi si sarebbero con certezza matematica conseguiti con scelte diverse pur mantenendo la natura elettiva. Ad esempio, riducendo il numero dei deputati a 400 e il numero dei senatori a 200, come era stato già proposto in passato. Un totale di 600 parlamentari avrebbe assicurato risparmi comunque più consistenti rispetto ai 730 della proposta approvata.

### 3.2 Il nuovo Senato e la rappresentanza politica

La scelta di abbandonare l'elezione diretta come metodo di selezione dei senatori appare censurabile per molteplici motivi.

Anzitutto con la scelta di Consiglieri regionali e Sindaci si popola il Senato di un ceto politico di bassa qualità, come la lettura delle cronache nazionali e locali ampiamente dimostra da molti anni a questa parte. Ed è un ceto politico che ovviamente manterrà il proprio orizzonte primario di interessi nel circuito politico regionale e locale, in cui essenzialmente gioca il proprio destino e le prospettive di ulteriore carriera politica. Facile allora capire come un elemento che aggrava gli effetti collaterali della scelta sia quello di aver riconosciuto al Senato il potere di formare commissioni di inchiesta con i poteri della magistratura<sup>27</sup>, o di aver mantenuto in capo al senatore non eletto le prerogative tipiche del parlamentare, ivi incluse le garanzie quanto a intercettazioni, perquisizioni, arresti. Si introduce tra l'altro nella politica regionale e locale una diversità potenzialmente gravida di conseguenze tra chi è più garantito e chi è meno garantito, in specie rispetto al giudice penale. È di immediata evidenza che sarebbe difficile o impossibile distinguere le tutele applicabili a seconda delle funzioni esercitate, assumendo ad esempio che l'ufficio del sindaco-senatore non sia protetto, e che invece la segreteria del senatore-sindaco sia assistita dalle garanzie costituzionali. Non è improbabile che proprio questa tutela sia il *benefit* che renderà più di altri la carica di Senatore effettivamente appetibile per un Consigliere regionale o un Sindaco.

Emerge poi un problema di rappresentatività. Si dice che con l'assemblea così composta vedrebbe la luce un Senato delle autonomie, rappresentativo dei territori. Ma un Consigliere regionale non rappresenta certo la Regione, essendo espressione di una circo-

scrizione territoriale ben più limitata. Tanto meno un Sindaco sarebbe rappresentativo in generale dei Comuni della regione, per di più essendo probabile che i Consiglieri regionali preferirebbero eleggere i Sindaci di piccoli Comuni piuttosto che i grandi Sindaci metropolitani. Ogni Regione, esprimendo alcuni Consiglieri e un Sindaco, sarebbe in realtà rappresentata a macchia di leopardo, trovando voce in Senato i territori che sono la base elettorale di ciascun Senatore, ad esclusione degli altri.

È mera finzione che una composizione così definita sia una rappresentanza delle Autonomie. È assai più probabile una traduzione a livello nazionale di localismi e di interessi particolari. Molto meglio sarebbe stato un Senato direttamente elettivo che, pur con pochi Senatori, avrebbe in ogni caso dato eguale voce a tutto il territorio regionale, e agli Enti locali in esso compresi.

Queste considerazioni negative non vengono attenuate o smentite dalla soluzione che alla fine è stata data, con l'etichetta di un recupero della elettività dei Senatori. Rimane chiaro che i Consiglieri regionali comunque hanno il potere di scegliere nel proprio ambito i Senatori, conformemente a una volontà degli elettori non si sa come espressa. Il tutto è rimandato a una legge ancora da fare<sup>28</sup>. Una soluzione pasticciata, essenzialmente frutto della sostanziale impotenza della sinistra PD, che alla fine si è coraggiosamente arresa al *diktat* governativo dichiarando una vittoria della quale nel testo non è dato trovare traccia.

Il punto della opinabile rappresentatività del Senato sottolinea l'incongruità nella definizione delle funzioni. Come giustificare la partecipazione paritaria del Senato – sia pure solo in alcuni casi – alla funzione legislativa? Appare in specie grave che rimanga in un bicameralismo perfetto la revisione della Costituzione<sup>29</sup>. A quale titolo si consente a un Consigliere regionale o un Sindaco, eletto con una campagna e un programma volti a questioni locali e per il relativo mandato, a porre mano con pienezza di poteri alle libertà e ai diritti fondamentali di tutti?

### 3.3 Il bicameralismo differenziato

Il superamento del bicameralismo paritario viene spesso ad arte confuso con la cancellazione della natura elettiva dell'assemblea. Ma è bene sottolineare che i due problemi vanno tenuti distinti, perché sarebbe stato del tutto possibile pervenire a un bicame-

27. Art. 82, come sostituito dall'AC 2613-D, art. 20.

28. Art. 57, co. 5, come sostituito dall'AC 2613-D, art. 2.

29. Art. 70, co. 1, come sostituito dall'AC 2613-D, art. 10.



ralismo differenziato mantenendo l'elezione diretta.

Le ragioni che più specificamente attengono al superamento del bicameralismo paritario sono di due ordini: rapidità nelle decisioni, e semplificazione istituzionale.

Il primo punto è nei fatti privo di fondamento. Basta a tale proposito guardare alle statistiche dei lavori parlamentari, reperibili sui siti istituzionali di Camera e Senato. Laddove si riscontrano ritardi, è agevole la constatazione che trovino origine nel Governo piuttosto che nelle Assemblee, o in difficoltà politiche di cui il percorso parlamentare accidentato è solo un riflesso. Un'intesa di maggioranza che non si raggiunge o che non tiene è generalmente la causa dell'inerzia del legislatore o di una navetta prolungata, piuttosto che una complessità tecnica dell'*iter* di formazione della legge.

In ogni caso, il disegno riformatore non garantisce affatto linearità e velocità delle decisioni. Il procedimento di formazione della legge non è semplificato, ma al contrario è reso più complesso<sup>30</sup>. È infatti spezzettato in una molteplicità di modelli, che vedono il Senato partecipare in modi e con effetti diversi in ragione della materia oggetto della legge. Si apre in tal modo un'incertezza dalla quale viene non solo la possibilità di un contrasto tra le due Camere, ma anche il rischio di un contenzioso davanti al giudice delle leggi. Il mancato rispetto della norma sull'*iter* di formazione potrebbe infatti tradursi in un vizio di costituzionalità della legge conclusivamente approvata.

Si potrebbe anche pensare al sorgere tra le due Camere di una forma inedita di conflitto tra poteri dello Stato. La premessa si trova nei casi in cui la funzione legislativa non è esercitata collettivamente da entrambe le Camere<sup>31</sup>. In tale ipotesi quella funzione rimane imputata separatamente a ciascuna Camera, titolare di attribuzioni proprie conferite dalla Costituzione, per la difesa delle quali lo strumento del conflitto tra poteri sembra appropriato.

Mentre, quanto meno nelle materie – a torto ritenute marginali – in cui la partecipazione del Senato è paritaria, la natura non elettiva e la composizione dell'assemblea rendono del tutto eventuale che vi sia un *idem sentire* politico tra le due Camere. Se mancasse, nessuna garanzia potrebbe trarsi dal testo approvato per un fluido e rapido svolgersi dell'*iter* legislativo.

Quanto alla semplificazione istituzionale, il punto di rilievo è dato dall'attribuzione del rapporto di fiducia alla sola Camera dei deputati. Ma va ancora sot-

tolineato che allo stesso risultato poteva certamente giungersi mantenendo il carattere elettivo del Senato. Mentre, di fronte agli errori e alle aporie di una pesantissima riforma, sarebbe stata alla fine preferibile una scelta radicale di monocameralismo.

### 4. Riforma costituzionale e *Italicum*

Una valutazione compiuta della riforma costituzionale non è possibile senza considerare l'interazione con la legge elettorale già approvata (legge 52/2015). E questo non tanto perché l'*Italicum* anticipa la riforma stessa, riguardando la sola Camera dei deputati. Per tale profilo una integrazione non presenterebbe particolari difficoltà. Piuttosto, per la sinergia perversa tra l'impianto della riforma costituzionale e quello del sistema elettorale adottato.

L'*Italicum* riprende e ribadisce i vizi che avevano condotto la Corte costituzionale alla dichiarazione di illegittimità del *Porcellum*<sup>32</sup>. La sentenza 1/2014 fulminava la legge elettorale in specie perché il premio di maggioranza senza soglia ledeva il principio di rappresentanza, e la lista bloccata colpiva la libertà di voto.

È mera apparenza che l'*Italicum* superi le censure della Corte. È ben vero che si introduce una soglia del 40% per l'attribuzione del premio di 340 seggi nella Camera dei deputati. Ma è anche vero che se nessuno raggiunge la soglia si va a un ballottaggio tra le prime due formazioni politiche, quali che siano i voti conseguiti, e dunque senza soglia alcuna. A chi vince vanno i 340 seggi.

Allo stato, in un sistema ormai orientato almeno in senso tripolare, è questa la prospettiva che possiamo definire prevedibile e normale. La domanda è: ma la situazione che poteva realizzarsi con il *Porcellum* – forte disproporzionalità tra consensi reali e seggi assegnati – può riprodursi con l'*Italicum*? Non sembra dubbio che la risposta sia positiva. Anzi, con l'aggravante che l'*Italicum* assegna il premio di maggioranza alla singola lista, e non alla coalizione. E dunque in ultima analisi aggiungendo una forte torsione in chiave bipartitica.

Il mantra ossessivamente portato a sostegno dell'impianto dell'*Italicum* è stato il conoscere chi ha vinto la sera stessa del voto. Si nota anzitutto che nessun sistema elettorale garantisce in termini assoluti un simile risultato, rimanendo comunque possibile che il conformarsi del sistema politico ne produca co-

30. In specie, artt. 70-72, come sostituiti o modificati dagli artt. 10, 11 e 12 AC 2613-D.

31. Art. 70 e 72 Cost., come sostituiti dall'AC 2613-D, artt. 10 e 12.

32. Per un'analisi v. il mio *La legge 52/2015 (Italicum): da pochi voti a molti seggi*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 22 giugno 2015.

munque uno diverso. Persino lo storico bipartitismo britannico si è evoluto nel tempo fino a rendere inevitabile nella scorsa legislatura un faticoso governo di coalizione. Inoltre, una cosa è vincere, altra è governare. Il primo obiettivo si può anche raggiungere tarocando i numeri parlamentari. Ma per il secondo non è possibile taroccare i consensi reali. Ciò è in specie vero in un sistema politico assestato su un modello tripolare, e non più bipolare, come il nostro. Assegnare con artifici la vittoria a uno dei poli insieme a una maggioranza di seggi, con una simultanea forzata riduzione della rappresentanza degli altri due, non può negare la realtà di un Governo verso il quale in parte prevalente gli elettori non hanno espresso un consenso.

Il forte premio di maggioranza alla singola lista a seguito di ballottaggio senza soglia apre dunque la via a Governi blindati da numeri parlamentari posticci, ma sostenuti da un ridotto consenso reale. Governi a vocazione minoritaria, padroni di un'Assemblea addomesticata non solo dallo stravolgimento della rappresentanza determinato dal premio, ma anche dal mantenimento di un'ampia quota di parlamentari nominati derivanti dal voto bloccato sui capilista.

A questo si aggiunge la soglia per l'accesso al seggio parlamentare, che, pur abbassata al 3%, si mostra in ogni caso non necessaria ai fini della governabilità. Questa è già assicurata dal premio, e dunque la soglia si configura come una ulteriore distorsione, che per essere non necessaria suscita dubbi di incostituzionalità. Infatti, la governabilità è stata definita dalla Corte costituzionale come obiettivo costituzionalmente rilevante e da bilanciare con la rappresentatività delle Assemblee. Ma il diverso fine di tendere alla semplificazione forzata del panorama politico con la scomparsa dei partiti minori è altra cosa, non riconducibile a obiettivi costituzionalmente rilevanti, e forse anche in contrasto con il diritto di associarsi in partiti per concorrere a determinare la politica nazionale di cui all'art. 49 della Costituzione. E non sarà male ricordare che persino il già citato sistema britannico, fondato su una rigida ingessatura elettorale in chiave maggioritaria, vede nell'assemblea legislativa anche parlamentari eletti con poche migliaia di voti.

Lo scenario che si prefigura è quello di un'assemblea dominata in virtù degli artifici elettorali da un singolo partito, anche se sostenuto da un ridotto consenso nel Paese, e in specie dal *leader* di quel partito. Una illusione di stabilità unitamente a una forte concentrazione e verticalizzazione del potere, ed a un radicale indebolimento della rappresentatività del Parlamento. È questo il contesto in cui vanno valutati sia l'azzeramento del Senato elettivo – elemento

cruciale di perdita di rappresentatività del sistema nel suo complesso – sia l'introduzione di istituti fin qui ignoti nella nostra esperienza, come il voto a data certa su richiesta del Governo<sup>33</sup>. In tale ultimo modo si consegna nelle mani del Governo un pervasivo strumento di controllo dell'Agenda parlamentare. La scelta di sancirlo con norma costituzionale ha il senso di rendere necessario e strutturale il cambiamento nel rapporto tra l'Assemblea e l'Esecutivo, che non viene lasciato alla relativa maggiore flessibilità di un Regolamento parlamentare.

L'osservanza dei principi sanciti dalla Corte costituzionale nella sentenza 1/2014 avrebbe dovuto suggerire indirizzi radicalmente diversi nella scrittura della legge elettorale. Era anzitutto disponibile il cd *Consultellum*, dato dalla normativa di risulta derivante dalla sentenza stessa e configurato come un proporzionale di lista e preferenza. Oppure sarebbe stata possibile la scelta di un modello alla tedesca, misto di collegi uninominali e liste brevi bloccate, con soglia al 5% ed esito finale proporzionale quanto al riparto dei seggi tra le forze politiche. Ma, pur avendo dato ottima prova quanto a stabilità e governabilità nella Repubblica federale, non avrebbe garantito un vincitore il giorno stesso del voto. Lo stesso peccato originale avrebbe segnato il ritorno al *Mattarellum*, maggioritario uninominale di collegio con quota proporzionale, che pure aveva dato nella nostra esperienza esiti migliori del *Porcellum*. Quanto meno, aveva assicurato una più accettabile qualità del ceto politico parlamentare e un soddisfacente radicamento delle istituzioni. Ma, a quanto è dato sapere, l'*Italicum* discende direttamente dall'accordo Renzi-Berlusconi, e come tale è stato circondato da una pretesa di intoccabilità. Al punto di giungere alla forzosa sostituzione di componenti dissenzienti in Commissione, e a pesanti forzature di prassi e Regolamenti nel lavoro d'aula, com'è accaduto con il cd maxicanguro per stroncare l'ostruzionismo, e la questione di fiducia su una materia come la legge elettorale, che avrebbe dovuto ritenersi ad essa sottratta.

È particolarmente grave che sia stata persa l'occasione di scrivere una legge elettorale meno stravolgente per i canoni della forma di Governo parlamentare e della stessa democrazia. Mentre è chiaro come dalle norme costituzionali ed elettorali unitamente considerate venga un indebolimento del sistema complessivo di *checks and balances*. Il numero limitato di componenti riduce il peso del Senato nelle sedute comuni delle due Camere per l'elezione del Capo dello Stato e dei membri laici del Csm, mentre esalta il ruolo dell'Assemblea elettiva e del partito gonfiato dal premio di maggioranza che in essa è dominante.

33. Art. 72, u.co, come sostituito dall'AC 2613-D, art. 12.

La stessa censura può essere avanzata per l'elezione di tre giudici costituzionali attribuita alla Camera dei deputati, mentre la carente rappresentatività e la probabile bassa qualità del ceto politico fanno dubitare della saggezza di aver attribuito al Senato la scelta separata di altri due giudici. E questo anche a non voler considerare che la Corte costituzionale non dovrebbe essere configurata come sede di rappresentanza di interessi in senso proprio territoriali.

Ma è sul piano della stessa revisione della Costituzione che vengono i dubbi maggiori. Premio di maggioranza, ballottaggio e 340 seggi garantiti nella Camera dei deputati avvicinano pericolosamente la Carta fondamentale alla disponibilità da parte di un singolo partito, anche se largamente minoritario nel Paese. Una condizione che indebolisce in prospettiva la Costituzione e ne mina la rigidità, unanimemente considerata come pietra angolare del sistema, ed essenziale difesa dei diritti, delle libertà, della democrazia. La vocazione minoritaria si estende dai Governi alla stessa Costituzione.

### 5. Gli strumenti di democrazia diretta

Gli effetti negativi sopra descritti avrebbero potuto almeno essere temperati da un irrobustimento degli strumenti di democrazia diretta. È invece accaduto il contrario.

Sono state triplicate a 150.000 le firme richieste per la proposta di legge di iniziativa popolare, che rimane comunque pienamente rimessa alla decisione parlamentare<sup>34</sup>. In altri Ordinamenti è ad esempio consentita la diretta sottoposizione a *referendum* della proposta di legge, quanto meno nel caso di rigetto o modifica nella sede legislativa.

Quanto al *referendum*, si conferma la natura unicamente abrogativa, rinviando ogni altra ipotesi – come il *referendum* propositivo e di indirizzo – ad una futura (e ovviamente incerta) legge costituzionale, e a una successiva legge bicamerale per le modalità di attuazione<sup>35</sup>. Nulla impediva di prevedere già nella riforma in modo puntuale l'ampliamento a forme nuove, lasciando l'ulteriore disciplina alla legge ordinaria, come è per la legge n. 352/1970. La scelta fatta è puramente di facciata.

Sostanzialmente di facciata è altresì l'abbassamento del *quorum* di validità del *referendum* abrogativo alla metà più uno dei votanti alle ultime elezioni politiche<sup>36</sup>. Un vantaggio che potrebbe essere impor-

tante, visto che il *quorum* di partecipazione è ormai decisivo in un Paese in cui l'astensionismo elettorale è stabilmente collocato tra il 35 e il 40% degli aventi diritto. Ma tale vantaggio viene inspiegabilmente legato al raggiungimento di almeno 800.000 firme a sostegno dei quesiti. Con ciò introducendo nel dettato costituzionale una intrinseca irrazionalità. Se si considera un principio sufficiente, nella condizione data della politica e delle istituzioni, una partecipazione al voto referendario più bassa di quella prevista nell'art. 75 Cost. vigente, non c'è ragione di differenziare in base alle firme a sostegno dei quesiti. La raccolta delle firme è solo il momento di avvio del procedimento referendario, mentre il voto popolare che lo conclude rimane un dato autonomo rispetto alla richiesta. La partecipazione al voto o è adeguata a certificare la volontà popolare, o non lo è. Non si vede alcun motivo razionale per cui quella volontà possa essere certificata da un minor numero di elettori nel caso in cui le firme a sostegno dei quesiti siano state più numerose. Ciò è particolarmente vero in un momento che vede sostanzialmente dissolte o indebolite le organizzazioni di massa, con una conseguente maggiore difficoltà nella raccolta delle firme.

### 6. Un argine alle cattive riforme: i referendum

Le scelte fin qui illustrate rendono la proposta Renzi-Boschi inaccettabile, e stravolgente rispetto alla Costituzione repubblicana nata dalla Resistenza. Non bastano a bilanciare il giudizio negativo alcuni contenuti della proposta meno inaccettabili. Sopprimere il Cnel – inutile superfetazione istituzionale – è una ovvietà ripetutamente proposta anche in passato. In parte condivisibile è poi la stretta sul versante del rapporto Stato-Regioni, a correzione parziale della pessima riforma varata nel 2001 dal centrosinistra in vano inseguimento di pulsioni leghiste sui temi di un federalismo d'accatto.

Ma nel complesso la riforma costituzionale, insieme alle altre, produce l'effetto di togliere spazio vitale alla democrazia, e di concentrare il potere su Palazzo Chigi ed in specie sul primo ministro *leader* del partito vincente nella competizione elettorale. Effetto ancora accentuato da altre riforme messe in campo, come quella della Rai e della Pubblica amministrazione.

Poiché è inutile pensare a un recupero con il Parlamento del *Porcellum*, ed è prevedibile che quello dell'*I-*

34. Art. 71, come modificato dall'AC 2613-D, art. 11, lett. b).

35. Art. 71, come modificato dall'AC 2613-D, art. 11, lett. c).

36. Art. 75, come sostituito dall'AC 2613-D, art. 15.

*talicum* sia anche peggiore, l'unica via a disposizione rimane quella referendaria. È anche la sola che Renzi mostra in qualche misura di temere, come si trae dalla torsione plebiscitaria sul referendum costituzionale e dall'invito ad andare al mare per quello sulle trivelle, ad arte fissato al 17 aprile senza abbinamento con le amministrative per favorire l'astensione. Il voto popolare sulla riforma assume dunque una decisiva importanza per la stessa impostazione data dal *premier*.

Va però sottolineato che non basterebbe una vittoria dei no nel referendum confermativo a garantire nuovo ossigeno a una democrazia in apnea. La riduzione degli spazi di confronto e di partecipazione democratica è già in atto essendo vigente la Costituzione del 1948. Bloccare la sola riforma Renzi-Boschi non basterebbe di per sé a invertire la tendenza. Bisogna quanto meno affiancare alla battaglia referendaria sulla nuova Costituzione un voto popolare tendente alla radicale correzione della legge elettorale, nell'am-

bito di una più ampia stagione referendaria contro le leggi emblematiche del renzismo: scuola, lavoro, ambiente.

Non è una strategia passatista, in un momento in cui gli strumenti di democrazia diretta si mostrano cedenti. È una via dettata dalla necessità. Viviamo un tempo di sostanziale dissolvimento delle organizzazioni di partito, di personalizzazione estrema della politica, di marginalizzazione dei sindacati, di sordità delle istituzioni. I canali di partecipazione democratica e di rappresentanza fino a ieri disponibili si sono ristretti o prosciugati. Vanno ricostruiti con un lavoro politico di lunga lena. Quali alternative ha un popolo che vuole essere composto di cittadini e non di sudditi, che vuole difendere la sovranità concessa dalla Costituzione? Sapendo che se il tentativo dovesse fallire, e le strategie di riforma messe in campo si consolidassero, nulla sarebbe più come un tempo, o come vorremmo che fosse.

## *Italicum* e “Riforma” costituzionale: costruzione mediatica e realtà\*

di Livio Pepino

Lungi dall'essere un'operazione manutentiva di ingegneria istituzionale, la “riforma” della Costituzione e l'*Italicum* realizzano un frattura profonda rispetto al sistema disegnato dalla Carta del '48.

Non all'insegna del nuovo ma di una piena continuità con il disegno centralizzatore e antidemocratico che ha segnato gli ultimi decenni della vita del Paese portando alla definizione, di fatto, di una diversa costituzione materiale.

Ne costituiscono univoca manifestazione la concentrazione del potere politico nelle mani del partito più votato (anche se, potenzialmente, minoritario), la riduzione del Parlamento a organo prevalentemente di nominati e a sede di ratifica delle decisioni del Governo, il depotenziamento delle autonomie locali e degli organi di controllo e l'indebolimento degli istituti di democrazia diretta.

Gli slogan *nuovisti* e i luoghi comuni sulla necessità di un non meglio precisato cambiamento non bastano a mascherare il senso dell'operazione, che è quello di sostituire la democrazia rappresentativa e partecipativa prevista dalla Carta del 1948 con una *democrazia di investitura* nella quale chi vince prende tutto e i cittadini sono ridotti a uno *status* prossimo a quello di sudditi, sempre più atomizzati, isolati l'uno dall'altro, dediti essenzialmente alla ricerca del proprio utile.

### 1. Premessa

Tra il maggio 2015 e l'aprile 2016 la maggioranza parlamentare ha varato un nuovo sistema elettorale per la Camera dei deputati (legge 6 maggio 2015 n. 52, nota nel linguaggio giornalistico come *Italicum*) e

la modifica di 47 articoli della Costituzione (legge costituzionale pubblicata sulla Gazzetta ufficiale del 15 aprile 2016<sup>1</sup>). Si tratta di interventi normativi strettamente connessi<sup>2</sup>, tanto imponenti sotto il profilo quantitativo quanto approssimativi sul piano tecnico ed *eversivi* su quello politico.

\* Il testo costituisce lo sviluppo, con approfondimenti e integrazioni, dello scritto *Falsi e verità su Italicum e Costituzione*, pubblicato in Aa.Vv., *Modifiche costituzionali e Italicum. Io dico no*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2016, pp. 33 ss.

1. Tale legge, approvata dal Senato in seconda lettura con una maggioranza inferiore ai due terzi dei componenti, è, mentre scrivo, in attesa del referendum confermativo/oppositivo richiesto da un quinto dei componenti la Camera dei deputati ai sensi dell'articolo 138 Costituzione.

2. Il carattere di progetto politico unitario dei due testi è espressamente rivendicato dai loro artefici e, del resto, il *continuum* tra sistema costituzionale e legge elettorale è una costante nella nostra vicenda istituzionale a cominciare dalla Costituzione del '48, nel licenziare la quale l'Assemblea approvò un ordine del giorno in favore del sistema elettorale proporzionale (così evidenziando, pur senza costituzionalizzare alcun sistema, la connessione qui segnalata). Merita sottolineare anche che la stessa contestualità ha caratterizzato, da ultimo, la riforma costituzionale approvata il 16 novembre 2005 (poi non entrata in vigore perché respinta dal referendum del 25-26 giugno 2006) e la legge elettorale 21 dicembre 2005 n. 270, rimasta in vigore, dopo l'esito referendario, fino alla dichiarazione di incostituzionalità di cui alla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 13 gennaio 2014.

La legge elettorale, approvata facendo ricorso a inedite forzature regolamentari<sup>3</sup>, affianca alla disinvolta previsione di istituti di importazione rivisitati al peggio (come il ballottaggio tra partiti e senza soglie di accesso e un premio di maggioranza a dir poco abnorme), imprecisioni tecniche clamorose e foriere di gravi incertezze interpretative e di vere e proprie impossibilità applicative. Basti ricordarne l'articolo 1 che, nel regolamentare il premio di maggioranza, dispone che «sono attribuiti comunque 340 seggi alla lista che ottiene, su base nazionale, almeno il 40 per cento dei voti validi», senza prendere in considerazione l'ipotesi che tale soglia sia superata da due partiti<sup>4</sup>... Né è da meno la «riforma» costituzionale, consistente in un *mix* di approssimazioni e oscurità concettuali, assai più simile a una (brutta) finanziaria o a un decreto mille proroghe che alla legge fondamentale della Repubblica. Basti ricordarne l'articolo 57, in tema di composizione e sistema elettorale del Senato (la cui imprecisione e insufficienza è ammessa persino dagli estensori che rinviano, con irresponsabile candore, alla interpretazione che ne darà la legge di attuazione), o l'articolo 70, sulla funzione legislativa (che sostituisce l'originario chiarissimo testo, lungo appena un rigo, con sei commi, il primo dei quali di ben 195 parole, densi di rinvii e di costruzioni sintattiche a dir poco ardite).

Agevole, dunque, una critica sul piano tecnico giuridico o linguistico e impietoso il confronto con la Carta del 1948 (scritta in modo comprensibile a tutti e oggetto di valutazioni unanimemente lusinghiere, anche senza indulgere alla retorica della «Costituzione più bella del mondo»). Ma c'è chi, pur non contestando l'impresentabilità del testo, fa sfoggio di realismo e riporta l'approssimazione della prosa e della tecnica legislativa utilizzate ai tempi bui e complessi in cui viviamo, aggiungendo che tale situazione impone di smettere di rimpiangere una Costituzione che, nei fatti, non c'è più e di misurarsi piuttosto con il nuovo che

incombe e con le sfide che ne derivano. È questo il terreno più delicato di confronto. E occorre accettarlo misurandosi con quanto è accaduto nel Paese negli ultimi decenni, con le trasformazioni intervenute nella nostra costituzione materiale, con il futuro che si prospetta.

## 2. Crisi politico-istituzionale e costituzione materiale

Conviene partire dai fatti.

Ci sono, nell'architettura della Carta del '48, due concetti/obiettivi fondamentali: l'eguaglianza e la partecipazione, chiave di volta di quell'art. 3, secondo comma, che attribuisce alla Repubblica il «compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». E c'è un assetto istituzionale coerente con tali obiettivi: molteplicità degli istituti di democrazia rappresentativa e finanche diretta, centralità del Parlamento (collocato in posizione di supremazia rispetto al Governo), ruolo di garanzia del presidente della Repubblica (estraneo al circuito dell'indirizzo politico e delle connesse decisioni), bilanciamento dei poteri e previsione di maggioranze qualificate per la nomina degli organi di garanzia, attribuzione di ampie competenze alle autonomie locali, espresso richiamo ai partiti politici e alle organizzazioni intermedie e via elencando.

È vero: ciò è oggi, nei fatti, un lontano ricordo. L'impoverimento diffuso, la crescita delle differenze economiche, il tramonto dell'idea stessa di piena occupazione, l'abbattimento del welfare, la sostituzione dello Stato sociale con lo Stato penale, la subordinazione della politica all'economia e ai poteri forti interni e internazionali, in una parola le trasformazioni socioeconomiche degli ultimi decenni<sup>5</sup> hanno, infatti,

3. Tale è, per esempio, il ricorso al cosiddetto emendamento «canguro» proposto dal senatore Esposito, sconosciuto nella nostra storia parlamentare e di dubbia legittimità (pur se ammesso dalla presidenza del Senato in un contesto di pesantissima pressione del Governo e della maggioranza parlamentare). L'emendamento, riproducendo l'intera legge ed essendo votato per primo, ha comportato la decadenza di tutti gli altri in quanto relativi a un testo formalmente superato (seppur riprodotto tale e quale).

4. L'ipotesi può oggi apparire scolastica per il carattere tripolare (o multipolare) che ha assunto il nostro sistema ma in prospettiva non lo è affatto ché, per esempio, nelle elezioni politiche del 2006 l'Unione di Prodi ottenne il 49,72 per cento dei voti e la Casa delle libertà il 49,20 per cento. Superfluo dire che in una materia delicata come quella elettorale sarebbe arduo e fonte di tensioni gravissime sostenere che il legislatore voleva dire (come pure è probabile) una cosa diversa da quella che ha scritto, e cioè che il premio di maggioranza compete solo a uno dei due partiti che «hanno ottenuto almeno il 40 per cento dei voti validi».

5. Tappe e modalità di questa trasformazione sono state descritte, con significativa (seppur tardiva) autocritica, finanche da uno dei suoi protagonisti: «[Negli anni di governo dell'Ulivo, ndr] il cambiamento della società è continuato secondo le linee precedenti: una crescente disparità nella distribuzione dei redditi, un dominio assoluto e incontrastato del mercato, un diffuso disprezzo del ruolo dello Stato e dell'uso delle politiche fiscali, una presenza sempre più limitata degli interventi pubblici di carattere sociale [...]. Vent'anni fa una mia semplice osservazione che la differenza di remunerazione da uno a quaranta tra il direttore e gli operai di una stessa azienda era eccessiva,

prodotto delle prassi politiche, una regolazione dei rapporti sociali e un assetto normativo sempre più lontani dal progetto egualitario ed emancipatorio scritto nella prima parte della Costituzione. Anche sul versante delle istituzioni e della rappresentanza il cambiamento è stato radicale: si è ribaltato il rapporto tra Parlamento e Governo, con assunzione, da parte di quest'ultimo di un ruolo di inedita supremazia e sua trasformazione di fatto in gabinetto del *premier* (con una curvatura personalistica culminata nella indicazione del *leader* sulle schede elettorali)<sup>6</sup>; l'adozione di leggi elettorali di crescente impostazione maggioritaria e la sottrazione ai cittadini della scelta dei rappresentanti (demandata alle burocrazie dei partiti attraverso la designazione dei capilista e il voto bloccato) hanno intaccato la funzione rappresentativa del Parlamento; la decretazione d'urgenza del Governo, prevista come eccezione, è diventata regola con l'avvallo del capo dello Stato e un'assai timida resistenza della Corte costituzionale; il presidente della Repubblica è prepotentemente entrato, durante la lunga presidenza di Giorgio Napolitano, nel circuito di governo con ripetuti e abnormi interventi sull'indirizzo politico e sulla composizione e durata dei governi; gli organi di garanzia, a cominciare dalla Corte costituzionale e dal Consiglio superiore della magistratura, sono stati gravemente feriti da mancate o ritardate nomine di spettanza parlamentare e da designazioni dettate da esclusivi calcoli politici, a prescindere dai richiesti requisiti di autorevolezza e competenza. Si potrebbe continuare, ma tanto basta a dimostrare l'entità delle trasformazioni intervenute negli ultimi decenni.

Superfluo dire che tutto ciò ha inciso anche sulla cultura politica e sui comportamenti individuali e collettivi determinando un'ulteriore involuzione del

sistema: la corruzione segna oggi più che mai tutti i gangli della vita pubblica<sup>7</sup> sino a diventarne una componente strutturale (vanificando, oltre a elementari principi etici e giuridici, la prospettiva, evocata nell'articolo 54, secondo comma, della Carta, di una Repubblica nella quale «i cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore»); i partiti si sono trasformati in semplici comitati elettorali, diretti, per lo più, da veri e propri «capi» e privi di regole e di dialettica interna (anche qui in difformità dal modello costituzionale secondo cui, come recita l'articolo 49, «tutti i cittadini hanno il diritto di associarsi liberamente per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale»); la partecipazione alla cosa pubblica (enunciata come fondamento della Repubblica nell'articolo 1, secondo comma, della Carta, in forza del quale «la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione») è diventata un *optional*, disincentivato da norme e prassi che hanno, alla fine, prodotto disaffezione e fuga dal voto, nella indifferenza (o finanche nell'ostentato sollievo<sup>8</sup>) della politica.

All'esito di questo percorso, dunque, la Costituzione del 1948 è scritta solo sulla carta mentre altra, diversa e talora antitetica, è la costituzione materiale con cui si misurano quotidianamente i cittadini.

### 3. Quando il metodo è sostanza

Sarebbe, peraltro, improprio trarre da ciò la giustificazione (o addirittura ritenere l'ineluttabilità) degli interventi legislativi in esame. A fronte dell'aggravarsi della crisi economica, sociale e istituzionale del Paese, infatti, la politica aveva ed ha davanti a sé

---

aveva causato scandali e discussioni a non finire. Oggi nessuno si stupisce del fatto che questa differenza sia in molti casi da uno a quattrocento» (così R. Prodi, *Riformisti, il coraggio di parlare controcorrente*, *Il Messaggero*, 15 agosto 2009).

6. Di tale curvatura personalistica è espressione anche il cumulo, ormai consolidato, delle funzioni di presidente del Consiglio e di *leader* del partito di maggioranza («capo» in senso tecnico nel caso di Berlusconi, segretario politico nel caso di Renzi): fatto pressoché inedito nella nostra vicenda istituzionale fino agli anni Novanta, salvo i casi, discussi e limitati nel tempo, di Amintore Fanfani (che ricoprì contemporaneamente i due incarichi per un periodo di poco più di sette mesi, dal 1 luglio 1958 al 15 febbraio 1959) e di Ciriaco De Mita (che fu insieme segretario della Democrazia cristiana e presidente del Consiglio per circa dieci mesi, dal 13 aprile 1988 al 22 febbraio 1989), mentre Aldo Moro lasciò la segreteria del partito, nel gennaio 1964 subito dopo avere assunto (il 4 dicembre precedente) l'incarico di presidente del Consiglio.

7. Significativo il giudizio di uno dei pubblici ministeri che condussero negli anni Novanta le indagini di Tangentopoli (considerate, allora, come una fonte di rigenerazione del sistema): «Mani pulite è stata inutile, ma anche controproducente. Inutile perché non mi pare che abbia causato un contenimento della corruzione. Controproducente perché ha confermato il senso di impunità che già prima accompagnava questo tipo di reati» (Gh. Colombo, in G. Barbacetto - P. Gomez - M. Travaglio, *Mani pulite. La vera storia*, Editori Riuniti, Roma, 2002, p. 678-679).

8. Sbalorditivo, per esempio, è stato il commento di Matteo Orfini sull'esito delle primarie per il candidato sindaco del Partito democratico a Roma del 6 marzo 2016 (*la Repubblica*, 7 marzo 2016). A fronte del crollo dei votanti rispetto alle primarie del 2013 (da oltre 100.000 a circa 43.000) il presidente del Pd ha, infatti, dichiarato: «A Roma nel 2013 era andata più gente ai gazebo, ma erano i 100mila delle truppe cammellate dei capibastone poi arrestati, del pantano che portò a Mafia Capitale, delle file di rom», con un giudizio assai poco lusinghiero sulla connotazione etica e sociale della metà degli aderenti o dei simpatizzanti del suo partito, almeno fino a ieri e nella città di Roma...

una pluralità di opzioni. Due, in particolare: avviare interventi di *manutenzione* della Carta capaci di ripristinarne/rilanciarne il carattere partecipativo e inclusivo (senza inutili *amarcord*, ma con un realismo attento ai valori e agli obiettivi) o dare copertura costituzionale *ex post* ai cambiamenti intervenuti nella prassi e incentivarli ulteriormente.

Ebbene, la scelta sottostante alle attuali “riforme” è, in maniera univoca, quest’ultima. Lo dimostrano i tratti fondamentali del progetto ad esse sotteso e, prima ancora, il percorso politico e le modalità con cui la Carta fondamentale è stata modificata: iniziativa del Governo<sup>9</sup>, approvazione da parte di un Parlamento privo di legittimazione<sup>10</sup>, spaccatura verticale delle Camere (e del Paese) nel dibattito e nel voto<sup>11</sup>, *iter* parlamentare caratterizzato da artifici e colpi di mano<sup>12</sup>.

Ciò, lungi dall’essere una semplice questione di metodo, incide profondamente sul senso della Costituzione, sul suo rapporto con la società, sulla concezione stessa della democrazia. Le costituzioni contemporanee (non a caso definite “rigide”, cioè

modificabili solo con maggioranze qualificate e procedure rafforzate), tracciano, infatti, il quadro delle regole condivise all’interno del quale si svolgono il confronto e, occorrendo, lo scontro politico. Così è stato per la nostra Carta del ‘48, che ha trasformato un Paese diviso e lacerato (dal ventennio fascista, dalla guerra e dallo stesso referendum istituzionale) in una *casa comune*, riconosciuta come propria – pur nelle profonde differenze ideali, politiche, economiche e sociali – dalla generalità dei cittadini<sup>13</sup>. Questa impostazione, poi, ha condizionato tutti i processi parlamentari tesi al cambiamento della Carta, fino alla Commissione bicamerale per le riforme istituzionali istituita con legge 24 gennaio 1997 e presieduta dall’onorevole D’Alema, i cui lavori si conclusero senza alcun intervento modificativo (pur in presenza di un progetto di riforma ampiamente discusso) perché, come ebbe ad annunciare il presidente della Camera nella seduta del 9 giugno 1998, l’ufficio di presidenza della Commissione «ha preso atto del venire meno delle condizioni politiche per la prosecuzione della discussione»<sup>14</sup>.

---

9. L’iniziativa del Governo è la prima anomalia della “riforma”, ché la Costituzione, definendo il quadro dei diritti di tutti e le regole della dialettica politica, è estranea, per definizione, alle attribuzioni e all’iniziativa dell’Esecutivo. A questo principio si attenne rigorosamente, per esempio, in sede di assemblea costituente, l’allora presidente del Consiglio De Gasperi, intervenuto una sola volta nel corso dei lavori (con riferimento al futuro articolo 7 della Carta) e, ostentatamente, dal suo seggio di deputato e non nel ruolo di capo del Governo.

10. L’attuale Parlamento è stato, infatti, eletto con il sistema previsto dalla legge n. 270 del 2005 (nota come “legge Calderoli”) dichiarata incostituzionale dalla Consulta con la sentenza n. 1 del 2014 per l’«alterazione profonda della composizione della rappresentanza democratica» da esso prodotta, con conseguente violazione del principio della sovranità popolare. È ben vero che, in tale sentenza, la Corte ha precisato – come ovvio, in base ai principi generali – che la declaratoria di incostituzionalità non si estende «agli atti che le Camere adotteranno prima di nuove consultazioni elettorali», dato che esse «sono organi costituzionalmente necessari ed indefettibili e non possono in alcun momento cessare di esistere o perdere la capacità di deliberare», ma ciò nulla toglie alla carenza di legittimazione *politica* (tanto più ai fini di una modifica della Costituzione) di un Parlamento eletto con un sistema che «altera la rappresentanza democratica». Ciò è confermato, oltre che dai principi generali (che attribuiscono agli organi in *prorogatio* per ragioni di continuità istituzionale la sola ordinaria amministrazione), dalla stessa esemplificazione della Corte circa gli atti (limitati e tassativi) rientranti nelle attribuzioni delle Camere *decadute*: «la *prorogatio* dei poteri finché non siano riunite le nuove Camere» (articolo 61 Costituzione) e la convocazione e la riunione delle Camere anche se sciolte per la conversione in legge di decreti-legge adottati dal Governo (articolo 77, secondo comma, Costituzione)».

11. Nelle due letture del Senato, il 13 ottobre 2015 e il 20 gennaio 2016, il disegno di legge ha avuto, rispettivamente, 178 e 180 voti favorevoli a fronte della maggioranza minima richiesta di 158. Nella votazione finale alla Camera del 12 aprile 2016, poi, i voti favorevoli sono stati 361 a fronte di una maggioranza minima richiesta di 316 (dovendosi, peraltro, tener conto che la coalizione di maggioranza relativa ha ottenuto, nelle elezioni del 24-25 febbraio 2013, ben 340 seggi a fronte di una percentuale di consensi del 29,55 per cento).

12. Non diversamente sono qualificabili le pressioni sui senatori dissenzienti (e la sostituzione autoritativa, nella Commissione riforme costituzionali del Senato, dei refrattari alla disciplina imposta), il ripetuto ricorso al voto di fiducia su punti fondamentali del disegno di legge (del tutto improprio in materia costituzionale) e gli *escamotages* (a cominciare dall’“emendamento canguro” proposto dal senatore Cociancich) che hanno determinato la caducazione di migliaia di emendamenti, precludendone la discussione e il voto.

13. Merita ricordare che la Costituzione del ‘48 venne predisposta da un’apposita Assemblea costituente eletta con un sistema rigorosamente proporzionale che tenne i suoi lavori dal giugno 1946 alla fine dell’anno successivo e approvò il testo finale, il 22 dicembre 1947, con 453 voti favorevoli su 515. Il dibattito in sede di Assemblea fu a volte aspro e vide l’emergere di posizioni assai divaricate ma si pervenne, all’esito dei lavori, a una sintesi ampiamente condivisa, attestata, appunto dal voto. Particolarmente significativo è il fatto che anche la rottura dell’unità antifascista e l’estromissione delle sinistre dal Governo, intervenute nel maggio del 1947, non ebbero ricadute sul “patto” costituzionale, come ebbe a dire, nella dichiarazione di voto finale per conto del Partito comunista, l’onorevole Togliatti che usò parole di profondo significato istituzionale: «Noi siamo fuori del Governo ma dentro la Costituzione».

14. Tale stringato comunicato enuncia con chiarezza il principio che la mancanza di un livello significativo di convergenza delle forze politiche osta, in considerazione del carattere delle regole costituzionali, alla loro riscrittura. Il principio è stato letteralmente capovolto nella



Questa concezione ha cominciato a scricchiolare con l'avvento della cosiddetta seconda Repubblica sotto i colpi di forze politiche estranee al progetto costituzionale del 1948. Si deve, infatti, al costituzionalista di riferimento della Lega, Gianfranco Miglio, la teorizzazione, risalente al 1994, secondo cui «è sbagliato dire che una Costituzione deve essere voluta da tutto il popolo. Una Costituzione è un patto che i vincitori impongono ai vinti. Qual è il mio sogno? Lega e Forza Italia raggiungono la metà più uno. Metà degli italiani fanno la Costituzione anche per l'altra metà. Poi si tratta di mantenere l'ordine nelle piazze»<sup>15</sup>. L'affermazione, pur percepita in allora come eversiva, non ha tardato a trovare applicazione, in modo *bipartisan* con le modifiche della Costituzione approvate nel 2001 (relative al titolo V)<sup>16</sup> e nel 2006 (relative alla stessa forma del Governo e dello Stato)<sup>17</sup>. La strada verso una Costituzione *di parte* era ormai spianata<sup>18</sup>, anche se rimase, in allora, incompiuta per il carattere limitato della prima riforma e per la

bocciaura referendaria della seconda. Oggi, ove non prevalessero i No al *referendum*, il percorso sarebbe concluso con trasformazione della Costituzione, da casa comune, a “bottino di guerra” dei vincitori<sup>19</sup>.

### 4. Una novità vecchia di trent'anni

Non c'è, peraltro, solo il metodo. La continuità delle modifiche odierne con la deriva maggioritaria e autoritaria degli ultimi decenni (che ha avuto in controtendenza solo la modifica, intervenuta nel 2001, del titolo V della Costituzione, oggi significativamente ribaltato) sta anche, e soprattutto, nel merito. Bastino alcuni cenni sui profili più rilevanti.

*Primo.* Il sistema elettorale dettato per la Camera dei deputati prevede una curvatura maggioritaria assolutamente abnorme<sup>20</sup>, del tutto simile a quella prevista dalla legge Calderoli del 2005 (che ne costituisce l'unico precedente nel nostro Paese)<sup>21</sup> e priva di uguali

---

attuale vicenda, nella quale alcuni dei nuovi *padri costituenti* hanno leggiadramente affermato, quasi fosse una motivazione convincente sul piano giuridico e politico, che sarebbe stato *meglio* giungere a una soluzione condivisa ma che ciò non è stato possibile per la rottura, da parte dell'on. Berlusconi, del cosiddetto «patto del Nazzareno» che stava alla base del progetto di cambiamento.

15. Intervista a *L'Indipendente*, 25 marzo 1994.

16. La legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3 venne approvata in seconda lettura dalla Camera il 28 febbraio 2001 con 316 voti favorevoli e dal Senato l'8 marzo 2001 con 171 voti favorevoli. In entrambi i casi la richiesta maggioranza assoluta dei componenti le Camere venne superata di poche unità (appena 4 nel voto della Camera bassa). La legge venne poi sottoposta, il 7 ottobre 2001 a *referendum* confermativo. In esso votò il 34,4 per cento degli aventi diritto e i Sì prevalsero con il 64,2 per cento dei voti espressi (contro il 35,8 per cento di No).

17. Tale legge costituzionale venne approvata dal Senato in seconda lettura il 16 novembre 2005 con appena 12 voti in più della maggioranza assoluta richiesta. Anch'essa venne sottoposta a *referendum* confermativo il 25-26 giugno 2006. In tale occasione votò il 52,5 per cento degli aventi diritto e la legge di revisione costituzionale venne respinta con il 61,3 per cento di voti contrari e il 38,7 per cento di favorevoli.

18. A denunciarlo fu in allora, nella seduta del Senato di martedì 15 novembre 2005, un eminente senatore che, nel deplorare la circostanza che la riforma costituzionale fosse stata approvata dalla sola maggioranza, affermò: «il contrasto che ha preso corpo in Parlamento da due anni a questa parte [...] non è tra passato e futuro, tra conservazione e innovazione, come si vorrebbe far credere, ma tra due antitetiche visioni della riforma dell'ordinamento della Repubblica: la prima, dominata da una logica di estrema personalizzazione della politica e del potere e da un deterioro compromesso tra calcoli di parte, a prezzo di una disarticolazione del tessuto istituzionale; la seconda, rispondente a un'idea di coerente ed efficace riassetto dei poteri e degli equilibri istituzionali nel rispetto di fondamentali principi e valori democratici». Quel senatore era – ironia della sorte dato il suo ruolo di padre nobile della odierna riforma – Giorgio Napolitano.

19. Lo confermano i comportamenti e le dichiarazioni degli artefici della riforma. Esempari in tal senso sono le parole della ministra delle riforme istituzionali sui «veri e finti partigiani» e sull'assimilazione degli oppositori della riforma ai fascisti di Casa Pound, espressione di una cultura della divisione e dell'intolleranza ben più che incidente di percorso dovuto a una (pur evidente) inesperienza e incultura politica.

20. È questa abnormità il tratto peculiare del sistema previsto dall'*Italicum*, per nulla necessitato dall'indicazione in senso maggioritario emersa dal *referendum* del 18 aprile 1993 (posto che i sistemi maggioritari sono numerosi e, per lo più, dotati di elementi di riequilibrio, ad essi interni o esterni, tali da consentire una significativa rappresentatività degli organi con essi eletti).

21. Della legge Calderoli (elegantemente definita dal suo stesso artefice «una porcata» e universalmente criticata, prima ancora di essere dichiarata incostituzionale) l'*Italicum* costituisce copia conforme, salvo alcuni dettagli concernenti l'introduzione, al fine della attribuzione del premio di maggioranza, del ballottaggio tra le liste più votate, nel caso in cui nessuna abbia raggiunto il 40 per cento dei consensi, e la riduzione (in verità assai limitata) della *predeterminazione* degli eletti all'interno di ciascuna lista. Quanto ai precedenti remoti, i fautori del nuovo sistema mal tollerano i riferimenti alle precedenti leggi maggioritarie introdotte nel nostro sistema ma, a costo di urtare la loro suscettibilità, non si può omettere il richiamo alla legge Acerbo del 1923 e alla cosiddetta “legge truffa” del 1953, vivacemente criticate dalle sinistre (e non da esse soltanto) e tuttavia meno eversive dell'*Italicum* perché, almeno, subordinavano il pur improprio premio di maggioranza a *quorum* prestabiliti (rispettivamente del 25 e del 50 per cento dei voti espressi).

nel diritto comparato (che pure prevede molti sistemi maggioritari)<sup>22</sup>. In sintesi: si vota in 100 collegi plurinomiali e, su 630 deputati, 340, pari al 54 per cento del totale, vanno alla lista che ottiene il maggior numero di voti con due possibilità: a) al primo turno se un lista ottiene il 40 più uno per cento dei voti espressi; b) all'esito del ballottaggio tra le due liste che hanno ottenuto più voti, indipendentemente dalla percentuale raggiunta, se nessuna lista ha ottenuto il 40 per cento dei voti. In questo modo, con un gigantesco gioco di prestigio, si trasforma la minoranza più consistente del Paese in maggioranza assoluta del Parlamento<sup>23</sup> e si converte la democrazia da «governo dei più» in «governo dei meno»<sup>24</sup>. In concreto, infatti, diventa possibile (e anzi probabile) il controllo indisturbato della Camera da parte di una forza politica dotata di un consenso assai ridotto, che può corri-

spondere, in una situazione politica frammentata e con un gran numero di liste, a percentuali del 15 o del 20 per cento dei votanti (i quali, a loro volta, sono ormai, dopo l'avvento del sistema maggioritario, stabilmente attestati nel nostro Paese in poco più della metà degli aventi diritto)<sup>25</sup>. Evidenti le conseguenze pratiche di tale sistema e difficile non riandare alle ragioni di incostituzionalità esposte dalla Consulta nella sentenza n. 1/2014, con riferimento alla legge Calderoli<sup>26</sup>.

*Secondo.* Alla trasformazione artificiosa di una minoranza del Paese in maggioranza della Camera si accompagna, nella "riforma" costituzionale, una ristrutturazione del sistema parlamentare «incoerente e sbagliata»<sup>27</sup>. Il dichiarato intento di superare il «bicameralismo paritario», pur in astratto non censurabile o addirittura condivisibile<sup>28</sup>, ha, infatti,

---

22. Sul piano del diritto comparato i soli sistemi assimilabili all'*Italicum* sono, a detta degli stessi sostenitori della riforma, quelli di San Marino e dell'Armenia (all'evidenza incomparabili – per dimensione, storia e caratteri geopolitici dei relativi Stati – con il sistema italiano). Per il resto ci sono innegabilmente casi (seppur limitati) di attribuzione al partito più votato di un *premio*, ma mai tali da attribuire *automaticamente* la maggioranza dei seggi a una lista rimasta al di sotto del 50 per cento dei voti (magari di molti punti). Tra gli esempi più noti e a noi vicini c'è quello della Grecia, dove il partito più votato riceve un premio di 50 parlamentari (assai significativo ma non tale da attribuirgli in modo automatico la maggioranza assoluta dei seggi, come hanno dimostrato, per esempio, le ultime elezioni politiche).

23. Basti considerare che – come si è già accennato – nelle elezioni politiche del 24-25 febbraio 2013, svoltesi con il sistema previsto dalla legge Calderoli (antesignana dell'*Italicum*), la coalizione di centro sinistra ottenne la maggioranza assoluta dei seggi (340, appunto) a fronte di un consenso del 29,55 per cento dei votanti (mentre la coalizione di centro destra ebbe il 29,18 per cento dei voti e appena 124 seggi).

24. L'espropriazione degli elettori del diritto ad essere *fedelmente* rappresentati si completa, nell'*Italicum*, con la previsione dell'elezione automatica dei capilista dei partiti che ottengono uno o più seggi e della possibilità di candidature plurime come capilista (con conseguente "pilotaggio" dei subentri grazie al meccanismo della scelta del collegio di elezione).

25. Tale stortura non è in alcun modo corretta dal ballottaggio previsto nella nuova legge elettorale. Il ballottaggio, infatti, è un istituto storicamente utilizzato per la scelta dei singoli parlamentari (per lo più in collegi uninominali) o di cariche istituzionali disgiunte dall'elezione degli organi di rappresentanza (come accade, per esempio, per il presidente della Repubblica in Francia e in Austria). Merita segnalare, al riguardo, che il ballottaggio (così come l'elezione in unico turno di chi ha ottenuto più voti) in collegi plurinomiali, ancorché espressione classica dei sistemi maggioritari, realizza per lo più un grado significativo di rappresentatività in considerazione della non omogeneità politica dei territori (che può portare all'elezione anche di esponenti di partiti molto deboli sul piano nazionale ma forti localmente).

26. Chiarissime le parole della Corte, che conviene riportare testualmente: «Le disposizioni in esame non impongono il raggiungimento di una soglia minima di voti alla lista (o coalizione di liste) di maggioranza relativa dei voti; e ad essa assegnano automaticamente un numero anche molto elevato di seggi, tale da trasformare, in ipotesi, una formazione che ha conseguito una percentuale pur molto ridotta di suffragi in quella che raggiunge la maggioranza assoluta dei componenti dell'assemblea. Risulta, pertanto, palese che in tal modo esse consentono una illimitata compressione della rappresentatività dell'assemblea parlamentare, incompatibile con i principi costituzionali in base ai quali le assemblee parlamentari sono sedi esclusive della «rappresentanza politica nazionale» (art. 67 Cost.), si fondano sull'espressione del voto e quindi della sovranità popolare, ed in virtù di ciò ad esse sono affidate funzioni fondamentali, dotate di «una caratterizzazione tipica ed infungibile» (sentenza n. 106 del 2002), fra le quali vi sono, accanto a quelle di indirizzo e controllo del Governo, anche le delicate funzioni connesse alla stessa garanzia della Costituzione (art. 138 Cost.): ciò che peraltro distingue il Parlamento da altre assemblee rappresentative di enti territoriali. Il meccanismo di attribuzione del premio di maggioranza refigurato dalle norme censurate, inserite nel sistema proporzionale introdotto con la legge n. 270 del 2005, in quanto combinato con l'assenza di una ragionevole soglia di voti minima per competere all'assegnazione del premio, è pertanto tale da determinare un'alterazione del circuito democratico definito dalla Costituzione, basato sul principio fondamentale di eguaglianza del voto (art. 48, secondo comma, Cost.). Esso, infatti, pur non vincolando il legislatore ordinario alla scelta di un determinato sistema, esige comunque che ciascun voto contribuisca potenzialmente e con pari efficacia alla formazione degli organi elettivi (sentenza n. 43 del 1961)».

27. L'aggettivazione è tratta dal documento critico nei confronti della riforma costituzionale diffuso il 22 aprile 2016 da 56 costituzionalisti (primo firmatario Francesco Amirante).

28. Il bicameralismo, in particolare nella forma cosiddetta "perfetta" (che prevede una identità di funzioni delle due Camere), non è affatto coesistente ai sistemi democratici, molti dei quali si fondano sul monocameralismo o su un bicameralismo asimmetrico (nel quale le due

prodotto un assetto istituzionale sbilanciato, carente sul piano della rappresentanza e inadeguato su quello della funzionalità. In particolare nel nuovo sistema: a) il circuito della fiducia all'esecutivo, dell'indirizzo politico e del controllo sull'attività del Governo viene riservato alla sola Camera, senza che sia per essa previsto alcun vincolo di rappresentatività del corpo elettorale (che ben avrebbe potuto essere inserito in un testo estremamente analitico come quello della nuova Costituzione)<sup>29</sup> e, al contrario, in presenza di una legge elettorale che tale rappresentatività esclude; b) il Governo viene investito di ampi poteri in punto organizzazione dei lavori parlamentari<sup>30</sup> e di una marcata possibilità di controllo sulla maggioranza (soprattutto in presenza di un sistema elettorale a forte effetto maggioritario) con l'inevitabile conseguenza della sua supremazia sulla Camera o, comunque, dell'abbattimento della dialettica tra esecutivo e Parlamento; c) il Senato viene privato di molte delle sue attuali competenze più significative (l'indirizzo politico, la fiducia e il controllo sull'operato del Governo, una parte consistente della funzione legislativa, la partecipazione al voto per la dichiarazione dello

stato di guerra) senza contemporaneamente assumere il ruolo – pur evocato dal nuovo articolo 55, comma 3 – di effettiva e coerente «rappresentanza delle istituzioni territoriali». Da un lato, infatti, esso è strutturato come un inutile «dopolavoro», composto da senatori a tempo parziale<sup>31</sup> (temporaneamente sottratti alle loro attribuzioni principali di consiglieri regionali o di sindaci e designati sulla base di appartenenze politico-partitiche<sup>32</sup> senza alcuna rappresentanza delle regioni di provenienza) e squilibrato dal punto di vista numerico rispetto alla Camera (con conseguente sostanziale irrilevanza nelle decisioni in seduta comune come la elezione del Presidente della Repubblica<sup>33</sup> e la designazione della componente laica del Consiglio superiore della magistratura). Dall'altro le sue funzioni sono ridotte e disomogenee e non prevedono né poteri reali con riferimento a molte delle leggi più rilevanti per l'assetto regionale né la effettiva possibilità di realizzare una concertazione o un collegamento stabile tra Stato e Regioni<sup>34</sup>.

*Terzo* L'assetto regionale conosce, nella riforma, una totale inversione di marcia rispetto alla legge costituzionale del 2001 modificativa del titolo V. Le

---

Camere hanno sistemi di elezione e competenze diversificate). Il problema rilevante in chiave democratica non è, peraltro, la forma organizzativa prescelta ma il livello di effettiva rappresentatività che essa presenta.

29. È questo, all'evidenza, il dato centrale della riforma costituzionale sul punto che l'attribuzione del ruolo politico prevalente (se non esclusivo) a una sola Camera impone l'accrescimento (e non la contrazione) della sua rappresentatività.

30. Il nucleo forte di questi poteri è il meccanismo del voto a data fissa sui disegni di legge d'iniziativa governativa. Il Governo infatti – fatta eccezione per le leggi bicamerali e per quelle in materia elettorale, di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali, di concessione di amnistia e di indulto, di attuazione dell'equilibrio di bilancio e in tema di contenuto delle legge di bilancio – «può chiedere alla Camera di deliberare, entro cinque giorni dalla richiesta, che un disegno di legge indicato come essenziale per l'attuazione del programma di governo sia iscritto con priorità all'ordine del giorno e sottoposto alla pronuncia in via definitiva della Camera dei deputati entro il termine di 70 giorni dalla deliberazione» (articolo 72, comma 4). Si istituisce così una sorta di corsia preferenziale che, di fatto, sposta la regia dell'attività legislativo in capo al Governo, rendendolo *padrone* dei lavori parlamentari. Superfluo dire che l'attribuzione di una considerazione particolare ai disegni di legge di origine governativa (agevolmente realizzabile con un'appropriata modifica dei regolamenti parlamentari) è opportuna e condivisibile. Ma essa è cosa ben diversa da una costituzionalizzazione rigida e predeterminata, tale da strozzare, potenzialmente, ogni serio dibattito su riforme complesse e articolate, insuscettibili di un esame adeguato nel breve termine di 70 giorni. Né vale a *compensare* la corsia preferenziale costituzionalmente attribuita al Governo la riduzione – prevista nel nuovo testo costituzionale – dell'area della decretazione di urgenza di cui, nella situazione modificata, non ci sarà più bisogno...

31. Il numero dei senatori è ridotto dagli attuali 315 a 100. Di essi 74 sono consiglieri regionali, 21 sindaci eletti dai consigli regionali (uno per ciascun consiglio fra tutti i sindaci dei Comuni della Regione) e 5 nominati dal Presidente della Repubblica tra i cittadini che hanno illustrato la Patria per altissimi meriti nel campo sociale, scientifico, artistico.

32. I senatori, eccettuati quelli di nomina presidenziale, sono eletti dai Consigli regionali «in conformità alle scelte espresse dagli elettori per i candidati consiglieri in occasione del rinnovo dei medesimi organi», come disposto dall'articolo 57, comma 5, con una formulazione ambigua e oscura che attribuisce di fatto al futuro legislatore ordinario una discrezionalità priva di limiti e indicazioni.

33. A proposito della elezione del presidente della Repubblica il nuovo articolo 83 prevede un *quorum* iniziale dei due terzi dell'assemblea, che si riduce a tre quinti della stessa al quarto scrutinio. Il *quorum* previsto dal quarto al sesto scrutinio (solo apparentemente più *rigoroso* di quello attuale, considerata la diversità del corpo elettorale) lascia, peraltro, il posto, a partire dal settimo scrutinio, ai tre quinti dei votanti, così aprendo la strada a scenari inquietanti di elezione del Capo dello Stato con un consenso anche inferiore alla maggioranza semplice dell'assemblea.

34. Le funzioni principali attribuite al Senato sono (oltre a quelle appena ricordate) la compartecipazione a talune ipotesi di legislazione ordinaria e costituzionale, l'elezione di due giudici della Corte costituzionale, il concorso nelle funzioni di raccordo fra lo Stato e gli enti territoriali, alcuni inediti compiti in tema di valutazione delle politiche pubbliche e dell'attività delle pubbliche amministrazioni, alcune funzioni legate all'integrazione comunitaria.

Regioni vengono, infatti, sostanzialmente private di ogni spazio reale di competenza legislativa e ridotte a organismi privi di autonomia e di assai dubbia utilità. Ciò si realizza attraverso l'espansione dello spazio del legislatore nazionale: è eliminata la competenza regionale concorrente; sono ricondotte alla competenza esclusiva dello Stato alcune materie (come trasporto e navigazione, comunicazione, energia, promozione della concorrenza, coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, disposizioni generali e comuni per la tutela della salute, tutela e sicurezza del lavoro, politiche sociali, istruzione e formazione professionale); è introdotta la cosiddetta clausola di supremazia statale in forza della quale, su proposta del Governo, la legge statale può intervenire, ai fini della tutela dell'unità giuridica ed economica o dell'interesse nazionale, in materia di competenza esclusiva delle Regioni. L'effetto è un'abnorme centralizzazione del potere (speculare all'infatuazione federalista di quindici anni fa) che avrà il doppio effetto negativo di acuire la frattura tra apparato burocratico e cittadini e di moltiplicare il contenzioso tra Stato e Regioni di fronte alla Corte costituzionale (sempre più sottratta al suo ruolo naturale di garante dei diritti e delle libertà dei cittadini).

*Quarto.* Il nuovo sistema istituzionale affievolisce, infine, ulteriormente le forme di partecipazione diretta dei cittadini alla vita pubblica. Ciò avviene anzitutto nella legge elettorale, con il mantenimento di un'ampia indicazione dall'alto (e cioè dalle segreterie dei partiti) dei futuri parlamentari, così sottratti alla scelta dei cittadini<sup>35</sup>. Ma il disegno si completa con la "riforma" costituzionale che prevede: a) l'innalzamento da 50.000 a 150.000 del numero delle firme necessarie per la presentazione di proposte di legge di iniziativa popolare<sup>36</sup>; b) un *quorum* per la validità dei referendum abrogativi variabile in relazione al numero di firme raccolte: la maggioranza degli aventi diritto al voto in caso di raccolta di 500.000 firme; la maggioranza dei votanti alle ultime elezioni della Camera ove le firme raccolte abbiano raggiunto o superato in numero di 800.000. In questo modo si

tracciano, di fatto, due diverse vie, una facile e una difficile, a seconda che il referendum sia promosso dal basso ovvero da grandi organizzazioni (le sole in grado di raggiungere un numero di firme elevato).

In sintesi, non ci sono nella riforma – fatta eccezione per il nuovo assetto delle competenze regionali – elementi di discontinuità rispetto alla deriva centralizzatrice e autoritaria degli ultimi anni, che viene, al contrario, confermata e rafforzata attraverso la concentrazione del potere politico nelle mani del partito più votato (anche se, potenzialmente, minoritario nel Paese), la riduzione del Parlamento a organo prevalentemente di nominati e a sede di ratifica delle decisioni del Governo, il depotenziamento delle autonomie locali e degli organi di controllo e l'indebolimento degli istituti di democrazia diretta.

Il disegno non è nuovo nella storia nazionale. Anche senza risalire ai progetti di Randolfo Pacciardi o di Licio Gelli (il cui richiamo, pur pertinente, dice poco a chi si è affacciato alla politica negli ultimi, *cruciali*, decenni), c'è un riferimento obbligato. Quello a Bettino Craxi, il primo degli «innovatori di ventura» che, alla fine degli anni Ottanta, aprì una stagione segnata dall'emergere di *lobbies* trasversali e di gruppi affaristici accampati sul confine tra società, politica e Stato<sup>37</sup> da garantire con un rafforzamento dei poteri del Governo e un indebolimento degli organi di controllo. A quel disegno si accodò il presidente della Repubblica Francesco Cossiga che, nel messaggio alle Camere del 26 giugno 1991 (non controfirmato dal presidente del Consiglio per le sue evidenti connotazioni eversive), dopo una rituale celebrazione della Costituzione del '48 e dei suoi meriti storici, ne invocò il superamento in chiave presidenzialista per «rispondere a una richiesta civile, morale e sociale di governo, di libertà, di ordine e di progresso». Nello stesso orizzonte si collocano, seppur con significative varianti, i ripetuti progetti elaborati negli anni Novanta da Silvio Berlusconi e dai suoi alleati, sfociati, infine, nella legge di revisione costituzionale approvata il 16 novembre 2005, poi *bocciata* – come si è detto – dal referendum del 25-26 giugno 2006. In quella

35. L'articolo 1, lettera g, della 6 maggio 2015 n. 52 prevede, in particolare che «sono proclamati eletti, fino a concorrenza dei seggi che spettano a ciascuna lista in ogni circoscrizione, dapprima i capolista nei collegi, quindi i candidati che hanno ottenuto il maggior numero di preferenze». Ciò significa che 100 parlamentari della lista più votata e quasi tutti i parlamentari delle altre liste saranno designati dalle segreterie dei relativi partiti e che, essendoci la possibilità di candidature come capolista della stessa persona in dieci collegi, un'ulteriore forzatura rispetto alle scelte degli elettori deriverà dalle opzioni di chi è stato eletto in una pluralità di collegi.

36. Non bastano a compensare questa triplicazione delle firme necessarie la previsione del nuovo articolo 71, comma 2, parte 2, secondo cui «la discussione e la deliberazione sulle proposte di legge di iniziativa popolare sono garantite nei tempi, nelle forme e nei limiti stabiliti dai regolamenti parlamentari» (formula di assoluta indeterminazione che conferma semplicemente l'ovvio e cioè che l'*iter* di tali proposte sarà regolato dalla legge) e la previsione, nel terzo comma dello stesso articolo, di «referendum popolari propositivi e di indirizzo, nonché di altre forme di consultazione», che costituisce nulla più di un "buon proposito", priva com'è di qualunque ulteriore indicazione e demandata a una futura nuova legge costituzionale.

37. L'espressione è tratta da M. Revelli, *Le due destre*, Bollati Boringhieri, Torino, 1996, p. 29.

legge, tra l'altro, il Senato, denominato «federale» veniva fortemente ridimensionato e escluso dal circuito della fiducia, il numero dei parlamentari veniva complessivamente ridotto di poco meno di 200 unità, il presidente del Consiglio, che assumeva il nome di primo ministro, diventava il vero *dominus* della scena politica e dell'azione legislativa. In precedenza, la Commissione bicamerale per le riforme costituzionali presieduta da Massimo D'Alema – istituita nel 1997 e chiusa nel giugno dell'anno successivo – aveva anch'essa elaborato un testo in cui si prevedeva una sorta di semipresidenzialismo accompagnato dal ridimensionamento del Senato (dotato di competenza solo in materia di autonomie ed escluso dal circuito della fiducia al Governo) e da una legge elettorale a doppio turno di coalizione.

### 5. L'ingannevole retorica del nuovo

Nulla di nuovo, dunque. Al contrario, una sorta di accanimento terapeutico a sostegno di una impostazione che ha prodotto, negli anni, una caduta verticale di credibilità del sistema politico e delle istituzioni. Facile prevedere che, se fosse presentato nei suoi termini reali, quel progetto sarebbe respinto, come nel referendum del 2006, dalla grande maggioranza dei cittadini. Per evitare tale esito è stata, allora, messa in campo un'operazione di marketing senza precedenti per entità e spregiudicatezza.

Un primo passaggio di questa offensiva fa leva sul nuovo e si nutre di parole d'ordine, *tweet*, *sms*, *slogan* ripetuti in modo ossessivo e affidati alla bella presenza, alla giovane età e alla *disciplina* di un ceto politico emergente tanto attento alla comunicazione quanto corvivo sui contenuti. È un'operazione costruita a tavolino e veicolata da vere e proprie formule magiche come «sconfiggere i gufi», «modernizzare l'Italia», «far prevalere il nuovo sul vecchio», «sostituire il fare ai mugugni» e via seguitando<sup>38</sup>. Un metodo efficace nella società della comunicazione e dell'immagine ma non per questo capace di cambiare la realtà.

Una seconda componente di questa semplificazione/falsificazione mediatica è l'ammiccamento all'*incultura*. Le invettive del presidente del Consiglio contro «i professoroni e i professionisti degli appelli»

che ostacolano le riforme per ottusità e conservatorismo sono ormai un classico. Il quadro di riferimento è risalente e lo si ritrova, a livello internazionale, nel linguaggio di imbarazzanti *leader* populistici. Ma è presente anche nella nostra storia nazionale con una molteplicità di manifestazioni ben note: dal disprezzo verso il «culturame» esibito nel dopoguerra da Mario Scelba all'epiteto «intelletuali dei miei stivali» rivolto a Norberto Bobbio e ad altri suoi critici da Bettino Craxi negli anni Ottanta<sup>39</sup> fino al più recente ostentato e arrogante disinteresse della Lega e del cavaliere di Arcore (per lo più accompagnato da una reale e non simulata ignoranza). Superfluo aggiungere che le scelte comunicative (e le loro assonanze storiche) tradiscono una sostanza a dir poco inquietante.

C'è poi, come terzo passaggio, il tentativo di delegittimare e ridicolizzare gli avversari. Così gli oppositori dell'*Italicum* e delle modifiche costituzionali vengono definiti un'«accozzaglia di opposti» e si grida al *miracolo* che ha aggregato, nel segno del No alla «riforma», uno schieramento innaturale comprendente Berlusconi e Magistratura democratica, la Lega e Rifondazione comunista. L'argomento è tanto suggestivo quanto pretestuoso: l'eterogeneità è, infatti, coesistente all'opposizione (ché un'azione di governo o una scelta legislativa può all'evidenza essere contrastata per motivi diversi ed eterogenei) mentre l'anomalia sta piuttosto nell'approvazione di un testo legislativo da parte di forze politicamente contrapposte (come è accaduto nell'*iter* delle «riforme» di cui si tratta). Ancora una volta l'obiettivo non è il ragionamento ma la suggestione.

L'infondatezza degli *slogan* non ne mina l'efficacia e, dunque, la pericolosità. Ma non per questo essi diventano argomenti. Ed è bene inserire questa consapevolezza nella cassetta degli attrezzi di un confronto politico all'altezza dei problemi.

### 6. Luoghi comuni

A fianco degli slogan *nuovisti* non possono mancare i luoghi comuni.

Si dice anzitutto, per intercettare la delusione e la rabbia sempre più diffuse nel Paese, che «bisogna cambiare» perché la situazione è insostenibile e ri-

38. Quando si esce dagli *slogan* si può incorrere in eccessi un po' grotteschi, come la quantificazione del valore economico della riforma costituzionale (*sic!*) determinato dalla ineffabile Maria Elena Boschi in «qualcosa come otto miliardi da spendere» (*Corriere della Sera*, 17 settembre 2015) o in imbarazzanti *non sense*, come l'appello della stessa ministra alla conferma referendaria delle modifiche costituzionali in cui si legge, tra l'altro, che «non sarà un voto contro, quello al referendum di ottobre, ma per, aperto al cambiamento, se solo saremo in grado di rendere il meno accidentato possibile questo percorso di decisione, di definizione di *Lebenschancen* per dirla con Dahrendorf, questa assunzione di responsabilità da parte dei cittadini che siamo» (*Corriere della Sera*, 5 marzo 2016).

39. L'atteggiamento di Craxi e del suo *entourage* è forse il più vicino a quello del renzismo: sarebbe certo piaciuta al nostro presidente del Consiglio l'infastidita evocazione del «catechismo dei nonni» fatta da Claudio Martelli a fronte del richiamo di Bobbio ai principi del socialismo!

chiede governi *forti* in grado di voltare pagina rispetto a una lunga stagione di inconcludenza. Ora, la necessità di un profondo cambiamento per uscire da uno stato di crisi economica strutturale e priva di sbocchi, di disoccupazione senza pari in Europa, di povertà e disuguaglianza crescenti, di cessione quotidiana di pezzi di sovranità ai grandi poteri sovranazionali economici e finanziari<sup>40</sup> è, a dir poco, incontestabile. Ma con le “riforme” in esame l’esigenza di cambiamento viene dirottata – capolavoro di illusionismo – sulle regole costituzionali<sup>41</sup> ed elettorali anziché sulle prassi politiche, sulla cultura di governo, sulle politiche economiche, sul riconoscimento dei diritti sociali fondamentali di tutti e via elencando. Il gioco di prestigio (più propriamente, il *raggiro*) sta nel dare per scontato che una diversa politica economica, sociale e finanche estera abbia come preconditione la riscrittura del quadro costituzionale e del sistema di governo. È vero, a ben guardare, il contrario: basti ricordare che la ripresa e la modernizzazione del Paese nel dopoguerra sono avvenuti nel vigore della Carta del ‘48 e di un sistema politico rappresentativo mentre l’aumento a dismisura del debito pubblico, l’impoverimento generalizzato e l’esplosione delle disuguaglianze sociali iniziano negli anni Novanta, contemporaneamente all’affermarsi di una diversa costituzione *materiale* e del verbo della governabilità e del maggioritario.

Si aggiunge – e lo si ripete come un *mantra* – che, per uscire dalla situazione di instabilità in cui versa il Paese, è necessario «sapere la sera del voto chi ha vinto e ha i numeri per governare». E si cita, a conferma, la grave crisi politica di Paesi con sistemi elettorali più o meno proporzionali – come la Spagna, il Portogallo e l’Irlanda – in cui è estremamente diffi-

cile formare governi stabili, al riparo dalle incertezze e dai veti interni alle coalizioni. L’argomento è solo all’apparenza consistente. È, infatti, lapalissiano che una maggioranza parlamentare corrispondente a una maggioranza politica reale favorisce la formazione di governi stabili (qualunque sia il sistema elettorale utilizzato), ma non è sempre vero che un effetto analogo sia raggiungibile con operazioni di ingegneria elettorale quando quella maggioranza politica non esiste (salvo, ovviamente, la non auspicabile ipotesi che il *surplus* di poteri attribuiti alla “minoranza vincente” non prelude a un’ulteriore curvatura autoritaria in chiave personalistica). Là dove non c’è una solida base di consenso, infatti, le forze politiche, per presentarsi alle elezioni con *chances* di successo, saranno costrette ad accordi preventivi o addirittura alla creazione di *partiti contenitore* solo terminologicamente diversi dalle attuali coalizioni, portatori di un’elevata conflittualità interna e destinati a produrre instabilità (se non a frantumarsi) dopo il voto, analogamente a quanto accaduto negli ultimi decenni all’interno delle coalizioni. La non esorcizzabile realtà è, infatti, che la crisi di rappresentanza e di governabilità, tanto più se profonda e risalente, non si risolve – salvo forzature autoritarie – con finzioni ed *escamotages* ma solo con una diversa (e buona) politica<sup>42</sup>, capace, nei momenti di difficoltà più acuta, di compromessi alti, pubblici e trasparenti (come accade oggi in Germania<sup>43</sup> e come è accaduto in passato nella stessa Italia).

Si dice poi che il sistema previsto dalla Costituzione del 1948, appesantito dal bicameralismo perfetto e dall’ampia possibilità di ostruzionismo delle opposizioni, paralizza il Parlamento e osta a un’attività legislativa all’altezza dei bisogni di una società complessa. Anche questo rilievo, pur all’apparenza suffragato

40. Grottesco – e insieme illuminante – è il fatto che un cambiamento nella direzione della riforma costituzionale ed elettorale in esame sia richiesto a gran voce proprio da quei poteri sovranazionali. Si legge infatti, per esempio, in un documento della grande banca d'affari americana J. P. Morgan (*The Euro area adjustment: about halfway there*, 28 maggio 2013) che «Le Costituzioni e i sistemi politici dei Paesi della periferia meridionale, costruiti in seguito alla caduta del fascismo, hanno caratteristiche che non appaiono funzionali a un’ulteriore integrazione della regione. [...] Questi sistemi politici periferici mostrano, in genere, le seguenti caratteristiche: governi deboli; stati centrali deboli rispetto alle regioni; tutela costituzionale dei diritti dei lavoratori; [...] diritto di protestare se cambiamenti sgraditi arrivano a turbare lo *status quo*. I punti deboli di questi sistemi sono stati rivelati dalla crisi. [...] Ma qualcosa sta cambiando: il *test* chiave avverrà in Italia, dove il nuovo governo ha chiaramente l’opportunità impegnarsi in importanti riforme politiche».

41. A rinforzo di questo *diversivo* si usa spesso il *leitmotiv* che la necessità del cambiamento della Costituzione è dimostrata dal fatto che da trent’anni si susseguono, senza costrutto, Commissioni parlamentari per le riforme istituzionali: circostanza che dimostra, casomai, la mancanza di un progetto condiviso di cambiamento (anche a tacere del fatto che ci sono Costituzioni, come quelle degli Stati Uniti d’America, in vigore da oltre due secoli senza che ci siano progetti concreti di modificarle).

42. Facile aggiungere che la formazione di una diversa classe politica richiede un’azione di profondo rinnovamento culturale, professionale ed etico che non conosce scorciatoie e non può essere sostituito dal cambiamento delle regole che presiedono al funzionamento delle istituzioni. Piuttosto quel rinnovamento potrebbe essere agevolato e favorito da interventi normativi (soprattutto di legislazione ordinaria) che, prevedendo obblighi e incompatibilità adeguate, aiutino a restituire la politica a chi ha a cuore la cosa pubblica e non personali interessi presenti e futuri.

43. Non è inutile ricordare che proprio la Germania, dove vige un sistema elettorale di stampo prevalentemente proporzionale, è da decenni il paese europeo con la maggior stabilità di governo.

da alcuni esempi recenti, è in realtà infondato, quantomeno nella sua radicalità<sup>44</sup>. Basta guardare alla nostra storia nazionale di decenni passati. Nel 1970 ad esempio, vigente un sistema elettorale proporzionale puro, Camera e Senato approvarono, nell'arco di soli sette mesi, un complesso di leggi che cambiarono letteralmente il volto del Paese: l'attuazione dell'ordinamento regionale ordinario, lo Statuto dei lavoratori, la legge regolatrice del referendum abrogativo, la previsione di termini massimi di carcerazione preventiva, il divorzio. E ciò avvenne – merita ricordarlo – non in presenza di un diffuso *comune sentire* ma all'indomani dei sommovimenti del Sessantotto e dell'autunno caldo e nel permanere di una situazione di elevata conflittualità politico-sociale. A dimostrazione, ancora una volta, che i principali ostacoli e difficoltà nel funzionamento parlamentare e nella produzione legislativa sono di natura politica e non *tecnica*, senza con ciò negare – ed anzi sostenendo – la necessità di una tempestiva e razionale revisione dei regolamenti parlamentari (facilmente realizzabile con legge ordinaria) per limitare le possibilità di ostruzionismo e prevedere in casi predeterminati – come già detto – corsie privilegiate per particolari argomenti o disegni di legge del Governo.

Un altro *leitmotiv* della propaganda a sostegno della “riforma” costituzionale è l'asserita infondatezza e strumentalità della tesi secondo cui l'accentramento del potere politico nelle mani del Governo e del suo *capo* intacca la democraticità del sistema (tesi smentita – si dice – dall'assetto istituzionale di una culla della democrazia liberale come gli Stati Uniti d'America, il cui presidente ha poteri amplissimi non solo di carattere esecutivo ma anche nella nomina di

organi di garanzia e, in qualche misura, nella sfera legislativa). Vero il rilievo comparatistico, è, per contro, infondato il giudizio che se ne trae sull'attualità italiana. Anche a prescindere dall'improprietà di riferimenti comparati disancorati dalla cultura che li anima, è, infatti, agevole osservare che l'assetto istituzionale degli Stati Uniti prevede un bilanciamento dei poteri particolarmente accentuato e un forte ruolo del Congresso e della Corte suprema (considerati veri e propri contropoteri a tutela degli orientamenti del corpo elettorale e a garanzia delle minoranze)<sup>45</sup>. E ciò mentre il sistema disegnato dall'*Italicum* attacca in radice il pluralismo della rappresentanza e consegna tutto il potere a un unico partito e al suo capo e la “riforma” costituzionale vanifica la possibilità di dialettica tra Governo e Parlamento e indebolisce di fatto gli organi di controllo.

Si dice, ancora, che i sistemi elettorali susseguitisi nel nostro Paese hanno prodotto una frantumazione patologica della rappresentanza con conseguente ingovernabilità<sup>46</sup> e incancrenirsi del clientelismo e della corruzione, diventati un male endemico e soppiantabili solo con un sistema drasticamente maggioritario. La tesi è, a dir poco, paradossale che il Parlamento eletto con la legge Calderoli (anticipazione, in larga misura, dell'*Italicum*) ha conosciuto – e conosce – manifestazioni di trasformismo senza precedenti nella storia nazionale<sup>47</sup> e la caduta verticale del *costume* amministrativo intervenuta nelle Regioni e nei Comuni ha fatto seguito alle riforme elettorali in senso maggioritario introdotte per tali enti nel 1995 e nel 2000 (che ne appaiono evidente concausa, se non altro per la riduzione del controllo politico che hanno prodotto)<sup>48</sup>.

44. È a dir poco singolare che la denuncia della impossibilità di legiferare si accompagni spesso, con sprezzo di ogni coerenza, a quella dell'eccesso di leggi nel nostro Paese...

45. Sono al riguardo ben note le difficoltà incontrate dal presidente Obama, per l'opposizione del Congresso, nella realizzazione di riforme fondamentali (come quella sanitaria e quella sul controllo della vendita di armi) o nella nomina di giudici della Corte suprema, ma ciò è considerato negli Stati Uniti (indipendentemente dalle valutazioni di merito sulle singole vicende) un momento di necessaria dialettica tra i poteri che nessuno propone di limitare.

46. Spesso, a dimostrazione dell'insostenibilità della situazione italiana, si cita il fatto che il nostro Paese ha visto, in 70 anni di Repubblica, il succedersi di ben 63 Governi. Tale denuncia dell'affannoso (e non commendevole) succedersi di Governi tace peraltro una circostanza non eliminabile con meccanismi elettorali. I cambiamenti di maggioranza sono stati, infatti, assai più ridotti e del tutto fisiologici mentre gli avvicendamenti alla guida del Governo sono stati assai spesso determinati da ragioni personalistiche e dal ribaltamento dei rapporti di forza interni al partito di maggioranza: in questa prospettiva la sostituzione, avvenuta il 22 gennaio 2014, del premier Letta con Matteo Renzi non appare poi così diversa da quella, risalente a 55 anni prima, del presidente del Consiglio Fanfani con Antonio Segni all'indomani della riunione della “Domus Mariae” del gennaio 1959...

47. La trasmigrazione di parlamentari da una forza politica all'altra ha assunto, nella legislatura in corso, dimensioni di massa fino a diventare una vera e propria transumanza. Nella sola Camera (dove pure non c'erano problemi di maggioranza, avendo la coalizione di centrosinistra ottenuto, grazie al premio di maggioranza, 340 seggi su 617) hanno “cambiato casacca” ben 150 deputati, pari a poco meno del 25 per cento.

48. La curvatura maggioritaria dei sistemi elettorali di Comuni e Regioni ha affiancato e talora preceduto quella relativa al sistema previsto per le Camere. Analogamente il *segno* politico resta, peraltro, la evidente diversità di effetti, dovuta al diverso ruolo delle assemblee territoriali e di quelle politiche (come rilevato anche dalla Corte costituzionale nella più volte citata sentenza n. 1/2014).

Né maggior consistenza ha l'affermazione che con l'abolizione del Senato si realizza un notevole risparmio per le disastrose finanze dello Stato. Essa è, a ben guardare, infondata e demagogica: il risparmio conseguente alla trasformazione del Senato realizzata con la "riforma" costituzionale è pari a una quota infinitesimale del Pil<sup>49</sup>, mentre ben più proficua per le casse dello Stato sarebbe un'equilibrata riduzione dei compensi per tutte le cariche pubbliche elettive (realizzabile, anche in questo caso, con una semplice legge ordinaria)<sup>50</sup>.

## 7. Aspiranti stregoni

Sgombrato il campo da *slogan* e luoghi comuni, il disegno sotteso all'*Italicum* e alle modifiche costituzionali diventa ancor più chiaro.

C'è in esso, come si è detto, il tentativo di rafforzare e legittimare gli *strappi* effettuati in questi decenni di deregolazione estesa a tutti i settori della vita sociale, politica e istituzionale. Ma c'è di più. Quel che si delinea è, infatti, un ulteriore salto di qualità nella direzione di una *democrazia di investitura* sostitutiva della democrazia rappresentativa e partecipativa prevista dalla Carta del 1948. Il discrimine tra i due sistemi è netto. Nella democrazia rappresentativa (più o meno integrata da istituti di democrazia diretta) «la sovranità popolare si esercita attraverso l'elezione di organismi rappresentativi, ma anche attraverso la partecipazione a partiti, movimenti, associazioni, che rimangono strumenti indispensabili per dar forma e voce alle istanze avanzate dalla società». Nel modello di democrazia immediata o di investitura, invece, «il potere dei cittadini si esprime e si esaurisce nella scelta di capi di governo, che si relazionano direttamente con masse di individui atomizzati, senza l'intercalo di partiti e altri soggetti collettivi»<sup>51</sup>. In questa sorta di «democrazia del tinello», preconizzata anni fa da S. Rodotà<sup>52</sup>, i cittadini cessano di essere protagonisti per diventare spettatori e limitarsi, come in un gioco televisivo, a esprimere periodicamente un voto di *gradimento* per gli aspiranti *leader*, fondato non

sull'analisi di programmi articolati ma su emozioni indotte da tecniche di pubblicità commerciale. Con il corollario che «chi vince prende tutto» e che il «grande manovratore» così selezionato non deve, poi, essere disturbato, durante il mandato, né da partiti o movimenti né, tantomeno, dagli elettori che lo hanno scelto. L'importante, in tale schema, non è l'entità del consenso ma la vittoria e la conseguente investitura, anche in assenza di maggioranza nel voto.

Questo salto completa la *demolizione* dei corpi intermedi (a cominciare dai partiti e dai sindacati) condotta negli ultimi anni e vi aggiunge – confermando l'impostazione della legge elettorale Calderoli – una *semplificazione* elettorale tesa a sganciare la rappresentanza parlamentare dal consenso. C'è un *fil rouge* tra l'intervenuta riorganizzazione del mondo del lavoro secondo il modello Marchionne (più volte esaltato dal presidente del Consiglio) e il disinteresse – o addirittura il compiacimento – espresso dai più autorevoli dirigenti della maggioranza politica per il calo dei votanti nelle ultime competizioni elettorali. Nelle elezioni regionali del 31 maggio 2015 la partecipazione al voto si è attestata su percentuali di poco superiori al 50 per cento (57,15 in Veneto; 50,68 in Liguria; 55,42 in Umbria; 51,93 in Campania), seguendo un *trend* iniziato con le consultazioni dell'anno precedente in Calabria e in Emilia Romagna. In quest'ultima regione, storicamente caratterizzata da percentuali di votanti superiori alla media nazionale, ha votato nel 2014 (anno primo dell'era Renzi) il 37 per cento degli aventi diritto e il presidente è stato eletto con il 49 per cento dei votanti (e dunque il 18 per cento del corpo elettorale). Ebbene il commento del presidente del Consiglio Renzi e dei suoi più stretti collaboratori è stato *fulminante*: l'entità dell'astensione «è un fatto secondario»; l'importante è che «abbiamo vinto»!

L'inedita combinazione tra rafforzamento della maggioranza (*rectius*, della "minoranza vincente") e del Governo e riduzione dell'area dei votanti che si delinea nel sistema porta con sé alcune conseguenze: la delegittimazione della rappresentanza, l'esclusione in radice della mediazione e del confronto come regola della democrazia, una dimensione personali-

49. Secondo uno studio recente, l'impatto della riforma è stimabile tra l'8 e il 20 per cento dell'attuale bilancio del Senato (che nel 2016 ammonta a 540 milioni), con un risparmio di spesa oscillante tra i 50 e 100 milioni annui. E ciò perché la struttura del Senato, con il relativo apparato burocratico ad essa connesso, è destinata a sopravvivere.

50. Le cariche pubbliche elettive devono prevedere un giusto compenso, ad evitare che siano appannaggio esclusivo di esponenti delle classi abbienti (che non hanno necessità di mantenersi con il proprio lavoro) ma già nel 1871 K. Marx auspicava che «dai membri della Comune in giù», ogni servizio pubblico sia compiuto «per salari da operai», annullando i diritti acquisiti e le alte indennità dei dignitari statali (K. Marx, *La guerra civile in Francia*, richiamato in V. Pazé, *Cittadini senza politica*, cit., p. 70).

51. Entrambe le citazioni sono tratte da V. Pazé, *Cittadini senza politica*, cit., p. 11.

52. S. Rodotà, *La sovranità nel tempo della tecno politica. Democrazia elettronica e democrazia rappresentativa*, in *Politica del diritto*, n. 4/1999, p. 582.



stica del potere, un modello di società divisa e disuguale in cui non c'è posto per gli sconfitti. Ciò avrà, all'evidenza, ricadute decisive sulla prima parte della Costituzione, solo apparentemente non toccata dalla "riforma". Come si può, infatti, seriamente pensare all'inveramento del programma di eguaglianza ed emancipazione delle fasce più deboli scritto nei primi articoli della Carta (e, in particolare, nell'articolo 3) se alle stesse, tradizionalmente minoritarie, viene negata una rappresentanza adeguata?

### 8. Verso una società disgregata

Questo crescente *deficit* di partecipazione democratica non è colmato dall'introduzione delle *primarie*, entrate nella nostra prassi politica da un decennio per surrogare l'avvenuto abbandono del sistema proporzionale<sup>53</sup> e, nel tempo, degenerate in varianti tragicomiche (ultime le "gazebarie" a voto bloccato per il Comune di Roma, il cui solo effetto è stato un *surplus* di devastazione della già sofferente lingua italiana). La pratica delle primarie nel nostro Paese, priva di regole predeterminate e del tutto facoltativa<sup>54</sup>, rappresenta una delle pagine meno edificanti della storia nazionale, con una caduta verticale del numero

dei votanti (soprattutto per le consultazioni locali<sup>55</sup>), episodi di malcostume sempre più diffusi<sup>56</sup>, polemiche, lacerazioni e spaccature diventate regola (dalla Liguria a Napoli). Ma non si tratta solo di questo. Le primarie infatti, in tutte le loro declinazioni (più o meno aperte oltre i confini delle forze politiche che le promuovono), sono in radice inidonee a promuovere una partecipazione continuativa: al contrario esse incentivano la concezione della politica come delega periodica, seguita dal disinteresse e dalla passività degli elettori fino alla consultazione successiva.

La conclusione è obbligata. Nel sistema che si delinea con la "riforma" costituzionale e l'*Italicum* si accentua, per i cittadini, la regressione a uno *status* prossimo a quello di sudditi, sempre più «atomizzati, isolati l'uno dall'altro, dediti essenzialmente alla ricerca del proprio utile»<sup>57</sup>. Con ricadute assai gravi sull'assetto sociale e sulle concrete condizioni di vita delle persone. Si rompe la coesione sociale (soprattutto in contesti di crisi economica) con crescita dei fenomeni di isolamento, insicurezza, conflittualità (privata di canali di composizione e destinata, conseguentemente, a provocare ulteriori strette autoritarie e un connesso inasprimento repressivo<sup>58</sup>). L'esatto contrario del percorso verso una società inclusiva e solidale.

---

53. Le primarie hanno fatto il loro ingresso in Italia, su scala nazionale, il 16 ottobre del 2005 per la designazione del candidato alla presidenza del Consiglio del centro sinistra (o, più esattamente, per l'*incoronazione* a *leader* di Romano Prodi, sin dall'inizio pacifica per l'inesistenza di candidati alternativi *di peso*). A quelle primarie partecipò un ingente numero di elettori (4 milioni 311 mila), che non ebbe seguito nelle occasioni successive.

54. Significativamente tale pratica viene utilizzata o elusa, anche dai partiti o movimenti che se ne sono fatti alfieri, a seconda della convenienza politica. A Torino, per esempio, i candidati sindaci del Pd e del Movimento 5Stelle per le elezioni dell'estate 2016 sono stati scelti entrambi senza farvi ricorso.

55. Nelle primarie del 2016 per la designazione dei candidati sindaci del centrosinistra a Roma, Napoli e Milano hanno votato rispettivamente – secondo i dati riportati dalla stampa – 43mila, 30mila e 60mila persone (cioè percentuali, al di là delle dichiarazioni di facciata, assai insoddisfacenti).

56. Non è inutile ricordare che le primarie del centrosinistra del 2011 per la designazione del candidato sindaco di Napoli vennero annullate per l'accertata esistenza di brogli.

57. V. Pazé, *Cittadini senza politica*, cit., p. 9.

58. È una deriva già in atto, in questo primo scorcio di millennio, in parallelo con le intervenute trasformazioni istituzionali, con casi che si potrebbero definire di scuola (a cominciare dalla vicenda della gestione della pluriennale opposizione alla costruzione del Tav in Val Susa).

# Legge elettorale e democrazia d'investitura. Quattro criticità costituzionali per un modello di democrazia \*

di Gaetano Azzariti

Un esame attento dei punti di possibile frizione della legge elettorale *Italicum* con la Costituzione. L'analisi muove dalla lettura analitica dei meccanismi elettorali (premio di maggioranza, capilista bloccati, pluricandidature, differenze tra i due rami del Parlamento) e culmina nella riflessione sul modello di democrazia sotteso alla legge elettorale.

## 1. Premessa non dovuta: abbassare i toni

Vorrei fare una premessa non necessaria in questo dibattito, perché in questa sede nessuno di noi, ovviamente, ha intenzione di “trascendere”. Un preambolo che ritengo però sia oggi doveroso per reagire al modo con cui si sta sviluppando la discussione pubblica e la polemica politica, troppo di frequente dominati da toni esasperati e volgari. Una rozza superficialità che ha lambito – qualche volta – anche il dialogo scientifico. Di questo oggi pubblicamente mi lamento.

Stiamo, in effetti, assistendo (personalmente con qualche concerto), non tanto ad un confronto d'idee, magari ad uno scontro su temi assai controversi, bensì ad una vera e propria strategia di delegittimazione delle opinioni e delle argomentazioni altrui. Vorrei essere chiaro sul punto: mi accingo – tra un attimo, dopo questa “premessa non dovuta” – a manifestare liberamente le mie opinioni. Non pretendo di parlare in nome della verità o della pura scienza. Dunque, accetto che le mie considerazioni possano non essere condivise. Lo accetto tanto più ritenendo che anche le opinioni da altri espresse siano confutabili, ed anzi saranno da me discusse, magari esplicitamente criticate. Questa, che dovrebbe essere la regola prima e più banale del *confronto* scientifico, culturale, politico, – ahimè – sembra lasciare il passo all'insofferenza

se non, direttamente, all'invettiva. Trovo stupefacente che, accingendosi a modificare una “legge di sistema” (quella elettorale) così importante, coloro che ne contestano alcuni tratti (o magari integralmente l'impianto) vengano indicati come meri “oppositori politici”, privando così le loro argomentazioni di valore scientifico, ovvero vengano direttamente insultati, perlopiù da una ceto politico incolto.

## 2. La legge n. 52 del 2015 è incostituzionale? L'ultima parola spetta alla Corte

Che il clima si sia deteriorato – e mi accingo ad entrare in argomento – può essere dedotto anche dalla radicalizzazione delle tesi che si vanno – legittimamente, ma rigidamente – ad esprimere. Da un lato coloro che – anche in sede scientifica e non solo in sede politica – esaminando la nuova legge elettorale non vedono alcun problema di costituzionalità, dall'altro coloro che ritengono del tutto incostituzionale ogni singola disposizione normativa. La mia impressione generale è diversa. Dopo la sentenza n. 1 del 2014, ed alcune oscillanti decisioni successive sempre in materia elettorale, non credo che si possano fare previsioni indubbie. Bisognerebbe essere assai cauti, trovandoci dinanzi ad un quadro di sistema tutt'altro che stabile e

\* Elaborazione dell'intervento svolto al seminario *I pro e contro dell'Italicum*, promosso dal Dipartimento di Scienze politiche dell'Università di Roma-La Sapienza e dal Master in Istituzioni parlamentari “Mario Galizia” per consulenti d'Assemblea, tenutosi il 20 maggio 2015.

ad una giurisprudenza ancora in divenire. Sulla costituzionalità o meno delle disposizioni della legge n. 52 del 2015 – allo stato – si possono fare previsioni, avanzare argomentazioni, indicare *criticità costituzionali*. Sarà poi la Corte ad avere l'ultima parola. Una "parola" che ad oggi non è stata ancora pronunciata.

Per mio conto vorrei esporvi due ordini di considerazioni. Anzitutto, vorrei riflettere su quelle che a me paiono le quattro maggiori "criticità costituzionali" della legge elettorale appena approvata dal Parlamento. Per poi affrontare un tema ancor più rilevante, cercando di individuare quel che spiega la scelta di un tale sistema elettorale da parte dell'organo legislativo e della maggioranza politica che ha sostenuto il disegno di legge ora trasformato in legge. Ben più importante questo secondo aspetto poiché coinvolge direttamente l'idea stessa di democrazia, come in conclusione diremo.

### 3. Criticità costituzionali

Ma andiamo per ordine. Per quanto riguarda il primo profilo, vorrei inizialmente sottolineare l'importanza di prendere sul serio i dubbi che vengono da più parti sollevati, poiché – stante l'incertezza di sistema cui facevo poc'anzi riferimento – qualora la Corte dovesse accertare la fondatezza delle critiche e dichiarare, conseguentemente, per la seconda volta nel giro di poco tempo, l'incostituzionalità della legge elettorale, l'effetto sul sistema politico sarebbe assai grave. Un intero ceto politico si dimostrerebbe incapace di prendere insegnamento dalla Corte (dalla sentenza n. 1 del 2014, in particolare) e non in grado – per la seconda volta! – di adottare una legge elettorale che possa passare il vaglio di costituzionalità. Un colpo alle istituzioni che non potrebbe imputarsi alla Corte, bensì ad una politica distratta e autoreferenziale che sfida le ragioni del diritto e della Costituzione oltre il limite del ragionevole.

Vi elenco ora le quattro criticità costituzionali su cui credo sia opportuna una riflessione attenta. Non sono questioni marginali, anzi esse riguardano i quattro pilastri su cui si erige l'intero edificio della legge n. 52 del 2015. Questi i temi:

- a) i premi;
- b) i capilista;
- c) la pluricandidabilità;
- d) la diversità di normativa tra i due rami del Parlamento.

#### 3.1 I premi alla lista

a) Iniziamo dai premi. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 1 del 2014, ha ritenuto la "gover-

nabilità" un obiettivo legittimo; da ciò discende la possibilità di introdurre misure "premiati". Allo stesso tempo, essa ha anche affermato che le distorsioni nel riparto dei seggi – le "disproporzionalità", secondo il linguaggio attualmente in voga – non possono in nessun caso determinare «una compressione della funzione rappresentativa dell'Assemblea, nonché dell'eguale diritto di voto, eccessiva e tale da produrre un'alterazione profonda della composizione della rappresentanza democratica, sulla quale si fonda l'intera architettura dell'Ordinamento costituzionale vigente» [*argomento esposto al punto 3.1 delle considerazioni in diritto*]. Ed è quest'ultimo aspetto che laicamente dobbiamo valutare: l'attuale sistema premiale comprime eccessivamente la rappresentanza democratica?

Com'è noto sono di due tipi i "premi" che possono essere attribuiti in base ai risultati ottenuti nelle votazioni, a seconda che una lista superi o meno il 40% dei voti espressi. Nel primo caso, una soglia è fissata, il premio sarebbe certamente ancora molto elevato, espressione – come poi meglio indicheremo – di una certa idea di democrazia, eventualmente criticabile dal punto di vista dell'opportunità politica, ma che verrebbe probabilmente ritenuta legittima alla luce delle indicazioni della giurisprudenza della Corte (sebbene non sia stato esplicitamente indicato il confine oltre il quale la "compressione" della funzione rappresentativa dell'Assemblea diventi eccessiva, e dunque un margine di dubbio permane). Assai diversa è però la seconda modalità di attribuzione del premio.

Nel caso nessuna lista ottenga almeno il 40% dei consensi espressi, due sole liste si confronteranno al ballottaggio, quella che otterrà un voto in più dell'altra conseguirà il premio e le verrà attribuita la maggioranza dei seggi alla Camera. Per il passaggio al ballottaggio non è prevista nessuna soglia minima; dunque possono, al secondo turno, risultare vincitori della competizione elettorale ed ottenere il premio che consegna la maggioranza dei seggi della Camera anche liste del tutto minoritarie, se valutati sul piano della rappresentanza reale. Dobbiamo, in effetti, mettere nell'ordine del possibile il fatto che – senza soglia – al secondo turno possano presentarsi liste di partiti o movimenti il cui seguito reale è pari al 25% o al 20% nei casi più estremi, per poi, nello scontro diretto con un unico altro contendente, ottenere la maggioranza assoluta dei seggi. Mi chiedo – tralasciando per adesso la questione del secondo turno, su cui dirò subito dopo – se con il ballottaggio si assegna un premio ad una lista che ha ottenuto solo il 20% dei consensi, questo non risulti essere eccessivo e tale da produrre «un'alterazione profonda della composizione della rappresentanza democratica». A me sembra di sì.

L'argomento che viene utilizzato per rispondere a

questa obiezione – che farebbe ricadere la normativa attualmente vigente nello stesso vizio di costituzionalità già dichiarato nel caso della legge n. 270 (premio “abnorme”) – fa leva sul secondo turno. Si sostiene che la percentuale di consenso non può essere riferita al primo turno, ma solo definita nel ballottaggio. Ecco allora che tutto sembra risolversi e i dubbi svanire. La lista che ottiene il premio deve aver ottenuto almeno il 50% più un voto rispetto all’avversario. Dunque un vero e proprio “premio di maggioranza”. Portando all’estremo questo ragionamento, che tra poco vedremo essere in verità fallace, addirittura un “mini” premio, di pochi seggi per ottenere solo il 54% dei seggi; al limite addirittura penalizzante se la lista vincitrice al ballottaggio avesse superato l’avversario diretto oltre quest’ultima percentuale. Ma è evidente che c’è qualcosa che non torna nell’esito del ragionamento condotto sul piano logico-formale, ma carente – anzi paradossale – sul piano sostanziale.

Il vizio logico-sostanziale è, a mio parere, il seguente: si ritenere siano sovrapponibili i piani su cui operano i due turni, assegnando al secondo la funzione di sanare i limiti della rappresentanza democratica riscontrati al primo. Così non è.

Il secondo turno ha tutt’altra funzione rispetto al primo. Nel ballottaggio non si tende più a definire la rappresentanza politica (*recte*: gli equilibri tra tutte le forze politiche che partecipano alla competizione elettorale), bensì ha l’unico scopo di investire un *leader*, stabilire chi debba governare conquistando la maggioranza dei seggi alla Camera, a prescindere dalla sua forza di rappresentanza reale, che – in caso – è quella riscontrata in precedenza, e che si è dimostrata inferiore al minimo necessario per assegnare un premio che non fosse illimitato (la soglia del 40%). La “sfida” oramai è tra due, i quali non potranno collegarsi alle altre forze al secondo turno, ricercare nuove alleanze, rimarranno cristallizzati e si affronteranno nell’ultimo duello: alla fine ne resterà soltanto uno (*There can be only one*). All’ultimo sopravvissuto si consegnerà la maggioranza dei seggi *in ogni caso*. Quale che sia la percentuale dei voti espressi, di quelli ottenuti dalla lista, che possono essere anche in numero inferiore a quelli ottenuti al primo turno, purché superiori all’unica altra lista rimasta in competizione. Vincere, non rappresentare, è la ragion d’essere di un secondo turno elettorale che non prevede soglie di accesso, non permette di coalizzarsi, non richiede un vasto consenso, si impone sul piano nazionale (e non di collegio) per la “conquista” dell’intera posta in gioco: la maggioranza parlamentare. Ai perdenti – tutte le altre liste, senza alcuna distinzione tra chi è arrivato al ballottaggio e le altre rimaste al palo – non rimarrà che da spartirsi i resti. Solo per questi, in effetti, varrà la logica della rappresentanza, ottenendo ciascuna lista i seggi a seconda dei consen-

si originariamente ottenuti. In base a computi e logiche distinte – anzi tenute ben separate – da quelle che assegnano un numero predeterminato di seggi all’unico vincitore riconosciuto. V’è un *mantra* che riassume bene l’essenza dell’ultimo voto: la sera delle elezioni si saprà chi governerà il Paese (*recte*: chi avrà una maggioranza di seggi alla Camera), il resto non conta. Ma a questo punto non mi sembra improprio chiedersi se il premio (e l’intero sistema elettorale) non sia *abnorme*.

### 3.2 Capilista bloccati

b) Anche per quanto riguarda i capilista bloccati credo sia essenziale ricordare il principio fissato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 1 del 2014. La Consulta ha stabilito che è necessario garantire un margine di scelta dei propri rappresentanti agli elettori, pertanto non è costituzionalmente ammissibile una scelta rimessa totalmente ai partiti.

Si tratta, dunque, nel nostro caso di verificare se – e in che forme – permane quel “margine” costituzionalmente necessario affinché si possa ritenere soddisfatto il principio indicato dal giudice delle leggi. E la risposta non può che essere articolata, dovendosi distinguere tra la lista che ottiene il premio e le altre. Nel primo caso, l’alto numero di seggi certamente favorirà l’elezione, oltre che dei capilista scelti direttamente dai partiti, anche di altri rappresentanti indicati dagli elettori. Negli altri casi la possibilità di ottenere il seggio per chi non è capolista si riduce radicalmente. Per tutti i partiti medi o piccoli è certamente esclusa la possibilità che riescano a essere eletti altri oltre ai primi delle rispettive liste.

La domanda da porsi è allora la seguente: è sopportabile una discriminazione nella selezione dei parlamentari che solo in alcuni casi (con certezza solo per la lista che ottiene la maggioranza assoluta dei seggi grazie all’alterazione prodotta dal premio) assicura un margine di scelta che possa imputarsi direttamente agli elettori? Il principio affermato dalla Corte può valere solo per alcuni e non per tutti? Escluso che il “margine” di scelta degli elettori possa essere fatto valere nei casi di una lista apparentemente plurinominale, ma sostanzialmente bloccata.

Una modalità di selezione dei candidati che appare peraltro caratterizzata da due altri inconvenienti di sistema.

In primo luogo, può risultare ingannevole. Dietro l’apparenza di una lista formalmente plurinominale si cela un sistema sostanzialmente uninominale. Tutti gli elettori dei partiti medio-piccoli credono di poter scegliere uno dei candidati nominalmente presenti nella lista, ma in realtà votano per il capolista, l’unico che ha la effettiva possibilità di farsi eleggere in base ai suffragi espressi da tutti gli elettori del suo partito.

Non potrebbe in tali casi neppure proporsi un'equiparazione con i sistemi uninominali, che garantirebbero un equilibrio tra scelta del partito e "margine" di scelta per l'elettore, poiché l'elettore sarebbe tratto in inganno proprio dalla presenza di altri candidati che – pur senza speranza – condizionerebbero in modo improprio la scelta per la lista e per il candidato.

L'ultima ragione di perplessità riguarda il rischio di discriminazione nell'elettorato passivo tra i candidati dei partiti maggiori, che possono sperare nell'elezione anche se non indicati come capilista, e quelli di tutti gli altri partiti, che tale possibilità non hanno. Il tutto, nei casi dei partiti maggiori, legato peraltro all'esito incerto e al premio eventualmente conseguito nel caso di vittoria della propria lista.

In conclusione sul profilo dei capilista vorrei esprimere l'opinione che – al di là di eventuali incostituzionalità del sistema prescelto – la soluzione adottata non appare per nulla lineare. Un ibrido insensato tra sistema di lista e quello uninominale. Se non si voleva adottare un *tipico* sistema di lista plurinominale, meglio sarebbe stato scegliere il *classico* sistema uninominale. Almeno, senza fingimenti, si sarebbe trovato un equilibrio tra scelta dei partiti e quella degli elettori. I primi indicano le persona da cui farsi rappresentare nei singoli collegi, ai secondi rimane la possibilità di scegliere se votare per uno o l'altro tra i candidati presentati. I partiti scelgono chi vogliono far eleggere, mentre gli elettori scelgono chi votare.

### 3.3 Pluricandidature

c) Riguardo alla questione concernente le "pluricandidature" mi limito a ricordare quanto ha già avuto modo di rilevare incidentalmente la Corte (ancora con la sentenza n. 1 del 2014): questo istituto rappresenta un'ulteriore limitazione della libertà dell'elettore. Esso, infatti, rimette al partito e – ancor peggio – al suo *leader*, non invece all'elettore, la scelta ultima su chi debba essere eletto, al posto di *qualcun altro*.

È inoltre da rilevare come, anche in questo caso, si ponga un problema di discriminazione nell'elettorato passivo. La scelta su chi verrà eletto tra due o più candidati arrivati secondi entro la medesima lista in collegi diversi, viene determinata da una sola persona: il *leader* pluricandidato. Se anche non si volesse indicare questa come una violazione di un esplicito principio costituzionale, essa a me pare debba essere considerata almeno una criticità costituzionale che incide su diritti politici fondamentali.

### 3.4 La diversità di normativa tra i due rami del Parlamento

d) Sulla questione della diversità di normativa tra i due rami del Parlamento ho già da tempo manifestato le mie perplessità<sup>1</sup>. Il fatto che questa legge riguardi soltanto la Camera e non il Senato si configura come una criticità costituzionale rilevante. Non si tratta semplicemente di riscontrare la diversità tra i due sistemi elettorali. Anzi, anche in sistemi a bicameralismo perfetto è del tutto fisiologico che non vi sia un identico sistema elettorale. In passato, la difformità tra i due sistemi ha prodotto alcune disfunzioni ed ha rischiato di produrre diverse maggioranze politiche tra i due rami del Parlamento. In tutti questi casi, però, non si è posta alcuna questione di costituzionalità, semmai si sono registrati l'acuirsi della debolezza delle maggioranze di Governo e l'instabilità della legislatura spesso finita anticipatamente. Un problema politico dunque, non costituzionale.

Nel nostro caso, però, non è in discussione una *diversità* tra due sistemi (quello ora definito dalla legge n. 52 per la Camera e quello rimasto in vigore a seguito della sentenza n. 1 del 2014 per il Senato), bensì la loro totale *incompatibilità*. Discordanze incolumabili tra i due sistemi che possono produrre l'"irrazionalità della legge", ovvero la sua incostituzionalità.

Ricordo – e mi appare particolarmente significativo – che proprio questo vizio è stato fatto valere dal giudice delle leggi per dichiarare l'illegittimità costituzionale dei premi del Senato. Illegittimità di questa parte della disciplina della legge n. 270 dichiarata a seguito della rilevata «inidoneità della stessa al raggiungimento dell'obiettivo perseguito» [*argomento esposto al punto 4 delle considerazioni in diritto*].

Nel caso della legge n. 52, può ripetersi un analogo argomento: se essa ha come suo principale – se non unico – scopo quello di garantire la governabilità "imponendo", in ogni caso, una maggioranza alla Camera, quest'obbiettivo viene posto nel nulla qualora la legge del Senato non venisse cambiata, lasciando un sistema elettorale complessivo del tutto inidoneo allo scopo.

Conosco la replica a questa mia considerazione: la riforma della Costituzione attualmente in discussione prevede che il rapporto di fiducia intercorra solo tra la Camera il Governo. Mi limito a rilevare in proposito che questa può essere una motivazione politica, senza però alcun pregio costituzionale. Confidare su una futura ed incerta modifica costituzionale per legittimare una scelta irragionevole sul sistema elettorale, mi sembra quantomeno avventato. Comunque inac-

1. Si v. G. Azzariti, Relazione svolta al II Seminario dell'Associazione Italiana Costituzionalisti, *I Costituzionalisti e le Riforme*, tenutosi presso l'Università degli Studi di Milano il 28 aprile 2014, in *Rivista AIC*, n. 2/2014, spec. p. 9.

cettabile in sede scientifica. In ogni caso esposta ad una verifica di incostituzionalità.

#### 4. Quale modello di democrazia?

Vorrei da ultimo svolgere alcune riflessioni sull'altro tema inizialmente indicato. Credo che per ben valutare la *ratio* sottesa al nuovo sistema elettorale si debba andare a verificare quale sia il modello di democrazia propugnato dai suoi fautori. La mia impressione è che la nuova legge elettorale si ponga in netta continuità con la precedente (la legge n. 270 del 2005), rappresentando un altro – non così dissimile – modo per assecondare le logiche proprie di quel modello di democrazia riconducibile al *nomen* “democrazia d'investitura”.

Un modello di democrazia che a me pare esprimere una visione povera della politica, in cui il legame con i rappresentati si riduce sostanzialmente al momento elettorale. Momento elettorale che viene semplificato, astraendosi del conflitto reale degli interessi diversi, amplificando la natura spettacolare del “duello”. Una sfida che non vede neppure più contrapporsi diverse forze politiche, espressione ciascuna di programmi ideali e indirizzi politici distinti, bensì una contesa solo tra *leader*.

Si tende, dunque, a limitare il confronto con i rappresentati al giorno delle elezioni, dando in fondo ragione a Rousseau quando sosteneva che solo in quel giorno si fosse liberi mentre in tutti gli altri si fosse schiavi<sup>2</sup>.

Ecco io credo che questa sia la logica del tempo, con cui dobbiamo confrontarci. E laicamente mi chiedo se in democrazia – e nel sistema politico che la sostiene – sia sufficiente garantire la decisione, la stabilità dei Governi, un unico vincitore il giorno delle elezioni. Ovvero non sia preferibile guardare ad un altro modello di democrazia che si proponga essenzial-

mente – ancor prima della decisione – di garantire il pluralismo, il conflitto, la mediazione tra diversi. Certo questo modello – quello proprio delle cosiddette “democrazie pluraliste” – pretende *tempi lenti*, necessari per giungere al compromesso tra interessi tra loro disomogenei.

Sono consapevole che non è questo lo “spirito del tempo” (*Zeitgeist*). Oggi prevale un altro paradigma: ai tempi lenti della mediazione si sono sostituiti i tempi veloci della decisione. Che poi questa voglia di decidere risulti “vuota”, priva di direzione e contenuto, spesso solo apparente e sempre spettacolare, non sembra rilevare più di tanto. In fondo, l'apparente rottura ma la sostanziale continuità dei sistemi elettorali che si sono succeduti dal 1994 ad oggi rappresenta una chiara dimostrazione del prevalere di un cambiamento conservativo. Non per caso siamo il Paese del Gattopardo.

Riconosciuto che quello sommariamente indicato appare essere lo *spirito del tempo*, che orienta nel profondo, in modo persistente, tutti i sistemi elettorali che si sono succeduti; i quali hanno progressivamente accentuato il distacco tra rappresentanti e rappresentati, auspicando la sterilizzazione del conflitto sociale e del pluralismo politico, mi limito a porre una domanda: è questo un processo irreversibile?

Se così non dovesse ritenersi, forse varrebbe la pena *cercare ancora* altri principi che possano invertire una rotta aprendo le porte alla rappresentanza reale, al pluralismo, alla partecipazione. Un sistema elettorale che abbia come scopo principale la rappresentanza reale della divisione sociale entro le istituzioni potrebbe non riuscire ad assicurare che il giorno stesso delle elezioni si sappia chi governerà il Paese per i successivi cinque anni. E, la sera delle elezioni, potremmo dover andare a dormire senza sapere qual è il capo del Governo cui delegare ogni nostra decisione; ma il giorno dopo potremmo svegliarci scoprendo di avere un sistema politico più equilibrato e più solido.

2. J.J. Rousseau, *Il contratto sociale* III, p. 15.

## Complessità e lacune nel sistema delle fonti statali

di Ugo De Siervo

Il testo si sofferma sulla proposta di revisione costituzionale, nella parte concernente il procedimento legislativo, con taglio critico.

Attraverso l'esame delle competenze del Senato, si pongono in luce numerosi problemi applicativi cui la riforma potrà dar luogo, ed un conseguente elevato tasso di conflittualità costituzionale.

Si esamina anche la posizione delle autonomie speciali e il controllo preventivo di costituzionalità introdotto dalla riforma.

**1.** Il testo di riforma della Costituzione approvato dal Parlamento ed in attesa del referendum popolare dovrebbe modificare i procedimenti di adozione di molte fonti statali<sup>1</sup>. Ciò anzitutto per la scelta a favore di un bicameralismo diseguale, nel quale il nuovo Senato disporrebbe di un potere legislativo di norma solo eventuale e sollecitatorio, ma in via eccezionale anche paritario a quello della Camera dei deputati: la cattiva qualità del testo della riforma ha purtroppo prodotto una forte molteplicità di procedure differenziate che dovrebbero essere poste in essere nelle diverse materie, con grossi rischi di incertezze, conflitti, se non di nuovi possibili vizi di costituzionalità (ne parleremo ai par. 2, 3 e 4).

Ciò non basta, dal momento che si è proceduto sia ad una sostanziosa modificazione della decretazione d'urgenza, di cui all'art. 77 e 74.2 Cost., sia alla nuova previsione di disegni di legge da votare "a data certa", di cui al nuovo settimo comma dell'art. 72 Cost. (ne parleremo ai par. 5 e 6).

Inoltre l'incredibile previsione, di cui all'art. 39.13 del testo di revisione costituzionale, secondo la quale quasi tutte le nuove disposizioni in materia regionale

non si applicano alle Regioni ad autonomia speciale ed alle Province autonome di Trento e di Bolzano è accompagnata dalla previsione che la revisione degli Statuti speciali potrà avvenire «sulla base di intese con le medesime Regioni e Province autonome», così modificandosi il primo comma dell'art. 116 e lo stesso art. 138 Cost. (ne parleremo al par.7).

Infine alcune normative specifiche, sia a regime che in sede di prima applicazione, riguardano i nuovi controlli di costituzionalità sulle leggi elettorali per la Camera dei deputati ed il Senato, e pertanto i procedimenti di adozione delle nuove leggi elettorali vengono in parte mutati (ne parleremo al par. 8).

Queste diverse innovazioni (che pure non esauriscono tutte le novità conseguenti alla riforma: ad esempio, non mi occupo delle nuove disposizioni in tema di iniziative legislative) meritano anzitutto una rassegna che ne metta in evidenza le diverse tipologie, ma poi anche una sintetica considerazione finale, sia in riferimento alla conseguente forte diversificazione delle procedure, sia alla moltiplicazione dei possibili conflitti politici e di legalità costituzionale che ne possono scaturire (ne parleremo al par. 9).

1. Il tema è stato evidenziato da molti dei primi commentatori della riforma costituzionale: particolarmente completo e preciso è il recente esame svolto da E. Rossi, *Una Costituzione migliore? Contenuti e limiti della riforma costituzionale*, Pisa University press, Pisa 2016, pp. 83 ss. A questo testo si rinvia anche per l'indicazione (più completa di quanto si sia potuto fare in questo saggio) dei molti, ma frammentari, primi interventi dottrinali in materia.

**2.** La procedura legislativa normale per le leggi statali diviene per il testo di revisione costituzionale quella disciplinata nel secondo e nel terzo comma dell'art. 70.

Si tratta di una procedura apparentemente semplice, poiché i disegni di legge cominciano la loro procedura di adozione presso la Camera dei deputati; dopo la eventuale approvazione del progetto da parte della Camera, il testo approvato viene immediatamente trasmesso al Senato, il quale può decidere di esaminarlo su richiesta, entro dieci giorni, da parte di un terzo dei Senatori; il Senato nei trenta giorni successivi può proporre modificazioni del testo alla Camera, la quale peraltro successivamente è libera di decidere nel merito come reputa opportuno. Il superamento dei termini perentori previsti equivale alla rinuncia del Senato ad intervenire e quindi in questi casi si può procedere all'immediata promulgazione della legge; ma la promulgazione ovviamente interviene anche dopo la pronuncia definitiva della Camera.

I problemi non sembrano molti o particolarmente complessi, peraltro nella consapevolezza che questo intervento eventuale del Senato nella procedura legislativa non è possibile se non su istanza di raggruppamenti di significativa consistenza (dati i criteri di composizione del Senato, ben pochi gruppi politici di Senatori potranno disporre di un terzo dei suoi componenti) a meno che si affermino convenzioni fra le forze politiche per facilitare le aspettative dei raggruppamenti minori. Certo che altrimenti l'intervento del Senato nel procedimento legislativo potrebbe anche ridursi a molto poco. Comunque è chiaro che il termine di trenta giorni appare davvero breve per un organo come il nuovo Senato, dalla composizione che non appare tale da assicurare la possibilità di intensi lavori, specie se ci si riferisce a leggi complesse o dal contenuto particolarmente delicato. Inoltre occorre ricordare che il Senato dovrebbe, almeno in teoria, occuparsi pure di assai impegnative funzioni di controllo.

Un problema serio è costituito, oltre che dalla indeterminatezza di ciò che siano le "proposte di modificazione" del Senato<sup>2</sup>, dalla mancata previsione della limitatezza o meno dei poteri legislativi della Camera in sede di riesame: la formulazione adottata («propo-

ste di modificazione del testo sulle quali la Camera si pronuncia in via definitiva») potrebbe essere intesa come opportunamente preclusiva di innovazioni in ambiti diversi da quelli del testo adottato in sede di prima approvazione, ma anche in tal caso restano evidentemente possibili tutte quelle modificazioni parziali del testo originario o emendative delle modifiche proposte dal Senato che possono in realtà portare a testi normativi sostanzialmente innovativi, con conseguente elusione del diritto del Senato di poter valutare l'effettiva volontà legislativa della Camera. Né si potrebbe pensare ad un ritorno al parere del Senato, dal momento che nel testo dell'art. 70.3 si parla di «pronuncia in via definitiva»<sup>3</sup>.

Qui comincia ad apparire la possibilità o il rischio (a seconda dei punti di vista) che in casi del genere possa pensarsi ad un vero e proprio vizio di costituzionalità delle disposizioni della legge infine adottata dalla Camera per la parte in cui esse eccedano il testo originario e le modifiche proposte dal Senato: ed è evidente che un giudizio del genere sarebbe certamente non semplice. Per di più un ipotetico vizio del genere potrebbe essere fatto valere in sede di conflitti di attribuzione fra Senato e Camera<sup>4</sup> (inutile dire dell'alta politicità di un conflitto del genere), oppure tramite ricorsi in via diretta da parte di Regioni che possano denunciare la presunta compressione nella loro sfera di competenza in tal modo operata dalla legge statale, ovvero in via incidentale da parte di soggetti interessati.

Nel testo di modifica della Costituzione appaiono però almeno altri quattro settori speciali nei quali il potere di intervento del Senato nel procedimento legislativo è diversamente disciplinato, pur restando sempre superabile dalla difforme volontà della Camera.

In primo luogo ci si può riferire al procedimento relativo all'esercizio da parte dello Stato della cosiddetta "clausola di supremazia", di cui al nuovo quarto comma dell'art. 117 Cost.: allorché, infatti, il Governo propone un ddl in materie regionali «quando lo richieda la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero la tutela dell'interesse nazionale», il Senato, ai sensi del quarto comma dell'art. 70, è tenuto ad terminare il suo esame entro il brevissimo termine di dieci giorni «dalla data di trasmissione»

2. Si è giustamente notato che il testo della riforma non chiarisce neppure se il Senato debba formulare emendamenti o semplicemente elaborare pareri (E. Rossi, *op. cit.*, pp. 96 s.).

3. *Contra* si veda R. Romboli, *Le riforme e la funzione legislativa*, Rivista AIC, 2015, n. 3, p. 9.

4. I primi commentatori danno per pacifico che possa configurarsi un conflitto del genere (M. Manetti, *Pesi e contrappesi nel ddl cost. Renzi-Boschi (come approvato dalla Camera il 10 marzo 2015)*, [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 1/2015, pag. 3; R. Romboli, *op. cit.*, p. 8; G. Brunelli, *La funzione legislativa bicamerale nel testo di revisione costituzionale: profili problematici*, Rivista AIC, 2016 n.1, p. 8. A ciò corrisponde in effetti l'attribuzione di distinti poteri ai due organi parlamentari, senza che nel testo della riforma vi sia un organo od una procedura di risoluzione interna dei conflitti (cfr. al par. 4).



da parte della Camera, ma ove approvi modificazioni del ddl a maggioranza assoluta, obbliga la Camera a conseguire anch'essa la maggioranza assoluta per potersi non conformare a quanto deciso dal Senato.

La sommarietà di quanto disciplinato nel quarto comma dell'art. 70<sup>5</sup> lascia scoperto pure il problema della sorte del testo legislativo nel caso in cui la Camera non consegua la maggioranza assoluta, ma solo quella semplice, relativamente al diniego alle modificazioni deliberate dal Senato: ciò dovrebbe equivalere al voto negativo sull'intero ddl, ma potrebbe anche sostenersi la tesi (assai opinabile) di un'approvazione parziale dello stesso limitatamente alle parti non contraddette dalle modificazioni deliberate dal Senato. Ci si potrebbe inoltre porre pure il problema di quale sia la procedura legislativa da seguire ove successivamente si ritenga necessario modificare o abrogare una legge di questo tipo.

Vi è poi il caso disciplinato dal quinto comma dell'art. 70, relativo al ruolo del Senato nell'esame delle leggi di approvazione del bilancio preventivo e consuntivo già deliberati dalla Camera: sembrerebbe un intervento obbligatorio e non facoltativo del Senato, peraltro da esercitare entro il termine assai breve di quindici giorni (specie tenendo conto della notoria complessità di queste leggi).

Ancora diverso il caso del disegno di legge "a data certa": ai sensi del settimo comma dell'art. 72, il privilegio che il Governo possa chiedere «alla Camera dei deputati di deliberare, entro cinque giorni dalla richiesta, che un disegno di legge indicato come essenziale per l'attuazione del programma del Governo» sia iscritto con priorità all'ordine del giorno per essere sottoposto alla votazione finale entro settanta giorni, comporta la riduzione a metà dei termini a disposizione del Senato<sup>6</sup>.

C'è infine da aggiungere quanto previsto dai nuovi secondo e quinto comma dell'art. 77 relativamente ai poteri del Senato sui ddl di conversione dei decreti legge relativi a materie di cui al secondo comma dell'art. 70: il Senato dispone l'esame del ddl entro trenta giorni della sua presentazione alla Camera e può deliberare proposte di modificazioni «non oltre quaranta giorni dalla presentazione» del testo del dl alla Camera. Se siamo, invece, in materie "bicamerali" – non essendovi una disciplina specifica nella ri-

forma, si dovrebbe seguire l'ordinario procedimento legislativo, ovviamente salvo il rispetto del termine dei sessanta giorni per il completamento dell'intero procedimento legislativo.

Per completare il quadro dei tempi estremamente brevi per l'esercizio dei poteri legislativi del Senato per i procedimenti di cui a questo paragrafo, si tenga anche presente che è stata confermata (al terzo comma dell'art. 72) la possibilità che i regolamenti parlamentari disciplinino in generale provvedimenti abbreviati in via di urgenza, con quindi la possibilità di ulteriori riduzioni dei termini.

**3.** Molti sono i problemi originati dalle leggi che devono essere approvate mediante un procedimento pienamente bicamerale, malgrado che – come ben noto – una delle scelte fondamentali della riforma costituzionale consista nella esclusione del nuovo Senato dal rapporto fiduciario nei riguardi del Governo e non sia pertanto nemmeno possibile che il Governo ponga la fiducia durante i lavori legislativi del Senato.

Ciò malgrado, l'art. 70, primo comma, prevede un potere legislativo pieno del Senato in sedici materie legislative, oltre che per quanto disciplinato dall'art. 138 Cost. In queste materie (da intendere letteralmente, senza interpretazioni estensive: il nuovo testo costituzionale costruisce infatti come eccezionali le competenze bicamerali<sup>7</sup>) si è anzi aggiunto che queste leggi successivamente «ciascuna con oggetto proprio, possono essere abrogate, modificate o derogate solo in forma espressa» da leggi dello stesso tipo<sup>8</sup>.

Si tratta di leggi alquanto eterogenee ed anche difficilmente riunibili in materie organiche. Peraltro a meri fini espositivi si possono tentare di raggruppare in:

a) leggi che disciplinano alcuni aspetti del nuovo Senato (quelle che determinano i casi di ineleggibilità e di incompatibilità con l'ufficio di senatore, quelle che disciplinano la nomina e la decadenza dei Senatori);

b) che si riferiscono all'amministrazione locale (quelle che «determinano l'ordinamento, la legislazione elettorale, gli organi di governo, le funzioni fondamentali dei Comuni e delle Città metropolitane», quelle che fissano «le disposizioni di principio sulle

5. Si vedano i tanti dubbi interpretativi originati dalla cattiva redazione della disposizione, in E. Rossi, *op. cit.*, pp. 100 ss.

6. Sui molteplici problemi interpretativi lasciati aperti dalla sommaria formulazione della riforma, cfr. R. Romboli, *op. cit.*, p. 12; E. Rossi, *op. cit.*, pp. 109 ss.; R. Dickmann, *Alcune considerazioni sull'istituto del "voto a data certa"*, *Federalismi.it.*, 2016 n. 6, pp. 3 ss.

7. Pacifica sul punto l'opinione dei commentatori: cfr. R. Romboli, *op. cit.*, p. 6.

8. Cfr. E. Rossi, *op. cit.*, p. 94.

forme associative dei Comuni», quelle che stabiliscono l'«ordinamento della Città di Roma», quelle che disciplinano il patrimonio di Regioni, Comuni e Città metropolitane, quelle che permettono «lo spostamento di un Comune ad altra Regione»);

c) che riguardano alcuni profili dell'ordinamento e dei poteri regionali (quelle che determinano le modalità mediante le quali le Regioni possono stipulare accordi con Stati o intese con enti territoriali stranieri, quelle che disciplinano i controlli sostitutivi sulle Regioni, quelle che determinano i principi fondamentali delle leggi elettorali per le Regioni, quelle che possono attribuire alle Regioni, ai sensi del terzo comma dell'art. 116 cost., ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia);

d) che si riferiscono ad alcuni aspetti dei rapporti con l'Unione europea (quelle che autorizzano la ratifica dei trattati Ue, che stabiliscono le norme generali, le forme ed i termini della partecipazione dell'Italia alla formazione ed all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea, quelle che disciplinano la formazione ed esecuzione degli atti comunitari da parte delle Regioni);

e) che infine si riferiscono a due ambiti particolari (la tutela delle minoranze linguistiche; la disciplina dei referendum popolari e delle altre forme di consultazione popolare).

Si noti che la previsione, prima richiamata, sulla non modificabilità della nuova legislazione in queste materie se non in forma espressa e addirittura tramite apposite leggi, introduce grosse complicazioni nel nostro sistema costituzionale e negli stessi poteri degli interpreti (a cominciare dai giudici): se, infatti, queste disposizioni non possono che mutare per volontà espressa e formalizzata del legislatore, anzitutto si esclude la liceità di ogni attività interpretativa finalizzata ad evidenziare abrogazioni tacite o implicite. Al tempo stesso però non si spiega quale fine – ove esistenti – dovrebbero fare queste ipotetiche disposizioni sostanzialmente contrastanti con la esistente legge bicamerale: per depurare il sistema normativo da norme vietate dalla nuova norma costituzionale potrebbe pensarsi ad un nuovo tipo di incostituzionalità. Certo che per la sua impugnabilità davanti alla Corte il giudice *a quo* dovrebbe accertare che la legge della cui costituzionalità si dubita non possa essere interpretata in modo conforme alla nuova disposizione costituzionale.

Ma soprattutto è probabile che la relativa vastità ed eterogeneità delle sedici categorie di leggi bicamerali possa produrre non pochi impedimenti al legislatore statale, poiché occorrerà scorporare in due testi legislativi distinti e coordinati il contenuto di proposte legislative che riguardino sia materie di cui al primo che al secondo comma del nuovo art. 70: solo per fare un esempio, basti pensare a quanti te-

sti legislativi di riforma settoriale possono riguardare almeno in parte le funzioni fondamentali di Comuni, di Città metropolitane o di Roma. In casi del genere è evidente che l'efficacia del ddl monocamerale riferito alla disciplina materiale dipenderà in realtà dal consenso del Senato sulle disposizioni che devono essere invece collocate nel ddl bicamerale. La situazione si complicherebbe ancora di più se la progettazione legislativa che incidesse anche su materie bicamerali fosse adottata dal Governo sulla base della volontà di far prevalere la supremazia statale ai sensi del quarto comma dell'art.117: è ben difficile pensare che un testo del genere possa sdoppiarsi, con il rischio che il dissenso senatoriale renda inefficace la legge monocamerale nel frattempo adottata.

Ancora più difficile sarebbe la situazione ove il Governo intendesse intervenire in una materia del genere mediante decretazione d'urgenza (il quinto comma dell'art. 77 prevede espressamente che vi possano essere decreti legge anche nelle materie "bicamerali"), perché in questo caso addirittura dovrebbe pensarsi all'adozione di due decreti legge tra loro coordinati, nonché alla presentazione di due successive leggi di conversione, con tutto ciò che ne può conseguire.

Al tempo stesso, la corretta e sicura interpretazione dei confini delle sedici materie di cui al primo comma dell'art. 70 diviene essenziale per delimitare la possibilità per il Governo di utilizzare il settimo comma dell'art. 72 (procedimento "a data certa"), che è escluso nelle materie di cui al primo comma dell'art. 70.

Venendo al merito delle scelte operate nel primo comma dell'art. 70, deve segnalarsi la paradossale mancanza nell'elenco delle materie mediante le quali il legislatore statale sarà chiamato ad integrare il riparto della potestà legislativa fra Stato e Regioni ordinarie definite nel nuovo Titolo V della seconda parte della Costituzione: il legislatore statale deve, infatti, determinare le sole norme generali e comuni in otto importanti materie ("tutela della salute", "politiche sociali", "sicurezza alimentare", "istruzione", "istruzione e formazione professionale", "attività culturali", "turismo", "governo del territorio") o in varie altre importanti materie deve determinare gli interessi nazionali (protezione civile, produzione, trasporto e distribuzione dell'energia, navigazione, porti ed aeroporti civili, reti di trasporto) o distinguere alcuni maggiori interventi o interessi da altri ("ricerca scientifica e tecnologica", "infrastrutture", "reti di trasporto"). Peraltro queste leggi saranno adottate dalla Camera dei deputati, mentre il Senato avrà solo il potere di eventualmente intervenire con proposte difformi: è quindi assolutamente infondata la tesi che l'incontestabile diminuzione di poteri delle Regioni sarebbe sostanzialmente compensata dalla previsione del nuovo Senato, che contribuirebbe all'arricchi-

mento del confronto in Parlamento: paradossalmente i nuovi Senatori sarebbero chiamati ad occuparsi di politica estera e comunitaria, di assetto dell'amministrazione locale, di istituti di democrazia diretta, di ordinamento elettorale delle Regioni, ecc., ma non di ciò che le Regioni devono fare in sede legislativa ed amministrativa.

**4.** Tornando alle materie legislative di competenza bicamerale, emergono in tutta la loro gravità le possibili conseguenze di errori o prevaricazioni nel rispetto delle nuove norme relative alla titolarità dei poteri legislativi ed ai diversi tempi prescritti per alcune fasi procedimentali.

Non vi è dubbio, infatti, che una legge che displichia quanto previsto dal nuovo art. 70 violerebbe la Costituzione, andando quindi incontro ad una possibile dichiarazione di illegittimità costituzionale; e ciò sarebbe rilevabile anche a grande distanza dal momento dell'adozione della legge, dal momento che si tratterebbe di un vizio formale, relativo alla violazione di un procedimento legislativo determinato dalla Costituzione. Né si può pensare che il vizio possa essere in parte escluso dalle determinazioni dei presidenti delle Camere, ai sensi del sesto comma dell'art. 70, che prevede appunto che essi possano decidere «d'intesa tra loro, le eventuali questioni di competenza, sollevate secondo le norme dei rispettivi regolamenti».

Questo potere, comunque di non facile interpretazione, dei presidenti delle Camere, pur opportuno per ridurre i conflitti fra le Camere, non può certo precludere l'eventuale controllo di costituzionalità sulla legge adottata o anche il controllo presidenziale in sede di promulgazione, quasi che ci trovasse dinanzi ad un nuovo tipo di *interna corporis*<sup>9</sup>. D'altra parte il discutibilissimo precedente di questa norma era l'ultimo comma dell'art. 70 della legge di revisione costituzionale del 2005, respinta dal referendum popolare del 2006, che quanto meno prevedeva espressamente l'insindacabilità "in alcuna sede" delle decisioni assunte dai presidenti delle Camere o dal Comitato paritetico (organo previsto in quel tentativo di revisione costituzionale). Non aver ripetuto quella formula è agevolmente interpretabile come frutto della consapevolezza della inammissibilità di norme del genere in una moderna Costituzione rigida.

Inoltre questa pluralità di vincoli, alquanto poco chiari, sulla produzione legislativa peserà non poco sull'attività dei vari operatori giuridici, necessariamente tenuti a valutare la legittimità o meno delle

fonti che debbono utilizzare e per di più privati di buona parte del potere interpretativo relativo alla successione non espressa delle fonti bicamerali.

**5.** Uno dei settori nei quali la revisione costituzionale risolve sicuramente alcuni grossi problemi è costituito dalla riforma della decretazione d'urgenza, che senza alcun dubbio ha molto contribuito negli ultimi decenni al vistoso degrado del nostro sistema di produzione normativa.

Forse anche per la parallela previsione del procedimento legislativo "a data certa", ora previsto dall'ultimo comma dell'art. 70, il nuovo art. 77 e il nuovo secondo comma dell'art. 74 risolvono molti problemi emersi nell'esame critico delle prassi che si sono formate nell'applicazione del vigente art. 77, recependo nelle nuove disposizioni costituzionali quasi tutti i vincoli finora inutilmente inseriti nell'art. 17 della legge 400 del 1988 e prevedendo opportunamente pure un termine parzialmente dilatorio per il riesame della legge di conversione del decreto legge che sia stata rinviata alle Camere o alla sola Camera dei deputati da parte del Presidente della Repubblica. Qui semmai emerge tutta la complessità derivante dal primo e dal secondo comma del nuovo art. 70 e a cui prima abbiamo accennato: o il decreto legge e la relativa legge di conversione operano entro le materie bicamerali o, invece, monocamerali (con ruolo solo eventuale del Senato), o altrimenti dovrebbe pensarsi a due decreti legge coordinati ed interdipendenti, nonché a due distinte leggi di conversione. Ma è evidente che tutto ciò renderebbe assai rischioso il conseguimento dell'obiettivo che il Governo si ripromette con la decretazione d'urgenza. D'altra parte, il procedimento legislativo "a data certa" non è utilizzabile per i casi di cui al primo comma dell'art. 70 e quindi in situazioni di urgente necessità occorrerà cercare di utilizzare proprio la decretazione d'urgenza, andando peraltro incontro ai problemi accennati.

Di tutt'altro genere sono, invece, alcuni problemi derivanti dai molti limiti contenutistici dei decreti legge e delle relative leggi di conversione che sorgeranno dal nuovo art. 77. È vero, infatti, che già la giurisprudenza della Corte costituzionale è riuscita a dichiarare in alcuni casi l'illegittimità di norme confliggenti con limiti del genere, ma la loro esplicita costituzionalizzazione originerà il tentativo di dare ad essi un'applicazione assai vasta e quindi opinabile: in particolare appare non poco delicato valutare da parte dei vari operatori giuridici e della Corte costituzionale se i decreti contengono solo «misure di imme-

9. Cfr. G. Piccirilli, *L'oggetto proprio delle leggi ex art. 70, primo comma Cost. Primi appunti sul potenziale sviluppo del contenzioso costituzionale sui vizi formali*, [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 2015, pag. 8 segg., G. Brunelli, *op. cit.*, pag. 10 segg.; E. Rossi, *op. cit.*, pp. 105 s.

diata applicazione e di contenuto specifico, omogeneo e corrispondente al titolo». Del pari alquanto difficile (e quindi inevitabilmente oggetto di polemiche) sarà giudicare se le leggi di conversione contengono in alcuni casi «disposizioni estranee all'oggetto o alle finalità del decreto».

Anche in questi casi ricadrebbe sugli organi della giurisdizione, ordinaria e costituzionale, mantenere il legislatore nazionale entro i limiti troppo genericamente configurati dal legislatore che ha riscritto le disposizioni costituzionali.

**6.** La disciplina del procedimento legislativo “a data certa” da parte dell'ultimo comma dell'art. 72 appare configurarlo in termini abbastanza semplici, lasciando però indeterminati non pochi aspetti importanti.

Anzitutto la generica formulazione utilizzata («disegno di legge indicato come essenziale per l'attuazione del programma di governo»), senza un puntuale riferimento limitativo al programma di governo alla base del conferimento della fiducia, lascia grande discrezionalità al Governo nell'inizio di questo procedimento: starà solo alla delibera della Camera filtrare ed eventualmente respingere forzature ed abusi.

Inoltre è evidente che non viene prevista alcuna disciplina a garanzia della inemendabilità del testo del ddl o almeno nel senso di vietare l'inserimento di disposizioni estranee, malgrado la brutta esperienza fatta con i decreti legge, troppo spesso profondamente mutati nei loro contenuti tramite le leggi di conversione. Tutto quello che si prevede per i procedimenti legislativi “a data certa” è che il regolamento della Camera possa stabilire «le modalità ed i limiti del procedimento, anche con riferimento all'omogeneità del disegno di legge». Ma si potrebbe anche pensare a dubbi di costituzionalità per testi legislativi chiaramente innovativi rispetto ai ddl originari, in deroga quindi al rispetto degli ordinari poteri dei parlamentari nell'esame dei testi legislativi.

Un altro problema delicato è costituito dalla natura dei termini massimi entro cui il procedimento deve aver termine (settanta giorni dalla deliberazione camerale, oltre gli eventuali quindici giorni aggiuntivi) con un'approvazione “in via definitiva” del ddl: se questi termini fossero superati, il procedimento decade o il testo su cui è iniziato l'esame rimane come un disegno di legge ordinario esaminato solo in parte?

Si deve anche notare che, non essendosi prevista una disposizione speciale relativamente alla promulgazione di questo tipo di legge, all'eventuale rinvio presidenziale alla Camera del testo legislativo dovrebbe seguire l'ordinaria procedura di riesame e quindi l'adozione della legge potrebbe andare ben al di là del termine dei 70 giorni.

**7.** Al fine evidente di favorire le Regioni speciali e le Province autonome di Trento e di Bolzano la riforma costituzionale ha, tra l'altro, addirittura mutato implicitamente il primo comma dell'art. 116 Cost., che – come noto – prevede che questi enti «dispongono di forme e condizioni particolari di autonomia, secondo i rispettivi statuti speciali adottati con legge costituzionale».

Il tredicesimo comma dell'art. 39 della legge di revisione costituzionale prevede, infatti, che quasi tutte le nuove disposizioni modificatrici del vigente Titolo V non si applicano ad esse «fino alla revisione dei rispettivi statuti sulla base di intese con le medesime Regioni e Province autonome».

Si noti che in tal modo ha avuto accoglimento una vecchia pretesa di questi enti, che già aveva avuto successo nell'art. 116 della Costituzione, quale riscritto dalla legge di riforma del 2005, peraltro fortunatamente respinta dal referendum popolare del 2006. Il testo attuale è addirittura più radicale di quello del 2005, che quanto meno prevedeva che gli enti interessati potessero respingere il testo votato dal Parlamento solo entro tre mesi e mediante maggioranze qualificate dei Consigli; adesso, invece, la necessità dell'intesa sembra non superabile e pertanto il Parlamento non potrebbe provvedere da solo, malgrado l'adozione di un'apposita legge costituzionale.

Si tratta di un'innovazione particolarmente stridente in un testo di revisione costituzionale che contemporaneamente riduce moltissimo l'autonomia delle Regioni ordinarie, e comunque grave perché erode la forza di una fonte di livello costituzionale, per di più rischiando di far sorgere molteplici problemi di complessiva coerenza istituzionale e legislativa: in questa sede basti pensare all'impossibilità di dare efficacia sull'intero territorio nazionale alle leggi di cui al quarto comma dell'art. 117 o all'estrema difficoltà di far convivere il “tradizionale” tipo di riparto di competenze di cui agli Statuti speciali e quello previsto dal nuovo art. 117, essenzialmente caratterizzato da uno sterminato elenco di competenze esclusive statali.

Peraltro dal punto di vista formale una prescrizione normativa del genere potrebbe anche avere solo una modesta efficacia giuridica, perché il legislatore statale potrebbe sempre – dinanzi a tecniche dilatorie delle Regioni speciali – reintrodurre la normativa attualmente vigente tramite un puntuale revisione costituzionale abrogativa della norma di cui all'art. 39.12 e poi provvedere a riformare in via unilaterale gli Statuti speciali ai sensi dell'attualmente vigente primo comma dell'art. 116. Ciò naturalmente però andando ad uno scontro politico con le Regioni interessate e dovendosi ovviamente conseguire una maggioranza anche nel Senato (la cui composizione registra una limitata sovrarappresentazione proprio delle Regioni e delle Province interessate).

**8.** Resta da dire delle conseguenze indirettamente prodotte dalla scelta operata dal testo di riforma a favore del possibile controllo preventivo di legittimità costituzionale sulle leggi elettorali operato dalla Corte costituzionale.

Infatti, il nuovo secondo comma dell'art. 73 ed il secondo comma dell'art. 134, prevedono che un quarto dei Deputati od un terzo dei Senatori, entro dieci giorni dall'approvazione delle leggi elettorali della Camera o del Senato, le possano impugnare in via preventiva per motivi di legittimità costituzionale. La Corte dovrà decidere entro trenta giorni e prima della sentenza la legge impugnata non può essere promulgata.

Al tempo stesso, il comma 10 dell'art. 39 pone come norma di prima applicazione la possibilità che impugnative del genere possano riguardare anche leggi elettorali della Camera e del Senato promulgate nella legislatura in cui fosse promulgata la riforma costituzionale, nonché la legge di cui al nuovo sesto comma dell'art. 57 (e cioè la tanto discussa legge sulla composizione del Senato)<sup>10</sup>.

Sembra evidente che si tratta di competenze tra loro molto diverse, dal momento che nel primo caso il giudizio è preventivo, produce temporaneamente la sospensione del potere di promulgazione e l'eventuale dichiarazione di incostituzionalità farà rientrare in gioco l'organo legislativo; nel secondo caso, invece, ci si trova dinanzi ad un nuovo tipo di ricorso in via diretta su leggi vigenti, che può produrre ordinarie sentenze di incostituzionalità, peraltro con il problema di dover lasciare un sistema elettorale funzionante.

Senza entrare nel dibattito sull'opportunità di queste diverse previsioni e sulla indubbia trasformazione del ruolo della Corte costituzionale che ne potrebbe derivare<sup>11</sup>, in questa sede c'è da mettere in luce l'esistenza nelle due diverse disposizioni citate di molteplici norme di dubbia interpretazione ed anche di alcune pericolose lacune.

Fra i dubbi interpretativi si pensi anzitutto al carattere perentorio od ordinatorio del termine di trenta giorni entro cui la Corte deve decidere: qui la risposta non può che essere (malgrado i pareri difformi di alcuni commentatori) nel senso della perentorietà del termine posto a disposizione della Corte, che addirittura sospende temporaneamente il potere presidenziale di promulgazione della legge<sup>12</sup>.

Ma la grande sommarietà e imprecisione del secondo comma dell'art. 73 non chiarisce nemmeno quali siano le fondamentali caratteristiche necessarie dell'impugnativa dei parlamentari e l'ampiezza dei poteri decisionali della Corte<sup>13</sup>, così come pure la sorte del testo legislativo che non fosse dichiarato integralmente incostituzionale<sup>14</sup>.

**9.** Al termine di questa sintetica rassegna delle principali innovazioni prodotte dalla riforma costituzionale sulle procedure legislative statali, non si può certo esprimere una valutazione rassicurante.

Ci troviamo, infatti, dinanzi a procedimenti legislativi troppo numerosi e complessi, per di più spesso disciplinati solo assai sommariamente, con vistose e pericolose lacune: da ciò il rischio che possano sorgere molteplici conflitti politici e giurisdizionali, in stridente contrasto con le generiche affermazioni che, invece, con la riforma si conseguirebbe una semplificazione delle procedure ed una diminuzione della conflittualità. Giustamente Enzo Cheli ha scritto di un modello di riforma «che anziché semplificare (come era nelle intenzioni originarie) complica e che, di conseguenza, appare orientato non a ridurre, ma ad aumentare la conflittualità interna al sistema sia nei rapporti fra le due Camere che nei rapporti tra Stato e Regioni»<sup>15</sup>. Su valutazioni analoghe si registra una significativa convergenza dei commentatori<sup>16</sup>.

10. Si vedano però i molteplici problemi interpretativi aperti sulla stessa applicabilità di questa disposizione: Dal Canto, *Corte costituzionale e giudizio preventivo sulle leggi elettorali*, [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 2015, pp. 12 s.; E. Rossi, *op. cit.*, pp. 128 ss.

11. E. Catelani, *Pregi e difetti di questa fase di revisione costituzionale: proposte possibili*, [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 1/2015, pag. 3/4, F. Dal Canto, *op. cit.*, pag. 5 ss.; G. Tarli Barbieri, *Testo dell'audizione sul disegno di legge n. 1429 B presso la prima Commissione affari costituzionali del Senato (28 luglio 2015)*, [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 1/2015, pp. 17 ss.

12. E. Rossi, *op. cit.*, pp. 13 s.

13. R. Romboli, *op. cit.*, pag. 18; F. Dal Canto, *op. cit.*, pag. 6 segg.; R. Dickmann, *Osservazioni sulla nuova organizzazione del processo legislativo dopo la riforma costituzionale*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2016 n. 4, pp. 12 s.

14. E. Rossi, *op. cit.*, pag. 141 ss.; F. Dal Canto, *op. cit.*, pp. 11 ss.

15. E. Cheli, *Una riforma necessaria, ma che rischia di non funzionare*, [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 1/2016, p. 2.

16. E. Rossi, *op. cit.*, p. 133 ss.; P. Carnevale, *Brevi considerazioni in tema di "oggetto proprio", clausola di "sola abrogazione espressa" e "riserva di procedimento" per le leggi bicamerali dell'art. 70, comma primo, del disegno di legge di revisione*, [Federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2016 n. 5;

Si scontano due fenomeni negativi convergenti: da una parte la mancata scelta per un chiaro e coerente modello di bicameralismo diseguale (una Camera delle Regioni “alla tedesca” oppure una seconda Camera rappresentativa delle diverse popolazioni regionali) comunque dotata di poteri significativi per la gestione di uno Stato autonomistico (ma solo di questi).

Bisogna peraltro aggiungere che purtroppo ha pesato anche l'attuale evidente degrado tecnico-giuridico delle classi politiche e dei loro collaboratori, che si sono dimostrati nei fatti incapaci di redigere una riforma chiara ed efficace sia nelle grandi articolazioni che anche nella disciplina dei tanti (troppi) procedimenti che ne derivano. Se con la riforma costituzionale la legge statale non è più un atto formalmente unitario, ci si sarebbe dovuti aspettare un'assai

maggior attenzione al contenuto delle disposizioni che ne disciplinano le diverse tipologie e ne regolano i rapporti con le diverse articolazioni istituzionali e con i diversi soggetti interessati.

Anche il notevole aumento dei possibili vizi formali, con la possibile larga chiamata in gioco della Corte costituzionale, non appare rassicurante, perché tende inevitabilmente ad accentuare la politicizzazione della Corte, già accresciuta per l'attribuzione ad essa del giudizio preventivo di costituzionalità sulle leggi elettorali. D'altra parte anche l'attribuzione al Senato della nomina di due giudici costituzionali<sup>17</sup> potrebbe contribuire a ridurre la piena autonomia di quest'organo e comunque ad alterare gli usuali processi di progressiva parziale omogeneizzazione dei suoi componenti<sup>18</sup>.

---

G. Tarli Barbieri, *La revisione costituzionale “Renzi-Boschi”: note sparse sul procedimento di approvazione e sul Capo VI (“disposizioni finali”) della stessa*, Osservatoriosullefonti.it, 1/2016, p. 7.

17. Non si dimentichi che la probabile presenza nel nuovo Senato di forti schieramenti maggioritari potrebbe rendere inutile la prescrizione di maggioranze qualificate finalizzate a far nominare giudici di diverse appartenenze e di condivise professionalità.

18. Si consideri il rischio che la nomina da parte del Senato dei due giudici venga considerata dagli altri giudici come un'impropria rappresentanza di interessi settoriali.

# Composizioni e funzioni del nuovo Senato in prospettiva comparata

di Barbara Guastaferra

Il testo prende in esame il progetto di revisione costituzionale del Senato della Repubblica, studiandone composizione e funzioni.

Esse sono poi poste a paragone con il bicameralismo francese, spagnolo e tedesco.

## 1. Introduzione

Il testo della legge costituzionale (C - 2613-D)<sup>1</sup> pubblicato nella Gazzetta ufficiale del 15 aprile 2016 e sottoposto a referendum costituzionale, oltre a modificare il riparto di competenza tra Stato e Regioni (revisionando il titolo V, parte II della Costituzione)<sup>2</sup>, supera il bicameralismo paritario che ha caratterizzato la Repubblica italiana sin dagli albori, differenziando sia la composizione che le funzioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Quest'ultimo per la prima volta rappresenterà le autonomie territoriali di cui si compone la Repubblica, alla stregua di quanto accade in alcuni degli ordinamenti federali classici. I primi paragrafi del presente contributo si soffermano sulla rinnovata composizione del Senato e sulle sue funzioni. Quest'ultimo aspetto della riforma è quello che ha maggiormente risentito del tortuoso iter procedura-

le previsto dall'138 della nostra Costituzione dedicato alla revisione costituzionale<sup>3</sup>. Infatti, il disegno di legge costituzionale presentato dal Governo l'8 aprile 2014 è stato rivisitato in modo significativo dal doppio passaggio parlamentare tra Camera dei deputati e Senato della Repubblica, che ha necessariamente richiesto soluzioni compromissorie. Oltre a modificare le modalità di elezione dei Senatori, il testo di legge costituzionale vede notevolmente ampliate le funzioni del Senato e la possibilità di quest'ultimo di incidere nel procedimento legislativo. La parte conclusiva del contributo si sofferma sui profili di diritto comparato, analizzando la riforma del Senato sottoposta a referendum costituzionale in Italia alla luce di altre esperienze europee. In particolar modo, si analizzeranno i nessi tra rappresentanza territoriale e procedimento legislativo, e, dunque, la possibilità di altre Camere alte rappresentative delle autonomie e collettività territoriali (quali ad esempio quelle di

1. Il testo scaturisce dal disegno di legge costituzionale presentato l'8 aprile 2014 dal Presidente del Consiglio dei ministri (Renzi) e dal Ministro per le riforme costituzionali e i rapporti con il Parlamento (Boschi) è intitolato: *Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte seconda della Costituzione*.

2. Si tralasciano in questa sede gli aspetti relativi alla riforma del titolo V, che vede sostanzialmente decurtati i poteri legislativi delle Regioni. Per tutti, si rinvia ad A. Ruggeri, *Una riforma che non dà ristoro a Regioni assetate di Autonomia*, 1 *Le Regioni* (2015).

3. Il disegno di legge costituzionale presentato l'8 aprile 2014 è stato approvato in prima deliberazione dal Senato della Repubblica l'8 agosto 2014 e modificato, in prima deliberazione, dalla Camera dei deputati il 10 marzo 2015 e dal Senato della Repubblica il 13 ottobre 2015. Esso è stato poi approvato, senza modificazioni, in prima deliberazione dalla Camera dei deputati l'11 gennaio 2016 e approvato, in seconda deliberazione, dal Senato nella seduta del 20 gennaio 2016. In quest'ultima, il Senato ha approvato la riforma con 180 voti favorevoli, 112 contrari e un'astensione (quindi, a maggioranza assoluta dei componenti). Non essendo stato raggiunto dunque il *quorum* dei due terzi di cui all'articolo 138 della Costituzione sovra menzionato, il disegno di legge costituzionale può, e come abbiamo visto, sarà, sottoposto a referendum costituzionale.

Germania, Francia e Spagna) di partecipare al processo di formazione delle leggi.

### 2. La nuova composizione del Senato

Il superamento del bicameralismo perfetto implica che il Parlamento continuerà ad articolarsi in Camera dei deputati e Senato della Repubblica, ma i due organi avranno composizione e funzioni in gran parte differenti. Per certi versi è la stessa diversa composizione a legittimare una differenza di funzioni. Difatti, l'elemento principale della riforma consiste nella fuoriuscita del Senato (proprio perché non più eletto a suffragio universale diretto) dal circuito fiduciario, che resta appannaggio della sola Camera dei deputati<sup>4</sup>. Ai sensi del nuovo articolo 55 della Costituzione<sup>5</sup>, infatti, «la Camera dei deputati è titolare del rapporto di fiducia con il Governo ed esercita la funzione di indirizzo politico, la funzione legislativa e quella di controllo dell'operato del Governo», mentre il Senato «esercita funzioni di raccordo tra lo Stato e gli altri enti costitutivi della Repubblica». Tale differenza di funzioni è strettamente collegata alla differente composizione dei due organi. È lo stesso articolo 55 a precisare che mentre «ciascun membro della Camera dei deputati rappresenta la *Nazione*», il Senato della Repubblica «rappresenta le *istituzioni territoriali*».

Provare a cambiare la composizione del Senato e renderlo rappresentativo delle autonomie territoriali, alla stregua di quanto accade negli ordinamenti federali classici, non è stato semplice. La proposta governativa iniziale è stata quasi stravolta dal dibattito parlamentare. Il Governo aveva previsto un Senato ridotto (circa 100 membri a fronte degli attuali 315) e rinominato "Senato delle Autonomie". Esso era composto, di diritto, da Presidenti delle Giunte regionali e delle Province autonome e dai sindaci dei comuni capoluogo di Regione e di provincia autonoma. Ciascuna Regione poteva poi esprimere due membri eletti dal Consiglio regionale tra i propri componenti e due sindaci eletti da un collegio elettorale costituito dai sindaci della Regione. Accanto a questa folta componente rappresentativa delle istituzioni territoriali, c'era una componente, giudicata da diversi critici troppo

elevata per un Senato che proclamava essere il "Senato delle Autonomie"<sup>6</sup>, composta da 21 cittadini che avessero illustrato la Patria per altissimi meriti nel campo sociale, scientifico, artistico e letterario, nominati dal Presidente della Repubblica, con una durata in carica di 7 anni.

In seguito alla duplice deliberazione parlamentare, l'articolo dedicato alla composizione del Senato ha subito modifiche di rilievo, sino ad essere stravolto se non nel dato numerico: la riduzione dei Senatori da 315 a circa 100. Anche la denominazione "Senato delle Autonomie" presente nel disegno di legge di iniziativa governativa è stata modificata, preferendo mantenere quella, attuale, di "Senato della Repubblica". Ai sensi dell'articolo 57, comma 1, della Costituzione, come novellato<sup>7</sup>, «il Senato della Repubblica è composto da novantacinque senatori rappresentativi delle istituzioni territoriali e da cinque senatori che possono essere nominati dal Presidente della Repubblica». A parità del numero di senatori voluto dal Governo, si riduce dunque drasticamente la quota non rappresentativa delle istituzioni territoriali.

Ai sensi del comma 2 dell'articolo 57, «I Consigli regionali e i Consigli delle Province autonome di Trento e di Bolzano eleggono, con metodo proporzionale, i senatori tra i propri componenti e, nella misura di uno per ciascuno, tra i sindaci dei Comuni dei rispettivi territori». Secondo il comma 3, «nessuna Regione può avere un numero di senatori inferiore a due; ciascuna delle Province autonome di Trento e di Bolzano ne ha due». Rispetto alle proposta del Governo, viene quindi ridotta la componente dei sindaci, che prima aveva la stessa consistenza dei consiglieri regionali. Mentre i sindaci-senatori non potranno essere più di uno per Regione, il numero dei consiglieri-Senatori varierà a seconda del peso demografico di ciascuna Regione. Infatti, il comma 4 dello stesso articolo 57 precisa che «la ripartizione dei seggi tra le Regioni si effettua ... in proporzione alla loro popolazione, quale risulta dall'ultimo censimento generale, sulla base dei quozienti interi e dei più alti resti». Mentre il disegno di legge di iniziativa governativa prediligeva dunque il "criterio aritmetico" nella ripartizione dei seggi, accolto ad esempio dal Senato degli Stati Uniti, dove gli Stati sono egualmente rappresentati indipendentemente

4. Secondo M. Luciani (*La riforma del bicameralismo, oggi*, in Rivista AIC, n. 2/2014) l'elezione diretta dei Senatori sarebbe in contraddizione con la sottrazione al Senato del rapporto fiduciario.

5. Come novellato dall'articolo 1 del disegno di legge costituzionale (Atto Camera dei deputati n. 2613 D), intitolato *Funzioni delle Camere*.

6. Tra gli altri, R. Bifulco, Osservazioni sulla riforma del bicameralismo (ddl cost. A.C. 2613-A) e L. Violini, *Note sulla riforma costituzionale*, in *Le Regioni*, n. 1/2015.

7. Si veda l'articolo 2 del disegno di legge costituzionale (Atto Camera dei deputati n. 2613 D), intitolato *Composizione ed elezione del Senato della Repubblica*.



mente dalla dimensione geo-demografica, le Camere hanno prediletto il “criterio geometrico” di ripartizione dei seggi, dando il giusto peso alla differenza demografica delle Regioni. Ad ogni modo, nessuna Regione potrà avere meno di due Senatori: questo dato fisso implicherà dunque che il Senato della Repubblica sarà caratterizzato da una “proporzionalità degressiva” simile a quella esistente nel Parlamento europeo: le Regioni di dimensione minore, pur ottenendo meno seggi rispetto alle Regioni con una popolazione più elevata, avranno comunque un numero di seggi superiore a quello che avrebbero ottenuto se si fosse applicato un criterio strettamente proporzionale. A titolo di esempio, si prevede, stando alle stime predisposte dal Servizio studi della Camera dei deputati, che la Regione meno popolosa, la Valle d’Aosta, che conta all’incirca 127.000 abitanti, avrà due seggi in seno al Senato così come la Liguria, che conta all’incirca 1.571.000 abitanti. La Regione più popolosa, la Lombardia (con 9.705.000 abitanti), dovrebbe ottenere 14 Senatori.

Coerentemente a quanto stabilito nell’articolo 55, ossia che il Senato rappresenta le “istituzioni territoriali”, l’articolo 57 appena menzionato prevede dunque un meccanismo di “elezione indiretta” dei Senatori: pur non essendo direttamente eletto dal popolo, il Senato sarà comunque composto da membri (siano essi consiglieri regionali o sindaci) che hanno a loro volta ricevuto un’investitura democratica. Tuttavia, il sistema di “elezione indiretta”, è l’elemento che ha maggiormente diviso l’Aula durante il dibattito parlamentare. L’articolo 57, comma 5, infatti, è stato più volte emendato al fine di trovare un compromesso che venisse incontro ad alcune minoranze parlamentari che denunciavano il carattere “non democratico” di un Senato rappresentativo delle istituzioni territoriali. Infatti, nella versione finale del testo di legge costituzionale, l’articolo 57, al comma 5, specifica che «la durata del mandato dei senatori coincide con quella degli organi delle istituzioni territoriali dai quali sono stati eletti, *in conformità alle scelte espresse dagli elettori per i candidati consiglieri in occasione del rinnovo dei medesimi organi*, secondo le modalità stabilite dalla legge di cui al sesto comma» (corsivo aggiunto). Dunque, se resta in capo ai Consigli regionali eleggere, tra i propri componenti, i senatori, il nuovo testo dell’articolo trova una soluzione di compromesso: stabilire che i senatori vengono eletti «in conformità alle scelte espresse dagli elettori per i candidati consiglieri in occasione del rinnovo dei medesi-

mi organi», lascia intravedere la possibilità che vi sia un maggiore coinvolgimento diretto dell’elettorato. È possibile che in occasione del rinnovo dell’elezione degli stessi consigli regionali i cittadini conoscano in anticipo quali dei candidati alla carica di consigliere regionale possa poi aspirare a ricoprire l’incarico di senatore<sup>8</sup>. Ad ogni modo, le modalità di implementazione di tale disposizione sono demandate ad una legge bicamerale (che vede dunque il coinvolgimento sia della Camera che del Senato). Ciò è esplicitato dallo stesso articolo 57, che al sesto e ultimo comma stabilisce che «con legge approvata da entrambe le Camere sono regolate le modalità di attribuzione dei seggi e di elezione dei membri del Senato della Repubblica tra i consiglieri e i sindaci, nonché quelle per la loro sostituzione, in caso di cessazione dalla carica elettiva regionale o locale. I seggi sono attribuiti in ragione dei voti espressi e della composizione di ciascun Consiglio».

### **3. Le nuove funzioni del Senato ed il concorso alla funzione legislativa**

Le nuove funzioni del Senato sono enumerate nell’articolo 55 comma 5 della Costituzione<sup>9</sup>, come novellato dall’art. 1 del testo di legge costituzionale dedicato alle “Funzioni delle Camere”, secondo il quale il Senato «concorre all’esercizio della funzione legislativa nei casi e secondo le modalità stabilite dalla Costituzione». Il Senato, dunque, seppur escluso dal circuito fiduciario, resta comunque un organo legislativo, anche se la possibilità che esso intervenga nel processo legislativo è circoscritta alle modalità stabilite dalla Costituzione. Oltre alla funzione principale del Senato, tra cui, appunto quella legislativa e quella «di raccordo tra lo Stato, gli altri enti costitutivi della Repubblica e l’Unione europea», l’articolo 55, comma 5, stabilisce che il Senato «partecipa all’attuazione degli atti normativi e delle politiche dell’Unione europea; valuta le politiche pubbliche e dell’attività delle pubbliche amministrazioni e verifica l’impatto delle politiche dell’Ue sui territori». Quest’ultima funzione potrebbe potenziare il ruolo del Senato (già oggi più attivo della Camera dei deputati), nel controllo di sussidiarietà degli atti dell’Unione europea previsto dall’*Early Warning Mechanism* introdotto dal Trattato di Lisbona. Ancora ai sensi dell’articolo 55, comma 5, infine, il Senato «concorre alla verifica e all’attuazione delle leggi dello Stato nonché all’e-

8. Sulle possibili interpretazioni della norma, si veda V. De Santis, La “doppia investitura” dei senatori consiglieri e le difficoltà di rappresentare “al centro” le istituzioni territoriali, Considerazioni sull’emendamento all’art. 2, co. 5 del ddl cost. n. 1429-B, in *Forum quaderni costituzionali* (n. 11/2015).

9. Per una prima lettura si rinvia, tra gli altri ad A. Poggi, *Funzioni e funzionalità del Senato delle autonomie*, Vol. 8/2014 [www.Federalismi.it](http://www.Federalismi.it).

spressione dei pareri sulle nomine di competenza del Governo nei casi previsti dalla legge».

L'elemento che più interessa in questa sede, anche alla luce dei profili di diritto comparato, è tuttavia capire come la Seconda Camera interverrà nel procedimento legislativo, specialmente alla luce del fatto che con il bicameralismo paritario che la riforma costituzionale intende abolire, il Senato e la Camera dei deputati concorrevano all'esercizio della funzione legislativa in egual misura, essendo sempre necessario il consenso di entrambi i rami del Parlamento per l'approvazione di una legge. La riforma costituzionale muta profondamente l'articolo 70 della Costituzione, dedicato al procedimento legislativo<sup>10</sup>. Il ruolo delle due Camere resta paritario *soltanto* per alcune categorie di leggi, individuate dal primo comma del nuovo articolo 70 della Costituzione. La lista delle leggi "bicamerali", che richiedono il consenso sia della Camera dei deputati che del Senato della Repubblica, è tassativa, nel senso che non possono esservi casi di leggi bicamerali non espressamente previste dalla Costituzione.

Rispetto al disegno di legge presentato dal Governo, tuttavia, il Parlamento ha incrementato notevolmente l'elenco di cui all'articolo 70, comma 1, e dunque la possibilità di avere leggi bicamerali. L'elenco include le leggi di revisione costituzionale, le leggi di attuazione delle disposizioni costituzionali concernenti la tutela delle minoranze linguistiche, i *referendum* popolari e le altre forme di consultazione, le leggi che determinano l'ordinamento, la legislazione elettorale, gli organi di governo, le funzioni fondamentali dei Comuni e delle Città metropolitane e le disposizioni di principio sulle forme associative dei Comuni; la legge che stabilisce le norme generali, le forme e i termini della partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea; le leggi che autorizzano la ratifica dei Trattati relativi all'appartenenza dell'Italia all'Unione europea; la legge per definire le procedure per l'esercizio del potere sostitutivo ed i casi di esclusione dei titolari di organi di governo regionali e locali dall'esercizio delle rispettive funzioni in caso di dissesto finanziario dell'ente; le leggi che stabiliscono cioè le modalità di attribuzione dei seggi e di elezione dei membri del Senato, nonché le norme per la loro sostituzione in caso di cessazione dalla carica elettiva regionale e locale, etc.

Al di fuori dei casi elencati dall'articolo 70, comma 1, il disegno di legge costituzionale attribuisce alla Camera dei deputati la competenza generale a

legiferare. È tuttavia conferito al Senato una sorta di "potere di richiamo", attraverso il quale la seconda camera può esaminare il testo ed emendarlo, lasciando tuttavia alla Camera l'ultima parola. Ai sensi dell'articolo 70, comma 3, come novellato, «ogni disegno di legge approvato dalla Camera dei deputati è immediatamente trasmesso al Senato della Repubblica che, entro dieci giorni, su richiesta di un terzo dei suoi componenti, può disporre di esaminarlo. Nei trenta giorni successivi il Senato della Repubblica può deliberare proposte di modificazione del testo, sulle quali la Camera dei deputati si pronuncia in via definitiva». Accanto alle leggi "bicamerali" di cui al comma 1 dell'articolo 70 ed alle leggi "monocamerali" con possibile intervento del Senato di cui al comma 3 dell'articolo 70, il disegno di legge costituzionale prevede anche casi di leggi monocamerali, ma con un ruolo "rinforzato" del Senato. In questi casi, se si intende approvare una legge che dà attuazione all'articolo 117, quarto comma, la Camera può discostarsi dalle modificazioni proposte dal Senato solo mediante un voto espresso a maggioranza assoluta dei propri componenti. L'intervento "rafforzato" del Senato è dunque previsto nel caso in cui la legge dello Stato sia suscettibile di incidere negativamente sulla sfera di attribuzione delle competenze costituzionalmente garantite alle Regioni: infatti, l'articolo 117 comma 4 che può attivare un coinvolgimento maggiore del Senato, riguarda la possibilità che leggi statali possano intervenire in materie non riservate alla legislazione esclusiva dello Stato quando lo richieda la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero la tutela dell'interesse nazionale.

#### 4. Profili di diritto comparato: il bicameralismo in Germania, Francia e Spagna

La riforma costituzionale in primo luogo allinea l'Ordinamento italiano al generale *trend* in Europa che vede la maggior parte degli ordinamenti abbracciare un bicameralismo differenziato e non paritario. Ad eccezione dell'Italia, la Bosnia-Erzegovina e la Svizzera, che optano per un sistema perfettamente bicamerale, Austria, Belgio, Francia, Germania, Irlanda, Paesi Bassi, Polonia, Regno Unito, Repubblica ceca, Romania, Russia, Slovenia e Spagna adottano un sistema bicamerale differenziato. La scelta del legislatore costituzionale di superare il bicamerali-

10. La novella è apportata dall'art. 10 del disegno di legge costituzionale (Atto Camera dei deputati n. 2613-D), intitolato *Procedimento legislativo*. In dottrina, si segnalano E. Rossi, *Procedimento legislativo e ruolo del Senato nella proposta di revisione della Costituzione*, 1 *Le Regioni* (2015); R. Romboli, *Le riforme e la funzione legislativa*, in *Rivista AIC*, 4 settembre 2015; R. Dickman, *Osservazioni sulla nuova organizzazione del processo legislativo dopo la riforma costituzionale*, in *federalismi.it*, *Focus riforma costituzionale* (24 febbraio 2016).

smo paritario, creando una Seconda Camera rappresentativa delle istituzioni territoriali, ricalca modelli presenti in molti Stati europei, non necessariamente federali. Bisogna tuttavia riconoscere che gli studi di diritto comparato evidenziano un forte nesso tra federalismo e bicameralismo. Difatti, anche se non tutti gli stati federali sono dotati di una Seconda Camera (o Camera Alta), di certo tutte le Seconde Camere di ordinamenti federali rappresentano le entità federate<sup>11</sup>. Alla rappresentanza politica espressa nelle Camere basse (spesso titolari uniche del rapporto fiduciario del Governo) fa da contraltare la rappresentanza territoriale espressa nelle Camere alte. Indipendentemente dalla loro composizione, che è variabile, la principale finalità delle stesse è garantire che le istanze dei territori siano rappresentate al centro, ossia a livello nazionale. Questo obiettivo è spesso raggiunto attraverso un coinvolgimento della Camera bassa, composta dai rappresentanti delle autonomie territoriali, nel procedimento legislativo, in particolar modo in materie di stretta competenza delle stesse autonomie.

Tale coinvolgimento non assume sempre la stessa rilevanza. In alcuni ordinamenti, infatti, il Senato (*rectius* la Seconda Camera) ha solo un potere di veto sospensivo e non ha, dunque, la possibilità di emendare il testo. Tale veto, a sua volta può essere o assoluto (come in Olanda, dove tuttavia viene raramente esercitato dalla Camera alta) o superabile dalla Camera bassa con un voto generalmente a maggioranza ordinaria (come ad esempio in Austria e Slovenia)<sup>12</sup>. Molti altri Ordinamenti prevedono un coinvolgimento maggiore del Senato, che, fermo restando il potere decisionale di ultima istanza in capo alla Camera bassa, può esaminare ed emendare il testo e non semplicemente opporre un veto. Ciò può avvenire o su tutti i testi legislativi (come ad esempio accade in Irlanda, in Polonia, nella Repubblica ceca, in Spagna etc.) o solo su alcuni testi legislativi, individuati, ad esempio, in base ad un criterio per materia (Belgio e Germania). Il massimo coinvolgimento delle Camere alte si ha, infine, quando il procedimento legislativo è “necessariamente bica-

merale”, nel senso che richiede l’interazione di entrambe le Camere, poste su un piano di parità, per approvare un disegno di legge. Il modello per cui opta il legislatore costituzionale è misto, nel senso che, come abbiamo visto, contempla sia il procedimento *necessariamente* bicamerale che quello che vede un coinvolgimento solo *eventuale* del Senato, che può però emendare il testo, nei tempi e modalità previsti dalla Costituzione e non semplicemente opporre un veto. L’analisi che segue si concentrerà su altri ordinamenti europei dotati di una Seconda Camera rappresentativa delle autonomie territoriali, ed in particolar modo su un ordinamento di natura federale (quale la Germania) e su due ordinamenti unitari come l’Italia (quali la Francia e la Spagna), cercando di analizzare le modalità attraverso le quali tali Camere alte sono coinvolte nel procedimento legislativo.

In Germania, il Senato (*Bundesrat*) è composto, ai sensi dell’articolo 51 della Legge fondamentale, dai membri dei governi di ogni *Land*, che possono essere da tre a sei a seconda della consistenza demografica di ciascuna autonomia territoriale. Una delle critiche mosse alla configurazione del Senato così come prospettata dalla riforma costituzionale in Italia, risiede proprio nella mancata obbligatorietà di includere gli esecutivi regionali all’interno della Seconda Camera, alla stregua del modello tedesco<sup>13</sup>. Anche se questa resta una possibilità, specie nel caso in cui dovesse delinearci una prassi politico-istituzionale che porti i Consigli regionali ad eleggere il Presidente della Regione tra i consiglieri-Senatori che faranno parte del nuovo Senato<sup>14</sup>, la rappresentanza territoriale del Senato sarebbe stata rafforzata dalla presenza degli esecutivi. In realtà, nel modello tedesco, ci sono anche altre elementi che rendono la Seconda Camera fortemente rappresentativa delle autonomie territoriali. I delegati rappresentativi di ciascun *Land* sono non solo sottoposti ad un vincolo di mandato, ma sono tenuti ad esprimere un voto unitario, rappresentativo dell’interesse del *Land*. Dal momento che né il mandato imperativo né il voto unitario sono stati accolti dalla riforma co-

11. Per un’analisi comparata si rinvia a M. Russell, *The Territorial Role of Second Chambers*, *The Journal of Legislative Studies*, 7:1 (2001).

12. I dati di diritto comparato presenti in tale paragrafo sono ripresi dal Dossier n. 54 a cura del Servizio Studi del Senato della Repubblica, *Le camere alte in Europa e negli Stati Uniti* (settembre 2013), al quale si rinvia per ulteriori approfondimenti. In dottrina, si rinvia a S. Bonfiglio (a cura di), *Composizione e Funzioni delle seconde Camere. Un’analisi comparativa*, CEDAM, Padova, 2008.

13. Tra gli altri, si vedano R. Bifulco, *Osservazioni sulla riforma del bicameralismo* (ddl cost. A.C. 2613-A) e E. Gianfrancesco, *Regioni e riforme costituzionali. Alcuni (non pochi) profili problematici*, in *Le Regioni*, n. 1/2015).

14. N. Lupo, *La (ancora) incerta natura del nuovo Senato. Prevarrà il cleavage politico, territoriale o istituzionale?*, *Focus sulla riforma costituzionale di federalismi.it* (numero 4, 24.2.2016).

stituzionale<sup>15</sup>, per quanto il nuovo Senato abbia una vocazione a rappresentare le istanze territoriali, esso sarà verosimilmente articolato intorno ad un *cleavage* politico (più che territoriale), rappresentativo dell'appartenenza politica del consigliere-senatore<sup>16</sup>.

Analogamente a quanto disposto dalla riforma costituzionale in corso in Italia, il *Bundesrat* è escluso dal circuito fiduciario, ma interviene nel processo legislativo, a partire dalla fase di iniziativa legislativa, che spetta al *Bundesrat* nel suo complesso (che vota a maggioranza assoluta su proposte avanzate da uno o più *Länder*). Anche se tutti i disegni di legge sono presentati alla Camera eletta direttamente dal popolo (il *Bundestag*), vi è una sorta di controllo reciproco tra gli organi coinvolti nel processo legislativo. Difatti, le proposte di legge del *Bundesrat* sono preventivamente inviate al Governo federale, che esprime un parere al riguardo prima di inviarle al *Bundestag*. Analogamente, una proposta di legge del Governo federale deve essere inviata al *Bundesrat* che può esprimere una posizione prima della presentazione al *Bundestag*, sempre entro il termine prestabilito. Sin dalla fase iniziale del procedimento legislativo, dunque, si tiene conto del parere delle entità federate, laddove il disegno di legge sia di iniziativa governativa. Una volta deliberati dal *Bundestag*, i progetti di legge sono inviati all'altra Camera, la quale interviene in modo diverso a seconda che si tratti di "leggi a consenso necessario", ossia leggi che necessitano di un pronunciamento formale del *Bundesrat* (*Zustimmungsgesetze*), o di "leggi semplici", in relazione alle quali il *Bundesrat* può opporre solamente un veto sospensivo (*Einspruchsgesetze*).

Nel caso di "leggi semplici", il *Bundesrat* non può respingere il progetto di legge proveniente dal *Bundestag*. Esso può soltanto o approvare il testo (che in tal modo diventa legge) o, chiedere la convocazione della Commissione di conciliazione (composta paritariamente dai membri delle due Camere) entro tre settimane dalla trasmissione del testo. In seguito alle modifiche apportate in sede di Commissione, il *Bundestag* può deliberare nuovamente ed il *Bundesrat* ha nuovamente diritto di opporsi a tale ultima deliberazione. Tuttavia, a patto che si rispecchi la medesima maggioranza con la quale è stata palesata l'opposizione del Senato, essa può essere sempre superata dal

*Bundestag* con una nuova deliberazione. Contrariamente al procedimento per le leggi semplici, che lascia dunque al *Bundestag* il diritto all'ultima parola, nel procedimento per le cosiddette "leggi a consenso necessario", il pronunciamento del *Bundesrat* è indispensabile per il perfezionarsi di un atto legislativo e deve essere espresso anche se non si ritiene di dover modificare il testo approvato dal *Bundestag*. Nel caso vi sia contrasto tra le due Camere, il *Bundesrat*, il Governo federale e lo stesso *Bundestag* possono convocare la Commissione di conciliazione che, approvata una proposta di conciliazione, la invia al *Bundestag*. Se il *Bundesrat* approva il testo votato dal *Bundestag*, la legge si considera approvata, mentre se il *Bundesrat* rigetta il testo, quest'ultimo decade. Il ruolo della Camera rappresentativa delle autonomie territoriali risulta dunque fortemente rafforzato, rispetto al caso delle leggi semplici, dove il *Bundesrat* ha solo la facoltà di avviare il procedimento della Commissione di conciliazione, potendo eventualmente ritardare l'approvazione delle legge, ma non condizionarla, in quanto il *Bundestag* può sempre superare il veto opposto dal *Bundesrat*.

Bisogna riconoscere, tuttavia (ed è questa la soluzione per cui opta anche il legislatore costituzionale italiano), che le leggi necessariamente bicamerali sono contenute in un elenco tassativo previsto dalla Legge Fondamentale tedesca (che include, tra le altre, le leggi di revisione costituzionale, le leggi che regolano taluni aspetti relativi all'esercizio del diritto di asilo, le leggi che trasferiscono poteri sovrani ad organismi sovranazionali etc.). Inoltre, la riforma del federalismo tedesco – *Föderalismusreform* del 2006 – oltre a rivisitare il riparto di competenze tra Federazione e *Länder*, ha ridotto notevolmente il novero delle leggi per le quali è necessario un pronunciamento del *Bundesrat*, limitando dunque il suo potere di veto, anche alla luce del fatto che, essendo composta dagli esecutivi dei *Länder*, la Camera alta si era spesso caratterizzata con diverse maggioranze politiche rispetto alla Camera bassa. Infatti, le ipotesi di consenso necessario del *Bundesrat*, che costituivano circa il 60% delle leggi federali, sono ora ridotte a circa il 35%. La Camera rappresentativa delle autonomie territoriali continua tuttavia a detenere un diritto di veto sulle proposte di legge che siano

15. Fortemente criticata questa scelta in dottrina. Cfr., in particolare, G. Tarli Barbieri, *Venti questioni su Regioni e riforme costituzionali*, in *Le Regioni*, No. 1/2015, p. 258: «Una Camera siffatta appare uno strano ibrido che non sembra rispondere alla *ratio* della sua istituzione e che per le modalità della sua elezione (elezione da parte dei consigli regionali, assenza di vincolo di mandato), potrebbe ben atteggiarsi come una Camera politica svincolata dal rapporto fiduciario»: e R. Bin, *L'elezione indiretta del Senato: la peggiore delle soluzioni possibili*, in *forumquadernicostituzionali.it* (20 marzo 2015), «di voto unitario non si parla proprio, anzi si prevede che l'elezione dei senatori avvenga con metodo proporzionale per liste contrapposte, garantendo così che la rappresentanza della regione si presenti spaccata lungo la stessa *cleavage* che separa le componenti politiche in regione. È chiaro che così si prefigura una Camera in cui non ci sarà una rappresentanza dei territori».

16. Sui profili critici, tra gli altri, G. Di Cosimo, *Incoerenze fra fine e mezzi*, 1 *Le Regioni* (2015).

inerenti al riparto di competenze tra Federazione e Stati federati.

Un ultimo aspetto sul quale richiamare l'attenzione, ai fini di un'analisi comparata è che la Legge fondamentale tedesca non prevede una procedura che accerti quando la proposta di legge abbia natura di legge semplice o di legge a consenso necessario. Tuttavia, a tutela della Camera rappresentativa dei *Länder*, il Presidente della Repubblica può non promulgare una legge approvata dal *Bundestag* con il procedimento semplice se ritiene vi siano alcuni profili che richiedono il consenso del *Bundesrat*. Una volta che la legge è entrata in vigore, inoltre, ciascun *Länder* ha comunque la possibilità di adire il Tribunale costituzionale qualora ritenga che nel procedimento legislativo siano state violate le prerogative del *Bundesrat*. Giova ricordare che la legge costituzionale sottoposta a referendum in Italia, è silente in merito alle possibili ambiguità interpretative su quale degli innumerevoli procedimenti legislativi (previsti dall'articolo 70 e non solo) adottare. Non è escluso che questo dato possa aumentare il contenzioso costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale. Durante il duplice passaggio parlamentare, è stata introdotta una disposizione secondo cui i Presidenti delle Camere decidono, d'intesa tra loro, le eventuali questioni di competenza, sollevate secondo le norme dei rispettivi Regolamenti.

Aldilà del modello tedesco è interessante anche analizzare il modello francese e spagnolo. A differenza dello Stato tedesco, che è qualificato come un ordinamento federale, sia Francia che Spagna sono qualificabili, come l'Italia, ordinamenti unitari. Tuttavia, essi hanno optato molto prima del nostro ordinamento per una Seconda camera che potesse rappresentare le istituzioni territoriali.

In Francia vige un sistema bicamerale in cui l'*Assemblée nationale* è eletta a suffragio universale diretto, rappresenta la Nazione e gode del potere di sfiduciare il Governo, ed il *Sénat* che è eletto a suffragio universale indiretto, in quanto rappresenta le collettività territoriali della Repubblica. Esso è composto da 348 Senatori scelti da un collegio di circa 150.000 grandi elettori, di cui fanno parte sindaci, consiglieri dipartimentali, consiglieri regionali e consiglieri municipali. Una delle critiche mosse al Senato francese riguarda gli squilibri nella rappresentanza territoriale, dovuti sia al fatto che i delegati dei consigli municipali sono all'incirca il 95 per cento, e al fatto che i membri delle comunità rurali (storicamente più

conservatrici) sono sovra-rappresentati rispetto ai membri delle comunità urbane. Per quanto riguarda il coinvolgimento del Senato nel procedimento legislativo, il bicameralismo francese ha subito molte modifiche. Durante la terza Repubblica (1875-1940), il bicameralismo era quasi paritario, disponendo Senato e Assemblea di quasi gli stessi poteri. Durante la Quarta Repubblica (1946-1958), il bicameralismo francese si è differenziato in modo sostanziale, in quanto il Senato ha assunto poteri soltanto consultivi in ambito legislativo, oltre a perdere il controllo politico sul Governo. Durante la Quinta Repubblica, il Senato ha riacquisito poteri sia legislativi che di controllo sull'operato del Governo, pur essendo comunque subordinato rispetto al ruolo centrale dell'Assemblea nazionale. Attualmente, il bicameralismo francese viene definito *à la carte*, nel senso che in via generale, ciascun disegno di legge deve necessariamente essere approvato da entrambi i rami del Parlamento, riproducendo le dinamiche del bicameralismo "perfetto". Tuttavia, in caso di *impasse*, sia il Primo Ministro che i due Presidenti delle Assemblee congiuntamente, possono optare per un bicameralismo "imperfetto" che dia prevalenza all'Assemblea nazionale, in quanto organo dotato di legittimazione popolare diretta. Ciò avviene nel caso in cui nemmeno un Comitato di conciliazione riesca a superare il disaccordo tra i due rami del Parlamento (per attivare il Comitato di conciliazione è necessario che per due letture successive in ciascuna Camera non vi sia stato accordo). Questa procedura che vede il prevalere dell'Assemblea può essere attivata a prescindere dalla materia di riferimento, ma, in caso di leggi organiche, l'Assemblea nazionale può approvare il testo sul quale non vi sia l'accordo con il Senato solo a maggioranza assoluta dei suoi membri. Inoltre, restano escluse dalla procedura le leggi organiche riguardanti il Senato e le leggi di revisione costituzionale: queste richiedono, dunque, il necessario consenso della seconda Camera.

Un altro Stato unitario che ha una seconda Camera rappresentativa dei territori è la Spagna. Ai sensi dell'articolo 69 della Costituzione «il Senato è la Camera di rappresentanza territoriale». Esso è eletto per quattro anni ed ha una composizione mista, in quanto alcuni dei suoi membri sono eletti direttamente dal popolo ed altri in via indiretta. Il comma 2 dell'articolo 69 della Costituzione spagnola dispone che in ogni provincia si eleggeranno quattro Senatori a suffragio universale, libero, uguale, diretto e segreto, con le modalità indicate da una legge organica<sup>17</sup>.

17. Ai sensi del comma 3 dell'articolo 69, «Nelle province insulari ogni isola o loro raggruppamento con Capitolio o Consiglio Insulare, costituirà una circoscrizione agli effetti dell'elezione dei Senatori, spettandone tre a ciascuna delle isole maggiori — Gran Canaria, Maiorca e Tenerife — e uno per ognuna delle seguenti isole o raggruppamenti: Ibiza, Formentera, Menorca, Fuerteventura, Govevra, Hierro, Lanzarote e La Palme». Ai sensi del comma 4, «Le popolazioni di Ceuta e Melilla eleggeranno ciascuna due Senatori».

Invece, il comma 5 dello stesso articolo 69 dispone che le Comunità Autonome designano un senatore (e uno in più per ogni milione di abitanti del rispettivo territorio). Tale designazione «spetterà all'Assemblea legislativa o, in sua mancanza, all'Organo collegiale superiore della comunità autonoma conformemente a quello che stabiliranno gli Statuti, che assicureranno in ogni caso l'adeguata rappresentanza proporzionale». Tale componente, non direttamente eletta e rappresentativa delle comunità autonome, è comunque inferiore rispetto alla componente direttamente eletta. Questo elemento, insieme alla posizione completamente subordinata del *Senado* al Congresso, ha spesso suscitato molte critiche sulla possibilità che il Senato riuscisse effettivamente a rappresentare le autonomie.<sup>18</sup>

La subordinazione del *Senado* rispetto al Congresso si evince in primo luogo dal fatto che esso è escluso dal circuito fiduciario, dalla messa in stato di accusa del Presidente e degli altri membri del Governo, dall'autorizzazione all'indizione di *referendum* e dalla conversione di decreti-legge. Quanto al procedimento legislativo, il Senato ha potere di iniziativa (insieme al Governo, al Congresso e al popolo) ed ha il diritto sia di modificare che di opporre un veto ai disegni di legge trasmessi dal Congresso per l'approvazione finale<sup>19</sup>. In caso di veto del *Senado*, il Congresso può, a maggioranza assoluta oppure a maggioranza semplice, ma decorsi due mesi dalla comunicazione del veto, approvare il disegno di legge che sarà così promulgato; in caso di modifiche emendative da parte del Senato, il Congresso si esprime a maggio-

ranza semplice. Dal momento che il Congresso può sempre superare la volontà del *Senado*, non esiste per quest'ultimo alcun potere di impedire in modo definitivo l'approvazione di una legge, nonostante nella prassi, il Senato spagnolo abbia esercitato abbastanza frequentemente il diritto di modificare i disegni di legge pervenuti dal Congresso.

A conclusione di questo rapido affresco comparato su tre sistemi bicamerali va anche precisato che, nonostante in Europa il fenomeno del passaggio dal bicameralismo al monocameralismo abbia riguardato pochi Stati, tra l'altro di scarsa dimensione territoriale (ossia al di sotto dei 15.000.000 abitanti), come ad esempio la Croazia (2001), Danimarca (1953) Estonia (1992), Grecia (1935), Portogallo (1910), Svezia (1970), Ungheria (1960)<sup>20</sup>, alcuni degli Stati bicamerali riservano alla sola Camera bassa la facoltà di legiferare in alcune materie specificate dalla Costituzione, creando, di fatto, un procedimento legislativo monocamerale. Se in Spagna, come si è appena ricordato, il Senato è escluso dal procedimento di conversione dei decreti-legge emanati dal Governo, in Austria ed in Belgio i Senati non dispongono di alcuna competenza sui disegni di legge di bilancio e di finanza pubblica. Rispetto all'opzione del "monocameralismo di fatto" all'interno di ordinamenti bicamerali, vale la pena sottolineare che il legislatore costituzionale italiano, prevedendo procedimenti legislativi a coinvolgimento *necessario* o *eventuale* del Senato, in nessun caso esclude la Camera rappresentativa delle istituzioni territoriali dalla deliberazione legislativa.

18. Cfr. tra gli altri, F. J. Gutiérrez Rodríguez, *El debate sobre la reforma del Senado*, Madrid, Temas del Senado, 2004.

19. Si veda in particolare l'articolo 90 della Costituzione spagnola.

20. Dossier n. 54 a cura del Servizio Studi del Senato della Repubblica, *Le Camere alte in Europa e negli Stati Uniti* (settembre 2013).

# Il Senato delle autonomie territoriali. Come poteva essere, come sarà e come potrebbe essere la nuova Camera Alta della Repubblica italiana

di Simone Pajno

Il testo affronta il tema del nuovo Senato della Repubblica, con riferimento sia alla sua composizione, sia alle funzioni demandategli. L'autore osserva che gli attuali meccanismi di cooperazione tra Stato e Regioni derivino dall'assenza nel procedimento legislativo del punto di vista delle autonomie territoriali. La riforma del Senato, anziché sciogliere il nodo, lo taglia e segna con ciò il tramonto della chiamata in sussidiarietà, centralizzando le competenze, ma fallendo nel rendere il Senato un organo davvero rappresentativo delle Regioni, soprattutto a causa della persistenza del divieto di mandato imperativo. Particolare attenzione è dedicata al ruolo che potrebbe assumere in questo contesto il sistema delle conferenze. L'autore auspica una revisione costituzionale che incardini le conferenze orizzontali presso il Senato, e si interroga sugli spazi aperti al Regolamento del Senato in tale campo.

## 1. Il regionalismo italiano e il nodo della collaborazione tra gli enti territoriali

### 1.1 Premessa

Che il regionalismo italiano versi in cattive acque non è una scoperta per nessuno. Altrettanto noto è che il principale strumento tramite il quale, nell'ambito del dibattito pubblico, si ritiene di dover intervenire per far fronte alle difficoltà è la "messa a punto" di un adeguato sistema di relazioni tra centro e autonomie territoriali, tramite una profonda revisione del nostro bicameralismo.

La modificazione della composizione e delle funzioni del Senato è ormai un vero e proprio *leitmotiv* della "storia infinita" delle riforme costituzionali in Italia<sup>1</sup>. Il tema viene affrontato già dalla Commissione Bozzi e dalla Commissione De Mita-Iotti. Ma è

soprattutto a partire dalla proposta del cd "Comitato Speroni" che la trasformazione del Senato in "Camera delle autonomie" comincia ad imporsi con decisione all'attenzione. In tal senso si muovono, con varietà di accenti, anche la Commissione D'Alema, la riforma costituzionale "tentata" del 2005, la cd Bozza Violante e il progetto di legge costituzionale della XVI legislatura<sup>2</sup>. L'obiettivo di rimodulare il nostro bicameralismo procedendo in questa direzione è del resto quasi unanimemente condiviso, sia tra i giuristi che all'interno della classe politica. Tuttavia fino ad ora è rimasto sempre frustrato. La stessa riforma costituzionale del 2001, che con grande ambizione aveva tentato di introdurre quel che non esiterei a definire un "mutamento di paradigma" nelle relazioni tra gli enti territoriali, sostituendo le logiche della preminenza dell'indirizzo politico statale su quello regionale e locale con le opposte logiche del principio di sussidiarietà, si era fermata un attimo prima, limitandosi

1. M. Olivetti, *Il referendum costituzionale del 2006 e la storia infinita (e incompiuta) delle riforme costituzionali in Italia*, in *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 2008, pp. 107 ss.

2. In tema si veda Camera dei deputati, *Il bicameralismo nei progetti di riforma costituzionale*, in *Documentazione e ricerche*, quad. n. 26, 2013.

a “promettere”<sup>3</sup>, per il futuro, la “grande riforma” del bicameralismo.

Oggi, finalmente, l’obiettivo sembra ad un passo. La riforma costituzionale di recente approvata dalle Camere, ed in attesa di essere sottoposta al vaglio della consultazione referendaria popolare, modifica profondamente – come è noto – struttura e funzioni della Camera Alta dell’ordinamento costituzionale italiano. Dovrebbe esservi un grande consenso su una riforma attesa tanto a lungo e tanto largamente invocata, eppure non è così. La ragione, tuttavia, è presto detta, perché se siamo d’accordo soltanto sulla necessità di trasformare il Senato in “Camera delle autonomie” siamo d’accordo davvero su poco, dal momento che i modi in cui questo progetto può prendere forma sono talmente tanti e tanto differenziati tra loro da comportare scelte di politica istituzionale anche molto diverse l’una dall’altra. Da ciò consegue che per maturare un punto di vista sul Senato che sta prendendo corpo è necessario innanzi tutto fare un passo indietro, e prendere le mosse dai mali a cui in tal modo si intende rispondere, per capire successivamente quali sono le possibili strategie per farvi fronte, quale la terapia fatta propria dalla riforma costituzionale *in itinere*, e – infine – quali le conseguenze che questa terapia può avere nel nostro sistema istituzionale.

Non è certo questa la sede per fare il punto sui numerosi problemi che affliggono le relazioni tra lo Stato e gli altri enti territoriali. Può essere sufficiente ricordare alcuni nodi particolarmente importanti, come l’alta incertezza che caratterizza il parametro costituzionale in tale settore, la sua vasta inattuazione successivamente alla riforma del 2001, la scarsissima condivisione sistemica delle politiche pubbliche tra Stato e Regioni, nonché il fortissimo contenzioso costituzionale che da tutto ciò non può che derivare. Che a tale situazione sia realisticamente possibile far fronte soltanto tramite la ricerca di un assetto che garantisca una qualche compartecipazione degli enti territoriali di livello regionale alla adozione delle decisioni politiche del centro, è un’ipotesi più che credibile. Sul punto si può richiamare l’autorevole contributo del presidente della Corte costituzionale Gaetano Silvestri, il quale – nella *Relazione* sulla giurisprudenza costituzionale del 2013 – ha efficacemente evidenziato che «negli ordinamenti giuridici moderni nulla può sostituire forme

efficaci di cooperazione tra i diversi livelli di governo, né la ricerca di determinazioni sempre più analitiche e complesse delle competenze legislative e amministrative può prendere il posto di istituzioni, poste all’interno del processo di decisione politica nazionale, destinate a comporre, in via preventiva – già nell’*iter* di formazione delle leggi statali – le esigenze dell’uniformità e quelle dell’autonomia»<sup>4</sup>.

Per capire come ciò possa avvenire, tuttavia, è necessario mettere a fuoco con maggior precisione il problema che abbiamo di fronte. A questo fine può essere utile prendere in esame le strategie seguite dalla giurisprudenza costituzionale per far fronte all’esigenza di trovare, a diritto costituzionale vigente, sedi e procedure ove possa realizzarsi una qualche compartecipazione di Stato e autonomie territoriali alla adozione delle deliberazioni pubbliche. Occorre quindi confrontarsi con la giurisprudenza costituzionale in tema di leale collaborazione<sup>5</sup>.

### 1.2 Le vicende della leale collaborazione nella giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni, e l’esigenza frustrata di una sede “a monte” di collaborazione sistemica

È forse possibile dire che il problema istituzionale cui ha provato a dar risposta la Corte costituzionale con la sua giurisprudenza in tema di leale collaborazione ha forma dilemmatica. Da un lato, infatti, non è pensabile che su alcuni temi essenziali per la collettività lo Stato non possa sviluppare politiche unitarie in grado di interessare l’intero territorio nazionale – si pensi, per tutte, alla politica dei trasporti o alla politica energetica – e dall’altro è noto che gli interventi che tali politiche comportano possono essere anche molto invasivi nei confronti dei contesti territoriali nei quali puntano ad inserirsi. Tali interventi, ad esempio, sono sovente in grado di conformare prepotentemente le caratteristiche del suolo, selezionandone alcuni usi e impedendone radicalmente altri, comportando talvolta rischi non indifferenti di lesione di beni primari come la salute e la vita. Pare dunque necessario, da un lato, rendere possibile lo sviluppo di articolate politiche coordinate dal centro su tutti i settori strategici per la vita del Paese, molti

3. Così R. Bifulco, *In attesa della seconda camera federale*, in T. Groppi, M. Olivetti (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, Giapichelli, Torino, 2001, 211 ss. Il riferimento è all’art. 11 della legge cost. n. 3 del 2001, che disciplina la partecipazione dei rappresentanti delle Regioni e degli enti locali alla Commissione parlamentare per le questioni regionali «sino alla revisione delle norme del titolo I della parte seconda della Costituzione».

4. La Relazione del presidente Silvestri citata nel testo è reperibile all’indirizzo internet [www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni\\_annuali/Silvestri\\_20140227.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/Silvestri_20140227.pdf).

5. Al riguardo cfr., per una ricostruzione generale, S. Agosta, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Giuffrè, Milano, 2008.



dei quali non sono compresi, nel testo costituzionale vigente, tra i settori affidati alla competenza esclusiva dello Stato. Dall'altro occorre invece predisporre strumenti tramite i quali gli altri enti territoriali possano efficacemente interloquire, sia come singoli che come "sistema", con gli organi di quest'ultimo, al fine di calibrare in modo compatibile con le esigenze ed i punti di vista che emergono nei singoli contesti locali gli interventi in questione. Vedremo tra un attimo come la giurisprudenza costituzionale, nella limitatezza dei suoi strumenti, necessariamente casistici e *bottom up*, ha provato a dare risposta a questa esigenza. Naturalmente, ça va sans dire, le risposte sono state differenti a seconda delle circostanze, e a seconda, innanzi tutto, della materia di volta in volta interessata e del suo regime giuridico nell'ambito del riparto della competenza legislativa tra Stato e Regioni nel vigente Titolo V.

Scontando una inevitabile semplificazione di percorsi sovente complessi e articolati, è possibile dire che la giurisprudenza costituzionale ha elaborato tre differenti paradigmi per fondare l'obbligo di leale collaborazione, in vario modo e con diversa intensità, a carico dello Stato e a beneficio delle autonomie territoriali<sup>6</sup>. Il primo può essere definito il "paradigma della forte incidenza". In base a tale impostazione, anche nei casi in cui lo Stato esercita una propria competenza esclusiva (come, appunto, nella materia sopra richiamata), ove ciò sia in grado di determinare una "forte incidenza" sulle funzioni regionali, si rende costituzionalmente necessario che gli atti sub-legislativi tramite i quali questa competenza prende corpo siano posti in essere mediante un procedimento che consenta di acquisire il contributo collaborativo delle

Regioni. L'esordio del paradigma della "forte incidenza" può essere indicato, salvo errori, nella ben nota sent. n. 88 del 2003, concernente i livelli essenziali delle prestazioni che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale<sup>7</sup>. A questo paradigma, tuttavia, sono ascrivibili decisioni concernenti vari altri settori, tra cui si segnala soprattutto la materia della tutela dell'ambiente<sup>8</sup>.

Il secondo paradigma collaborativo elaborato dalla giurisprudenza costituzionale può invece essere chiamato il "paradigma dell'intreccio". Esso è basato sul rilievo secondo il quale vi sono alcune circostanze in cui non è affatto semplice individuare a quale materia pertenga una determinata disciplina. Ciò perché in essa sono presenti, si *intrecciano*, aspetti ascrivibili ad una, e aspetti ascrivibili ad un'altra. In tali situazioni, secondo la giurisprudenza costituzionale, si deve in prima battuta far ricorso al criterio di prevalenza, cercando di capire quale delle diverse materie interessate sia, appunto, *prevalente*, ed in base all'esito di tale giudizio assegnare la competenza. Anche tale criterio, tuttavia, può risultare non decisivo nel caso concreto, poiché talvolta non è possibile individuare una materia prevalente sulle altre. Ebbene, in simili circostanze la giurisprudenza costituzionale ci invita a considerare comunque competente il legislatore statale, ritenendolo tuttavia gravato dall'onere di regolare l'esercizio della funzione regolamentare o di quella amministrativa eventualmente istituite in modo tale da rispettare il principio di leale collaborazione<sup>9</sup>.

Il più noto, e forse il più importante paradigma collaborativo elaborato dalla giurisprudenza costituzionale è però quello della cd "sussidiarietà legislativa" o

6. In tema si veda, se si vuole, S. Pajno, *La sussidiarietà e la collaborazione interistituzionale*, in R. Ferrara, M. A. Sandulli (dir.), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II., *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, a cura di S. Grassi e M. A. Sandulli, Giuffrè, Milano 2014, pp. 403 ss., part. pp. 431 ss., nonché G. Rivosecchi, *Audizione alla Commissione parlamentare per le questioni regionali nell'ambito dell'Indagine conoscitiva sulle forme di raccordo tra lo Stato e le autonomie territoriali, con particolare riguardo al "sistema delle Conferenze" (25 febbraio 2016)*, in *Osservatorio AIC*, 10 marzo 2016.

7. L'importante principio di diritto stabilito dalla sent. n. 88 è quello secondo il quale l'affidamento allo Stato della competenza esclusiva in tema di livelli essenziali delle prestazioni determina una «forte incidenza sull'esercizio delle funzioni nelle materie assegnate alle competenze legislative ed amministrative delle Regioni e delle Province autonome», tale per cui le scelte statali, oltre a dover essere operate con legge almeno nelle loro linee generali, devono ricevere le successive specificazioni e articolazioni tramite «adeguate procedure e precisi atti formali», anch'essi previsti e disciplinati dalla legge. Dal tenore complessivo della sentenza, peraltro, si deduce abbastanza chiaramente che le «adeguate procedure» e i «precisi atti formali» sopra accennati dovranno essere in grado di condurre ad una adeguata collaborazione con il livello regionale di governo. Ciò emerge, in particolare, dal riferimento al procedimento di cui all'art. 118 del DpR 309 del 1990 (par. 3 del *Considerato in diritto*), e a quello previsto dall'art. 6 del Dl n. 247 del 2011 (par. 4 del *Considerato in diritto*).

8. La sentenza nella quale, senza ombra di dubbio, questo modello argomentativo è utilizzato con maggior convinzione è la n. 232 del 2009, della quale parecchi passaggi meriterebbero una citazione. Al riguardo si vedano, inoltre, le sentt. nn. 134 del 2006, 250 e 251 del 2009, 8 del 2011, 297 del 2012. Una menzione particolare merita al riguardo anche la sent. n. 88 del 2014, che ripropone lo schema logico sopra richiamato in relazione ad importanti determinazioni di finanza pubblica.

9. In tema cfr., tra gli altri, S. Parisi, *La competenza residuale*, in *Le Regioni*, 2011, 341 ss., part. 365 ss.; R. Bin, *Prevalenza senza criterio*, in *Le Regioni*, 2009, 618 ss.; M. Cecchetti, *La Corte "in cattedra"! Una emblematica "sentenza-trattato" che si proietta ben oltre le contingenti vicende storiche della disciplina legislativa presa in esame*, in *Le Regioni*, 2011, 1064 ss. Per una critica si veda, se si vuole, S. Pajno, *La sussidiarietà e la collaborazione interistituzionale*, cit., pp. 434 ss.

“chiamata in sussidiarietà”. Come è risaputo, in base a tale approdo dei giudici di Palazzo della Consulta, lo Stato, nella «*perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari e, più in generale, dei procedimenti legislativi – anche solo nei limiti di quanto previsto dall’art. 11 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*»<sup>10</sup>, può istituire, disciplinare e allocare a se stesso una funzione amministrativa in ambiti materiali diversi da quelli di cui all’art. 117, secondo comma Cost.<sup>11</sup>, solo alla condizione di prevedere, nella fase dell’attuazione amministrativa, la necessità di acquisire l’intesa (di tipo cd “forte”) con la Regione specificamente interessata dal singolo intervento, o, nei casi di atti statali a carattere generale, di tipo programmatico, di individuazione di criteri aventi una funzione lato sensu regolatoria, da raggiungere nella sede della Conferenza Stato-Regioni<sup>12</sup>.

Il meccanismo della c.d “sussidiarietà legislativa” è senza dubbio il principale strumento di “flessibilizzazione delle competenze normative” messo a punto dalla giurisprudenza costituzionale. Tramite questo strumento i giudici di Palazzo della Consulta hanno raggiunto l’obiettivo di coniugare la necessità di dotare lo Stato degli strumenti necessari per far valere imprescindibili istanze unitarie anche nelle politiche vertenti su materie differenti da quelle affidate alla sua competenza esclusiva, con l’esigenza di non estromettere le autonomie territoriali da scelte di prima importanza fortemente incidenti sulla vita della propria collettività territoriale. Queste scelte – è bene

evidenziarlo – possono interessare anche interventi di grande rilievo. Si pensi, ad esempio, agli interventi concernenti gli assi ferroviari ad alta velocità, gli assi autostradali, il Mo.Se, l’Hub portuale di Trieste e quello di Taranto, il tunnel ferroviario del Brennero, le grandi centrali termoelettriche e le centrali nucleari, nonché – per restare su un tema di strettissima attualità – le attività di prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi o la realizzazione di oleodotti. Può essere opportuno notare, peraltro, come tali tipi di interventi siano stati di recente oggetto di una regolazione normativa unitaria, che li affida con decisione ad un’unica regia statale<sup>13</sup>.

Ebbene, per tutti questi e per molti altri casi di grande importanza, il paradigma collaborativo messo a punto dalle sentt. nn. 303 del 2003 e 6 del 2004 individua una opzione di first best non immediatamente operante, in quanto bisognosa di un apposito intervento normativo, consistente nell’attuazione del già ricordato art. 11 della legge cost. n. 3 del 2001 sulla integrazione della Commissione parlamentare per le questioni regionali con i rappresentanti delle Regioni e degli enti locali. Ove si procedesse a tale integrazione lo Stato potrebbe senz’altro ritenersi dotato, in virtù del principio di sussidiarietà, delle competenze legislative necessarie allo svolgimento delle funzioni volte alla realizzazione delle politiche sopra richiamate, ovviamente ove le Regioni dovessero essere ritenute inadeguate allo svolgimento delle medesime<sup>14</sup>. Ciò in quanto le istanze regionali che trovano ricono-

10. Così la sent. n. 6 del 2004, par. 7 del Considerato in diritto.

11. ... funzione che peraltro può anche avere ad oggetto il semplice coordinamento di funzioni regionali. Cfr., ad es., la sent. n. 270 del 2005, in tema di Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico (IRCCS). Sul punto si rinvia, per tutti, a G. Scaccia, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Esi, Napoli, 2009, pp. 141 ss.

12. Cfr., ad es., le sentt. nn. 285 del 2005, 213 del 2006, 88 del 2007, 63 del 2008, 168 del 2008, 68 del 2009 e 76 del 2009.

13. Cfr., in part., gli artt. 200 ss. del d.lgs n. 50 del 2016, riguardanti «le infrastrutture e gli insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese» (art. 200).

14. Si tratta di una condizione certo non di difficile realizzazione. Si consideri al riguardo che è sufficiente conformare legislativamente una determinata funzione come avente un ambito valutativo *ultraregionale*, o addirittura nazionale, per rendere “automaticamente” inadeguata la Regione al suo svolgimento. Per restare ai casi menzionati, si pensi ad es. l’art. 1 del dl n. 7 del 2002, scrutinato dalla Corte con “famosa” sent. n. 6 del 2004. Si tratta di una disposizione che – operando nell’ambito della materia di competenza concorrente della «produzione, trasporto e distribuzione dell’energia» – istituisce un procedimento di autorizzazione unica per la realizzazione di impianti del sistema elettrico, affidando il potere autorizzatorio al Ministero per le attività produttive. In tale circostanza, che l’ambito valutativo coinvolto corrisponda all’intero territorio nazionale si desume agevolmente, in primo luogo, dall’*incipit* della disposizione, secondo cui la finalità dell’istituzione del procedimento di autorizzazione unica è quella di «evitare il pericolo di interruzione di fornitura di energia elettrica su tutto il territorio nazionale e di garantire la necessaria copertura del fabbisogno nazionale», nonché da alcuni altri elementi, quali la inclusione tra le opere oggetto di autorizzazione unica degli «interventi di sviluppo e adeguamento della rete elettrica di trasmissione nazionale necessari all’immissione in rete dell’energia prodotta», e la titolazione dell’articolo («Misure urgenti per garantire la sicurezza del sistema elettrico nazionale»).

Ebbene, è chiaro che la Regione è inadeguata allo svolgimento della funzione autorizzatoria in questione, perché alla medesima sfugge, per così dire “ontologicamente”, la valutazione del fabbisogno energetico nazionale. Il problema è se la legge statale possa istituire e disciplinare tale funzione, vertendosi in una materia estranea a quelle di cui all’art. 117, secondo comma, Cost., e a quali condizioni possa farlo. Il “paradigma della sussidiarietà legislativa” risponde positivamente alla prima domanda, delineando in via gradata le due condizioni – di *first best* e di *second best* – in presenza delle quali è possibile procedere in tal senso.

scimento nelle competenze legislative di volta in volta interessate, e disciplinate nei commi terzo e quarto della Costituzione, nonché nel principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost., verrebbero adeguatamente tutelate dal coinvolgimento degli enti territoriali nell'ambito del procedimento legislativo in virtù dell'attuazione del richiamato art. 11.

In assenza di un intervento normativo siffatto – e tuttavia solo fino alla sua realizzazione – i giudici di Palazzo della Consulta indicano comunque una strada di second best necessaria, ma anche sufficiente, per assicurare la conformità a Costituzione di leggi che disciplinano la avocazione di funzioni amministrative in materie “regionali”. Si tratta della menzionata previsione dell'intesa, con la singola Regione interessata o con la Conferenza, a seconda dei casi, che deve essere contenuta nella normativa legislativa de qua, in occasione dell'esercizio delle funzioni amministrative in questione.

L'intento della Corte è abbastanza trasparente: si consentono allo Stato interventi normativi del genere di cui qui si tratta, ma si subordina la loro attuazione ad un vero e proprio “potere di veto” da parte regionale. Non ci vuol molto per evidenziare come, dal punto di vista della politica del diritto, non si tratta di un esito desiderabile: la c.d. sindrome del “NIMBY” (*Not In My Back Yard*) – che spinge le comunità territoriali a opporsi con decisione a opere di interesse generale che possono avere effetti pregiudizievoli per i luoghi nei quali sono collocati – è infatti dietro l'angolo<sup>15</sup>. Da questo punto di vista la soluzione dell'intesa forte non può dunque essere ritenuta una soluzione pienamente funzionale, perché rischia di consegnare le strategie politiche nazionali sui settori di volta in volta interessati ai poteri di veto della singola Regione. Come si proverà ad argomentare meglio più avanti, per coniugare l'esigenza di disporre di strumenti in grado di condurre alla elaborazioni di efficaci politiche nazionali su settori nevralgici del nostro vivere associati con quella di non pretermettere il punto di vista delle comunità stanziate sui territori nei quali tali politiche sono destinate ad incidere significativamente, è invece necessario costruire una sede nelle quali gli enti territoriali coordinati in sistema – ed in primo luogo le Regioni – si facciano carico dell'interesse generale, partecipando alla elaborazione di strategie complessive che non si limitino alla mera opposizione di un veto, pur proponendo ovviamente di tale interesse

una lettura territorialmente orientata conformemente alla loro stessa ragion d'essere.

È bene peraltro ribadire che – nello schema della sent. n. 6 del 2004 – per svincolarsi dalle dinamiche del NIMBY non sarebbe stato necessario portare a termine la pur auspicata “grande riforma” del Senato, cui oggi si sta mettendo mano. Come si è visto più sopra sarebbe infatti stato sufficiente procedere alla integrazione della Commissione bicamerale per le questioni regionali con i rappresentanti delle Regioni e delle Province autonome. Si sarebbe trattato, per certi versi, di un intervento istituzionale di taglio minimale, ma comunque in grado di produrre effetti sistemici significativi. Si ricordi infatti che, ai sensi del pur sempre ancora vigente art. 11 sopra menzionato, nel caso in cui si proceda alla integrazione della Commissione nel senso sopra richiamato, ove quest'ultima esprima, su un progetto di legge concernente le materie di cui all'art. 117, terzo comma, e 119 Cost., parere contrario o parere favorevole condizionato all'introduzione di specifiche modificazioni, per decidere in difformità da detto parere è necessario che l'Aula deliberi a maggioranza assoluta dei propri componenti.

In sintesi, la sent. n. 6 del 2004 e la giurisprudenza costituzionale che da questa decisione ha tratto spunto sono costruite come un pungolo, un incentivo, nei confronti degli organi titolari dell'indirizzo politico, quantomeno a dare attuazione all'art. 11 della legge cost. n. 3 del 2001, al fine di svincolarsi dalle dinamiche del NIMBY e, più in generale, dalla rete di poteri di veto derivante dall'accoglimento del principio dell'intesa forte. È noto che tale incentivo, fino ad ora, non ha prodotto effetti di sorta. Nonostante qualche tentativo nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della riforma<sup>16</sup>, tale disposizione è infatti rimasta lettera morta.

È plausibile che sia anche per il silenzio delle Camere su questo versante che, negli ultimi tempi, il paradigma della sussidiarietà legislativa ha decisamente cambiato volto. A partire dal 2010, infatti, la giurisprudenza costituzionale ha notevolmente indebolito le pretese collaborative nei confronti della legge statale che avochi al centro funzioni amministrative in materie di competenza regionale: nella giurisprudenza più recente è infatti sempre richiesta la previsione di una intesa con la singola Regione interessata, ma si riconosce che, nel caso in cui non si riesca a pervenire ad un accordo, è possibile disciplinare meccanismi di superamento dello stallo, che possono aspirare a su-

15. In tema cfr. ad es., con particolare riguardo alla giurisprudenza costituzionale ad es., G. D'Amico, *Rifiuti radioattivi nelle Regioni “meno reattive”? Il nimby non trova spazio alla Corte costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2005.

16. ... su cui si vedano R. Bifulco, *In attesa della seconda camera federale*, cit., e L. Gianniti, *L'attuazione dell'articolo 11 della legge costituzionale n. 3/2001*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2001, pp. 1114 ss.

perare il vaglio di legittimità costituzionale ove non si risolvano nella previsione della «drastica premienza» dello Stato, ma obblighino le parti a «reiterate trattative», magari prevedendo anche forme di controllo della correttezza procedimentale dell'esito raggiunto caratterizzate da sufficiente terzietà<sup>17</sup>. Nonostante il tentativo «disperato» di accreditare una coerenza con i propri precedenti, la Corte ha dunque ormai avallato la conformità a Costituzione di meccanismi di superamento della mancata intesa costruiti su procedimenti comunque non paritari, perché comunque in grado di concludersi con atto deliberato unilateralmente dal Consiglio dei ministri e con la mera «partecipazione» del Presidente della Regione interessata. L'«*intesa forte*» per l'esercizio in concreto della funzione amministrativa attratta in sussidiarietà dallo Stato, dunque, non esiste più e non esiste più neppure, a maggior ragione, quella esigenza dell'«*accordo*» che la sent. n. 303 del 2003 aveva viceversa ritenuto imprescindibile per la stessa individuazione dell'istanza unitaria<sup>18</sup>.

## **2. Le opzioni a disposizione dei riformatori: sciogliere o tagliare?**

Come si è visto, i percorsi della giurisprudenza costituzionale non hanno ottenuto risultati soddisfacenti, poiché hanno condotto inizialmente alla cristallizzazione di veri e propri poteri di veto regionali, e successivamente alla riconsegna nelle mani dello Stato di una *trump card* la cui utilizzazione ha solo bisogno di essere adeguatamente proceduralizzata dalla legge. La soluzione «di mediazione» rappresentata dall'integrazione della Commissione per le questioni regionali è ben presto uscita dall'agenda delle nostre istituzioni politiche, senza mai più rientrarvi.

Quali erano, invece, le strade che gli odierni riformatori avevano davanti per sciogliere il dilemma sopra illustrato e far fronte ai problemi accennati? È

forse possibile dire che siamo dinanzi ad un nodo. Ed un nodo, come si sa, si può sciogliere oppure tagliare.

Fuor di metafora, sciogliere il nodo vuol dire tentare di coniugare l'esigenza di assicurare la possibilità, per lo Stato, di adottare decisioni unitarie su tutti i temi di maggior importanza per la politica nazionale con quella di garantire che ciò avvenga tramite il necessario coinvolgimento delle autonomie territoriali, chiamando queste ultime però non ad esprimere il proprio punto di vista *uti singulae*, incentivando così le dinamiche del NYMBY, bensì come sistema, costringendole a proiettare su scala nazionale una visione territorialmente orientata dell'interesse generale. Si tratta senza dubbio di una strada impervia, perché sciogliere un nodo è più difficile che tagliarlo, ma necessaria ove si ritenga opportuno, o forse anche necessario, perseguire l'obiettivo di una maggiore funzionalità del sistema delle deliberazioni pubbliche senza che ciò implichi la rinuncia ad un ruolo significativo delle autonomie territoriali. L'attuazione dell'art. 11 della legge cost. n. 3 del 2001 sarebbe stato un tentativo di sciogliere il nodo. Non certamente la strada maestra per addivenire a questo risultato – per imboccare la quale è senz'altro necessario riformare il Senato – quanto piuttosto una opzione di *second best*. E pur tuttavia si sarebbe proceduto in quella direzione, perché in tal modo si sarebbe riusciti ad inserire nel vivo della decisione parlamentare su tutte le politiche di interesse regionale il diretto confronto con le istituzioni regionali, con un debole, ma significativo, aggravamento procedurale derivante dalla manifestazione di un dissenso da parte dell'organo deputato ad accoglierle.

Ove invece ci si volesse interrogare sulla opzione di *first best*, provando ad indicare sinteticamente le caratteristiche che dovrebbe avere un Senato il cui scopo è quello di conciliare unità e autonomie, sciogliendo anziché tagliando il nodo accennato, nonché le prestazioni che sarebbe necessario attendersi da questa istituzione, è possibile notare quanto segue.

17. Cfr. sul punto, ad es., le sentt. nn. 33 del 2011 e 239 del 2013, nonché, più di recente, nn. 7 e 142 del 2016.

18. Non è certo questa la sede idonea ad approfondire le molteplici ragioni che si collocano all'origine di questo fenomeno per il quale, dopo una formale ed organica revisione costituzionale che impostava in termini radicalmente nuovi il ruolo degli enti territoriali della Repubblica e le relazioni tra unità e pluralismo istituzionale e dopo una prima fase in cui la giurisprudenza costituzionale ha seriamente provato ad «accompagnare» l'implementazione in concreto del nuovo modello, la Corte è tornata ad utilizzare gli antichi canoni interpretativi applicandoli al testo riformato anche al prezzo di incorrere in evidenti quanto inedite torsioni e aporie. Tuttavia, indipendentemente dalle molteplici cause che sarebbe necessario indicare ove si volesse offrire una compiuta spiegazione di un simile fenomeno, l'analisi della giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del 2001 consegna un quesito difficilmente eludibile e senz'altro di grande attualità: la nuova impostazione costituzionale dei rapporti tra principio di unità e principio autonomistico era sbagliata, era irrealizzabile con gli strumenti predisposti dal legislatore della revisione, o era addirittura utopistica? Oppure, ad essere sbagliate o, comunque, clamorosamente inadeguate rispetto alla «sfida» di quelle riforme sono state le pratiche istituzionali, normative e interpretative che, anche sul piano della Suprema giurisdizione costituzionale, hanno preteso di sostenere e dare attuazione concreta al nuovo modello? La risposta che si è andata affermando nel dibattito pubblico, fino a condurre alla riforma costituzionale di recente approvata dalle Camere, è senz'altro nel senso della radicale erroneità strategica dell'operazione compiuta nel 2001. Per affrontare compiutamente il punto sarebbe necessario ben altro spazio. Proprio il fiore mai sbocciato della integrazione della Commissione bicamerale per le questioni regionali offre tuttavia uno spunto significativo che depone con decisione in favore dell'ultima ipotesi.

1. In primo luogo, un Senato con questa vocazione da un lato dovrebbe rappresentare una sede “collocata” al centro, e quindi capace di impegnare l'intera Repubblica, e d'altra parte dovrebbe essere in grado di evitare che le scelte politiche del centro siano una mera imposizione dell'indirizzo politico statale su quelli delle autonomie territoriali, dovendo rappresentare viceversa un “punto d'incontro” tra il primo e i secondi. Il punto è sottolineato con grande efficacia in un recente contributo di Antonio D'Atena: «se, come negli ordinamenti federali, la seconda Camera immette nel procedimento legislativo centrale le entità sub-statali, lo stesso riparto delle competenze viene ad assumere una valenza diversa, per effetto dell'attenuazione del carattere eteronomo della legislazione centrale»<sup>19</sup>. Ecco, è precisamente questa la prima e principale prestazione che, nell'ottica considerata, è necessario attendersi da un Senato delle autonomie: rendere *meno eteronomo* l'indirizzo politico centrale per le autonomie territoriali, almeno nei settori che più interessano queste ultime, in modo tale che ciò che proviene dal centro sia in qualche modo “voluto” anche in periferia. In modo tale che l'indirizzo politico del centro sia autenticamente “repubblicano”, e non meramente statale, in quanto formatosi con il necessario concorso degli enti territoriali.

2. Un Senato siffatto – proprio al fine di riuscire in quanto appena evidenziato – dovrebbe inoltre essere in grado di garantire una maggiore “saldatura” tra l'indirizzo politico centrale e quello regionale, anche in relazione a quella quota di attività legislativa attuativa che continuerebbe a spettare alle Regioni, e più in generale di favorire maggior cooperazione e minore conflittualità nel sistema delle relazioni tra gli enti territoriali. Non può esserci distonia tra l'indirizzo politico che matura presso la maggioranza delle istituzioni territoriali e quello che si forma in Senato, altrimenti quest'ultimo è destinato a fallire il suo compito principale che, come si è visto, è quello di far percepire come voluto anche dalle periferie ciò che si decide al centro. Solo in tal modo, peraltro, è possibile ottenere effetti significativi sul versante di quella

che è la prima spia di questa distonia, ossia i numeri del contenzioso costituzionale. Se non si realizza tale “saldatura” è improbabile che i numeri di quest'ultimo diminuiscano.

3. Ove il Senato funzionasse realmente nel senso appena accennato sarebbe poi possibile perseguire una decisa semplificazione del riparto delle competenze legislative, ricalibrandolo in favore dello Stato. Ciò sarebbe anzi probabilmente auspicabile, considerando anche il livello ampiamente insoddisfacente che ha caratterizzato sin qui la legislazione regionale, nonché – come da più parti in dottrina viene notato<sup>20</sup> – gli stretti margini che a questa residuano a fronte di altri due “legislatori” (Stato e UE). Solo che tale operazione avverrebbe – in virtù del ruolo del Senato – senza andare in detrimento delle ragioni della autonomia. In sintesi, si realizzerebbe un gioco a somma zero, una sorta di *trade-off* tra esercizio delle competenze legislative da parte delle singole Regioni, e partecipazione – come “sistema” – all'esercizio della funzione legislativa centrale, in modo non dissimile alle concrete dinamiche del “*compensatory federalism*” di matrice tedesca<sup>21</sup>.

Tutto questo ha un prezzo, ovviamente, che è necessario pagare. Bisogna accettare l'idea che su una parte (importante) delle scelte politiche centrali il sistema dei territori rappresenti un autentico *veto player*<sup>22</sup>, poiché altrimenti la mitigazione della eteronomia dell'indirizzo politico centrale di cui discorre Antonio D'Atena non avrebbe modo di realizzarsi<sup>23</sup>. Come si diceva, chi decide di sciogliere il nodo anziché tagliarlo ha dinanzi a sé una strada difficile. Il problema è se vale la pena di pagare questo prezzo. Perché dovremmo ritenere auspicabile “complicare” il sistema inserendo un potente *veto player* al livello centrale? Al riguardo c'è da dire che già in Assemblea costituente il Titolo V era pensato proprio per costruire, *sulle singole politiche*, le singole Regioni come *veto players* rispetto al sistema di governo centrale, soprattutto a fini garantisti. Il meccanismo evidentemente non ha funzionato come si desiderava, né prima né dopo il 2001. Ha determinato una sorta di “interdizione entropica” del

19. A. D'Atena, *Luci e ombre della riforma costituzionale Renzi-Boschi*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015, 1.

20. Cfr. G. Scaccia, *L'ente regionale fra mitologi e federali e realtà costituzionale*, in AA.VV., *Riforme costituzionali: il Senato delle Autonomie*, Firenze, Il Ponte, 2014, pp. 9 ss., part. 15.

21. M. Kotzur, *Federalism and Bicameralism – The German «Bundesrat» (Federal Council) as an Atypical Model*, in J. Luther, P. Passaglia, R. Tarchi (a cura di), *A World of Second Chambers. Handbook for Constitutional Studies on Bicameralism*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 257 ss.

22. Il riferimento è ai noti studi di G. Tsebelis, *Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism*, in *British Journal of Political Science*, Vol. 25, No. 3 (Jul., 1995), pp. 289 ss., e Id., *Veto Players. How Political Institutions*, Princeton, Princeton University Press, 2002.

23. Del resto, che il senso principale di una seconda camera sia quello di “opporsi” in qualche modo alla prima, è già stato efficacemente evidenziato in dottrina: cfr. P. Lauvaux, *Quand la deuxième chambre s'oppose*, in *Pouvoirs*, 2004, pp. 81 ss.

sistema regionale nei confronti delle politiche statali, ossia una interdizione frutto del caos e della sostanziale inadeguatezza delle singole Regioni a realizzare politiche piuttosto che frutto di scelte consapevoli volte ad opporsi a quelle statali. Il modo tramite il quale si è tentato di superare l'“interdizione entropica” è stato quello, ben noto, della preminenza dell'indirizzo politico statale su quello regionale tramite la clausola dell'interesse nazionale.

Sul versante del bicameralismo, invece, si è costruito il Senato come un potentissimo *veto player*, ma – in ragione della difficoltà di raggiungere un compromesso accettabile tra le forze presenti in Assemblea<sup>24</sup> – la differenziazione rispetto alla Camera fu davvero minima, e in fin dei conti non sufficiente a legittimare il suo potere di blocco, tant'è che sin da subito si procedette ad assottigliarla ulteriormente al fine di eliminare per quanto più possibile le differenze politiche con la Camera dei deputati<sup>25</sup>. Il risultato che abbiamo tra le mani ha un sapore paradossale: il Senato italiano *da un punto di vista strutturale* è un fortissimo *veto player*, ma non c'è nessuna ragione credibile perché lo sia<sup>26</sup>. “Avocare” al centro i *veto players*, facendo sì che facciano sistema, in un Senato apposito, renderebbe finalmente ragione del “potere di blocco” di quest'ultimo, e consentirebbe di non disperdere le virtù democratiche connesse alle istituzioni autonomiste, senza però cadere nella morsa costituita dall'alternativa tra l'interdizione entropica da un lato e la prevalenza dell'indirizzo politico statale dall'altro. C'è naturalmente un *caveat* di cui tener conto: il potere di veto senatoriale non può essere troppo esteso, poiché altrimenti si andrebbe incontro al rischio dello stallo, secondo le dinamiche di quella che – soprattutto in considerazione dell'esperienza della Repubblica federale di Germania precedente alla riforma del 2006 – viene sovente chiamata “coabitazione alla tedesca”. Ove ci si collocasse nell'ordine di idee accennato, dunque, i poteri del Senato dovrebbero essere sufficientemente penetranti da incidere nella formazione dell'indirizzo politico centrale in relazione ai temi di maggior interesse delle autonomie, ma non così estesi da bloccarlo. Con una efficace formula presa in prestito da Giancarlo Doria, si può dire: *few powers, deep powers*<sup>27</sup>.

Tutto all'opposto rispetto ai percorsi appena accennati, si può invece ritenere che non valga la pena di pagare il prezzo sopra descritto, e che non ci siano sufficienti ragioni per provare a sciogliere il nodo invece che tagliarlo. Chi si pone in quest'ottica, ovviamente, ha un compito più facile. Gli basta procedere da un lato alla ricentralizzazione delle competenze, e dall'altro alla drastica semplificazione dell'assetto del Parlamento. A questo fine è sufficiente una sola Camera, o al più è sufficiente costruire una seconda Camera che genericamente “porti al centro” le istanze dei territori, senza un particolare legame con le istituzioni regionali, e caratterizzata da una strutturale minorità rispetto alla Camera bassa.

Ciò che conta, dal punto di vista da cui in questa sede si muove, è che procedendo nella direzione appena accennata riusciremmo senza dubbio ad ottenere una sensibile semplificazione dell'attuale sistema. Le competenze e le responsabilità sarebbero probabilmente più chiare, ed è altamente probabile che si riduca di conseguenza il contenzioso costituzionale. Questi obiettivi – ed è questo il punto – sarebbero però conseguiti risolvendo in favore dello Stato le situazioni di sovrapposizione e confusione, e predisponendo una serie di strumenti che consentono allo Stato di affrontare le emergenze della contemporaneità senza *veto players* regionali, né al livello legislativo, né al livello amministrativo. Quest'ultimo, peraltro, è l'argomento più speso per sostenere l'ipotesi accennata: nel momento presente abbiamo bisogno di un sistema decisionale efficiente, e le Regioni – che certo non hanno dato sin qui, nel complesso, prova di grande efficienza – ci ostacolano nel raggiungimento di questo obiettivo. Meglio dunque relegarle ad un grado di strutturale minorità.

### 3. Gli obiettivi dichiarati della riforma costituzionale, e ciò che ostacola il loro raggiungimento

#### 3.1 Sciogliere il nodo?

Che approccio ha la riforma costituzionale approvata dalle Camere rispetto alla questione illu-

24. Cfr., sul punto, S. Mattarella, *Il bicameralismo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983, 1161 ss., e G. Rivosecchi, *Art. 55*, in E. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, Utet giuridica, 2006, pp. 1101 ss.

25. Cfr. L. Paladin, *Tipologia e fondamenti giustificativi del bicameralismo. Il caso italiano*, in *Quad. cost.*, 1984, pp. 219 ss., part. pp. 231 ss.

26. ... tanto che, come è stato autorevolmente osservato, nella prassi per effetto delle prestazioni unificanti del sistema politico-partitico, il bicameralismo “strutturale” italiano ha spesso funzionato come un monocameralismo “funzionale” (S. Mattarella, *Il bicameralismo*, cit.).

27. G. Doria, *The Paradox of Federal Bicameralism*, in [www.eurac.edu/edap](http://www.eurac.edu/edap).

strata? Intende sciogliere o tagliare il nodo gordiano sopra delineato? Come vedremo, non è così facile rispondere a questa domanda. A leggere la *Relazione di accompagnamento* al disegno di legge costituzionale presentato dal Governo, l'intervento riformatore parrebbe senz'altro orientato nel primo senso. In tale documento, infatti, si manifesta l'intento di perseguire l'obiettivo di un intervento più efficace dei poteri pubblici nella vita economica e sociale, senza che il riparto della competenza legislativa, troppo squilibrato in favore delle autonomie, possa pregiudicarne il raggiungimento, ed in modo tale da ridurre significativamente il tasso di conflittualità istituzionale che caratterizza il sistema italiano. Al contempo, tuttavia, data l'importanza delle autonomie territoriali nella nostra vita democratica, dovremmo garantire – ed anzi addirittura approfondire – il ruolo delle relative istituzioni nel sistema di adozione delle deliberazioni pubbliche del nostro Paese.

Come sarebbe possibile ottenere simultaneamente il raggiungimento di ambedue gli obiettivi? Dalla *Relazione* introduttiva traspare chiaramente l'idea secondo la quale le istituzioni italiane andrebbero riplasmate in modo tale da determinare proprio quell'effetto di *trade-off* tra competenze e partecipazione di cui si discorreva nel paragrafo precedente. Dovrebbero da un lato *decretere* le competenze (soprattutto legislative) delle singole Regioni, e dall'altro dovrebbe *incrementarsi* il livello di partecipazione dell'insieme delle Regioni alla adozione delle deliberazioni pubbliche rilevanti per l'intero Paese. Si propone pertanto di riformare la Costituzione con riferimento sia alla distribuzione delle competenze legislative che alla struttura e al ruolo del Senato nel procedimento legislativo, perché, finalmente, si possa compiere quella «*trasformazione delle istituzioni parlamentari*» auspicata come si è visto, anche dalla giurisprudenza costituzionale.

Ora, non pare sia dubbio che, sul versante del riparto tra Stato e Regioni delle competenze legislative, l'esito della riforma *in itinere* sarebbe complessivamente molto penalizzante per le seconde<sup>28</sup>, per effetto combinato della rimodulazione delle competenze e

della cd clausola di supremazia, di cui molto si è già scritto in dottrina. Stando così le cose, appare evidente che il buon esito del progetto più sopra sommariamente descritto – ossia l'idea di determinare, nonostante il “dimagrimento” delle competenze regionali, l'effetto di «valorizzare (...) il pluralismo istituzionale e il principio autonomistico, con l'obiettivo ultimo di incrementare complessivamente il tasso di democraticità del nostro ordinamento» – dipende soprattutto dalla idoneità dell'assetto organizzativo del Senato, nonché dallo *stock* di funzioni che al medesimo vengono riconosciute, di realizzare una *autentica ed efficace partecipazione delle istituzioni regionali all'esercizio della funzione legislativa statale*, almeno con particolare riferimento ai settori che più interessano le comunità regionali. Come si vedrà, però, ci sono forti dubbi che il testo di riforma costituzionale riesca in una operazione siffatta. Vediamo perché, cominciando dall'analisi delle disposizioni concernenti la composizione della nuova assemblea di Palazzo Madama.

### 3.2 La struttura del nuovo Senato...

Come è ben noto la scelta di fondo, circa la composizione del nuovo Senato, è quella della designazione indiretta dei suoi membri. Il nuovo art. 57 Cost., infatti, prevede che l'assemblea di Palazzo Madama sia composta da 95 senatori «*rappresentativi delle istituzioni territoriali*»<sup>29</sup>. Viene comprensibilmente abbandonata l'idea – inizialmente presente nell'articolo approvato in Consiglio dei ministri – dell'uguale composizione della delegazione di ciascuna Regione, in favore di un riparto che tenga conto della diversa consistenza della popolazione di ognuna di essa. I 95 membri, infatti, devono essere ripartiti tra le Regioni «*in proporzione della loro popolazione, quale risulta dall'ultimo censimento generale, sulla base dei quozienti interi e dei più alti resti*». Tale attribuzione, però, deve essere effettuata tenendo conto che alle Province autonome di Trento e Bolzano spettano di diritto 2 senatori, e che, in ogni caso, nessuna Regione può scendere al di sotto del medesimo numero di senatori.

28. In tal senso, *ex plurimis*, S. Mangiameli, *Prime considerazioni sul disegno di legge costituzionale AS/1429 sulla modifica della seconda parte della Costituzione*, 15/10/2014, in [www.issirfa.cnr.it/7492\\_908.html](http://www.issirfa.cnr.it/7492_908.html); A. Ruggeri, *Quali insegnamenti per la riforma costituzionale dagli sviluppi della vicenda regionale?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014; G. Scaccia, *I tipi di potestà legislativa statale e regionale nel progetto di riforma costituzionale Renzi-Boschi*, in *Ist. fed.*, 2/2016, 2014; M. Bignami, *L'autonomia politica delle Regioni ordinarie e il riparto della funzione legislativa nel disegno di legge costituzionale Renzi-Boschi*, nel presente numero di questa *Rivista*.

29. Si noti tuttavia che il numero di 95 potrebbe essere solo tendenziale, poiché l'art. 39, comma 2, del testo di riforma prevede che «*quando, in base all'ultimo censimento generale della popolazione, il numero dei senatori spettanti a una Regione (...) è diverso da quello risultante in base al censimento precedente*», alla Regione spettano senatori «*nel numero corrispondente all'ultimo censimento*», e ciò «*anche in deroga*» al primo comma dell'art. 57 Cost., così come risultante dalla modifica costituzionale. In tema cfr. R. Bifulco, *Composizione, elezione e rappresentanza: il Senato (Disposizioni transitorie e finali: art. 39, commi 1-7, e art. 40, commi 5-6)*, in corso di pubblicazione nel Commentario al testo di riforma costituzionale per i tipi di ESI a cura di F. Marini e G. Scaccia.

Quanto alle modalità di designazione, si prevede che i Senatori vengano eletti dai Consigli regionali, con metodo proporzionale e *tra i loro componenti*, fatta eccezione per un senatore per Regione che deve essere eletto, sempre da parte del Consiglio, tra i sindaci dei comuni del proprio territorio<sup>30</sup>. A questi vanno aggiunti 5 senatori che possono essere nominati dal Presidente della Repubblica e che restano in carica 7 anni, i senatori di diritto e a vita in quanto ex Presidenti della Repubblica, nonché i senatori a vita in carica alla data di entrata in vigore della riforma, che permangono nella carica «ad ogni effetto» (art. 39, comma 7).

A rendere più complesso il quadro è peraltro intervenuto il cd “emendamento Finocchiaro”, che ha modificato il testo originario prevedendo che la elezione dei senatori ad opera dei Consigli regionali deve avvenire «in conformità alle scelte espresse dagli elettori per i candidati consiglieri in occasione del rinnovo dei medesimi organi, secondo le modalità stabilite dalla legge» che regola le modalità di attribuzione dei seggi e di elezione dei membri del Senato (art. 57, comma 5). Al momento non è affatto chiaro come si deciderà di dare attuazione a tale previsione. Come è stato convincentemente notato in dottrina, ad ogni modo, il criterio della elezione proporzionale all’interno del Consiglio e quello della conformità alle scelte degli elettori sono destinati ad avere una coesistenza problematica, essendo ipotizzabili meccanismi meno vincolanti per il Consiglio a fianco di meccanismi maggiormente vincolanti, in grado di avvicinare l’esito della designazione a quello di una elezione diretta<sup>31</sup>. Molto di ciò che sarà, dunque, è ancora da scrivere.

Ad ogni modo, quale che sia l’attuazione che si riterrà di dare all’emendamento Finocchiaro, i caratteri del nuovo Senato appaiono almeno in parte già segnati. Ciò dipende soprattutto – ma il punto sarà meglio approfondito più avanti – dalla circostanza secondo la quale il Senato sarebbe preposto a rappresentare le autonomie territoriali senza però che vi sia alcun vincolo di mandato gravante sui suoi membri. Il libero mandato rimarrebbe infatti intatto nella sua pienezza, non essendo previsto alcuno strumento per legare la posizione espressa da ciascuno di essi all’indirizzo delle istituzioni politiche della Regione da cui provengono, o almeno per rendere probabile la corrispondenza della prima al secondo.

### 3.3 ... e le sue funzioni

Quanto all’aspetto funzionale, pare necessario in questa sede concentrarsi soprattutto su due questioni: il ruolo del Senato nell’ambito del procedimento legislativo, ed i compiti, che gli vengono assegnati dall’art. 55, comma, consistenti nel *rappresentare le istituzioni territoriali* e nell’*esercitare funzioni di raccordo tra lo Stato e gli altri enti costitutivi della Repubblica*<sup>32</sup>.

In relazione al primo punto è necessario prendere le mosse dalla regola generale dell’art. 70, comma secondo, secondo cui le leggi «sono approvate dalla Camera dei deputati», che può respingere anche a maggioranza semplice, ai sensi del comma successivo, le proposte di modificazione avanzate dal Senato. Si deve tuttavia riconoscere che le diverse letture del testo di riforma hanno portato ad aumentare sensibilmente i compiti del Senato, ed in particolare i casi in cui quest’ultimo, ai sensi del primo comma dell’art. 70, è titolare di una vera e propria “legislazione condivisa” con la Camera dei deputati.

Per capire se il disegno istituzionale che stiamo abbozzando in questi mesi sia effettivamente in grado di rispondere alle aspettative che in esso si ripongono è però necessario abbandonare una mera logica quantitativa, soffermandosi sui settori nei quali tale legislazione bicamerale sarà chiamata ad esplicarsi. Al riguardo non si può non notare come, se la riforma entrasse definitivamente in vigore, dovrebbero essere approvate tramite il procedimento legislativo paritario le leggi costituzionali e di revisione costituzionale nonché alcune leggi che possiamo qualificare “di sistema”, come quelle volte a regolare i *referendum* popolari, lo statuto delle minoranze linguistiche, o la ineleggibilità e incompatibilità dei senatori, nonché altre leggi destinate a disegnare alcune tra le caratteristiche essenziali del sistema delle autonomie territoriali. Certamente non si tratta di settori di scarsa importanza. Tuttavia è necessario segnalare come la competenza della legge bicamerale paritaria sarebbe limitata essenzialmente al *quadro istituzionale* nel quale dovrebbe svilupparsi la autonomia degli enti territoriali, mentre il *concreto svolgersi* di quest’ultima risulterà soggetto ai limiti stabiliti in modo tendenzialmente unilaterale dalla Camera dei deputati tramite gli altri procedimenti legislativi. La gestione ordinaria delle politiche pubbliche – comprese quelle

30. In tema R. Bifulco, *Composizione, elezione e rappresentanza*, cit., par. 2.

31. Cfr. ancora R. Bifulco, *Composizione, elezione e rappresentanza*, cit., par. 4.1.

32. A ciò si aggiunga che il nuovo art. 57, comma 1, qualifica (solo) i senatori elettivi come «rappresentativi delle istituzioni territoriali»: il che introduce qualche elemento di incoerenza nel testo, poiché la funzione rappresentativa in questione viene riferita ora all’intero collegio (art. 55), ora solo ad una parte di esso.



in grado di incidere profondamente sugli interessi e le funzioni regionali e locali, nonché quelle finanziarie – verrebbe dunque attribuita in linea di massima alla legislazione monocamerale di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 70 Cost., senza che al Senato sia garantito alcun altro ruolo che quello di portare all'attenzione dell'opinione pubblica le istanze provenienti dai territori, poiché certamente non lo si potrebbe ritenere a pieno titolo *coinvolto* nella elaborazione delle politiche del centro.

In relazione alle norme sulla funzione di rappresentanza e su quella di raccordo, è invece possibile osservare quanto segue.

Come si è visto, a fronte della funzione di rappresentanza della Nazione attribuita a «ciascun membro della Camera dei deputati», l'art. 55 riformato prevede che «il Senato della Repubblica rappresenta le autonomie territoriali». D'altra parte – come già si accennava più sopra – viene mantenuto nell'art. 67 il divieto di mandato imperativo per tutti «i membri del Parlamento». Queste disposizioni pongono un significativo problema teorico, del quale non è difficile scorgere una immediata ricaduta pratica, che si proverà di seguito ad illustrare.

Conviene prendere le mosse da una domanda: la funzione rappresentativa di cui al testo dell'art. 55 riformato evoca le dinamiche della rappresentanza-*Vertretung* o della rappresentanza-rappresentazione, della rappresentanza come legame o della rappresentanza creativa? La permanenza del libero mandato in tutta la sua pienezza, e la collegata assenza di qualunque mezzo per assicurare l'unitarietà del voto di delegazione spingono di certo lontano dalle logiche della *Vertretung*, per le quali appare indispensabile un qualche strumento in grado di garantire la connessione necessaria tra rappresentante e rappresentato.

Anche l'altro corno dell'alternativa, tuttavia, pone qualche problema. Proprio nell'ambito del dibattito sul nuovo Senato è stato di recente ricordato in modo efficace come la rappresentanza-rappresentazione si riferisca necessariamente a *idee* e non a *cose*<sup>33</sup>, e come la logica “creativa” di cui essa è portatrice escluda che possa darsi un'altra volontà prima e all'infuori di quella dei rappresentanti<sup>34</sup>. Ciò vale anche quando la forma della rappresentazione incontra la sostanza della democrazia<sup>35</sup>, sebbene in tal caso, in virtù del principio della sovranità popolare, non può non rimanere un residuo alle spalle della volontà che prende corpo tramite il rappresentante: e di ciò troviamo le tracce, ad esempio, nella dottrina del plusvalore democratico del referendum abrogativo<sup>36</sup>, in quella giurisprudenza che sottolinea a più riprese la molteplicità delle sedi nelle quali può trovar corpo la sovranità popolare<sup>37</sup>, nonché, volendo, in quelle elaborazioni dottrinali che in passato hanno provato a legittimare il potere presidenziale di scioglimento delle Camere in ragione di una rilevata distonia rispetto al sentimento popolare<sup>38</sup>. Si tratta tuttavia, come si vede, solo di tracce, che consentono talvolta di percepire una alterità dietro il rappresentante, ma che in linea di massima non negano che sia tramite quest'ultimo che il rappresentato trovi voce e corpo.

Ebbene, non ci vuol molto a concludere che per il caso della “rappresentanza delle istituzioni territoriali” del nuovo Senato non sarà così. La rappresentanza del sistema autonomistico complessivamente inteso affidata all'Assemblea-Senato dovrà infatti convivere – oltre che, ovviamente, con la rappresentanza politica nazionale affidata ai deputati, nella quale trovano forma i processi di unificazione politica generale – con una rappresentanza politica regionale e locale, che caratterizza le istituzioni territoriali, nella

33. L. Buffoni, A. Cardone, *La rappresentanza politica delle 'istituzioni territoriali' della Repubblica*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2016, 1, par. 2. Il riferimento è a C. Schmitt, *Cattolicesimo romano e forma politica*, trad. it. Bologna, il Mulino, 1986, pp. 49 ss.

34. L. Buffoni, A. Cardone, *La rappresentanza politica delle 'istituzioni territoriali' della Repubblica*, cit., par. 2.

35. Cfr., ancora, L. Buffoni, A. Cardone, *La rappresentanza politica delle 'istituzioni territoriali' della Repubblica*, cit., par. 2, i quali opportunamente citano al riguardo le sentenze della Corte costituzionale nn. 379 del 1996 e 10 del 2000.

36. ... dottrina, come si sa, fatta propria almeno in parte anche dalla giurisprudenza costituzionale (cfr. la ben nota sent. n. 199 del 2012, che ha dichiarato la illegittimità costituzionale della disciplina legislativa dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sostanzialmente riproduttiva di quella colpita dal precedente referendum del 2011).

37. Si può richiamare qui il notissimo passo della sent. n. 106 del 2002 secondo cui «l'articolo 1 della Costituzione, nello stabilire, con formulazione netta e definitiva, che la sovranità “appartiene” al popolo, impedisce di ritenere che vi siano luoghi o sedi dell'organizzazione costituzionale nella quale essa si possa insediare esaurendovisi». Ciò in quanto «le forme e i modi nei quali la sovranità del popolo può svolgersi, infatti, non si risolvono nella rappresentanza, ma permeano l'intera intelaiatura costituzionale: si rifrangono in una molteplicità di situazioni e di istituti ed assumono una configurazione talmente ampia da ricomprendere certamente il riconoscimento e la garanzia delle autonomie territoriali» (par. 3 del *Considerato in diritto*).

38. Sul punto, per una disamina, cfr. E. Cheli, *Art. 88*, in *Il Presidente della Repubblica*, Tomo II - *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-il Foro italiano, 1983, p. 14 e pp. 65 ss.

quale trovano corpo i processi di unificazione politica di livello, appunto, territoriale. Infine – e si tratta di un punto particolarmente importante – essa dovrà verosimilmente convivere con la funzione esercitata dalla Conferenza Stato-Regioni e più in generale dal sistema delle Conferenze, deputate a dar voce (come il Senato) all'insieme delle autonomie, ma caratterizzate (a differenza del Senato) da un legame così strutturato con le istituzioni territoriali da avvicinarsi ad una relazione di identità.

Sul piano teorico è evidente che questo stato di cose pone in mezzo al guado il Senato che verrà. Si è già notato come l'assenza di una connessione operativa necessaria, volta a rendere anche solo probabile la coincidenza delle posizioni dei senatori con l'indirizzo politico che emerge presso le istituzioni di provenienza renda inapplicabile lo schema della rappresentanza-*Vertretung*. L'autonoma esistenza e operatività dei soggetti rappresentati – ossia le istituzioni territoriali, che peraltro “parlano” ogni giorno anche tramite il sistema delle Conferenze – proietta d'altra parte la rappresentanza senatoriale in una dimensione ben lontana dalle logiche e dalle dinamiche della rappresentanza-*rappresentazione*: una dimensione nella quale, pur in assenza del mandato imperativo, il rappresentante non sarà l'unico a poter parlare per il rappresentato, né sarà la sua “voce” privilegiata<sup>39</sup>.

Le considerazioni che possono essere proposte spostando l'attenzione dal piano teorico a quello pratico sono del resto sintoniche con quanto appena evidenziato. Al riguardo occorre invece richiamare l'attenzione sulla circostanza secondo la quale la credibilità di una istituzione chiamata a fornire prestazioni rappresentative del sistema autonomistico complessivamente inteso dipende fortemente dalla sua capacità di intercettare efficacemente i processi di unificazione politica che prendono corpo a livello regionale. Il punto sarà ulteriormente approfondito più avanti. Qui basti osservare che, ove il nuovo Senato non riuscisse in tale operazione, e anzi ove quest'ultimo fosse addirittura sconfessato, nelle proprie scelte, dalle posizioni che maturano presso le singole Regioni si minerebbe seriamente tale credibilità. Tale effetto, peraltro, rischierebbe di essere viepiù enfatizzato nell'ipotesi in cui, permanendo l'operatività

della Conferenza Stato-Regioni in particolare e del sistema delle Conferenze in generale, nella prassi fosse quest'ultimo a ritagliarsi, più del Senato, il ruolo di sede istituzionale in grado realizzare l'interlocuzione politica tra centro e periferia.

Resta, a parte, la “funzione di raccordo”, teoricamente meno impegnativa e caratterizzata da un tono maggiormente pratico-operativo rispetto a quella di rappresentanza. Su tale funzione, come si vedrà, sarà forse possibile far leva per recuperare le sorti di un Senato non delineato in modo particolarmente felice dalle nuove disposizioni costituzionali.

### 3.4 Tagliare il nodo

È il momento di provare a suggerire qualche prima conclusione. Come si accennava, la riduzione delle competenze legislative regionali è perseguita con particolare decisione dalla riforma in *itinere*. Non si può non convenire, al riguardo, con chi ha osservato che l'autonomia regionale, a seguito della riforma costituzionale, risulta «alla mercé» degli organi politici statali<sup>40</sup>, come fosse «ottriata» da questi ultimi<sup>41</sup>. Secondo la *Relazione* di accompagnamento al disegno di legge costituzionale, tuttavia, l'intervento di riforma dovrebbe essere “a saldo zero” per le ragioni dell'autonomia, o addirittura a “saldo positivo”, in ragione dell'incidenza, da parte di chi è portatore di tali ragioni, nei procedimenti legislativi del centro, per mezzo del nuovo Senato. I cenni che più sopra sono stati proposti con riguardo agli aspetti strutturali e funzionali di tale istituzione, tuttavia, non sembrano consentire il raggiungimento di questo obiettivo. La circostanza, già più sopra evidenziata, secondo la quale nelle varie politiche pubbliche, anche quelle di maggiore impatto sulle realtà territoriali, il Senato è relegato ad un ruolo radicalmente subalterno rispetto alla Camera fa già seriamente dubitare che, per questa via, le autonomie possano recuperare, come sistema, ciò che hanno perduto come singole. Il perdurare della piena libertà di mandato anche per i Senatori nel nuovo sistema costituzionale pare confermare inesorabilmente questi timori.

Quello del libero mandato è in effetti un difetto particolarmente significativo dell'assetto del “nuovo”

39. Cfr. le conclusioni che sul punto si raggiungono in L. Buffoni, A. Cardone, *La rappresentanza politica delle 'istituzioni territoriali' della Repubblica*, cit., par. 2, che ritengono senz'altro la rappresentanza territoriale compatibile con il libero mandato e declinabile nei termini di una rappresentanza “politica”, osservando in quest'ottica come il nuovo art. 55 configuri ciascun senatore non come «il delegato della propria istituzione o del proprio 'territorio'», bensì come membro di un collegio – il Senato – chiamato, nel suo insieme, ad essere «il rappresentante di tutte le istituzioni territoriali, nel senso che riconduce (da leggersi: deve ricondurre) le plurime volontà ad una volontà unitaria». Operazione, quest'ultima, che sarebbe realizzabile solo nell'ambito di un meccanismo di “rappresentazione”.

40. M. Bignami, *L'autonomia politica delle Regioni ordinarie e il riparto della funzione legislativa nel disegno di legge costituzionale Renzi-Boschi*, cit., par. 8.

41. G. Scaccia, *Prime note sull'assetto delle competenze legislative*, cit., p. 16.

Senato, che potrebbe rischiare seriamente di pregiudicarne la funzionalità rispetto agli obiettivi dichiarati nella *Relazione introduttiva* al disegno di legge costituzionale<sup>42</sup>. Optare per modalità organizzative che consentano di connettere nel modo più certo possibile l'indirizzo politico che si forma nel raccordo Consiglio-Presidente al livello regionale e i senatori espressi dalla Regione considerata – come avrebbe potuto essere, ad esempio, la previsione di un voto unitario di delegazione da esercitare sulla base di una deliberazione da adottare a maggioranza all'interno di quest'ultima<sup>43</sup> – sarebbe stato invece decisamente preferibile al fine di ottenere dalla nuova Camera Alta prestazioni apprezzabili. In primo luogo, si può notare, sono le Regioni che possono impugnare le leggi statali, e che devono darvi attuazione legislativa, di talché una riforma che voglia perseguire l'obiettivo di deflazionare il contenzioso costituzionale e rendere maggiormente coerente la legislazione regionale con quella statale non può sottovalutare l'importanza di rinsaldare tale legame.

Risulta dunque chiaro, alla luce della presente indagine, che le dichiarazioni di intenti reperibili nella *Relazione introduttiva* al disegno di legge costituzionale non corrispondono al complessivo progetto di politica istituzionale effettivamente perseguito dal testo di riforma. La scelta effettuata dal legislatore della revisione costituzionale non pare essere stata quella di una paziente ricerca del modo di sciogliere il nodo gordiano dell'equilibrio tra unità e autonomia. La struttura e le funzioni che si è ritenuto di attribuire al Senato sembrano viceversa testimoniare l'intento di perseguire una decisa, netta e pervasiva ricentralizzazione dei processi decisionali nell'ambito del nostro ordinamento costituzionale, in modo tale da conferire saldamente al circuito dell'indirizzo politico statale la possibilità di adottare scelte anche fortemente incidenti sulle realtà territoriali. L'intento, insomma, di recidere con

nettezza quel nodo, senza troppo curarsi di ciò che accade ai fili dell'autonomia.

### 4. L'incerta sorte dei paradigmi collaborativi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale

Il quadro della sorte delle ragioni dell'autonomia a seguito dell'eventuale entrata in vigore del testo che sarà sottoposto a *referendum*, tuttavia, non è completo se non si mette a fuoco quello che forse può essere definito un "sottoprodotto" del cantiere delle riforme costituzionali, ossia gli effetti che queste ultime sono destinate ad avere, in diritto o anche solo in fatto, sui paradigmi collaborativi messi a punto dalla giurisprudenza costituzionale su cui più sopra ci si è soffermati. Al riguardo è necessario distinguere.

Come è già stato evidenziato in dottrina<sup>44</sup>, il "paradigma dell'intreccio" e quello della "forte incidenza" hanno le carte in regola, dal punto di vista strettamente giuridico, per essere riproposti anche successivamente all'entrata in vigore della riforma costituzionale. Non c'è infatti ragione di pensare che anche in futuro non ci saranno casi di discipline statali collocate all'intreccio di materie diverse, e che taluni di questi casi non potranno essere risolti con il criterio della prevalenza. Anzi, ove si consideri che a molte delle materie riconosciute alla competenza esclusiva statale limitatamente alle "disposizioni generali e comuni" corrisponde una materia *esplicitamente* attribuita alla competenza regionale<sup>45</sup>, pare addirittura probabile che accada quanto appena accennato. Ebbene, in tutti questi casi si dovrebbe dunque continuare ritenere che la legislazione statale che voglia superare indenne il giudizio di costituzionalità dovrà predisporre adeguati procedimenti collaborativi per la propria attuazione.

42. La previsione del libero mandato anche per i componenti del Senato è stata criticata da una parte significativa della dottrina. Si vedano, ad es., F. Bilancia, *Oltre il bicameralismo paritario. Osservazioni a margine del ddl Renzi*, cit., (che la definisce «del tutto insensata»); G. De Vergottini, *Sulla riforma radicale del Senato*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 8/2014, p. 2; A. Poggi, *Funzioni e funzionalità del Senato delle autonomie*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), p. 3; G. Puccini, *La riforma del bicameralismo in Italia*, in *Astrid Rass.*, n. 6/2014, 27-28; A. Ruggeri, *Quali insegnamenti*, cit., p. 14; C. Salazar, *La riforma dello Stato regionale in Italia*, cit., par. 2; A. Morelli, *Audizione nell'ambito dell'Indagine conoscitiva sulle forme di raccordo tra lo Stato e le autonomie territoriali, con particolare riguardo al "sistema delle Conferenze"*, in *Osservatorio AIC*, 18 aprile 2016. Una valutazione positiva emerge invece da B. Caravita, *Glosse scorrendo il testo della proposta Renzi*, cit., pp. 2 s. Si veda, in tema, anche L. Buffoni, A. Cardone, *La rappresentanza politica*, cit., *passim*.

43. Si era provato ad avanzare una proposta di tal genere in S. Pajno, *Per un nuovo bicameralismo, tra esigenze di sistema e problemi relativi al procedimento legislativo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 4/2014, cui sia consentito rinviare.

44. G. Rivosecchi, *Audizione alla Commissione parlamentare per le questioni regionali nell'ambito dell'Indagine conoscitiva sulle forme di raccordo tra lo Stato e le autonomie territoriali, con particolare riguardo al "sistema delle Conferenze" (25 febbraio 2016)*, in *Osservatorio AIC*, 10 marzo 2016.

45. In tema cfr. E. Gianfrancesco E., *Torniamo a Zanobini (?)*, in *Osservatorio AIC*, 2014, e G. Rivosecchi, *Riparto legislativo tra Stato e Regioni: le cd "disposizioni generali e comuni"*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 2014.

Se tutto ciò è vero, non si può però nascondere che, a livello pratico, le cose potrebbero essere molto differenti, poiché, con il nuovo procedimento legislativo, le Regioni che impugnano nella sede del giudizio in via principale l'atto legislativo statale non saranno più le prime istituzioni deputate alla rappresentanza degli interessi territoriali in grado di interloquire formalmente sui temi che vengono di volta in considerazione. Prima del loro (possibile) intervento ci sarà quello (anch'esso meramente potenziale, nella maggior parte dei casi) del Senato. E non è difficile prevedere che le pretese di leale collaborazione veicolate dai ricorsi regionali saranno dotate di minor forza di convincimento, se non di minor credibilità, quando ciò avverrà a valle di un procedimento legislativo in cui l'organo deputato istituzionalmente a farsi portatore della *visione territorialmente orientata dell'interesse generale* non abbia avuto nulla da rilevare in tal senso, ma anzi abbia magari offerto il suo fattivo contributo per la definizione del testo normativo successivamente impugnato. In sintesi, ad oggi, le prime istituzioni rappresentative di interessi territoriali in grado di esprimere il loro punto di vista sulle leggi statali sono le Regioni nella sede della loro possibile impugnazione nel giudizio principale. Domani, a seguito della riforma costituzionale, prima e a prescindere da tale eventualità sarà il Senato a poter intervenire, addirittura nell'ambito dello stesso procedimento di formazione della legge, sia pure con un ruolo certamente subalterno rispetto a quello della Camera: è dunque possibile ritenere che i sempre possibili ricorsi regionali perderanno di forza argomentativa, ove non siano stati preceduti da un intervento senatoriale orientato nel medesimo senso. L'effetto che la riforma del Senato potrà avere, da questo punto di vista, sarà quello di *depotenziare*, nella loro pratica applicazione giurisprudenziale, paradigmi collaborativi comunque spendibili dal punto di vista puramente giuridico.

Differenti sono invece le considerazioni che è possibile proporre per il paradigma della cd "sussidiarietà legislativa", che pare destinato inesorabilmente a tramontare, per le ragioni che possono essere sintetizzate come segue.

1. In primo luogo deve essere osservato che la riforma costituzionale Renzi-Boschi sana – al netto di qualunque giudizio sulla effettiva idoneità degli strumenti predisposti al fine di soddisfare le esigenze sopra richiamate – quella «*perdurante assenza*» della

trasformazione delle istituzioni parlamentari indicata dalla giurisprudenza costituzionale come presupposto per la necessaria previsione dell'intesa forte da parte delle leggi che avocassero funzioni amministrative in materie di competenza regionale. Proprio restando nell'ambito del paradigma della sussidiarietà legislativa, dunque, stando alla giurisprudenza costituzionale sopra illustrata, verrebbe meno la necessità di prevedere quelle intense forme collaborative che ad oggi la legge statale deve contenere per superare il vaglio di legittimità costituzionale.

2. In secondo luogo, non si può non ricordare in questa sede che quello che potrebbe essere il futuro art. 117, quarto comma, Cost., prevede la possibilità, per la legge statale, di intervenire «*in materie non riservate alla legislazione esclusiva quando lo richieda la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero la tutela dell'interesse nazionale*». Non va dimenticato, al riguardo, che il titolo di legittimazione imperniato sull'interesse nazionale rinvia ad un *giudizio politico* sulla sussistenza di fenomeni di interesse ultraregionale del quale, al più, si potrà sindacare la non manifesta irragionevolezza<sup>46</sup>. Tramite la utilizzazione della "clausola di supremazia", dunque, lo Stato potrà operare il "ritaglio" in proprio favore del riparto della competenza legislativa stabilita dal medesimo art. 117 Cost., con limiti quasi impalpabili, e soprattutto *ben al di là* di quanto ad oggi sia possibile fare per mezzo dell'istituto della cd "avocazione in sussidiarietà" su cui ci si è soffermati più sopra.

3. Infine, si deve prendere atto che la maggior parte dei settori in cui, in questi anni, ha avuto modo di dispiegare i suoi effetti il paradigma della sussidiarietà legislativa, obbligando lo Stato ad una interlocuzione penetrante con le Regioni interessate dagli interventi progettati al centro, risultano affidati, nel riparto delle funzioni legislative delineato dalla riforma costituzionale, alla competenza esclusiva dello Stato. Le materie oggetto dei più importanti interventi in sussidiarietà legislativa, infatti, vanno individuate in quelle concernenti il «*governo del territorio*», la «*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*», le «*grandi reti di trasporto e di navigazione*», i «*porti e aeroporti civili*», nonché nella materia dell'«*ordinamento della comunicazione*»<sup>47</sup>. È agevole rendersi conto che tali interventi, una volta entrata in vigore la riforma costituzionale Renzi-Boschi, sarebbero senz'altro affidati alla competenza esclusiva dello Stato, solo in alcuni casi mitigata dalla

46. Cfr., per tutti, A. D'Atena, *Legge regionale (e provinciale)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 969 ss., nonché – con specifico riferimento alla riforma in itinere – E. Gianfrancesco, *La "scomparsa" della competenza ripartita e l'introduzione della clausola di supremazia*, in [www.issirfa.cnr.it/7576,908.html](http://www.issirfa.cnr.it/7576,908.html), 2014.

47. Per un approfondimento del tema si veda, se si vuole, S. Pajno, *Il peso della mitologia giuridico-politica nelle vicende della revisione costituzionale in itinere*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 3/2015.

presenza di “clausole di co-legislazione” che aprono alla normazione regionale, come quella, già ampiamente dibattuta, che legittima l'intervento legislativo del centro alle sole “disposizioni generali e comuni”<sup>48</sup>.

## 5. Il paradosso del nuovo Senato, ovvero di come l'istituzione della rappresentanza territoriale rischia di condannare il punto di vista dei territori

L'esito del percorso sin qui richiamato sembra paradossale. La “grande riforma”, finalmente, è a un passo: la tanto auspicata “trasformazione delle nostre istituzioni parlamentari e dei relativi procedimenti legislativi”, infatti, è pronta a prendere corpo, e non tramite la via per certi versi “minimale” dell'attuazione dell'art. 11 della legge costituzionale n. 3 del 2001, bensì per la “strada maestra” della riforma del Senato.

Nonostante ciò la rappresentanza territoriale appare, a prima vista, in un *cul de sac*. Da un lato le riforme *in fieri* minacciano di pregiudicare, in fatto o in diritto, le dinamiche tramite le quali essa ha preso forma sin qui, per il tramite della giurisprudenza costituzionale e della prassi incentrata sul sistema delle conferenze: forma certo non soddisfacente, ma comunque dotata di un certo equilibrio. Come si è visto, il paradigma della forte incidenza e quello dell'intreccio dovrebbero teoricamente essere riproposti anche nel nuovo assetto costituzionale, ma non è implausibile, per le ragioni prima illustrate, l'ipotesi secondo la quale la giurisprudenza costituzionale sarà molto più restia a farvi ricorso mentre il paradigma collaborativo della cd sussidiarietà legislativa, dovrà quasi sicuramente essere dismesso.

La tutela delle ragioni dell'autonomia – e così andiamo al punto – dovrebbe invece essere affidata al nuovo Senato della Repubblica. Tale istituzione, tuttavia, così come delineata dal testo di riforma costituzionale, per struttura e per funzioni non solo non sembra in grado di svolgere adeguatamente il suo

compito, essendo priva di idonei incentivi a garantire l'emersione della rappresentanza territoriale<sup>49</sup>, ma con la sua sola presenza rischia anzi di determinare, paradossalmente, un saldo negativo nel bilancio del peso degli interessi territoriali nella adozione delle deliberazioni pubbliche. La ricentralizzazione delle competenze legislative e il forte indebolimento dei paradigmi collaborativi di matrice giurisprudenziale sopra richiamati, infatti, non paiono adeguatamente compensati dalle deboli “funzioni di raccordo” affidate alla nuova Assemblea. Basti ricordare, al riguardo, che l'ipotesi “minimale” del già più volte menzionato art. 11 della legge cost. n. 3 del 2001, era portatrice di una scelta probabilmente più coraggiosa ed efficace di quella che caratterizza la riforma costituzionale *in itinere*. Quella disposizione, da un punto di vista strutturale, pur non sciogliendo il nodo delle modalità di individuazione dei rappresentanti delle autonomie, pare in modo abbastanza inequivoco far riferimento a modalità di designazione istituzionale, che comunque candidano ad un ruolo protagonista le Giunta e i Consigli regionali<sup>50</sup>, mentre da un punto di vista funzionale balza agli occhi la sua maggiore incidenza sul procedimento legislativo rispetto a quella che caratterizzerebbe il nuovo Senato, posto che, come si è visto, il suo parere negativo (o favorevole condizionato) nei confronti di un progetto di legge vertente sulle materie di cui all'art. 117, terzo comma, e 119 Cost., impone alla Assemblea che non voglia adeguarsi l'onere di procedere a maggioranza assoluta. L'ipotesi “minimale” in questione prevedeva dunque una incidenza della rappresentanza territoriale sulle politiche statali di interesse regionale non certo tale da giungere alla co-decisione, ma probabilmente superiore a quella che, sulle medesime materie, sarà in grado di determinare il nuovo Senato.

## 6. Una via d'uscita per il Senato: il suo limite sarà la sua forza

Giunto a questo punto del percorso, è naturale porsi una domanda. Il vicolo cieco in cui pare con-

48. Su tale clausola di co-legislazione si vedano, tra gli altri, G. Rivosecchi, *Riparto legislativo tra Stato e Regioni: le cd “disposizioni generali e comuni”*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it); C. Salazar (2014), *Il procedimento legislativo e il ruolo del nuovo Senato*, in [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it); *I tipi di potestà legislativa statale e regionale nel progetto di riforma costituzionale Renzi-Boschi*, in *Ist. fed.*, 2/2016; E. Gianfrancesco, *Torniamo a Zanobini (?)*, cit.; M. Salvago, *Le clausole di “co-legislazione” nel disegno di riforma costituzionale del Governo Renzi: qualche spunto di riflessione*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015.

49. Sul punto, efficacemente, N. Lupo, *La (ancora incerta) natura del nuovo Senato: prevarrà il cleavage politico, territoriale o istituzionale?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 4/2016, nonché G. Rivosecchi, *Audizione alla Commissione parlamentare per le questioni regionali nell'ambito dell'Indagine conoscitiva sulle forme di raccordo tra lo Stato e le autonomie territoriali, con particolare riguardo al “sistema delle Conferenze” (25 febbraio 2016)*, cit.

50. Cfr., sul punto, R. Bifulco, *L'integrazione della Commissione parlamentare per le questioni regionali: in attesa della Camera delle Regioni*, in A. Manzella, F. Bassanini, *Per far funzionare il Parlamento. Quarantaquattro modeste proposte*, Bologna, il Mulino, 2007, pp. 87 ss.

finata la rappresentanza territoriale dalla riforma costituzionale è davvero senza uscita? Oppure è possibile muoversi “all’interno” di quello che probabilmente sarà il nuovo testo costituzionale, provando a recuperarne le sorti? La risposta a questa domanda da un lato evoca direttamente la questione della posizione delle Conferenze nel sistema che verrà, mentre dall’altro dipende parecchio da come si intenderà il ruolo e il compito di senatore della Repubblica.

Il punto può essere illustrato ricorrendo ancora una volta alla forma dilemmatica, nella maniera che segue. Vogliamo che i senatori mantengano, in virtù del libero mandato, un significativo spazio di manovra individuale, aumentando anzi considerevolmente quello di cui godono oggi, in virtù del venir meno del rapporto di fiducia, e però nel contesto di una istituzione sensibilmente depotenziata e forse anche marginalizzata? Ovvero preferiamo che i senatori rinuncino a porzioni significative di questo margine di manovra, accettando *nei fatti* la limitazione di quella libertà di mandato che giuridicamente rimane intangibile, ma nell’ambito di una istituzione in grado di rappresentare quell’autorevole luogo di mediazione tra centro e periferia che il suo nome la chiama ad essere? Insomma, o si potenziano i senatori, o si potenzia il Senato. A questa alternativa non c’è via d’uscita. È dunque possibile affermare, in relazione al Senato, che *il suo limite sarà la sua forza*.

La questione è cruciale. La nuova Assemblea di Palazzo Madama sarà chiamata, dal futuro art. 55 Cost., a “rappresentare le istituzioni territoriali”. Si è visto più sopra quali sono le paludi nelle quali questa funzione rischia di impantanarsi, e certo non basterà tale disposizione normativa ad assicurarne l’autorevole svolgimento da parte dei senatori che verranno. I “galloni” della rappresentanza territoriale andranno guadagnati sul campo. Come già si accennava, il nuovo Senato dovrà infatti svolgere la sua funzione rappresentativa a fianco di un gran numero di istituzioni in grado di sconfessare ogni giorno il suo operato, o quanto meno di metterlo alla prova. Da questo punto di vista appare evidente che la autorevolezza dell’Assemblea che opererà a Palazzo Madama dipenderà in gran parte dalla capacità di esprimere con sufficiente affidabilità il punto di vista che matura presso la maggioranza delle istituzioni regionali. Perché, ad esempio, nell’ambito delle materie sottratte alla legi-

slazione condivisa la Camera dei deputati ed il Governo dovrebbero avere interesse a recepire le indicazioni derivanti da un *recall* effettuato dal Senato, se in tal modo non si riuscisse ad evitare un significativo numero di ricorsi regionali volti a contestare la legittimità costituzionale della legge, e se ciò non agevolasse l’attuazione regionale delle politiche stabilite a livello statale?

Il rischio principale che corre il nuovo Senato, dunque, è quello di essere smentito nella sua funzione rappresentativa. E tale rischio, peraltro, può manifestarsi non soltanto in relazione all’attività dei singoli enti territoriali, ma anche e forse soprattutto a causa dell’attività delle loro forme di aggregazione istituzionale. Risulta chiaro, dunque, che ad essere chiamate in causa sono soprattutto le conferenze, sia verticali che orizzontali. La questione della “sopravvivenza” del sistema delle conferenze, dunque, si intreccia fortemente con quella del nuovo Senato, prescindendo peraltro almeno in parte dalla possibilità di eliminare normativamente tali istituzioni. Ciò in quanto, ove il sistema degli enti territoriali, ed in particolare le Regioni e le Province autonome, non si sentisse adeguatamente rappresentato, potrebbe comunque proseguire ed anche irrobustire l’esperienza della Conferenza delle Regioni<sup>51</sup> e più in generale quello delle cd conferenze orizzontali. Il rischio da prevenire dunque è quello della strutturazione di una rappresentanza del sistema delle autonomie territoriali (o anche solo di quelle maggiori) che si sovrapponga al Senato, conquistandosi sul campo quella autorevolezza che potrebbe sfuggire a quest’ultimo.

Sul punto è stato osservato che «nulla osterebbe a perpetuare il “sistema delle Conferenze”» anche successivamente all’entrata in vigore della riforma costituzionale, «ai fini di una più compiuta realizzazione del principio cooperativo»<sup>52</sup>, richiamandosi al riguardo anche l’esperienza comparata, nella quale – come ha efficacemente messo in luce la dottrina – i meccanismi di raccordo intergovernativo hanno sovente assunto rilievo, prescindendo dal tipo di “seconda camera” con il quale erano chiamati a convivere<sup>53</sup>. Si tratta di osservazioni senza dubbio condivisibili. Al riguardo si può però notare che, ove i raccordi intergovernativi convivano con una seconda Camera territorialmente caratterizzata, così come possono operare sintonicamente rispetto a quest’ultima possono

51. Su cui, per tutti, cfr. G. Carpani, *La Conferenza Stato-Regioni. Competenze e modalità di funzionamento dall’istituzione a oggi*, Bologna, il Mulino, 2006.

52. Al riguardo si vedano, ad es., le audizioni di A. Morelli e G. Rivosecchi dinanzi alla Commissione parlamentare per le questioni regionali, nell’ambito dell’*Indagine conoscitiva sulle forme di raccordo tra lo Stato e le autonomie territoriali, con particolare riguardo al “sistema delle Conferenze”*, ambedue in *Osservatorio AIC*, rispettivamente 18 aprile 2016 e 10 marzo 2016.

53. R. Bifulco, *Il modello italiano delle Conferenze Stato-Autonomie*, in *Le Regioni*, 2006.

anche sviluppare percorsi differenti. E – soprattutto quando ciò accade con riferimento ad una Assemblea caratterizzata da un debole legame con le istituzioni locali – ciò può portare all'indebolimento dell'unica sede istituzionalmente deputata alla rappresentanza territoriale, che è anche la sola a disporre di una posizione costituzionalmente garantita. È stato convincentemente osservato, del resto, che gli esempi comparati mostrano chiaramente come «la dispersione delle sedi cooperative non paga», rischiando anzi di ostacolare «il processo di identificazione istituzionale dei territori con un determinato organo» ed «il rafforzamento di quest'ultimo innanzi al centro»<sup>54</sup>.

Per scongiurare il rischio appena illustrato, e per altre ragioni, è stato proposto in dottrina di legare il più possibile l'attività dei senatori al sistema delle Conferenze orizzontali<sup>55</sup>. Vedremo tra un attimo come ottenere tale strutturazione e quali aspetti del sistema delle conferenze dovrebbero essere privilegiati. Il punto da mettere subito in luce, invece, è il seguente. Strutturare il legame con le conferenze vuol dire, innanzi tutto, farsi guidare da queste ultime nella elaborazione di posizioni politiche, nella selezione delle priorità e, più in generale, nella definizione della visione territorialmente orientata dell'interesse generale che compete innanzi tutto al Senato.

## 7. La strutturazione del legame con le conferenze orizzontali

Ove si accogliesse la prospettiva sopra richiamata, naturalmente, il primo problema da affrontare sarebbe quello della individuazione delle *modalità* della strutturazione di tale legame. Al riguardo è possibile ritenere che una soluzione di *first best* potrebbe realizzarsi tramite il vero e proprio *incardinamento* della Conferenza presso il Senato. Tale Conferenza potrebbe poi essere modulata, nella sua organizzazione, in una sessione plenaria affiancata da una sessione regionale ed una sessione concernente le autonomie locali<sup>56</sup>.

Da un punto di vista funzionale la soluzione più coerente con l'assetto sopra accennato sarebbe quella di dotare la Conferenza territoriale collocata all'in-

terno del Senato di due differenti fasci di funzioni. In primo luogo, ovviamente, dovrebbero essere modulate le sue relazioni con i lavori di quest'ultimo, conferendo alla Conferenza la possibilità di dialogare assiduamente con l'Assemblea di Palazzo Madama e le Commissioni che si troveranno ad operare al suo interno. Gli strumenti tramite i quali questa interlocuzione potrebbe avvenire, evidentemente, sono tutti da definire. A titolo meramente esemplificativo, tuttavia, è possibile suggerire la possibilità di chiedere un *recall* da parte del Senato nei confronti di un testo normativo approvato dalla Camera dei deputati, la possibilità di richiedere la calendarizzazione di un provvedimento, o comunque di esprimere delle priorità nell'ordine dei lavori, ovvero, ancora, la possibilità di esprimere posizioni politiche su provvedimenti che dovranno essere esaminati dal Senato.

In secondo luogo, la Conferenza "orizzontale" collocata nell'ambito della struttura senatoriale dovrebbe "ereditare" il ruolo che, ad oggi, la legge (e la giurisprudenza costituzionale) assegna alle conferenze "verticali" istituite presso la Presidenza del Consiglio dei ministri. Non si pensi che lo spostamento della competenza a fornire "pareri" e "intese" da conferenze "verticali" a conferenze "orizzontali" rappresenterebbe un tradimento della *ratio* delle norme che li prevedono, o comunque una trasformazione della funzione che si esprime mediante tali atti. Come è stato efficacemente notato con specifico riguardo alla Conferenza Stato-Regioni infatti, nonostante la legge attribuisca questi ultimi ad un organo di raccordo tra centro e periferia «il loro contenuto è espressione non già delle sue due componenti, ma dei Presidenti delle regioni»: la composizione formalmente "mista" nasconde dunque una realtà puramente territoriale<sup>57</sup>. Da ciò la conseguenza secondo la quale la "ricollocazione" delle funzioni in questione dalle conferenze verticali a quelle orizzontali, lungi dal "tradirne" la *ratio* originaria consentirebbe l'emersione della loro reale essenza.

È mio convincimento che, ove si scegliesse di percorrere la strada sopra accennata, si otterrebbero numerosi vantaggi.

1. In primo luogo, le posizioni espresse dal Senato deriverebbero da un percorso politico che vedrebbe

54. I. Ruggiu, *Contro la Camera delle Regioni. Istituzioni e prassi della rappresentanza territoriale*, cit., p. 378.

55. In dottrina una proposta simile è stata avanzata in modo convincente ed efficace da N. Lupo, *La (ancora incerta) natura del nuovo Senato: prevarrà il cleavage politico, territoriale o istituzionale?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 4/2016. Tale Autore si riferisce però alle Conferenze cd verticali, che come è noto comprendono anche il rappresentante del Governo. Appare preferibile invece, per le ragioni che si proverà ad illustrare nel testo, riferirsi alle cd "conferenze orizzontali", che come è noto non contemplano la presenza dello Stato.

56. A parte, ovviamente, la collocazione istituzionale "all'interno" del Senato, in tale direzione va la proposta di I. Ruggiu, *Contro la Camera delle Regioni*, cit., pp 377 ss.

57. Cfr. G. Carpani, *La Conferenza Stato-regioni*, cit., p. 43.

protagoniste le autonomie territoriali che il primo è chiamato a rappresentare: il che, evidentemente, le renderebbe molto più autorevoli. Un Senato in grado di manifestare il punto di vista *autentico* del sistema delle istituzioni politiche regionali è del resto un interlocutore politico molto più affidabile e interessante per il Governo e la sua maggioranza, poiché la acquisizione del suo consenso rappresenterebbe senz'altro un buon viatico per evitare (il più possibile) impugnazioni da parte delle Regioni.

2. La strada accennata rappresenterebbe inoltre una efficace attuazione della generica previsione dell'art. 55 Cost., secondo cui il Senato è chiamato ad esercitare «*la funzione di raccordo tra lo Stato e le Regioni, le Città metropolitane e i Comuni*». La struttura organizzativa complessa stabilita a Palazzo Madama assumerebbe così una “funzione pivotale”, interloquendo con la Camera dei deputati nell'ambito della funzione legislativa e con il Governo in relazione alle funzioni che al medesimo competono. Ovviamente alla prima mostrerebbe il proprio volto “assembleare”, mentre al secondo quello “intergovernativo”: ma sarebbe comunque assicurata la coerenza dell'operato dell'uno e dell'altro<sup>58</sup>.

3. Ancora, accogliere una “conferenza territoriale” nell'ambito della struttura senatoriale rappresenterebbe un modo per far fronte a quella che la dottrina che più ha studiato il tema ha individuato come una delle debolezze dell'attuale sistema delle conferenze: ossia la circostanza secondo la quale la collocazione di queste ultime presso la Presidenza del Consiglio dei ministri condanna la rappresentanza territoriale ad una strutturale minorità nei confronti del Governo in generale e di quest'ultima in particolare, con significativi riflessi anche su temi importanti quali quello della fissazione dell'ordine del giorno e del calendario dei lavori<sup>59</sup>.

4. C'è inoltre un ulteriore aspetto da non sottovalutare. La soluzione accennata consentirebbe anche di dotare la Conferenza di un personale apposito, anche di provenienza regionale, in modo non dissimile da quanto accade, ad oggi, per la Conferenza Stato-Regioni istituita presso la Presidenza del Consiglio<sup>60</sup>. La presenza di un adeguato personale tecnico, e la strutturazione di un legame con le Regioni anche per il tramite di questo personale, consentirebbe al Senato di esprimere posizioni maturate anche in seguito delle necessarie istruttorie su realtà ed esigenze che altrimenti conoscerebbe con molta più difficoltà. Si tratta

di un punto importante, che merita di essere evidenziato. Per rappresentare le esigenze delle autonomie territoriali è assolutamente necessario conoscere gli ordinamenti di questi ultimi, nonché le esperienze legislative e amministrative che li contraddistinguono. In assenza di tale *background* conoscitivo, per il Senato il rischio di non riuscire ad esercitare adeguatamente la funzione che le nuove norme costituzionali gli assegnano sarebbe alto. Quello accennato sarebbe dunque anche un modo per colmare, almeno in parte, il *gap* informativo che altrimenti l'Assemblea di Palazzo Madama scontrerebbe nei confronti del Governo e della sua maggioranza, i quali invece disporrebbero del solido supporto delle strutture ministeriali.

5. Infine, anche le Regioni avrebbero molto da guadagnare, anche rispetto a quel che accade nel regime attuale, poiché otterrebbero la possibilità di veicolare le proprie posizioni politiche direttamente nell'ambito dei procedimenti legislativi, anziché nell'ambito dell'attuazione amministrativa delle scelte operate in questi ultimi, come avviene oggi per il tramite delle conferenze, eccettuati i casi in cui queste ultime devono intervenire, in virtù di un apposito criterio direttivo della legge di delega, nell'ambito dei procedimenti di delegazione legislativa.

Per percorrere con decisione e coerenza la strada ora accennata sarebbe necessario, evidentemente, il ricorso allo strumento di una ulteriore legge di revisione costituzionale. Si tratterebbe, infatti, di una scelta che, senza stravolgerla, opererebbe in parziale controtendenza rispetto a quelle effettuate con la riforma costituzionale in *itinere*, sanandone almeno in parte quello che è probabilmente il principale difetto. D'altra parte, come già accennato, in tal modo si riuscirebbe a “prendere sul serio” lo svolgimento della “funzione di raccordo” che il nuovo art. 55 affida al Senato, e la stessa funzione di “rappresentanza delle istituzioni territoriali” avrebbe maggiori *chances* di essere esercitata efficacemente.

Si tratta, certamente, di un esito non probabile nella presente situazione politica e costituzionale, il che avvicina lo scenario sommariamente abbozzato più ad un modello ideale da perseguire che ad una concreta proposta operativa. Se si fosse convinti della utilità di andare nella direzione più sopra illustrata, tuttavia, qualche passo sarebbe alla portata. Non mi riferisco tanto alla inclusione di diritto dei Presidenti nel Senato, che, come ha osservato la dottrina, sembra un obiettivo non perseguibile agevolmente dal le-

58. Sulla poliedricità della “funzione di raccordo”, e sulla sua capacità di proiettarsi sia in relazione all'attività legislativa che a quella governativa, cfr. A. Morelli, *Audizione*, cit.

59. I. Ruggiu, *Contro la Camera delle Regioni*, cit., 386. Cfr., sul punto, anche G. Carpani, *La Conferenza Stato-regioni*, cit., pp. 25 ss.

60. Cfr. ancora G. Carpani, *La Conferenza Stato-regioni*, cit., pp. 47 ss.



gislatore statale<sup>61</sup>, quanto ad una accorta utilizzazione dello strumento del regolamento del Senato. Ciò non soltanto al fine di favorire il più possibile l'emersione della rappresentanza dei territori al suo interno, come già auspicato in dottrina<sup>62</sup>, ma anche per avvicinarsi al modello organizzativo sopra descritto compatibilmente con i vincoli che le norme costituzionali venturose imporrebbero. A questo fine bisognerebbe valorizzare la possibilità, per le norme regolamentari, di eccedere l'ambito soggettivo dei componenti dell'Assemblea già ampiamente sfruttata soprattutto in relazione al Governo, nonché la loro possibile rilevanza esterna, proprio in nome dell'attuazione delle disposizioni costituzionali sulle funzioni del Senato.

In tale ottica, ad esempio, si potrebbero lasciare inalterate le previsioni legislative concernenti le Conferenze verticali, e prevedere, tramite il regolamento del Senato, la stabile interlocuzione di quest'ultimo con i Presidenti delle Regioni e delle Province autonome riuniti in un organo collegiale appositamente istituito, che corrisponderebbe sostanzialmente alla attuale Conferenza delle Regioni. A tale organo il Regolamento potrebbe affidare funzioni di stabile interlocuzione con l'Assemblea e le Commissioni permanenti, al fine di perseguire l'obiettivo di saldare il più possibile l'indirizzo del Senato con quello delle istituzioni regionali. Evidentemente non si può andare molto oltre, soprattutto a causa del libero mandato. Resta dunque sempre in piedi la possibilità che l'Aula sconfessi la posizione politica espressa dalla Conferenza: ma ciò accadrebbe a rischio e pericolo di chi lo fa.

### 8. Come poteva essere, come sarà e come potrebbe essere

Gli odierni riformatori hanno dunque le idee chiare. Il nodo che oggi ci impedisce di comporre armonicamente in sistema unità e autonomie va tagliato, optando con decisione in favore della prima, e non

invece sciolto con delicatezza, nel tentativo di preservare anche le seconde. Si tratta di un modo semplice di risolvere un problema complesso, che ha i pregi e i difetti che solitamente ha questo modo di procedere. Il pregio fondamentale è che solitamente così facendo si raggiunge l'obiettivo principale dal quale si è mossi. Anche in tal caso, è probabile che sia così, e che in effetti le istituzioni centrali saranno in grado di perseguire i propri progetti politici senza che le autonomie siano in grado, da sole o come sistema, di opporre alcunché<sup>63</sup>. I limiti, invece, sono legati a ciò che si sacrifica in nome di tale obiettivo principale, che in tal caso è rappresentato da quote significative di autogoverno delle collettività territoriali. Si tratta, evidentemente, di un progetto politico che rientra appieno nel mondo del costituzionalmente possibile, e che legittimamente può essere sposato o avvertato, essendo in gioco alternative visioni di politica costituzionale piuttosto che – come pure si è autorevolmente sostenuto nel dibattito pubblico – possibili gravi lesioni di principi supremi dell'ordinamento.

Ad ogni modo, ciò che in chiusura di questo contributo preme evidenziare è che il cuore pulsante di questo progetto istituzionale, ciò che – per come può essere calibrato – imprime un connotato ovvero un altro all'intera riforma è proprio la nuova configurazione del Senato della Repubblica.

Come accennato, si sarebbe potuto provare a “sciogliere con pazienza” l'intricato nodo che abbiamo di fronte, dando adeguato seguito alle dichiarazioni che fanno bella mostra di sé nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge costituzionale. In tale ottica sarebbe stato necessario costruire un Senato autenticamente in grado di portare al centro il punto di vista delle istituzioni regionali, nel cui quadro il vincolo di mandato, il voto unitario di delegazione e la estromissione della componente comunale sembrano difficilmente rinunciabili. Sarebbe stato poi indispensabile coinvolgere tale Assemblea nei procedimenti legislativi centrali di maggiore interesse per le Regioni, tra i quali soprattutto quelli concer-

61. Al riguardo si vedano, ad es., le audizioni di A. Morelli e G. Rivosecchi dinanzi alla Commissione parlamentare per le questioni regionali, nell'ambito dell'*Indagine conoscitiva sulle forme di raccordo tra lo Stato e le autonomie territoriali, con particolare riguardo al “sistema delle Conferenze”*, ambedue in *Osservatorio AIC*, rispettivamente 18 aprile 2016 e 10 marzo 2016.

62. Così N. Lupo, *La (ancora incerta) natura del nuovo Senato: prevarrà il cleavage politico, territoriale o istituzionale?*, cit., pp. 12 ss., che si spinge fino ad ipotizzare una revisione regolamentare in grado di far sì che i poteri del Senato nel procedimento legislativo siano ordinariamente esercitati da un'unica Commissione permanente composta da 21 membri, uno per ogni Regione o Provincia autonoma. In tal senso cfr. anche G. Rivosecchi, *Audizione*, cit.

63. Non manca comunque qualche significativo punto interrogativo circa la effettiva idoneità della riforma costituzionale *in progress* a realizzare una efficace semplificazione del sistema istituzionale tramite la ricentralizzazione del sistema delle competenze. Il tema ovviamente meriterebbe più spazio di quello che è consentito dedicarvi in questa sede. Qui si accenna solo a due aspetti. Il primo riguarda la anodina formula delle «disposizioni generali e comuni» con cui si è ritenuto di definire (e delimitare) la competenza legislativa statale in un numero significativo di materie, che ha già dato luogo ad un intenso dibattito dottrinale e che, è presumibile, darà luogo ad un altrettanto intenso contenzioso costituzionale. Il secondo concerne, invece, una volta rotta la monoliticità dell'attuale art. 70 Cost., la individuazione del corretto procedimento legislativo da seguire, che potrà dar luogo a non pochi problemi.

nenti le scelte di finanza pubblica direttamente incidenti sulle medesime. Una volta conquistata la “lealtà federale” delle Regioni i pur necessari interventi sul versante del riparto della funzione legislativa, con un eventuale riequilibrio verso un centro autenticamente “repubblicano”, in quanto espressione *anche* delle autonomie, sarebbero tutto sommato secondari, poiché la via politica alla soluzione del conflitto sarebbe più a portata di mano.

Si è visto che la strada prescelta da chi oggi procede alla riforma della Costituzione è ben diversa. Il Senato delle autonomie non sarà, evidentemente, ciò che sarebbe potuto essere. E tuttavia, come si suol dire, “non tutto è perduto”. La strutturazione della nuova Camera Alta è, in parte, ancora una pagina bianca, e non solo perché non è chiaro quale sarà la via tramite la quale si darà attuazione all’emendamento Finocchiaro, poiché sarà necessario ripensare da capo l’organizzazione interna dell’Assemblea. È stato detto in dottrina che l’identità del Senato rimane ancora in gran parte “indecisa”, poiché molto di ciò che questa istituzione sarà dipenderà dalle scelte che si faranno tramite il Regolamento di autonomia<sup>64</sup>. Certo non tutto ciò che sarebbe necessario o quantomeno auspicabile, è alla portata di questo strumento. Non vi è dubbio, tuttavia, che se vi fosse la seria volontà politica di recuperare uno spazio significativo alle autonomie regionali nel nostro sistema istituzio-

nale, provando al contempo a dotare davvero il Senato del ruolo e dell’autorevolezza che quelle che si candidano ad essere le nuove disposizioni costituzionali intendono consegnargli, la strada di una adeguata modulazione del Regolamento interno è l’unica a disposizione. In tale ottica il Regolamento dovrebbe provare a far emergere il più possibile nell’ambito del Senato la rappresentanza territoriale a scapito di quella politico-partitica, e provare a costituire un saldo e duraturo legame con il sistema delle conferenze orizzontali, in modo che la parola del Senato sia davvero in grado di esprimere il punto di vista delle autonomie. Solo se sarà così la nuova assemblea di Palazzo Madama sarà capace di conquistarsi la sua credibilità. E, se così sarà, questa istituzione magari riuscirà a ritagliarsi spazi di interlocuzione con la Camera dei deputati anche maggiori di quelli che suggeriscono le disposizioni costituzionali.

Non ci si può nascondere, ad ogni modo, che un simile scenario non è dei più probabili. Varie ragioni congiurano in senso opposto, quali la presumibile voglia dei senatori di non veder diminuiti i propri margini di movimento, la “cattiva stampa” che caratterizza oggi le autonomie territoriali, e persino la retorica dell’elezione diretta, che ha condotto all’approvazione dell’emendamento Finocchiaro e certo spinge contro il radicarsi delle prassi che qui si auspicano. Tuttavia, come si sa, la speranza è l’ultima a morire.

---

64. N. Lupo, *La (ancora incerta) natura del nuovo Senato: prevarrà il cleavage politico, territoriale o istituzionale?*, cit., 14, secondo cui il margine di libertà di cui disporrà il nuovo Regolamento potrebbe essere addirittura «disorientante».

## Brevi considerazioni sugli organi di garanzia nella riforma costituzionale Renzi-Boschi

di *Francesco Rimoli*

Il testo rappresenta i rischi cui potrebbero essere esposti gli organi di garanzia a seguito della revisione costituzionale, soffermandosi sulle modalità di composizione della Corte costituzionale e sulla elezione del Capo dello Stato.

È altresì valutato criticamente l'introduzione del controllo preventivo di costituzionalità sulle leggi elettorali.

Coglie infine la tensione tra difesa dei valori di una democrazia discorsiva-deliberativa e le esigenze di celerità e semplificazione nell'assunzione di decisioni imposte dalla finanziarizzazione dell'economia.

### 1. Il disegno generale

Non è possibile – e neanche opportuno, sul piano dell'analisi tecnica – dare un giudizio complessivo univoco su una revisione costituzionale profonda e complessa come quella attualmente *in itinere*. Certo, letta nel suo insieme, la riforma Renzi-Boschi sembra ridurre gli *spazi* della democrazia, poiché varia in tal senso i modi del confronto: ma è soprattutto il congiungersi del “superamento” del bicameralismo paritario, perseguito tramite un sostanziale depotenziamento del Senato, con la forte distorsione maggioritaria consentita in certe condizioni (non improbabili) dalla nuova legge elettorale per la Camera dei deputati (legge n.52 del 2015, il cd *Italicum*), a imporre un mutamento che investe l'intero disegno costituzionale. La riforma Renzi-Boschi, inoltre, tende a ridurre i *tempi* della democrazia, poiché ne accelera le procedure, semplifica alcuni passaggi dell'*iter* legislativo, rende più debole l'azione delle opposizioni in Parlamento, indebolisce le Regioni come “contropotere” dello Stato, e rafforza dunque nel comples-

so l'Esecutivo centrale e la sua maggioranza (anche con strumenti nuovi, come la richiesta di priorità e il voto a data certa di cui al nuovo art.72, co.7 Cost.)<sup>1</sup>, nel programmatico tentativo di rendere il meccanismo decisionale complessivo più “efficiente”. E d'altro canto non compensa in alcun modo i nuovi poteri reali di Governo e maggioranza con adeguate modifiche di sistema: così, per esempio, nel nuovo comma inserito nell'art. 64 Cost., in relazione ai regolamenti parlamentari, si dice che questi «garantiscono i diritti delle minoranze parlamentari», e che quello della Camera «disciplina lo statuto delle opposizioni», ma non si modifica la maggioranza necessaria per approvarli (che resta quella assoluta dei componenti della singola Camera, già diventata peraltro insufficiente con una legislazione elettorale fortemente distorsiva e produttiva di una maggioranza preconstituita, com'era quella dettata in origine dalla legge n.270 del 2005). Ancora, per fare un altro esempio, il nuovo art.82, anziché cogliere l'occasione della riforma per rafforzare il ruolo delle opposizioni nell'istituzione di Commissioni d'inchiesta (scelta che sarebbe tanto più necessa-

1. Su quest'ultimo, T. Guarnier, *Rischi e aporie del procedimento legislativo a data certa*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n.5/2016; R. Dickmann, *Alcune considerazioni sull'istituto del “voto a data certa”*, *ibidem*, n.6/2016.

ria dato l'accresciuto ruolo dell'Esecutivo), conserva il criterio di proporzionalità nella composizione delle stesse e mantiene nel complesso una configurazione dell'istituto come strumento di maggioranza, affatto incongruo per svolgere una reale funzione ispettiva, secondo quanto era peraltro stato rilevato da lungo tempo dalla dottrina già nell'assetto originario della Carta<sup>2</sup>; in più, ora la riforma limita la possibilità per il Senato di disporre inchieste alle sole «materie di pubblico interesse concernenti le autonomie territoriali». Dunque, un certo squilibrio tra i poteri, e soprattutto sull'asse maggioranza/minoranze, è manifesto. Inoltre, lo scopo dichiarato della revisione in atto (a parte quello, alquanto demagogico, del risparmio sui costi della politica, peraltro decisamente esiguo rispetto al bilancio dello Stato) è quello dell'aumento di efficienza complessiva del sistema. Però, in proposito, c'è da rilevare che, moltiplicando i tipi di procedimento legislativo nel nuovo modello di bicameralismo asimmetrico, rimescolando ancora la sempre problematica distribuzione delle competenze tra Stato e Regioni (certo semplificata in senso centralistico, ma con diversi punti oscuri), e per di più esprimendosi con una tecnica normativa foriera di molti dubbi interpretativi, la riforma è potenzialmente produttiva di un contenzioso che ben presto investirebbe la Corte costituzionale<sup>3</sup>, e comunque pare introdurre nell'insieme non pochi fattori di complicazione nuovi al posto di quelli che vuole eliminare. Dunque, a dispetto delle intenzioni manifestate, questa riforma potrebbe infine rendere addirittura meno efficiente, probabilmente *anche* dal punto di vista funzionale, l'intero sistema. Ma certamente lo renderebbe tale soprattutto da quello dell'integrazione democratica, giacché l'efficienza in democrazia non è quella meramente *quantitativa*, misurabile in termini numerici di "prodotti" e di tempi, ma soprattutto quella *qualitativa*, da valutare alla luce della capacità di inclusione e consenso che le scelte politiche, gli *outputs* del sistema, dimostrano, e che sono infine il presupposto per generare effettività dell'intero Ordinamento. Salvo quanto si dirà in conclusione, in ordine però a tutt'altra prospettiva di lettura, è questo il dubbio maggiore che il nuovo testo ispira.

Comunque, dal punto di vista del più circoscritto oggetto di analisi di queste note, ciò renderà più arduo, ma tanto più prezioso, il compito degli organi chiamati a garantire il rispetto degli assetti fondamentali della Carta repubblicana, ossia del paradig-

ma di democrazia rappresentativa, liberale e pluralista voluto dal Costituente del 1947. In altre parole, dinanzi a un blocco di maggioranza probabilmente artefatto, quasi certamente rappresentativo di una quota non maggioritaria dell'elettorato (quale sarà quello "costruito" dall'*Italicum* nell'unica Camera che conterà davvero) e nondimeno assai coeso (almeno potenzialmente: perché in Italia non si sa mai, e perché le leggi elettorali condizionano le forze politiche per i comportamenti precedenti al voto, ma non per quelli successivi, come l'esperienza ha ampiamente dimostrato), il ruolo di garanzia, svolto nelle forme peculiari di ciascun organo, dalla Corte costituzionale e dal Capo dello Stato dovrà essere inteso, ancor più di quanto sia accaduto finora, come un solido (e forse estremo) baluardo verso le sempre possibili tentazioni autoritarie che l'Esecutivo e il suo vertice, corroborati da una Camera assai probabilmente molto accondiscendente ai loro voleri, potrebbero eventualmente nutrire. Perché nel Paese di Machiavelli (e di Mussolini) non è mai stato saggio confidare nel *self-restraint* dei politici. Ma anche perché quando si costruisce un carro armato non si può sapere davvero chi sarà a guidarlo, se a salirci sarà cioè un convinto democratico o un potenziale dittatore. E allora, meglio sarebbe immaginarsi non solo come chi si troverà dietro il cannone, ma anche (e forse anzitutto) come chi potrebbe infine trovarsi, suo malgrado, davanti alla sua bocca. In altre parole, pensarsi non come vincitori potenziali, ma come potenziali sconfitti, è regola di saggezza per chi scrive (e per chi approva in Parlamento, o con un *referendum*) costituzioni e leggi elettorali. Anche questa consapevolezza, che fu propria dei Costituenti, ha reso fin qui possibile la nostra democrazia. Se però la regola non è così sentita prima, ancor maggiore diventa, dopo, l'importanza degli organi di garanzia. E dato che la riforma incide anche su questi, sarà opportuno valutare se le modifiche introdotte siano tali da mutarne infine il ruolo.

## 2. La Corte costituzionale: a) le competenze

La Corte costituzionale è il primo degli organi cui si pensa parlando di funzione di garanzia, ed è in apparenza poco toccata dalla riforma, che sembra concentrarsi piuttosto sul Parlamento, sull'assetto Stato-Regioni, sulle Province e sul Cnel (in questi

2. In proposito già A. Pace, *art.82*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979, spec.310 ss., ove si rileva la trasformazione di un istituto nato per controllare l'Esecutivo in uno strumento di governo della maggioranza (si veda anche *Id.*, *Il potere di inchiesta delle Assemblee legislative. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 103 ss.).

3. Su questi punti, tra gli altri, P. Passaglia, *Il presumibile aumento delle denunce di vizi procedurali e l'ampliarsi di una "zona d'ombra" della giustizia costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 5/2016.

due ultimi casi, per sancirne un'opportuna soppressione, salvo quanto si dirà poi in ordine alle prime). Ma spesso l'apparenza, com'è noto, inganna. Perché almeno due sono i profili per cui si introducono modifiche rilevanti: in relazione alle competenze e in relazione alla composizione della Corte. Quanto alle prime, l'art.13 co.2 della legge di revisione introduce nell'art.134 Cost. un secondo comma, per aggiungere a quelle già esistenti una nuova, importante competenza dell'organo, ossia il giudizio sulla «legittimità costituzionale delle leggi che disciplinano l'elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica ai sensi dell'art.73, secondo comma»; e il primo comma dello stesso art.13, coerentemente, incide sull'art.73 Cost., modificandone il testo e dettando un nuovo *iter* relativamente alla fase integrativa dell'efficacia nel procedimento legislativo. Fermo restando, ovviamente, che le leggi sono promulgate dal Presidente della Repubblica entro un mese dalla loro approvazione, si statuisce che «le leggi che disciplinano l'elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica possono essere sottoposte, prima della loro promulgazione, al giudizio preventivo della Corte costituzionale, su ricorso motivato presentato da almeno un quarto dei componenti della Camera dei deputati o da almeno un terzo dei componenti del Senato della Repubblica entro dieci giorni dall'approvazione della legge, prima dei quali la legge non può essere promulgata». Il termine dato poi alla Corte per pronunciarsi è di trenta giorni, e fino ad allora «resta sospeso il termine per la promulgazione della legge»; ovviamente, se poi la pronuncia è nel senso dell'incostituzionalità,

«la legge non può essere promulgata». Competenza nuova, dunque, e non da poco: la ragione contingente di un simile intervento, che (un po' approssimativamente) imita l'esempio francese, nel quale al *Conseil constitutionnel* è tradizionalmente affidato (seppur con ben altra puntualità normativa) il controllo di costituzionalità di alcune leggi in via preventiva (e solo dal 2008 anche uno di tipo successivo, filtrato però dalla Corte di cassazione e dal Consiglio di Stato)<sup>4</sup>, è nota. Si vuole evitare che una pronuncia della Corte costituzionale su una legge elettorale già vigente finisca con il creare una normativa di risulta conformata per via giurisprudenziale, e soprattutto con il provocare una delegittimazione di fatto del Parlamento in carica, come è accaduto (peraltro senza le conseguenze che sarebbe stato logico aspettarsi, essendo quel Parlamento ancora in piena attività, e addirittura autore di un'ampia riforma costituzionale) con la notissima sentenza n.1 del 2014, oggetto di numerosissimi commenti in dottrina sia per il modo di accesso alla Corte esperito nella fattispecie, sia per la portata effettiva dei contenuti della decisione<sup>5</sup>.

Naturalmente, lo strumento è per sé inadeguato rispetto all'obiettivo, poiché mentre una dichiarazione di incostituzionalità impedirebbe la promulgazione della legge, attualmente nessuna norma, nel nostro Ordinamento, impedirebbe la riproposizione, dopo la promulgazione, di una questione di legittimità inerente a quella stessa legge nella quale la Corte non aveva (in un certo momento e con un certo collegio) ravvisato motivi di illegittimità. Dunque, dal punto di vista tecnico, la soluzione è debole, e può giustificarsi solo per quel tanto di "valore aggiunto" che una pro-

4. Si veda l'art.61 della Costituzione francese del 1958, a norma del quale «(1) Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.(2) Aux mêmes fins, les lois peuvent être déferées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs. (3) Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours. (4) Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation.»; l'art.61.1, introdotto con la revisione del 23 luglio 2008, statuisce poi che «(1) Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. (2) Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.» Si veda in merito l'*Ordonnance* n.58-1067 del 7 novembre 1958 (legge organica sul Consiglio costituzionale), consultabile in [www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000705065](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000705065), il cui capitolo II *bis* regola la *question prioritaire de constitutionnalité (QPC)*. Da notare che, all'art.23.2, co.1, n.2, si stabilisce che per sollevare questione di legittimità in via incidentale (possibilità come detto aperta dalla riforma del 2008), la norma oggetto del giudizio «n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances». Sul tema si vedano M. Cavino, *Lezioni di giustizia costituzionale francese*, Napoli, 2014, 127 ss.; F. Laffaille, *Hic sunt leones. La question prioritaire de constitutionnalité en France*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n.4/2010; P. Conte, *La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions répressives en droit français*, in AA.VV., *Genesi ed evoluzione dei sistemi di giustizia costituzionale. Italia, Francia e Spagna*, Jovene, Napoli, 2012, pp. 1 ss.

5. Entro una messe enorme di annotazioni, segnalo il commento a più voci pubblicato nel *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n.1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della legge n.270 del 2005*, in *Giur.cost.*, 2014, 629 ss.; ma si vedano anche G. Serges, *Sentenze costituzionali e dinamica delle fonti*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, 152 ss.; P. Carnevale, *La Corte vince, ma non (sempre) convince. Riflessioni intorno alla "storica" sentenza n.1 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, n.3/2013, pp. 5 ss.

nuncia favorevole del giudice costituzionale, in sede di controllo preventivo, potrebbe apportare alla nuova legge<sup>6</sup>. Ma si tratta di un fattore essenzialmente politico-istituzionale, che si andrebbe probabilmente attenuando con il passare del tempo dalla pronuncia, e che sarebbe inoltre legato all'ampiezza del ventaglio dei vizi dedotti nella motivazione che la stessa norma costituzionale impone per il ricorso in sede preventiva. Laddove cioè si sollevassero questioni inerenti ad altri vizi non rilevati nella fase suddetta, ovvero si ponesse la questione prospettandola in modo nuovo, come potrebbe la Corte optare per l'inammissibilità, o sentirsi più di tanto legata alla pronuncia resa in precedenza?

Vi sono però altri profili problematici nel controllo così costruito: il primo è quello della modalità di accesso, e anche qui l'innovazione intenderebbe forse superare le dispute sul sostanziale aggiramento dei limiti previsti dalla legislazione attuale in occasione del procedimento che ha dato origine alla sent. n.1/14, allorché si parlò da alcuni commentatori di una sorta di *fictio litis* apprestata onde aprire le porte della Corte, introduttiva di una modalità di accesso surrettizia, ulteriore rispetto a quelle consentite dalla legge n. 87 del 1953, e in sé discutibile seppur meritoriamente rivolta al superamento di una delle "zone d'ombra" del giudizio costituzionale<sup>7</sup>. Non è qui il caso di entrare nei complessi profili legati, in quella fattispecie, alla distinzione tra il *petitum* del processo principale e quello del processo costituzionale, al fine di valuta-

re la complessiva ammissibilità dell'azione di accertamento della portata del diritto di voto sottesa alla questione proposta al giudice costituzionale dal giudice rimettente (nella fattispecie, la Corte di cassazione)<sup>8</sup>. Ciò che interessa ai fini del nostro discorso è il fatto che, non essendo il controllo di costituzionalità, in questo ambito specifico, normativamente escluso *dopo* l'entrata in vigore della legge (nonostante questa sia stata valutata positivamente in via preventiva dalla Corte), anche i problemi inerenti al modo di accesso, almeno per quest'ultima ipotesi, rimangono intatti. Dunque una "zona franca" in materia, almeno per chi non voglia ammettere la sostanziale legittimità del modo seguito per il procedimento che ha originato la sentenza n.1/14<sup>9</sup>, rimane.

Vi è poi un'altra perplessità, più sistematica. Uno dei dubbi di fondo sull'introduzione di questa nuova competenza della Corte è ovviamente quello inerente al nuovo ruolo che tale organo assumerebbe partecipando, in caso di pronuncia in via preventiva, alla formazione di queste leggi<sup>10</sup>. La riforma invero costruisce il ricorso come eventuale, ossia come strumento riconosciuto in sostanza a gruppi di minoranza per tentare di arrestare l'*iter* conclusivo della legge elettorale, rilevandone l'incostituzionalità: ma ciò coinvolge ancor di più la Corte nella dinamica contingente della decisione politica sul meccanismo elettorale, ossia su scelte legislative che sono di fatto uno dei pilastri dell'intero sistema politico. Non solo, in altre parole, la si costringe a intervenire

6. In più, si aprono una serie di problemi ulteriori, al momento difficilmente individuabili: per esempio, cosa accadrebbe se la Corte ravvisasse solo una illegittimità parziale nella legge giudicata in via preventiva? In Francia, l'art.23 della citata *Ordonnance* n.58-1067 prevede che in tal caso il Presidente possa scegliere se promulgare la parte non toccata dal *Conseil* oppure chiedere una nuova deliberazione al Parlamento: ma qui per ora il punto resta oscuro. Sul ddl di revisione ancora nel corso dell'*iter* approvativo, si vedano i commenti di F. Dal Canto, *Corte costituzionale e giudizio preventivo sulle leggi elettorali*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it); S. Catalano, *Prime riflessioni sul controllo preventivo sulle leggi elettorali inserito nella proposta di revisione costituzionale all'esame del Parlamento*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (23.5.2015); si veda anche A. Rauti, *Il giudizio preventivo di costituzionalità sulle leggi elettorali di Camera e Senato*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n.6/2016, che ben rileva altri problemi relativi al rapporto tra giudizio preventivo ed esercizio dei poteri di rinvio e di promulgazione del Presidente della Repubblica (ivi, pp. 9 ss.).

7. Si vedano, tra molti, i commenti di A. Anzon Demmig, *Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento "creativo" della Corte costituzionale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n.1/2014; E. Olivito, *Fictio litis e sindacato di costituzionalità della legge elettorale. Può una finzione processuale aprire un varco nelle zone d'ombra della giustizia costituzionale?*, in [www.constituzionalismo.it](http://www.constituzionalismo.it), 2/2013. Sulle "zone d'ombra" (o "franche") del giudizio costituzionale si vedano i volumi *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Giappichelli, Torino, 2007, a cura di R. Balduzzi e P. Costanzo; R. Pinardi, *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Giappichelli, Torino 2007; di recente sul tema, A. Ruggeri, *Confessioni religiose e intese tra iurisdiczione e gubernaculum, ovvero la abnorme dilatazione delle decisioni politiche non giustiziabili (a prima lettura di Corte cost. n. 52 del 2016)*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n.7/2016.

8. Sul punto si veda però, con perspicua analisi, G. Serges, *op.cit.*, pp. 157 ss.

9. Per una opinione positiva in merito, sia però consentito il rinvio a F. Rimoli, in *Dibattito*, cit., pp. 684 ss.

10. Peraltro, il 12 marzo 2015, a margine dell'annuale relazione sull'attività della Corte, anche l'allora Presidente Alessandro Criscuolo espresse le sue perplessità sull'opportunità di introdurre un controllo preventivo sulle leggi elettorali, affermando che un giudizio siffatto «tradisce il ruolo della Corte» e «le affida un compito che non le spetta, perché la Corte giudica sulle leggi approvate», e che dunque «questa sarebbe una sorta di consulenza preventiva», forse «non opportuna»; sul punto si veda [www.repubblica.it/politica/2015/03/12/news/legge\\_elettorale\\_criscuolo-109352278](http://www.repubblica.it/politica/2015/03/12/news/legge_elettorale_criscuolo-109352278).

in un procedimento ancora *in fieri*, pronunciandosi, sia pure sui soli motivi attinenti alla legittimità costituzionale – il che tuttavia non esclude affatto, pragmaticamente, scivolamenti sul merito –, su una legge estremamente delicata per l'assetto effettivo del Paese, ma lo si fa connotandone in certo modo il giudizio come una sorta di adesione o rifiuto rispetto alle ragioni addotte da una *parte* politica. Meglio sarebbe stato, forse, elaborare un giudizio pensato in forma necessaria, ossia come passaggio *ordinario* del procedimento: pur includendosi così *apertis verbis* il Tribunale costituzionale nell'*iter* legislativo specifico, e dunque rendendolo direttamente partecipe (per questo tipo di leggi) della stessa funzione legislativa, una simile configurazione sarebbe stata meno compromettente dal punto di vista della definizione del ruolo della Corte.

Come detto, peraltro, e senza voler qui dare un giudizio complessivo sulla riforma e sulla sua opportunità sistemica (che, come si dirà oltre, dovrebbe essere valutata anche nel contesto evolutivo dei processi socioeconomici globali), ciò che maggiormente inquieta è la connessione del nuovo bicameralismo, fortemente asimmetrico, con una legge elettorale come l'*Italicum*, che consentirà anche a forze politiche che conseguano un risultato limitato in termini percentuali di conquistare un'ampia maggioranza di seggi nella Camera in cui sarà concentrata la gran parte dei poteri (fiduciario, di controllo, di inchiesta su materie di "pubblico interesse" di portata nazionale). Ora, l'art.39 del testo approvato il 12 aprile, dettando le disposizioni transitorie, dispone al comma 11 che «in sede di prima applicazione, nella legislatura in corso alla data di entrata in vigore» della nuova legge costituzionale, su ricorso motivato di almeno un quarto dei deputati o un terzo dei senatori, presentato entro dieci giorni dalla data suddetta (o da quella di entrata in vigore della legge per il Senato di cui al nuovo art.57, co. 6, Cost.), «le leggi promulgate nella medesima legislatura che disciplinano l'elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica possono essere sottoposte al giudizio di legittimità della Corte costituzionale», che si pronuncia entro trenta giorni. Dunque, lo stes-

so *Italicum*, entro il termine indicato, potrebbe essere rimesso secondo il procedimento in questione alla Corte, per valutarne la conformità ai principi posti con la sentenza n.1/14 (peraltro, com'è noto, la Corte è già stata investita della relativa questione con le modalità di accesso consuete)<sup>11</sup>; perché ove la legge elettorale in oggetto, che esplicherà i suoi effetti dal prossimo luglio, fosse dichiarata, almeno nella parte inerente al premio di maggioranza, incostituzionale, probabilmente l'intero disegno complessivo della "Grande Riforma" (che, valga il dirlo, poggia politicamente anche su un ulteriore pilastro, ossia la legge n.220 del 2015, di riforma della radiotelevisione pubblica) sarebbe fortemente scosso, e forse anche la valutazione critica della revisione costituzionale in esame potrebbe essere, in tale ipotesi, diversa.

Nondimeno, ferma restando la situazione attuale, l'inserimento di questa nuova competenza, in sé come detto inidonea a raggiungere l'obiettivo per cui appare pensata, potrebbe tuttavia rivelarsi, nella prospettiva ora detta, assai prezioso, in una sorta di inopinata eterogenesi dei fini: in altri termini, dinanzi all'ipotesi di una deriva autoritaria dell'Ordinamento, che – la storia insegna – passa sovente anche per una legislazione elettorale resa gradualmente sempre più disrappresentativa<sup>12</sup>, la possibilità per la Corte di intervenire *prima* della promulgazione della legge, e di costituire dunque un passaggio (non obbligatorio, ma quasi certamente richiesto) per l'eventuale ulteriore distorsione della rappresentanza, diventa un fattore di garanzia non trascurabile nello scenario costituzionale che si prospetta a riforma acquisita. Non può ignorarsi, infatti, che, una volta entrata in vigore la riforma<sup>13</sup>, il meccanismo disegnato da questa è tale per cui, essendo la legge elettorale della Camera (a differenza di quella per il Senato) di tipo monocamerale, anche laddove l'*Italicum*, o una futura legge elettorale, fossero dichiarati incostituzionali (in tutto o in parte, al termine di un giudizio in via incidentale a seguito di un'azione di accertamento relativa al diritto di voto come quella esperita per la sentenza n.1/14, a mio parere sempre possibile, e salvo restando quanto stabilito dal citato art.39 co. 11, applicabile però alla sola legislatura ivi

11. Si veda l'ordinanza di rinvio del 17 febbraio 2016 del Tribunale di Messina (n.69/2016 r.o.) in [www.cortecostituzionale.it/schedaOrdinanze.do?anno=2016&numero=69&numero\\_parte=1](http://www.cortecostituzionale.it/schedaOrdinanze.do?anno=2016&numero=69&numero_parte=1); a commento, M. Bignami, *La legge elettorale torna al vaglio della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, 29.2.2016; G. D'Amico, "Adelante, Pedro ... si puedes". *L'Italicum all'esame della Corte costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 28.4.2016; M. Cosulich, *Contra Italicum, ovvero dell'ordinanza del Tribunale di Messina del 17 febbraio 2016* (Nota editoriale), in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 4.3.2016.

12. Per un esempio nella storia italiana, sull'approvazione della legge Acerbo del 1923, che fu uno degli strumenti di costruzione del regime, si veda tra molti il noto studio di R. De Felice, *Mussolini il fascista. La conquista del potere 1921-1925*, Einaudi, Torino, 1995, pp. 518 ss.

13. Nell'art.41 della legge costituzionale si dispone che le disposizioni della stessa si applicano «a decorrere dalla legislatura successiva allo scioglimento di entrambe le Camere», salvo quelle previste dagli articoli 28, 35, 39 commi 3, 7 e 11, e 40 commi 1,2,3 e 4.

indicata, ovvero, nel caso di una nuova legge, anche in via preventiva), e pur dinanzi a una normativa di risulta che dovrebbe essere comunque autoapplicativa, non sarebbe difficile, per una Camera fondata su una maggioranza compatta e strettamente legata all'Esecutivo, approvare in tempi brevi (anche senza poterne chiedere la priorità di iscrizione all'ordine del giorno, esclusa dal co. 7 del nuovo art. 72 Cost.) una nuova legge elettorale ancor più rafforzativa dell'egemonia acquisita, magari con qualche nuovo *escamotage* tecnico, suggerito dalla fervida fantasia dei molti "ingegneri costituzionali" in attività, che aggiri la sentenza del giudice costituzionale. In tale ipotesi, un nuovo controllo preventivo della Corte, nonché quello del Capo dello Stato in sede di rinvio (e *in extremis* di rifiuto di promulgazione), sarebbero davvero l'ultimo (e forse purtroppo vano) baluardo della democrazia. Ma al di là delle conseguenze, politiche e giuridiche, di un tale quadro di evidente, gravissima crisi istituzionale (scioglimento della Camera, conflitto tra poteri o quant'altro sarebbe poi difficilmente prevedibile in un contesto così critico per l'intero sistema politico), in cui sarebbe di fatto travolto anche il principio del vincolo che grava sul legislatore in ordine al "seguito" legislativo delle pronunce della Corte, è evidente che, letta in questa (non rassicurante) prospettiva, la nuova competenza della Corte non è affatto da sottovalutare, costituendo quanto meno, per i futuri Governi e per le loro maggioranze, un deterrente e un rilevante ostacolo da superare dinanzi all'opinione pubblica prima di cedere a eventuali tentazioni autoritarie.

### **3. La Corte costituzionale: b) la composizione**

L'art. 37 della legge di revisione sostituisce l'attuale primo comma dell'art. 135 Cost., disponendo che i cinque giudici della Corte di derivazione parlamentare non siano più eletti dal Parlamento in seduta comune, bensì «tre dalla Camera dei deputati e due dal Senato della Repubblica»; l'art. 39, co. 10, dispo-

ne poi che, in sede di prima applicazione del nuovo art. 135 Cost., «alla cessazione dei giudici della Corte costituzionale nominati dal Parlamento in seduta comune, le nuove nomine sono attribuite alternativamente, nell'ordine, alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica»<sup>14</sup>. È evidente che anche questa innovazione ha diverse finalità: la prima è quella di confermare la distinzione e il diverso peso (nonché la diversa natura) delle due Camere; la seconda è quella di snellire un procedimento che si è rivelato non di rado molto faticoso, con un numero assai elevato di votazioni prive di risultati utili prima di giungere a proficui accordi di compromesso tra le diverse forze politiche presenti nell'intero Parlamento<sup>15</sup>. Il mutamento introdotto però è rilevante: pur ribadendo che è assai difficile prevedere come i nuovi meccanismi opereranno (eventualmente) nella prassi concreta e nella dinamica delle forze in gioco, forse qualche considerazione può tuttavia essere avanzata. Anzitutto, sul piano politico (seppur in relazione alla scansione temporale della cessazione dei singoli giudici), le nuove disposizioni potrebbero rendere, salvo sorprese, un po' più semplice l'elezione dei nuovi componenti per la maggioranza di tempo in tempo presente alla Camera, che potrebbe eleggere i "propri" giudici non con le sole sue forze, ma altresì senza bisogno di accordi troppo ampi con opposizioni che sarebbero per di più presumibilmente frammentate dalla non alta soglia di sbarramento dell'*Italicum* (le dinamiche concrete del nuovo Senato restano comunque più difficili da prevedere *a priori*: prevarrà negli schieramenti un fattore di appartenenza partitica nazionale, o un atteggiamento di appartenenza regional-localistica, magari conflittuale con l'altro ramo del Parlamento, ulteriore fattore di potenziale *impasse* del sistema?)<sup>16</sup>. Vero è che l'art.38 co.16 della legge di revisione, nell'apportare i dovuti adeguamenti all'art.3 della l.cost. n.2 del 1967 che disciplina l'elezione dei giudici, non tocca le maggioranze richieste, che dunque restano quelle attuali (due terzi dei componenti l'Assemblea fino al terzo scrutinio, la maggioranza assoluta dal quarto in poi), e ciò farebbe intendere la perdurante necessità di accordi comunque trasversa-

14. Da notare che si è qui mantenuto l'uso alquanto promiscuo dei termini "nomina" ed "elezione", in sé tecnicamente non equivalenti, già fatto proprio dall'art. 135 Cost., nonché dalla legge cost.le n.2 del 1967 che ne ha introdotto il testo attualmente vigente: a rigore, "nomina" diretta, in senso stretto, c'è solo per i giudici designati tali dal Presidente della Repubblica, con decreto controfirmato dal Presidente del Consiglio dei Ministri (art.4 della legge n.87 del 1953). Sulla discussione relativa alla configurazione della Corte costituzionale in Assemblea costituente, tra molti, F. Bonini, *Storia della Corte costituzionale*, NIS, Roma, 1996, pp. 33 ss.

15. Sul punto si veda, con una ricostruzione del tortuoso percorso che ha condotto alla soluzione approvata in via definitiva, anche G. Piccirilli, *Il procedimento di elezione dei giudici costituzionali "a Camere separate" nella legge costituzionale approvata il 12 aprile 2016*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 8/2016.

16. Sul tema N. Lupo, *La (ancora) incerta natura del nuovo Senato: prevarrà il cleavage politico, territoriale o istituzionale?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 4/2016; sul profilo, non semplice da definire, del rapporto tra natura "regionalista" del nuovo Senato e giudici da questo eletti svolgono alcune considerazioni G. Piccirilli, *op.cit.*, p. 8.



li, sebbene più ristretti di quelli imposti dall'attuale sistema<sup>17</sup>. Se ciò però non accadesse, e si arrivasse all'elezione di un candidato imposto dalla maggioranza di Governo con l'ausilio solo di un gruppo di deputati "esterni" alla stessa, in vario modo reclutati entro un quadro da sempre assai mobile (e non sempre per nobili motivi), si produrrebbe una conseguenza evidente, ossia un legame alquanto più stretto del singolo giudice eletto con la maggioranza (e con il partito) che lo ha sostenuto. Giacché nel modello attuale la ricerca di un accordo ampio, per un più alto *quorum*, e soprattutto la composizione plurale complessiva del ben più numeroso organo parlamentare in seduta comune, rallentano sì il procedimento, ma garantiscono un margine di condivisione della scelta e un consenso di base alquanto consistente sul singolo candidato, sicché certe appartenenze "di area", benché spesso adombrate nella velata logica "distributiva" invalsa in certi periodi nella prassi per la scelta dei giudici di elezione parlamentare<sup>18</sup>, non sono mai state facilmente comprovabili (e sono peraltro state sovente smentite dall'effettiva indipendenza dei giudici in carica, che per essere eletti debbono comunque, con il meccanismo attuale, presentare un profilo elevato e non troppo connotato in senso partitico). Con il nuovo art.135, insomma, appare possibile una maggiore "appropriazione" partitica degli scranni "parlamentari" della Consulta: e se ciò potrebbe avere l'effetto (forse positivo) di una maggior trasparenza delle scelte di ciascuna Camera dinanzi all'opinione pubblica, comporterebbe tuttavia anche il prezzo (alto) di un certo *vulnus* all'imparzialità e al prestigio dell'organo e dei cinque giudici così eletti, nonché di un possibile scadimento del livello, finora invero assai alto, dei preposti in tal modo alla carica. Si potrebbe obiettare che, in fondo, ciò riguarda solo un terzo dei compo-

nenti dell'organo: ma specialmente sulle decisioni più delicate e divisive, come quelle su temi eticamente sensibili, ovvero per pronunce che comportano effetti evidenti sul piano della politica contingente o sugli assetti finanziari generali (si pensi solo alla citata sentenza n.1/14 e in genere alle pronunce sulle leggi elettorali di cui si è detto, o, per il secondo aspetto, alla nota sentenza n.70/15)<sup>19</sup>, gli equilibri interni del collegio possono essere talmente in bilico che uno o due voti "di appartenenza" possono condizionare in modo decisivo l'esito finale. Vero è, peraltro, che la durata della carica dei giudici diluisce la capacità effettiva delle maggioranze politiche contingenti di "gestire" realmente l'assetto complessivo della Corte; ma una stabilità effettiva dei Governi, quale quella perseguita con la riforma, ove realmente fosse ottenuta con l'irrigidimento del sistema, potrebbe rendere anche questo aspetto meno rilevante, consentendo una progressiva (e rischiosa) omologazione politica dello stesso organo agli indirizzi della maggioranza (anche per quanto si dirà oltre circa il ruolo del Presidente della Repubblica nella nomina di un altro terzo dei giudici). Ed è evidente che, ove ciò accadesse, anche la suddetta capacità della Corte di svolgere un effettivo ruolo di freno rispetto a leggi elettorali troppo disrappresentative subirebbe una grave diminuzione: ma, ben più ampiamente, ne sarebbe in certa misura compromessa l'intera sua funzione di garanzia. In tal senso, comunque, e volendo percorrere questa via, si dovrebbe pensare almeno all'introduzione, anche per la nostra Corte, dell'istituto della *dissenting opinion*, ben noto in altri ordinamenti (come quello statunitense, quello tedesco o quello spagnolo), onde rendere maggiormente trasparenti e verificabili le scelte dei singoli giudici all'interno dell'organo e aumentare il grado complessivo di responsabilità politica del

17. Che richiede un minimo di circa 570 voti (con l'attuale composizione, 571) per eleggere un giudice, ossia circa 100 in più della maggioranza assoluta dei componenti il Parlamento in seduta comune, laddove il nuovo ne richiederebbe, alla Camera 378, ossia 38 in più della maggioranza costruita dalla legge elettorale, mentre al Senato sarebbero sufficienti 60 voti (che, salve restando le dette incognite, in certe condizioni potrebbero essere facilmente ottenuti dalla stessa maggioranza di Governo, rendendo ancor più semplice che alla Camera l'elezione di propri candidati). In altre parole, pur essendo vero che le percentuali aumentano, in termini numerici assoluti ai nuovi giudici eletti alla Consulta basterebbero rispettivamente 192 (dalla Camera) e 510 voti (dal Senato) in meno di quelli attualmente necessari (dal Parlamento in seduta comune); se la *ratio* che indusse a introdurre un terzo dei giudici eletti dal potere legislativo era quella di avere un certo grado di rappresentatività democratica all'interno del Collegio, è evidente che con il nuovo meccanismo questo viene a essere considerevolmente ridotto. Sul dibattito svoltosi in Assemblea costituente in ordine alla composizione della Corte, F. Bonini, *op.cit.*, pp. 127 ss.

18. Sul punto si vedano le critiche portate già negli anni Settanta in ordine alla prassi per cui «i partiti, per quote, designano i 'loro' candidati, destinati poi a essere votati dallo schieramento parlamentare necessario», da G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1977, 294-295 (si legga però anche quanto molti anni dopo fu scritto dallo stesso, dopo un'esperienza diretta di giudice e Presidente della Corte in ordine all'indipendenza di valutazione dei giudici, in *Id.*, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Einaudi, Torino, 2005).

19. Sulla sent.n.70/2015, tra molti, si vedano, con diversi accenti, i commenti di G.M. Salerno, *La sentenza n.70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n.10/2015; A. Morrone, *Ragionevolezza a rovescio. L'ingiustizia della sentenza n.70/2015 della Corte costituzionale*, *ibidem*; A. Anzon Demmig, *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio dell'equilibrio di bilancio nella giurisprudenza della Corte costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 3/2015.

medesimo in coerenza con il suo accresciuto grado di politicità strutturale<sup>20</sup>. Per completare il quadro, si deve aggiungere che la riforma interviene anche sulla composizione della Corte per i giudizi di accusa contro il Presidente della Repubblica, disponendo (art.37 co.1, lett.b), a modifica dell'art.135, co.7, Cost., che i requisiti necessari per essere inclusi nell'elenco dei sorteggiabili da cui sono tratti i sedici membri che integrano il Collegio ordinario non sono più quelli per l'eleggibilità a senatore, ma quelli per l'elezione a deputato; il che è abbastanza coerente con il disegno complessivo, ma può creare in prima battuta alcuni problemi applicativi, già messi in rilievo da qualche commento<sup>21</sup>.

#### 4. Il Presidente della Repubblica

Quanto al Presidente della Repubblica, altro organo chiamato a svolgere, seppur in tutt'altre forme rispetto alla Corte costituzionale, un ruolo di garanzia del funzionamento del sistema disegnato dalla Carta<sup>22</sup>, le modifiche introdotte dalla riforma sono altrettanto significative. Anzitutto, in ordine alla sua elezione: l'art.83 della Costituzione è innovato dall'art.21 della legge di revisione in due punti sostanziali: si abroga il secondo comma, con ciò eliminandosi la partecipazione dei delegati regionali

all'elezione stessa, che resta dunque affidata al solo Parlamento in seduta comune, privo di integrazioni (giacché, nella logica della riforma, una rappresentanza regionale si trova già nel nuovo Senato)<sup>23</sup>. Inoltre, si modificano le maggioranze richieste: per i primi tre scrutini, è necessario il voto dei due terzi dell'assemblea; dal quarto, il *quorum* si abbassa ai tre quinti dei componenti dell'organo, e, dal settimo, ai tre quinti *dei votanti*. Ovviamente, anche qui lo scopo è quello di evitare, fin dove possibile, la situazione di protratta *impasse* politica che ha caratterizzato alcune elezioni presidenziali<sup>24</sup>: un criterio di "efficienza" pare anche qui aver guidato la mano dei riformatori. Altrettanto ovviamente, però, la riduzione dell'organo eligente e delle percentuali comporta una potenziale riduzione del consenso sulla persona del nuovo Capo dello Stato, e dunque una sua minor rappresentatività sostanziale. Ma soprattutto, il *quorum* di tre quinti dei *votanti* assunto come strumento risolutivo di un eventuale stallo significa che il nuovo Presidente potrebbe nascere infine anche dal voto di un gruppo relativamente esiguo, in termini numerici assoluti, di componenti dell'assemblea: in sostanza, non c'è un numero minimo preordinato, se non quello connesso al *quorum* strutturale dell'organo di cui all'art.64 co.3 Cost. (esteso per analogia e calcolato secondo il regolamento della Camera), e ciò non rassicura troppo<sup>25</sup>. Ovviamente, ove i parlamentari (come appare

20. Sul tema, da sempre dibattuto, si vedano già il volume *Le opinioni dei giudici costituzionali e internazionali*, a cura di C. Mortati, Milano, Giuffrè, 1964; gli atti di un convegno tenuto presso la stessa Corte, *L'opinione dissenziente*, a cura di A. Anzon, Milano, Giuffrè, 1995, nonché gli scritti di S. Panizza, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1998; S. Cassese, *Una lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, in *Quaderni costituzionali*, n.4/2009, 973 ss.; per un quadro comparativo, M. Gorlani, *La dissenting opinion nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti: un modello importabile in Italia*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2002; L. Luatti, *Profili costituzionali del voto particolare. L'esperienza del Tribunale costituzionale spagnolo*, Giuffrè, Milano, 1995; più in generale L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Giappichelli, Torino, 2015.

21. Sul punto G. Piccirilli, *op.cit.*, pp. 10-11.

22. Sul tema, tra molti, E. Cheli, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 301 ss.

23. S. Mangiameli, *Quale ruolo del nuovo Senato: composizione, rappresentanza e procedimenti alla luce del riparto delle competenze*, in [www.italianpaperonfederalism.issirfa.cnr.it](http://www.italianpaperonfederalism.issirfa.cnr.it), n. 3/2015, avrebbe preferito, per tale elezione, un'integrazione dell'organo simile a quella prevista dall'ordinamento tedesco in base all'art.54 del *Grundgesetz*, secondo il quale l'Assemblea federale chiamata a eleggere il Presidente «si compone dei membri del *Bundestag* e di un uguale numero di membri eletti dagli organi rappresentativi del popolo dei *Länder* secondo i principi del sistema elettorale proporzionale»; è da rilevare, però, che tale norma si giustifica con il fatto che, essendo il *Bundesrat* composto di rappresentanti degli esecutivi dei *Länder*, la rappresentanza di questi, entro uno Stato federale, richiedeva nell'Assemblea un'integrazione del *Bundestag* di tipo diverso, rappresentativa dell'intero elettorato dei *Länder* stessi. Nella riforma qui esaminata, invece, la diversa configurazione del nuovo Senato, che già applica un criterio proporzionale sia nella ripartizione dei seggi tra le Regioni in base alla popolazione, sia nel metodo di elezione dei senatori da parte dei Consiglieri delle Regioni e delle Province autonome (vincolo alla relativa legge elettorale, tra i futuri parametri per il giudizio sulla stessa da parte della Corte costituzionale: si veda il nuovo art.57, co. 2 e co. 4, Cost.), sembra invero giustificare l'elisione dei delegati regionali.

24. Benché le situazioni contingenti abbiano dato luogo, nel tempo, a esiti assai vari: solo per ricordare qualche esempio, nel 1971 si giunse a ben 23 scrutini per eleggere Leone, e nel 1964 a 21 per eleggere Saragat; anche le elezioni di Pertini (nel 1978) e di Scalfaro (nel 1992), richiesero 16 scrutini. All'estremo opposto, Cossiga (nel 1985) e Ciampi (nel 1999) furono eletti al primo scrutinio.

25. Salvo piccoli margini di approssimazione dovuti, in prima battuta, al numero di senatori di diritto e a vita presenti (che rimarranno in carica come tali, mentre i futuri nominati in base al nuovo art.59 Cost. dureranno in carica sette anni), essendo il *quorum* strutturale

plausibile per ovvi motivi e secondo prassi) partecipino al voto in modo compatto, la maggioranza dei tre quinti rimarrebbe più alta di quella attuale in termini percentuali (ma non assoluti, data la minor consistenza del collegio: sarebbero cioè necessari circa 438 voti contro gli oltre 500 attuali). Valga notare che l'art.83 Cost. attualmente vigente riferisce sempre le percentuali necessarie per l'elezione ai componenti dell'assemblea, non ai soli votanti, e la maggioranza assoluta assunta dal terzo scrutinio in poi come limite minimo è pur sempre un numero consistente, data l'ampiezza dell'assemblea eligente, composta di oltre mille elettori. Se ciò si collega a quanto detto in ordine alla connessione tra nuovo bicameralismo e *Italicum*, il risultato appare evidente: sia pure con un margine di incertezza inerente all'effettivo assetto del futuro Senato (laddove una legge elettorale bicamerale dovrà essere approvata ai sensi del nuovo art.57, co.6 entro sei mesi dalle elezioni della nuova Camera, mentre in prima applicazione il Senato sarà formato secondo le norme transitorie di cui all'art.39 della legge di revisione), è evidente che una maggioranza formata alla Camera con i meccanismi dell'*Italicum* (dunque potenzialmente espressiva di una frazione ridotta dell'elettorato) potrà probabilmente gestire in concreto l'elezione presidenziale in modo alquanto più agevole di quanto non sia finora accaduto nella storia repubblicana, anche perché, evidentemente, i 630 deputati della Camera assumono nel nuovo Parlamento in seduta comune, rispetto all'assai ridotto numero di senatori, un peso proporzionalmente assai maggiore<sup>26</sup>. In questo campo, come detto, è molto difficile prevedere le dinamiche concrete di un sistema leggendole solo sulla carta. Anche per il Capo dello Stato, tuttavia, sembra potersi dire che ove le opposizioni non concordino sul candidato del partito di maggioranza, il nuovo meccanismo non spinge quest'ultimo a cercare un compromesso politico largo e un ampliamento del consenso, bensì il contrasto e la vittoria sul campo nei confronti dell'avversario, con una strategia che diventa comunque infine premiante; detto nei termini di Habermas, gli attori

non si orientano qui all'intesa, ma al successo. Quanto però questo inciderà, in certe condizioni, sulla legittimazione democratica di un Capo dello Stato che deve rappresentare, e non solo simbolicamente, l'unità della Nazione, non è facile dire: certo è che il suo ruolo di garanzia ne potrebbe essere, in prospettiva, significativamente condizionato. In più, in ordine al nostro tema specifico, in quale misura un Presidente troppo legato al partito di maggioranza finirebbe con il conformare nello stesso senso anche la Corte costituzionale, ove fosse influenzato politicamente nell'esercizio del suo potere di nomina di cinque giudici di questa (ossia, almeno di alcuni, in base alla loro cessazione)? Si tratterebbe di un riflesso non irrilevante per l'intera funzione di garanzia nel sistema istituzionale, nel senso di un'ulteriore e pericolosa espansione di una logica ipermaggioritaria, moderata solo dalle scansioni temporali di durata delle cariche (peraltro non sempre prevedibili).

Qualche altra breve notazione tuttavia meritano le altre innovazioni presenti nella riforma in ordine alla figura e alle funzioni del Capo dello Stato: una prima si riferisce al potere di scioglimento (uno degli strumenti fondamentali per l'esercizio della funzione di garanzia da parte del Presidente), che il nuovo art.88 Cost. riferisce alla sola Camera dei deputati. Qui la scelta appare ovviamente coerente con il nuovo assetto del bicameralismo, essendo solo la Camera titolare del rapporto fiduciario: se la *ratio* sistematica del potere in questione è quella di evitare un blocco del funzionamento della forma di governo, appare del tutto logico che (come accade in molti altri ordinamenti) l'atto di scioglimento debba intervenire (solo) sulla causa effettiva dell'*impasse* del sistema stesso. Infine, un altro strumento di primaria importanza, il potere di rinvio di cui all'art.74 Cost., è altresì modificato, seppur lievemente<sup>27</sup>. Il nuovo testo, nel confermare che il messaggio di rinvio, ovviamente anteriore alla promulgazione, deve essere motivato, richiede che esso sia indirizzato «alle Camere», anche ove la legge sia di tipo monocamerale (potendosi trattare, in ipotesi, anche di vizio attinente alla scelta stessa del procedimento in concreto adot-

---

del nuovo organo (calcolato secondo la prassi della Camera, ossia salvo seggi vacanti) di 366 voti (dunque facilmente raggiungibile da una maggioranza che ne dovrebbe avere già 340 dai soli deputati), il numero minimo effettivo, laddove tutti i presenti votassero, sarebbe qui di 220 voti (arrotondato all'unità), ossia assai più che dimezzato rispetto a quello attualmente necessario (di oltre 500), e ben al di là della percentuale di riduzione complessiva dei componenti del Parlamento in seduta comune (che la riforma taglia del 30 per cento circa). È da ricordare peraltro che a tale organo si applica il regolamento della Camera (art.35 co.2 RC e art.65 RS: questo prevede però la possibilità per le Camere riunite di approvare norme specifiche), ove, salvo future modifiche, si esclude il computo degli astenuti (ossia non votanti) dal *quorum* funzionale (deliberativo).

26. Anche S. Mangiameli, *op.cit.*, rileva il riflesso dello squilibrio numerico tra deputati e senatori sull'elezione del Presidente della Repubblica, pur tenendo ferma l'idea che tale elezione rimarrebbe ancora frutto di un compromesso politico tra maggioranza e opposizione, nel quale però i senatori, ridotti a un numero proporzionalmente esiguo, finirebbero con l'essere poco rilevanti.

27. Sul punto della riforma concernente il rinvio presidenziale delle leggi per vizi di formazione delle stesse, e sui problemi che ne nascono, I Pellizzone, *Procedimenti di formazione delle leggi e potere di rinvio*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n.9/2016.

tato)<sup>28</sup>; tra i due commi originari, poi, se ne introduce uno nuovo, con cui ci si preoccupa di chiarire che qualora la richiesta riguardi la legge di conversione di un decreto legge, il termine per la conversione «è differito di trenta giorni», e ciò tenta di risolvere un problema concreto emerso nella prassi e ampiamente sottolineato dalla dottrina<sup>29</sup>.

Complessivamente, dunque, anche le novità introdotte in merito alla figura del Capo dello Stato lasciano qualche perplessità, soprattutto in ordine al nuovo meccanismo della sua elezione e alle conseguenze che, seppur non necessariamente, se ne potrebbero produrre: è ben possibile, cioè, che il nuovo Presidente riscuota un consenso tanto vasto da rendersi fin dall'inizio capace di raccogliere su di sé il gradimento generale: ma ciò sarà rimesso piuttosto al *fair play* e alla cautela politica della maggioranza, la cui scelta dovrà orientarsi su nomi non divisivi: laddove però ciò non accadesse, le (malintese) esigenze di rapidità ed "efficienza" indurrebbero a insistere anche su nomi controversi, confidando in un meccanismo che, comunque, premia infine chi disponga in assemblea di una maggioranza anche relativa. Ne nascerebbe un Presidente percepito (a ragione o a torto) come un soggetto "di parte", con evidenti limiti di legittimazione (non formale, ma) sostanziale, e con presumibili difficoltà nello svolgere efficacemente quel ruolo di garanzia e di *moral suasion* che tanto si fondano, più ancora che sull'investitura istituzionale, sull'au-

torvolezza di un individuo per il quale essere *super partes*, nella forma e nella sostanza, è presupposto essenziale per il buon esercizio della funzione<sup>30</sup>.

## 5. Qualche considerazione per concludere (in una diversa prospettiva)

Non è certo questa la sede per esprimere un giudizio complessivo sulla riforma in atto, che presenta nel suo insieme aspetti molto diversi, né per tentare, rispetto agli specifici profili qui trattati, una definizione più lata della funzione di garanzia costituzionale, che vada cioè oltre gli organi cui questa è palesemente affidata dalla Carta (quale quella, per esempio, che potrebbe essere individuata in via diffusa per l'intera magistratura – peraltro non toccata direttamente dalla revisione – in ordine al compito di concretizzazione dei principi costituzionali operata mediante la giurisdizione)<sup>31</sup>. Tuttavia, almeno per il primo punto, qualche brevissimo accenno di riflessione deve essere svolto. La riforma Renzi-Boschi, come detto in apertura di questo breve scritto, riduce spazi e tempi della democrazia, e allontana alquanto da quel paradigma discorsivo-deliberativo della stessa che, così attentamente elaborato da Habermas, ha rappresentato, pur con la sua carica utopica (o forse anche per questa), un riferimento per non pochi studiosi<sup>32</sup>. Negare questo

28. Si noti qui che il nuovo art.70, co.6, Cost. prevede che siano i Presidenti delle Camere a decidere, d'intesa fra loro, «le eventuali questioni di competenza, sollevate secondo le norme dei rispettivi regolamenti», il che però non pare poter escludere un margine di apprezzamento in proposito da parte del Presidente della Repubblica in sede di promulgazione (e di eventuale rinvio); si veda però sul punto quanto ben rilevato da I. Pellizzone, *op.cit.*, pp. 5 ss.

29. Sul tema, tra molti, D. Chinni, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014; sulla riforma, A. Morelli, *Notazioni sulle novità della riforma costituzionale riguardo alla decretazione d'urgenza e al rinvio presidenziale delle leggi di conversione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 11/2016; I. Pellizzone, *op.cit.*, pp. 14 ss.

30. Nel proliferare degli scritti inerenti alle funzioni del Capo dello Stato negli ultimi anni, si segnalano gli scritti di A. Baldassarre, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, in *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, a cura di A. Baldassarre e G. Scaccia, Aracne, Roma, 2011, pp. 19 ss.; Id., *Il Capo dello Stato come rappresentante dell'unità nazionale*, in *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, a cura di A. Vignudelli, Mucchi, Modena, 2012, pp. 29 ss.; V. Lippolis-G.M. Salerno, *La Presidenza più lunga. I poteri del Capo dello Stato e la Costituzione*, il Mulino, Bologna, 2016; per una ricognizione dei modi in cui nella prassi alcuni Presidenti hanno esercitato il loro ruolo di persuasione, si veda anche A. Pirozzoli, *Il potere di influenza degli organi di garanzia costituzionale*, Jovene, Napoli 2013, pp. 23 ss.

31. Si pensi solo al delicato ruolo ermeneutico del giudice e al dibattuto tema dell'interpretazione conforme a Costituzione: tra molti, si vedano gli scritti di F. Modugno, *Al fondo della teoria dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Diritto e società*, n. 3/2015, pp. 461 ss.; M. Ruotolo, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale (2012)*, ora in Id., *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli 2014, pp. 57 ss.; F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, spec. pp. 135 ss.; M. Nisticò, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2015. Su altri profili, M. Volpi, *I membri laici del Csm: ruolo politico o di garanzia?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n.6/2016; sul tema della concretizzazione, si vedano inoltre K. Hesse, *L'interpretazione costituzionale* (1999), tr.it. in Id., *L'unità della Costituzione. Scritti scelti di Konrad Hesse*, a cura di A. Di Martino e G. Repetto, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, pp. 85 ss.; V. Baldini, *La concretizzazione dei diritti fondamentali. Tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015.

32. Basti qui ricordare il noto studio di J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), tr. it. a cura di L. Ceppa, Laterza, Roma-Bari, 2013; per una critica ad alcune delle tesi di Habermas sia consentito il rinvio a F.

aspetto della riforma significa peccare quanto meno di scarso realismo: è evidente che, calata nel contesto più ampio della contingenza politica, affiancata dall'*Italicum* e dalla nuova legge sulla Rai, questa modifica della Carta porterà trasformazioni reali dell'assetto politico italiano con effetti consistenti, e soprattutto di lungo termine: perché, al pari di quanto si disse per la riforma Berlusconi bocciata dal *referendum* del 2006, una modifica profonda della seconda parte della Costituzione ridonda, inevitabilmente seppur indirettamente, in una trasformazione della prima (che pure resta formalmente intatta). Il che non vuol dire che la Carta del 1948, già non priva dall'origine, a dispetto di ogni retorica, di difetti strutturali, non potesse (e dovesse) essere aggiornata: significa però che questa riforma, in particolare, pur non priva di qualche elemento positivo (la soppressione, o forse meglio la "decostituzionalizzazione" delle Province<sup>33</sup>, e del Cnel), nella sua palese ansia di semplificazione di strutture e procedimenti, lascia, al di là di ogni considerazione di politica corrente e osservata in prospettiva, più di qualche motivo di perplessità, e forse di inquietudine.

Tuttavia, la riflessione non può fermarsi qui, al livello *sistematico*, ma deve almeno sfiorare una prospettiva di più ampia portata, ossia di natura *sistemica*, che introduce certo elementi diversi. Dinanzi a un contesto globale in cui l'inarrestabile finanziarizzazione dell'economia esaspera le dinamiche operative pressoché istantanee e autoreferenziali proprie dei mercati, ormai non controllabili perché prodotto di matrici comunicative e funzionali affatto anonime e capaci di riflettersi in modo immediato sulle scelte politiche della *multilevel governance*, imponendo a ciascuno dei livelli opzioni rapide e sovente tecnica-

mente coatte, e coartando infine la democrazia procedurale, questa semplificazione dei modi e questa accelerazione dei tempi è evitabile? In altre parole, guardando ben oltre le ambizioni proprie di singoli o gruppi nella lotta per un potere comunque circoscritto (da sempre vive in politica), il processo in atto appare ben più vasto, profondo e inquietante, investendo in pratica tutti i sistemi democratici contemporanei, e andando molto al di là della dimensione dei singoli Stati. I meccanismi espansivi degli schemi funzionali suddetti obbligano i governi nazionali, e ancor prima quelli della *governance* sovranazionale e globale, a scelte di *policy* che infine determinano, secondo la nota formula di Lowi, quelle strutturali di *politics*<sup>34</sup>. In altre parole, si chiedono ai Governi decisioni rapide, certe e sovente frutto di opzioni meramente apparenti, perché in realtà predeterminate, tecnicamente e politicamente, nei contenuti: e rispetto a tali *inputs*, le lentezze della democrazia discorsiva sono vissute, duole dirlo, come un mero intralcio. Inoltre – questo è l'aspetto più grave e inquietante – questi processi appaiono realmente non controllabili dalle stesse oligarchie economico-finanziarie transnazionali, che certo se ne servono ma ne sono di fatto succubi al pari di ogni altro soggetto del sistema economico (seppur in condizioni ovviamente privilegiate)<sup>35</sup>.

Dunque, se questo è il quadro, resta un dilemma di fondo, al quale queste brevi note non possono davvero rispondere: è più lungimirante, in tale frangente, assumere un atteggiamento pragmatico, e rinunciare a una parte di quegli spazi e di quei tempi che connotano una democrazia ideale per salvarne una reale, adeguata ai tempi e certo ridotta, ma ancora viva, oppure, secondo una pura etica dei valori, cercare di difendere l'esistente a ogni costo, evitando

---

Rimoli, *Democrazia discorsiva e laicità: il modello di Habermas alla prova del postsecolarismo*, in *Noi e gli altri, ipotesi di inclusione nel dibattito contemporaneo*, a cura di M.P. Paternò, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008, pp. 133 ss.

33. Perché non si debbono trascurare gli "enti di area vasta" di cui all'art.40 co.4 della legge di revisione (che rischiano di rendere tale abolizione affatto apparente): sul tema C. Pinelli, *Gli enti di area vasta e la riforma del livello intermedio di governo locale*, relazione leggibile in [www.upinet.it/docs/contenuti/2015/12/Relazione\\_Pinelli\\_30novembre2015.pdf](http://www.upinet.it/docs/contenuti/2015/12/Relazione_Pinelli_30novembre2015.pdf), e già F. Merloni, *Sul destino delle funzioni di area vasta nella prospettiva di una riforma costituzionale delle funzioni del titolo V*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 2/2014, 215 ss.; sul concetto, già emerso nella legge n. 56 del 2014, che definisce le Province come "enti territoriali di area vasta" (art.1 co.3), si vedano i volumi *Il nuovo governo dell'area vasta. Commento alla legge 7 aprile 2014, n. 56*, a cura di A. Sterpa, Jovene, Napoli, 2014; *La riforma delle autonomie territoriali nella legge Debrio*, a cura di F. Fabrizzi e G.M. Salerno, Jovene, Napoli, 2014.

34. Il riferimento è a T.J. Lowi, *La scienza delle politiche* (raccolta di saggi 1964-1992), tr. it. il Mulino, Bologna, 1999, secondo il quale le modalità di determinazione delle politiche pubbliche finiscono con il conformare le stesse strutture pubbliche: sul punto una critica in G. Pasquino, *Nuovo corso di scienza politica*, IV ed. il Mulino, Bologna, 2009, p. 249.

35. Tema vastissimo, per il quale è qui possibile dare solo pochi riferimenti bibliografici, tra moltissimi possibili: C. Crouch, *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari 2003; Id., *Il potere dei giganti. Perché la crisi non ha sconfitto il neoliberalismo* (2011), tr. it. Laterza, Roma-Bari, 2012; L. Gallino, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Torino, 2013. Per un approccio più strettamente giuridico, G. Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali* (tr. it. parz. di *Verfassungsfragmente: gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, 2012), B. Mondadori, Milano-Torino 2012; G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli 2012; C. Pinelli, *L'incontrollato potere delle agenzie di rating*, in [www.constituzionalismo.it](http://www.constituzionalismo.it), n. 2/2012; ma sul tema si veda già M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, n. 1/1996, pp. 124 ss.

magari rischi immediati per il proprio contesto locale ma esponendosi a pericoli di più lungo termine e più vasta portata, allorché un'eventuale emarginazione dai processi di trasformazione globali indurrebbe quasi certamente il singolo Paese all'isolamento e a un'involuzione autoritaria più severa, probabilmente mediata da una sua sostanziale colonizzazione economica? Si tratta, in fondo, della riproposizione aggiornata, seppur in tutt'altra forma, del paradigma tradizionale delle teorie contrattualiste: la cessione di una quota della propria libertà al sovrano in cambio di protezione e sicurezza<sup>36</sup>. Così è nato – e soprattutto si è voluto giustificare – il concetto di sovranità, e così si è generata la sua espressione nello Stato moderno; così è sorto, per reazione, il costituzionalismo, che a

quel sovrano ha voluto, e quasi sempre saputo, porre limiti, costruendo norme, apparati e meccanismi capaci di conseguire tale risultato<sup>37</sup>. E qui sta, a ben vedere, anche la *ratio* più profonda della genesi di quella funzione di garanzia della costituzione di cui ci si è occupati in queste brevi note. Sebbene oggi sia molto difficile, per quanto detto, individuare il vero sovrano, tanto da potersi porre ragionevolmente in dubbio la sua stessa esistenza in senso soggettivo, questa è, mi pare, la prospettiva più corretta per l'analisi del problema delle riforme costituzionali da parte dello studioso. Quale sia però, nell'attuale contingenza storica, la più opportuna soluzione del dilemma prima adombrato è questione alla quale solo il lettore, per sé, può rispondere.

---

36. Sul tema, per tutti, N. Matteucci, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, il Mulino, Bologna, 1997, pp. 101 ss.

37. Sul tema, tra molti, M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Tendenze della storia e percorsi attuali*, Laterza, Roma-Bari, 2014; G. Ferrara, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano, 2006; P. Ridola, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 1997; sia altresì consentito il rinvio a F. Rimoli, *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Carocci, Roma, 2011.

## Se questo è un giudice. Nelle leggi elettorali con 'bollino di costituzionalità' il rischi della riduzione della Costituzione a ideologia

di Silvia Niccolai

La riforma Renzi-Boschi intesta alla Corte costituzionale un inedito giudizio preventivo di legittimità costituzionale delle leggi elettorali.

L'articolo mette in risalto come si tratti di un dettaglio qualificante la riforma.

Il rischio è quello di una modifica del ruolo della Corte, da interlocutore dialettico in una dinamica democratica aperta a certificatore di indirizzi legislativi.

**«La prima cosa che si impara stando in una famiglia di gente di legge  
è che a nulla si può rispondere in modo preciso e sicuro»  
H. Lee, *Il buio oltre la siepe*, trad. it. 1963**

### 1. Il nuovo giudizio preventivo: una cartina di tornasole dei tratti salienti della revisione costituzionale Renzi-Boschi

Sono due i principali aspetti distintivi della revisione costituzionale Renzi-Boschi. In primo luogo, essa rappresenta, anziché una innovazione, la sedimentazione o legittimazione di qualche cosa che c'è già, ovverosia di caratteri da tempo consolidatisi nel nostro Ordinamento costituzionale. La preminenza dell'esecutivo, la riduzione del ruolo del parlamento, la ri-centralizzazione dello Stato, i tre contenuti portanti della cd riforma, sono in realtà tratti già saldamente instauratisi nella nostra vita istituzionale. In secondo luogo, la revisione costituzionale, contrariamente alle aspettative suscitate nei cittadini dai suoi promotori, anziché un periodo di stabilità ed efficienza del funzionamento delle istituzioni, apre (o prosegue), verosimilmente, una fase di continuo assestamento.

Su questo secondo aspetto – il carattere non compiuto della riforma – è bene soffermarsi un momento. Sempre il disegno astratto delle istituzioni richiede il proprio completamento, e sviluppo, in prassi, consuetudini o anche norme attuative, e si deve

solo alla semplificazione invalsa nella comunicazione politica, se non all'elemento di ingannevolezza insito nella stessa retorica della 'riforma' quale strumento salvifico, se nei cittadini viene, all'opposto, coltivata l'illusione che un colpo di bacchetta magica cambierà le cose, naturalmente in meglio, da un giorno all'altro. Dire che la nuova Costituzione, non diversamente dalla vecchia, sarà fatta in concreto dalle prassi che saranno adottate dai soggetti politici, e ne rifletterà inesorabilmente la qualità e le mentalità è una semplice considerazione di buon senso, che non varrebbe nemmeno la pena fare se non fosse che, nel caso della riforma Renzi-Boschi la componente di incompiutezza non rimanda soltanto alla naturale dinamica tra Costituzione formale e Costituzione materiale, non chiama in causa, solo, la ineliminabile tendenza, o l'innegabile capacità, degli effettivi rapporti di forza di plasmare le disposizioni sulla forma di Stato e di Governo, che ha fatto la storia della Costituzione repubblicana e continuerà a farla. Particolarmente accentuato e ricorrente in punti essenziali (la modalità di elezione del nuovo Senato; le forme di decisione dei conflitti di competenza tra le Camere, rimesse a un accordo tra i Presidenti di cui non si conosce l'efficacia e il regime giuridico, per fare due soli esempi), nella attuale revisione costituzionale quell'elemento

di incompiutezza è invece anche e soprattutto un segno dei tempi, che non investono più nella Costituzione rigida, nelle narrative che la accompagnano (la Costituzione preserva nel mutamento una tavola di valori) ma puntano sulla adattabilità della Costituzione (alle esigenze concrete delle relazioni di potere e politiche) e pregiano nuove narrative. Tutto il processo di revisione è stato accompagnato da un unico messaggio: la Costituzione deve essere cambiata perché il Governo (nel senso lato delle strutture del potere) sia più efficiente, e questo messaggio può essere rovesciato nel senso: la Costituzione serve all'efficienza del Governo, cui ogni cosa è subordinata. Se è così, il senso stesso della rigidità tramonta a favore di una istanza continua di adattabilità delle istituzioni alle dinamiche del potere, cosa del resto predicata da tutti i teorici della post-democrazia, e l'incompiutezza della riforma esprime di quest'ultima un tratto qualificante.

I due aspetti della riforma Renzi-Boschi che ho evocato sin qui, consolidamento-legittimazione di trasformazioni già avvenute e adozione di una filosofia di adattabilità delle istituzioni alle esigenze di governo, sono in connessione tra loro.

Adattabilità delle istituzioni significa, tra l'altro, alto tasso di de-formalizzazione delle procedure, degli atti, degli ambiti di competenza (cioè, alla fine, perdita di legalità), e anche di questo tipo di fenomeni la vita istituzionale degli ultimi anni ci ha dato numerosissimi esempi, dalla lettera della BCE e della Commissione che nel 2011 detta l'Agenda di governo, alle leggi approvate senza relazione di Commissione

e via 'canguro' diventate abitudine col governo Renzi, alla ridefinizione dell'organo Governo (sparito nella sua dimensione collegiale e risucchiato, dal Governo Monti in poi, nella sola figura del presidente del Consiglio); alle trasformazioni dell'istituzione Presidenza d'assemblea parlamentare, che da rappresentante e tutore dell'indipendenza costituzionale di ciascuna Camera è smontata in una mera cinghia di trasmissione dell'indirizzo governativo; fino alle disinvolve confusioni, continuamente praticate con riferimento a questo o a quell'istituto e alla sua natura e funzione; non ultimo, il caso del referendum sulla riforma costituzionale interpretato, dal Governo in carica, come 'plebiscito' su di sé. È chiaro che una Costituzione pensata per consentire al Potere di assumere le configurazioni che gli sono utili in vista dei fini che di volta in volta persegue non può pregiare molto forme, procedure, tipicità degli atti, tutto il bagaglio dello Stato di diritto, che chiamiamo legalità.

Di questi due caratteri della riforma costituzionale – continuità col presente, ossia con tratti degenerativi già ben installati nell'esperienza; incompiutezza che apre una fase di continua adattabilità delle istituzioni alle esigenze concrete di Governo, queste ultime rappresentanti il vero 'valore' costituzionale di fondo – la cartina di tornasole è la disposizione dedicata alla introduzione del giudizio preventivo di costituzionalità sulle leggi elettorali<sup>1</sup>, una innovazione tutta intrisa, a sua volta, dell'illusione da bacchetta magica in cui la riforma affida nel complesso le sue speranze di affermazione e dietro la quale camuffa la propria reale portata.

---

1. Secondo l'art. 13 della legge di revisione costituzionale nel testo approvato il 14 aprile 2016 all'articolo 73 della Costituzione, il primo comma è così sostituito: «Le leggi sono promulgate dal Presidente della Repubblica entro un mese dall'approvazione. Le leggi che disciplinano l'elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica possono essere sottoposte, prima della loro promulgazione, al giudizio preventivo di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale, su ricorso motivato presentato da almeno un quarto dei componenti della Camera dei deputati o da almeno un terzo dei componenti del Senato della Repubblica entro dieci giorni dall'approvazione della legge, prima dei quali la legge non può essere promulgata. La Corte costituzionale si pronuncia entro il termine di trenta giorni e, fino ad allora, resta sospeso il termine per la promulgazione della legge. In caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale, la legge non può essere promulgata».

Con l'intento di garantire che l'*Italicum* non andrà esente dal giudizio di costituzionalità, la disposizione transitoria n. 11 stabilisce inoltre che «in sede di prima applicazione, nella legislatura in corso alla data di entrata in vigore della presente legge costituzionale, su ricorso motivato presentato entro dieci giorni da tale data, o entro dieci giorni dalla data di entrata in vigore della legge di cui all'articolo 57, sesto comma, della Costituzione, come modificato dalla presente legge costituzionale, da almeno un quarto dei componenti della Camera dei deputati o un terzo dei componenti del Senato della Repubblica, le leggi promulgate nella medesima legislatura che disciplinano l'elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica possono essere sottoposte al giudizio di legittimità della Corte costituzionale. La Corte costituzionale si pronuncia entro il termine di trenta giorni». Si tratta in questo caso di un giudizio successivo, con effetti che dovrebbero essere in linea di principio analoghi a quelli degli ordinari giudizi di legittimità, compresa, trattandosi di leggi elettorali, la necessità di preservare la normativa di risulta; su questi aspetti v. F. Dal Canto, pp. 13 ss.; S. Catelano, *Prime riflessioni sul controllo preventivo sulle leggi elettorali inserito nella proposta di revisione costituzionale all'esame del Parlamento*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali* (online), 23 maggio 2015. Il problema della normativa di risulta si porrebbe peraltro anche nel caso del giudizio preventivo, almeno secondo A. Rauti, *Il giudizio preventivo di costituzionalità sulle leggi elettorali di Camera e Senato*, in *Federalismi.it*, 6/2016, p. 8. Con osservazione interessante, I. Ciolli, *Appunti per l'audizione del 20 ottobre 2015*, in *Osservatorio AIC, Rivista online*, 2015 rileva che «la disposizione transitoria dell'art. 39, comma 13, nel fissare il termine di 10 giorni per il controllo di legittimità della Corte costituzionale sull'*Italicum*, indirettamente dispone che in un tempo successivo a quel termine, tale legge elettorale non potrà più essere sottoposta al sindacato di costituzionalità (preventivo o astratto che si voglia). Ciò potrebbe indurre la maggioranza parlamentare a modificare la legge elettorale n. 52 del 2015, magari fino a stravolgerla, piuttosto che deliberarne una nuova, perché solo attraverso l'*Italicum* si eviterebbe il controllo preventivo disposto dall'art. 73 Cost. che vale, invece, per tutte le altre leggi elettorali successive a esso».



## 2. Il giudizio preventivo: annuncio e coronamento di un modificato intendimento della giustizia costituzionale

Oltre alla preminenza senza confini del Governo (che assorbe in sé l'interezza delle dinamiche politiche nella sparizione del ruolo intermediario dei partiti), oltre allo spegnimento della dialettica parlamentare (dunque della rappresentanza politica e della idea stessa che l'attività del Governo sia sottoponibile a indirizzo e controllo); oltre al neo-centralismo di ritorno (con riduzione dei territori a risorse economiche), vi è infatti un quarto carattere della nostra vita istituzionale attuale che è piuttosto preoccupante e che la riforma, col giudizio preventivo, tende a istituzionalizzare. Questo carattere riguarda la giustizia costituzionale ed è rappresentato dal cambio di passo ultimamente registratosi nel ruolo della Corte, sempre più spesso incaricata (o auto-incaricatasi) di funzionare, anziché come interlocutore dialettico di una dinamica democratica aperta, come soggetto supervisore e certificatore che, tra gli sviluppi e scelte degli organismi rappresentativi, cioè della politica, seleziona quelli autorizzati e quelli non. Proprio la sentenza n. 1 del 2014, la sentenza che ha dichiarato l'incostituzionalità del 'Porcellum' ha avuto con grande nitore questa valenza.

Fino a quel momento, si era sempre ritenuto che la nostra Costituzione nulla prescriva sul sistema elettorale, in particolar modo non prescriva se questo debba essere proporzionale o maggioritario; con la sent. n. 1 del 2014 è stata invece impartita l'indicazione che solo un tipo di sistema elettorale è ammissibile nel nostro ordinamento, ed è quello maggioritario, poiché maggioritario è il sistema che, segnalando i difetti del *Porcellum*, la Corte ha modellato, e definito rispondente a quelle esigenze di 'governabilità' che essa ha eretto, in quella occasione, per la prima volta a principio della nostra democrazia. Nei fatti, dopo la sentenza n. 1 del 2014 la discussione sul sistema elettorale è stata a senso unico: non poteva essere che un maggioritario, e lo spazio di manovra del legislatore consisteva nell'evitare di incorrere nei vizi di incostituzionalità indicati dalla Corte, come il problema della soglia per ottenere il premio di maggioranza, o le preferenze. Oltre questo confine non si poteva andare, questa la convinzione implicita, ma ferma, delle forze politiche, degli organi costituzionali, e, di rimbalzo, del dibattito pubblico: non si poteva ridiscutere il problema del sistema elettorale a 360 gradi, e così, per esempio, tornare a

ragionare dei pregi di un proporzionale. L'autorevolezza della decisione della Corte ha contribuito non poco a che la libertà di scelta delle forze politiche, e dello stesso dibattito presso l'opinione pubblica sia apparsa, e di fatto sia stata, incanalata dentro un percorso prestabilito.

Un segnale analogo ha lampeggiato nella discussione intorno alla legge sulle unioni civili, dove è stato speso l'argomento che non solo parificarle al matrimonio, ma anche fare 'troppi' richiami alle norme del codice civile sul matrimonio, sarebbe stato 'contrario' alla sentenza della Corte costituzionale, la n. 138 del 2010, che sul problema si pronunciò e che era, invero e invece, una decisione aperta a diverse interpretazioni (oltre che, ormai, è da dire, piuttosto risalente nel tempo). Fondati o meno i richiami fatti dalla stampa alle 'perplexità del Capo dello Stato in ordine al disegno di legge Cirinnà alla luce della sentenza 138<sup>2</sup>, hanno avuto purtuttavia un peso: con essi, il dibattito intorno alla legge sulle unioni civili ha di fatto registrato un notevole cambio di percezione del senso e della funzione della giustizia costituzionale, la cui giurisprudenza è stata utilizzata, presso l'opinione pubblica, come fonte di una indicazione prescrittiva, indirizzata al Parlamento, circa quale strada può seguire, e quale non, nell'affrontare un tema inerente i diritti e le libertà fondamentali: una indicazione prescrittiva e, va aggiunto, di segno restrittivo.

Eppure, sappiamo che su qualunque questione la Corte si pronunci con una sentenza di infondatezza, o di inammissibilità, la questione si può riproporre. È questo il merito del carattere successivo, incidentale e concreto della nostra forma di giudizio di legittimità sulle leggi: mostrare che ogni problema della vita civile mai ha una soluzione indiscutibile, valida una volta per tutte, ma è sempre rivedibile alla luce di mutate circostanze di tempo, dell'emergere di nuove sensibilità, di una modificata percezione dei principi e della qualità degli interessi coinvolti. La Costituzione non è un testo dal quale si traggano enunciati di verità e falsità, ma è l'oggetto di una interpretazione che la lega alla vita della comunità cui si indirizza. Il legislatore, che non può reintrodurre tal quale una disposizione dichiarata incostituzionale, può, con nuove scelte, segnalare una modificata percezione dei principi costituzionali e spingere esso la Corte verso un mutamento interpretativo. Se la politica perde questa responsabilità, questa libertà, sono i cittadini, che dovrebbero essere rappresentati dalle sedi politiche, a perderne, e si imbecca la via della democrazia dei custodi.

Numerosi e significativi sono stati di recente

2. Il richiamo a tali 'perplexità' si diffuse a partire da un articolo comparso su *La Repubblica* del 16 gennaio 2016 e tradottesi in una vulgata ben riassunta in questo titolo: *Unioni civili, dubbi del Quirinale: simili a nozze sono incostituzionali* (del tgcsm24, 18.1.2016, online).

i casi in cui la Corte ha emanato decisioni che legittimano e consolidano, nell'Ordinamento, cambiamenti il cui senso e il cui valore è difficilmente spiegabile alla luce dei principi costituzionali quali sono stati per lungo tempo intesi: la decisione sullo 'speciale grado di riservatezza' spettante al Capo dello Stato è parsa reinterpretarne il ruolo in quello di un *Panopticon*<sup>3</sup>, che sembrerebbe estraneo in premessa ai principi di trasparenza che innervano una democrazia; le decisioni sulla legge di conversione del decreto legge che ne hanno sancito la natura di legge a competenza riservata hanno prefigurato la riduzione della potestà legislativa delle Camere, per Costituzione piena in ogni caso, a una posizione di mera ratifica quando a esercitare la proposta è il Governo<sup>4</sup>, assecondando così preventivamente linee che la revisione costituzionale avrebbe di lì a poco formalizzato (con la legge prioritaria che si somma al decreto legge facendo del Governo il *dominus* di un procedimento legislativo sottoposto a termini e pertanto svuotato della sua funzione di autentica discussione e deliberazione).

La giustizia costituzionale segue dunque, da diversi anni ormai, un nuovo passo, quello di una autorità la cui funzione è individuare e pre-stabilire la direzione che le istituzioni rappresentative possono o non possono prendere<sup>5</sup>. È un passo che richiama piuttosto da vicino i caratteri di una democrazia 'protetta' e uno dei cui costi è la confusione tra critica politica e valutazione giuridica, che a sua volta non da oggi zavorra e opacizza la nostra esperienza, restringendo gli spazi della prima, e alterando la funzione della seconda. A forze politiche che non hanno il coraggio di intavolare una discussione aperta sul matrimonio omosessuale fa comodo nascondersi dietro il 'veto', reale o presunto, della Corte costituzionale. Alla maggioranza che avrà approvato una contestata legge elettorale che passerà il vaglio della Corte farà comodo zittire le critiche politiche, che potrebbero pur sempre e più che legittimamente sopravvivere contro di essa sbandierando il 'bollino'

ottenuto dalla Consulta. Il costo della confusione tra merito politico e legittimità costituzionale tende in effetti a far dimenticare che non tutto ciò che è legittimo è anche opportuno, e viceversa. In un Paese come il nostro, abituato a attaccare gli oppositori politici sul piano della eventuale illiceità del loro agire, molto meno che sul piano del merito politico delle loro scelte, le due cose sono continuamente confuse; lungo il crinale che le distingue si colloca la giustizia costituzionale, che concerne la legittimità delle leggi, non la loro opportunità. Una Corte che, giusta gli esempi che richiamavo poco sopra, ha spesso fatto apparire quel crinale incerto e compromesso, viene invitata dal nuovo giudizio preventivo a farlo saltare del tutto. Il fine perseguito dall'ottenimento di una pronta decisione che certifichi la legittimità della legge elettorale difficilmente può essere individuato in altro se non che la discussione, il dibattito e la critica, durino poco e si spengano. Il rischio è notevole perché, con quelle, si spegne la coscienza che la democrazia è un percorso aperto, che attraverso discussione, dibattito e critica trova le sue strade, per esempio sostituendo una legge valida, non viziata, con una anch'essa non viziata certo, ma politicamente migliore se tale giudicata dai cittadini e dai loro rappresentanti.

Un tempo si studiava che la discussione, il dibattito, la critica sono le premesse necessarie di una democrazia; che siano diventati problemi da evitare, o cose da svalutare come mere perdite di tempo, è solo il segno che la nostra convivenza a quel tipo di valori non si ispira più. Il diritto costituzionale, in questo contesto, si riduce a un terreno di enunciazioni dogmatiche piegate alla valutazione di opportunità. Vi è chi, studiando la sentenza n. 1 del 2014, ha notato che in essa la Corte costituzionale conferisce valore costituzionale a una dottrina politica (consistente in un certo intendimento della governabilità), attraverso la quale i valori pluralistici, partecipativi e rappresentativi cedono alla efficienza decisionale pur essendo i primi, e non la seconda, sicure componenti della

3. Con riferimento alla sent. 1/2013 v. in questo senso A. Morrone, *Il nomos del segreto di stato, tra politica e Costituzione*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2013.

4. G. Filippetta, *L'emendabilità del decreto-legge e la farmacia del costituzionalista*, in *Rivista AIC*, 2012 (online). Id., *La sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, ovvero dell'irresistibile necessità e dell'inevitabile difficoltà di riscrivere l'art. 77 Cost.*, in *Federalismi.it* – Focus Fonti, n.1/2014 (online).

5. È, peraltro, un passo in cui si inverte una delle possibili opzioni circa il ruolo della Corte che sono state avvalorate dalla dottrina italiana, dove fortissima sia sempre stata la tendenza a riconoscere alla Corte costituzionale un ruolo decisionistico, di natura politica, che è, come vengo dicendo nel testo, quello che col tempo sembra essersi sempre più inverato, a discapito delle componenti giurisdizionalistiche del sindacato di costituzionalità delle leggi. Secondo una linea di studi che trova un suo punto cardinale nella riflessione di C. Mezzanotte, *Le ideologie del costituente*, Milano, 1979, la giustizia costituzionale serve a fornire alla democrazia parlamentare un insieme di razionalizzazioni infinitamente adattabili, in funzione di una utilità individuata in base a una logica calcolante, riassumibili nella creazione dell'unità e del consenso. Va da sé che le letture 'decisioniste' del ruolo della Corte sono quelle sfiduciate sia nei confronti della capacità della democrazia pluralista di produrre coesione sia nei confronti della ragione giuridica che procede dialetticamente e in maniera imparziale.

nostra ‘tavola di valori’<sup>6</sup>. Ricordando la giurisprudenza sul decreto legge, o quella sulla responsabilità del Capo dello Stato, cui facevo cenno poco sopra, i casi in cui la Corte, anziché sindacare le manifestazioni odierne del potere alla luce dei principi della nostra Costituzione, preferisce impartire lezioni di un nuovo diritto costituzionale che non trova linfa vitale in quei principi, ma nella realtà delle nuove esigenze di governo, appaiono numerosi.

In un libro molto bello di alcuni anni fa Mannori e Sordi hanno contrapposto la mentalità ‘esecutiva’, che tende a privilegiare il fine che il pubblico potere intende raggiungere, senza bisogno che esso dimostri le sue ragioni, alla mentalità ‘giurisdizionalistica’ che è una mentalità che mette sullo stesso piano due interessi confliggenti ma paritetici e impone a chi accampa una pretesa di dimostrare le sue ragioni<sup>7</sup>. La prima è decisionistica, la seconda, per l’*ethos* di indipendenza che alimenta, è cattiva conduttrice di decisionalità; ma, tra le due, è naturalmente la seconda la più sensibile alle istanze isonomiche proprie di una democrazia. La nuova Corte degli anni recenti esprime sempre più spesso, o sempre più spesso è chiamata a esprimere, più la prima mentalità che la seconda. In questa cornice, l’introduzione del nuovo giudizio preventivo di costituzionalità sulle leggi elettorali annuncia il consolidarsi di una concezione del ruolo della Corte costituzionale che vede in questo organo il titolare di una interpretazione autoritativa della Co-

stituzione; una concezione che si associa al decadere del carattere giurisdizionalistico del ruolo della Corte, e, in generale, del valore del diritto nella nostra convivenza.

Per avvalermi del linguaggio più corrente negli studi di diritto costituzionale, potrei dire che abbiamo una Corte sempre più ‘politicizzata’ e sempre più attenta a difendere quello che un tempo si chiamava ‘il diritto costituzionale oggettivo vale a dire l’interesse ordinamentale, che non ai diritti individuali e al piano delle libertà. E sono appunto questi due gradienti, politicizzazione e difesa del diritto costituzionale oggettivo, che la stessa dottrina ha notato come segnali che accompagnano problematicamente il nuovo giudizio preventivo<sup>8</sup>, giustificato da retoriche, e costruito su meccanismi, che svalutano del tutto la sua componente di giudizio a favore di quella di pura decisione.

### 3. Verso un diritto costituzionale senza processo. Un giudizio ‘a data certa’ e senza *petitum*

È piuttosto significativo che la più naturale *ratio* che in teoria verrebbe da associare a un giudizio preventivo su ricorso parlamentare contro la legge elettorale, la *ratio* cioè di tutelare le minoranze, sia

6. La sent. n. 1 accoglie «una concezione che si potrebbe definire meramente ‘ingegneristica’ della ‘governabilità’ che la Corte fa propria senza alcun tentennamento» e che rappresenta, per il giudice delle leggi, «un obiettivo di rilievo costituzionale – generabile da una certa normativa elettorale – volto a, in sequenza: a) agevolare la formazione di una adeguata, nel senso di stabile, maggioranza in Parlamento; b) favorire la formazione di stabili governi; c) garantire la stabilità del governo del Paese; d) rendere più rapido ed efficiente il processo decisionale nell’ambito parlamentare; e) garantire l’efficienza decisionale del sistema». Ciò «significa aderire ad una concezione ideologica della democrazia che muove dal presupposto – opinabile – che i regimi politici ‘maggioritari’ funzionerebbero meglio di quelli ‘consensuali’; che i sistemi elettorali proporzionali, al contrario di quelli maggioritari, genererebbero instabilità e inefficienza; che la capacità rappresentativa dell’organo parlamentare dovrebbe o potrebbe essere artificialmente alterata dalla disciplina elettorale al fine di raggiungere l’obiettivo della governabilità, ecc.». Così A. Deffenu, *Legge elettorale e governabilità. Riflessioni a partire dalla legge 6 maggio 2015, n. 52*, in corso di pubblicazione su *Costituzionalismo.it*, 2016.

7. L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Bari, 2003.

8. Che la giustizia costituzionale, il suo senso e la sua funzione, sia il vero obiettivo della riforma che introduce il giudizio preventivo è espresso con molta chiarezza da E. Catelani, *Pregi e difetti di questa fase di revisione costituzionale: proposte possibili*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2015 (online), p. 4: «introdurre un meccanismo di accesso preventivo e su una legge “politicamente sensibile”, significa introdurre una trasformazione del ruolo della Corte e quindi delle sue caratteristiche essenziali. Se si vuole apportare una modifica così sostanziale delle competenze della Corte, del suo rapporto con gli altri organi costituzionali e nel sistema nel suo complesso, lo si faccia pure, ma in modo esplicito con scelte omogenee ed unitarie. La sua natura di organo ibrido con una composizione politica e giurisdizionale insieme che opera con metodo giurisdizionale ha sempre costituito l’elemento caratterizzante e tipico dell’organo stesso che non è utile cambiare, proprio e solo con riguardo alla legislazione elettorale. La Corte in questi ultimi anni ha più volte esercitato poteri interpretativi andando oltre le regole che per lungo tempo si è posta ed interferendo fortemente con gli altri organi costituzionali (si pensi alla sentenza n. 1/13 sui poteri del Presidente della Repubblica, la stessa n. 1/14 sulla legge elettorale ed ancora altri esempi anche degli ultimi giorni potrebbero essere fatti) ed inserire il giudizio costituzionale all’interno della decisione politica del contenuto della legge elettorale significherebbe accentuare questa sua tendenza, se non addirittura trasformare completamente le caratteristiche ed il ruolo della Corte stessa. D’altra parte l’intervento del Presidente della Corte costituzionale, critico su tale competenza, è indicativo dei dubbi che lo stesso organo ha in ordine all’opportunità di esercitare questo potere, cosciente delle difficoltà che una tale nuova competenza potrebbe determinare sul particolare e delicato assetto dei poteri di essa e dei suoi rapporti con il potere politico». Dell’introduzione del giudizio preventivo ‘non sono stati considerati gli effetti di sistema’ secondo G. Azzariti, *Audizione alla I Commissione della Camera dei Deputati*, in *Osservatorio Aic*, 2015, on line. Per diffuse critiche v. altresì G. Tarli Barbieri, *Audizione alla I Commissione del Senato*, luglio 2015, in [www.senato.it](http://www.senato.it).

rimasta quasi del tutto assente dal dibattito, e anche dall'analisi scientifica. Ancora più significativo è che i pochi che hanno prestato attenzione a questo punto abbiano rilevato che, per come è concepito, il nuovo giudizio preventivo non è affatto uno strumento di tutela delle opposizioni. Dato il numero molto alto di parlamentari richiesto per sollevare il ricorso, e tenuto conto di come la nuova legge elettorale, l'*Italicum*, influenzerà la composizione della Camera, il giudizio preventivo «sembra più un ricorso del partito di 'opposizione' che non uno strumento di tutela delle minoranze», quale il ricorso contro la legge elettorale è in altri Paesi che lo prevedono, come la Francia e la Spagna<sup>9</sup>. Quando si riflette sul fatto che l'accordo sulla legge elettorale potrebbe essere trasversale, cioè coinvolgere il partito di maggioranza e la principale opposizione, appaiono piuttosto evidenti due dati: uno, è che il giudizio preventivo tendenzialmente non permetterà proprio a chi potrebbe essere più sensibile ai vizi della nuova legge elettorale, ossia i gruppi minori, di ricorrere avverso di essa; la seconda è che, così stando le cose, il nuovo giudizio preventivo può funzionare, anziché come rimedio avverso una legge elettorale incostituzionale o approvata in modi incostituzionali<sup>10</sup>, come meccanismo protettivo nei confronti di essa, e dell'accordo politico che vi è sotteso, vuoi perché la principale opposizione potrebbe decidere di non sollevare il ricorso; vuoi perché il ricorso potrebbe essere sollevato proprio per ottenere una pronuncia che sancisca la costituzionalità, dunque come dirò l'indiscutibilità, della nuova legge elettorale, e, magari, proprio dal partito di maggioranza. Mentre, numeri alla mano, i gruppi parlamentari mi-

norini saranno nell'impossibilità di sollevare il ricorso, potranno farlo i più grandi, compreso, appunto, il gruppo di maggioranza.

Il giudizio preventivo non è dunque un istituto a garanzia delle minoranze<sup>11</sup>, e, in effetti, lungi dal chiamare in causa il rapporto tra maggioranza e minoranze parlamentari, le giustificazioni che hanno sorretto l'introduzione del nuovo giudizio preventivo, nell'opinione pubblica e in quella scientifica hanno insistito su altre *rationes*; in particolare, quella di sapere prima, una volta per tutte, rapidamente e con certezza se la legge elettorale è o non conforme a Costituzione, e perciò evitare cioè che si ripresenti l'ipotesi che mediante il giudizio successivo una legge elettorale possa essere contestata<sup>12</sup>.

L'obiettivo che la introduzione del giudizio preventivo persegue non è quello di rendere più dialettici e trasparenti i rapporti tra maggioranza e opposizioni, ma è un obiettivo che investe la natura della giustizia costituzionale e la sua funzione, e le argomentazioni che ho appena evocato lo dimostrano. Sono argomentazioni semplificanti e ingannevoli, anche perché non è stata certamente colpa della Corte costituzionale, ma semmai delle forze politiche, se un sistema elettorale quale il *Porcellum*, vistosamente criticabile, è rimasto per lunghi anni intangibile; né è una Corte costituzionale, ma l'arena politica, la fonte naturale di elaborazione del sistema elettorale. Sono, soprattutto, quelle che insistono sulla rapidità e certezza della decisione – depositatesi nell'inedita previsione di un giudizio costituzionale 'a data certa' dato che la legge di revisione assegna alla Corte trenta giorni per decidere sul ricorso intorno alla

9. Così A. Rauti, *Il giudizio preventivo*, cit., p. 5, corsivi dell'A. Rauti rileva che il ricorso deve essere attivato da forze politiche che posseggano più della metà dei seggi destinati ad altre liste, poiché il *quorum* richiesto è di 1/4 di deputati e di 1/3 di senatori, onde alla Camera sarà richiesto l'intervento di almeno 154 parlamentari (158 secondo F. Dal Canto, *Corte costituzionale*, cit., p. 7. Da notare che nella prima versione della legge di riforma i numeri erano ancora più alti, richiedendosi 211 deputati). Poiché, con l'*Italicum*, la lista di maggioranza potrà contare su almeno il 54% dei seggi complessivi mentre il restante 46% verrà suddiviso tra le altre liste, «qui si richiede che il ricorso sia attivato da forze politiche che posseggano più della metà dei seggi destinati alle altre liste (il 25% contro il 46% per cento), ipotesi che rende 'il principale partito antagonista, se ve n'è uno, il reale *dominus* del ricorso». Anche al Senato sarà necessario un numero molto alto (33 o, secondo altri, 34 senatori su 100). L'A. giustamente osserva che il legislatore costituzionale «avrebbe dovuto rimodulare i numeri in modo da consentire il ricorso anche alle formazioni politiche minori, atteso che problemi reali di costituzionalità potrebbero sorgere anche, e forse proprio, laddove i due principali partiti dovessero raggiungere un accordo sulla legge elettorale». La possibilità per il Senato di impugnare la legge elettorale della Camera è considerata irragionevole da F. Dal Canto, *op. cit.*, p. 8; giustificata da altri (A. Rauti, *op. loc. cit.*) con la funzione di 'controllo' attribuita al Senato.

10. Almeno in linea teorica il ricorso dovrebbe poter far valere anche i vizi *in procedendo*, che potrebbero derivare, in particolare, dal mancato rispetto del procedimento normale di approvazione delle leggi e dall'indebita attivazione della facoltà del Governo di chiedere alla Camera l'iscrizione del progetto di legge elettorale con priorità all'ordine del giorno, cfr. anche su questi punti A. Rauti, *op. cit.*, p. 7.

11. La disarmonia tra il ricorso sulla legge elettorale e la *ratio* 'delle ulteriori norme di riforma sulle opposizioni' è rilevata ancora da A. Rauti, *op. cit.*, p. 4; dal momento che in queste norme (che si riducono peraltro alla previsione che i Regolamenti parlamentari dovranno garantire 'i diritti delle minoranze parlamentari' e disciplinare 'lo statuto delle opposizioni') compare il concetto di 'minoranza', come detto non valorizzato dalla norma sul giudizio preventivo sulla legge elettorale.

12. È unanimemente rilevato che lo scopo della riforma è impedire che si possa avere per una seconda volta un giudizio successivo sulla legge elettorale, v. per tutti A. Rauti, *op. cit.*, p. 1, il quale espressamente apprezza lo scopo della riforma, di individuare in modo 'sicuro e subito' i vizi di incostituzionalità delle leggi elettorali, *ivi*, p. 19.

legge elettorale<sup>13</sup> – argomentazioni profondamente antiggiuridiche, poiché se il diritto ha una funzione di civiltà, è quella, da una parte, di prospettare alla mente umana uno spazio di giudizio più complesso di quello che distingue il nero dal bianco e il vero dal falso, dall'altra parte, di tenere presente la dimensione temporale, che incide sulla percezione delle cose. Il giudizio sulla legge elettorale lo si vuole 'subito' e lo si vuole irrevocabile, 'certo', cioè 'definitivo': pur non escludendo in linea di principio la possibilità di una questione di legittimità successiva, l'intento del legislatore costituzionale, con l'introduzione del giudizio preventivo, è di prevenire e rendere nei fatti impossibile questa ipotesi<sup>14</sup>. Dato il tipo di sindacato che è stato immaginato, privo cioè, come tornerò a far notare, di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, la Corte potrà pronunciarsi su ogni aspetto della nuova legge elettorale, di tanto che, è da presumere, l'eventualità di un giudizio successivo che superi in vaglio di ammissibilità o un giudizio di manifesta infondatezza, pur non esclusa in astratto, è in pratica estremamente ridotta<sup>15</sup>. Del resto, se si introduce un giudizio preventivo, solo per ipocrisia non si esclude quello successivo, il timore del cui ripresentarsi è all'origine della riforma. Ciò che l'introduzione del giudizio preventivo segnala, dun-

que, è un cambiamento *culturale*: unanimemente, il modello preventivo di giustizia costituzionale, ispirato alla esperienza premoderna dell'interinazione, è considerato meno efficace, rispetto al giudizio incidentale, alla soddisfazione dei diritti individuali, «essendo più esplicitamente orientato alla garanzia oggettiva della Costituzione ed essendo un giudizio astratto che trova il suo limite nella circostanza di non potersi giovare della esperienza applicativa concreta della legge, dalla quale possono scaturire profili di incostituzionalità difficilmente ipotizzabili a priori»<sup>16</sup>. L'introduzione in Costituzione del giudizio preventivo è il segno di un cambiamento, recessivo, nell'intendimento della funzione e della natura della giustizia costituzionale.

La 'certezza' oggi che la legge elettorale non è incostituzionale, costa la possibilità di ridiscuterla domani alla luce di nuove argomentazioni o della percezione di problemi e mancanze, di vizi, che essa riveli nella pratica. Si incrina così un profondo fattore di equilibrio, e direi di civiltà, di cui è portatore il nostro sistema di giustizia costituzionale, dove una legge può essere dichiarata incostituzionale, ma mai «conforme alla Costituzione». Questo è un valore profondo perché tiene aperta la possibilità di discutere della costituzionalità delle leggi in mutate circo-

13. La dottrina tende a razionalizzare la previsione del termine ritenendolo meramente ordinatorio, perché «se fosse perentorio, risulterebbe assai arduo per la Corte, anche per ragioni di carattere organizzativo, svolgere un giudizio 'a tutto tondo' ovvero sull'intera legge e con riguardo a ogni possibile vizio» che è il tipo di giudizio che l'assenza di *petitum* le impone, o le permette, di fare (F. Dal Canto, *Corte costituzionale e giudizio preventivo sulle leggi elettorali*, Seminario del Gruppo di Pisa, *Corte costituzionale e riforma della Costituzione*, Firenze, 23 ottobre 2015, on line, p. 10). La questione del termine resta il segnale del carattere incompiuto, abbozzato e mal risolto della nuova forma di sindacato (aspetti sui quali tornerò nel testo) perché, anche a ritenere che il termine non sia perentorio, ma ordinatorio, siccome la pendenza del giudizio sospende la promulgazione, sorge il problema degli effetti su quest'ultima di un'eventuale tardivo provvedere della Corte. La promulgazione resterà sospesa *sine die* finché la Corte decide? Scaduti i trenta giorni il termine per la promulgazione riprende, e a spirare è il potere della Corte di decidere? Sono questioni che la riforma destinata a dare al nostro sistema certezza e stabilità lascia aperte, e che v. esaminate ancora da Dal Canto. Tende a superare l'alternativa sul carattere perentorio/ordinatorio del termine A. Rauti, *op. cit.*, p. 11 s., con una considerazione realistica (il principio di leale collaborazione dovrebbe spingere la Corte a decidere rapidamente) e non senza ipotizzare l'eventualità di un conflitto di attribuzione per menomazione sollevato davanti e contro la Corte del Capo dello Stato in caso del protrarsi di un ritardo ingiustificato da parte della Corte.

14. Al fascino di una individuazione 'sicura e subito' dei vizi di incostituzionalità delle leggi elettorali cede peraltro anche il giurista, qualche volta, v. per es. le conclusioni di A. Rauti, *op. cit.*, p. 19, per il quale del resto è un bene anche che la Corte possa decidere 'extra petita' perché così si eviterebbe «il rischio che l'incompletezza o reticenza del ricorso possano mandare indenni leggi elettorali comunque incostituzionali», con ragionamento che, al tempo stesso, dà per scontato che non possa esservi giudizio successivo, e manda al macero i principi fondanti della nostra giustizia costituzionale, i quali non conoscono leggi 'incostituzionali per definizione' e ammettono costitutivamente che una stessa legge possa essere oggetto di questioni diverse di costituzionalità.

15. «Da un punto di vista sostanziale i margini sono ridotti: se il sindacato preventivo ha riguardato l'intera legge e ha preso in considerazione tutti i suoi possibili vizi gli spazi per l'altro controllo tenderanno a ridursi. Il secondo giudizio, in particolare, prevedibilmente si concluderà con una decisione di infondatezza, magari manifesta, in relazione al precedente rappresentato dalla prima decisione»: così F. Dal Canto, *Corte costituzionale e giudizio preventivo*, cit., p. 12. Così anche A. Rauti, *op. cit.*, p. 14 («se il sindacato preventivo fosse governato dal principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato risulterebbe ovviamente molto più ampia la possibilità del giudizio successivo») il quale nota anche che, in ogni caso «la riforma non precisa i rapporti tra i due tipi di sindacato, per quanto si rientrerebbe nelle condizioni di proponibilità dei giudizi costituzionali che, ai sensi dell'art. 137 Cost., richiederebbero una legge costituzionale». Il controllo 'ad ampio raggio' consentito alla Corte è approvato dai sostenitori della riforma proprio perché 'riduce il rischio' di dichiarazioni di incostituzionalità successive all'entrata in vigore, cfr. in questi termini M. D'Amico, *Audizione alla I Commissione della Camera dei deputati*, in *Osservatorio AIC*, 2015, on line.

16. F. Dal Canto, *Corte costituzionale*, cit., p. 5.

stanze di tempo e di contesto, possibilità che, grazie alla concretezza del giudizio, cioè all'incidentalità, è rimessa alla coscienza sociale, all'esperienza di chi vive l'applicazione della legge, ovverosia ai cittadini. Il giudizio preventivo di costituzionalità che aspira a dare alle leggi elettorali una 'bollinatura' di costituzionalità, e introduce nei fatti la nuova figura della dichiarazione di costituzionalità, di conformità a Costituzione<sup>17</sup>, destinata a proteggere la legge elettorale da ogni attacco futuro, tende a espropriare da un lato la cittadinanza del proprio diritto di essere giudice diffuso, insieme alla giurisdizione, della costituzionalità delle leggi, dall'altro a privare le minoranze e le opposizioni politiche del proprio diritto di critica<sup>18</sup>. Una volta che la legge elettorale avrà ricevuto il 'bollino di costituzionalità', questo basterà, con un colpo solo, a evitare questioni future di costituzionalità, e spegnere, se non a ridicolizzare, la critica politica intorno al sistema elettorale.

Il giudizio preventivo sulla legge elettorale si pone dunque, dicevo, in continuità coi tratti involutivi che la nostra democrazia ha conosciuto nel corso del tempo, e che hanno toccato il senso stesso della giustizia costituzionale, che ci appare nel corso di un molto ambiguo cambiamento. Sempre più spesso incaricata, o spontaneamente volenterosa, di dirigere e legittimare, contenere e limitare, i percorsi della discussione politica, coi paletti del 'permesso' e del 'vietato', la nuova giustizia costituzionale si intona con un ordinamento sempre più verticalizzato, sempre meno pluralista e partecipativo, il cui valore massimo è decidere, e che svaluta, se non irride, la discussione, il dibattito, il dubbio e la critica.

Come il resto della riforma in cui si inserisce, dunque, il giudizio preventivo condivide la tendenza

a istituzionalizzare, legittimare e consolidare tratti trasformativi già insediatisi nel nostro Ordinamento circa il funzionamento e la natura delle istituzioni repubblicane; con il resto della riforma, inoltre, il nuovo giudizio preventivo condivide il carattere di consapevole incompiutezza che annuncia un crescente grado di de-formalizzazione – un crescente grado di caduta della legalità – nelle manifestazioni dell'Ordinamento.

Tutti coloro che hanno commentato la nuova disposizione sul giudizio preventivo rilevano la sua incompletezza: che cosa accadrebbe se ci fosse una dichiarazione di incostituzionalità parziale? La legge andrebbe promulgata in parte<sup>19</sup>? Quali i rapporti tra il giudizio preventivo e il, pur non formalmente escluso, giudizio successivo? Quale la ragionevolezza del prevedere il sindacato preventivo solo per le leggi elettorali statali, e non anche per quelle regionali<sup>20</sup>? Lo stesso oggetto del nuovo giudizio è ambiguo: parlando di «leggi che disciplinano l'elezione» la nuova Costituzione apre la possibilità a ricorsi che non investano le leggi elettorali in senso stretto, e non delimita dunque né il campo di intervento della Corte, lasciandolo aperto all'intera normativa elettorale di contorno, comprese le norme su incompatibilità, inleggibilità, incandidabilità, né il raggio d'azione delle forze parlamentari che abbiano interesse a sollevare il ricorso, conferendo a questo giudizio la possibilità di essere giocato ad ampio, indeterminato raggio nelle relazioni politiche, secondo contingenti determinazioni<sup>21</sup>.

Il fatto che il nuovo giudizio preventivo si apra a dubbi di questo genere denota soltanto che esso è pensato per essere un giudizio sempre rivolto alla totalità della legge (di cui garantirà la 'conformità

17. L'ipotesi che il nuovo sindacato aspiri a una pronuncia di «conformità totale della legge alla Costituzione», è presupposta dal fatto che alla Corte è consentito un giudizio «a 360 gradi sulla delibera legislativa finora sconosciuto al nostro sistema di giustizia costituzionale», A. Rauti, *op. cit.*, p. 12.

18. Secondo F. Dal Canto, *Corte costituzionale*, cit., p. 9, l'obiettivo perseguito con l'introduzione del nuovo giudizio preventivo è dar vita «a un tipo di giudizio destinato a concludersi con una pronuncia del tutto inedita, idonea, in caso di rigetto dell'istanza, a dotare la legge di una sorta di salvacondotto, o patente di legittimità». Svuotatosi il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, «il giudizio preventivo finisce per assomigliare a un controllo *ex officio* e la Corte costituzionale si allontana sempre di più dal suo ruolo di giudice». «L'obiettivo implicito, di dotare la legge elettorale di una sorta di patente di legittimità è disarmonico rispetto al modello italiano di giustizia costituzionale; la sentenza di infondatezza coprirebbe tanto il dedotto quanto il deducibile con conseguente impossibilità, una volta formato il giudicato, di promuovere una nuova questione sulla medesima legge», *ibid.*, p. 10.

19. S. Catelano, *Prime riflessioni*, cit. Problema ulteriore è quello del «rapporto tra il ricorso, non ancora presentato o in attesa di definizione entro trenta giorni da parte della Corte, e l'eventuale potere di rinvio presidenziale della delibera legislativa con messaggio motivato, il cui esercizio non viene espressamente impedito o sospeso», lo nota A. Rauti, *Il giudizio preventivo*, cit., p. 9 e 10, ritenendo che «il giudice costituzionale dovrebbe plausibilmente sospendere il giudizio e attendere che la legge venga riapprovata, ma con ogni evidenza occorrerebbe introdurre nelle future, eventuali norme sul giudizio preventivo, l'ipotesi dell'estinzione del giudizio nel caso di esercizio del potere presidenziale di rinvio».

20. Il rilievo è di E. Catelani, *op. cit.*

21. Data l'indeterminatezza dell'oggetto del nuovo giudizio, «tutto è rimesso alla giurisprudenza costituzionale» (F. Dal Canto, *Corte costituzionale*, cit., p. 9).

a Costituzione'); un giudizio che serve a escludere quello successivo, riservando ai 'rami alti' la prima e l'ultima parola e che «nel suo complesso allontana la Corte dal suo ruolo di giudice»<sup>22</sup>. Il vero problema diventa allora quello se si tratterà veramente di un giudizio, posto che come ricordato poco sopra, e come notato dai commentatori generalmente con grande perplessità, salta in questo caso la regola della corrispondenza tra chiesto e pronunciato<sup>23</sup>: il ricorso, semplicemente 'motivato' non dovrà indicare i parametri costituzionali che si assumono violati, e la Corte potrà spaziare come vuole nelle previsioni della legge e in quelle costituzionali. Ciò va sommato al fatto, che ricordavamo poco sopra, per cui a ricorrere potrà essere un partito politico che ha partecipato alla maggioranza che ha votato la legge elettorale, se non lo stesso partito di maggioranza, mossi dall'interesse di ottenere dalla Corte (in questo caso davvero chiamata in causa come 'terza camera') la 'sanzione' sulla legge elettorale, mentre le minoranze vere, coloro che sono rimasti esclusi, che potrebbero avere un concreto interesse avverso la nuova legge elettorale, non possono sollevare il ricorso, difficilmente avendone 'i numeri'. Se la nuova legge elettorale nasce per esempio da uno scavalco delle norme di procedura, saranno coloro che le hanno subite a non potersene lamentare.

In un giudizio che origina da un ricorso semplicemente motivato, e che non si deve impegnare a individuare i vizi di costituzionalità e parametri violati, manca la natura contenziosa; in un giudizio che non richiede a chi lo solleva di dimostrare il proprio interesse, anzi che può nascere da chi ha interesse a che la legge (solo apparentemente impugnata, dunque), venga conservata, manca la dimensione del controverso. Secondo una traiettoria che ha preso vistosamente corpo con la sent. n. 1 /2014, dalla giustizia costituzionale sembra che si attenda sempre meno che sia processo, ossia attività regolata da forme e il cui fine non deve essere altro che «la determinazione delle buone o cattive ragioni delle parti che vi si confrontano», e sempre più, invece, decisione preordinata a un fine, di cui è ben consapevole<sup>24</sup>. Ci si può chiedere se questo è un giudizio; se è un giudice quello che può dire quello che vuole, scegliere a piacere su cosa pronunciarsi e cosa non, non trovandosi limitato

neppure da una *quaestio* che definisca un conflitto tra interessi, valori, principi. Se è una sentenza, quella che alla sua base non ha una domanda circostanziata, e che viene emessa in un procedimento le cui regole e i cui presupposti sono tutti incerti, indefiniti, rimessi in buona sostanza al giudice e ai soggetti ricorrenti.

Il nuovo giudizio preventivo ci conduce allo snodo più problematico, inquietante, che investe la nostra democrazia, che riduce i suoi atti portanti (la legge, la sentenza) a meri simulacri.

Occorrerebbe tornare a ricordare che una legge è non una legge solo perché la emana il Parlamento, ma perché presuppone un dibattito compiuto, in cui i diritti delle minoranze e delle opposizioni sono rispettati, e un procedimento dotato di un certo grado di stabilità viene rispettato. Negli ultimi anni, tra questioni di fiducia, canguri, emendamenti premissivi, voti in aula senza Relazione di commissione, il procedimento parlamentare è stato fatto a pezzi, e con esso i valori che il procedimento protegge, legalità e qualità democratica della decisione. Ci siamo abituati a considerare legge il mero involucro esterno, il mero fatto che una deliberazione sia votata alle Camere, non importa come.

Occorrerebbe ricordare che una sentenza non è una sentenza sol perché la emana una autorità di tipo giurisdizionale ma perché è il frutto di una procedura che, per prima cosa, circoscrive i poteri del giudicante di condizionare l'esito della decisione secondo un fine dal giudicante prediletto, in primo luogo vincolandolo a pronunciarsi solo su qualcosa che qualcuno ha chiesto.

Un enorme tasso di formalismo (la legge è tale solo perché votata dalle Camere, non importa come; una sentenza è tale perché emessa da una autorità giurisdizionale, non importa come) corrisponde oggi nel nostro Paese al più alto tasso di de-formalizzazione: nel procedimento legislativo si può calpestare qualunque disposizione, qualunque principio, pur di arrivare al risultato dell'approvazione; nel procedimento giurisdizionale pure?

L'alleanza tra legalità-procedura e tra la qualità democratica della convivenza sembra dimenticata. Chi impugna la legge elettorale non dovrà neppure fare la fatica di spiegare perché, ma disporsi a ricevere la lezione di diritto costituzionale che la Corte vorrà

22. F. Dal Canto, *op. cit.*, p. 10.

23. La presentazione di ricorsi corredati da motivazioni prive dell'indicazione di specifici profili di incostituzionalità è «una soluzione che non trova riscontro nel diritto processuale vigente», osserva F. Dal Canto, *op. cit.*, p. 9; l'autore opina che a questi giudizi dovrebbe comunque applicarsi l'art. 23 della legge 87/1953, sui giudizi davanti alla Corte (la Corte si pronuncia 'nei limiti dell'impugnazione') pur ritenendo che allo scopo sia necessaria «una disciplina attuativa *ad hoc* intesa a regolamentare il nuovo istituto». Un esempio *ad abundantiam*, anche, della incompiutezza con cui il nuovo istituto è regolamentato.

24. G. Zagrebelsky, *La sentenza n. 1/2014 e i suoi commentatori*. Il saggio, pubblicato su *Giur. Cost.*, 2014, è facilmente reperibile anche on line.

impartire, o limitarsi a darle l'occasione di enunciare. Ma una lezione non è una sentenza. Se il processo costituzionale non è processo, il diritto costituzionale non è diritto, ma ideologia, che può essere buona a tutti gli usi.

Dicevo in apertura che l'antica narrativa, di tipo giurisdizionalistico, cui rimanda la Costituzione (mantenere viva, nel mutamento, una tavola di valori, un complesso di principi ritenuti fondamentali per la convivenza) cede a una diversa, secondo cui la Costituzione serve a proteggere l'efficienza delle istituzioni. Una tavola di valori, un complesso di principi si protegge con l'arte del giudizio; all'efficienza delle istituzioni del giudizio basta e conviene l'apparenza. Sottesa alla nuova Costituzione è una mentalità anti-giuridica, che oggi mi pare largamente diffusa: tutto ciò che col diritto si apparenta, cioè l'analisi problematica e dialettica delle questioni, svolta considerando su un piede di parità interessi contrapposti e i loro

portatori, e con pensiero possibilista, viene oggi screditato nel nostro Paese, dove ai cittadini viene detto che possono gioire perché finalmente sapremo subito, con certezza irrevocabile, se una legge (si comincia con quella elettorale, vedremo dove si va a finire) è costituzionale o non, purché essi non ci mettano bocca (il 'rischio' del giudizio successivo deve essere evitato; la voce delle minoranze fatta tacere). Scambiandolo con un mero fatto di autorità, del diritto viene smarrito il contributo di civiltà che esso dà alla convivenza: educare al senso delle possibilità, che vanno esplorate con spirito aperto, dubitativo, con moderazione e autodisciplina, e col tempo che richiedono, e, soprattutto, in una dialettica reale e veridica tra argomenti. Sono valori di cui va perduto il senso, quando a esser coltivato è solo il bello delle pronte certezze a scatola chiusa. E a una cosa chiamata a dare certezze così intese è difficile dare il nome di Costituzione e di diritto costituzionale.



## La riforma costituzionale e la sua incidenza sulla oscillazione del pendolo verso l' "anima politica" della Corte costituzionale

di Roberto Romboli

I riflessi della riforma sulla Corte costituzionale sono analizzati attraverso alcuni temi classici della giustizia costituzionale ed alla luce delle novità introdotte dal disegno di legge sottoposto a referendum. Vegono in rilievo, così, la composizione della Corte, il contenzioso costituzionale Stato/Regioni, il possibile incremento dei vizi formali delle leggi, la nuova competenza "preventiva" e rapporti di quest'ultima con il potere di rinvio del Capo dello Stato.

Quale anima della Corte prevarrà? Quella "politica" o quella "giurisdizionale"?

### 1. Premessa. Il momento attuale della giustizia costituzionale ed i sintomi dell'emergere della natura politica della Corte costituzionale

Con questo scritto intendo svolgere alcune considerazioni in ordine alla possibile incidenza della riforma costituzionale – sulla quale saremo chiamati a pronunciarsi il prossimo ottobre attraverso il referendum previsto dall'art. 138 della Costituzione – in ordine al funzionamento della Corte costituzionale ed al ruolo da questa assunto nel nostro sistema istituzionale dopo sessanta anni di attività.

Con riguardo a questo secondo aspetto, concernente il noto e classico problema della natura del Giudice costituzionale, ci potremmo chiedere se la riforma approvata dal parlamento possa determinare uno spostamento del pendolo della giustizia costituzionale verso l'anima politica oppure verso quella giurisdizionale.

Il problema assume una certa importanza soprattutto in considerazione del particolare momento della nostra Corte, la quale negli ultimi anni è sembrata aumentare in maniera considerevole la vocazione "politica" ed il suo dialogo quindi con il legislatore, rispetto a quella "giurisdizionale", venendo quindi a prestare una minore attenzione ai rapporti con l'au-

torità giudiziaria ed i concreti interessi fatti valere nel giudizio costituzionale attivato in via incidentale.

Appaiono come espressione del suddetto spostamento del pendolo, alcune note decisioni di questi ultimi anni, a partire ovviamente da quelle in materia di elezioni.

La dichiarazione di incostituzionalità della legge elettorale nazionale del 2005 (sent. 1/2014) è stata infatti pronunciata dopo che la Corte ha superato i dubbi circa la ammissibilità della questione proposta dalla Corte di cassazione attraverso una lettura "generosa" dei propri precedenti in ordine alla necessità di un *petitum* distinto da quello proprio del giudizio "a quo", ma la parte certamente più significativa a proposito di quanto stiamo dicendo è rappresentata dalle ulteriori motivazioni aggiunte *ad adiuvandum* (la Corte usa significativamente l'espressione «per di più»), secondo le quali leggi quale quella elettorale, che definisce le regole essenziali per il funzionamento di un sistema democratico, non possono essere immuni dal sindacato della Corte, pena il determinarsi di una zona franca e quindi di un *vulnus* intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato.

Il Giudice costituzionale introduce inoltre, con la stessa decisione, una importante limitazione al proprio ruolo di garante dei diritti fondamentali e della costituzionalità delle leggi, sostenendo che il limite delle «leggi a contenuto costituzionalmente neces-

sario», elaborato con riguardo all'ammissibilità delle richieste di *referendum* abrogativo, sia applicabile anche alle sentenze di incostituzionalità della Corte.

Questo significa che, di fronte ad una legge costituzionalmente necessaria ma incostituzionale, la Corte, venendo all'evidenza meno al suo ruolo, non può procedere alla dichiarazione di incostituzionalità qualora a seguito di quest'ultima non risulti una normativa immediatamente applicabile.

Un tipo di limitazione rilevante nella misura in cui certamente la Corte non possiede tutti gli strumenti necessari allo scopo e può pertanto rischiare di svolgere un ruolo che non le è proprio, come pare dimostrare proprio il caso della sent. 1/2014, in cui essa ha operato in effetti in modo che la lacuna non si creasse ed attraverso la quale dato vita al cd "*consultellum*".

L'"ampliamento" all'accesso ricavabile dalla ricordata decisione ha determinato che, in tempi molto ravvicinati, la Corte sia stata chiamata a pronunciarsi su altre questioni simili, aventi ad oggetto la legge elettorale per il parlamento europeo e quella per l'elezione del consiglio regionale lombardo.

Nel primo caso la questione è stata dichiarata inammissibile ed a questo scopo ha assunto un ruolo decisivo nell'economia della pronuncia il fatto che, a differenza del caso risolto con la sent. 1/2014, il dubbio di costituzionalità poteva essere fatto valere attraverso la via incidentale e non poteva quindi parlarsi di "zona franca" (sent. 110/2015).

Ciò che pertanto nel primo caso aveva assunto il ruolo di argomento "*ad abundantiam*", diviene adesso invece elemento decisivo per la dichiarazione di inammissibilità.

Anche la questione di costituzionalità della legge regionale della Lombardia è stata dichiarata inammissibile, relativamente alla parte in cui prevede un particolare premio di maggioranza e, mentre nella sent. 1/2014 la Corte si era mossa su un piano del tutto astratto e senza riferimento ad una specifica consultazione elettorale, nel caso della legge regionale al contrario la conclusione è stata fondata sopra una valutazione tratta dalla applicazione della legge al caso concreto, il Giudice costituzionale infatti osserva come «la disposizione censurata non ha prodotto alcuno degli effetti incostituzionali paventati dal rimettente: la maggioranza assoluta dei seggi, infatti, non è stata attribuita ad una coalizione votata da una frazione minuscola dell'elettorato; il presidente a cui le liste erano collegate non è risultato eletto con un numero esiguo di voti; né il voto disgiunto ha comportato voti per le liste collegate inferiori a quelli del presidente» (sent. 193/2015).

Una simile oscillazione di fronte a questioni sostanzialmente analoghe non può non dare l'impressione di scelte eccessivamente discrezionali da parte

del Giudice delle leggi e guidate da ragioni che possono sembrare di opportunità politica.

Lo stesso può dirsi a proposito di un momento di estrema importanza per il giudizio di costituzionalità delle leggi, quale quello della efficacia delle dichiarazioni di incostituzionalità e conseguentemente del rispetto delle regole del processo costituzionale.

In occasione della dichiarazione di incostituzionalità della cd *robin tax*, la Corte infatti, contrariamente a quanto pare derivare dalle regole fissate in proposito dalla Costituzione e dalle leggi attuative, ha stabilito che la stessa non doveva valere per il giudizio in corso, ma solo per il futuro, nonostante avesse accertato che la incostituzionalità denunciata sussisteva *ab origine* e non poteva quindi ritenersi sopravvenuta in un momento successivo alla sua entrata in vigore (sent. 10/2015).

Solo dopo pochi mesi la Corte costituzionale, con riguardo al blocco degli scatti per i dipendenti pubblici contrattualizzati, di fronte alla analoga esigenza di limitare la incidenza degli effetti finanziari della dichiarazione di incostituzionalità sulle casse dello Stato, ha seguito invece la differente, già sperimentata soluzione della illegittimità costituzionale sopravvenuta.

Sempre a proposito della efficacia delle dichiarazioni di incostituzionalità, può essere ricordata anche la sent. 170 del 2014, in tema di cd divorzio imposto, con cui la Corte ha dichiarato incostituzionali gli art. 2 e 4 l. 14 aprile 1982 n. 164, nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore.

La particolarità consiste nel fatto che la Corte, accanto alla questione principale relativa alla disciplina del cd divorzio imposto (nella sostanza dichiarata infondata), ne affronta un'altra, connessa ma del tutto differente, relativa alla mancata disciplina della vita di coppia per una unione omosessuale, dichiarandola invece incostituzionale.

In realtà ciò che viene dichiarato incostituzionale finisce quindi per essere la "pura e semplice" omissione del legislatore e la decisione viene pertanto inevitabilmente a determinare una notevole incertezza – come dimostrato dalle diverse ed opposte soluzioni evidenziate dalla dottrina – in ordine al comportamento che dovranno tenere in proposito il giudice *a quo* e gli altri giudici.

Le ragioni della incertezza derivano in larga misura dal fatto che la Corte si sia ritenuta competente

a giudicare, e quindi anche a dichiarare incostituzionale, la “pura e semplice” omissione del legislatore, con tutte le conseguenze che da questo, anche per il futuro, discenderanno.

La riforma costituzionale viene a investire alcuni importanti aspetti della giustizia costituzionale che potranno incidere sulla oscillazione del pendolo verso l’una o l’altra “anima” e riguardano più specificamente: a) la composizione della Corte; b) l’incidenza della modifica del titolo V della parte seconda sul contenzioso costituzionale tra lo Stato e le Regioni; c) il possibile incremento dei vizi formali delle leggi e le vie di accesso allo scopo di farli valere davanti al Giudice costituzionale; d) la previsione di una nuova competenza della Corte a giudicare sulla legge elettorale nazionale in via preventiva e la particolare sua “prima applicazione”; e) i riflessi della riforma sulla relazione tra il controllo della Corte ed il rinvio delle leggi da parte del Capo dello stato.

Questi pertanto gli aspetti che vorrei porre in luce rispetto alla riforma costituzionale Renzi-Boschi.

## 2. La riforma costituzionale e la nuova disciplina per la elezione dei giudici costituzionali

A nessuno sfugge la stretta connessione che viene a porsi tra la individuazione dell’elettorato attivo e di quello passivo per la elezione dei giudici costituzionali e la natura del Giudice costituzionale.

Costantino Mortati, all’indomani della entrata in vigore della Costituzione e ben prima dell’inizio del funzionamento della Corte costituzionale, osservava come «di tutti gli istituti può dirsi che la loro sorte è affidata alla capacità dei titolari; ma questo vale in modo particolare per i giudici di una Corte costituzionale perché essi devono riunire doti, le quali non facilmente vanno insieme: la profondità della cultura giuridica ed il pieno possesso di tutte le risorse e le sottigliezze della tecnica giuridica, e nello stesso tempo la conoscenza della storia e delle istituzioni costituzionali dei Paesi di civiltà europea; la piena indipendenza dalle parti politiche in contrasto, ma d’altra parte, l’informazione precisa della posizione di ogni formazione politica, della loro ragion d’essere, dei loro programmi, del loro peso, la consapevolezza delle aspirazioni popolari, dei termini dei problemi sociali che vanno elaborandosi nella coscienza delle moltitudini» (*La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità* (1949), in *Scritti Mortati*, 1972, III, 683-684).

La tripartizione del potere di nomina prevista dal Costituente (Parlamento, alte magistrature e presidente della Repubblica) è risultata, all’atto pratico, una scelta felice, la quale ha consentito alla Corte di

avvalersi di una sensibilità politica, di una capacità tecnica e di una posizione di indipendenza e di imparzialità dei suoi componenti.

L’aspetto negativo, più volte sottolineato, è rappresentato dai ritardi nelle nomine parlamentari, dovuti in certi momenti alla difficoltà delle forze politiche di trovare un accordo sulla ripartizione tra le stesse delle nomine e soprattutto sulle persone da eleggere, come accaduto anche di recente.

A più riprese, in dottrina e nei progetti di riforma costituzionale che si sono succeduti, si è posto il problema relativo alla attribuzione, in varie forme e modalità, anche alle regioni di poter svolgere una loro incidenza nelle nomine dei giudici costituzionali.

Diverse le motivazioni poste a sostegno di una simile richiesta: a) la considerazione del fatto che la Corte decide questioni nelle quali sono parti le Regioni e della incidenza quindi di tali decisioni nella definizione del ruolo e delle competenze regionali; b) la necessità di dotare la Corte di una “sensibilità regionalista”; c) il ruolo acquisito e riconosciuto alle regioni nel nostro sistema costituzionale.

Le prime due motivazioni paiono senza dubbio prive di fondamento, dal momento che, con riguardo alla prima, molti altri sono i destinatari delle decisioni della Corte che dovrebbero quindi rivendicare un loro coinvolgimento nella scelta dei giudici costituzionali, mentre allo scopo meglio sembrerebbero utilizzabili differenti strumenti a garanzia degli interessi delle autonomie territoriali (quali ad esempio un ampliamento dell’accesso o della partecipazione al giudizio costituzionale).

Quanto alla necessità che i giudici costituzionali siano dotati di una non meglio specificata “sensibilità regionale”, ciò parrebbe, contro ogni evidenza, negare che finora tutti i giudici eletti dal parlamento debbano considerarsi “statalisti”, poco o per niente sensibili agli interessi delle regioni.

La terza motivazione appare maggiormente apprezzabile, purché le modalità di elezione siano tali da non attribuire ad alcuni giudici il mandato di “avvocati delle Regioni”, tenuti in ogni caso a difenderne le ragioni e gli interessi.

Le differenti stesure della riforma in esame mostrano in proposito un andamento ondivago, dal momento che è stata prevista, poi esclusa ed infine di nuovo reinserita, una disposizione che attribuisce l’elezione dei cinque giudici di nomina parlamentare tre alla Camera dei deputati e due al Senato, richiedendo allo scopo una maggioranza qualificata.

La ragione è vista anche nella necessità di evitare nel Parlamento in seduta comune il prepotere della Camera (630 deputati) rispetto al Senato ridotto a 100 membri, anche se per alcuni (A. Pace e A. Di Todoraro, *Domande e risposte sul referendum costituzionale*, [www.sollevazione.blogspot.it](http://www.sollevazione.blogspot.it), 27 giugno 2016)

il criterio seguito urta contro il principio di proporzionalità.

È stato giustamente osservato (E. Rossi, *Una costituzione migliore? Contenuti e limiti della riforma costituzionale*, Pisa, 2016, 166) come ciò poteva essere perseguito in altro modo, ossia diversificando i *quorum* necessari per la elezione dei giudici costituzionali (due terzi del totale, di cui almeno la metà più uno dei senatori), cui può aggiungersi che per coerenza lo stesso avrebbe dovuto essere previsto, per le medesime ragioni, anche per la elezione di un terzo dei componenti il Consiglio superiore della magistratura.

La riforma non pare certamente risolvere il problema dei ritardi nelle nomine se non nel senso di aggravarli, mentre la capacità di realizzare la partecipazione delle Regioni e degli enti territoriali alla nomina dei giudici costituzionali dipenderà molto da quello che sarà in concreto il ruolo che svolgerà il nuovo Senato, al momento davvero difficile da prevedere.

La riforma attribuisce alla Camera la rappresentanza della nazione, mentre riconosce al Senato quella di rappresentare le istituzioni territoriali.

Una vera rappresentanza degli interessi degli enti territoriali porterebbe a caricare i giudici eletti dal Senato di una sorta di “mandato regionalista” poco consona ad un giudice costituzionale ed al ruolo che questi è chiamato a svolgere nel collegio, mentre il più probabile raggruppamento dei senatori in ragione dei partiti di cui sono espressione, toglierebbe significato alla suddivisione delle nomine tra Camera e Senato, dal momento che la funzione in esame parrebbe meglio realizzata unitariamente da un organo unico, quale il Parlamento in seduta comune.

### **3. La modifica del titolo V della parte seconda della Costituzione e la sua incidenza sul contenzioso Stato-Regioni di fronte alla Corte costituzionale**

Negli ultimi anni – a seguito della riforma costituzionale del titolo V della parte seconda della Costituzione e soprattutto della mancata approvazione delle necessarie norme di attuazione – si è prodotto un notevole innalzamento del contenzioso Stato-Regioni davanti alla Corte costituzionale, soprattutto attraverso lo strumento del giudizio in via principale.

Abbiamo infatti addirittura assistito ad uno storico sorpasso delle sentenze pronunciate a seguito di giudizi in via diretta rispetto a quelle che hanno definito il giudizio in via incidentale, entrato “in crisi” anche a seguito della diffusione tra i giudici comuni del ricorso alla interpretazione costituzionalmente conforme che ha determinato spesso il superamento dei dubbi di costituzionalità in via interpretativa.

Qualcuno ha parlato di una trasformazione della Corte da giudice dei diritti a giudice dei conflitti e nelle relazioni annuali dei presidenti della Corte costituzionale il fenomeno è stato quasi sempre sottolineato con preoccupazione, invitando al contempo il Parlamento e le forze politiche ad intervenire per porvi rimedio.

Una delle ragioni attraverso le quali è stata giustificata la ulteriore modifica del titolo V della parte seconda della Costituzione è stata infatti proprio quella di porre rimedio all’alto contenzioso tra i due enti territoriali.

La delimitazione delle competenze tra lo Stato e le Regioni ha vissuto, come noto, una storia particolare nel nostro Paese, dove l’attuazione delle seconde, a statuto ordinario, ha subito un ritardo di oltre venti anni, dopo essere diventato una rivendicazione ricorrente delle forze politiche di sinistra.

L’attuazione dopo molti anni avvenne in maniera piuttosto prudente e con la preoccupazione di non creare rischi alla unità della Repubblica, mentre successivamente le richieste del riconoscimento di una maggiore autonomia furono riconosciute con le riforme costituzionali del 1999 (autonomia statutaria) e 2001. Nello stesso segno si muoveva anche la riforma costituzionale del 2005 approvata dal Parlamento e poi bocciata dal corpo elettorale con il referendum del 2006.

L’attuale riforma costituzionale segna invece una chiara ed evidente inversione di tendenza nel senso di una pesante riduzione dell’autonomia delle Regioni ed un accentramento delle competenze in capo allo Stato.

Più in particolare vengono previsti due cataloghi di materie, il primo (che arriva alla lettera z) comprende le materie in cui lo Stato ha “legislazione esclusiva”, il secondo quelle in cui la Regione ha “potestà legislativa”, cui si aggiunge la competenza residuale per tutte le materie non espressamente riservate alla competenza esclusiva dello Stato.

Viene pertanto soppressa l’ipotesi di una competenza concorrente, che aveva rappresentato l’elemento forse più caratterizzante della disciplina dei rapporti tra Stato e Regioni, quale strumento di possibile collaborazione e cooperazione tra i due enti.

La stessa viene invece all’evidenza individuata come il capro espiatorio e la ragione dell’alto contenzioso costituzionale.

In realtà, a parte ogni altra considerazione, una volta abolita la competenza concorrente “all’italiana”, la riforma fa nascere nuove e diverse ipotesi di potestà concorrente, allorché stabilisce la competenza statale solo limitatamente alle «disposizioni generali e comuni» di diverse materie (ad esempio tutela della salute, sicurezza alimentare, tutela e sicurezza del lavoro, istruzione e formazione professionale, governo

del territorio) oppure alle «disposizioni di principio» (ad esempio sulle forme associative dei comuni) oppure «al livello nazionale» o «di interesse nazionale».

Una evidente possibile invasione dello Stato nelle materie riconosciute di competenza regionale deriva poi dalla previsione della cd clausola di supremazia, in base alla quale «*su proposta del Governo, la legge dello Stato può intervenire in materie non riservate alla legislazione esclusiva quando lo richieda la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica ovvero la tutela dell'interesse nazionale*».

La riforma costituzionale pare aver tenuto a base della stessa il testo costituzionale come risultante dalla riforma del 2001 e molto meno quello “vivente”, derivante cioè dalla cospicua elaborazione giurisprudenziale ad opera della Corte costituzionale.

D'altra parte, proprio l'esame della giurisprudenza costituzionale e delle molte questioni di costituzionalità proposte in via principale, sembrano mostrare come la ragione dell'alto contenzioso non risieda affatto nella previsione di una competenza concorrente, ma molto di più nell'uso delle materie esclusive dello Stato come materie trasversali oppure la sovrapposizione tra materie statali e regionali. Una ragione dell'aumento del contenzioso può inoltre essere individuata nell'avvenuta abolizione del carattere preventivo del ricorso statale che consentiva l'avviarsi di una trattativa tra lo Stato e le Regioni.

Difficile pensare che la riforma possa determinare una riduzione del contenzioso, mentre tutto lascia pensare che, al contrario, essa possa causare un ulteriore innalzamento dello stesso, dopo che negli ultimi anni è dato registrare una flessione, dovuta proprio alla definizione dei rapporti derivante da una giurisprudenza costituzionale che è venuta progressivamente consolidandosi almeno su alcuni aspetti determinanti.

La riforma, come detto, mantiene la previsione di cataloghi di materie ed in proposito non pare che il problema sia quello di una migliore o peggiore scrittura delle materie ivi previste, dal momento che sempre e comunque si daranno problemi interpretativi per la determinazione del loro concreto contenuto, quanto quello di individuare una soluzione di carattere politico.

La modifica dei cataloghi delle materie, la reintroduzione della nozione di “interesse nazionale”, eliminata con la riforma del 2001, nonché i contorni sfumati della clausola di supremazia («tutela della unità giuridica o economica della Repubblica»), lasciano supporre che la Corte costituzionale, da un lato, non potrà far riferimento alla propria pregressa giurisprudenza e, anche a fronte delle medesime espressioni, dovrà collocare le stesse in un contesto costituzionale assai differente.

Dall'altro lato pare innegabile l'attribuzione al Giudice costituzionale di una margine di discrezio-

nalità ancora maggiore di fronte ai futuri, prevedibili conflitti.

Sulle reali possibilità che la riforma determini una diminuzione del contenzioso costituzionale risultano significative le risposte fornite da molti esperti della materia ai quesiti formulati dalla rivista *le Regioni* e pubblicate in un fascicolo (1/2015) interamente dedicato a “regioni e riforme costituzionali”.

A parte la posizione di chi sostanzialmente nega l'esistenza del problema, non condividendo la “fobia contro il contenzioso costituzionale”, ritenendo lo stesso fisiologico al sistema e necessario ogni qual volta avviene una riforma della disciplina costituzionale e sostenendo che questa è in fondo la ragione per la quale la Corte costituzionale è stata prevista (Fusaro).

Altri ritengono opportuna l'attribuzione al Senato di una funzione di monitoraggio e valutazione del contenzioso in via principale da parte sia della Regione che dello Stato (Gianfrancesco).

La generalità delle risposte è nel senso che la riforma non determinerà affatto una riduzione del contenzioso, «a meno che si affermi davvero l'inaccettabile linea istituzionale per la quale di norma è la legge ordinaria statale la fonte liberamente legittimata a determinare i confini tra le diverse competenze» (De Siervo).

Sul presupposto che l'esplosione dei ricorsi, deciso dagli apparati ministeriali, è anche frutto della eliminazione del controllo preventivo, viene proposto di prevedere una procedura rapida e collaborativa che costituisca una garanzia per le Regioni contro la burocrazia ministeriale (Bin).

Molti (ad esempio Tarli Barbieri, Violini) concordano che la soluzione all'alto contenzioso deve essere di natura politica ed anche l'allora presidente della Corte costituzionale Gaetano Silvestri, nell'attribuire la ragione dell'alto contenzioso ad una disciplina costituzionale inadeguata, mise in guardia nel senso che «negli ordinamenti giuridici moderni nulla può sostituire forme efficaci di cooperazione tra i diversi livelli di governo né la ricerca di determinazioni sempre più analitiche e complesse delle competenze legislative può prendere il posto di istituzioni, poste all'interno del processo di decisione politica nazionale, destinate a comporre, in via preventiva – già nell'*iter* di formazione delle leggi statali – le esigenze dell'uniformità e quelle dell'autonomia» (Relazione relativa alla attività della Corte costituzionale per l'anno 2013).

Il “nuovo” Senato, rappresentativo delle istituzioni territoriali, dubito che possa costituire la soluzione politica richiesta.

L'ipotesi da alcuni avanzata in base alla quale nelle leggi bicamerali le Regioni, in quanto rappresentate dal Senato che ha approvato la legge, non potrebbero successivamente impugnare la stessa davanti

alla Corte costituzionale risulta, allo stato attuale della normativa, del tutto impraticabile, anche perché, *ad abundantiam*, forti dubbi possono nutrirsi verso la capacità del Senato, composto nel modo indicato dalla riforma, a rappresentare le Regioni.

In proposito è stato ad esempio rilevato come, all'interno dello stesso organo, potrebbero venirsi a creare due gruppi distinti, uno in rappresentanza delle Regioni (consiglieri regionali) e l'altro dei comuni (sindaci) (Di Cosimo, Ruggeri), anche se la probabile aggregazione dei futuri senatori per affiliazione politica finirebbe per sfumare notevolmente il carattere rappresentativo delle istituzioni territoriali.

Del resto in ragione della prevista composizione del Senato e della elezione dei consiglieri regionali e dei sindaci, parrebbe altresì da escludere l'ipotesi di un "voto di delegazione", che verrebbe a porsi in palese contrasto con la rappresentanza delle minoranze all'interno del consiglio regionale ed il divieto di mandato imperativo.

Una riforma in conclusione che, da un lato, non sembra risolvere i problemi del contenzioso costituzionale e, dall'altro, determina, per le ragioni viste, un ampliamento dello spazio di scelte discrezionali della Corte costituzionale nella risoluzione dei conflitti di competenza tra stato e regioni.

#### **4. Il possibile incremento dei vizi formali delle leggi e le vie di accesso per farli valere nel giudizio costituzionale**

Il superamento del bicameralismo paritario a favore di un bicameralismo differenziato, per il riconoscimento comunque di una competenza legislativa in capo al Senato, ha determinato la previsione di tutta una serie di differenti procedimenti, analiticamente analizzati da Emanuele Rossi (*Procedimento legislativo e ruolo del Senato nella proposta di revisione della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2015, 203 ss.), che ha parlato in proposito di un vero e proprio "gineprajo".

Dall'accurato esame di Rossi risultano nove differenti procedimenti e precisamente: il procedimento bicamerale; quello monocamerale, con la possibilità per il Senato di richiedere modifiche o integrazioni; quello monocamerale con ruolo rinforzato per il Senato nel caso di leggi espressive della cd clausola di supremazia; quello particolare relativo ai disegni di legge, ai sensi dell'art. 81, 4° comma, Cost.; quello abbreviato per ragioni di urgenza; quello "a data certa"; quello relativo a leggi di conversione di decreti-legge; quello per le proposte di legge di iniziativa popolare ed infine quello conseguente alla richiesta del Senato, ai sensi dell'art. 71, 2° comma, Cost.

La previsione di differenti procedimenti legislativi, con la indicazione di presupposti, termini da rispettare e quanto altro potrebbe determinare, con ogni probabilità, un deciso aumento di possibili vizi formali della legge, ipotesi finora realizzatasi in un numero decisamente basso di casi e da considerarsi quasi eccezionale.

A dimostrazione di ciò è possibile procedere con alcuni esempi.

Le leggi bicamerali, per le quali pertanto permane il regime del bicameralismo perfetto, sono previste in relazione ad un ampio ed articolato numero di materie, rispetto al quale risulta davvero arduo individuarne una *ratio* unitaria. Per tali leggi è poi previsto uno *status* particolare nel senso che le stesse debbono avere un «oggetto proprio» e possono essere abrogate, modificate o derogate solo in forma espressa e da leggi bicamerali, mentre nessun accorgimento è stato previsto, come invece in occasione di altri progetti di revisione costituzionale, allo scopo di evitare la *navette* parlamentare senza limiti, ad esempio attraverso la previsione di un organo misto (deputati e senatori) con il compito di conciliazione.

Una simile previsione pone già il difficile problema di individuare quale sia il significato dell'obbligo, per le leggi bicamerali, di un «oggetto proprio» e di quale sia in concreto l'applicazione del principio della abrogazione espressa, specie nella considerazione, più generale, che è ben prevedibile la possibilità di leggi a contenuto non omogeneo, vale a dire contenenti sia disposizioni rientranti tra le materie riservate alla legge bicamerale, sia altre di competenza monocamerale.

La previsione di materie riservate alla legge bicamerale, con competenza della legge monocamerale per tutte le altre, pone all'evidenza, al pari di quanto verificatosi nei rapporti tra legge statale e legge regionale, un problema di interpretazione del significato e del contenuto da riconoscere alle singole materie indicate al fine di individuare in concreto quale sia la competenza (bi o monocamerale).

La riforma stabilisce che «*i presidenti delle Camere decidono d'intesa tra loro, le eventuali questioni di competenza, sollevate secondo le norme dei rispettivi regolamenti*».

Una soluzione quindi, quella della intesa, priva di alternative, quale ad esempio poteva essere la previsione di un comitato paritetico, nell'ipotesi in cui l'intesa non si realizzasse.

Nella riforma costituzionale approvata dal parlamento nel 2005 e poi bocciata l'anno successivo dal corpo elettorale, era ugualmente prevista, per decidere sulle eventuali questioni di competenza, l'intesa fra i presidenti delle Camere, precisando però la possibilità per gli stessi di deferire la decisione ad un comitato paritetico (quattro deputati e quattro senatori, da

loro designati), nonché che la decisione dei presidenti o del Comitato «non è sindacabile in alcuna sede».

Quest'ultima previsione aveva suscitato molti dubbi di conformità alla disciplina generale sul controllo di costituzionalità della legge, per la limitazione introdotta.

Per quanto concerne invece le leggi monocamerali, il procedimento "normale" prevede che ogni disegno di legge approvato dalla Camera sia immediatamente trasmesso al Senato, il quale, entro dieci giorni, può richiedere di esaminarlo, su richiesta di almeno un terzo dei suoi componenti. Se ciò avviene il Senato ha poi trenta giorni per deliberare proposte di modifica sulle quali la Camera dei deputati si pronuncia in via definitiva.

Potrebbe porsi il problema se la Camera, in sede di esame degli emendamenti proposti dal Senato, possa modificare, anche radicalmente, il testo originariamente approvato o debba al contrario limitarsi a pronunciarsi in ordine alle richieste del Senato e, in caso di risposta affermativa al primo aspetto, se il Senato possa richiedere un nuovo esame della parte "nuova", non connessa alla richiesta di emendamenti, al fine di evitare un possibile aggiramento, da parte della Camera, del potere di esame e di emendamento del Senato.

Con riguardo alle già ricordate leggi con cui lo Stato decide di intervenire in materie non riservate alla legislazione esclusiva, quando lo richieda la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica ovvero la tutela dell'interesse nazionale (cd clausola di supremazia), qualora le proposte di modifica del Senato siano approvate dalla maggioranza assoluta dei suoi componenti, la Camera può non conformarsi solo pronunciandosi nella votazione finale a maggioranza assoluta dei propri componenti.

La formulazione non certo impeccabile della disposizione pone alcuni problemi interpretativi.

Il primo riguarda la possibilità per il Senato di proporre modifiche solo a maggioranza assoluta, con esclusione quindi di farlo con una maggioranza relativa.

Il secondo concerne l'ipotesi in cui la Camera non raggiunga la maggioranza richiesta (assoluta) per non conformarsi alle modificazioni proposte, ma ad esempio la maggioranza semplice.

In questo caso potremmo ritenere che il mancato raggiungimento della maggioranza richiesta dalla norma per «non conformarsi» alle modificazioni proposte comporti l'obbligo per la Camera di conformarsi, con l'effetto quindi di far ritenere approvate le modifiche proposte dal Senato.

Questo parrebbe contrastare con il fatto che si tratta di una legge monocamerale, che dovrebbe escludere comunque la possibilità che la stessa, anche in parte, non sia approvata dalla Camera.

L'ipotesi in cui la proposta di modificazione, approvata a maggioranza assoluta dal Senato, non venga respinta con voto della maggioranza assoluta della Camera, parrebbe meglio far concludere per la mancata approvazione della legge e quindi per la impossibilità di procedere alla sua promulgazione e, nel caso in cui invece lo fosse, la legge sarebbe impugnabile davanti alla Corte costituzionale per vizio del procedimento.

Possibili vizi formali della legge sono configurabili pure con riferimento al nuovo istituto del procedimento legislativo "a data certa", in base al quale il Governo può chiedere alla Camera che un disegno di legge, ritenuto essenziale per l'attuazione del programma di governo, sia iscritto con priorità all'odg. La Camera, entro cinque giorni, deve deliberare in proposito e, in caso di accettazione, la pronuncia definitiva della Camera deve intervenire entro settanta giorni dalla suddetta deliberazione. È previsto un rinvio al regolamento parlamentare per la disciplina delle modalità e dei limiti del procedimento, anche con riferimento all'omogeneità del disegno di legge.

Sono previsti alcuni limiti al possibile utilizzo del suddetto procedimento, dal momento che lo stesso non può essere richiesto, e quindi utilizzato, per le materie riservate alla competenza della legge bicamerale, che richiede un intervento del Senato in condizioni di parità rispetto alla Camera, nonché comunque per le leggi in materia elettorale, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali, di amnistia e di indulto, di bilancio, ai sensi dell'art. 81, 6° comma, Cost.

La violazione dei limiti di materia appena ricordati, della omogeneità del disegno di legge e pure della sua complessità, anche con riguardo alla possibilità di un ampliamento dei tempi di decisione, potrebbero rappresentare ipotesi di vizio formale della legge, mentre appare invece destinato a svolgere il ruolo di una mera clausola di stile il carattere essenziale per l'attuazione del programma di governo richiesto per il disegno di legge, non potendo certo la Corte costituzionale sindacare una simile indicazione fatta da parte del Governo.

Trattandosi di un procedimento il quale deve concludersi entro un termine prefissato (settanta giorni, prorogabili per altri quindici), potrebbe porsi inoltre il problema di quali siano gli effetti per il caso in cui questo termine non sia osservato.

Parrebbe doversi escludere la conseguenza secondo cui lo spirare del termine produrrebbe una sorta di "decadenza" della Camera dal potere di decidere, dovendo il procedimento riprendere dall'inizio, così come pure da escludere parrebbe, in caso di voto della Camera oltre i termini previsti, l'esistenza di un vizio del procedimento denunciabile davanti alla Corte costituzionale.

La scadenza del termine infatti, a mio avviso, non impedirebbe alla Camera di decidere comunque e non determinerebbe alcun vizio denunciabile in sede giurisdizionale, ma solo la possibilità di farlo valere in sede politica nei rapporti tra la Camera ed il Governo.

Con riguardo alla decretazione d'urgenza la riforma costituzionale procede, con poche innovazioni, alla costituzionalizzazione di quanto già stabilito dalla legge 400/1988, nonché dalle più recenti affermazioni della Corte costituzionale, specie relativamente alla natura speciale della legge di conversione.

Risulta, *per tabulas*, che il decreto legge può essere utilizzato anche nelle materie di competenza della legge bicamerale, mentre un problema interpretativo, e quindi un possibile vizio formale, si pone in ordine alla possibilità che la legge di conversione possa essere bicamerale o debba al contrario essere solo monocamerale.

La prevalente dottrina, fondandosi specificamente sulla lettera del nuovo art. 77 Cost. dove si fa riferimento, per la conversione, alla sola Camera oppure sul fatto che tra le leggi necessariamente bicamerali non compaiano le leggi di conversione, si è espressa nel primo senso (R. Tarchi, *Il disegno di legge di riforma costituzionale n. 1429 del 2014. Osservazioni sparse di carattere procedurale e sostanziale*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2014; A. Simoncini, *Le fonti del diritto*, in A. Cardone (cur.), *Le proposte di riforma della Costituzione*, Napoli, 2014, 129 ss.; D. Chinni, *Interventi diretti e indiretti sulla decretazione d'urgenza nel disegno di legge di revisione costituzionale. Primi appunti*, AIC, *Osservatorio costituzionale*, giugno 2015).

Altri propongono una diversa lettura, specie nella considerazione che il testo della riforma non risulta sul punto certamente chiarissimo ed appare anzi contraddittorio, sostenendo che in questi casi la legge di conversione debba essere bicamerale, con la sola differenza, rispetto alla regola generale, che il relativo disegno di legge debba essere presentato comunque alla Camera (E. Rossi, *Una costituzione migliore?* cit.; R. Romboli, *Le riforme e la funzione legislativa*, in *Riv. AIC*, 2015 2015, n. 3).

Evidente pertanto la possibilità di una espansione dei possibili vizi formali, dal momento che gli stessi consistono nella violazione delle regole procedurali e di competenza previste dalla Costituzione per l'approvazione della legge, indubbiamente meno frequenti nel caso di un procedimento pressoché unico, rispetto ai nove differenti procedimenti previsti dalla riforma.

Per questo potremmo chiederci se il nostro attuale sistema di giustizia costituzionale e in particolare le vie di accesso al Giudice costituzionale siano da ritenere adeguate per questo compito, anche se, per al-

cuni (C. Fusaro, in *Le Regioni*, 2015, 159 ss.) è considerato addirittura prioritario tener fuori da un simile controllo la Corte costituzionale.

In ordine alle vie di accesso lo strumento della impugnazione in via principale da parte della Regione risulta senz'altro percorribile, anche se assai ridotto dalla necessità per la stessa di dimostrare, in base alla consolidata giurisprudenza costituzionale, la "ridondanza" del vizio denunciato sulle competenze regionali.

Lo stesso vale per il conflitto tra enti, mentre quello tra poteri potrebbe vedere l'utilizzo dello strumento da parte del Senato contro la decisione della Camera di procedere attraverso il procedimento monocamerale su materie rientranti, a giudizio del primo, tra quelle di competenza bicamerale.

Infine ovvia la possibilità di far valere il vizio attraverso la via incidentale, anche se in questo caso, oltre alle note strettoie poste dalla legge, il vero problema, come esattamente sottolineato da Paolo Pasaglia (*Il presumibile aumento delle denunce di vizi procedurali e l'ampliarsi di una "zona d'ombra" della giustizia costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2 marzo 2016), appare quello di creare le condizioni perché certi vizi possano realmente essere rilevati e venire, anche materialmente, a conoscenza dei possibili ricorrenti.

Per il tipo di vizio in questione – che coinvolge l'intero testo normativo ed è riscontrabile in astratto, indipendentemente cioè dagli esiti di una interpretazione e applicazione in concreto della legge da parte dei giudici o di altri – un controllo preventivo sarebbe pertanto certamente più idoneo rispetto a quello successivo sulla legge.

Quanto invece ai soggetti legittimati a farlo, parrebbe quasi immediato individuare in proposito le minoranze parlamentari, sia sulla base delle esperienze di altri Paesi (tra cui in particolare quello della *saisine parlementaire*), sia perché soggetti maggiormente in condizione di conoscere il vizio e quindi di proporre il ricorso davanti alla Corte costituzionale.

Il controllo preventivo da parte delle minoranze parlamentari, pur presente in molte esperienze di giustizia costituzionale simili alla nostra, ha spesso sollevato obiezioni relativamente alla eccessiva politicizzazione che potrebbe derivare per l'attività della Corte, specialmente in considerazione della situazione politica italiana.

Questo rischio pare potersi ritenere ridotto in caso di denuncia di vizi procedurali rispetto a quanto potrebbe accadere per la denuncia dei vizi di merito e comunque risulta eccessiva la posizione assunta dall'allora presidente della Corte costituzionale Criscuolo nel criticare, senza alcun distinguo, l'introduzione di un controllo preventivo, sostenendo che esso tradirebbe il ruolo della Corte affidando alla



stessa un ruolo di consulenza preventiva che non le spetta.

La riforma al contrario non ha ritenuto di introdurre un ricorso delle minoranze parlamentari, nonostante il riferimento, contenuto nella stessa, allo «statuto delle opposizioni», che viene però rimesso alla disciplina contenuta nel regolamento della Camera dei deputati, il quale non potrà stabilire il ricorso delle minoranze, stante in proposito una riserva di legge costituzionale.

### 5. Il controllo preventivo delle leggi elettorali della Camera e del Senato e la particolare sua “prima applicazione”

Una nuova competenza viene invece assegnata alla Corte costituzionale con riguardo alla verifica della costituzionalità delle leggi elettorali del Senato e della Camera.

La riforma prevede infatti che tali leggi possano essere impugnate con ricorso motivato davanti alla Corte prima che le stesse entrino in vigore (controllo preventivo) a iniziativa di almeno un quarto dei deputati o un terzo dei senatori. Qualora la legge venga dichiarata incostituzionale, la medesima non potrà essere promulgata e quindi non entrerà in vigore.

La materia elettorale rientra tra le ipotesi maggiormente segnalate di “zone franche” della giustizia costituzionale, ma l’evidente scopo della riforma non risulta essere tanto quello di porre rimedio alla stessa, ma trova invece la sua ragione nella ricordata decisione della Corte costituzionale con la quale è stata dichiarata l’incostituzionalità della legge elettorale del 2005.

Se appare certamente eccessivo parlare a proposito di tale decisione della introduzione, per via giurisprudenziale, di un ricorso diretto – il quale è caratterizzato infatti dal superamento del potere deliberatorio del giudice e dall’aver spesso ad oggetto proprio le sentenze di giudici – può ugualmente ritenersi che sia stato aperto un varco più ampio alle ipotesi di *lites fictae*, attraverso la sostanziale eliminazione della condizione della necessaria pregiudizialità.

È facile quindi supporre che la previsione di un controllo preventivo della legge elettorale abbia avuto il chiaro intento di anticipare il giudizio della Corte e di ridurre le ipotesi di questioni di costituzionalità sollevate successivamente, con evidenti conseguenze in ordine alla legittimazione del Parlamento eletto (come nel ricordato caso della sentenza di incostituzionalità n. 1 del 2014) o comunque alla certezza delle regole elettorali.

Quanto alla titolarità del ricorso ci si è chiesti se, a seguito del superamento del bicameralismo paritario,

tale possibilità sia riconosciuta ai senatori solo con riguardo alla legge elettorale del Senato e ai deputati a quella della Camera oppure entrambi possano farlo sia per l’una che per l’altra.

Nonostante possa apparire poco conforme al nuovo assetto costituzionale che un terzo del Senato, in quanto rappresentativo delle autonomie territoriali, possa impugnare la legge elettorale della Camera, monocamerale, la lettera della disposizione parrebbe non lasciare grossi dubbi in proposito, nel senso della legittimazione di entrambi i soggetti per entrambe le leggi elettorali.

Con riferimento a questa nuova competenza riconosciuta alla Corte costituzionale vorrei solo sottolineare alcuni aspetti particolari del relativo processo che potrebbero svolgere una influenza nella oscillazione del pendolo dell’azione della Corte verso il polo politico, nonché poi svolgere, in stretta connessione, una valutazione conclusiva.

Un primo aspetto è relativo al ricorso, il quale deve essere «motivato» e presentato entro dieci giorni dalla approvazione della legge. Nella versione approvata dal Senato era invece previsto che il ricorso recasse «l’indicazione degli specifici profili di incostituzionalità».

Dovendosi dare un significato alla modifica apportata dalla Camera, si deve ritenere che la motivazione del ricorso – avente all’evidenza ad oggetto rilievi di legittimità costituzionale, dal momento che la Corte non può conoscere vizi di merito – possa anche limitarsi ad indicare la violazione di individuati principi costituzionali senza la necessità di indicazioni specifiche, al pari di quelle richieste al giudice *a quo* al momento di sollevare una questione di costituzionalità in via incidentale.

Ci potremmo chiedere se, specie nel primo caso, la Corte costituzionale sia tenuta a rispondere solamente a quanto richiesto oppure abbia la possibilità, a sua scelta, di controllare l’intera legge o ancora che ciò rappresenti per il Giudice costituzionale un obbligo.

La risposta credo derivi dal contenuto del ricorso, nel senso che lo stesso può legittimamente essere motivato con riguardo a vizi che possono inficiare la legge nel suo complesso (si pensi ad un vizio formale, ma anche a vizi sostanziali attinenti alle fondamenta della legge) oppure relativamente ad un singolo e ben individuato contenuto della stessa (ad esempio la disciplina del premio di maggioranza).

La necessità di un ricorso motivato delle minoranze parlamentari vale indubbiamente a distinguere questa ipotesi da quella di un controllo generalizzato su tutte le leggi, quale quello del presidente della Repubblica in sede di promulgazione.

Nel caso di impugnazione della legge elettorale con riguardo ad un aspetto specifico, la Corte costitu-

zionale sarà tenuta a pronunciarsi solamente su quello e non potrà prendere in esame di propria iniziativa aspetti differenti, mentre per quanto concerne il parametro costituzionale sarei dell'avviso che la Corte possa prendere in considerazione qualsiasi disposizione o principio costituzionale, indipendentemente dal fatto che il ricorso vi abbia o meno fatto espresso riferimento.

Un limite quindi per il Giudice costituzionale relativamente all'oggetto, risultante dal ricorso, ma non al parametro costituzionale.

Un secondo aspetto concerne il rapporto che viene a porsi tra il controllo preventivo, introdotto dalla riforma, e la possibilità di un controllo successivo, nel caso in cui la questione di costituzionalità sia stata dichiarata infondata dalla Corte costituzionale.

Salvo una diversa previsione nelle leggi di attuazione, una pronuncia di infondatezza nell'ambito del controllo preventivo astratto non attribuisce una patente di legittimità alla legge, neppure con riguardo agli specifici aspetti esaminati, per i quali essa rappresenterà ovviamente un importante precedente, ma non impedirà certamente la riproposizione della medesima questione.

La soluzione seguita in Francia appare infatti difficilmente trasferibile nel nostro Paese, dove il rapporto tra autorità giudiziaria e Giudice costituzionale ha avuto una disciplina ed una applicazione assolutamente differente, che ha di conseguenza caratterizzato la nostra Corte come un giudice, seppure dotato necessariamente di una particolare sensibilità politica.

Il terzo ed ultimo aspetto riguarda invece la tipologia delle decisioni della Corte nell'ambito del giudizio preventivo sulle leggi elettorali della Camera e del Senato e la loro efficacia.

Innanzitutto pare indubbio che la pronuncia possa essere di tipo processuale e pertanto che si potrà avere una decisione di inammissibilità per mancanza dei presupposti richiesti dalla Costituzione (ad esempio totale assenza di motivazione per il ricorso, ricorso presentato da un numero di senatori o di deputati inferiori a quello previsto, impugnazione di legge non ritenuta rientrare tra quelle «che disciplinano l'elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica»).

In questo caso pare evidente che la legge possa essere promulgata, dal momento che il ricorso deve rispettare termini rigorosi e non può pertanto essere riproposto, eliminando i vizi rilevati dalla Corte. Il Capo dello Stato però in questo, messo sull'avviso dalle ragioni sostenute nel ricorso, qualora ritenga le stesse meritevoli, potrebbe rinviare la legge con richiesta di riesame, ai sensi dell'art. 74 Cost.

Quanto alle pronunce di merito, la decisione di infondatezza sembrerebbe condurre a maggior ragio-

ne alla promulgazione della legge, anche nell'ipotesi in cui si trattasse di una sentenza interpretativa di rigetto.

Questo tipo di pronuncia infatti può ritenersi certamente ammissibile anche con riguardo alla competenza in esame, anche se val la pena di sottolineare come in questo caso non varrebbe il suo utilizzo allo scopo di non creare un vuoto normativo o di raggiungere il maggior risultato possibile, anche di fronte all'inerzia del legislatore, trattandosi di un ricorso che precede l'entrata in vigore della legge.

La decisione interpretativa di rigetto d'altra parte, seppur pronunciata in astratto e non nel corso di un giudizio in via incidentale, non potrebbe avere il significato di una sorta di interpretazione autentica delle legge – certamente fuori dalle competenze attuali della Corte e dal ruolo di giudice da questa assunto – ma, pur se non vincolante, potrebbe valere a fondare una futura questione di costituzionalità proposta successivamente all'entrata in vigore della legge.

La decisione di illegittimità costituzionale della legge elettorale impedisce la promulgazione della stessa, per cui ciò esclude la possibilità di pensare a pronunce di tipo manipolativo (additive, sostitutive ecc.).

La dichiarazione di incostituzionalità, anche sulla base del contenuto del ricorso, potrà essere totale oppure parziale.

La previsione costituzionale secondo la quale «in caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale, la legge non può essere promulgata» deve ritenersi riferita ad entrambe le suddette ipotesi.

Mi parrebbe infatti da escludere la possibilità di una promulgazione parziale, sul tipo della esperienza siciliana ora dichiarata incostituzionale, vale a dire della parte non colpita dalla dichiarazione di incostituzionalità, dal momento che la maggioranza parlamentare o della Camera che ha approvato la legge potrebbe non riconoscersi nella stessa amputata di una sua parte, la quale potrebbe essere stata determinante per convincere a votarla. Per questo una nuova approvazione parlamentare o della Camera sembrerebbe comunque assolutamente necessaria.

Certamente non potrebbe valere, in questo caso, il limite, autoimposti dalla Corte, di non poter dichiarare incostituzionale una legge elettorale se non a condizione che la disciplina di risulta sia tale da consentire la elezione delle Camere, data la natura preventiva del controllo.

La Corte costituzionale è chiamata ad intervenire «entro trenta giorni», durante i quali il termine per la promulgazione rimane sospeso.

Il termine potrebbe ritenersi di carattere ordinatorio, nel senso che la Corte costituzionale non decade dal potere-dovere di decidere alla scadenza dei trenta giorni, ma è pure vero che, trascorsi i trenta giorni, il

Capo dello stato potrebbe promulgare la legge senza attendere la decisione del Giudice costituzionale, il quale se ciò avvenisse perderebbe la possibilità di pronunciarsi dal momento che il controllo deve mantenere necessariamente la natura di controllo preventivo, con la possibilità di impedire la promulgazione e non può pertanto trasformarsi in un controllo successivo.

Venendo infine ad una valutazione di ordine più generale sull'inserimento di questa nuova, particolare competenza tra quelle attribuite alla Corte costituzionale, ritengo davvero eccessivo sostenere che ciò determinerebbe uno snaturamento del nostro sistema di giustizia costituzionale e della natura della Corte.

Certamente la nuova competenza non è paragonabile alle precedenti (controllo delle leggi regionali in via principale) o alle attuali (controllo degli statuti delle regioni ordinarie) ipotesi di controllo preventivo, né al controllo esercitato su *tutte* le leggi da parte dell'altro custode della Costituzione in sede di promulgazione.

La "politicalità" della questione, nel nostro caso, risulta certamente assai più alta, sia in ragione dei titolari del ricorso (minoranze parlamentari), sia del tipo di legge oggetto del giudizio (legge elettorale), sia del fatto di intervenire a ridosso della scelta politica.

Trattandosi di un giudizio avente ad oggetto un solo tipo di legge, la quale tradizionalmente non è soggetta a mutamenti troppo frequenti, c'è da attendersi che la Corte sarà chiamata ad esercitare questa nuova competenza solo sporadicamente, per cui escluderei di parlare di stravolgimento del modello, anche se appare indiscutibile che essa segnerebbe un altro, ulteriore elemento tale da determinare uno spostamento del Giudice costituzionale verso l'"anima politica" a scapito di quella "giurisdizionale".

La disciplina contenuta nella riforma risulta essere assai essenziale e, per molti aspetti, bisognosa di una normativa di attuazione, che valga a chiarire punti che adesso risultano incerti.

Questa legge – meglio se di rango costituzionale o almeno ordinario, escludendo che ciò possa avvenire attraverso l'approvazione di norme integrative da parte della stessa Corte costituzionale – dovrebbe servire a meglio definire la nuova competenza ed i suoi aspetti processuali e quindi eventualmente a limitare, ma certo non ad eliminare, l'esposizione politica del Giudice costituzionale.

Tra le disposizioni finali della riforma una prevede una particolare «prima applicazione» dell'istituto del controllo preventivo sulla legge elettorale, introdotto dalla stessa riforma.

In base a tale disposizione è possibile richiedere, da parte dei soggetti indicati, di sottoporre al controllo di costituzionalità le leggi elettorali approvate nella stessa legislatura in corso alla data di entrata in vigore della riforma.

La previsione esprime chiaramente l'accordo intervenuto tra le forze politiche che sostengono (o sostenevano) la riforma di sottoporre a verifica, prima della sua applicazione, la recente legge elettorale (cd *Italicum*) approvata appunto nella corrente legislatura, nell'ambito della quale si spera che possa entrare in vigore anche la riforma costituzionale. Ciò anche in considerazione dei molti dubbi da più parti sollevati circa la conformità di tale legge ai principi espressi dalla Corte costituzionale nella sent. n. 1 del 2014, che ha dichiarato incostituzionale la precedente legge elettorale e che sarà chiamata ad ottobre a pronunciarsi su alcune questioni già sollevate in giudizi in via incidentale e pendenti davanti alla stessa.

Assai discutibile che quella appena ricordata possa essere definita come una «prima applicazione», dal momento che trattasi di un tipo di controllo sostanzialmente differente in molti degli aspetti essenziali e caratterizzanti, in realtà un giudizio *ad hoc* ed *una tantum* riguardo ad una specifica legge.

Innanzitutto si tratterebbe di un controllo successivo e non più preventivo, essendo la legge impugnata ormai entrata in vigore, anche se non ancora applicata (e divenuta applicabile solo dal 1° luglio 2016).

Questo comporta che difficilmente si possa pensare ad un ricorso rivolto genericamente a contestare la legittimità costituzionale, dal momento che in questo caso saranno applicabili le regole relative ai giudizi di costituzionalità in via successiva, tra cui anche il principio del chiesto e pronunciato e quelle relative alla efficacia delle pronunce di incostituzionalità.

La sentenza della Corte non avrà infatti l'effetto di impedire la promulgazione della legge, ma quello di dichiarare l'incostituzionalità di alcune parti della stessa, con il risultato di poterne modificare il contenuto a seguito della eliminazione della parte dichiarata appunto incostituzionale.

Al proposito varrà pertanto quanto la Corte costituzionale ha affermato nella ricordata decisione n. 1 del 2014, vale a dire che la stessa Corte non può procedere alla dichiarazione di incostituzionalità di una legge elettorale o di parti della medesima qualora il risultato dell'intervento demolitorio conduca ad una legge non automaticamente applicabile, data la natura di «legge costituzionalmente necessaria» della legge elettorale.

### **6. I riflessi della riforma sulle relazioni tra il controllo della Corte costituzionale ed il potere di rinvio del Capo dello Stato**

Concludo con alcuni brevi osservazioni in ordine alla incidenza che potrebbe svolgere la riforma costi-

tuzionale sul rapporto esistente tra il controllo delle leggi da parte del Capo dello Stato e quello esercitato dalla Corte costituzionale.

È stato infatti sostenuto (F. Dal Canto, *Qualche osservazione sulla proposta di introduzione del ricorso preventivo di costituzionalità avverso le leggi elettorali*, in *ConsultaOnline*, 27 maggio 2015, fasc. II, 460 ss.) che la previsione di un controllo preventivo sulla legge elettorale avvicinerrebbe il controllo della Corte costituzionale a quello esercitato dal Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 74 Cost.

Da tempo la dottrina assolutamente prevalente ha evidenziato come la ricostruzione che vede due custodi della Costituzione, che esercitano il medesimo ruolo di garanzia attraverso la stessa funzione (controllo sulla conformità delle leggi ai principi costituzionali), l'uno (il Presidente) in via preventiva attraverso il rinvio, l'altro (la Corte) in via successiva, non corrisponda né al disegno costituzionale, né, tanto meno, alla sua realizzazione pratica.

Se indubbia è l'esistenza di alcuni elementi di contatto o di vicinanza tra le due funzioni, altrettanto vero è che molto maggiori e di decisiva importanza sono invece quelli che valgono a distinguerli nettamente.

Accanto al carattere preventivo o successivo infatti la verifica del Presidente della Repubblica è prevista indistintamente, in sede di promulgazione, per tutte le leggi approvate dalle Camere, mentre il controllo della Corte costituzionale opera solo dietro iniziativa dei soggetti legittimati all'accesso e quindi solo per le leggi impugnate; la verifica presidenziale avviene per l'intero testo normativo e con riguardo alla violazione di qualsiasi disposizione costituzionale ed anche per vizi di merito, seppure nel senso del «merito costituzionale», mentre la Corte può svolgere il proprio controllo solo per vizi di legittimità e nel rispetto del principio del chiesto-pronunciato, ossia solo per le norme impugnate e con riferimento ai parametri costituzionali denunciati; la verifica del Capo dello Stato conduce, per il caso in cui sia stata riscontrata l'esistenza di vizi, alla richiesta di riesame da parte delle Camere, mentre il Giudice costituzionale, nelle stesse circostanze, procede alla dichiarazione di incostituzionalità della normativa impugnata, rendendo la stessa inapplicabile dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza sulla Gazzetta ufficiale.

Più in generale, seppure esercitata in posizione di neutralità, l'attività del Capo dello Stato rappresenta una garanzia a carattere essenzialmente politico, a fronte di quella offerta dalla Corte costituzionale, la quale assume invece principalmente i connotati della giurisdizione, come pare derivare già dal fatto che il potere di rinvio per il Presidente rappresenta una facoltà da esercitare discrezionalmente e tenuto conto di tutta una serie di elementi, anche collegati al tipo

di provvedimento ed al particolare contesto politico in cui lo stesso è stato approvato, mentre la Corte, una volta investita di una questione, ha l'obbligo di decidere.

Gli elementi distintivi di cui sopra, a seguito della nuova competenza attribuita alla Corte dalla riforma in esame, permangono praticamente tutti, tranne quello del carattere preventivo ed una attenuazione (ma non eliminazione) del principio del chiesto e pronunciato.

Una incidenza sul controllo presidenziale e della Corte costituzionale, la riforma costituzionale parrebbe però svolgere con riguardo al ricordato fenomeno di un presunto aumento di possibili vizi formali, nonché ovviamente, per alcuni aspetti, a seguito dell'inserimento della nuova competenza a giudicare in via preventiva sulla legge elettorale della Camera e del Senato.

Con riguardo ai vizi formali la riforma, come detto, non ha ritenuto di prevedere un quanto mai opportuno ricorso preventivo delle minoranze parlamentari, sulla falsariga di quello invece previsto per la legge elettorale. I termini assai stretti entro i quali è possibile l'impugnativa e deve intervenire la risposta del Giudice costituzionale, avrebbero potuto tranquillizzare quanti potevano temere un utilizzo del ricorso parlamentare in chiave ostruzionistica.

I vizi formali per loro natura, a differenza di quelli sostanziali, possono risultare maggiormente idonei, per la maggiore facilità di individuazione, ad essere fatti oggetto di un rinvio presidenziale, così come accaduto per i più recenti rinvii relativi a vizi attinenti ad una cattiva tecnica legislativa (R. Romboli, *Il rinvio delle leggi*, in A. Ruggeri (cur.), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Torino, 2011, 39 ss.).

Per questo potremmo pensare ad un uso più ampio del potere di rinvio da parte del Capo dello Stato nel caso di rilevati o segnalati vizi del procedimento legislativo, stante appunto la più facile rilevabilità e, almeno in certi casi, la minore "politicità", come accaduto nella nostra esperienza costituzionale per il rilievo attinente alla mancata copertura finanziaria delle leggi (motivo assolutamente prevalente dei rinvii presidenziali fino ad oggi esercitati).

Per quanto invece concerne la nuova competenza attribuita alla Corte costituzionale, questa – a differenza di quanto può accadere per l'ipotesi di vizi formali, nella quale essa è chiamata ad intervenire *dopo* il controllo del Capo dello Stato – può essere investita della questione di costituzionalità *prima* e pertanto la sentenza della Corte verrà a svolgere certamente una incidenza sul potere di controllo del Presidente in sede di promulgazione, senza ovviamente escludere la facoltà di rinvio, *ex art. 74 Cost.*

Ciò dipenderà in buona sostanza dal tipo di decisione con cui la Corte risolverà la questione di costitu-

zionalità, per cui una pronuncia processuale di inammissibilità lascerà del tutto impregiudicato il potere di rinvio, salvo la possibilità del Capo dello Stato di valutare a tal fine le ragioni poste alla base di ricorso delle minoranze parlamentari.

Nel caso di sentenza di infondatezza, il Presidente potrà rinviare per ragioni ed aspetti diversi rispetto a quelli esaminati dalla Corte, oltre che per vizi di «merito costituzionale», mentre parrebbe da escludere in pratica, anche se certamente non in teoria, la possibilità di un rinvio per le stesse ragioni giudicate infondate dalla Corte, che porrebbe il Capo dello Stato in aperto contrasto con quest'ultima.

Qualora il giudizio preventivo di costituzionalità si concluda invece con una pronuncia di accoglimen-

to, sia esso totale o parziale, la legge torna direttamente alle Camere che l'hanno approvata, non potendo il Presidente, per le ragioni dette, procedere alla promulgazione della parte di legge non colpita dalla incostituzionalità, neppure in caso di accoglimento parziale.

La legge elettorale, eventualmente riapprovata in diversa versione dalle Camere ed eventualmente non impugnata di nuovo davanti alla Corte dalle minoranze parlamentari, sarà trasmessa al Presidente per la promulgazione e, in quella sede, quest'ultimo potrà, tra l'altro, anche verificare se i vizi di incostituzionalità rilevati, durante il controllo preventivo, dalla Corte costituzionale, siano stati eliminati nella nuova legge oppure permangano ancora.

# L'autonomia politica delle Regioni ordinarie e il riparto della funzione legislativa nel disegno di legge costituzionale Renzi-Boschi

di Marco Bignami

Il testo si occupa della proposta di riforma costituzionale del Titolo V, Parte II, della Costituzione. Dopo aver dato conto degli obiettivi sottesi alla forma di Stato regionale e aver esaminato lo stato attuale della giurisprudenza costituzionale, ci si sofferma sul riparto della potestà legislativa, con particolare riguardo alla nozione di “*disposizioni generali e comuni*”.

Attenzione è dedicata infine alla cd clausola di supremazia.

## 1. Introduzione

«Tentare di nuovo. Fallire di nuovo. Fallire meglio»<sup>1</sup>. Lo scetticismo a cui Samuel Beckett affidava le capacità euristiche della letteratura può facilmente essere trasposto agli affanni con cui il legislatore della revisione costituzionale pone mano, oramai periodicamente, allo sfortunato regionalismo italiano.

La Costituzione ha consegnato, nel quadro della unità e indivisibilità della Repubblica, un modello regionalista polivalente, la cui “pagina bianca”, secondo la celebre definizione di Paladin<sup>2</sup>, avrebbe potuto essere vergata con più di una tonalità di inchiostro.

Vi era la potestà legislativa, e, in base al principio del parallelismo, ad essa seguiva la funzione amministrativa. Novità, la prima, senza dubbio animata dall'influsso del modello spagnolo e di quello tedesco<sup>3</sup>, ma ugualmente rivoluzionaria, specie se letta alla luce della seconda. Non si inganni il disincantato lettore del 2016: nel 1948 la legge non era divenuta quel simulacro di se stessa, cui è stata oramai consegnata dal degrado del parlamentarismo, ma piuttosto fulcro e spirito identificativo dell'Ordinamento. La

Regione conquistava così le chiavi della politica, e ne veniva di conseguenza che si spalancassero le porte dell'ancillare attività amministrativa. Prima il legislatore, e solo a rimorchio l'amministratore!

Al contempo, non vi era spazio aperto al regionalismo che non fosse attentamente vigilato dallo Stato, né potestà legislativa che potesse scrollarsi di dosso le briglie dei principi fondamentali enunciati dalla normativa statale. Uno stato di minorità in perenne attesa di evolvere in età matura, secondo tempi scanditi dall'evoluzione sociale e regolati dalle cure del legislatore nazionale.

Ma la prima necessita di correzioni ortopediche, che raddrizzino le storture della disgregazione localistica tipicamente italiana; le seconde sono dosate con parsimonia da una maggioranza di Governo così stabile, nella formula politica, da avere in sospetto forme di concorrenza alternative cullate dalla dimensione regionale.

Si attende, infatti, fino agli anni 70'. Le carte della politica nazionale vengono ridistribuite, mentre la linea di divisione sociale corre sul crinale della ideologia, piuttosto che del localismo. Ne emergono le

1. S. Beckett, *Worstward Ho* 1983, ed. it. *In nessun modo ancora*, 2008, p. 66.

2. L. Paladin, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, in *Foro amm.* 1971, p. 36.

3. S. Mangiameli, *Le Regioni e le riforme: questioni risolte e problemi aperti*, in S. Mangiameli (a cura di), *Il regionalismo italiano tra tradizioni unitarie e processi di federalismo*, 2012, pp. 1 ss.; A. D'Atena, *Tra Spagna e Germania. I modelli storici del regionalismo italiano*, ivi, pp. 81 ss.

Regioni ordinarie, ma i vagiti promettenti lasciano il campo alla raucedine. Si diviene legislatori proprio quando è dichiarata la crisi della legge, e quel poco di autorità che le rimane va salvaguardato come il nucleo dell'atomo centralista, piuttosto che disgregato nei rivoli del regionalismo.

A Costituzione invariata, la riforma Bassanini degli anni 90' insegue allora un nuovo traguardo: svuotata la legge, si fa leva sull'amministrazione per rilanciare le fiacche sorti regionali (il parallelismo invertito). Se viene meno l'indirizzo politico, è sottinteso, si apre libero pascolo per le amministrazioni locali. Prima l'amministratore, e solo a rimorchio il (latitante) legislatore!

Nel 2001, la revisione costituzionale del Titolo V della Costituzione arriva tardi e male. Sono gonfiate le vele del federalismo, quando la scienza costituzionalistica già sa che la distinzione tra Stato regionale e Stato federale è quantitativa, piuttosto che qualitativa. Ed ecco l'inversione nell'elenco delle competenze legislative, che, mediante la clausola di residualità a favore di quella regionale, contenuta nel quarto comma dell'art. 117 Cost., fa eco ad una dogmatica impolverata dal tempo.

Questa tecnica, che punta nuovamente sulla legge, si affianca in modo rudimentale all'assenza di una circoscritta, ma efficace clausola di supremazia statale (l'art. 120 Cost. guarda alle sole funzioni amministrative), e spalanca in potenza una voragine che lo Stato unitario non può che richiudere. Ci pensa infatti la Corte costituzionale.

Il nuovo tentativo di sfondamento del legislatore superprimario, respinto dal referendum del 2006, impatta su un sistema che ha raggiunto il suo equilibrio tra istanze centraliste e fughe localistiche, benché già si intravedano le prime crepe. Dopo il 2006, come vedremo, l'edificio si incrina vistosamente e pendola verso Roma.

Nel 2016, ci risiamo: la riforma costituzionale che sarà sottoposta al voto referendario investe pesantemente il Titolo V della II Parte della Costituzione, dichiara velleità regionaliste e persegue, con ogni evidenza, un intento del tutto opposto<sup>4</sup>. Sopire e troncicare, e in tal modo riguadagnare allo Stato ciò che lo Stato avrebbe perduto, compromettendo l'efficacia e

la tempestività dell'azione di Governo, a causa della spinta regionalista del 2001.

Una controriforma del regionalismo, insomma, che smaschera le fragilità della riforma confermata dal voto popolare del 2001. È mai possibile, infatti, che le scelte costituzionali di fondo sull'assetto della forma di Stato tornino in discussione ogni cinque anni circa? Per chi crede che una Costituzione aspiri, nel tempo che le è concesso, all'immortalità, il quesito ammette la sola risposta negativa. Si tratterebbe di cogliere il consolidamento sociale di impulsi sistemici e largamente condivisi, così da conferire loro una robusta veste normativa contro i fremiti volubili dei tempi.

Qui siamo invece dall'altro lato del campo: si insegue ossessivamente lo *Zeitgeist*, ambendo ad un regionalismo *prêt-à-porter*, buono per l'uso stagionale.

Vi è allora il dubbio che, anche in fatto di Regioni, a latitare sia davvero una linea di tendenza univoca e forte della società civile, e della stessa dottrina, verso un assetto consapevole e duraturo della forma di Stato regionale. Senza un tale presupposto, costituzionalizzare il regionalismo non è difficile, quanto piuttosto inutile. Del resto, se il referendum prossimo venturo avrà successo, un corpo elettorale nella sostanza omogeneo rinnegherà un approdo che, solo quindici anni fa, era sembrata una buona mano di rilancio.

Le ragioni che hanno segnato il fallimento del regionalismo all'italiana sono innumerevoli<sup>5</sup>. L'artificialità della dimensione regionale, costruita su compartimenti disegnati nel 1864 a fini statistici; la prevalenza nella storia nazionale del Comune, originale contributo alla scienza politica<sup>6</sup> e fondamento dell'identità locale; l'ambizione verso politiche unificanti a fronte di una realtà sociale infinitamente diluita; la massiccia presenza di partiti politici di dimensione nazionale, capaci di reprimere la nascita di un'autonoma classe dirigente sul territorio; la crisi economica, che impone scelte centripete di controllo della spesa; la vocazione centralista del pubblicismo italiano predominante, con una naturale penetrazione nella giurisprudenza costituzionale<sup>7</sup>; il discredito che ha colpito la classe politica delle Regioni, in particolare, o che comunque non le ha risparmiato; le lacune tecniche nella continua riscrittura delle disposizioni

4. M. Cecchetti, *I veri obiettivi della riforma costituzionale dei rapporti Stato-Regioni e una proposta per realizzarli in modo semplice e coerente*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it).

5. C. Desideri, *La nascita e l'evoluzione delle Regioni*, in S. Mangiameli (a cura di), *Il regionalismo tra tradizioni unitarie e processi di federalismo*, 2012, pp. 39 ss.

6. M. Weber, *Economia e società. La città*, ed. it. Donzelli 2003, pp. 65 ss. e pp. 134 ss.

7. S. Mangiameli, *Il titolo V della Costituzione alla luce della giurisprudenza costituzionale e delle prospettive di riforma*, in *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e delle Regioni, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 15 maggio 2015*, p. 64.

attributive di competenza; la sovrapposizione del diritto dell'Unione europea alle competenze legislative dello Stato, che si contraggono e trascinano con sé le funzioni regionali, cui non resta che un sempre più angusto spazio di autonomia.

Si potrebbe continuare, ma è forse più proficuo domandarsi se, su una scala più larga, non sia stata piuttosto determinante l'incapacità a rispondere ad un quesito consegnato ai posteri dai Padri costituenti, e a tutt'ora aleggiante nell'aria senza una risposta definitiva.

A che dovrebbero servire le Regioni? Vi è, certamente, il principio di sussidiarietà verticale, che si declina anzitutto in una funzione amministrativa più sensibile alle esigenze delle collettività territoriali, e comunque innervata da iniezioni di democraticità. Eppure, su questo piano, oltre che la temibile concorrenza del livello comunale di governo, si percepisce una qualche sovrabbondanza del mezzo rispetto al fine. Senza tener conto che il *trend* alimentato dall'art. 97 Cost., nella lettura che la Corte costituzionale ha dato al principio dell'imparzialità lì enunciato<sup>8</sup>, suggerisce, piuttosto, di tener separata la fase della decisione politica da quella dell'amministrazione.

Vi è, poi, l'affinamento delle scelte legislative nazionali mediante uno strumento che le adatti al profilo delle comunità locali. Una sorta di *tecnica* del buon governo, che sprigiona aroma di uffici, piuttosto che di assemblee legislative, posto in crisi da un duplice ordine di fattori. Il carattere pervasivo della normativa statale da un lato, perché propensa a recuperare nella quantità ciò che ha smarrito nella qualità, a causa dell'incapacità politica di identificare principi davvero degni di tale appellativo (che è come dire, a causa dell'incapacità di *fare politica*); dall'altro, il progressivo appiattimento della disomogeneità dei costumi di vita degli italiani verso un modello nazionale-popolare, che rende meno evidenti le ragioni di una distinzione basata sul solo fattore localistico. Anche in questo caso, la legge regionale suona come uno strumento non imprescindibile per l'orchestra, rispetto a scelte statali di delegificazione che precedano l'intervento, anche in via regolamentare, dell'amministrazione locale, e soddisfino così in modo altrettanto efficace le esigenze della comunità di base.

E, quindi, se si ritiene che le Regioni abbiano precipuamente tali obiettivi, il passaggio dalla riforma del 2001 alla controriforma del 2016 sarà indolore.

Enti di decentramento amministrativo<sup>9</sup>, nobilitati nel rango, continueranno ad assumere decisioni di piccolo governo, nell'interesse della collettività di cui sono espressione.

Non era senza dubbio ciò che Togliatti temeva in Assemblea Costituente, perlomeno all'inizio del percorso. Piuttosto, nel pensiero del Pci, le Regioni avrebbero potuto costituire un ostacolo nel passaggio dalla rivoluzione mancata alla rivoluzione promessa. Esse, in altri termini, sarebbero divenute formidabili centri di disgregazione del potere, rallentando la marcia verso la palingenesi sociale.

Se si pensa alla preoccupazione di allora, viene da chiosare che essa dovrebbe essere il vanto di oggi. Il costituzionalismo è per l'appunto (anche) una tecnica di *frazionamento del potere*, ripartito lungo plurimi canali di sovranità limitata, affinché il bene comune non possa divenire appannaggio dell'interesse particolare di una maggioranza onnipotente. Le Regioni ben possono inserirsi in questa trama<sup>10</sup>, a condizione che esse siano in grado di esprimere la autonomia "*politica*" che una celebre sentenza della Corte costituzionale redatta da Enzo Cheli riconobbe loro (sentenza n. 229 del 1989). Non soltanto, quindi, legislatori di secondo grado, alla faticosa ricerca di peculiarità locali; ma, anzitutto, fonti di un *indirizzo politico autonomo*<sup>11</sup>, coltivato nel rispetto della unità e indivisibilità della Repubblica, ma pur sempre affrancato dal perdurante paternalismo statale. In altri termini, per impiegare le parole di un'altra importante sentenza della Corte, al vertice di «*un circuito politico-rappresentativo, che è ulteriore e diverso rispetto all'indirizzo politico ed amministrativo di cui si rende garante il Governo della Repubblica, e che corrisponde all'accentuato pluralismo istituzionale e delle fonti del diritto prescelto dalla Costituzione*» (sentenza n. 219 del 2013).

Se si segue questa strada, il rapporto tra legge e amministrazione non è suscettibile di inversione. La prima non può che precedere la seconda, mentre il soffocamento della legislazione non viene riscattato dall'ossigeno concesso agli amministratori. A dire il vero, però, siamo in uno scenario che ha molto del fantastico, perché nella prassi la direzione imboccata è stata quella contraria.

Il regionalismo della riforma del 2001 è stato essenzialmente scritto dalla sentenza n. 303 del 2003 della Corte costituzionale, poi affinata dalla senten-

8. A partire dalla sentenza n. 104 del 2007.

9. M. Cecchetti, *I veri obiettivi* cit.

10. V. Crisafulli, *Vicende della "questione regionale"*, in *Le Regioni*, 1982, p. 497.

11. G. Grassi, *Il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni*, 1985, pp. 11 ss.



za n. 6 del 2004. Innanzi alla pretesa regionale di espandere la residualità delle attribuzioni legislative al campo dello sviluppo economico, pur quando di evidente (ma non dichiarata) pertinenza statale, e in mancanza di una clausola di supremazia che temperasse siffatto sbilanciamento, la Corte ha elaborato una elegante e sofisticata finzione giuridica<sup>12</sup>, che è a tutti ben nota.

In sintesi: grazie alla flessibilità recata dall'art. 118 Cost., deve ritenersi che la funzione amministrativa, per soddisfare ineludibili esigenze unitarie, possa essere chiamata in sussidiarietà a livello statale; posto che il principio di legalità impone che la funzione sia prevista e descritta dalla legge, ne segue che quest'ultima a sua volta segue l'attribuzione centralista, nel rispetto del principio di proporzionalità; la compensazione accordata alla Regione, che è così spogliata della competenza legislativa in concreto, viene recuperata in forza dell'intesa che lo Stato dovrà trovare con quest'ultima, o in sede di Conferenza unificata, ai fini dell'esercizio della funzione amministrativa.

Le ragioni che hanno indotto la Corte ad assumere questa posizione (forse la migliore, compatibilmente con il quadro costituzionale delle competenze malamente raffazzonato dal legislatore costituzionale del 2001) non vanno qui indagate, se non per precisare che essa avrebbe dovuto costituire una soluzione-ponte, in attesa che una nuova riforma costituzionale introducesse la dimensione regionale nel procedimento legislativo statale, attraverso forme di coordinamento e compartecipazione alle scelte fondamentali<sup>13</sup>.

Resta il fatto che un tale indirizzo, invertendo palesemente l'ordine dei fattori (in base al principio di legalità, dovrebbe essere la legge a precedere la funzione amministrativa, e non viceversa) si rende icastica dello schiacciamento subito dall'autonomia politica regionale. Laddove il legislatore è costretto a ritrarsi, là riguadagna terreno l'amministratore, che patteggia con lo Stato non i presupposti politici, ma il contenuto concreto dell'atto amministrativo che consegue alla chiamata in sussidiarietà.

Insomma, persino nella sua fase più aperta alle istanze regionali, la Corte costituzionale è stata costretta ad inventarsi dal nulla un istituto certamente funzionale, ma corrispondente ancora una volta alla logica dell'amministrare, anziché alla autonomia po-

litico-legislativa delle Regioni.

Si era in attesa di un nuovo intervento di revisione costituzionale, che avrebbe potuto spargliare il tavolo. La riforma del 2016 non è, però, quel che ci si aspettava, perché manca l'occasione di incidere adeguatamente sul procedimento legislativo statale, nella direzione auspicata<sup>14</sup>. Piuttosto, come si vedrà subito, essa cristallizza lo stato delle cose, irrigidendo il respiro regionale nella bombola di ossigeno della discrezionalità amministrativa, piuttosto che aprirlo nell'etere dell'indirizzo politico tracciato dalla legge.

Allora, chi crede che le Regioni possano servire, nel costituzionalismo odierno, a distribuire il potere politico, correggendone parzialmente l'agglutinazione, dovrà riflettere prima del voto referendario ben più di chi vi cerca il mero decentramento amministrativo.

## 2. Lo stato dell'arte

Per comprendere verso che direzione si va, è opportuno riflettere sul punto di partenza.

La giurisprudenza costituzionale, nel periodo immediatamente seguente alla riforma del 2001, aveva mostrato un'apertura a favore del sistema regionale che, progressivamente, si è andata attenuando. La sentenza n. 282 del 2002 esordiva con un'enunciazione programmatica: risolvere un problema di competenza avrebbe richiesto di partire «*non tanto dalla ricerca di uno specifico titolo costituzionale di legittimazione dell'intervento regionale, quanto, al contrario, dalla indagine sulla esistenza di riserve, esclusive o parziali, di competenza statale*». È facile osservare che di una tale metodologia non è rimasta traccia nella giurisprudenza posteriore, che ha piuttosto permesso al legislatore regionale di intrufolarsi nelle aree che non fossero state già occupate dalla normativa statale.

Ha senz'altro giocato un ruolo importante, in questo senso, la crisi economica, come è comunemente riconosciuto, perché il contingentamento delle risorse ha strozzato la capacità di spesa delle Regioni<sup>15</sup>. Ma non bisogna trascurare neppure la composizione della Corte. Fino al 2005, all'incirca, siedono nel Collegio cinque costituzionalisti, tre dei quali provenienti dalle file del cattolicesimo democratico, tradizionalmen-

12. A. Gentilini, *Dalla sussidiarietà amministrativa alla sussidiarietà legislativa, a cavallo del principio di legalità*, in *Giur. cost.* 2003, 2805.

13. Ad. es., sentenza n. 385 del 2005 della Corte costituzionale.

14. U. De Siervo, *Complessità e lacune nel sistema delle fonti statali*, in questo numero della *Rivista*.

15. A. D'Atena, *Il riparto delle competenze tra Stato e Regioni ed il ruolo della Corte costituzionale*, in *Il sindacato cit.*, pp. 55 ss.

te ben disposto verso le istanze regionali. In seguito, e fino ai più recenti ingressi, i costituzionalisti si riducono a due. La voce delle Regioni risuona allora meno potente a palazzo della Consulta. Il restringimento della autonomia regionale è inesorabile.

Le competenze legislative residuali e concorrenti, in assenza della clausola di supremazia statale, sono aggirate mediante almeno tre tecniche.

*Anzitutto*, la chiamata in sussidiarietà, frequentemente disposta dalla legge statale, e censurata dalla Corte per difetto di proporzionalità, a quanto risulta a chi scrive, soltanto in tre casi<sup>16</sup>. Qui, mentre l'intesa, con cui si restituisce alle Regioni la codecisione sull'atto amministrativo, è inizialmente qualificata "forte"<sup>17</sup> e dunque non superabile da un'iniziativa unilaterale dello Stato, in seguito l'accento è piuttosto posto sull'esigenza di giungere comunque ad una decisione. Si distingue, allora, il fallimento delle trattative dalla «*condotta meramente passiva*» della Regione, che non merita tutela<sup>18</sup> e, soprattutto, fanno capolino riferimenti, per superare lo stallo, ai meccanismi a tal fine previsti, a tutt'altro fine, dalla normativa sulla Conferenza unificata<sup>19</sup>, che sacrificano notevolmente la posizione regionale, assegnando al Consiglio dei ministri la decisione finale.

Al contempo, la chiamata in sussidiarietà talora raggiunge la stessa potestà regolamentare<sup>20</sup>, in contrasto con quanto espressamente teorizzato dalla sentenza n. 303 del 2003.

*In secondo luogo*, l'azione delle competenze statali di natura trasversale (concorrenza, ambiente, livelli essenziali delle prestazioni), che si dilatano in modo

abnorme<sup>21</sup>, risucchiando l'autonomia regionale attraverso un giudizio di prevalenza, nel concorso tra materie, che la Corte risolve spesso in termini apodittici<sup>22</sup>.

*In terzo luogo*, la mobilità dei principi fondamentali della legislazione concorrente, che possono assumere tratti di tale analiticità, ove necessari per il conseguimento dello scopo prefissosi dal legislatore statale, da occupare interamente la sfera di regolazione primaria, lasciando le briciole alla capacità di sviluppo regionale (già in sé mortificata da una definizione, "normativa di dettaglio", che non ha alcun aggancio in Costituzione).

L'emblema di tale fenomeno è offerto naturalmente dal coordinamento della finanza pubblica, materia a riparto concorrente in base all'art. 117, terzo comma, Cost.. La legittimità del solo limite complessivo alla spesa regionale determinato dalla norma statale<sup>23</sup>, ferma la autonomia della Regione nel ripartirla secondo valutazioni di opportunità, ha via via ceduto a restrizioni sempre più particolareggiate, dalla spesa per il personale<sup>24</sup> a quella per consumi intermedi<sup>25</sup>, agli «*aggregati di spesa particolari*»<sup>26</sup>, fino a raggiungere persino la minuzia dei gettoni di presenza<sup>27</sup>. Un ferreo controllo della finanza regionale da parte dello Stato, soggetto ad un effetto moltiplicatore, poiché capace di sovrapporsi all'esercizio di qualsivoglia competenza legislativa che richieda l'impiego di risorse economiche.

Al contempo, il divieto di istituire fondi statali a destinazione vincolata nelle materie di competenza della Regione, se non già attivati prima della riforma del Titolo V<sup>28</sup> si piega laddove debba assicurarsi un li-

16. Sentenze n. 168 del 2008; n. 215 del 2010; n. 232 del 2011.

17. Sentenza n. 383 del 2005.

18. Sentenza n. 239 del 2013.

19. Sentenza n. 121 del 2010.

20. Sentenza n. 79 del 2009.

21. G. Falcon, *Le materie trasversali: tutela dell'ambiente, tutela della concorrenza, livelli essenziali delle prestazioni*, in *Il sindacato cit.* pp. 79 ss.

22. R. Bin, *Prevalenza senza criterio. Nota alla sent. 411/88*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

23. Sentenza n. 36 del 2004.

24. Sentenza n. 169 del 2007.

25. Sentenza n. 289 del 2008.

26. Sentenza n. 211 del 2012.

27. Sentenza n. 151 del 2012.

28. Sentenza n. 222 del 2005.

vello uniforme di godimento dei diritti<sup>29</sup>, con l'effetto, ancora una volta, di indirizzare la legislazione regionale, in materie di carattere residuale, verso obiettivi predeterminati in forza degli stanziamenti decisi dal centro.

In definitiva: a quindici anni di distanza dall'entrata in vigore della riforma del 2001, non solo si sono spente le velleità federaliste, ma in capo alla autonomia politica regionale è rimasto un pugno di mosche. Non vi è settore nel quale la legislazione statale non possa inserirsi con un effetto trainante, per di più soggetto ad un controllo di costituzionalità a maglie estremamente larghe. Talune rilevanti competenze residuali sono state di fatto annichilite (il commercio, la caccia, l'agricoltura, il turismo), e trovano una compensazione sempre più incerta nella fase di esecuzione amministrativa. Vi sono competenze concorrenti, ove alla legge regionale sono oramai riconosciute capacità regolatrici inferiori a quelle di cui essa godeva prima della revisione costituzionale del 2001, a causa dell'inasprimento della legislazione statale di cornice (è il caso, ad esempio, della materia "professioni", ove non spetta più al legislatore regionale definire i requisiti di idoneità alle professioni turistiche<sup>30</sup>).

Intendiamoci: si tratta di una fase di ripiego del regionalismo che non ha assunto ancora tratti definitivi. La giurisprudenza costituzionale è una miniera di spunti, talvolta poco armonici, dai quali tuttavia poter ripartire verso obiettivi più ambiziosi. Le decisioni maggiormente articolate e meglio motivate appartengono per la parte più grande ad un filone scevro da rigurgiti statalisti, e, nella logica delle cose, dovrebbero con il tempo avere la meglio su successivi interventi asfittici e del tutto casistici, che si muovono nel senso contrario.

Ma è in questo contesto che sopraggiunge la riforma costituzionale del 2016, e ciò non è privo di importanza. Perché essa, da un lato, sembra ignorare la realtà, inseguendo invece lo spettro di un regionalismo debordante e tale da paralizzare l'efficacia dell'azione di governo, di cui obiettivamente non si avverte traccia alcuna.

Ma, dall'altro lato, non ha forza sufficiente per spingersi oltre l'orizzonte già delineatosi, e si limita ad un ripiego su di esso, che, se non cambia granché le cose nella sostanza, tuttavia le paralizza nella fase più penalizzante per il nostro regionalismo.

Bisogna ora dimostrare questi assunti, esaminando la riforma più nel dettaglio con precipuo riferimento al riparto della funzione legislativa, ovvero sul terreno più sensibile alla dimensione politica dell'autonomia regionale.

Il discorso che segue si riferisce alle sole Regioni ordinarie, posto che la revisione costituzionale ha, in modo deprecabile, sprecato l'occasione di incidere sugli anacronistici statuti di autonomia speciale.

### 3. Tratti peculiari del nuovo riparto delle competenze legislative

Le linee essenziali della revisione costituzionale del 2016, quanto al riparto della funzione legislativa, sono agevolmente individuabili: a) viene soppressa la potestà legislativa concorrente prevista dal vigente terzo comma dell'art. 117 Cost., basata sul concorso tra i principi fondamentali adottati dallo Stato e la normativa di sviluppo spettante al legislatore regionale; b) di conseguenza, sono ridefinite le materie di competenza esclusiva dello Stato, e quelle oggetto di potestà legislativa regionale residuale; c) mentre le prime sono decisamente implementate, le seconde si alimentano non soltanto grazie alla clausola di residualità, ma anche per mezzo di un elenco nominativo, per quanto non tassativo; d) è finalmente introdotta una clausola di supremazia, che consente alla legge statale di tagliare fuori la competenza regionale, quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero la tutela dell'interesse nazionale.

Ciascuno di questi punti merita attenzione.

### 4. La soppressione della potestà concorrente

La soppressione del riparto concorrente delle materie (salvo il caso dell'art. 122, primo comma, Cost.) non ha suscitato "grandi rimpianti"<sup>31</sup>, in considerazione della cattiva prova che esso avrebbe offerto di sé, del forte contenzioso costituzionale che se ne sarebbe generato, e infine del fatto che, a ben vedere, permangono nel nuovo testo dell'art. 117 Cost. "clausole di co-legificazione"<sup>32</sup>, con le quali tornerà a riproporsi la so-

29. Sentenza n. 272 del 2013.

30. Sentenza n. 117 del 2015.

31. G. Scaccia, *I tipi di potestà legislativa statale e regionale nel progetto di riforma costituzionale Renzi-Boschi*, in corso di pubblicazione in *Istituzioni del federalismo*, n. 1/16.

32. Secondo la felice espressione di S. Pajno, *Considerazioni sulla riforma costituzionale in progress, tra Governo, Senato e Camera dei deputati*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

vrapposizione della fonte statale con quella regionale. Ciò accade perlomeno laddove lo Stato detta a titolo esclusivo «"disposizioni generali e comuni" ( tutela della salute; politiche sociali; sicurezza alimentare; istruzione; istruzione e formazione professionale; attività culturali; turismo; governo del territorio), o "disposizioni di principio" (forme associative dei Comuni)».

Ora, è certamente vero che la potestà concorrente si è rivelata modesta per chi vi affidava le sorti dell'autonomia politica regionale, ma si tratta di un fallimento che non è direttamente imputabile al modello, quanto alla torsione che esso ha subito<sup>33</sup>.

Decisivo, verosimilmente, è stato l'indirizzo della giurisprudenza costituzionale che ha continuato ad avallare l'individuazione dei principi fondamentali al di fuori di un'espressa legislazione statale di cornice (sentenza n. 282 del 2002), permettendo di isolarli, piuttosto, in specifiche disposizioni rinvenibili nel vasto mare dell'Ordinamento.

Una soluzione che indubbiamente poneva rimedio alla pigrizia del legislatore statale, o anche alla incapacità politica di elaborare ed assumere scelte davvero fondanti, demandandone lo sviluppo alla legge regionale. Ma che, al contempo, ha favorito la penetrazione nelle materie concorrenti di normative settoriali e spesso analitiche, dalle quali solo con un certa fantasia si sono potuti e dovuti ricavare principi.

L'espansione verticale della normativa cd di principio ha costretto nell'angolo il legislatore regionale, senza creare soverchi disagi interpretativi alla Corte costituzionale, tanto che non appare per nulla convincente l'idea, da cui è partito il legislatore, che il contenzioso Stato/Regioni sia ad oggi nutrito, in particolare, dalla difficoltà di separare il principio dal suo "dettaglio"<sup>34</sup>.

Questa operazione è stata compiuta destrutturando il principio dei suoi caratteri sistematici di "rigidità e universalità"<sup>35</sup>, ciò che ha permesso, in difetto di una definizione teorica affidabile, di sbrogliare la matassa caso per caso, ma senza un particolare sforzo esegetico.

D'altro canto, in un simile contesto, non poteva senza dubbio essere il riparto concorrente delle materie a frenare l'azione del legislatore statale, o a vellicare ambiziose rivendicazioni regionali.

È vero, piuttosto, il contrario: insostenibile, nei fatti, si è rivelata la potestà residuale della Regione concessa su materie di strategico interesse nazionale, che ha infatti trovato i suoi correttivi nell'azione delle competenze trasversali dello Stato e nella chiamata in sussidiarietà. È su questo campo che le Regioni hanno giocato, e in definitiva perso, la loro partita. E si capisce: il gioco, in questo caso, è a somma zero, perché, quanto al meccanismo della attrazione in sussidiarietà, o la regolazione degli interessi viene intestata allo Stato, e la dimensione legislativa regionale ne è estromessa, oppure l'opposto. E, quanto alle competenze trasversali, la vocazione finalistica dell'intervento statale può portare con sé tutto il precipitato normativo necessario a conseguire l'obiettivo, ed invadere pressoché l'intera materia, come è con evidenza accaduto, per esempio, nel "commercio"<sup>36</sup>.

Tali effetti sono naturalmente mediati da giudizi di proporzionalità sull'intervento dello Stato assai più complessi, a prenderli sul serio, di quanto non sia la distinzione tra il principio e il suo dettaglio, e forieri di un contenzioso ben più impegnativo.

La potestà concorrente, per paradosso, si mostra più flessibile. Anzitutto, per quanto profonda possa rivelarsi l'azione della disposizione statale, resta di regola un margine di intervento alla legge regionale, pur qualitativamente poco apprezzabile e talora limitato ai contorni. Poi, proprio grazie al carattere pretorio della qualificazione di una norma in termini di principio fondamentale, o di dettaglio, essa permette pur sempre alla Regione di segnare punti a suo favore, laddove sia meno avvertito l'interesse centralistico.

Insomma, è soprattutto qui, anziché sul terreno della potestà residuale, che le Regioni hanno conseguito pur non numerosi successi innanzi al giudice costituzionale<sup>37</sup>.

Un primo elemento da rimarcare, allora, è che la rinuncia al riparto concorrente cade proprio nel punto in cui, nei fatti, più ampie si sono mostrate le

33. U. De Siervo, *Una prima lettura del progettato nuovo art. 117 Cost.*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it). parla di «palese pretestuosità delle argomentazioni addotte contro la potestà legislativa ripartita»; G. Tarli Barbieri, *Testo dell'audizione sul disegno di legge n. 1429-B*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it) 2015, ricorda la «necessità in un ordinamento complesso di una legislazione integrata tra Stato e Regioni».

34. G. Rivosecchi, *Introduzione al tema: riparto legislativo tra Stato e Regioni: le c.d. "disposizioni generali e comuni"*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it).

35. Sentenza n. 50 del 2005.

36. V. Onida, *Quando la Corte smentisce se stessa*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it).

37. Secondo A. D'Atena, *Diritto regionale*, 2013, 155, la Corte «vigila sul rispetto del confine tra principio e dettaglio con un'incisività priva di precedenti nell'esperienza progressa».

*chances* di prevalenza delle istanze regionali a palazzo della Consulta.

Va aggiunto, però, che la potestà ripartita è meno idonea a sorreggere un indirizzo politico regionale autonomo, perché lo confina pur sempre nella gabbia di scelte fondanti assunte a livello centrale. E quindi, atteso lo spirito della riforma, essa avrebbe potuto essere conservata, piuttosto che superata.

Ma, forse, per ampi ambiti competenziali è proprio quanto la riforma del 2016 realizza, sia pure per vie traverse.

### 4.1 Le “disposizioni generali e comuni”

Vi è infatti da chiedersi, a questo punto, se davvero il riparto concorrente si sia eclissato, o se, piuttosto, esso riviva nelle clausole di colegificazione.

Si tende ad escludere, anzitutto, che le “*disposizioni generali e comuni*” attribuite allo Stato in numerose materie dal nuovo art. 117, secondo comma, Cost. equivalgano ai principi fondamentali della materia concorrente oggi previsti dall’art. 117, terzo comma, Cost.<sup>38</sup> A tal fine, è frequente il richiamo alla sentenza n. 279 del 2005, con cui la Corte costituzionale si trovò a confrontarsi con la competenza esclusiva dello Stato in tema di “*norme generali sull’istruzione*”, a fronte dell’attribuzione della materia “*istruzione*” alla potestà concorrente. Si disse in quell’occasione che le norme di principio si prestano ad ulteriori sviluppi e «*informano (...) altre norme, più o meno numerose*», mentre le norme generali, fondate «*su esigenze unitarie e, quindi, applicabili indistintamente al di là dell’ambito propriamente regionale*», esauriscono «*in sé stess(e) la loro operatività*».

È dubbio, però, che questo criterio sia altro che l’*escamotage* necessario ad uscire dall’imbarazzo creato da un’inedita suddivisione delle competenze, oramai in corso di superamento. Se si sofferma l’attenzione sulle scelte legislative cui la Corte attribuì il carattere di norma generale (le finalità di ciascuna

scuola; la tipologia degli incarichi di insegnamento e l’individuazione dei titoli richiesti; i limiti di età per l’iscrizione scolastica), si realizza subito che, pur in difetto di una competenza esclusiva statale, esse sarebbero state senza difficoltà ricondotte alla competenza statale, a titolo di principi fondamentali della materia. Stabilire a quale età si debba frequentare la scuola è disposizione evidentemente insuscettibile di ulteriore sviluppo da parte del legislatore regionale, ma ben pochi sarebbero disposti a sostenere che non si tratti di una scelta di principio, sottratta per ciò stesso alla sfera di intervento della Regione. A fronte di un interesse costituzionale legato ai diritti della persona, non vi è né ragione, né modo per disarticolare l’opzione unitaria sulla base di specificità territoriali, ovvero di indirizzi politici alternativi.

Viene quindi il sospetto che il criterio distintivo tra le norme generali e i principi fondamentali della materia sia occasionale e piuttosto debole per fondare su di esso la chiave di volta del nuovo riparto delle concorrenze<sup>39</sup>.

L’esperienza non giustifica, infatti, né l’affermazione secondo cui i principi non producono in nessun caso norme di carattere auto-applicativo, né che alle sole norme generali debba riservarsi il soddisfacimento di interessi unitari.

Da un lato, si sono avuti nella giurisprudenza costituzionale numerosi esempi di principi fondamentali del tutto auto-applicativi, e insuscettibili di ulteriori estensioni, la cui giustificazione è stata rinvenuta nella necessità di uniforme regolazione statale della fattispecie<sup>40</sup>.

Dall’altro lato, il principio fondamentale, se rettamente inteso, coglie la dimensione infrazionabile degli interessi sollecitati dalla materia, per poi consentirne una diversificazione in sede regionale, rispondendo a «*speciali esigenze di unitarietà da soddisfare*»<sup>41</sup>. La finalità unitaria, sorretta dal principio di uguaglianza, non è di appannaggio delle sole norme generali, e non gli è affatto estranea, posto che le

38. Ampiamente, G. Scaccia, *I tipi cit.*

39. Nel nuovo testo dell’art. 117 Cost., la sola lett. p) del secondo comma menziona le «*disposizioni di principio sulle forme associative dei Comuni*», accomunate peraltro dalla attribuzione di esse alla potestà esclusiva dello Stato, sicché è discutibile che la linea di demarcazione tracciata a suo tempo per regolare i confini tra principi e norme generali continuerebbe a essere attuale, una volta evaporati i primi. Le norme generali sull’istruzione convivono con i principi fondamentali della medesima materia, perché possono dividersi i compiti. Le prime, enunciate in modo organico dal legislatore statale, comprimono interamente la dimensione regionale, ma per profili peculiari. I secondi, eventualmente desunti dalla legislazione vigente, restano necessari a indirizzare, in termini più ampi, le scelte del legislatore regionale (che sono dunque preservate), laddove manchi una simile, espressa regolazione. La legge regionale, a sua volta, incontra un limite quantitativo nella necessità di lasciar vivere i principi statali, così da collocarsi in un’area comunque non espandibile illimitatamente. Il principio fondamentale, in altre parole, è la cerniera tra norme generali dello Stato e norme di dettaglio delle Regioni, che permette alla Corte di distinguerlo, *con riguardo allo specifico settore dell’istruzione*, in ragione della sua attitudine allo sviluppo per mezzo di altre disposizioni.

40. A solo titolo di esempio, sentenze nn. 275 del 2012; 151 del 2012; 287 del 2007; 430 del 2007; 417 del 2005; 388 del 2004.

41. S. Bartole, R. Bin, G. Falcon, R. Tosi, *Diritto regionale*, 2003, p. 153.

deroghe dovrebbero essere ammesse per i profili che, adattandosi alla dimensione locale, giustificano la devianza da una normativa uniforme, ovvero in ragione di scelte legislative periferiche, ma rispettose della sostanza dell'indirizzo politico centrale. La stessa sentenza n. 279 del 2005 ammette infatti che anche i principi fondamentali sono «*sorretti da esigenze unitarie*»<sup>42</sup>.

E come potrebbe un principio fondamentale di una materia suddividersi per “*ambito regionale*», a voler usare l'espressione della Corte, senza esporre con ciò il fianco al rilievo che esso non coglie il tratto necessariamente comune ad una disciplina normativa, ma piuttosto surroga la potestà concorrente della Regione nel conformare questo tratto alla realtà del proprio territorio, ovvero all'indirizzo politico regionale resi disponibili, in difetto di un'opzione unitaria imputabile allo Stato, proprio perché di dimensione territoriale?

In definitiva, la chiave di distinzione tra principio statale e regola regionale, nonostante sia indirizzata anzitutto dal grado di astrattezza della disposizione quale indizio qualificante *preliminare*, può già ora travalicare questo gradino di indagine per operare sul piano della dimensione degli interessi. Non a caso, è stato autorevolmente detto che in concreto principi sono stati ravvisati, dal giudice costituzionale, in «*tutte le norme statali di una certa importanza e generalità*»<sup>43</sup>. La questione non sta, allora (o, perlomeno non soltanto) nel separare dogmaticamente i principi dalle “*disposizioni generali e comuni*”, sul piano del contenuto, quanto nel chiedersi se la introduzione delle seconde in luogo dei primi non possa essere l'occasione per ridefinire il rapporto tra la legislazione statale e quella regionale, per come avrebbe potuto funzionare già nel riparto concorrente. E cioè secondo criteri che conservino allo Stato le scelte strategiche, se del caso puntuali, ma di contro aprano alle Regioni margini di azione, laddove la normativa non abbia a che fare con le prime, e si presti agli sviluppi suggeriti dal carattere locale dell'interesse, o comunque da un indirizzo politico regionale alternativo a quello centrale, ma compatibile, nel suo concreto dispiegamento, con il suo nucleo primario.

Per testare la effettiva differenza che potrà corretra tra i principi fondamentali e le “*disposizioni generali e comuni*”, si deve allora rispondere a due quesiti: a) se queste ultime siano tali da esaurire l'oggetto dell'intervento normativo, ovvero se esse, al pari dei principi fondamentali, siano capaci di integrazione

da parte della legge regionale; b) se le “*disposizioni generali e comuni*” vadano enunciate esplicitamente dallo Stato, per mezzo di leggi organiche, o possano desumersi, allo stesso modo dei principi, dalla legislazione vigente (con l'effetto di inibire l'espansione della normativa regionale, anche qualora il legislatore statale non avesse fissato espressamente le norme comuni).

In caso di risposta positiva a questi duplici quesiti, la riforma avrebbe in effetti introdotto novità significative nel sistema delle fonti.

In caso contrario (e si tratta dell'opzione da ritenere più convincente) è legittimo il sospetto che tutto sia cambiato, perché nulla cambi.

### 4.2 Interesse nazionale e carattere “comune” delle disposizioni statali

Ci si è chiesti, anzitutto, se nelle materie oggetto di “*disposizioni generali e comuni*” sia ammesso l'intervento della fonte regionale.

Non sfugge, a tale proposito, che le attribuzioni esclusive dello Stato relative alle “*disposizioni generali e comuni*” sono puntualmente doppiate (con l'eccezione della “*sicurezza alimentare*”) dalla sfera di competenza residuale delle Regioni: la tutela della salute dall’*organizzazione dei servizi sanitari*”; l'istruzione dai “*servizi scolastici*”; le politiche sociali dall’*organizzazione dei servizi sociali*”; l'istruzione e formazione professionale dall’*organizzazione della formazione professionale*”; il turismo dalla “*valorizzazione e organizzazione regionale del turismo*”; le attività culturali da una corrispondenza competenza «*per quanto di interesse regionale*; il governo del territorio dalla “*pianificazione del territorio regionale e mobilità al suo interno*”».

Non è detto che l'enfasi posta dal legislatore della revisione costituzionale sulla mera componente organizzativa di ciascuna di tali materie, che allo Stato sono invece riservate attraverso la tradizionale e più ampia denominazione, sottenda lo scopo di ridimensionare l'autonomia regionale entro stretti limiti, segnati per lo più dalla regolazione di meccanismi erogativi di prestazioni.

In tal caso, però, l'obiettivo non sarebbe stato raggiunto adeguatamente, perché, innanzi alla competenza esclusiva dello Stato a dettare le sole “*disposizioni generali e comuni*” di materie “nominate”, la clausola generale di residualità dovrebbe implicare la competenza regionale ad intervenire, con una norma-

42. Tra le molte nel medesimo senso, la sentenza n. 219 del 2013 ragiona in termini di «*misure necessariamente uniformi sull'intero territorio nazionale*».

43. L. Paladin, *Diritto regionale*, 2000, p. 107.

tiva speciale e differenziata, sul medesimo oggetto. Se, in definitiva, la “*tutela della salute*”, menzionata nella lett. m) del nuovo art. 117, secondo comma, Cost. coincide con l’*organizzazione dei servizi sanitari*” di cui al nuovo art. 117, terzo comma, Cost., poco importa. In caso contrario, vi sarà comunque la potestà residuale innominata della Regione, ogni qual volta la materia non sia precondizionata da “*disposizioni generali e comuni*” riservate al legislatore statale.

Dunque, è senza dubbio da escludere che la competenza esclusiva statale sulle “*disposizioni generali e comuni*” possa occupare interamente una materia, che continua, per altri profili, a far capo all’autonomia regionale<sup>44</sup>: il concorso delle fonti, che si vorrebbe escludere mediante la soppressione della potestà legislativa concorrente, torna invece a manifestarsi nella dialettica tra competenza esclusiva statale e competenza residuale della Regione.

Ciò chiarito, e superata la immediata suggestione offerta dai precedenti della giurisprudenza costituzionale relativa alle “*norme generali sull’istruzione*”, bisogna attendere al non facile compito di determinare che si intende per “*disposizioni generali e comuni*”. L’ipotesi a cui è possibile lavorare è che questa espressione non sia così lontana, *quanto al contenuto*, dal principio fondamentale che connota la potestà concorrente, e che non ha evidentemente potuto essere dichiaratamente ospitato nel contesto di una riforma che si fa vanto proprio del superamento di tale ultima tecnica di riparto della funzione legislativa<sup>45</sup>.

Non dovrebbe essere di ostacolo a questa premessa la circostanza che la lett. p) del nuovo art. 117 Cost. menziona le “*disposizioni di principio*” (sulle forme associative dei Comuni), cui perciò dovrebbe assegnarsi un contenuto equivalente a quello dei princi-

pi fondamentali della materia<sup>46</sup>, e dunque diverso da quello proprio delle “*disposizioni generali e comuni*”<sup>47</sup>.

Tanto le “*disposizioni generali e comuni*”, quanto le “*disposizioni di principio*” manifestano l’attitudine ad acquisire, nei confronti della potestà residuale regionale, un contenuto non dissimile dai principi fondamentali della materia concorrente, nel senso che verosimilmente, come si preciserà in seguito, le prime agiranno *di fatto* da fondamento e al contempo da limite nei confronti delle iniziative regionali, con un grado di penetrazione variabile a seconda del livello degli interessi coinvolti; e le seconde esprimeranno le scelte basilari attinenti alle forme associative di Comuni, tali da vincolare parimenti il legislatore regionale.

In entrambi i casi, il concorso di fonte statale e fonte regionale presumibilmente opererà nel senso che la seconda usufruirà dei (soli) spazi concessi dalla prima; e che la norma dello Stato, allo stesso tempo, potrà rivestire a tratti carattere dettagliato, ma mai al punto di estromettere del tutto la legge regionale dall’oggetto dell’intervento normativo, in ragione non tanto della sua natura generale, quanto del suo tratto necessariamente “comune”.

Ponendo da parte il caso unico delle “*disposizioni di principio*”, occorre infatti chiedersi se la specificazione del carattere “comune” della disposizione statale esclusiva, in luogo del carattere fondamentale del principio concorrente, serva ad una più rigorosa delimitazione di un concetto affidato ad oggi, nella sostanza, al variabile umore del giudice costituzionale.

L’accento andrebbe infatti posto proprio sulla natura “comune” della norma, “*autentica novità del testo approvato in Senato*”<sup>48</sup>, piuttosto che sulla sua generalità.

44. S. Pajno, *Considerazioni cit.*; G. Rivosecchi, *Introduzione cit.*

45. *Contra*, G. Serges, *La potestà legislativa delle Regioni nel progetto di riforma della Costituzione*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it); nel senso del testo, A. Anzon Demmig, *L’assetto delle potestà legislative e i diversi modelli del regionalismo*, in Osservatorio costituzionale AIC.

46. G. Scaccia, *I tipi cit.*

47. È vero infatti che la lett. p) del nuovo art. 117 Cost. assegna alla competenza esclusiva statale le “*disposizioni di principio sulle forme associative dei Comuni*”, sicché esse vanno distinte dalle “*disposizioni generali e comuni*”. Ma questo non significa che l’elemento che connota con alterità le une e le altre al contempo impedisca di riconoscere un tratto comune con i principi fondamentali della materia concorrente.

Mentre le “*disposizioni generali e comuni*” afferiscono a materie per le quali è inimmaginabile che un ordinamento giuridico non adotti una regolazione normativa (tutela della salute; governo del territorio, e così via), le forme associative dei Comuni sono *istituti del tutto eventuali*, sulla cui effettiva nascita è preliminare una valutazione politica di opportunità. Nell’assegnare quest’ultima in via esclusiva alla legge dello Stato, la nuova lett. p) dell’art. 117, secondo comma, Cost. (che, non a caso, centralizza contestualmente la competenza sull’ordinamento degli enti locali) pone un limite espresso alla corrispondente potestà residuale delle Regioni, che potrà esercitarsi solo a condizione che la normativa statale le abbia dato il via libera, indicando, a titolo di principio, se e quali forme associative siano consentite, nel rispetto della composizione ordinamentale indicata dall’art. 114 Cost.

L’esercizio della funzione legislativa statale, quanto alle “*disposizioni generali e comuni*”, dovrebbe inoltre essere subordinato, come si vedrà a breve, ad uno scrutinio obiettivo, sia pure a maglie larghe, in ordine alla corrispondenza di esse ad un interesse infrazionabile; al contrario, la scelta statale se normare o no le forme associative dei Comuni è meramente politica e dunque del tutto libera.

48. S. Pajno, *Considerazioni cit.*

Non nel senso, in verità poco appagante, che la legge statale non possa indirizzarsi che all'intero territorio nazionale, secondo una ricostruzione meramente dichiarativa del significato proprio dell'espressione impiegata. Quanto, invece, alla ricerca di una corrispondente portata precettiva, che valga a restringere l'arbitrio del legislatore statale nell'adozione di una disciplina comunque tenuta a confrontarsi con la corrispondente potestà residuale delle Regioni.

In quest'ottica, dovrebbe ritenersi "comune" solo la disposizione che intercetta un interesse indeclinabile in sede locale, ovvero della quale vi sia necessità per assicurare un'uniforme regolazione legislativa di istituti che non si prestano ad adattamenti suggeriti dalle peculiarità dei territori, e la cui omogeneità sia il riflesso del carattere fondante della scelta politica che vi si pone alla base.

Non può ritenersi "comune", in quest'accezione, né la norma che, per il suo contenuto, si allontana eccessivamente dal cuore dell'indirizzo politico sotteso all'intervento legislativo, e ne diviene piuttosto un rivolo accidentale, né quella che pretende di conferire carattere unitario ad interessi vibranti su una scala minore, per i quali, alla luce della ragione giustificatrice e degli obiettivi del legislatore statale, sono invece i tratti peculiari del contesto territoriale a connotare l'oggetto normativo.

È "comune", in definitiva, (solo) ciò che non potrebbe divenire parziale, perché, *secondo la ratio legis oppure la natura fondamentale degli interessi costituzionali in gioco*, non avrebbe alcun senso, o comprometterebbe il comune godimento dei diritti fondamentali, circoscrivere una certa scelta politica di fondo ad alcune persone, escludendone altre, in base ad un criterio territoriale, o alla disomogeneità degli indirizzi politici.

Per tale ragione, è incerto se il nuovo art. 116 Cost., nella parte in cui permette di attribuire ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia a singole Regioni, anche in materie ove la potestà statale si limiti alle "disposizioni generali e comuni", possa concernere la potestà legislativa. È già stato posto in luce che questa disposizione costituzionale ha un carattere «alquanto contraddittorio anche in termini logici<sup>49</sup>», perché non si vede come una norma generale e comune possa provenire dai singoli legislatori regionali. Si potrebbe però ritenere che, *in questo caso specifico*, la materia di cui all'art. 117, secondo comma, Cost. possa divenire oggetto di un regionalismo differenziato quanto all'esercizio della potestà regolamentare (che altrimenti potrebbe essere delegata al

sistema regionale nel suo complesso, e non a favore di talune Regioni soltanto), o all'allocatione della funzione amministrativa (che, altrimenti, sarebbe di spettanza statale).

Certamente, per tornare al carattere "comune" delle norme statali, siamo innanzi ad un criterio di opinabile applicazione nei casi concreti, ma pur sempre oggettivo, perché fa leva sugli scopi e la natura intrinseca allo specifico intervento legislativo statale, ovvero sulla dimensione costituzionale degli interessi da esso coinvolti. Anche nel primo caso, il legislatore statale non sarebbe arbitro indiscusso della propria competenza, in danno di quella regionale, ma risulterebbe comunque vincolato perlomeno alla coerenza, non potendo spingersi oltre quanto strettamente necessario a conferire impulso alla sua scelta politica qualificante.

La generalità della disposizione, allora, diviene un carattere accessorio e secondario, perché colloca la norma al grado di astrattezza sufficiente e necessario per conseguire l'obiettivo indotto dal carattere "comune" della normativa. Non si può escludere che esso sia minimo, e che la norma statale si occupi dettagliatamente di una fattispecie, quando ciò sia richiesto dalle esigenze del caso (ma si è già osservato che tale fenomeno ricorre anche con riguardo a taluni principi fondamentali del riparto concorrente). Ma, usualmente, vi sarà invece un margine, più o meno ampio, e riservato alla legge regionale, per la parte della materia che eccede il contenuto normativo "comune". Si potrebbe dire che quanto più la disposizione appare generale, tanto più è probabile che essa rispetti le condizioni perché la legislazione statale possa ritenersi a buon titolo di carattere "comune". *La generalità è un indizio di legittimità della disposizione statale*, tanto più forte, quanto più essa è marcata, aprendo la legislazione esclusiva alle integrazioni dei legislatori regionali.

Al contempo, ci si potrebbe chiedere se la generalità, pur consentendo alle disposizioni statali di assumere tratti analitici, non debba in ogni caso comportare un divieto per il legislatore statale di ricorrere, nelle corrispondenti materie, a leggi provvedimento, atteso che esse non possono certo definirsi generali sul piano sistematico. Questa idea, pur opinabile e da discutere, assegnerebbe alla generalità una specifica e primaria funzione di interdizione, da accompagnare a quella secondaria di indizio sulla legittimità della disposizione statale, cui si è appena accennato.

La denominazione quale "comune" della disposizione, insomma, non ha funzione descrittiva, ma

49. U. De Siervo, *Una prima lettura cit.* nota 10.

50. Con accenti diversi, G. Scaccia, *I tipi cit.*; G. Rivoscechi, *Introduzione cit.*



prescrittiva. Impone un certo contenuto, verificabile secondo criteri giuridici, in difetto del quale essa non può reputarsi legittima espressione di una competenza esclusiva dello Stato, ma illegittima compressione dell'autonomia regionale. Per tale verso, la norma statale adempie al ruolo di principio della materia, accantonando la poco probante distinzione rispetto alle regole auto-applicative di competenza regionale, per recuperare un limite intrinseco alla funzione di indirizzo dell'attività legislativa regionale.

È possibile, in altri termini, che alle “*disposizioni generali e comuni*” sia precluso di rendersi “*self-executing*”, quando il “dettaglio” eccede lo scopo giustificato dal carattere “comune” dell'azione legislativa, oppure il contrario, secondo un giudizio inevitabilmente casistico.

### Segue

Resta, ovviamente, un tratto di profonda divaricazione tra la potestà concorrente, ed il dualismo tra competenze esclusive e residuali.

Queste ultime, in particolare, pur dovendosi flettere innanzi alle “*disposizioni generali e comuni*” adottate dallo Stato, non saranno vincolate a sviluppare principi desumibili altrove. Con ciò si intende dire che, in linea astratta, un peculiare ambito della materia, non ancora conformato dalla disciplina esclusiva dello Stato, ben potrebbe essere normato integralmente in forza della potestà residuale regionale.

Solo alla legge dello Stato spetta, infatti, la decisione in ordine alla sussistenza di interessi sintetizzabili mediante “*disposizioni generali e comuni*”, cosicché, in assenza di una tale scelta, la legge regionale si dovrebbe presupporre libera di attingere ad un livello di regolazione completa della fattispecie.

Il condizionamento subito dalla legge regionale è dunque potente, perché lo Stato è in grado di occupare i molteplici settori di cui si compone una materia per mezzo di disposizioni che potrebbero lasciare di fatto la Regione nella sola facoltà di specificarne le linee applicative. Ma esso sembra anche meramente potenziale, fino a quando il legislatore statale non abbia provveduto in merito.

Veniamo, allora, al secondo quesito formulato innanzi.

È decisivo domandarsi se la potestà residuale regionale, per le materie di colegislazione, incontrerà i limiti desumibili dalla normativa statale vigente, al pari della normativa cd di dettaglio nell'attuale riparto delle competenze, ovvero se questi ultimi dovranno, stavolta, essere posti con un apposito organico in-

tervento, che si autoqualifichi in questi termini, come è già stato sostenuto<sup>50</sup>.

Nel primo caso, ancora una volta la presunta novità del modello duale tra competenza esclusiva e residuale (naturalmente per il caso delle materie oggetto di “*disposizioni generali e comuni*” dello Stato) dovrebbe finire per rivolgersi, nella sostanza, allo schema del riparto concorrente a tutt'oggi in vigore, perché non vi sarà campo che non sarà già stato occupato, in qualche modo, dalla normativa statale. E, al limite, si vedrà se la Corte costituzionale vorrà approfittare del nuovo art. 117 Cost. per rendere più stringente il suo controllo sui limiti da opporre all'invasività della legislazione dello Stato, il che, nell'attuale contesto giurisprudenziale di ripiegamento dell'autonomia regionale, appare incerto, anche se auspicabile.

Nel secondo caso (che pure apparirebbe in linea di principio il più compatibile con il «concorso sostanzialmente libero»<sup>51</sup> delle fonti regolato dal nuovo art. 117 Cost.), in assenza di un tempestivo intervento dello Stato capace di comprimere la potestà residuale, essa potrebbe in teoria espandersi verso lidi da sempre considerati di spettanza del legislatore statale, per di più in materie chiave del nostro ordinamento. Si avrebbe, così, una bizzarra manifestazione di “cedevolezza invertita”. Mentre, perlomeno anteriormente alla riforma del 2001, la legge dello Stato poteva dettare, nelle materie concorrenti, disposizioni di dettaglio, cedevoli solo a seguito dell'iniziativa legislativa regionale che si riappropriasse della competenza, domani potremmo assistere all'invasione, da parte del legislatore regionale, di sfere di competenza ad oggi riservate ai principi fondamentali spettanti al legislatore statale, fino a quando quest'ultimo non provveda a legiferare organicamente. Uno scenario, quest'ultimo, piuttosto improbabile dal lato pratico oltre che in contrasto con l'afflato statalista della riforma del 2016, e neppure auspicabile a dire il vero.

Se, per tale ragione, è verosimile che la Corte costituzionale si attesti nuovamente sulla consolidata posizione della sua giurisprudenza, ricavando le “*disposizioni generali e comuni*” dal tessuto ordinamentale, l'eco della potestà legislativa concorrente diverrà innegabile, almeno nel funzionamento concreto del sistema legislativo, sia pure con tutte le sottili distinzioni teoriche.

E, in tal caso, il saldo per le Regioni sarebbe comunque negativo, perché i limiti statali opponibili a tre potestà legislative attualmente residuali (l'assistenza sociale; la formazione professionale; il turismo) in linea teorica verrebbero implementati, mentre nulla sarebbe guadagnato nel passaggio alla residualità delle attuali competenze concorrenti sul-

51. G. Scaccia, *I tipi cit.*

la “*tutela della salute*”, sul “*governo del territorio*” e sull’“*istruzione*”.

### **4.3 Conclusioni sul nuovo concorso di fonte statale e fonte regionale**

In conclusione, e per riassumere. La potestà legislativa concorrente è in sé meno ambiziosa della potestà residuale regionale, perché lascia minor spazio ad un autonomo indirizzo politico periferico. Per tale ragione, essa pare compatibile con gli obiettivi della controriforma del 2016, che vi ha però a prima vista rinunciato, sulla base dell’erronea percezione che essa alimentasse la conflittualità costituzionale, piuttosto che incanalarla verso forme elastiche di composizione degli interessi.

Sul piano teorico, il rapporto tra potestà esclusiva dello Stato in punto di “*disposizioni generali e comuni*” e potestà residuale delle Regioni sulle corrispondenti materie (una volta scartata l’idea che queste ultime debbano limitarsi ai profili organizzativi assegnati nominativamente dal nuovo art. 117, terzo comma, Cost.) non riproduce la dinamica tra i principi fondamentali e la cd normativa di dettaglio, essenzialmente per quattro aspetti connessi: a) la legge regionale non è limitata allo sviluppo dei principi fondamentali posti dal legislatore statale; b) di conseguenza, all’interno della materia, vi possono essere settori privi di una regolazione a livello centrale, sui quali il legislatore locale può per primo porre le mani<sup>52</sup>; c) la legislazione della Regione può così dilatarsi verso la dimensione che è oggi di pertinenza dei principi fondamentali prescritti dallo Stato<sup>53</sup>; d) la legislazione statale, ove esercitata, a sua volta non necessita di alcun completamento in sede decentrata, potendo rendersi direttamente auto-applicativa.

Di fatto, però, vi sono ottimi motivi per ritenere che il meccanismo tornerà ad impigrirsi sulle forme ben note del riparto concorrente, forgiate tramite i principi fondamentali e la conseguente normativa di sviluppo.

I primi, ad onta di qualsivoglia inquadramento sistematico, hanno già dimostrato di poter di volta in volta assumere tratti di estrema analiticità, che, se per un verso non permettono di estrapolarvi altro, per il verso parallelo neppure richiedono un completamento normativo regionale quale condizione necessaria

per andare a segno (e, così, salta il punto d). Per questo, si può porre in dubbio che il tratto distintivo delle “*disposizioni generali e comuni*”, al di là del caso del tutto peculiare delle “*norme generali sull’istruzione*” già affrontato dalla giurisprudenza costituzionale, consista davvero, rispetto ai principi fondamentali, nella capacità di esaurire interamente una certa disciplina, in forza di preminenti esigenze unitarie. Al contempo, è sostenibile che già ad oggi il *test* sulla natura di principio fondamentale della materia non sia estraneo alla verifica di simili esigenze, in rapporto agli interessi sollecitati dalla norma.

Come si è visto, si può solo concedere che la specificazione del carattere “*comune*” della disposizione “*generale*” possa rilanciare un’indagine più rigorosa, da parte della Corte costituzionale, sulla natura di principio di una certa norma, ma su questo punto servirebbero capacità profetiche, mentre il passato congiura per lo scetticismo.

Con riguardo alla *vis* espansiva della legge regionale, poi, tutto dipende dalla decisione, ancora una volta affidata alle cure del giudice costituzionale, di rinvenire anche implicitamente le “*disposizioni generali e comuni*” nelle pieghe dell’ordinamento, ovvero di imporre al legislatore statale un intervento organico, che si autoqualifichi in ragione della competenza esercitata.

Se, come pare probabile, prevarrà la prima opinione, la legge regionale incontrerà fin da subito l’opposizione di una coriacea normativa statale, idonea a precluderne sia le iniziative solitarie (punto a), sia la conquista del livello normativo di principio (punto c). Sarebbe possibile solo incunarsi nei sottosettori aperti dalle imprevedibili novità dell’evoluzione sociale, ma, anche ammesso che essi non siano forzatamente riadattati dalla mentalità tassonomica del giurista a fattispecie già regolate, è facile immaginare che un pronto intervento del legislatore statale ricaccerà indietro gli avamposti normativi regionali (punto b). L’attitudine della legge dello Stato ad occupare le materie dovrebbe infine confinare l’iniziativa regionale in pascoli già frequentati, per i quali non resterà che il “*dettaglio*”.

Se, in conclusione, il giudice costituzionale non dovesse decidersi a imprevedibili e repentine evoluzioni regionaliste della propria giurisprudenza (quanto al controllo sul carattere “*comune*” della norma statale, pur qui auspicato, e sulla esigenza di

52. Ad oggi, è «*in contrasto con l’assetto costituzionale dei rapporti Stato-Regioni*» il «*presupposto secondo cui queste ultime, in assenza di una specifica disciplina di un determinato fenomeno emergente nella vita sociale, abbiano in via provvisoria poteri illimitati di legiferare*» (sentenza n. 359 del 2003). In presenza di una clausola di residualità può porre talvolta difficoltà la decisione se ascrivere il «*fenomeno emergente della vita sociale*» ad una materia nominata, in ragione del fatto che con essa perlomeno confina, rendendolo un ambito di questa competenza, ovvero se estrapolarvi una materia innominata. Nel primo caso, la specificità del caso potrebbe rendere inadeguate le disposizioni generali e comuni formulate con un altro obiettivo dal legislatore statale, aprendo la via alla legge regionale.

53. A. D’Atena, *Il riparto cit.*; in senso parzialmente diverso, U. De Siervo, *Una prima lettura cit.*

un'espressa adozione di essa), il nuovo art. 117 Cost., per quanto qui interessa, non pare destinato a mutare granché rispetto alla vituperata potestà concorrente<sup>54</sup>. E questo a patto che siano respinti tentativi di integrale annichilimento della funzione legislativa regionale in ambiti cruciali per l'Ordinamento, come accadrebbe se si ritenesse che il differente *nomen iuris* tra l'oggetto delle "disposizioni generali e comuni" di cui al secondo comma del nuovo art. 117 Cost., e le competenze "organizzative" delle Regioni nominate dal nuovo art. 117, terzo comma, Cost., sottintenda l'esclusione di queste ultime dall'ambito di materie in tal modo riservate allo Stato.

Va infine rimarcato che l'incontro della potestà esclusiva statale con quella residuale delle Regioni, fuori dall'intermediazione della funzione a riparto concorrente, erode i regolamenti regionali, che sono adottabili solo nelle materie residuali ai sensi del nuovo sesto comma dell'art. 117 Cost., salva delega statale. Ciò che persisteva della funzione normativa regionale, anche in caso di chiamata in sussidiarietà di un oggetto a riparto concorrente, viene così definitivamente eliso.

## 5. Le altre competenze esclusive dello Stato

Cancellato il riparto concorrente delle materie, si è resa necessaria la distribuzione di esse tra potestà esclusiva dello Stato e potestà residuale delle Regioni.

Si è già detto della figura, piuttosto oscura, delle competenze statali concernenti le (sole) "disposizioni generali e comuni", che si annettono anche materie in precedenza conferite in via residuale alle Regioni (assistenza sociale; istruzione e formazione professionale; turismo). Al di là di esse, l'evidente tendenza della revisione costituzionale si manifesta nella centralizzazione delle attribuzioni.

Essa avviene mediante plurime tecniche normative, talora intrecciate:

a) talune materie sono *sic et simpliciter* assegnate allo Stato, conservando la denominazione attualmente adottata dall'art. 117, terzo comma, Cost. Si tratta del "coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario"; della "previdenza complementare e integrativa"; della "tutela e sicurezza del lavoro"; del "commercio con l'estero"; della "valorizzazione dei beni culturali"; dell'"ordinamento sportivo"; dell'ordinamento delle "professioni"; dell'"or-

dinamento della comunicazione"; della "produzione, trasporto e distribuzione nazionali dell'energia". Tra tali oggetti, deve convenirsi con chi ha già segnalato la potenziale carica dirompente insita nella consegna integrale al legislatore statale del "coordinamento della finanza pubblica"<sup>55</sup>, perlomeno se esso continua ad intendersi quale sinonimo di finanza pubblica *tout court*.

Si è già osservato che la giurisprudenza costituzionale si è servita di questa materia per condizionare pesantemente la fonte regionale, eccettuando, e non sempre, le misure restrittive più minute e settoriali. A fronte di finalità di contenimento della spesa, i vincoli alla autonomia legislativa, organizzativa e finanziaria della Regione sono divenuti effetti indiretti di una opzione normativa spettante allo Stato. Persistendo a ragionare in questi termini, e venuto meno persino l'argine desunto dalla sfera di competenza concorrente riservata alle Regioni, la legge statale sarebbe legittimata a imporre misure analitiche e dettagliate, forse anche di natura permanente, in danno della Regione, frustrandone l'autonomia finanziaria di entrata e di spesa garantita dall'art. 119 Cost.

È auspicabile che, facendo leva proprio su tale ultima disposizione, si voglia invece evitare una simile deriva, prendendo atto che coordinare la finanza non significa divenire l'unico assuntore finale di ogni scelta che ponga in gioco le risorse finanziarie dei soggetti pubblici. Resta il fatto, però, che una linea di giurisprudenza costituzionale fortemente segnata dal contesto emergenziale troverebbe un consolidamento normativo in Costituzione, svincolandosi dalla contingenza, e divenendo stabile.

Con riguardo alle altre materie, è difficile trovarne una che abbia permesso alla Regione di esercitare un'apprezzabile autonomia fino ad oggi: già si è ricordato l'esempio delle "professioni", nella sostanza già interamente svuotato di competenze regionali. Ancora una volta, la revisione costituzionale fotografa la giurisprudenza costituzionale, nel tratto discendente della parabola regionale, prevenendone un eventuale riscatto;

b) altre materie, a conferma dell'indirizzo sostanzialmente ricettivo seguito dalla riforma del 2016 nei confronti della giurisprudenza costituzionale, sono trasposte di pari peso da quest'ultima e affidate allo Stato: la "promozione della concorrenza" (già inclusa nella tutela della concorrenza); le "norme sul procedimento amministrativo" (già per larga parte imputate a titolo di livelli essenziali delle prestazioni) e la

54. P. Bilancia - F. Scuto, *La riforma costituzionale tra superamento del bicameralismo paritario e riordino delle competenze Stato-Regioni*, in [www.csffederalismo.it](http://www.csffederalismo.it).

55. G. Tarli Barbieri, *Testo cit.*

“disciplina giuridica del lavoro alle dipendenze di amministrazioni pubbliche” (già ricompresa nell’ordinamento civile), “tese ad assicurarne l’uniformità sul territorio nazionale”; l’ordinamento di Comuni e Città metropolitane”, ovvero degli enti locali sopravvissuti alla soppressione delle Province disposta dal nuovo art. 114 Cost. Con l’eccezione dell’intervento sulla concorrenza (indiscutibilmente già riconosciuta allo Stato), però, la riforma sceglie in ogni caso, tra i punti irrisolti della giurisprudenza costituzionale, l’orientamento meno favorevole alle Regioni, cristallizzandolo, o conferendovi una spinta ulteriore.

Così, il dibattito sulla competenza relativa all’ordinamento degli enti locali, che, sulla base di alcuni precedenti della Corte, avrebbe potuto reputarsi residuale<sup>56</sup>, come accade nelle Regioni a statuto speciale, è definitivamente troncato a favore della tesi statalista. La natura del rapporto di lavoro dei dipendenti regionali, forse imputabile all’ordinamento civile *fino a quando* le Regioni non avessero deciso di affrancarsi dal modello di privatizzazione proprio del dlgs n. 165 del 2001<sup>57</sup>, è ora consegnata nella sole mani del legislatore statale. Il procedimento amministrativo, transitato fino ad oggi solo in parte nei livelli essenziali delle prestazioni<sup>58</sup>, subisce adesso una integrale cannibalizzazione da parte dello Stato. Difatti, la finalità di assicurare uniformità di disciplina sul territorio nazionale, *che, salvo delimitate eccezioni, è implicita in ogni materia oggetto di potestà esclusiva dello Stato*, sembra oggetto di una valutazione squisitamente discrezionale del legislatore statale, che fa corpo con l’atto stesso di legificare la materia. Quando ciò accade, un’eventuale normativa regionale dissonante ne viene irrimediabilmente scacciata. La formulazione della lett. g) del nuovo art. 117, secondo comma, Cost. concede, al limite, che, nel frattempo e prima di siffatta valutazione, il legislatore regionale possa agire provvisoriamente in una materia che permane nella piena sfera di disponibilità dello Stato;

c) altre materie ancora sono prelevate dall’attuale art. 117, terzo comma, Cost., e riadattate con formule che collegano la competenza esclusiva dello Stato alla dimensione nazionale dell’interesse. A parte il caso della “produzione, trasporto e distribuzioni na-

zionali dell’energia”, in cui incongruamente già rilevava il carattere nazionale dell’oggetto normativo, si tratta del “sistema nazionale e coordinamento della protezione civile”; delle “grandi reti di trasporto e di navigazione di interesse nazionale”; dei “porti e aeroporti civili, di interesse nazionale e internazionale”, cui può accostarsi la “programmazione strategica della ricerca scientifica e tecnologica”. Rispetto all’elenco dell’attuale art. 117, terzo comma Cost., si aggiungono le “infrastrutture strategiche”, che a propria volta rimandano alla natura centralizzata dell’interesse. Se ne arguisce che, laddove quest’ultimo sia meramente locale, la competenza spetti in via residuale alle Regioni, e possa liberamente coesistere con la corrispondente normativa statale, che verte su altro oggetto. Per quanto si è osservato in precedenza, l’indivisibilità degli interessi, insieme con la proiezione dell’intervento normativo statale su scala nazionale, contraddistingue in via tendenziale anche le “disposizioni generali e comuni”. Ma, per le materie qui ricordate, il legislatore della revisione costituzionale, enfatizzandolo e concretizzandolo con riguardo all’oggetto dell’intervento statale, si è servito della clausola di residualità per assegnare *a contrario* una sfera competenziale riservata alle Regioni. Essa, in linea di principio, parrebbe insensibile alla legislazione statale, perché quest’ultima si arresta innanzi alla localizzazione territoriale dell’interesse. Fa eccezione il “sistema nazionale e coordinamento della protezione civile”, che rimanda piuttosto ad un meccanismo di concorso delle fonti, *nella sostanza* concorrente.

## 6. Le competenze residuali delle Regioni

Le materie riconosciute alla potestà residuale delle Regioni si valgono, come si è visto, di una duplice fonte. Alla clausola generale di residualità corrisponde un elenco nominativo contenuto anch’esso nel terzo comma del nuovo art. 117 Cost. È già stato notato che questa tecnica presenta il vantaggio di ancorare saldamente un nucleo di prerogative regionali al testo costituzionale, assicurandone il riconoscimento giurisprudenziale<sup>59</sup>.

56. Sentenze nn. 326 del 2008 e 324 del 2010; in senso contrario, sentenze n. 48 del 2003, 377 del 2003, 238 del 2007 e 158 del 2008.

57. P. Sordi, *Il sistema delle fonti nella disciplina del lavoro pubblico (dopo il d.lgs n. 150 del 2009)*, in *Lavoro nella p.a.*, n. 5 del 2010, pp. 805 ss.

58. G. Falcon, *Le materie cit.*, p. 92.

59. G. Scaccia, *I tipi cit.*; G. Rivosecchi, *Introduzione cit.* Nell’elenco vanno ricomprese la “polizia amministrativa locale” desunta dalla lett. h) del secondo comma dell’art. 117 Cost., la normazione sui limiti alla potestà regolamentare degli enti locali, che il sesto comma del nuovo art. 117 Cost. ambiguamente ripartisce tra Stato e Regioni; la regolazione delle relazioni finanziarie tra gli enti territoriali, indicata dal nuovo terzo comma dell’art. 117 Cost.

È anche vero, però, che essa potrebbe celare un intento assai più subdolo in danno dell'autonomia regionale. Si è già posto in chiaro che alla competenza esclusiva dello Stato nell'adottare "disposizioni generali e comuni" fa eco una potestà regionale nominata, ma con espressioni linguistiche di ridimensionamento, come se essa dovesse venire ritagliata in seno ad una attribuzione più ampia, comunque preclusa al legislatore regionale quand'anche essa ecceda un oggetto generale e comune.

L'interpretazione più convincente, tuttavia, deve respingere questa ipotesi, che lascerebbe prive importanti materie di una normativa (regionale), per così dire, "speciale e differenziata", a completamento delle scelte romane: la "pianificazione del territorio regionale e mobilità del suo interno" è dunque governo del territorio; la "programmazione e organizzazione dei servizi sanitari e sociali", tutela della salute e politiche sociali; l'"organizzazione della formazione professionale", istruzione e formazione professionale; la "valorizzazione e organizzazione regionale del turismo", turismo. In un caso analogo, infatti, lo stesso testo del nuovo art. 117 Cost. si serve del medesimo linguaggio per definire il campo statale ("disposizioni generali e comuni sulle attività culturali") e regionale ("disciplina, per quanto di interesse regionale, delle attività culturali"). Il riferimento all'interesse regionale, qui esplicito, conferma *a contrario* la coesistenzialità della dimensione propria dell'interesse nazionale a base delle "disposizioni generali e comuni".

La tecnica impiegata dal nuovo terzo comma dell'art. 117 Cost. potrebbe avere anche una funzione inversa: permette di ricavare competenze esclusive dello Stato di natura innominata, ma univocamente "espresse" per il fatto che certe materie sono attribuite solo parzialmente alla Regione (ciò potrebbe essere sufficiente per rinvenire una espressa riserva, visto che essa discende comunque dal testo letterale del nuovo art. 117 Cost.)<sup>60</sup>.

La "promozione dello sviluppo economico locale" e la "organizzazione in ambito regionale dei servizi alle imprese", grazie alla indicazione espressa sulla natura locale dell'interesse, non può che echeggiare una corrisponde potestà dello Stato di scala nazionale, eccedente il carattere trasversale proprio della tutela e promozione della concorrenza. Una competenza-oggetto sulle attività produttive nazionali, che si affianca a quella riconosciuta espressamente in tema di "politiche attive del lavoro".

Tra le materie nominate vi è la "promozione dei beni ambientali, culturali e paesaggistici" di interesse regionale, che si vale di un termine (la "promozione") di ambiguo significato, se si considera che la "valorizzazione" ora prevista dall'art. 117, terzo comma, Cost. è risalita tra le competenze esclusive dello Stato ("tutela e valorizzazione dei beni culturali e paesaggistici; ambiente ed ecosistema"). Si potrebbe pensare ad iniziative volte a favorire l'accesso al bene da parte della collettività (finanziamenti; pubblicità; trasporti e così via), senza che al contempo esso possa divenire oggetto di una regolamentazione normativa diretta sulle stesse modalità di conservazione, di fruizione e di gestione, con un arretramento rispetto alla punta più avanzata della giurisprudenza costituzionale in tema di "fruizione" dei beni ambientali<sup>61</sup>.

Esso, però, non dovrebbe comportare che la legge regionale non possa migliorare gli standard statali di tutela ambientale, quando ciò accada quale *effetto indiretto* dell'esercizio di una competenza propria della Regione, perché proprio il carattere inessenziale dell'effetto ai fini di qualificare la competenza renderebbe superfluo, a tali fini, il passaggio, nel nuovo art. 117 Cost. dalla "tutela dell'ambiente" alla competenza esclusiva statale in materia di "ambiente" *tout court*<sup>62</sup>.

Infine, appare degna di nota l'attribuzione alla legge regionale in via residuale della competenza in tema di "rappresentanza delle minoranze linguistiche", anche se essa dovrà coesistere con la competenza della Repubblica (e, dunque, statale) a tutelare queste minoranze, prevista dall'art. 6 Cost.

### Segue

Le altre materie da ridistribuire confluiscono, al contrario, nella potestà normativa residuale delle Regioni, grazie alla clausola generale confermata dal nuovo art. 117, terzo comma, Cost. e si ricavano da quanto fino ad ora precisato con riferimento ai limiti della potestà esclusiva statale: la normativa di *pendant* alle "disposizioni generali e comuni"; l'eventuale sviluppo delle "disposizioni di principio sulle forme associative di Comuni"; norme sul procedimento amministrativo e sul lavoro pubblico regionale, fino a che lo Stato non reputi opportuno uniformare la materia; disposizioni legittimate, su scala locale, dall'espressa limitazione della competenza centrale alla dimensione nazionale; i pochi oggetti già menzionati dal vigente art. 117, terzo comma, Cost. e non consegnati allo Stato: anzitutto,

60. *Contra*, U. De Siervo, *Una prima lettura* cit.

61. Ad. es., sentenza n. 367 del 2007.

62. Dubbi sul punto sono invece manifestati da G. Scaccia, *I tipi* cit.

la “alimentazione”, privata però del profilo della “sicurezza alimentare” e i “rapporti internazionali e con l’Unione europea delle Regioni”, temperati, peraltro, dalla persistente attribuzione alla legge dello Stato delle norme di procedura per l’attuazione degli accordi internazionali e del diritto dell’Unione (art. 117, quinto comma, Cost.)

Vi sono, infine, le “casse di risparmio, case rurali, aziende di credito a carattere regionale” e gli “enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale”. Difficile, tuttavia, immaginare che su materie così delicate non si sovrapponga una disciplina statale, ricavata da disposizioni costituzionali estranee al Titolo V, come l’art. 47 Cost. in tema di disciplina, coordinamento e controllo dell’esercizio del credito<sup>63</sup> (oltre che, naturalmente, le disposizioni a tutela e promozione della concorrenza).

Restano alla residualità, da ultimo, le materie innominate finora individuate dalla giurisprudenza costituzionale, di cui si è già sottolineato il livellamento patito per effetto, in particolare, delle competenze trasversali dello Stato.

## 7. Conclusioni sul nuovo assetto delle competenze legislative

Nel complesso, la legislazione regionale viene inchiodata all’impoverimento impostole, allo stato, dalla più recente giurisprudenza costituzionale. Quest’ultima è valorizzata nei picchi più decisamente statalisti, mentre sono sorpassate le meditate e complesse posizioni assunte nell’immediatezza della revisione del 2001.

Il punto predominante del riassetto delle competenze è l’interesse nazionale<sup>64</sup>, celato: a) ora nella natura “comune” delle disposizioni generali dello Stato (nuovo art. 117, secondo comma, lett. m, n, o, s, u); b) ora nella finalità espressa di uniformare certe discipline (lett. g); c) ora nella dimensione dichiaratamente nazionale della materia per fine ed oggetto (lett. n, u, v, z, ma anche il nuovo art. 117, terzo comma, Cost., quando lega la competenza regionale al carattere locale dell’intervento).

La tecnica normativa, però, è esageratamente variegata, e rischia di porre nuovi dubbi in un campo che si era ormai ben assestato grazie agli stimoli creativi del giudice costituzionale.

In linea di massima, resistono ampie zone di contatto tra potestà statale e potestà regionale, e, *quanto al contenuto* delle disposizioni prodotte in forza

dell’una e dell’altra, è prevedibile che nei fatti non ci si dovrebbe allontanare troppo dal (modesto, per l’autonomia regionale) riparto concorrente, pur formalmente cancellato.

Certo, il meccanismo è differente, ma lo Stato ha ampi margini per occupare la materia, lasciando alle Regioni il dettaglio, e talora neppure quello, con le “disposizioni generali e comuni” (che, se rinvenibili implicitamente, condizioneranno ineludibilmente l’autonomia regionale); le “disposizioni di principio” di cui alla lett. p (la cui assenza, segno della scelta politica di non attivare queste forme, potrebbe persino congelare l’iniziativa residuale regionale); le norme di “coordinamento” della lett. u (coordinare, come nell’ipotesi della finanza pubblica, può equivalere a imporre forme e mezzi comuni di azione); le *disposizioni che spettano alla Repubblica* (come con riferimento alla tutela delle minoranze linguistiche e agli enti di credito regionali, alle quali il legislatore regionale dovrà adattarsi).

Solo laddove la competenza statale o regionale si radica con riguardo alla localizzazione dell’oggetto normativo o alla strategicità di esso (lett. n, v, z, ma anche parte del nuovo art. 117, terzo comma, Cost.) parrebbe che le Regioni possano sviluppare a livello territoriale una politica autonoma dall’indirizzo romano, che viene espressamente circoscritto secondo una scala dimensionale oggettiva. Le scelte regionali, in altri termini, non dovrebbero conformarsi ai “principi” tracciati dalla legislazione statale secondo le nuove forme “generali e comuni” introdotte dalla riforma del 2016, ma sullo sfondo aleggiano ancora le competenze trasversali dello Stato, oltre che la clausola di supremazia di cui ci si occuperà a breve.

La competenza esclusiva dello Stato, dall’altro lato, si allarga a nuovi oggetti, tra i quali rischia di acquisire egemonia il “coordinamento della finanza pubblica”, e non ne perde alcuno. Talora essa si annette materie già attribuitele dalla giurisprudenza costituzionale, privilegiando, nelle pieghe dei latenti contrasti, la versione più centralista (la lett. p sull’ordinamento degli enti locali). Ad essa viene dietro anche la potestà regolamentare, salva graziosa delega alle Regioni.

Le *chances* regionali di resistere all’onda d’urto sono quindi affidate alla sensibilità del giudice costituzionale, specie quanto ai criteri che si vorranno adottare per scrutinare la legittimità delle “disposizioni generali e comuni”. Se prevalesse un orientamento volto a riconoscere questa qualità per effetto di una scelta

63. Per un esempio di competenza legislativa statale esterna al riparto dell’art. 117 Cost., si veda la sentenza n. 388 del 2004.

64. S. Pajno, *Considerazioni cit.*

“squisitamente politica”<sup>65</sup> del legislatore statale, nei limiti della non manifesta irragionevolezza, verrebbe precluso ogni ulteriore sviluppo della autonomia regionale oltre le sbarre costruite intorno, specie nella seconda fase temporale della riforma del 2001.

Certamente, dell’idea che le Regioni possano costituire un polo autonomo di elaborazione di un indirizzo politico alternativo a quello del Governo, allo scopo di diluire la sovranità e frazionare il potere, non resta nulla.

La ridefinizione delle materie premia lo Stato, fermando l’oscillazione del pendolo della giurisprudenza costituzionale proprio nel punto più lontano dalle istanze di decentramento legislativo.

Non vi sono allora esiti sconvolgenti rispetto al quadro di riparto che oggi vive, ma piuttosto la definitiva rinuncia ad un assetto davvero regionalista della forma di Stato, assieme a nuove difficoltà applicative<sup>66</sup>, altri dubbi di interpretazione e rinnovate sfide a cercare la coerenza logica (o, meglio, ad imporla *ex post*) in un intrico di formule anodine, prive di un chiaro collegamento reciproco.

Si sarebbe potuto fallire meglio.

## 8. La clausola di supremazia e cenni sul Senato. L’incerto destino del regionalismo italiano

Il nuovo quarto comma dell’art. 117 Cost. formula la cd clausola di supremazia<sup>67</sup>, di cui era monca la revisione costituzionale del 2001. Su proposta del Governo, la legge dello Stato può avocare a sé ogni intervento legislativo, quando lo richieda la tutela dell’unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero la tutela dell’interesse nazionale. La sola garanzia procedimentale per le Regioni è recata dal nuovo art. 70 Cost., che prevede l’esame del disegno di legge da parte del Senato, e l’obbligo per la Camera di approvarlo a maggioranza assoluta, ove intenda non approvare le modificazioni proposte dal Senato con la medesima maggioranza.

Davvero troppo poco, se si considera che la nuova legge elettorale garantisce agevolmente il *quorum* alla maggioranza di Governo, mentre più difficoltoso potrebbe esserne il conseguimento in Senato.

Difatti, la nuova legge elettorale per la Camera consegnerà immancabilmente la maggioranza assoluta di cui il Governo necessita per sostenere la sua iniziativa, mentre altrettanto non può dirsi con riguardo al Senato, i cui componenti (a parte la quota di nomina presidenziale) sono designati dai Consigli regionali e delle Province autonome con metodo proporzionale, in base al nuovo art. 57 Cost.

Ora, se il Senato dovesse davvero rappresentare le istanze regionali nella loro unità, il conseguimento di una maggioranza assoluta non sarebbe problematico. Ma vi sono due ostacoli. In primo luogo, si tratta di capire se la molteplicità delle istanze regionali, storicamente segnate da una linea divisoria perlomeno di carattere geografico tra nord, centro e sud d’Italia, possano davvero ricompattarsi in una posizione condivisa.

In secondo luogo, si dovrebbe dare per scontato ciò che non lo è affatto, ovvero che il Senato non obbedisca piuttosto alle medesime logiche politiche che governano la dialettica tra maggioranza e opposizione alla Camera. Questo perché il predominio dei partiti politici nazionali sulla classe dirigente locale, unitamente ad un’elezione dei senatori da parte dei Consigli, che per di più non si accompagna a mandati imperativi o a clausole di *recall*, suggerisce piuttosto che il voto dei membri dell’Assemblea possa essere diretto da sollecitazioni provenienti dai centri di elaborazione della politica nazionale<sup>68</sup>. In questo caso, la maggioranza assoluta diviene obiettivamente conquista più ardua, con l’effetto di disinnescare l’intervento regionale proprio laddove sarebbe più opportuno bilanciare con esso il supposto interesse nazionale.

Vi è quindi una profonda asimmetria tra le maggioranze qualificate, pur formalmente identiche, che si richiedono a Camera e Senato, in via generale, e più specificamente nell’ambito tracciato dalla clausola di supremazia. Più onesto sarebbe stato permettere al Senato di deliberare a maggioranza semplice, perché vi è l’ipotesi non peregrina che, diversamente, il potere di arresto temporaneo dell’iniziativa del Governo non sia di fatto esercitabile.

### Segue

Nella reintroduzione di un concetto, l’interesse nazionale, espunto dalla riforma del 2001 (e di tale am-

65. G. Scaccia, *I tipi cit.*

66. E. Cheli, *Una riforma necessaria, ma che rischia di non funzionare*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 2016.

67. P. Caretti, *La potestà legislativa regionale nelle proposte di riforma del Titolo V della seconda parte della Costituzione*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it).

68. N. Lupo, *La (ancora) incerta natura e del nuovo Senato: prevarrà il cleavage politico, territoriale o istituzionale?* In [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2016.

piezza da assorbire i riferimenti alla tutela dell'unità giuridica ed economica), il legislatore della revisione costituzionale del 2016 scolpisce un palese intento, che funge da sottotraccia all'intera modifica del Titolo V: l'indiscussa predominanza dell'indirizzo politico governativo, che ambisce a incarnare la *salus rei publicae*, a fronte della minorità amministrativa delle Regioni. Non vi è infatti competenza legislativa di queste ultime che non ceda di fronte alla legge di supremazia, *se così vuole il Governo* che si fa carico del relativo disegno di legge. Mentre nell'originario art. 117 Cost. scritto dal Costituente l'interesse nazionale operava, *nel rispetto delle competenze*, da limite alla legislazione regionale, o anche da base di quella statale, qualora fosse stata impugnata innanzi alla Corte costituzionale, il nuovo quarto comma dell'art. 117 Cost. ne esalta l'affinità elettiva con l'azione del Governo, permettendo a tale organo un'iniziativa di carattere preventivo che *altera il riparto delle competenze*<sup>69</sup>.

Siamo perciò nel campo della straordinarietà, ed essa riposa tutta sul peso politico di cui il Governo dispone presso la Camera, allo scopo di qualificare la sua azione in termini di indispensabilità per il poizore raggiungimento dell'interesse comune. Glorificato dai crismi del suggello governativo, l'interesse nazionale si presenta innanzi al giudizio della Corte intriso di una politicità poderosa e recalcitrante a scrutinio, tanto da poter alimentare il dubbio che esso possa tramodare, in danno della legge regionale, in un limite di merito, anziché di legittimità, seguendo il percorso opposto a quello subito dall'analogia espressione contenuta nel "primo" art. 117 Cost.

Eppure, è stato ribadito di recente che la supremazia dello Stato nei confronti delle Regioni «riassume i contenuti di tutte le clausole che consentono allo Stato di ingerirsi nella materie regionali», e che quindi essa si espande secondo un moto impresso «dall'interpretazione che diamo di queste clausole»<sup>70</sup>. Esse non possono generare rassegnazione innanzi alla manifestazione di potenza di una sovranità centralizzata peraltro sempre più evanescente, ma piuttosto stimolare l'interprete ad una lettura sistematica

che tenga in conto la forma di Stato regionalista prescelta dal Costituente.

Se dunque si intende contrastare la degenerazione e conservare un qualche senso alla autonomia legislativa regionale, si dovrà piuttosto lavorare di fino, per contenere quanto più possibile l'abuso di una vera e propria "clausola-vampiro"<sup>71</sup>, affidandosi ancora una volta al controllo di costituzionalità.

A tal fine, la premessa è che l'interesse nazionale presupposto dal nuovo quarto comma dell'art. 117 Cost. non abbia una vocazione esclusivamente politica (come aveva il corrispondente limite di merito affidato al controllo del Parlamento dal Costituente del 1948), ma rifletta su scala generale il medesimo concetto già declinato per particolari ambiti di competenza dagli altri commi del nuovo art. 117 Cost. In tal senso milita la constatazione che già nel vigore del "primo" Titolo V esso fu assorbito nel novero dei limiti di legittimità, ciò che allora sembrò ridimensionare l'autonomia regionale, ma che oggi potrebbe costituirne un'arma di difesa, grazie all'affinamento del controllo di costituzionalità relativo al principio di proporzionalità<sup>72</sup>.

Nell'ipotesi appena formulata, la clausola di supremazia non è indifferente alla materia legislativa su cui incide. Si possono distinguere quattro ipotesi principali:

a) con riguardo agli oggetti colegificati per mezzo di "disposizioni generali e comuni", si è cercato di suggerire che queste ultime sono tali, perché inglobano già la dimensione di un interesse infrazionabile, e irraggiungibile se non per mezzo di un'unica legislazione di matrice statale. In caso contrario, le norme non potrebbero dirsi davvero "comuni". Non siamo quindi lontani dalla tradizionale definizione di interesse nazionale<sup>73</sup>. Rispetto a tale novero di competenze, la condizione perché lo Stato possa legiferare sconta già, almeno in una parte significativa, le finalità centraliste manifestate dal quarto comma del nuovo art. 117 Cost. Per definizione, la legislazione regionale che residua si colloca, quindi, in una dimensione prettamente locale, lontana dal cuore pulsante delle scelte strategiche di

69. S. Mangiameli, *Il Titolo V* cit..

70. S. Bartole, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni anche alla luce della legge costituzionale n. 1 del 2012*, in *Il Sindacato* cit., p. 120.

71. A. D'Atena, *Luci e ombre della riforma costituzionale Renzi-Boschi*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it).

72. Il contatto con la giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare, alimenta una più rigorosa delimitazione del principio di proporzionalità, e ne può favorire una migliore applicazione anche nel giudizio di costituzionalità. Per un esame della natura di questo principio volto in tale direzione, F. Trimarchi Banfi, *Canone di proporzionalità e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in corso di pubblicazione in *Diritto processuale amministrativo*, 2, 2016, pp. 361 ss.

73. Si veda, ad esempio, la sentenza n. 177 del 1988 della Corte costituzionale.



fondo. Per attivare la clausola di supremazia anche in tali casi, sarà allora necessario un *quid pluris* davvero significativo, e difficilmente immaginabile in astratto. Una rottura dell'ordine costituzionale o una compromissione dei valori fondanti della Repubblica e dei diritti fondamentali della persona, che per qualche imprevedibile ragione sia indotta dalla proliferazione di legislazioni regionali disomogenee;

b) con riferimento alla distribuzione delle competenze secondo la scala nazionale o locale dell'oggetto o del fine, la clausola di supremazia incontra analoghi limiti concettuali. È infatti direttamente la Costituzione a determinare entro che margini (appunto, finalistici o materiali) l'elemento nazionale possa assumere rilievo ai fini del riparto delle competenze. Un intervento legislativo che si estenda ad una modesta rete di trasporto di livello locale, in altri termini, per definizione non dovrebbe di regola permettere l'attivazione del potere di supremazia statale, atteso che l'interesse nazionale che lo legittima è già stato valutato una volta per tutte quale elemento costitutivo del riparto delle attribuzioni legislative;

c) nei casi in cui il nuovo art. 117 Cost. affida già direttamente alla legge statale ogni valutazione di opportunità circa il se e il modo di regolare una materia (le norme sul procedimento giuridico e sul lavoro pubblico) il ricorso al quarto comma appare in sé superfluo;

d) infine, vi sono le materie oggetto di potestà regionale residuale, sulle quali non è già attivo alcun fattore di controllo, da parte dello Stato, secondo la prospettiva dell'interesse nazionale. Tra di esse si contano oggetti innominati di grande importanza, come l'industria, l'artigianato, l'agricoltura, il commercio; altri impliciti (le disposizioni "di dettaglio" sulle forme associative dei Comuni); altri nominati (la "*rappresentanza delle minoranze linguistiche*").

Per tali casi, la clausola di supremazia attenua il livello qualitativo cui deve attingere l'interesse nazionale, che torna ad articolarsi intorno ai concetti di infrazionabilità, urgenza, necessità<sup>74</sup>. A distanza di trent'anni circa da quella giurisprudenza costituzionale, potremmo dire che essa incorpora un giudizio di proporzionalità *ante litteram* di carattere trifasico, ove si testa l'idoneità della misura a perseguire l'obiettivo unitario; la necessità di essa a fronte della inadeguatezza della sfera regionale; la non manifesta irragionevolezza nel bilanciare l'interesse unitario con l'autonomia regionale.

È vero che l'osservanza del principio di proporzionalità non è stata espressamente richiamata nel testo del nuovo quarto comma dell'art. 117 Cost., ma nondimeno essa sembra imposta dalla rilevanza costituzionale dell'autonomia politica regionale, che funge da limite implicito all'incontrollata annessione da parte dell'indirizzo politico nazionale.

La strada lungo la quale la Corte potrebbe muoversi è stretta, ma non impercorribile. Anche quando la Camera, su iniziativa del Governo, abbia dichiarato sussistere l'interesse nazionale con riguardo a specifici obiettivi, si potrà lavorare dall'interno della *ratio legis*, per testare la idoneità causale delle singole misure a soddisfare lo scopo, mentre le Regioni ricorrenti potrebbero pur sempre dimostrare che la sfera regionale è altrettanto capace di servirle, in linea con l'indirizzo strategico del legislatore statale.

Certo, un piano di sviluppo energetico nazionale implica in sé l'inidoneità di misure locali. Ma ciò non esclude che vi possa essere, al suo interno, un livello di intervento sensibile alla dimensione territoriale, ove, ad esempio, si trattasse di valutare la compatibilità in concreto di un certo impianto di minor portata (e, dunque, di strategicità obiettivamente complementare) con l'assetto del territorio o i criteri urbanistico-edilizi. Qui non solo sarebbe contestabile l'allocatione in sede centrale della funzione amministrativa in base all'art. 118 Cost., ma la stessa disciplina normativa che la precede, ove la Regione potesse dimostrare la compatibilità del proprio intervento legislativo di attuazione con gli obiettivi più generali sottesi all'iniziativa del Governo.

Del resto, la stessa tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica, dovendosi confrontare con l'assetto regionale della forma di Stato, non può risolversi in una petizione di principio, perché, nelle materie di competenza regionale, ciò che si desidera in linea di massima è proprio l'opposto della omogeneità, ovvero la diversificazione del trattamento normativo della fattispecie. Si dovranno perciò manifestare eventi di particolare gravità per consentire l'attivazione della clausola tesa alla uniformità, su cui la Corte potrebbe esigere una adeguata motivazione<sup>75</sup>, e persino, entro i limiti della "non manifesta insussistenza" dei presupposti, per così dire, impiegare con più determinazione poteri istruttori.

Come si vede, non è detto che la clausola di supremazia si renda nella sostanza ingiustiziabile<sup>76</sup>, benché si debba ammettere che si tratta di un rischio con-

74. Sentenza n. 177 del 1988 cit.

75. G. Scaccia, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, 2009, pp. 113 ss.

76. S. Mangiameli, *Il Titolo V* cit.

creto ed elevato proprio a causa della politicità che connota l'iniziativa del Governo.

Bisogna anche concordare con chi ha già dimostrato, con vari argomenti, che essa manda in soffitta l'istituto della chiamata in sussidiarietà<sup>77</sup>, e così indebolisce la partecipazione regionale, persino per la fase di esecuzione degli atti amministrativi assunti sulla base della legge statale. Come si è visto, l'attrazione in sussidiarietà pone rimedio, nel vigente Titolo V, alla assenza di una clausola di supremazia, nell'ambito di un riparto di competenze residuali esageratamente generoso nei confronti delle Regioni. Non essendovi formalmente modo di riallocare la potestà legislativa, si è rimediato pretendendo che ciò dovesse avvenire per effetto della attribuzione allo Stato della corrispondente funzione amministrativa.

Il nuovo Titolo V inverte il percorso: la legge di supremazia si impossessa della materia. Sola condizione perché ciò accada è il rispetto della garanzia procedimentale indicata dal nuovo art. 70 Cost. e la sussistenza delle condizioni prescritte dal quarto comma dell'art. 117 Cost. (l'iniziativa legislativa del Governo; una legge formale; la tutela dell'unità giuridica o economica o dell'interesse nazionale). L'intesa, forte o debole che sia con la Regione, non è dunque prevista ad alcun livello.

Ottenuto ciò, in base all'art. 118 Cost. (nella sostanza lasciato immutato dalla riforma del 2016) spetta al legislatore statale allocare la funzione amministrativa, sia pure sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. La sola linea difensiva regionale, sul piano dell'esercizio della attività amministrativa, si esaurirà nella contestazione del livello di governo prescelto dalla legge statale, ove un livello inferiore si mostri costituzionalmente preferibile alla luce dell'art. 118 Cost. Ma non sembra esservi modo per inchiodare l'amministrazione statale, una volta che essa sia stata reputata l'unica adeguata, all'intesa con la Regione, quale condizione per l'esercizio della funzione. Né può logicamente ricorrere un concorso di competenze, atteso che la legge di supremazia se le intesta interamente.

A dire il vero, non è che vi sia molto da lamentarsi per il superamento di istituti collaborativi che si prestano alla conflittualità e corroborano la farraginosità del procedimento, quando esso risponde ad interessi comuni e prioritari. Non è nella fase di esecuzione delle decisioni politiche che si colloca con più opportunità un recupero dell'autonomia regionale, con il sacrificio che esso comporta in danno della

tempestività dell'azione. Né appare in sé inopportuna la introduzione, per queste ipotesi, di una clausola di supremazia che si riallacci al carattere unico ed indivisibile della Repubblica. Del resto, si è già detto che auspicabile sarebbe la valorizzazione dell'elemento regionale nella sua dimensione politica, piuttosto che nella fase di mera attuazione.

Il *deficit* della nuova disciplina costituzionale non è dunque qui, ma piuttosto nel fatto che essa ha uno spettro di azione molto ampio, sia per oggetto (raggiunge ogni potestà legislativa regionale), sia per presupposti (l'interesse nazionale, in primo luogo). Sarebbe allora stato necessario trovare un correttivo procedimentale, coinvolgendo le Regioni nella fase ascendente dell'intervento legislativo statale, o direttamente, o per mezzo di una specifica competenza del nuovo Senato<sup>78</sup>.

Ciò non è avvenuto, se non per il palliativo descritto dal nuovo art. 70 Cost., del tutto insufficiente. Più in generale, è massimamente incerto, come si è detto innanzi, che il Senato agirà davvero quale assemblea rappresentativa delle istituzioni territoriali. A parte quanto già osservato, a indicare il contrario vi è persino l'elenco delle competenze legislative che gli sono attribuite dal nuovo art. 70 Cost., alcune delle quali evidentemente connesse a profili di unità e indivisibilità (perlomeno le leggi di revisione costituzionale e le leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati relativi all'appartenenza all'Unione europea). Mentre è curioso che ve ne siano altre, di altrettanto chiara pertinenza alla sfera regionale, cui il Senato resta estraneo, se non per il blando meccanismo previsto dal nuovo comma terzo dell'art. 70 Cost., e tra queste tutte le materie ove si tratti di specificare il carattere nazionale o locale, strategico o accessorio, dell'intervento normativo<sup>79</sup>.

Per questo motivo, l'autonomia regionale è potenzialmente alla mercé del Governo, e della sua maggioranza politica, e la sola ancora di salvezza riposa, ancora una volta, sulla improbabile ipotesi, qui caldeggiata, che sia la Corte costituzionale a bilanciare il piatto stavolta per l'altro verso, attraverso uno scrutinio davvero serrato dell'interesse nazionale quale vero e proprio motore di spinta del nuovo Titolo V.

Non vi è molto da rallegrarsi per questa considerazione conclusiva, che rende estremamente incerta la sorte del regionalismo italiano, ed anzi è il caso di parafrasare Beckett. *Tentare di nuovo. Fallire di nuovo. Fallire peggio.*

77. G. Scaccia, *I tipi cit.*; S. Pajno, *Considerazioni cit.*

78. Il rilievo accomuna pressoché tutti i lettori della riforma costituzionale: ad. es., U. De Siervo, *Una prima lettura cit.*

79. U. De Siervo, *Complessità cit.*

## Introduzione a “Il Corpo. Anatomia dei diritti”

di *Stefano Celentano*

Il tema del Corpo, e più specificamente il tema dei diritti del Corpo e sul Corpo, è da sempre argomento di dibattito filosofico, medico e giuridico, e per un suo approccio di qualità, è necessario che il giurista rivendichi il suo ruolo di intellettuale, chiamato necessariamente a confrontarsi e ad operare con una pluralità di questioni giuridiche, scientifiche ed umanistiche che sono la più evidente testimonianza di come il diritto assuma le più alte sembianze allorquando, arricchito come una delle più alte manifestazioni del sapere umano, diventi espressione di cultura storica e sensibilità sociale.

Se il bagaglio cognitivo e lo spirito critico assurgono a cifre distintive della nostra identità, altrettanto il Corpo è il più tangibile presidio del nostro essere con gli altri ed al contempo con noi stessi, ed il primo volume geometrico in cui è racchiuso il nostro spazio, il nostro tempo ed ogni singolo attimo di vita. Nel corpo, l'interiorità e l'esteriorità dell'individuo trovano il loro equilibrio o patiscono segrete disarmonie, in un tentativo di sintesi che può avere la bellezza dirompente del-

la conquista o il sapore amaro del dolore quotidiano.

Intorno al Corpo si sviluppa un universo parallelo, costantemente arricchito tanto da nuove riflessioni su temi storici e di particolare complessità, quali quello dei confini della autodeterminazione, quanto da nuove questioni attinenti alla espressione della propria identità affettiva e sessuale, della propria dignità relazionale, e al passaggio dal concetto di naturale a quello di biologicamente possibile.

Il diritto non può dimenticare che il corpo è identità, sessualità, strumento affettivo e procreativo, veicolo primordiale di comunicazione, presidio e garanzia delle funzioni fisiologiche, ma che è anche ricerca estetica, oggetto di desiderio, identità da tutelare, espressione di pudore e di libertà.

*Il Corpo. Anatomia dei diritti.* Un percorso giuridico, storico, e di costume che ha lo scopo di individuare nel Corpo, all'attualità, un centro di identità, diritti, espressioni e desideri, e di favorire una riflessione, libera e laica, sul *modus vivendi* del suo linguaggio e dei suoi eterogenei significati.

## Tra Ottocento e Novecento: dai diritti sul proprio Corpo ai diritti della persona

di *Filomena D'Alto*

Il lavoro mira a dare una traccia del processo culturale e giuridico relativo all'emersione al piano normativo dei diritti della persona.

Si è trattato di un procedimento complesso, inerendo alla struttura del diritto soggettivo ed alla sua tutela.

La proprietà privata – paradigma delle libertà nello stato liberale, grazie al suo contenuto politico di concretizzazione del principio di libertà – è divenuta il modello tipico di garanzia dei diritti dell'individuo, iniziando tuttavia a profilarsi quale strumento inadeguato alla tutela di situazioni giuridiche afferenti più propriamente alla dimensione dell'essere che non a quella dell'avere. Inadeguatezza che è gradualmente emersa nella difficoltà di ridurre le situazioni giuridiche della sfera personale a diritti sulla propria persona, sul proprio corpo.

### 1. La struttura dei diritti della personalità

Il tentativo che ci si propone è quello di dare una traccia dell'emersione al piano normativo dei cd diritti della persona<sup>1</sup>. Si tratta di un procedimento di qualificazione giuridica – circoscrivibile tra il XIX ed il XX secolo – che porta con sé il travaglio culturale, spesso inconscio, della cognizione di quei diritti, ovvero della loro comparsa al grado di coscienza collettiva. Attualmente può ritenersi affiorato l'alto grado di complessità di ogni singolo individuo, la cui dignità è valore costitutivo dell'ordine giuridico. Tuttavia, la continua frizione tra sfera individuale e collettiva che si riscontra in ogni procedimento di acquisizione al piano normativo di situazioni giuridiche più propriamente personali, mostra quanto la complessità del tema sia

irriducibile alle classiche modalità di operare qualificazioni giuridiche.

Nello Stato liberale l'individuo era compiutamente divenuto soggetto giuridico, quantomeno su di un piano formale: le acquisizioni generalmente culturali e filosofiche in merito al concetto di persona non potevano non tradursi nell'ambito più propriamente giuridico. L'essere umano era divenuto valore pre-costituzionale ed era un dato dal quale il legislatore non avrebbe potuto prescindere, almeno idealmente.

L'uomo soggetto giuridico viene infatti considerato pienamente capace di autodeterminarsi nella gestione dei propri interessi: la potenzialità di essere destinatario ed attore di effetti giuridici è ormai considerata attributo di qualunque essere umano, tanto che si acquista con la nascita. Ciascuno, infatti, con la nascita acquisisce la capacità giuridica ed è come se l'or-

1. Si utilizza l'espressione "diritti della persona" nel suo senso più ampio, prescindendo dall'adesione a qualcuna delle differenti posizioni che si sono registrate sul tema. «Nello sviluppo del pensiero giuridico, le teorie che sino ad oggi si sono disputate il campo per dare una definizione al problema della tutela della persona si possono in definitiva far rientrare in due gruppi, apparentemente contrapposti: la persona (...) come risultante di tutta una serie di diritti espressamente riconosciuti dal legislatore a tutela di interessi connaturati alla persona stessa, ma specificamente individuati; o invece come espressione dell'azione di tutto l'insieme delle leggi positive che hanno come scopo la conservazione e lo sviluppo del soggetto, da una parte, e delle intrinseche potenzialità della persona emergenti nell'ordinamento, dall'altra». Cfr. D. Messinetti, *Personalità (diritti della)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, p. 356.

dinamento lo riconoscesse; in seguito, verificandosi specifiche circostanze, la capacità giuridica si accresce di quella d'agire, e cioè il soggetto può modificare giuridicamente la realtà nella quale si muove.

Tuttavia, e non casualmente, è proprio in questo momento che subentrano numerose cautele, ovvero rispetto all'azione, che infatti inizia a profilarsi come concetto più radicale di quello che legalisticamente potrebbe apparire. Al soggetto viene riconosciuta giuridicità, ed è come se in questo modo l'ordinamento garantisse il valore uomo; ma quando quella giuridicità deve farsi attiva, è necessario che vi siano di volta in volta specifici presupposti predeterminati: la capacità d'agire non è un logico precipitato di quella giuridica (come se l'agire non lo fosse dell'essere).

L'individuo che agisce lo fa sulla spinta di un interesse ed è così che si manifesta e che entra in contatto con gli altri, traducendo una relazione. È un rapporto che ha in sé una dimensione etica e conflittuale, poiché esprime l'unicità dei soggetti coinvolti, ed è rapporto giuridico. Questo fa sì che ogni situazione giuridica – ogni diritto – non si possa circoscrivere al singolo individuo, essendogli organica la dimensione sociale. Ed è un'organicità ontologica, che a fatica si può limitare ad un ambito meramente tecnico: il soggetto giuridicamente capace che è mosso dall'interesse ad agire per il conseguimento di un bene che l'ordinamento ritiene meritevole di tutela, è una rappresentazione la cui portata normativa è indiscutibile, ma della quale facilmente si coglie la portata assoluta, sol che ci si soffermi sui singoli concetti adoperati. È senza dubbio tipico della dimensione artificiosa connessa al fenomeno giuridico, tendere a relegare in quell'ambito la valenza di categorie più propriamente antropologiche, quali senz'altro sono capacità, interesse, azione, che rimandano inevitabilmente al volere, ovvero alla libertà.

Questa ineludibilità dell'intreccio tra dimensione individuale e sociale, ontologicamente presente nell'agire umano, svela tutta la sua complessità nel campo dei diritti della personalità, rispetto ai quali emerge come parlare di bilanciamento di interessi del singolo con quelli della collettività rischi di impoverire la dimensione propriamente primaria del fenomeno giuridico. Le codificazioni ottocentesche non potevano prescindere dall'idea di persona e questo – a meno di non volerne svuotare la sostanza – avrebbe dovuto tradursi nel conferire a ciascun soggetto giuridico la piena capacità di agire, ovvero di autodeterminarsi

nel senso più profondo di esprimersi, in particolare attraverso quei diritti traduenti la sua personalità. La capacità d'agire così intesa, però, tarda a farsi effettiva, rimanendo circoscritta alla mera dimensione artificiosa del diritto, come se il mondo giuridico fosse altro dal mondo *tout court*; ciò che consentiva, al di là di ogni retorica, la dimensione autoritaria della legislazione, tesa ad orientare sensibilmente l'agire del soggetto giuridico, al fine di garantire l'ordine sociale fondato su quegli interessi ai quali effettivamente veniva attribuito valore costituzionale, ovvero famiglia e patrimonio.

## 2. Forza del modello proprietario

È chiaro che il piano attuativo del diritto è decisivo per dargli contenuto: un diritto pieno è tale perché viene naturalmente esercitato e, quando è leso, viene tutelato attraverso la giurisdizione. Per poter agire in giudizio il soggetto deve avere un interesse ad agire, riconosciuto il quale – attraverso una valutazione pregiudiziale – può tentare di ottenere, con il processo, il conseguimento del bene oggetto del suo diritto. La tutela è classicamente modulata sullo schema proprietario: il rapporto tra soggetto giuridico e bene diviene il paradigma delle libertà nello Stato liberale. Il punto è che l'evoluzione del concetto di persona non ha solo ampliato a dismisura la sfera dei diritti, ma ne ha fatto emergere una nuova struttura, che difficilmente si ingabbia nell'archetipo dell'avere, attenendo più propriamente a quello dell'essere: sono le modalità molteplici attraverso cui ciascuno può esprimersi agendo, che possono diventare oggetto di tutela giuridica, possono essere cioè diritti. E la questione è tutta nella qualificazione di diritto – e specificamente di diritto soggettivo – che, per essere tale, deve necessariamente correlarsi alla tutela.

È per questo che i diritti della persona sono stati qualificati diritti sulla persona, sul proprio corpo, non potendo prescindere dall'individuazione del bene oggetto di garanzia. «*Ma può la persona essere oggetto di un diritto? Ed eccoci così passati ad una delle obiezioni più comunemente addotte contro i diritti sulla propria persona, e cioè che ripugna l'ammettere che la persona possa essere oggetto di un diritto*»<sup>2</sup>.

Non mancavano, infatti, coloro che sostenevano l'esistenza di diritti sul proprio corpo e generalmente sulla propria persona fino alle conseguenze più estreme, forti di solide argomentazioni logico-deduttive,

2. Cfr. A. Ravà, *I diritti sulla propria persona (nella scienza e nella filosofia del diritto)*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, XXXI, Torino, 1901, p. 36. Il saggio si svolge su di un piano eminentemente formale e proprio sotto questo profilo appare particolarmente espressivo delle difficoltà connesse alla normativizzazione dei diritti della persona. Le citazioni di seguito nel testo provengono da questa stessa fonte.

ben sorrette dal paradigma proprietario<sup>3</sup>. Tuttavia, è proprio su questo piano formale che diviene difficile sostenere la realtà della persona, non confacente alla sua dignità, ed è per questo che appare percorribile riguardare alla struttura del diritto soggettivo più che alla sua tutela, acuendo l'elemento della pretesa verso gli altri, ovvero la pretesa giuridica che una persona compia una determinata azione (da intendersi anche in termini di astensione). In questo modo, appare possibile ammettere diritti soggettivi – quali potrebbero essere appunto i diritti della personalità – nei quali la modulazione tra facoltà e pretesa propende per la centralità della pretesa: la tutela è accordata imponendo la generica pretesa di astensione verso tutti ed al contempo è escluso il ricorso al concetto di dominio, inapplicabile ad un rapporto tra esseri umani. Non si escludono elementi di soggezione nei rapporti, ma la signoria alla quale una persona può essere sottoposta non può mai porsi come un *factum*, ma esclusivamente come un obbligo giuridico.

Tuttavia, se questa impostazione appare congrua a risolvere il problema dei diritti della persona esercitati verso altri, la questione non cessa di complicarsi nel suo aspetto più decisivo, ovvero la qualificazione dei diritti sulla propria persona: «(...) Ora quando siamo ai diritti sulla propria persona che sono, come tutti riconoscono, diritti assoluti, se non si vuole distruggere la dignità della persona che è oggetto del diritto, bisogna imporre a lei giuridicamente l'obbligo della soggezione; e allora abbiamo un diritto della persona verso se stessa, cioè un mostro giuridico (...). Se si vogliono sfuggire queste gravi conseguenze, non c'è che riconoscere che le parti o posizioni della persona che si prendono ad oggetto del diritto sono considerate come cose, e che il diritto sulla propria persona è un diritto reale. (...) Ma quando io abbia ridotto i diritti sulla propria persona a diritti reali, ho con me quasi tutti i moderni sostenitori della teoria, che versan fiumi d'inchiostro gridando allo scandalo».

L'unico modo per evitare lo scandalo della realtà è spingere i diritti personali oltre il sistema giuridico, considerandoli non diritti, ma loro presupposti: «questi diritti della personalità sono poi, in fin dei conti, gli antichi diritti innati». (...) «[È necessario] determinare un certo minimum di diritti, se non esistessero più i quali, la persona non sarebbe più riconosciuta come tale. Questo minimum è costituito dai diritti essenziali della persona. (...) Ma quello che è il fondamentale dei diritti essenziali, e che in qualche misura bisogna assolutamente che sia riconosciuto,

è il diritto di libertà. La libertà è quella per mezzo di cui si esercitano e si acquistano i diritti: l'uomo a cui sia tolta assolutamente la libertà non è più persona, non è più soggetto di diritto».

Ed è la libertà il punto critico del problema, il dato di fatto dal quale non si può prescindere. La questione della qualificazione dei diritti della personalità, come si vede, involge *formae mentis* radicate, svelando la reale portata della forza performativa delle costruzioni giuridiche, dovuta anche all'intenso substrato politico sul quale sono fondate. La natura di diritto innato della libertà era un dato storicamente già acquisito e che, sul piano normativo, era stato risolto proprio grazie al riconoscimento della proprietà privata: un individuo che non fosse padrone dei frutti del proprio lavoro non era libero, e perciò la proprietà ha efficacemente riempito di contenuto la libertà<sup>4</sup>.

«Se la libertà è proprietà è senza dubbio un diritto. (...) Vale quindi poco affermare che la persona non può essere oggetto di proprietà; ma bisogna invece cercare se contro la riduzione della libertà a proprietà non vi siano degli argomenti più generali e più decisivi».

Questi argomenti sono di natura logico-deduttiva e consistono nel ritenere che nella scienza giuridica, come in ogni scienza, vi siano dei postulati originari e segnatamente «un concetto indipendente dagli altri e che si possa spiegare senza ricorrere a concetti di ordine giuridico», a meno di non voler chiudere l'intera giurisprudenza in un circolo vizioso: «la libertà è dunque questo elemento primo che andavamo cercando».

Si tratta evidentemente di un procedimento formalistico che però, pur nella sua astrazione, svela tutta la complessità del tema, proprio attraverso lo sforzo di qualificare i diritti della personalità oltre lo schema proprietario, pur garantendone al contempo l'assolutezza. Come ogni costruzione formalistica, tuttavia, a contatto con la realtà svela ogni suo punto debole, sol che si rifletta su quanto possa essere vacuo definire essenziale il diritto di libertà (*rectius* le libertà), senza prevedere adeguati meccanismi di tutela.

### 3. Socialità dei diritti familiari

Senza dubbio le ricadute più immediate del diritto essenziale di libertà della persona si riscontrano nella famiglia, che ha sempre rappresentato la difficoltà di bilanciare la sfera del singolo con quella dell'istituzio-

3. Valga come esempio la posizione del Ferri, che giungeva a riconoscere un diritto al suicidio. Cfr. A. Ravà, *op. cit.*, pp. 35-36.

4. Può semplificarsi evocando generalmente la centralità dell'istituto proprietario nel processo di codificazione moderna del diritto civile, per il quale si rinvia al mio *La politicizzazione dell'interpretazione alle origini del positivismo giuridico. Esperienze di diritto vivente nel Codice Napoleone*, in *Rivista di Storia del Diritto italiano*, vol. LXXXV, anno LXXXV (2012).

ne primaria nella quale è inserito, proprio per la forte ambivalenza – in termini di assolutezza e relatività – che caratterizza questi rapporti. Si pensi, infatti, che questi diritti sono stati tradizionalmente interpretati come diritti misti, poiché sintetizzavano situazioni giuridiche contenenti al contempo elementi di natura obbligatoria, quali gli obblighi derivanti ai coniugi dal matrimonio, ed altri indiscutibilmente rapportabili al dominio, come nell'istituto della patria potestà<sup>5</sup>.

Storicamente è acquisizione della modernità l'eliminazione della distinzione tra sfera pubblica e privata. Quando questa distinzione era netta e potremmo dire costitutiva della comunità, le questioni personali (*rectius* i diritti) erano chiuse nello stretto ambito familistico. Tuttavia, la graduale individualizzazione della società, per cui ciascuno è divenuto componente immediato della comunità sociale, non ha fatto perdere alla famiglia il suo contenuto d'istituzione, divenendo l'irrisolto tratto d'unione, o se si vuole il filtro, tra la società e l'individuo, che diventato lui stesso valore, non poteva non proiettarsi autonomamente sul piano sociale<sup>6</sup>. Questa ambivalenza, probabilmente irrisolvibile, è stata colta dal legislatore dello Stato liberale, che l'ha sbrigativamente risolta ritenendo di definire accuratamente i ruoli familiari, basandosi sull'idea che dall'ordine stabilito in quella sede si proiettasse l'ordine sociale, e a tal fine accantonando tutti gli elementi che potessero apparire perturbatori del sistema. E quell'ordine si fondava proprio sulla famiglia, basata sul matrimonio<sup>7</sup>.

La filiazione legittima era considerata il supporto della solidità familiare e perciò era l'unica protetta e garantita dall'ordinamento. A tal fine era previsto un sistema normativo che si fondava sul principio per il quale la questione relativa alla legittimità (e all'illegittimità) della prole spettasse esclusivamente al padre, prevedendo a tal fine il divieto d'indagini sulla paternità, con tutti i precipitati connessi, sostanziabili nella circostanza che i diritti personali (*rectius* essenziali) delle madri e dei figli naturali erano di fatto fuor di

tutela, essendo fuori della giuridicità (*rectius* liceità)<sup>8</sup>. È chiaro che si tratta di una vicenda complessa e dai riscontri molteplici, di cui non si può in questa sede dar conto. Ma ciò che è utile rilevare è la grave limitazione all'azione di alcuni soggetti, alla loro libertà di individui riconosciuti come valore fondativo dell'ordinamento e quindi alla loro potenzialità di esprimersi, imponendo la severa restrizione della sfera giuridica più delicata, ovvero dei loro diritti essenziali. In quel contesto, l'interesse di alcuni dei soggetti coinvolti – madre e figli – era di frequente misconosciuto a vantaggio del valore considerato primario, ovvero la famiglia. È chiaro che storicamente non si ponesse – almeno su di un piano consapevole – il problema del bilanciamento dei differenti diritti in gioco: forse anche di tutto l'*humus* culturale relativo a donne e bambini, il legislatore aveva disegnato la famiglia frustrando a tal fine i singoli. Questo non certo a vantaggio di un'effettiva armonizzazione sociale, quanto piuttosto della sua salvaguardia formale, se non proprio esteriore.

Tuttavia, proprio la sensibilità crescente nei confronti di donne e bambini non poteva non avere riverberi su di un piano più propriamente giuridico, quanto meno in termini di aspirazione. E questo a riprova di quanto rischino di apparire vuote quelle statuizioni normative che ostinatamente non tengano conto di certe evoluzioni, come se davvero quelle evoluzioni dipendessero dalla legge. Ed infatti, anche nella rassicurante società ottocentesca, il problema della tutela della sfera personale dell'individuo iniziava a porsi come dato di fatto, costituito dalla realtà di madri e figli abbandonati, spesso a seguito di convivenze *more uxorio*, liquidate al rango del concubinato. Deve dirsi, infatti, che da subito vi furono critiche serie al sistema codicistico, ritenendo di doverlo adeguare alla realtà, quantomeno in relazione alla ricerca della paternità. Ma sicuramente era sul piano giurisdizionale che queste problematiche non potevano essere eluse: il giudice adito per una questione attinente al rico-

5. «Il diritto dei coniugi è nello stesso tempo un diritto sul coniuge e verso il coniuge; tanto è vero che per esempio, per l'obbligo della coabitazione, in caso di fuga della moglie, noi troviamo nei vari diritti la possibilità da un lato di obbligare la moglie a ritornare, dall'altro di procedere contro chi la detenga; appunto perché al diritto del marito corrisponde in quanto è diritto verso la moglie, il dovere giuridico di questa, in quanto è diritto sulla moglie, il dovere di tutti i terzi a rispettare quel rapporto. La patria potestà si presenta più come diritto sul figli che verso il figlio, ma pur partecipa di ambedue i caratteri». V. A. Ravà, *op. cit.*, p. 43.

6. «La contraddizione tra privato e pubblico, tipica degli stadi iniziali dell'età moderna, è stata un fenomeno temporaneo che cedette ad una totale estinzione della differenza tra sfera pubblica e privata, e all'assorbimento di entrambe in quella sociale». V. H. Arendt, *Vita Activa. La condizione umana*, Bompiani, Milano, ed. 2011, p. 50.

7. Il riferimento normativo è rappresentato dal primo codice civile dell'Italia unita, quello del 1865.

8. L'elemento perturbatore del sistema familiare era senza dubbio costituito dal mistero che avvolgeva la paternità: di fatto, anche la filiazione legittima si fondava su di una presunzione, per la quale il figlio concepito in costanza di matrimonio era ritenuto legittimo, e solo il padre poteva eventualmente disconoscerlo. La dichiarazione della madre in merito alla paternità della propria prole, anche quando fosse supportata da prove ulteriori, non aveva alcun valore. Per un quadro sulla famiglia legittima del codice civile unitario, segnatamente in merito alla filiazione, si rinvia a A. Cicu, *La Filiazione*, Unione tipografico-editrice, Torino, 1939.

noscimento della prole – poteva trattarsi di disconoscimento, di contestazione dello *status*, di riconoscimento della maternità o della paternità – si trovava immediatamente a contatto con i fatti, che potevano emergere chiari in corso di causa e che dovevano essere risolti. Il più delle volte la questione veniva affrontata – com'è ovvio – sulla base dello strumentario tecnico a disposizione; e nello schema di tutela approntato dal legislatore – e sedimentato – l'elemento più duttile appariva senza dubbio l'interesse ad agire: la sfera personale del singolo inizia quantomeno ad assurgere al grado di pre-valutazione giuridica attraverso il concetto di interesse, ovvero di uno degli elementi costitutivi dello schema proprietario.

L'interesse ad agire è fattispecie complessa, innanzitutto per la sua mancata qualificazione<sup>9</sup>; ma proprio la sua indefinibilità – già ben espressa dalla polise-manticità del termine “interesse” – lo ha reso uno strumento incredibilmente elastico nelle mani del magistrato. A lui spettava verificare, con una valutazione pregiudiziale, se l'attore (ma anche il convenuto) avesse uno scopo potenzialmente meritevole di tutela per poter azionare la giurisdizione. Cioè, ancor prima di addentrarsi nel procedimento, il giudice doveva verificare se il diritto preteso fosse azionabile, e lo faceva valutando la sua corrispondenza a quei valori che a priori erano stati considerati giuridici. Ancor più si coglie la decisività della valutazione se si riflette sulla circostanza che potesse trattarsi anche di un interesse morale, come spesso accadeva in tema di diritti della sfera familiare. Il giudice poteva negare l'accesso a quell'interesse oppure ammetterlo, proprio grazie alla duttilità dei concetti in questione.

E di fatto è proprio la fattispecie dell'interesse ad essere stata decisiva a favorire l'emersione dei diritti della sfera personale degli individui, proponendo interpretazioni che gradualmente lo svincolassero dal bene giuridico tradizionalmente oggetto di tutela. Chiaramente questo è avvenuto secondo l'ocasio-

nalità del giudizio e quindi in maniera discontinua e graduale, ma proprio nel campo dei diritti familiari si faticava a non riconoscere gli interessi personali e morali dei soggetti coinvolti, sebbene non sempre questo riconoscimento comportava un accoglimento della domanda<sup>10</sup>.

L'interesse ad agire, nella sua duplice facoltà di evocare interesse ed azione, ovvero categorie antropologiche, è divenuto lo strumento per accogliere gradualmente nel sistema giuridico fattispecie che altrimenti non sarebbero state ammissibili sul piano dell'intrinseca logicità formale del sistema. Al di là dei fini perseguiti nei singoli processi, è certo che la graduale ammissione di un interesse semplicemente morale per poter agire in giudizio ha tradotto l'insofferenza per il modello proprietario quale schema unico di tutela, che non poteva più rispondere alle esigenze di una società che andava facendosi complessa, poiché aveva al centro l'essere umano, con tutto il corredo culturale di cui si era arricchito.

L'effettività del valore riconosciuto dall'ordinamento alla complessità della personalità umana può senz'altro misurarsi con il costante aumento di tutela di quei diritti attraverso cui si esprime l'unicità di ogni individuo.

Si è fatto riferimento al tenore ideologico del diritto proprietario, quale effettivo contenuto di libertà<sup>11</sup>; questa idea, però, ha finito per sclerotizzare la libertà nel dominio, e sono note le critiche socialiste rispetto ad una costruzione politica che tenesse volutamente ai margini i soggetti più deboli. In realtà, e quasi per paradosso, era il soggetto *tout court* ad essere tenuto ai margini: lo schema funzionava solo se un suo elemento era dato per inamovibile, ovvero il soggetto giuridico, cioè di quanto meno inamovibile vi sia. Il modello proprietario frustrava ormai l'intrinseca socialità (ovvero giuridicità) umana. In effetti, è proprio la dimensione strutturalmente relazionale del fenomeno giuridico che diviene ineludibile riguardo ai

9. Il codice di procedura civile del 1865 prevedeva all'art. 36 che per poter agire in giudizio fosse necessario avervi interesse. La norma ha originato il ricco dibattito sul concetto d'azione, che ha caratterizzato la processualciviltà novecentesca, e non solo. Cfr. R. Orestano-S. Satta, *Azione in generale*, in *Enciclopedia del Diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1954.

10. Il divieto d'indagini sulla paternità era temperato solo nei casi di ratto e stupro violento (art. 189 cc). Sul piano applicativo – del quale non può fornirsi neppure un breve *excursus* – il sistema codicistico subiva una serie di temperamenti, pur avvertendosi il peso del rigore del divieto. Ai fini di questo lavoro appare interessante come, in tema di diritti familiari, il giudice non potesse evitare di negare la personalità e la moralità dei diritti coinvolti, segnatamente del diritto di ricercare il proprio padre, anche se poi, nei casi specifici ed utilizzando prettamente argomentazioni formali, questo non si traduceva nell'ammissibilità dell'azione di riconoscimento. Si veda a mero scopo dimostrativo la sentenza della Corte d'appello di Roma, datata 2 maggio 1908, riportata in *Giurisprudenza Italiana*, LX (1908), Torino, pp. 592-596. Il caso atteneva ad una richiesta di risarcimento dei danni della signora Beretta nei confronti del signor Lupidi, perché sedotta con promessa di matrimonio ed in seguito abbandonata, insieme con il figlio nato da quell'unione e non riconosciuto dal padre. La Corte dichiara personali e morali i diritti coinvolti e, pur svolgendo un'indagine indiretta di accertamento della paternità, riconosce soltanto il risarcimento del danno, conformemente alla giurisprudenza dell'epoca.

11. La vitalità del modello proprietario, in particolare nella duplice valenza di evocare libertà ed economicità, si coglie senz'altro nella sua applicazione più rivoluzionaria, ovvero nella disponibilità di ciascun individuo della propria forza lavoro. Cfr. *Proprietà e comunismo*, in K. Marx, *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, Einaudi, Torino (ed. 2004).



diritti della personalità, le cui sfumature possono cogliersi sforzandosi di non impoverirli ad una presunta sfera di libertà individuale, ma anzi valutandoli nel contesto comunitario nel quale si producono. La dimensione propriamente relazionale – etica – di ogni diritto, è insuperabile soprattutto per quelle manifestazioni che vengono perentoriamente invocate quali espressioni della libertà di ognuno: i diritti personali non accrescono il singolo individuo, come isolandolo, ma anzi, rendendolo pienamente evidente, lo pongono all'istante in contatto con il mondo.

Si tratta di una complessità – ancora oggi, in un quadro radicalmente mutato – irriducibile alla richiesta di tutela di un qualsiasi diritto della propria personalità

ed irriducibile alla negazione di tutela in nome di una presunta preconstituita società. È proprio la famiglia, ancora, a svelare questa ambivalenza: si discute di diritto ad essere madre, ad essere padre; di diritto a venire al mondo in condizioni ottimali, di diritto ad avere una famiglia, e così via. Ma nessuno di questi diritti può seriamente essere invocato a salvaguardia della propria personalità, se non è al contempo invocato a tutela della comunità che continuamente si costruisce. Un dibattito serio – nelle sue componenti dinamiche di legislazione giurisprudenza e dottrina – non può prescindere dal tenere in considerazione i dati di fatto emergenti e la necessità di prenderne atto con scopi armonizzanti e di distensione delle conflittualità.

## Vizi privati, pubbliche virtù. Note sulla tutela penale del pudore nell'Italia dell'Ottocento

di Francesco Serpico

Il presente contributo si propone di tracciare un breve percorso relativo alla tutela penale del pudore nell'Italia dell'Ottocento.

A partire dalla nascita della famiglia borghese, fino alla stagione delle nuove correnti positivistiche impegnate a definire un nuovo statuto della penalità, le problematiche relative al controllo dei corpi e della morale sessuale rappresentarono uno dei referenti fondamentali per la costruzione del soggetto nell'ordine giuridico liberale.

La labile frontiera del pudore si avviò a segnare un confine fluido tra moralità e immoralità, lecito e illecito, «normalità» e devianza, un campo di tensione destinato a segnare la mentalità collettiva ben oltre il tornante del nuovo secolo.

**1.** «Se nei secoli abbiamo ritenuto di dover nascondere le cose di sesso perché vergognose sappiamo adesso che è il sesso a celare le parti più segrete dell'individuo: la struttura dei suoi fantasmi, le radici del suo io, le forme del suo rapporto con il reale»<sup>1</sup>. Le parole di Michael Foucault hanno il pregio di proiettare l'oggetto del discorso in *medias res* perché evidenziano meglio di altre il rapporto assai articolato che il sentimento del pudore intrattiene con il tempo presente, la sua capacità di occupare un territorio di confine sospeso tra identità individuale e narrazione collettiva, esperienza personale ed esperienza giuridica<sup>2</sup>. Ma al di là di tale considerazione, la lezione foucaultiana fornisce una essenziale indicazione di metodo per comprendere come nella modernità giuridica la storia del controllo della sessualità ed in particolare della criminalizzazione delle condotte lesive

del sentimento del pudore si sia intrecciata fino quasi a sovrapporsi con quella delle tecnologie disciplinari sul corpo, intese – per usare ancora le parole del grande intellettuale francese – come l'espressione più concreta di un potere «che si organizza intorno alla gestione della vita piuttosto che alla minaccia della morte»<sup>3</sup>.

**2.** Non rappresenta certamente un caso che la stessa nozione di «pudore» compaia all'interno dell'orizzonte normativo all'indomani degli eventi rivoluzionari e della codificazione napoleonica. Il “nuovo” soggetto di diritto nato sulle ceneri della società cetuale doveva rappresentare un individuo capace di autodeterminarsi non solo sul piano politico ed economico, ma anche su quello affettivo, relazionale,

1. M. Foucault, *Il vero sesso*, in S. Vaccaro, M. Coglitore (a cura di), *Michel Foucault e il divenire donna*, Milano, Mimesis, 1997, p. 179.

2. Sul tema del pudore, ci si limita a segnalare: N. Elias, *La civiltà delle buone maniere*, Bologna, Il Mulino, 1982; J. C. Bologne, *Histoire de la pudeur*, Paris, Hachette, 1986; M. Seltz, *Il pudore. Un luogo di libertà*, Torino, Einaudi, 2005; J. Morel Cinq-Mars voce *Pudeur* in M. Marzano (dir.) *Dictionnaire du corps*, Paris, Puf, pp. 790-793.

3. M. Foucault, *La volontà di sapere*, in Id. *Antologia* a cura di V. Sorrentino, Milano, Feltrinelli, 2005, p. 105.

sessuale. A questo soggetto spettavano le libertà e le sanzioni disposte da un diritto penale finalmente laicizzato, ispirato a criteri di proporzionalità e, soprattutto, votato a finalità di utilità sociale, unico criterio della giustizia. All'interno di queste coordinate giuridiche, abbandonato il secolare referente del vizio e del peccato e la infinita serie di divieti che connotavano la vita intima dell'Antico regime, l'articolo 330 del codice penale francese del 1810 puniva con la pena della detenzione da tre mesi ad un anno la condotta chi avesse commesso un *outrage public à la pudeur*. Non si trattava di un precetto che brillava per tecnica redazionale dal momento che la definizione della condotta punita era data dalla sua denominazione giuridica, certo è che i comportamenti chiamati ad integrare la fattispecie prevista dal legislatore non si prestavano ad una descrizione ed elencazione specifica poiché – come aveva cura di precisare il relatore Monteseignat in sede di presentazione del progetto del *code* – era del tutto «superfluo» descrivere queste condotte nel dettaglio perché era piuttosto facile distinguere «le abitudini sociali che la civiltà perdona, i discorsi che la galanteria tollera, le libertà che la moda autorizza» dalle «espressioni volgari, le attitudini spudorate, la manifestazione della corruzione, la licenza dei vestiti» che rappresentavano «l'oblio e la fine dei principi della natura»<sup>4</sup>.

Tuttavia l'importanza di questa disposizione all'interno dell'ordinamento penale non risiedeva nella sua modalità di redazione e nemmeno nell'estrema genericità dei comportamenti incriminati quanto nell'uso dell'aggettivo “pubblico” per connotare l'atto di esibizione sessuale e designare i caratteri del pudore tutelato. A ben vedere, il legislatore con un semplice tratto di penna aveva performativamente istituito una relazione strettissima tra lo spazio e la sessualità, una relazione destinata a connotare nel profondo l'immaginario sociale dell'Ottocento. Come è stato efficacemente posto in risalto, il necessario carattere pubblico dell'azione oltraggiosa al sentimento del pudore confinava così «i corpi nudi e l'attività sessuale

in una sfera privata attraverso un “muro” normativo e psichico a cui era affidato il compito di evitare che la vita sociale assumesse un carattere troppo marcatamente sessuale e di difendere il corpo sociale contro le minacce corruttrici della dissolutezza e del libertinaggio»<sup>5</sup>, ma, allo stesso tempo permetteva una libera espressione della sessualità all'interno delle mura private considerate come un perimetro sottratto al controllo dei pubblici poteri. In questo senso «la libertà sessuale era quella cosa preziosa di cui si poteva godere soltanto lontano dallo sguardo pubblico, nella penombra che lo Stato aveva organizzato a vantaggio dei cittadini in quella zona privata che aveva sovrannamente deciso di ignorare»<sup>6</sup>.

Questa spazializzazione della sessualità all'interno del *code* si presentava assai coerente con le scelte che la legislazione napoleonica aveva compiuto in tema di matrimonio concepito come il centro pubblico della vita privata nonché la sede naturale per assicurare contemporaneamente «il governo delle pulsioni sessuali, la distribuzione dei ruoli di genere e la riproduzione dei cittadini»<sup>7</sup>. Tuttavia, questo modello matrimoniale doveva fare i conti con le profonde trasformazioni che in tutta Europa stavano ridisegnando le relazioni familiari. Gli storici della famiglia sono generalmente concordi nell'affermare che sullo scorcio del XIX secolo il tradizionale modello autoritario stava lentamente cedendo il passo ad una forma di relazioni basata sull'individualizzazione dei rapporti e sul potenziamento dell'affettività coniugale<sup>8</sup>, un modello di relazioni maggiormente simmetriche tra i componenti della famiglia per il quale la storiografia anglosassone ha coniato il termine *domesticity*: l'intimità domestica della famiglia borghese.

Si tratta, come già detto, di una storia già raccontata nel panorama storiografico, ciò che in questa sede occorre sottolineare è il significativo rapporto tra il pudore e il nuovo modello di relazioni familiari basato sull'individualismo affettivo e sui sentimenti. La promessa del *code* di garantire una libertà sessuale all'interno delle mura domestiche non soltanto

4. *Rapport au corps législatif*, 17.02.1810, cit. in M. Iacub, *Dal buco della serratura. Una storia del pudore pubblico dal XIX al XXI secolo*, Bari, Dedalo, 2010, pp.69-70.

5. G. Durante, *L'artificio incarnato della vita giuridica*, saggio introduttivo a M. Iacub, *Dal buco della serratura*, cit., p. 25.

6. M. Iacub, *Dal buco della serratura*, cit., p. 45.

7. Ivi, p. 64.

8. Tra i numerosi autori che si sono occupati di questo fondamentale tornante della storia sociale: G. Fraisse, M. Perrot (a cura di), *Storia delle donne. L'Ottocento*, Roma-Bari-Laterza, 1991; M. Barabagli, *Sotto lo stesso tetto. Mutamenti della famiglia in Italia del XV al XX secolo*, Bologna, Il Mulino, 1996; R. Bizzocchi, *In famiglia. Storie di interessi e affetti nell'Italia moderna*, Roma-Bari, Laterza, 2001; M. Barbagli, D.I. Kerzer (a cura di), *Storia della famiglia in Europa. II, Il lungo Ottocento*, Roma-Bari, Laterza, 2003. Nel panorama della storiografia giuridica italiana il tema è approfondito da G. Alessi, *Il soggetto e l'ordine. Percorsi dell'individualismo nell'Europa moderna*, Torino, Giappichelli, 2006.

accentuò la frattura tra la sfera pubblica e la sfera privata, ma quello che più conta, finì per legare questa distinzione a ben precisi ruoli di genere riservando al maschile la dimensione della vita pubblica e della cittadinanza, lasciando al femminile la sfera della domesticità e del privato. Il mutamento fu tangibile e duraturo, specie se rapportato alla precedente stagione dei Lumi dove – almeno per le classi colte – l'ideale femminile di un libertinismo ludico ma allo stesso tempo consapevole spingeva la donna a proiettare all'esterno il suo fascino e a liberarsi di un ruolo sessuale stereotipato. Rispetto a questa prospettiva, il nuovo modello di relazioni familiari basato sulla *domesticity* rappresentò una decisa inversione di tendenza: dedita alla cura della casa e dei figli, la moglie nel matrimonio borghese era racchiusa in uno spazio privato, del tutto di distinto da quello pubblico occupato dal marito.

La frontiera del pudore acquistò così un significato connesso inscindibilmente ai valori della famiglia, marcando una spinta pressante al conformismo sessuale, e d'altro canto, contribuì in modo determinante ad orientare nuove forme di esclusione fondate sullo studio clinico delle passioni, basti citare a tal proposito l'opera di Jean-Étienne Dominique Esquirol – il fondatore della moderna clinica psichiatrica – il quale paventava una completa identificazione tra l'unione coniugale e la normalità sessuale, identificando il matrimonio come terapia più idonea per la cura dell'“erotomania” affezione che – è opportuno lasciare la parola all'Esquirol – conduceva all'«alterazione della sensibilità e della facoltà pensante»<sup>9</sup>.

**3.** Questo complesso gioco di integrazioni ed esclusioni che faceva del pudore uno strumento disciplinare centrale per la costruzione del soggetto della società liberale era destinato a presentarsi anche in Italia dove il tema del controllo della morale sessuale s'intrecciava ai problemi relativi all'edificazione del nuovo Stato nazionale. Il progetto dell'unificazione legislativa da realizzare dopo l'orizzonte delle piccole patrie regionali e locali portava con sé il problema della armonizzazione delle mentalità, delle abitudini,

delle regole di condotta. Se il giovane Stato unitario voleva assumere il controllo della sessualità e della riproduzione doveva «sottrarre alla Chiesa i corpi e le anime degli italiani, doveva, cioè, secolarizzare la visione e la gestione delle relazioni sessuali»<sup>10</sup>. Ciò avrebbe comportato l'abbandono di prassi consolidate, abitudini sedimentate che si esprimevano anche nell'uso di un vocabolario saldamente impiantato nella memoria collettiva.

Emblematica in questo senso era la vicenda del codice penale sardo-piemontese del '59 esteso al territorio italiano dopo l'unificazione (con le rilevante eccezione, tra l'altro, della Toscana) che puniva la commissione di atti contrari al pudore e al buon costume tali da eccitare il «pubblico scandalo». L'evidente derivazione teologica del concetto di «pubblico scandalo» che sostituiva il requisito della pubblicità presente nel codice francese mostrava in maniera palese come il referente religioso non fosse affatto scomparso dall'ideario del legislatore. Come è stato sottolineato in ambito storiografico «il nodo irrisolto era quello della “peccatizzazione” del diritto penale. Assai risalente e solidamente radicata nelle mentalità e nelle pratiche l'equazione tra peccato e crimine entrava per forza di cose in conflitto con i nuovi principi e produceva discussioni, ipotesi di riforma spinte e resistenze»<sup>11</sup>. Fra le voci chiamate ad esprimersi in *subiecta materia* spiccava per autorevolezza quella di Francesco Carrara. Il punto di riferimento di un'intera generazione di penalisti dell'Italia liberale, che per la verità non era mai stato tenero con il codice penale per il Regno d'Italia («coglionerie sardo-gotiche»<sup>12</sup> era stato il tagliente commento del Maestro), stigmatizzava con ironia tutta toscana la scelta del legislatore: «meraviglioso è che il codice sardo dopo aver copiato il francese fino alla nausea in molte sue pessime disposizioni se ne sia allontanato qui dove la legge di Francia era ottima»<sup>13</sup>.

Cionondimeno l'esigenza di sanzionare le condotte contrarie al pubblico pudore rappresentava sempre una esigenza profondamente sentita dalla cultura giuridica liberale. A ben vedere, se era vero che il valore della completa separazione tra diritto e morale costituiva una meta a cui un ordinamento

9. J.E.D. Esquirol, *Des maladies mentales*, II, Paris, Baillières, 1838, p. 32. Sugli studi di Esquirol: M. Galzigna, *Lo psichiatra e il libertino* in S. Vegetti Finzi (a cura di), *Storia delle passioni*, Roma-Baria, Laterza, 1997, pp. 213-242.

10. S. Stewart-Steinberg, *L'effetto Pinocchio. Italia 1861-1922. La costruzione di una complessa modernità*, Roma, Elliot, p. 246.

11. M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in A. Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma- Bari, Laterza, 2001, p. 154.

12. Cit. da A. Mazzacane, voce Carrara, Francesco, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. XX, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1977, p. 665.

13. F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale [...] Parte speciale*, vol. IV, Lucca, Tip. Giusti, 1870, p. 64.

genuinamente liberale non poteva in nessun caso rinunciare, era vero altresì che il rigido conformismo borghese e l'esigenza di salvaguardare la società dal vizio e dall'impudicizia spingevano concordemente a garantire attraverso la criminalizzazione dei comportamenti contrari al buon costume e il rispetto della pubblica moralità<sup>14</sup>. Ancora una volta, era chiarissimo il pensiero di Francesco Carrara. Questi metteva in risalto «la sottilissima linea» che stava alla base della incriminazione delle condotte lesive del pudore dal momento che il legislatore si trasformerebbe in tiranno laddove confondesse «l'ufficio del moralista con quello del nomoteta». Ma, in ogni caso «dovendosi presumersi l'abborrimento del vizio nel cuore dei più, ne deriva che questo sentimento si venga ad offendere in tutti i buoni allo spettacolo di un vizio che si mostri con sfrontata pubblicità». «Oltre a ciò», proseguiva Carrara, «la consociazione che ha interesse a mantenere e promuovere la rettitudine dei cittadini perché le sole virtù di queste possono rendere grande una nazione, ha diritto d'impedire gli atti di malo esempio nei quali certe male abitudini si vengano generalizzando e si minori lo affetto e la reverenza per le opposte virtù». Insomma, concludeva il giurista lucchese, «è giusta la pretesa di un Governo [...] il quale dica ai sudditi siate viziosi a posta vostra, tanto peggio per voi; io non ho diritto d'infliggervi pene per ciò: ma siatelo per voi stessi e privatamente; io intendo che tali vizi da voi non si esercitino per guisa di trasfondere la consuetudine in altri»<sup>15</sup>.

In questo senso, la scelta compiuta con l'articolo 338 del codice Zanardelli rappresentò un compromesso che si espresse nell'eliminazione dal contenuto della disposizione del requisito del «pubblico scandalo» e nella criminalizzazione dei soli atti di esibizione sessuale compiuti in luogo pubblico o esposto al pubblico. Si trattava, è appena il caso di aggiungere, di uno sforzo teso ad ancorare ad un pur labile profilo di tassatività e determinatezza una fattispecie oltremodo problematica, ma sotto questo profilo i tentativi compiuti dal legislatore liberale rischiavano di essere frustrati da una magistratura assai zelante quando la

posta in gioco era rappresentata dalla pubblica moralità.

In effetti, uno sguardo anche rapsodico e cursorio ai repertori stesi negli ultimi anni del secolo XIX mostra chiaramente come il concetto della pubblicità dell'atto di esibizione sessuale fosse ben lontano dall'essere condiviso pacificamente dalla giurisprudenza. In particolare, la stessa nozione di luogo esposto al pubblico finì per ricomprendere all'interno della sua portata precettiva luoghi assai differenti come un'aia<sup>16</sup>, un bosco<sup>17</sup>, vie private esposte alla semplice vista del pubblico<sup>18</sup>, nonché – ed era il caso più frequente – anche le private abitazioni, beninteso, allorché si trovassero «in tali condizioni da lasciar scorgere a chiunque [...] quanto vi si compia internamente»<sup>19</sup>.

**4.** Ma questa giurisprudenza voyeuristica che costringeva gli amanti a controlli serrati e scrupolosi per evitare di rendere pubblico uno “spettacolo” destinato a rimanere necessariamente privato, rappresentava solo un tassello del più ampio mosaico di problematiche relative al controllo della morale sessuale nell'Italia liberale. Sottotraccia il tema del pudore misurava in maniera tangibile la crescita d'influenza e di prestigio che in quegli stessi anni stavano acquisendo le nuove correnti positiviste impegnate a ridefinire lo statuto della penalità in nome dello studio scientifico del fenomeno criminale.

Era proprio a questa tematica che numerosi medici, antropologi e alienisti dedicavano alcune pagine più significative della loro produzione nella convinzione di segnare una precisa relazione tra il pudore e la “normalità” psico-fisica, una relazione che faceva del corpo il punto di riferimento essenziale per la costruzione di una retorica che incanalava nelle categorie della devianza i soggetti non conformi ad un preciso standard sessuale.

Vale la pena lasciare la parola ai protagonisti di questa stagione come Paolo Mantegazza. Antropologo, igienista, viaggiatore e divulgatore instancabile,

14. Sul tema: A. Cernigliaro, *Sviluppi semantici del concetto di ordine pubblico nell'Ottocento italiano*, in L. Lacchè, C. Latini, P. Marchetti, M. Meccarelli (a cura di), *Penale, giustizia, potere. Metodi, Ricerche, Storiografie*, Macerata, EUM, 2007, pp. 309-327.

15. Ivi, pp. 18-19.

16. Cass. 29.02.1892, in *La Corte Suprema di Roma. Raccolta periodica delle sentenze della Corte di cassazione di Roma*, XVII (1892), p. 62.

17. Cass. 6.02.1892, in *Foro penale. Rivista critica di diritto e giurisprudenza penale e discipline carcerarie*, II (1892), p. 58.

18. Cass. 12.11.1891 in *La Corte Suprema di Roma. Raccolta periodica delle sentenze della Corte di cassazione di Roma*, XVI (1891), p. 904.

19. Cass. 11.03.1898 in *La Cassazione unica. Periodico giuridico di Roma*, IX (1898), p. 903.

egli affrontava il sentimento del pudore in una delle sue opere di maggior fortuna editoriale la *Fisiologia dell'amore*. Dopo aver sottolineato che il pudore rappresentava una delle forme più elette della seduzione e delle reticenze d'amore, egli chiariva che il senso del pudore compariva assai prima nelle donne alle quali «l'anatomia degli organi e la missione difensiva nelle battaglie d'amore rendono più spontanei gli atti della pudicizia»<sup>20</sup>. Allo stesso tempo Mantegazza sembrava istituire un stretto rapporto tra pudore e civilizzazione per cui mano a mano che «dalle razze basse si ascende alle più alte» il pudore «cresce e si affina in forma più delicate»<sup>21</sup>.

A ben vedere quest'ultima notazione non rappresentava affatto una novità nel dibattito positivista. Già Cersare Lombroso in una sua lettura tenuta presso l'ateneo pavese e pubblicata nel 1871 stabiliva un legame tra pudore e civilizzazione sociale concludendo che questo sentimento non potesse appartenere ai nostri primi progenitori o ai selvaggi<sup>22</sup>. Ciò che invece sembrava dettare un profondo mutamento d'indirizzo in ordine al tema del pudore era la stretta relazione che la letteratura positivista stabiliva tra questo sentimento ed il carattere sessuale. Secoli di selezione naturale avevano stabilito una distinzione di ruoli funzionale alla conservazione delle specie. Tale distinzione prendeva forma nei caratteri psico-fisici dell'uomo – forte e sessualmente attivo – e della donna – debole, materna e pudica –<sup>23</sup>. Sviluppando questo assunto in senso rigidamente deterministico, Lombroso traeva come necessaria conseguenza che un soggetto che non rispettasse in qualche misura la linea di demarcazione che l'evoluzione biologica aveva stabilito rappresentava nulla di più che un deviante affetto da una forma di atavismo o regressione<sup>24</sup>.

Era indubbio che un simile discorso comportasse conseguenze assai importanti per il giudizio sull'omosessualità, soprattutto sulla questione relativa all'introduzione in Italia – sull'esempio inglese e tedesco – di specifiche sanzioni penali per le pratiche omosessuali. Il codice Zanardelli aveva rinunciato a punire le condotte omosessuali evitando di distinguere lo stupro «naturale» da quello «contro natura» anche perché – come fu evidenziato in sede di dibattito parlamentare – non occorre in questa materia «entrare nei dettagli e nelle suddivisioni» posto che la legge deve essere sempre pudica anche nel linguaggio<sup>25</sup>, tuttavia non occorre spendere molte parole per evidenziare che – indipendentemente dalla criminalizzazione – il discorso positivista introduceva per omosessuali e transessuali nuove e più incisive forme di stigmatizzazione<sup>26</sup> considerandoli come forme deviate dell'evoluzione biologica.

Così, mentre Lombroso promuoveva la traduzione in lingua italiana della celebre *Psicopatologia sexualis* di Richard Kraft-Ebing, ed igienisti ed antropologi dedicavano ai temi della sessualità periodici specializzati – come l'*Archivio delle psicopatologie sessuali* ad opera del medico avellinese Pasquale Penta – anche in Italia arrivò l'eco delle battaglie combattute in Germania ed in Austria contro la criminalizzazione dell'omosessualità da parte del giudice Karl Heinrich Ulrichs e del medico Magnus Hirshfeld. Tra i numerosi *case-studies* presenti nella letteratura scientifica, appare assai significativo quello trattato da Angelo Zuccarelli – medico molisano e direttore della clinica di Igiene alla Regia Università di Napoli – che, sulle colonne del periodico da lui fondato *L'anomalo*<sup>27</sup>, esaminava l'episodio che aveva coinvolto A. M.. Questi, esposto nella

20. P. Mantegazza, *Fisiologia dell'amore*, Milano, Bernardoni, 1873, p. 94.

21. Ivi, p. 97.

22. C. Lombroso, *L'uomo bianco e l'uomo di colore. Letture sull'origine e sulla varietà delle razze umane*, a cura di L. Rodler, Bologna, Archetipolibri, 2012, p. 93.

23. L. Rodler, *L'impudicizia della scienza tra Mantegazza e Lombroso*, in *Griseldaonline-Portale di letteratura*, [www.griseldaonline.it/temi/pudore/impudicizia-scienza-mantegazza-lombroso-html](http://www.griseldaonline.it/temi/pudore/impudicizia-scienza-mantegazza-lombroso-html), consultato il 4.4.2016.

24. C. Lombroso, *L'amore nei pazzi* in «Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale», II (1881), pp. 1-32. Id., *Du parallélisme entre l'homme sexualité et la criminalité inée*, in Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale, XXVII (1906), pp. 378-381. Sui caratteri dell'omosessualità come degenerazione psico-fisica nel pensiero ottocentesco: A. Corbin, *Les rencontres des corps*, in A. Corbin, J.J. Courtine, G. Vigarello (dir.), *Histoire du corps*, Paris, Seuil, 2005, pp. 149-214.

25. Cit. in «Rivista penale», II (1875), p. 528-529. Sul punto, cfr. anche B.P.F. Wanrooij, *Storia del pudore. La questione sessuale in Italia 1860-1922*, Venezia, Marsilio, 1990, p. 194.

26. Il riferimento è al fondamentale strumentario teorico coniato dall'opera di Erving Goffman; per un'analisi storico-giuridica ispirata al paradigma del celebre sociologo canadese cfr. A. Cernigliaro, *L'«altro» come specchio, il «diverso» come minaccia*, in A.A. Cassi (a cura di), *Ai margini della civitas: figure giuridiche dell'altro tra Medioevo e futuro*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2013, pp. 13-44.

27. Sulla tormentata figura di Angelo Zuccarelli e della sua avventura editoriale: F. Rotondo, *Angelo Zuccarelli e la rivista «L'Anomalo»*.

ruota dell'Ospedale dell'Annunziata di Napoli, dopo un breve soggiorno in America era tornato nella città partenopea dove incappò in una retata di polizia disposta per arginare il fenomeno della prostituzione. Dopo una approfondita visita, Zuccarelli descriveva analiticamente le caratteristiche psico-somatiche di A.M.: «Egli è maschile sì per le caratteristiche genitali, ma psichicamente è una femmina in tutto e per tutto. [...] Ha incesso, movenze, delle moine e delle ritrosie come di pudore dei sorrisi furbetti e occhigiamenti delle arrendevolezza e svenevolezze ed altro simile propri di femmina. Nel mio difficoltoso esame parecchio dovetti ottenere a via di confetti e carezze (alle quali pur con intima ripugnanza mi piegai per l'interesse scientifico) ...»<sup>28</sup>.

**5.** Al di là della ritrosia, la reazione stizzita che traspare nella relazione del medico molisano rivelava come dietro lo sforzo di incasellare i corpi in precisi caratteri sessuali vi fosse qualcosa di più che una semplice tassonomia. I casi di omosessualità, transessualismo ed ermafroditismo mettevano in crisi uno dei capisaldi dell'identità sessuale ottocentesca, quello secondo cui alle diversità anatomiche fra uomo e donna corrispondevano per forza di cose ruoli distinti nella società che si traducevano in una diversa capacità sul piano giuridico e politico<sup>29</sup>. Basta leggere le pagine dedicate alla natura femminile da autori come Lombroso, Ferraro,<sup>30</sup> Moebius<sup>31</sup> o Sergi<sup>32</sup> per comprendere come apparentemente nascosta dietro la legittimazione del linguaggio medico i temi del corpo e della sessualità finivano per celare tutta la preoccupazione dell'*establishment* verso i nuovi percorsi di autonomia e di realizzazione prodotti da una sempre maggiore presenza femminile nella società e nel lavoro.

Si trattava – vale la pena di notarlo – di una questione tutt'altro che anodina sul piano giuridico. Assunto l'uomo come modello di soggettività all'interno dell'ordinamento, tutto ciò che non corrispondeva al preciso standard maschile e, dunque, in primo luogo le caratteristiche femminili, potevano giustificare attraverso l'argomento della diversità biologica un distinto trattamento sul piano dei diritti e dei doveri.

A giocare un ruolo determinante in questa partita era proprio il pudore e la naturale vocazione femminile per la famiglia che sembravano chiudere la porta ad ogni possibile equiparazione dei generi in ordine alla dimensione politica della cittadinanza<sup>33</sup>. La lunga lotta per l'emancipazione femminile sarebbe partita proprio da questo punto per affermare nuovi percorsi d'inclusione. «Mai come in questo caso» – ha notato Pietro Costa – la lotta per i diritti assunse la fisionomia di una battaglia diretta a «disegnare di nuovo i profili dell'identità individuale e attraverso di essa il gioco delle relazioni intersoggettive con la comunità politica»<sup>34</sup>; occorreva affrontare il «nodo della famiglia come reti di poteri e di differenze», rimodulare «i ruoli sociali e le competenze, tracciare una diversa linea divisoria tra pubblico e privato» spezzare «l'infrangibile separatezza della *proper sphere* femminile istaurando un rapporto diretto e personale tra la donna e la *civitas*»<sup>35</sup>.

**6.** Il caso trattato da Angelo Zuccarelli risale al 1917; una data simbolica che ben si presta a fissare un termine *ad quem* dell'indagine proposta in questo contributo. Sui campi di battaglia del primo conflitto mondiale calava definitivamente il sipario sul «lungo Ottocento». Il discorso giuridico del pudore ne aveva accompagnato le scansioni a partire dalla nascita

Una riflessione sull'antropologia criminale di fine Ottocento a Napoli, in L. Lacchè, M. Stronati, *Una tribuna per le scienze criminali. La 'cultura' delle riviste nel dibattito penalistico tra Otto e Novecento*, Macerata, Eum, pp. 191-218.

28. A. Zuccarelli, *La misteriosa «donna barbata» arrestata dalla questura di Napoli. Un altro caso d'inversione dell'istinto sessuale in «L'anomalo»*, XIV (1917), p. 125. Cfr sul punto, ancora, B.P.F. Wanrooij, *Storia del pudore*, cit., pp. 192-193.

29. B.P.F. Wanrooij, *Storia del pudore*, cit., p. 193.

30. C. Lombroso, G. Ferrero, *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Torino-Milano, Bocca, 1893.

31. P.J. Moebius, *L'inferiorità mentale della donna*, Torino, Bocca, 1904.

32. G. Sergi, *Per l'educazione del carattere*, Milano, Dumolard, 1893.

33. Sul tema, le pagine di G. Cazzetta, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 76-83.

34. P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*. 3. *La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 366.

35. Ivi, p. 399.

della famiglia borghese fino alla stagione della “medicalizzazione” della penalità, lasciando in eredità al secolo successivo un insieme di tensioni irrisolte, in primo luogo quella di una «questione femminile» che appariva oramai ineludibile.

A fronte delle tumultuose trasformazioni sociali imposte dalla guerra, il fascismo si sarebbe fatto carico di intercettare il senso di frustrazione e disorientamento di una fetta consistente della borghesia italiana edificando sul doppio ruolo di moglie e madre una rappresentazione della figura femminile funzionale al proprio progetto di “moralizzazione” della società italiana. Non solo, attraverso la disciplina del corpo e della sessualità il regime avrebbe promosso una inte-

grazione sempre più pervasiva tra la morale pubblica e quella privata.

Agli albori dell’esperienza fascista, Alfredo Rocco aveva annunciato questo intento in uno dei suoi discorsi più celebri; un discorso che, riletto a distanza, sembra assumere i tratti di una vera e propria dichiarazione programmatica: «lo Stato non è solamente un organismo giuridico è e deve essere un organismo etico. Lo Stato deve farsi tutore della morale pubblica e rivendicare questa morale; deve curare anche l’animo oltre che il corpo dei cittadini. È in nome di questo altissimo dovere che lo Stato deve intervenire per reprimere la menzogna, la corruzione e tutte le forme di deviazione della morale pubblica e privata»<sup>36</sup>.

---

36. A. Rocco, Discorso alla Camera dei deputati, 16. 05.1925, in Id., *La trasformazione dello Stato*, Roma. Edizioni della Voce, 1927, p. 45.



## “Dal” Corpo e “sul” Corpo della donna. Il reato di stupro fra Ottocento e Novecento

di Marianna Pignata

Il presente lavoro si propone di tracciare un breve percorso relativo alla questione sull'uguaglianza di genere ed a quella dei diritti ad essa concatenati nonché al dibattito che ne deriva in ambito civilistico e penalistico di fine Ottocento sulla rappresentazione della “soggezione” femminile e del reato di stupro che evidenzia come, soprattutto nell'ambito penale, il diritto aveva come finalità il controllo della sfera della sessualità nella definizione e costruzione di reati come quelli di adulterio, aborto, stupro, seduzione, o infanticidio. A tal riguardo, non è marginale rammentare che per il codice penale i reati di violenza sessuale e incesto erano rispettivamente parte «Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume» (divisi in «delitti contro la libertà sessuale» e «offese al pudore e all'onore sessuale») e «Dei delitti contro la morale familiare». Pertanto, prima di arrivare al dettato costituzionale che attraverso l'emersione d'un “valore ideale” quale l'uguaglianza tra sessi darà vita ad uno stravolgimento di comportamenti discriminatori fortemente consolidati, si assisterà all'infausto fenomeno del “ridimensionamento”, appunto tra Otto e Novecento, del reato di stupro proprio grazie alla legittimazione normativa all'interno d'un sistema di mille contesti che giustificavano tale crimine, tante quante le mille avallanti interpretazioni della dottrina e della giurisprudenza.

**1.** «Molteplici, naturalmente, sono i piani in cui il diritto misura la sua forza. Il suo compito e il suo concreto esercizio non sono solo quelli di governo e regolazione di conflitti, di costruzione di limiti, ma anche di produzione e di riproduzione del simbolico [...]. La norma, in questo modo, pur regolando un determinato ambito, si riverbera necessariamente anche sul resto. Può essere interessante, perciò, dar senso alle forme, spesso solo simboliche, della differenziazione del femminile nei rituali della giustizia e della pena che ricorrono nella nostra storia passata. Nel diritto stesso possono poi trovarsi anche le tracce di importanti contraddizioni, rispetto alla soggezione femminile, che testimoniano della capacità di erosione da parte

delle donne del potere patriarcale anche attraverso lo strumento giuridico»<sup>1</sup>.

La violenza sulle donne, declinata nel tempo con modalità e tipologie assai diverse, sembra appartenere, è quasi superfluo sottolinearlo, alla storia stessa del genere umano.

Quella sessuale all'interno della coppia, altrettanto antica, pare oggi, almeno agli occhi del mondo occidentale, ancor più intollerabile, proprio in considerazione del contesto nel quale si consuma, a prima vista il più improbabile e il meno adatto per il manifestarsi di comportamenti di sopraffazione.

Ritenere però che lo stupro coniugale si perpetri, oggi, esclusivamente in contesti sociali e religiosi arcaici o culturalmente arretrati [...] esprime tutta l'ipo-

1. M. Graziosi, *Infirmis sexus. La donna nell'immaginario penalistico*, in *Democrazia e diritto*, 33(2), 1993, pp. 99-143.

crisia di chi non vuole riconoscere «nel *nostro* passato il *loro* presente».

Basta, infatti, andare neanche tanto indietro nel tempo per ritrovare in azioni, fino a ieri giudicate «con indulgenza dal nostro ordinamento giuridico» in sintonia con la mentalità comune, il presente di quelle società, nelle quali consuetudini e normative misogine si fondano ancora su un ampio consenso sociale che la cultura occidentale ritiene ormai, non sempre a ragione, largamente e/o definitivamente superate.

Va invece non soltanto sottolineato come quei retaggi resistano, annidati nelle pieghe delle ricche ed evolute società postindustriali, ma occorre anche ricordare come le «figure dello stupro coniugale e del delitto d'onore [...] ancora fra XIX e XX secolo» avrebbero goduto di «un qualche favore fra giudici, legislatori e, soprattutto, pratiche sociali»<sup>2</sup>.

La spinosa questione sull'uguaglianza di genere e quella dei diritti ad essa concatenati nonché il dibattito che ne deriva in ambito civilistico e penalistico di fine Ottocento sulla rappresentazione della «soggezione» femminile e del reato di stupro, non potevano essere meglio introdotti dalle stimolanti riflessioni prima di Marina Graziosi che – nel suo saggio *infirmis sexus* – evidenzia come, soprattutto nell'ambito penale, il diritto aveva come finalità il controllo della sfera della sessualità nella definizione e costruzione di reati come quelli di adulterio, aborto, stupro, seduzione, o infanticidio; e poi dalle ragguardevoli considerazioni di Daniela Novarese che – in *Sul corpo delle donne. Stupro e debitum coniugale in Italia fra Otto e Novecento*<sup>3</sup> – spiega distintamente come l'attuale fenomeno-reato delle realtà «altre»<sup>4</sup> non si discosti così significativamente dalla situazione italiana, una situazione che dovrà

attendere la metà degli anni '70 del Novecento per assistere ad un peculiare cambiamento di prospettiva<sup>5</sup>. Per comprendere appieno quest'affermazione, basti pensare come fino a pochi anni addietro per la dottrina e la giurisprudenza era addirittura inconcepibile che, all'interno del rapporto coniugale, potessero rinvenirsi comportamenti configurabili come violenza sessuale e che il marito, che avesse indotto a compiere o subire atti sessuali alla propria moglie, potesse essere accusato di reato di violenza carnale<sup>6</sup>. Peraltro, la stessa legislazione penale – la quale traduceva nel dettato dell'art. 519 le istanze di una mentalità socio-giuridica e culturale che voleva punire con «severità» chiunque con violenza o minaccia avesse costretto alla congiunzione carnale –, nell'esigenza viva di erigere un piedistallo etico su un reato<sup>7</sup> che ledeva la «morale ed il buon costume», non sembrava però sortire effetti nei confronti di un *pater familias* la cui sopraffazione veniva legittimata come *ius corrigendi* nei confronti della donna-moglie<sup>8</sup> oltre che dei figli.

Ed è proprio: «Prendendo le mosse da queste considerazioni, si cercherà di seguire alcuni dei momenti che hanno segnato e sancito il passaggio dal possesso e dal controllo del Corpo femminile, che giustificava il ricorso non solo allo *ius corrigendi* ma anche alla violenza sessuale, all'idea di rispetto reciproco, di un sesso partecipato e mai subito, quale può nascere esclusivamente da una concezione paritaria dei rapporti interpersonali»<sup>9</sup>.

**2.** E tutto parte «dal» Corpo e «sul» Corpo della donna. E non è, ovviamente, solo questione di «preposizioni». È che al di sotto di quelle «preposizioni» si nasconde tutto un modo di valutare il problema

2. M. Cavina, *Nozze di sangue. Storia della violenza coniugale*, Roma-Bari 2011, p. 50.

3. D. Novarese, *Sul corpo delle donne. Stupro e debitum coniugale in Italia fra Otto e Novecento*, in *Violenza di genere, politica e istituzioni* (a cura di M. A. Cocchiara), Milano 2014, pp. 233-273.

4. F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano 2010, pp. 163 ss.

5. In generale, dalla metà del Novecento, sul grosso problema della violenza sessuale, cfr. L. Terragni, *Sul corpo di donna. Una ricerca sulla violenza sessuale in Italia*, Milano 1999.

6. Tale esimente è riconducibile al cd *debitum coniugale*. Su tale tema occorrerebbe riportare una copiosa bibliografia, un tema che però viene efficacemente raccontato nella *lectio magistralis* dal titolo *Diritto e Amore*, tenuta da S. Rodotà in Piazza Grande a Modena il 14 settembre 2013 ed ampiamente riportata nell'articolo di L. Solieri, *Rodotà. L'amore si libera dal predominio del diritto*, in *Gazzetta di Modena* del 15 settembre 2013. Cfr. D. Novarese, *Sul corpo*, cit., p. 238, n. 22.

7. Emblematico contributo sull'argomento e quello di J. Bourke, *Stupro. Storia della violenza sessuale dal 1860 ad oggi*, Roma-Bari 2009.

8. Per approfondimenti, interessanti le osservazioni di G. D. Pisapia, *Norme di diritto e norme di civiltà, a proposito del preteso ius corrigendi del marito nei confronti della moglie*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, II fasc. (1958), pp. 421 ss.

9. Cfr. D. Novarese, *ivi*, p. 239.

“giuridico” della “discriminazione di genere”, e di risolverlo; si nasconde tutto un atavico retaggio culturale ed un sistema concettuale su quello elaborato. Quelle “preposizioni” stanno cioè a significare un modo di concepire il Corpo femminile e di relazionarsi a quel Corpo da cui dipenderanno scelte e comportamenti della dottrina e della giurisprudenza dalla peculiarità inconfondibile<sup>10</sup>. Ed è a queste scelte e comportamenti che si vuole gettare uno sguardo fugace, con la preoccupazione di cogliere in essi il senso di un ordinamento nel suo “continuo divenire”, di domandare ad essi una più efficace motivazione del volto di quello, certi come siamo che dalla frizione tra teoria e prassi che scaturiscono le reazioni più autentiche di un’esperienza storica in incessante evoluzione.

Abbiamo detto: scelte e comportamenti specifici, e la dottrina di fine Ottocento, su cui ci soffermeremo, evidenzia questa idea di peculiarità della devianza femminile tanto acuita da sorprendere chi vi ponga attenzione con la mentalità di un moderno; e non già per la risolutezza, nel dibattito postunitario, di “legittimare le differenze legate al sesso” che ormai sembravano praticamente scomparse dalle legislazioni continentali, quanto per la *ratio* di quelle motivazioni che testimoniano inequivocabilmente la scelta – nell’indicare la “minorazione” *tout court* delle donne – di arrestare l’emergere delle rivendicazioni femminili a cui bisognava rispondere sottolineando una visione ancora inequivocabilmente e fortemente radicata ai dogmi classici<sup>11</sup>.

Per comprendere appieno il processo mentale e le conclusioni dei giuristi e, poi, delle Corti giudicanti di fine Ottocento, si dovrebbe dunque rinunciare a buona parte della nostra mentalità che vorrebbe “risolvere” finalmente la difficile conciliazione tra diritto soggettivo e Corpo, vale a dire “definire” il concetto di diritto soggettivo come potere della volontà d’un soggetto–donna e della proprietà (del suo Corpo) quale diritto soggettivo per eccellenza<sup>12</sup>; e non è un caso se ancora oggi, in un clima di intensa ed approfondita riflessione e revisione di tante disposizioni<sup>13</sup> sul tema dei diritti soggettivi, non rinunciamo mai alla tentazione di qualificare – come esempio – la proprietà, in ogni suo aspetto e tipo, come concetto etico e di farne la insopprimibile “proiezione della persona umana”<sup>14</sup>. Al contrario del secolo scorso in cui la riflessione giuridica, nell’approfondire e tematizzare la questione della subalternità femminile”, tendeva a raffigurare, in campo civile, il Corpo della donna quale «oggetto di quell’*usus utendi et abutendi* che il diritto romano riconosceva ai proprietari sugli schiavi o anche di quel *ius vita ac necis* riservato al padre sui figli»<sup>15</sup>, cosicché:

- [...] la donna in qualunque regime matrimoniale, è schiava o minore. [...] per avere reale possesso di se stessa e delle cose sue, mai non dovrebbe piegare il collo al giogo del matrimonio<sup>16</sup>;

- in campo penale, a rapportare la fisiologia del Corpo femminile con le sue implicazioni emotive e comportamentali alle capacità di raziocinio e così di incidenza sulla comprensione delle norme, anche qui

10. Per un quadro attento alla dottrina, alle codificazioni, alla giurisprudenza cfr. T. Noce, *Il corpo e il reato. Diritto e violenza sessuale nell’Italia dell’Ottocento*, Lecce 2009.

11. A proposito di dogmi classici cfr. S. Solazzi, “*Infirmas aetatis*” e “*infirmas sexus*”, in *Scritti di diritto romano*, vol. III, Napoli 1960, pp. 357-377.

12. P. Zatti, *Il corpo e la nebulosa appartenenza. Dalla sovranità alla proprietà*, in *Per uno statuto del corpo* (a cura di C. M. Mazzoni), Milano 2008 così fortemente sostiene: «la difficoltà nasce dalla struttura originariamente proprietaria della categoria del diritto soggettivo, che non solo è di ostacolo a rappresentare giuridicamente una relazione tra soggetto e corpo identificati, ma genera un equivoco prolungato, nel linguaggio e nel pensiero giuridico, tra proprietà e appartenenza. La proprietà, che è una modalità dell’appartenenza, diviene il modello esaustivo dell’appartenenza; che invece, è enormemente più vasta e molteplice della proprietà», pp. 69 ss.

13. Limitatamente alla riflessione sulla letteratura giuridica, per un ripensamento originale della materia, indispensabile è la lettura di S. Rodotà, *Il corpo ‘giuridificato’*, in *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, (a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti) I, Milano 2011, poi anche in Id., *La vita e le regole*, Milano, 2006, pp. 36 ss.

14. «Si tocca qui il delicatissimo problema – per dirla con l’espressione di P. Grossi, (*La proprietà e le proprietà nell’officina dello storico*, in *La proprietà e le proprietà*, a cura di E. Cortese, Milano, 1988, p. 91) – della «confusione deliberata tra il mio ed il me», ossia della proprietà come chiave di lettura del fenomeno di appartenenza a sé del proprio corpo; ed è un problema che evoca interrogativi giuridici, ma anche – a monte – culturali assai vasti» cfr. T. Dalla Massara, *Diritti dominicali e situazioni possessorie nel vecchio e nuovo diritto europeo*, in *Teoria e storia dir. privato*, 2011, p. 35.

15. D. Novarese, *Sul corpo*, cit., p. 243, che a sua volta evidenzia le indicative considerazioni di L. Capogrossi Colognesi, *Proprietà, diritto romano*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII (1988), p. 162.

16. A. M. Mozzoni, *La liberazione della donna*, (a cura di F. Pieroni Bortolotti), Milano 1975, p. 80.

riprendendo un concetto romanistico, quello dell'*infirmitas sexus*<sup>17</sup>, in quanto:

- [...] gli organi della generazione hanno molta più influenza su quelli che servono all'intelletto. Nelle femmine la midolla spinale è più debole e delicata che non lo è nei maschi. Quindi han quelle più deboli le forze dello spirito e più fermi i mezzi di acquistare le idee fornite loro dalla natura<sup>18</sup>.

E tutto ciò è comprensibile in una società dove ogni fenomeno tendeva a risolversi all'interno di un sistema di norme autoritative cosicché, per vincolarlo entro chiusure rigorose, i giuristi cercavano avallo nella loro "educazione romanistica". Mai, come sul tema del sesso – quale causa di "diminuzione" e "differenziazione" –, il diritto romano si dimostrava quale paradigma da proporre come doveroso atto di "ossequio" per la ricerca di "risposte coerenti". A tal proposito, un primo dato, che agli occhi di taluno potrebbe apparire persino inaccettabile, ma inaccettabile non è sol che si pensi a certi "ambienti culturali"<sup>19</sup>, è che il Corpo femminile si riconosceva nel solo rapporto sessuale che, a sua volta, era inteso in senso unisoggettivo e materialistico come atto di incon-

tro che manifesta la propria libido ed un Corpo che si fa strumento del soddisfacimento di detto piacere, un "Corpo irrilevante" che solo dalla metà del Novecento sembrò acquisire una "dimensione giuridica":

- [...] anche in ragione di una sempre maggiore sensibilizzazione verso i valori personalistici cristallizzati dalla Costituzione, [dove] si è superata detta concezione a favore di una sessualità valorizzata come un veicolo di espressione della personalità umana e strumento di comunicazione interpersonale cui è estranea qualsivoglia forma di riduzione ad oggetto del corpo umano<sup>20</sup>.

**3.** Tuttavia, prima di arrivare al dettato costituzionale che attraverso l'emersione d'un "valore ideale" quale l'uguaglianza tra sessi<sup>21</sup> darà vita ad uno stravolgimento di comportamenti discriminatori fortemente consolidati, si assisterà all'infausto fenomeno del "ridimensionamento", appunto tra Otto e Novecento, del reato di stupro<sup>22</sup> proprio grazie alla legittimazione normativa<sup>23</sup> – espressione del formalismo giuridico<sup>24</sup> – all'interno d'un sistema di mille

17. Cfr. G. Minnucci, *La capacità processuale della donna nel pensiero canonistico classico*, Milano 1994. Le stimolanti analisi vengono riprese in Id., *La condizione giuridica della donna tra Medio Evo ed Età Moderna: qualche riflessione*, in *Annuario de historia del derecho español*, 2011, Tomo LXXXI, p. 998 e ss.

18. Cfr. G. Carmiugnani, *Elementi di diritto criminale* (1808), Napoli 1854, p. 56.

19. A riprova di ciò le parole di Daniela Novarese (*Sul corpo delle donne*, cit., p. 242): «Il corpo «giuridificato» della donna trovava così, nel diritto e nella morale religiosa, un ulteriore strumento di sottomissione alle logiche della *potestas* maschile e il *debitum* coniugale preteso dal marito, anche con la violenza, diventava dovere per eccellenza, contrapposto ad un piacere/diritto sconosciuto ed inaccessibile per le donne, obbligo insieme giuridico e morale.»

20. A. Trinci, *Introduzione ad uno studio "aggregato" dei delitti contro la libertà sessuale*, in *Delitti contro la libertà sessuale aggiornato al d.lgs 4 marzo 2014*, n. 39 (a cura di S. Tovani - A. Trinci), Torino 2014, pp. 12-13.

21. A tal riguardo l'accurato studio di M. A. Cocchiara che analizza il rapporto tra gli articoli 3 e 29 della Costituzione soprattutto tenendo conto delle diverse e contrastanti ideologie in campo. Cfr. *Segmenti del dibattito costituzionale sulla famiglia tra compromessi, ingerenze vaticane e protagonismo femminile 1946-47*, in *Società e Storia*, CIX (2012), pp. 119-155.

22. Su questo profilo basti leggere E. Ciconte, (*Storia dello stupro. E di donne ribelli*, Soveria Mannelli, 2014) che racconta storie di stupri attraverso le carte di processi da cui emergono personaggi sorprendenti nella veste di vittime e di carnefici.

23. A tal riguardo non è marginale rammentare che per il codice penale i reati di violenza sessuale e incesto erano rispettivamente parte «Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume» (divisi in «delitti contro la libertà sessuale» e «offese al pudore e all'onore sessuale») e «Dei delitti contro la morale familiare». Così mentre si affermava che la violenza sessuale non offendeva principalmente la persona, coartandola nella sua libertà, ma ledeva una generica moralità pubblica si dimostrava che il bene che si voleva proteggere e tutelare non era tanto la persona quanto il buon costume sociale secondo il quale la donna non era libera di disporre di alcuna libertà nel campo sessuale. Si dovrà attendere la l. 66/1996 per veder riconosciuto che «il bene-interesse tutelato dai reati in esame è costituito da quella forma di libertà personale che è la libertà sessuale, bene giuridico di rango costituzionale senz'altro superiore rispetto alla morale pubblica ed al buon costume, lungi dall'assumere valenza meramente simbolica, ideale (...), assume, pertanto, un decisivo, rilievo anche sotto il profilo tecnico-giuridico» cfr. S. Beltrani, (*Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Napoli 1996, p. 27) anche per approfondimenti sul dettato normativo.

24. A tal proposito è importante la lettura di G. Cazzetta, *Praesumitur seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, Milano 1999.

contesti<sup>25</sup> che giustificavano tale crimine, tante quante le mille avallanti interpretazioni della dottrina e della giurisprudenza<sup>26</sup>:

Come dimostrano anche i processi per stupro e violenza carnale, in cui i giudici si muovono sempre dal presupposto che se per il maschio era un fatto naturale «trarre profitto dalle occasioni», «la femmina non consenziente» aveva a disposizione e doveva dimostrare di aver usato tutti «i mezzi istintivi e preventivi per sfuggire alla seduzione [...]»<sup>27</sup>. Nelle disposizioni delle sentenze primeggiava la tesi che «nel massimo numero dei casi e forse sempre, il maschio può accoppiarsi solamente con quelle femmine che vi annuiscono» e questo naturalmente riduceva o annullava quasi completamente i casi di «colpabilità maschile»<sup>28</sup>.

La più puntuale spiegazione di tale contingenza che sottolinea proprio il limite della “giustizia criminale ottocentesca” ce la dà uno storico del diritto, Mario Sbriccoli, che ragionevolmente rimarcava come

«per lungo tempo la storia del crimine e della giustizia criminale ha ignorato [...] i profili di genere dell'oggetto che trattava»<sup>29</sup>; ed è una testimonianza rilevante sotto due profili: perché lo stupro era considerato un “reato passionale” ed in quanto tale le emozioni contavano diversamente nella valutazione della responsabilità penale a seconda del genere; e perché la forte distinzione di genere si rispecchiava sulle stesse emozioni che assumevano rilevanza giuridica “diversa”<sup>30</sup>. Ed ecco così che nel pieno dibattito sulla riforma del diritto penale di fine Ottocento, dalle aule universitarie a quelle giudiziarie, i reati passionali “sul” Corpo della donna, erano «scusati sull'onda dell'ira e del dolore, della gelosia che obnubila la coscienza del reo»<sup>31</sup>, come pure – «sull'onda dell'onore» – quelli commessi dalla donna su ciò che usciva “dal” suo Corpo: basti pensare all'infanticidio che la dottrina<sup>32</sup> e la giurisprudenza penale trasformarono in «omicidio scusato»<sup>33</sup>, formalmente, perché «il neonato con la sua esistenza metteva in pubblica evidenza il disonore in cui era caduta la madre»<sup>34</sup>, sostanzialmente,

25. Circa i contesti, abbondante la bibliografia sul tema è in E. Ciconte, *Storia dello stupro*, cit.

26. Nella letteratura giurisprudenziale un'analisi problematica ed estremamente stimolante, sia pure sotto una particolare angolatura è quella condotta da S. Cabibbo, *Le vergini, le vedove e le maritate nella giurisprudenza e nella casistica di età moderna: ipotesi interpretative e percorsi storiografici*, in *Trimestre*, nn. 3-4, 1997.

27. Cfr. P. Peconi - P. Sorcinelli, *Vittime e colpevoli nei processi della pretura e del tribunale di Pesaro (1910-1920)*, in *Lavoro, criminalità, alienazione mentale* (a cura di P. Sorcinelli), Ancona 1987, p. 66.

28. P. Sorcinelli, *Storia e sessualità. Casi di vita, regole e trasgressioni tra Ottocento e Novecento*, Milano 2001, p. 97.

29. M. Sbriccoli, «Deterior est condicio foeminarum». *La storia della giustizia penale alla prova dell'approccio di genere*, in *Innesti. Donne e genere nella storia sociale* (a cura di G. Calvi), Roma 2004, p. 73. Tale opinione è ben commentata da E. Musumeci, *Emozioni, crimine, giustizia. Un'indagine storico-giuridica tra Otto e Novecento*, Milano 2015.

30. Un'ampia ed attenta riflessione sul rapporto tra emozioni e discriminazione di genere nella giustizia di fine Ottocento, cfr. E. Musumeci, *Emozioni, crimine, giustizia*, cit.

31. E. Musumeci, *ivi*, p. 28.

32. Si veda, a mero titolo d'esempio, L. Ferriani, *La infanticida nel codice penale e nella vita sociale*, Milano 1886.

33. Ampio e documentatissimo, in tema di giurisprudenza per i reati di infanticidio di fine Ottocento, il lavoro di R. Selmini che analizza nello specifico alcuni processi che si svolsero a Bologna. Cfr. *Profili di uno studio storico sull'infanticidio. Esame di 31 processi per infanticidio giudicati dalla Corte d'Assise di Bologna dal 1880 al 1913*, Milano 1987. Idonea anche la lettura di F. De Cola Proto, *L'aborto e l'infanticidio nella dottrina e nella giurisprudenza*, Messina 1889, p. 189.

34. «Siamo ancora nel quadro disegnato dalla legislazione italiana risultante dalla fusione delle diverse leggi esistenti nella penisola prima dell'unificazione legislativa civile del 1865 e di quella penale del 1889. Per quanto riguarda l'infanticidio si tratta di una fusione realizzata dopo un intenso periodo di accesi dibattiti (fra i fautori e i detrattori della più dura penalizzazione del crimine in oggetto infliggendo la morte a chi commette infanticidio) per risolvere, o mediare, tutte le difficoltà che si incontrano quando si mira a costruire un unico sistema unitario del diritto, in qualche modo rappresentativo delle diverse esperienze e delle diverse esigenze sociali vissute in precedenza negli Stati preunitari», cfr. C. Corsini, *Sull'infanticidio: alcune riflessioni*, in *Rivista online Prato. Storia e arte*, n.107, pp. 87-88, che cita nella sua dettagliata bibliografia sull'argomento, tra i tanti lavori, l'interessante volume di G. Di Bello - P. Meringolo, *Il rifiuto della maternità. L'infanticidio in Italia dall'Ottocento ai giorni nostri*, Pisa 1997. Importanti riflessioni sono anche in G. Alessi, *Le gravidanze illegittime e il disagio dei giuristi (secc. XVII-XIX)*, in *Madri: storia di un ruolo sociale*, (a cura di G. Fiume) Venezia 1995; N. Arnaud-Duc, *Le contraddizioni del diritto*, in *Storia delle donne. L'Ottocento* (a cura di G. Duby, M. Perrot), Bari 1991; V. Babini, F. Minuz, A. Tagliavini, *La donna nelle scienze dell'uomo*, Milano 1986; E. Badinter, *L'amore in più. Storia dell'amore materno*, Milano 1980; P. Guarnieri, *Madri che uccidono. Diritto, psicologia e mentalità sull'infanticidio dal 1810 a oggi*, in *Sapere & narrare: figure della follia* (a cura di M. Bre-

per coprire: il suo seduttore, su cui si stendono facilmente i sorrisi e i veli non lasciando alla sola infamata altro sfogo che quello di farsi giustizia con le proprie mani o di far scomparire, in un disperato delirio, le tracce di un'immensa gioia che si convertirono per lei sola in un'immensa sventura<sup>35</sup>.

Non erano, invece, "altrettanto discolpati" quei delitti commessi dalla donna per ciò che faceva "col" suo Corpo ed è da qui l'emergere di un atteggiamento tutt'altro che passivo delle donne/prostitute, impegnate in una continua "trattativa" con le istituzioni, la polizia, i medici, le tenutarie, secondo precise strategie per sfuggire alla loro "reclusione" fisica ed al loro isolamento sociale<sup>36</sup> tenendo ben presente anche che «[...] accusare una donna di adescamento o di essere una prostituta, aveva il suo compenso in termini penali in quanto, "naturalmente", l'art. 350 del codice diminuiva notevolmente la pena quando la violenza era perpetrata ai danni di una meretrice». La motivazione di un tale scontro risiedeva nel fatto che la violenza contro una prostituta «non offende[va] il pudore individuale o lo offende[va] in misura assai attenuata»<sup>37</sup>.

Senza andare ad approfondire quest'ultimo aspetto che richiederebbe un profluvio di riflessioni che andrebbero necessariamente sviscerate sembra però inevitabile rammentare come quei «comportamenti licenziosi delle donne che si pagano», non erano del tutto sconosciuti anche alla moglie sottomessa al *debitum* coniugale che, proprio in miseri contesti, molto spesso era costretta dal coniuge a prostituirsi:

A volte «[...]era lo stesso marito a prostituire la moglie facendola divenire adultera[...]». Vi era altrimenti chi, per così dire "affittava" la propria moglie per periodi più o meno lunghi.

Ed ecco esemplificarsi lo *ius in corpus* che – soprattutto nei primi anni del Novecento – legittimava

il potere maritale ad imporre con ogni mezzo al Corpo femminile una sessualità non scelta ma subita. In ogni caso: ci sembra superfluo notare, perché lo si è potuto constatare, che l'adultera dalle relazioni dei Carabinieri e della magistratura venga rappresentata più o meno come una prostituta, senza mai dar peso a motivazioni, spesso presenti di maltrattamenti coniugali<sup>38</sup>.

Tutto ciò non può che sottolineare, nelle trame di un discorso che potrebbe continuare all'infinito per l'immane apporto storiografico e per gli ampi strumenti interpretativi che il tema richiama, la complessità del "genere femminile" e della sua polivalenza che è tale da generare perplessità sulla unilateralità dell'apodittico atteggiamento a volte di condanna, a volte di mediazione e contrattazione, oltre che di repressione, che dottrina e giurisprudenza per molti anni hanno declamato nei confronti della donna e del suo Corpo; una complessità che è tale da alimentare dubbi sull'atteggiamento – seguito per l'addietro – di fare di ogni erba un fascio e, generalmente, proprio nella regolamentazione del reato di stupro, di risaltare la discriminazione di genere; una complessità che non può non sollecitare curiosità e soprattutto disponibilità a veder meglio e più a fondo nell'intrico delle radici storiche; una complessità che è stata, è, e sarà ancora da esplorare perché a fronte dell'inconsapevolezza dell'immediato ieri, la donna ed il suo "Corpo", con tutte le implicazioni che da questo ne derivano, affiorano sempre più alla coscienza generale con una "loro carica", e se oggi si propongono come un problema che può essere valutato con un metro diverso da quello usuale alle soluzioni dell'età liberale o del ventennio fascista, domani, – auspichiamo –, con un metro diverso da quello odierno dove ancora resiste una cultura di violenza e sopraffazione nel rapporto tra i sessi.

sciani Califano). *Ciclo di conferenze Settembre-Dicembre 2003*, Firenze 2005. Per una analisi comparatistica della legislazione in materia si veda E. M. Ambrosetti, *L'infanticidio e la legge penale* Padova 1992.

35. C. Lombroso, *L'uomo delinquente* (1897), V edizione, vol. III, pp. 338-339.

36. Così emerge dal notevole volume di M. Gibson (cfr. *Stato e prostituzione in Italia*, Milano 1995) che in un'unica ed approfondita indagine sulla prostituzione in Italia tra il 1860 e la prima guerra mondiale «ha sollevato un velo sul relativo intervento statale (rappresentato dal regolamento Cavour sulla prostituzione del 1860) fino a ora totalmente misconosciuto ma non per questo meno importante» (cfr. M. Turno, *Il malo esempio. Donne scostumate e prostituzione nella Firenze di fine Ottocento*, Firenze 2003, p. 17 che a sua volta cita una ricca e completa bibliografia sul tema). Per comprendere la battaglia contro la dura piaga della prostituzione cfr. S. Bellassai, *La legge del desiderio. Il progetto Merlin e l'Italia degli anni cinquanta*, Roma 2006.

37. Cfr. B. Montesi, *Questo figlio a chi lo do?. Minori, famiglie, istituzioni (1865-1914)*, Roma 2007, p. 67 che rinvia a C. Bianchedi, *Violenza carnale*, in *Digesto italiano*, vol. XXIV, Torino 1914-1921, p. 1108.

38. Cfr. G. Greco, *Peccato, crimine e malattia tra Ottocento e Novecento*, Bari 1985, pp. 108-199.

## Il Corpo come limite dinamico dell'autodeterminazione.

### Il passaggio dal *naturale* al *biologicamente possibile*

di Giuseppe Aprile e Gianclaudio Malgieri \*

I concetti giuridici di “naturale” e “biologico” necessitano di una reinterpretazione a partire dalle sfide della tecnologia e dei profondi cambiamenti sociali degli ultimi anni.

Lo sviluppo biotecnologico ha infatti ampliato le frontiere del *biologicamente possibile*, evidenziando la matrice essenzialmente socio-culturale dell'idea di *natura* così come proposta dalla dottrina giusnaturalista. D'altro canto, la nuova espansione del principio di autodeterminazione (in virtù di un concetto dinamico di salute, identità di genere, famiglia) è sia presupposto che conseguenza di una valorizzazione legislativa del nuovo concetto di “biologicamente possibile”. In questo ambito, luogo privilegiato di incontro-scontro tra il “possibile” e il “naturale” è proprio il corpo umano.

Il contributo, frutto di un lavoro interdisciplinare tra diritto e medicina, mira a dimostrare come la giurisprudenza e la legislazione recenti sembrino essere in lenta acquisizione di tale sensibilità, cercando di mediare tra una visione decisamente personalistica di *natura* come *identità* dei singoli e un più dinamico criterio storico-evolutivo di conformità al “sentire comune”. Tale trasformazione non implica una liberalizzazione incondizionata delle azioni dei corpi sul corpo, ma impone piuttosto il riconoscimento della neutralità giuridica del corpo nella battaglia per la piena realizzazione di ciascun individuo.

#### 1. Introduzione

Lo scontro dei corpi-soggetto sulla semantica dei corpi-oggetto è stato sempre molto acceso. Luogo di incontro tra staticità del *naturale* e dinamismo del *possibile*, il corpo ha rappresentato spesso una vera

e propria barriera socio-ideologica<sup>1</sup>, percepito come limite intrinseco all'autodeterminazione e alla libertà degli individui.<sup>2</sup>

Eppure, nonostante quella che sembra una associazione immediata tra *natura* e *vita*, il concetto di *natura* è molto lontano dalla biologia (che è letteral-

\* Giuseppe Aprile, allievo ordinario di Scienze mediche presso la Scuola superiore S. Anna di Pisa ha curato prevalentemente il paragrafo 2. Gianclaudio Malgieri, allievo ordinario di Scienze giuridiche presso la Scuola superiore S. Anna di Pisa, ha curato prevalentemente il paragrafo 3.

1. Giovanni Paolo II, *Veritas Splendor*, 1993, § 46: «per alcuni la *natura* dovrebbe essere profondamente trasformata, anzi superata dalla *libertà*, dal momento che ne costituirebbe un limite e una negazione. La natura starebbe a significare tutto ciò che nell'uomo e nel mondo si colloca al di fuori della libertà. Tale natura comprenderebbe in primo luogo il *corpo umano*, la sua costituzione e i suoi dinamismi: a questo dato fisico si opporrebbe quanto è “costruito” cioè la “cultura”, quale opera e prodotto della libertà». Confronta sul punto F. D'Agostino, *L'arbitrarietà del corpo umano*, in Id., *Corpo esibito, corpo violato, corpo venduto, corpo donato*, Milano, 2003, pp. 58-59.

2. Cfr. M. Richir, *Le corps. Essai sur l'intériorité*, Hatier, Paris, 1993, 5 (traduzione della citazione in M. Marzano, *Straniero nel corpo*, Milano, 2004, 18): «Abbiamo o siamo il nostro corpo? Questo è il primo tipo di difficoltà dal momento che si ammette classicamente che

mente scienza della vita) soprattutto nel senso che generalmente esso assume negli ambiti della filosofia e dell'antropologia giuridica.

La *natura* del giusnaturalismo ha difatti una dimensione storica, è un criterio di validità assoluto cui uniformarsi nella valutazione di merito delle norme di diritto positivo. Mentre la biologia, che pure nasce come scienza *naturale*, sta maturando una dimensione storico-sociale che è sempre più difficile ignorare. E questo non solo perché studia una realtà in costante evoluzione come la vita, ma perché si deve confrontare nel XX secolo con un elemento che amplia gradualmente la frontiera del biologicamente possibile: la tecnologia. Si tratta di una scienza che si appresta quindi a uscire definitivamente dalla contemplazione del naturale immanente e a doversi integrare progressivamente con il futuribile, ad accoglierlo continuamente quale oggetto di studio.

Di fronte a questa evidenza, la vecchia idea del giusnaturalismo (e di *natura*) non è più sostenibile, dato che, in senso lato, la biologia stessa si sta denaturando, slegandosi il concetto di *vitale* da quello di *naturale*. Esistono, infatti, diverse operazioni tramite cui l'intervento umano modifica la forma del vivente, allontanandolo dalla configurazione *naturale* pur senza privarlo della sostanza *vitale*, così come esistono tecniche del tutto artificiali (respirazione o alimentazione) che possono costituire sostanza *vitale*. Eppure, una definizione piuttosto moderna di diritto di natura l'aveva sorprendentemente fornita Hobbes nel *Leviatano*, considerandolo come «la libertà che ciascuno ha di usare il proprio potere a suo arbitrio per la conservazione della sua natura, cioè della sua vita e conseguentemente di fare qualsiasi cosa che, secondo il suo giudizio e la sua ragione, egli concepisca come il mezzo più idoneo a questo fine»<sup>3</sup>. È utile confrontare questa definizione del XVII secolo con quella che viene proposta ai giorni nostri dal filosofo Peter-Paul Verbeek, il quale si riferisce a «*the set of structured forms of action by which we inevitably exercise power over ourselves*»<sup>4</sup>, per definire uno dei concetti generalmente contrappo-

sti a quello di natura, ovvero proprio la tecnologia. A dispetto di tale apparente distanza, infatti, le due definizioni sono quasi sovrapponibili, e conducono a due interessanti conclusioni. La prima è che il concetto di diritto di natura deve essere riferito alla natura fisica (endiadi in termini)<sup>5</sup> e identitaria dei soggetti piuttosto che a un ente immutabile dai connotati metafisici. La seconda è che un diritto naturale o di natura è sempre tale solo se contestualizzato rispetto alla frontiera del biologicamente possibile, ovvero dell'insieme delle alterazioni di forma compatibili con la vita che la tecnologia consente. Il concetto di *natura* risulta quindi intrinsecamente dinamico, con un forte connotato storico-evolutivo ed è in questa accezione che *naturale* può essere sostituito più propriamente da *biologicamente possibile*.

## 2. La frontiera del biologicamente possibile nel contesto socio-giuridico

La prima operazione, ai fini di una ricognizione sul tema, è quella di posizionare la frontiera del biologicamente possibile, alla luce della più recente letteratura medica e nella coscienza del suo continuo e rapido spostamento. Sono in realtà moltissimi i punti di questo luogo geometrico ed è pertanto necessaria una arbitraria selezione. Seguendo il criterio di rilevanza nelle letterature di pertinenza e in relazione alle implicazioni giuridiche presenti e possibili, si condurrà una analisi delle principali. Una delle più moderne conquiste della chirurgia, per esempio, è rappresentata dal trapianto di utero seguito da gravidanza vitale. Se il primo trapianto fu tentato in realtà nel 1930<sup>6</sup> (si concluse con la morte di Lili Elbe, la giovane transessuale danese che vi si sottopose per completare la transizione dal sesso maschile a quello femminile), il secondo fu eseguito solo più di settant'anni dopo (2002) da una équipe saudita, concludendosi con un rigetto nei mesi immediatamente successivi<sup>7</sup>. Bisogna

---

se le grandi questioni riguardano il nostro corpo, non è il nostro corpo che se le pone, ma noi nella nostra umanità e che la nostra umanità non può identificarsi completamente e semplicemente al corpo».

3. T. Hobbes, *Leviatano*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2011, p. 105.

4. «L'insieme delle forme strutturate di azione tramite le quali esercitiamo potere su noi stessi» (NdA). P.-P. Verbeek, *Moralizing Technology: Understanding and Designing the Morality of Things*, University of Chicago Press, Chicago, 2011, pp. 67-68.

5. L'aggettivo "fisico" deriva dal greco "Φύσις", *physis*, letteralmente "natura" (NdA).

6. N. Hoyer (a cura di) *Lili Elbe, Man into woman. The first sex change, a portrait of Lili Elbe: the true and remarkable transformation of the painter Einar Wegener*, Edited by N. Hoyer, London, 2004.

7. W. Faggeh, H. Raffa, H. Jabbad, A. Marzouki, *Transplantation of the human uterus. International Journal Gynaecology Obstetrics*, 2002, 76(3), pp. 245-251.



quindi attendere il 2011 per riscontrare un successo. In tale circostanza, una équipe medica turca aveva ritentato l'operazione, prelevando l'organo da una donatrice deceduta e, date le condizioni favorevoli, vi aveva impiantato un embrione fecondato *in vitro*. La gravidanza si era tuttavia interrotta, non giungendo a termine<sup>8</sup>. Solo nel 2014 si rintraccia pertanto il primo trapianto di utero seguito da una gravidanza vitale<sup>9</sup>, in un momento storico quindi relativamente recente. La destinazione terapeutica principale della procedura, secondo i *Montreal Criteria for the Ethical Feasibility of Uterine Transplantation*<sup>10</sup> è il trattamento dell'infertilità femminile di natura non endocrinologica, che può essere congenita o acquisita, dovuta cioè ad agenesie o malformazioni nel primo caso e a neoplasie o infiammazioni croniche nel secondo. Questa *ratio* terapeutica è estremamente rilevante nelle considerazioni di natura morale sull'estendibilità della procedura agli individui transessuali o di sesso maschile (essendo in tal caso l'estendibilità biologica ancora non documentata). La questione è stata già affrontata dal filosofo della biomedicina T. Murphy negli Stati Uniti<sup>11</sup> (dove pure il primo trapianto risale al mese di febbraio 2016) nei termini di una possibile partecipazione dello Stato ai finanziamenti delle ricerche cliniche volte a mettere a punto un trapianto di utero negli individui transessuali MtF<sup>12</sup>. Anche prescindendo dalla giustificabilità dell'intervento finanziario, giova comunque riferirsi a tali argomentazioni perlomeno in relazione alla meritevolezza degli interessi da tutelare (con un intervento del decisore-legislatore di tipo positivo o negativo), dato che, come efficacemente sostenuto da certa dottrina, «il codice del diritto è quello del *saving the chances*, del salvare ogni possibilità [...] E questo vale per tutte le scelte fondamentali dentro le quali le grammatiche del cor-

po si ripropongono, dalla ricerca sulle staminali alla procreazione assistita, alle nanotecnologie. Compito del diritto non è quello di stabilire ambivalenti interdizioni [...]. È al contrario quello di non escludere, regolando»<sup>13</sup>. Murphy si deve difendere dall'argomento del suo oppositore Robert Sparrow, secondo cui la liceità del trapianto è legata al soddisfacimento di una aspettativa «naturale» a poter condurre una gravidanza, circostanza che quindi legittima i soli individui di sesso femminile dalla nascita ad esserne possibili detentori<sup>14</sup>. L'interesse alla riproduzione, secondo questa visione, può essere soddisfatto solamente in relazione alla dotazione fisiologica degli individui, per cui sia gli individui di sesso maschile sterili, che gli individui MtF, devono ricorrere ad altri mezzi per il soddisfacimento dello stesso (pur lecito) interesse. In sostanza, Sparrow, sostiene il potere normativo dei «*sexed bodies*»<sup>15</sup> individuati quale criterio unico nella definizione degli interessi riproduttivi. Questo genere di riduzionismo di matrice essenzialmente giusnaturalista, tuttavia, si può dire superato ormai anche in Italia, alla luce della recente sentenza della Corte di cassazione in tema di rettificazione anagrafica del sesso, per ottenere la quale non è più necessario un preventivo adeguamento chirurgico dei caratteri sessuali primari<sup>16</sup>.

Conseguenza immediata della pronuncia, che riconosce il primato del percorso psicologico su quello anatomico nella determinazione del genere e del sesso di appartenenza, è difatti lo spostamento del potere normativo dai connotati fisici a quelli psichici. Si tratta, cioè, di un vero e proprio adeguamento del diritto a una nozione particolaristica di natura, molto vicina al concetto di identità personale e intesa, quindi, come qualità transeunte del soggetto piuttosto che come qualità immanente del Mondo. Nello sradici-

8. O. Ozkan, M. E. Akar, O. Erdogan, N. Hadimioglu, *Uterus transplantation from a deceased donor*. *Fertil. Steril.*, 2013, 100(6), e41.

9. M. Brannstrom, L. Johannesson, H. Bokstrom, et al. *Live birth after uterus transplantation*, *Lancet*, 2015, 385(9968), pp. 607-616.

10. «Criteri di praticabilità etica del trapianto dell'utero» (NdA) A. Lefkowitz, M. Edwards and J. Balayala, *Transplant International* 2012, 25(4), pp. 439-47.

11. T.F. Murphy, *Assisted gestation and transgender women*, *Bioethics*, 2015 29(6), pp. 389-397.

12. *Male to Female*, ovvero individui che transitano dal sesso maschile a quello femminile (NdA).

13. E. Resta, *Corpo*, in *Diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 79.

14. R. Sparrow, *Is It 'Every Man's Right to Have Babies if He Wants Them'? Male Pregnancy and the Limits of Reproductive Liberty*. *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 2008, 8: 275-299; 283.

15. «Corpi sessuali» (NdA) in R. Sparrow, *op.cit.*, p. 290.

16. C.cass. n. 15138/2015. Sia consentito rimandare, per un commento generale su questa sentenza, a G. Aprile, G. Malgieri, F. Palazzi, *Transessualismo e identità di genere: sviluppi dinamici di una originaria staticità? Considerazioni giuridiche, mediche e filosofiche*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2016/1, in corso di pubblicazione.

camento di questo fiscalismo, l'indagine sulla meritevolezza dell'interesse da tutelare (quello alla riproduzione) viene ricondotta alla percezione identitaria dell'individuo, per cui un soggetto MtF dovrebbe essere legittimato a veder soddisfatta la propria aspettativa a condurre una gestazione, in quanto questa costituisce parte integrante della propria identità femminile. È tuttavia utile ricordare che, negli individui di sesso anatomico maschile (quindi anche negli MtF che scelgono di non sottoporsi all'intervento di adeguamento dei caratteri sessuali), il trapianto di utero resta per ora al di fuori della frontiera del biologicamente possibile e l'unica alternativa teorica è quella della gravidanza ectopica<sup>17</sup>, che risulta però altamente rischiosa *in primis* per gli individui di sesso anatomico femminile<sup>18</sup>. Se dovesse essere messo a punto il trapianto di utero, sarà impossibile però ignorare i grimaldelli giuridici che già esistono a possibile tutela di tale interesse all'identità personale degli individui di genere e sesso anagrafico femminile, in armonia con l'art. 2 Cost. su cui si fonda la già citata pronuncia della Corte di cassazione<sup>19</sup>. Senza contare, che nella stessa direzione si muovono anche gli *International Standards of Care* per gli individui transessuali, raccomandando di preservare, quando possibile, la fertilità dei soggetti che transitano da un sesso all'altro<sup>20</sup>. La situazione speculare di un individuo FtM<sup>21</sup> è, invece, già dentro la frontiera del biologicamente possibile: un tale individuo, che scegliesse di non sottoporsi all'intervento chirurgico, potrebbe mantenere utero e ovaie funzionali diventando genitore gestante a tutti gli effetti<sup>22</sup>. In questo caso, la tutela dell'interesse alla gestazione sembra non essere giustificata, in quanto precedentemente considerata esclusiva dell'identità femminile mentre tali individui si sono coscientemente riconosciuti in una identità maschile. Eppure, è nuovamente il filosofo statunitense a fornire una pertinente chiave di lettura, evidenziando che il concetto di "interesse" è legato

indissolubilmente alla tecnologia, ovvero al biologicamente possibile. Superato cioè il ruolo normativo dei *sexed bodies*, Murphy sostiene che «*the interests will in some measure be the artefacts of technologies available*»<sup>23</sup>, ovvero che gli individui manifestano i propri interessi in relazione alle tecnologie disponibili e esauriscono, piuttosto che esauriscono, la propria identità nel biologicamente possibile. Di cui, – corollario di questo assunto – il binarismo di genere è prodotto piuttosto che fondamento. In altre parole, argomenta il filosofo, per secoli il metodo più diffuso per il concepimento è stato il rapporto sessuale tra uomo e donna, essenzialmente perché, in assenza di alternativa, esso ha rappresentato il limite più esterno del biologicamente possibile. E attorno a questo limite si sono plasmate le figure e le identità sociali maschili e femminili, così come anche la famiglia come istituzione sociale. Finora, quindi, c'è stata necessaria coincidenza tra la frontiera del biologicamente possibile e quella del socialmente accettabile. Circostanza che si trova a un punto critico, considerato che l'avanzamento della frontiera biologica impone un adeguamento del limite esterno della frontiera sociale. Difatti, continua Murphy, la piena realizzazione di un genitore potrebbe passare o potrebbe dover passare dall'adozione, dalla fecondazione *in vitro*, dalla surrogazione di maternità, dalla gravidanza extracorporea o dall'impianto di embrione in utero trapiantato, solo per citarne alcune. Certamente ogni situazione rappresenta un *unicum* sotto i profili bioetici e bio-giuridici, ma tutte concorrono a rendere necessarie considerazioni di carattere evolutivo. Tanto più perché la giurisprudenza e la dottrina italiane hanno in parte già recepito (più o meno consapevolmente) tali cambiamenti di ordine socio-morale ed è utile effettuarne qui una ricognizione.

L'analisi dei profili giuridici dovrebbe quindi partire da considerazioni di ordine generale sulla fonte

17. *Ectopico* indica genericamente organo o tessuto situato in sede diversa dalla normale. Nel caso in questione, gravidanza ectopica è sinonimo di gravidanza extrauterina.

18. H.K. Atrash, A. Friede, C. J. Hogue, *Abdominal Pregnancy in the United States: Frequency and Maternal Mortality*, *Obstetrics and Gynecology Journal*, 1987, 69, pp. 333-337.

19. C. cass. n. 15138/2015.

20. E. Coleman, W. Bockting, M. Botzer, P. Cohen-Kettenis, G. Decuyper, J. Feldman, et al. *Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender-Nonconforming People - Version 7*, *International Journal of Transgenderism*, 2011, 13, pp. 165-232.

21. *Female to Male*, ovvero individui che transitano dal sesso femminile a quello maschile (NdA).

22. La questione, qui affrontata dal punto di vista biologico e morale, può risultare più spinosa dal punto di vista giuridico, come si vedrà in seguito. La sentenza C. cass. 15138/2015 presenta difatti aperture e chiusure contrastanti in merito.

23. «Gli interessi sono, in qualche misura, artefatti delle tecnologie disponibili» (NdA) T. F. Murphy in *op. cit.*

codicistica e nello specifico dall'art. 5 cc relativo agli *atti di disposizione del proprio corpo*, i quali «sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume». La lettura costituzionalmente orientata dell'art. 5 cc, volta a riconoscerci una positivizzazione dei diritti della personalità già enucleabili dagli artt. 2 e 3 Cost.<sup>24</sup> permette di oltrepassare immediatamente ogni obiezione materialistica per concentrarsi sui rilievi di autodeterminazione dell'individuo, i quali sono tra l'altro corroborati dall'interpretazione del concetto di integrità fisica fornita dalla Cassazione penale nella pronuncia del 2009 in materia di consenso informato<sup>25</sup>. In tale contesto, difatti, l'integrità fisica viene considerata alla luce di una idea dinamica di salute, intesa più come «*stato di completo benessere fisico, mentale e sociale*» che come «*assenza di malattia e di infermità*» in linea con la definizione dell'Organizzazione mondiale della sanità<sup>26</sup>. Una diminuzione dell'integrità materiale, per esempio, può essere compensata da un aumento complessivo del benessere dell'individuo, migliorandone la sua integrità fisica complessiva (si pensi alle asportazioni di arti o organi necessarie a prevenire una degenerazione patologica di gravità maggiore).

Tuttavia, in questa sede rilevano maggiormente le interpretazioni che la dottrina fornisce relativamente agli altri profili dell'art. 5 cc, ovvero ai limiti imposti dall'ordine pubblico e del buon costume. Quanto al primo, è interessante l'interpretazione che considera un atto di disposizione come contrario all'ordine pubblico quando «*lo stesso non si armonizzi con l'interesse alla migliore attuazione della personalità del disponente*»<sup>27</sup>, concezione che risulta invece in perfetta sintonia con la visione del filosofo statunitense e che conferma il forte orientamento personalistico della dottrina (ma anche della giurisprudenza) italiana.

Leggermente più problematico, ma contemporaneamente carico di potenza innovatrice, il profilo del buon costume, per la contestualizzazione del quale ci si può riferire a una pronuncia della Cassazione penale del 2006, nella quale si legge che «*la pubblica decenza va commisurata secondo un criterio storico-sociologico al sentimento comune dell'uomo medio e non alla particolare sensibilità del singolo*»<sup>28</sup>. Considerando che quest'ultima è generalmente caratteristica degli individui con un livello soglia di impressionabilità più basso, cioè di coloro che tollerano peggio la rottura storico-sociale dello *status quo* e che vanno ritenuti l'eccezione, l'aggettivo «comune» dovrebbe essere inteso come sinonimo di «statisticamente più probabile» dal punto di vista ontologico e non fenomenologico. Una differenza rilevante, se si considera che l'opinione più comunemente manifesta è quella dissenziente, anche se spesso minoritaria.

La giurisprudenza stessa rimanda quindi tale giudizio a un criterio sociologico, più che biologico o giuridico, dato che, sul primo fronte, il processo di espansione della frontiera del possibile ha limiti meramente tecnologici, mentre, sul secondo, le aperture del quadro di riferimento sono sempre più ampie. Basti ricordare che la stessa pronuncia n. 15138/2015 della Corte di cassazione, chiamata ad affrontare la questione della necessità dell'intervento chirurgico in caso di non sterilità del richiedente, sottolinea che la sterilità non può essere imposta in quanto «*da un lato non giustificata dal testo della legge*»<sup>29</sup>, dall'altro in contrasto con il pacifico principio costituzionale d'impossibilità di imporre un qualsiasi trattamento sanitario che violi la dignità umana»<sup>30</sup>. Nella stessa sede, inoltre, vengono considerati i casi analoghi di Paesi come Austria o Germania, dove la Corte costituzionale ha dichiarato nel 2008 «*unzumutbar*»<sup>31</sup>, tali condizioni per il mutamento di sesso»<sup>32</sup>. Nonostante quindi si legga in un passaggio della sentenza che «*la*

24. A. De Cipsis, *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1982. Così come anche E. Resta, *op. cit.*

25. Cass. pen., Sez. Un., 21 gennaio 2009, n. 2437.

26. A. De Cipsis, *op. cit.*

27. P. D'addio Serravalle, in *Commentario al codice civile*, P. Cendon (a cura di), Giuffrè, Milano, 2009, p. 545.

28. Cass. pen., Sez. III, 21 settembre 2006, n. 3140.

29. L. n. 164/1982, *Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*.

30. Cass. n. 15138/2015, p. 16.

31. "Impretendibili".

32. Cass. n. 15138/2015, p. 24.

giurisprudenza di merito non ritiene necessaria la falloplastica, ma soltanto l'asportazione dell'utero e la riduzione del seno»<sup>33</sup> non è da ritenere impossibile che, dietro la strenua difesa del diritto alla salute e all'identità personale, (come già detto enucleabili a livello costituzionale), alcuni individui di sesso anatomico femminile, nella transizione verso il sesso maschile, possano legittimamente mantenere capacità gestatorie. Una situazione che negli Stati Uniti si è già verificata, avendo un individuo FtM, regolarmente coniugato con un individuo di sesso femminile, portato a termine tre gravidanze al posto della moglie sterile<sup>34</sup>. E questo diventa tanto più realistico col venir meno di un'altra possibile argomentazione a favore della necessaria coincidenza del sesso anatomico con quello anagrafico: l'interesse collettivo alla certezza delle relazioni giuridiche, afferente sempre alla sfera dell'ordine pubblico. A tal proposito, la sentenza 15138/2015 della cassazione si sovrappone molto bene alla filosofia biomedica che è stata scelta qui come riferimento. Difatti, se la Corte in uno dei passaggi più significativi argomenta che, «*lo Stato non può incidere in senso restrittivo sull'esplicazione di tale profilo [l'identità di genere, NdA] a meno che non vi siano interessi superiori da tutelare. Tali non possono essere né la certezza delle relazioni giuridiche, né la diversità sessuale delle relazioni familiari*»<sup>35</sup>, le fa inconsapevolmente eco il filosofo statunitense, sostenendo che «*one key rationale for the state's styping its citizens by sex is, of course, to be able to identify them [...], but the State can still identify its citizens through other means such as biomarkers. [...] The State has no in he rent need, as a matter of civic theory to under stand its citizens' sex identity as an immutable property of their bodies*»<sup>36</sup>. Il risultato è quindi un quadro giuridico ragionevolmente permissivo, in cui il concetto di "sesso" ha sempre minor rilevanza, sia ai fini della determinazione degli interessi meritevoli di tutela degli individui (dove rileva la percezione dell'identità personale), sia ai fini della certezza delle relazioni giuridiche (dove esistono metodi di riconoscimento più efficaci). L'inadeguatezza in tal senso del concetto di "sesso" è evidente, ma non sorprendente se lo si considera concetto non

naturale, ma biologico, da inquadrare quindi in una dimensione storico-sociale-evolutiva non solo della popolazione, ma dello stesso individuo. Ed è a questa dimensione, come sostenuto anche in precedenza, che il concetto di "buon costume" si deve adeguare, riconoscendo che è l'identità di genere ad avere la reale funzione normativa, e non il *sexed body*, come già sembra aver recepito la giurisprudenza.

### 3. Il biologicamente possibile sul corpo del genitore "naturale"

Un ultimo ambito in cui il corpo rileva come limite all'autodeterminazione tra "naturale" e "biologicamente possibile" riguarda quello della genitorialità. Per vero, la specificità del tema e recenti novità legislative e giurisprudenziali impongono una riflessione più approfondita su questo ultimo punto.

In effetti, a giudicare dalle innovazioni normative in tema di filiazione e genitorialità pare effettivamente che il passaggio da naturale a biologicamente possibile sia stato registrato anche dal legislatore italiano, seppur per finalità ben diverse e più specifiche.

Beninteso, qui gli attributi di (figlio) "naturale" e "legittimo" non sono concettualmente in contrapposizione (come a voler dire che ciò che è accettato dalla legge non è naturale): al contrario, in mancanza di una piena "legittimità" della filiazione, ciò che la rende ancora accettata dall'ordinamento, il suo unico legame con il "lecito" (concetto ben più ampio di legittimo) è la sua *naturalità*, il suo essere frutto di ciò che è (*o dovrebbe essere*) ritenuto "naturale".

Comunque, la riforma della filiazione ha portato all'eliminazione di qualsiasi riferimento al figlio "naturale" e al figlio "legittimo". Tuttavia, in alcuni casi il riadeguamento della disciplina previgente ha necessitato di nuovi termini non diversamente esprimibili con perifrasi "ideologicamente neutrali". In particolare, il criterio direttivo espresso nella legge delega (n. 219/2012) era quello di sostituire ogni riferimento ai figli "naturali" o "legittimi" con il concetto di figli *senza aggettivi*<sup>37</sup>: in alcuni casi è stato necessario rendere comunque una differenza tra figli "nati nel matrimo-

33. Cass. n. 15138/2015, p. 13.

34. T. Beadle, *Labor of Love: The Story of One Man's Extraordinary Pregnancy*, Seal Press, 2008.

35. Cass. n. 15138/2015, pp. 17-18.

36. «La *ratio* principale dietro la necessità dello Stato di identificare i propri cittadini tramite il sesso è, sicuramente, quella di poterli identificare [...], ma lo Stato può comunque identificarli attraverso altri mezzi, come i biomarcatori. [...] Lo Stato, cioè, non ha nessun bisogno teoricamente giustificabile di considerare l'identità sessuale dei propri cittadini come una proprietà immutabile dei loro corpi» (NdA) in Murphy p. 394. A tal proposito sia consentito rimandare alle considerazioni dell'autore in G. Aprile, G. Malgieri, F. Palazzi, *op.cit.*

37. Cfr. Relazione illustrativa, ddl A.C. 2519 (XIV Legislatura).

nio” e “figli nati fuori del matrimonio”, in particolare con riguardo alle presunzioni di nascita in costanza di matrimonio o al riconoscimento dei figli<sup>38</sup>.

Invece, per quanto attiene alle regole sull'adozione, era necessario porre una distinzione giuridica (soprattutto nel caso delle regole per l'adozione internazionale, in cui per la legge straniera può rilevare il ruolo del genitore biologico<sup>39</sup>) tra genitorialità “biologica” sorta da fecondazione e genitorialità sociale o giuridica, sorta cioè tramite l'istituto dell'adozione. In linea con la *ratio legis* della delega, cioè con l'eliminazione del parametro di “naturale” dal concetto di “figlio”, il legislatore delegato ha pertanto operato una scelta emblematica: sostituire il riferimento ai genitori “naturali”, col riferimento ai genitori “biologici”<sup>40</sup>.

Si badi bene, il riferimento al genitore “naturale” piuttosto che “biologico” nella normativa previgente non era casuale: infatti, ciò rispecchiava un criterio ormai radicato nell'elaborazione giuridica in tema di adozione, il cd criterio della «*imitatio naturae*». Si noti bene, però, che tale criterio non era inteso nel senso di ricalcare una struttura familiare “biologica” che l'adozione andava ad “imitare”, ma era interpretato nel senso che «l'adozione dovrebbe rispecchiare il modello dominante di famiglia tradizionale unita al vincolo del matrimonio»<sup>41</sup>.

Risulta ancora una volta chiaro, qui, come il concetto di “naturale” sia un concetto totalmente culturale e ben distinto dal concetto di possibile biologico.

Pertanto l'operazione normativo-linguistica compiuta nel 2013 può essere colta sotto una duplice accezione: a) la sostituzione di biologico con naturale si è basata su una considerazione di sinonimia tra i due termini, ovvero per il legislatore il *naturale* è *biologico*; oppure b) il legislatore ha voluto prendere atto

dell'anacronismo del concetto di naturale aggiornando così l'ordinamento a un concetto maggiormente controllabile e verificabile dall'interprete e al tempo stesso più dinamico, ovvero (come sopra detto) il *biologicamente possibile*.

In realtà, tale modificazione è avvenuta ad opera di un decreto legislativo (d.lgs 154/2013), esecuzione della delega di cui all'art. 2 della l. 219/2012. Eppure nella delega non c'è nessun riferimento alla “genitorialità naturale”: è stato il legislatore delegato a ritenere necessario (in ossequio alla clausola aperta presente al comma 2, del detto art. 2) riadeguare anche il concetto di “genitore naturale”.

Sebbene non sia possibile ricostruire la volontà del legislatore delegato, né tantomeno quella del delegante in questa specifica traslazione da “naturale” a “biologico”, dai lavori parlamentari emerge una interessante spiegazione della presidente della Commissione giustizia, la quale afferma che la prospettiva tende al riconoscimento di un «unico *status filiationis*[che] implica *verità biologica* e assunzioni di responsabilità»<sup>42</sup>. Pare dunque che il riferimento al biologico sia stato compiuto nella direzione di una oggettivazione (“verità”) della disciplina.

Peraltro, tale riferimento fa eco alla relazione introduttiva al ddl n. 2514 di iniziativa governativa che si riferiva al «riconoscimento di un unico *status filiationis* fondato sui due aspetti della *verità biologica* e dell'assunzione della responsabilità rispetto al figlio, aspetti entrambi necessariamente presenti a fondare la *ratio* della disciplina».

Spunto forse ancor più interessante ci è fornito da un parlamentare, suo malgrado, che intervenuto nella discussione generale al ddl A.C. 2519 (poi diventato legge n. 219/2012) ha affermato «credo sia ineluttabile che *nessun legislatore può modificare la biologia, la diversità biologica*»<sup>43</sup>.

38. Cfr. nuovo Capo IV, Titolo VII, Libro I, Codice civile, così come riscritto a norma dell'art. 7, co. 8, d.lgs 154/2013.

39. Infatti ciò che qui rileva è agli artt. 31, 37 e 38 della l. 184/1983. Cfr. ad es. M. Dossetti, *I nuovi successibili e il diritto intertemporale nella riforma della filiazione*, Relazione al Convegno di studio *Gli assetti successori delle famiglie ricomposte dopo la L. 219/2012 e il d.lgs 154/2013* promosso dalla *Fondazione Italiana del Notariato* a Bolzano il 21 marzo 2014 (disponibile su [https://eventi.nservizi.it/upload/72/altro/dossetti\\_relazione.pdf](https://eventi.nservizi.it/upload/72/altro/dossetti_relazione.pdf)).

40. L'art. 100, comma 1, alle lettere q, r, s del d.lgs 28 dicembre 2013, n. 154 ha disposto appunto che il riferimento a “genitore naturale” fosse sostituito con “genitore biologico”.

41. Trib. Minorenni Roma, sent. 30 luglio 2014, in *GenIus* 2014/2. In verità, tale principio è stato scalfito già circa mezzo secolo fa dalla Corte costituzionale che, con sent. n. 145 del 1969, precisò che con riferimento agli artt. 3, 29 e 30 Cost., queste disposizioni «*non vincolano l'adozione dei minori al criterio dell'imitatio naturae*» esprimendo, invero, una mera indicazione di preferenza per l'adozione da parte di una coppia di coniugi, sulla scorta dell'esigenza di garantire al minore la stabilità necessaria sotto il profilo educativo ed affettivo.

42. D. Ferranti, Resoconto stenografico dell'Assemblea, Seduta n. 492 di martedì 28 giugno 2011, Camera dei Deputati, XVI Legislatura, p. 18.

43. V. D'Anna, Resoconto stenografico dell'Assemblea, Seduta n. 492 di martedì 28 giugno 2011, Camera dei Deputati, XVI Legislatura, p. 39.

Dunque la biologia è percepita proprio nel suo valore di “preesistente alla legge”, allo stesso modo in cui il diritto *naturale* è preesistente al diritto positivo. In qualche modo, dunque, è mantenuto quel riferimento al “naturale”, ma liberato da ogni riferimento transeunte, che lo legherebbe al sentire sociale<sup>44</sup>.

Eppure, tale operazione (seppur per mera eterogenesi dei fini) è per nulla priva di conseguenze pratiche.

Si pensi, infatti, al caso della fecondazione eterologa a cui ricorrono due donne lesbiche, in cui l’una offre il gamete, l’altra invece porterà avanti la gravidanza. Ebbene, è istintivo chiedersi quale delle due sia madre biologica: la madre “genetica” o la madre “gestazionale”?

Indubbiamente entrambe hanno un legame di genitorialità “biologica” con il nato, al punto che entrambe pare possano definirsi “matri biologiche”, ma certamente sarebbe impensabile definirle entrambe madri “naturali”, proprio perché l’*imitatio naturae* non può trovare applicazione al caso di specie.

La giurisprudenza è già stata recentemente interrogata su una questione analoga<sup>45</sup> (stabilire chi sia “madre” tra la genitrice genetica e quella gestazionale in una procreazione medicalmente assistita omologa con erroneo scambio di embrioni, o anche definita “eterologa da errore”<sup>46</sup>) ed ha risolto privilegiando la madre gestazionale.

Di particolare interesse risultano le motivazioni dell’ordinanza. Nell’impossibilità di qualificare la fattispecie di fecondazione eterologa (per mancanza di volontà manifestata nel consenso informato delle parti) o di maternità surrogata, il giudice si è rivolto alle regole codicistiche sulla filiazione, trovandone un transeunte riparo: l’articolo 269, 3° comma afferma che «la maternità è dimostrata provando la identità di colui che pretende di essere figlio e di colui che fu *partorito dalla donna, la quale si assume essere madre*».

Tuttavia, la Corte non si rintana nel dato testuale, ma ricerca anche una più completa giustificazione costituzionale al bilanciamento di interessi in gioco: tale giustificazione deriva proprio da un «concetto di famiglia (...) sempre più sgancia[to] dal dato biologico e genetico degli appartenenti, venendo concepita sempre più come luogo degli affetti e della solidarietà reciproca, prima comunità ove si svolge e sviluppa la personalità del singolo; d’altra parte millenaria filosofia dell’uomo ha identificato nella famiglia l’archetipo della comunità sociale» al punto che possiamo seriamente mettere «in discussione il principio del carattere necessariamente *biologico* o genetico del rapporto di filiazione»<sup>47</sup>.

Del resto, ciò di cui l’interprete deve prendere atto, è che il legislatore del 2013, ben conscio (rispetto al suo predecessore del 1975) delle innovazioni della tecnologia biomedica, abbia deciso di lasciare invariato quell’art. 269 cc sulla determinazione della maternità (gestazionale), aderendo a quella corrente di pensiero per cui «è nell’utero materno che la vita si forma e si sviluppa»<sup>48</sup>.

Eppure, un elemento all’interno dell’art. 269 cc pare particolarmente pertinente. Il comma 2 infatti così recita: «La prova della paternità e della maternità può essere data con ogni mezzo». La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che per “ogni mezzo” sono da intendersi gli elementi presuntivi, rimessi alla discrezionalità del giudice (purché plurimi, gravi, univoci e concordanti), specificando però che i mezzi utilizzabili generalmente riguardano le prove “ematologiche e genetiche”<sup>49</sup>.

Pertanto, in linea astratta, le prove “biologico-scientifiche” non possono che far prevalere la genitorialità “genetica” su quella gestazionale e al caso di specie ciò non poteva applicarsi solo perché vi ostava il possesso di stato attuale del nato e non vi erano i presupposti per la contestazione dello stato di figlio o la legittimazione a proporre l’azione di di-

44. Cfr. C. Lalli, *Introduzione*, in F. Bilotta (cur.), *Le unioni tra persone dello stesso sesso*, Milano-Udine, 2008, 11: «il rischio sul fronte sociale e culturale, è di assegnare un valore alla tradizione in modo acritico e irrazionale. Una volta che alcune abitudini o determinati assetti sociali abbiano preso il sopravvento, sarebbe *naturale* trasmetterli ai propri discendenti e combattere proposte di cambiamenti o dubbi sulla possibilità di miglioramenti».

45. Trib. Roma, Sez. I, Ordinanza, 8 agosto 2014, in *Dir.Fam. e Pers.*, 2015, 2, 551, con nota di Mendola, *Favor minori se presidio del dato biologico* e ivi, 2015, 1, 186, con nota di Bianca, *Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull’erroneo scambio degli embrioni*; e in *Giur.It.*, 215, 2, 323, con nota di Mendola, *Scambio di embrioni tra verità genetica e genitorialità biologica*; in *Nuova Giur.Civ.Comm.*, 2014, 12, I, 1115, con nota di Scalera, *Mater semper certa est?, Considerazioni a margine dell’ordinanza sullo scambio degli embrioni*.

46. *Ibidem*.

47. *Ibidem*.

48. *Ibidem*.

49. C. cass. sez. I, 23 marzo 2010, n. 9727, in *Comparazione diritto civile*, [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it).

sconoscimento di paternità<sup>50</sup>. Pertanto, appare chiaro che il nostro ordinamento positivo non è pienamente attrezzato alle nuove sfide del “biologicamente possibile” per quanto attiene all’ambito del corporeo.

E ciò può vedersi ancor di più ragionando di un altro possibile caso di genitorialità “biologica” che porrebbe in crisi i paradigmi radicati nel nostro diritto civile. È il caso di una coppia di sesso diverso in cui un membro abbia ottenuto una rettificazione di sesso (e la coppia diventi così *same-sex*), pur conservando i caratteri sessuali primari del sesso biologico (situazione oggi pienamente ammessa anche in Italia, in seguito alla sent. Cass. 15138/2015 e alla sent. Corte cost. 221/2015<sup>51</sup>) e addirittura conservando la fertilità. Qualora questa coppia procrei, si avrebbe un altro caso “biologico” di omogenitorialità<sup>52</sup>.

Per di più, questa sarebbe anche l’unica possibilità (allo stato attuale di sviluppo della tecnologia biomedica) di omogenitorialità *biologica* maschile.

Un ultimo caso, di ancora maggiore novità, riguarda la possibilità di una genitorialità genetica con tre genitori, o nascita “*triparentale*”. In particolare, nel Regno Unito è stata recentemente approvata una disciplina (emendamenti del 23 febbraio 2015 allo *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*) che permette una nuova tecnica di fecondazione *in vitro* volta ad impedire la trasmissione di malattie mitocondriali e che consiste nella sostituzione con materiale nucleare di una cellula uovo sana del materiale nucleare proveniente da una cellula uovo “malata”<sup>53</sup>.

In realtà questo caso si differenzia dagli altri per diversi aspetti: da un lato, infatti, questo è l’unico caso di genitorialità “genetica” di due madri; dall’altro, però, qui manca il progetto familiare che è alla base della filiazione nelle famiglie omogenitoriali<sup>54</sup>.

Per concludere l’analisi sul biologicamente possibile, è opportuno un ultimo cenno sui gameti sintetici. Per gameti sintetici si intendono cellule uovo o spermatozoi che sono sviluppati in laboratorio a partire da cellule staminali pluripotenti somatiche o embrionali<sup>55</sup>. Questa procedura permette cioè di ricavare cellule uovo da individui di sesso cromosomico maschile e, viceversa, spermatozoi da individui di sesso cromosomico femminile. I risultati della sperimentazione animale hanno portato a generare prole vitale<sup>56</sup> con il risultato che, quindi, il genitore gestante può fornire il gamete maschile e risultare quindi padre genetico e madre biologica.

Per trarre le fila, tornando al dualismo “natura”/“biologia”, se la *ratio* del legislatore delegato del 2013 era quella di rimarcare più fortemente la “naturalità” attraverso un concetto più controllabile come quello di *biologico*, tale *ratio* ha avuto esattamente l’effetto opposto: essere valvola d’apertura – quantomeno concettuale – per tutte le nuove esperienze di genitorialità “biologicamente possibili”.

Se, invece, la *ratio* poteva essere quella di aggiornare il nostro ordinamento alle mobili frontiere della biotecnologia o quantomeno ad un concetto “dinamico” dei limiti all’autodeterminazione, allora probabilmente lo strumento è stato efficace.

## Conclusioni

Che si consideri la genitorialità, la filiazione, l’identità di genere, l’unione familiare o il confine tra autodeterminazione del corpo-soggetto e disposizione del corpo-oggetto, il concetto di *natura* esige una reinterpretazione. La tecnologia ha infatti ampliato le frontiere del *biologicamente possibile*, evidenziando

50. Trib. Roma, Sez. I, Ordinanza, 8 agosto 2014, cit.

51. Si veda a tal proposito G. Aprile, G. Malgieri, F. Palazzi, *op. cit.*, cfr. anche sul punto il Commento sentenza del 22 luglio 2015, n. 15538, D. Amram, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, 11, I, p. 1068 e L. Conte, *Felicità raggiunta? La Corte di Cassazione ammette la domanda di rettificazione anagrafica del sesso in assenza di un intervento demolitorio e/o ricostruttivo dei caratteri sessuali primari*, in *GenIus*, 2015/2, p. 244 ss.

52. Cfr. F. Bilotta, voce “*Transsessualismo*”, in *Digesto Discipline Privatistiche*, 2013, Agg., p. 760. Per cui il requisito dell’adeguamento dei caratteri sessuali primari (e dunque anche la sterilizzazione) come preconditione per ottenere la rettificazione anagrafica del sesso fosse proprio dovuta alla precisa volontà legislativa di evitare forme di “omogenitorialità naturale”.

53. Cfr. S. Pasetto, *La fecondazione eterologa con tre genitori*, in P. Passaglia (cur.), *La fecondazione eterologa*, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), Marzo 2014, p. 67.

54. Cfr., ad es., Tribunale dei Minorenni di Bologna, Ordinanza 6-10 novembre 2014, n. 4701 per cui «la minore è, cioè, nata nell’ambito di uno specifico progetto di genitorialità delle due madri (biologica e adottiva)».

55. D.J.H. Mathews, P. J. Donovan, J. Harris, R. Lovell-Badge, J. Savulescu, R. Faden. *Pluripotent Stem Cell-Derived Gametes: Truth and (Potential) Consequences*, *Cell Stem Cell*, 2009, 5, pp. 11-14.

56. J. M. Deng, K. Satoh, H. Wang, H. Chang, H.Z. Zhang, M.D. Stewart, A.J. Cooney, R.R. Behringer, *Generation of Viable Male and Female Mice from Two Fathers*, *Biology of Reproduction*, 2010, 84, pp. 613-618.

la matrice essenzialmente socio-culturale dell'idea di *natura* così come proposta dalla dottrina giusnaturalista, la quale, lontana da fornire un criterio di validità (e moralità) assoluto, richiede una relativizzazione perlomeno diacronica.

La giurisprudenza e la legislazione recenti hanno dimostrato di essere in lenta acquisizione di tale sensibilità, cercando di mediare tra una visione decisamente personalistica di *natura* come *identità* dei singoli e un più dinamico criterio storico-evolutivo di conformità al "sentire comune". Tale trasformazione non implica una liberalizzazione incondizionata delle

azioni dei corpi sul corpo, ma impone piuttosto una riflessione continua e di matrice laica che sfrondi il dibattito su questi temi dai frequenti argomenti di amoralità e insensatezza antropologica, operazione che si è cercato di condurre in questa sede. Il riconoscimento della neutralità del corpo nella battaglia per la piena realizzazione di ciascun individuo è pertanto un significativo passo di civiltà verso la conquista delle libertà che si rendono col tempo *biologicamente possibili*, da compiersi affinché queste vengano omogeneamente incorporate nella quotidianità del *socialmente accettabile*.



## Il consenso informato: la violazione del diritto dell'autodeterminazione del paziente e la tutela risarcitoria

di *Roberta Catalano e Angela Martino*

Oggi il diritto ad acconsentire in modo informato al trattamento sanitario costituisce il fulcro del rapporto medico-paziente e su di esso si fonda la legittimazione del professionista a prestare la sua attività terapeutica.

Tale rapporto si sostanzia in un'alleanza terapeutica alla cui stregua tutti gli sviluppi del percorso di cura devono, di regola, essere condivisi tra chi pratica il trattamento e chi lo subisce.

L'atto del consenso – quale consapevole adesione al trattamento proposto dal sanitario – è quindi considerato espressione dei diritti inviolabili della persona alla salute e ad autodeterminarsi, diritti che trovano un punto di convergenza nel più ampio e fondamentale diritto alla libertà personale.

È questo, in estrema sintesi, il punto di approdo della più recente esperienza normativa e giurisprudenziale circa il delicato tema del consenso informato.

All'esame di tale esperienza è dedicato il presente saggio.

***Prima di guarire qualcuno  
chiedigli se è disposto a rinunciare alle cose  
che lo hanno fatto ammalare.  
Ippocrate***

### 1. Il dato normativo

Nell'ordinamento giuridico italiano il principio del consenso informato trova fondamento costituzionale nell'art. 32 Cost., alla cui stregua *nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.*

Tale disposizione, relativa specificamente alla tutela della salute come diritto fondamentale dell'in-

dividuo, va letta in combinato disposto con l'art. 13 Cost., che garantisce l'invioabilità della libertà personale intesa anche come libertà di decidere in ordine alla propria salute ed al proprio Corpo, e con l'art. 2 Cost., posto a presidio di tutti i diritti inviolabili dell'uomo, *sia come singolo, sia nelle formazioni sociali nelle quali si esplica la sua personalità.* Da tale contesto normativo emerge, dunque, l'esistenza di un diritto costituzionalmente garantito dell'individuo a non subire trattamenti sanitari ai quali non abbia preventivamente e consapevolmente acconsentito<sup>1</sup>.

1. Il principio generale alla cui stregua il sanitario è tenuto ad acquisire il consenso informato del paziente prima di praticare qualsiasi trattamento terapeutico subisce due importanti deroghe: la prima, di fonte costituzionale (art. 32, co. 2, Cost), si verifica nel caso in cui è la legge a prevedere espressamente la sottoposizione di una persona ad un trattamento sanitario che pertanto viene definito "obbligatorio", come accade, ad esempio, per le vaccinazioni obbligatorie e per il ricovero per i malati di mente nei casi previsti dagli artt. 33-35 della L. 23 dicembre 1978, n. 833; la seconda ricorre quando il paziente non è in condizione di prestare il proprio consenso e l'intervento medico appare urgente e indifferibile per salvarlo dalla morte o da un grave nocumento alla salute. Quest'ultima ipotesi è prevista anche dall'art. 8 della Convenzione di Oviedo che recita: «allorquando in ragione di una situazione d'urgenza, il consenso appropriato non può essere ottenuto, si potrà procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona in-

L'esistenza di siffatto diritto è stata esplicitamente affermata, nel 1947, dal Codice di Norimberga e, successivamente, dalla Dichiarazione di Helsinki della *World Medical Association* (sin dalla stesura del 1964).

In Italia è invece l'art. 33 della L 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, il primo a sancire la regola generale alla cui stregua il medico non può eseguire trattamenti sanitari contro la volontà del paziente, a meno che questi non sia in grado di prestare in modo consapevole il proprio consenso e ricorrano i presupposti dello stato di necessità.

Successivamente, la Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 e ratificata in Italia con la L 28 marzo 2001, n. 145, ha ribadito che «*un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato*» (art. 5).

Infine, anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, all'art. 3 ha stabilito che «*ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica*» la quale si esplica, nell'ambito della medicina e della biologia, attraverso «*il consenso libero e informato della persona interessata*» a sottoporsi ad un determinato trattamento sanitario.

La prestazione del consenso informato è, allo stato, prevista e regolata anche dal Codice di deontologia medica del 2014 il quale, all'art. 35, sancisce l'obbligo per il medico di acquisire il consenso del paziente e, conseguentemente, il divieto di «*intraprendere o proseguire in procedure diagnostiche e/o interventi terapeutici senza la preliminare acquisizione del consenso informato o in presenza di dissenso informato*».

---

teressata»; è prevista inoltre dall'art. 35 del Codice deontologico medico secondo il quale «*allorché sussistano condizioni di urgenza e in caso di pericolo di vita di una persona, che non possa esprimere, al momento, volontà contraria, il medico deve prestare l'assistenza e le cure indispensabili*».

In dottrina, al riguardo v. tra gli altri, M. Franzoni, *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione o all'eutanasia?*, in *Contratto e impresa*, 2009, pp. 255 ss.

2. In giurisprudenza cfr., *ex multis*, Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Giust. civ.*, *Mass.*, 2007.

3. Cfr. U. Veronesi, *Il diritto di non soffrire. Cure palliative, testamento biologico, eutanasia*, Milano, 2011, pp. 89 ss.

4. Corte Cost. 15 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. Cost.*, 2008, p. 4945 ss. La letteratura sul consenso informato è praticamente sterminata; per tutti si veda S. Rodotà, *La persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, nonché G. Marini, *Il consenso*, entrambi in *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà e M. Tallarini, in *Trattato del biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2010, rispettivamente a p. 169 ss. ed a pp. 361 ss.

5. Così si esprime Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.. In giurisprudenza è pacifico il principio secondo cui in assenza del preventivo consenso informato del paziente il medico curante e la stessa struttura sanitaria di ricovero non possono porre in essere alcuna applicazione della medicina, a nulla rilevando che la stessa sia eseguita nell'interesse dell'ammalato.

6. Cass., IV sez. pen., 4 dicembre 2008, n. 45126, in *Guida al dir.*, 2009, fasc. 3, pp. 95 ss. A differenza di quanto previsto nel Codice penale (artt. 50 ss. c.p.), il Codice civile non include espressamente il consenso dell'avente diritto tra le esimenti; ciò non toglie che essa

Pertanto oggi il diritto ad acconsentire in modo informato al trattamento sanitario costituisce il fulcro del rapporto medico-paziente e su di esso si fonda la legittimazione del professionista a prestare la sua attività terapeutica<sup>2</sup>. Tale rapporto si sostanzia in una "alleanza terapeutica" alla cui stregua tutti gli sviluppi del percorso di cura devono, di regola, essere condivisi tra chi pratica il trattamento e chi lo subisce<sup>3</sup>. L'atto del consenso – quale consapevole adesione al trattamento proposto dal sanitario – è quindi considerato espressione dei diritti inviolabili della persona alla salute e ad autodeterminarsi, diritti che trovano un punto di convergenza nel più ampio e fondamentale diritto alla libertà personale<sup>4</sup>.

## 2. Gli approdi giurisprudenziali

In conformità con siffatte previsioni normative la giurisprudenza afferma, ormai pacificamente, che il consenso libero ed informato ai trattamenti medici è «*di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario*», oltre che «*forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi*». Esso deve avere come «*contenuto concreto la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale*»<sup>5</sup>.

La mancanza del consenso del paziente determina l'arbitrarietà del trattamento medico-chirurgico e, quindi, la sua rilevanza penale, in quanto trattamento compiuto in violazione della sfera personale del soggetto e del suo diritto di decidere in ordine al proprio Corpo<sup>6</sup>. Tuttavia le Sezioni unite della Corte di cassa-

zione, con la sentenza del 21 gennaio 2009, n. 2437, hanno precisato che «*non integra il reato di lesione personale, né quello di violenza privata la condotta del medico che sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso, nel caso in cui l'intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle "leges artis", si sia concluso con esito fausto, essendo da esso derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute del paziente, in riferimento anche alle eventuali alternative ipotizzabili e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte dello stesso*»<sup>7</sup>.

In ogni caso – come affermato dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 2847 del 2010<sup>8</sup> – l'inadempimento dell'obbligo di informazione sussistente nei confronti del paziente assume rilievo a fini risarcitori (anche in assenza di un danno alla salute o in presenza di un danno alla salute non ricollegabile alla lesione del diritto all'informazione) tutte le volte in cui siano configurabili, a carico del paziente, conseguenze pregiudizievoli di carattere non patrimoniale di ap-

prezzabile gravità derivanti dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in sé stesso considerato, sempre che tale danno superi la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale e che non sia futile, ossia consistente in meri disagi o fastidi. Infatti, spetta solo all'individuo pienamente capace scegliere tra il bene "salute" e altri possibili interessi concorrenti, ed una tale opzione è e deve restare personale ed insindacabile; come per esempio accade nei casi dei testimoni di Geova che decidono per motivi religiosi di rifiutare una trasfusione di sangue<sup>9</sup>.

La violazione da parte del medico, del dovere di informare il paziente, può quindi causare due diversi tipi di danni: un danno alla salute, sussistente quando sia ragionevole ritenere che il paziente, su cui grava il relativo onere probatorio, se correttamente informato, avrebbe evitato di sottoporsi all'intervento e di subirne le conseguenze invalidanti; un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione in sé stesso, sussistente quando, a causa del *deficit* informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale

---

rileva anche sul piano della responsabilità civile. Anzi, in giurisprudenza si afferma che esso è «espressione di un principio generale di autoreponsabilità, operante anche nella sfera dei diritti privati, che comporta in materia di responsabilità aquiliana l'esclusione dell'anti-giuridicità dell'atto lesivo per effetto del consenso del titolare, purché il consenso sia stato validamente prestato ed abbia avuto ad oggetto un diritto disponibile» (Cass., 24 febbraio 1997, n. 1682, in *Foro it., Mass.*, 1997). È molto discussa la natura giuridica di questo atto di consenso. Autorevole dottrina sostiene che non si tratterebbe di un atto di disposizione del diritto, quanto piuttosto di una rinuncia alla pretesa di non ingerenza da parte del medico (M. Franzoni, *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente*, in *Resp. Civ.*, 2012, pp. 82 ss.).

7. Il consenso del paziente all'atto medico deve essere fornito espressamente, dopo aver ricevuto un'adeguata informazione, anch'essa esplicita, e non può mai essere presunto o tacito. Di contro, presuntiva può essere la prova che un consenso informato sia stato dato effettivamente ed in modo esplicito, ed il relativo onere ricade sul medico (Cfr. Cassaz. n. 20984/2012; Cass., 09 febbraio 2010, n. 2847, secondo cui a fronte dell'allegazione, da parte del paziente, dell'inadempimento dell'obbligo di informazione, il medico è gravato dell'onere della prova di aver adempiuto tale obbligazione). La responsabilità del sanitario (e di riflesso della struttura per cui egli agisce) per violazione dell'obbligo del consenso informato discende dal mancato adempimento dell'obbligo di informazione circa le prevedibili conseguenze del trattamento cui il paziente venga sottoposto e dalla successiva ricorrenza, in conseguenza dell'esecuzione del trattamento stesso, e, quindi, in forza di un nesso di causalità con essa, di un aggravamento delle condizioni di salute del paziente: ai fini della configurazione di siffatta responsabilità, è invece del tutto indifferente se il trattamento sia stato eseguito correttamente o meno. L'illecito consistente nella omessa informazione obbliga al risarcimento delle conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla lesione del diritto all'autodeterminazione, tutelato dagli artt. 2, 13 e 32 Cost., se il diritto sia inciso oltre un certo livello minimo di tollerabilità, da determinarsi dal giudice nel bilanciamento tra principio di solidarietà e di tolleranza secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico.

8. In giurisprudenza, tra le altre, v. Cass. 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 783, ed in *Resp. civ. Prev.*, 2010, 1013 ss., la quale ha espressamente affermato che «*il diritto all'autodeterminazione è ... diverso dal diritto alla salute*», «*pur sussistendo il consenso consapevole, ben può configurarsi responsabilità da lesione della salute se la prestazione terapeutica sia tuttavia inadeguatamente eseguita; ... la lesione del diritto all'autodeterminazione non necessariamente comporta la lesione della salute, come accade quando manchi il consenso ma l'intervento sortisca un esito assolutamente positivo*». Nello stesso senso: Cass. 14 marzo 2006, n. 5444, in *Giur. it.*, 2007, 343 e ss e, da ultimo, Cass. 16 maggio 2013 n. 11950, in *Giust. civ., Mass.*, 2013. Nel merito, Trib. Milano 4 marzo 2008, n. 2847, in *Resp. Civ.*, 2009, 75 ss.; Trib. Milano 16 dicembre 2008, in *Corr. Merito*, 2009, 493 ss. In dottrina, cfr. L. Pascucci, *L'erogazione della prestazione medica tra autodeterminazione e del paziente (capace) e autonomia professionale del medico: quali i confini della libertà di scelta terapeutica del malato*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2013, 219 ss.; S. Cacace, *I danni da (mancato) consenso informato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 783 ss.; A. Scacchi, *La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento "non autorizzato"*, *ivi*, 2010, I, pp. 794 ss.

9. Sul tema: Cass. 15 settembre 2008, n. 23676, in *Guida al diritto*, 2008, pp. 52 ss. sul noto "caso Grassato"; e Cass. 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1711 ss.

Per un'ampia disamina della giurisprudenza sul rifiuto delle cure da parte dei testimoni di Geova e sull'impiego, al riguardo, dell'istituto dell'amministrazione di sostegno si veda M. Di Masi, *Testimoni di Geova e amministrazione di sostegno: nuovi orizzonti del fine-vita*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, pp. 145 ss.

oppure non patrimoniale (ed, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità), diverso dalla lesione del diritto alla salute<sup>10</sup>.

Occorre pertanto distinguere nettamente tra il dovere del medico di acquisire il consenso informato del paziente e l'obbligazione avente ad oggetto l'intervento terapeutico, giacché «l'acquisizione del consenso informato del paziente, da parte del sanitario, costituisce prestazione altra e diversa rispetto a quella avente ad oggetto l'intervento terapeutico, di talché l'errata esecuzione di quest'ultimo dà luogo ad un danno suscettibile di ulteriore e autonomo risarcimento rispetto a quello dovuto per la violazione dell'obbligo di informazione, anche in ragione della diversità dei diritti rispettivamente, all'autodeterminazione delle scelte terapeutiche ed all'integrità psicofisica (...) pregiudicati nelle due differenti ipotesi»<sup>11</sup>.

Ai fini della configurazione della responsabilità per lesione del diritto all'autodeterminazione è insomma del tutto indifferente se il trattamento sia stato eseguito correttamente o meno. Ciò in quanto tale responsabilità sussiste per la semplice ragione che il paziente, a causa del deficit di informazione, non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole in ottempe-

ranza a quanto previsto dagli artt. 32, comma 2 e 13 Cost., nonché dall'art. 33 della L. 23 dicembre 1978, n. 833.

Per quanto al contenuto degli obblighi informativi gravanti sul sanitario, la giurisprudenza concorda nell'affermare che il medico viene meno a tali obblighi ogni qualvolta non fornisce al paziente, in modo completo ed esaustivo, tutte le informazioni scientifiche e pratiche sull'intervento chirurgico che intende eseguire e, soprattutto, sul bilancio rischi/vantaggi dell'intervento stesso, *a fortiori* ove ricorrano fattori di pericolo che sconsiglino l'intervento, neppure cogentemente necessario<sup>12</sup>. Quanto ai caratteri dell'informativa medica, dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere che la stessa debba essere effettiva e corretta<sup>13</sup>.

Il medico viene meno ai suoi obblighi informativi anche quando fornisce al paziente rassicurazioni errate in ordine all'assenza di rischi o complicazioni derivanti da un intervento chirurgico necessariamente da eseguire<sup>14</sup>; ovvero quando sottopone al paziente, perché lo sottoscriva, un modulo del tutto generico, dal quale non sia possibile desumere in modo esaustivo tutte le informazioni relative alla natura della terapia, ai rischi, alle possibilità di successo<sup>15</sup>.

10. Cfr. Cass. 16 maggio 2013, n. 11950, cit.; Cass. 13 luglio 2010, n. 16934, in *Foro it., Rep.*, 2010, voce "Professioni intellettuali", n. 101.

11. Cass. 13 febbraio 2015, n. 2854. Ma v. anche Cass. 11 dicembre 2013, n. 27751, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2015, p. 324-332 «È risarcibile la lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente per consenso invalido a prescindere dal danno biologico conseguente alla prestazione, il medico ha l'obbligo di rappresentare tutti i rischi (anche quelli straordinari) con l'unico limite della loro imprevedibilità».

In dottrina v. N. Posteraro, *È risarcibile la lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente per consenso invalido a prescindere dal danno biologico conseguente alla prestazione: il medico ha l'obbligo di rappresentare tutti i rischi (anche quelli straordinari) con l'unico limite della loro imprevedibilità*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2015, pp. 324 ss..

12. Cfr. Cass. 31 luglio 2013, n. 18334, in *Resp. Civ. Prev.*, 2013, p. 269 ss. L'informativa deve essere particolareggiata e specifica e tale da rappresentare al paziente «la piena conoscenza della natura dell'intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative». Così si esprime: Cass., 23 maggio 2001, n. 7027, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2009, pp. 337 ss..

13. Nei casi in cui sia lo stesso paziente a richiedere un intervento chirurgico, per sua natura complesso e svolto in equipe, la presunzione di un implicito consenso a tutte le operazioni preparatorie e successive connesse all'intervento vero e proprio non esime il personale medico responsabile dal dovere di informarlo anche su queste fasi operative, in modo che la scelta tecnica dell'operatore avvenga dopo un'adeguata informazione e con il consenso specifico dell'interessato (Cass. n. 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, I, c. 771 ss.). Il consenso consapevole in ordine ai rischi implicati da intervento sanitario chirurgico (anche solo relativamente) urgente, prestato dal paziente che abbia richiesto tale intervento, si considera implicitamente esteso anche alle operazioni "complementari" (qual è quella di sostegno, durante l'intervento, delle risorse ematiche del paziente) assolutamente necessarie, non sostituibili con tecniche più sicure (Cass. 26 settembre 2006, n. 20832, in *Giust. Civ., Mass.*, 2006).

14. Cfr. Cass. 28 novembre 2007, n. 24742, in *Giust. Civ., Mass.*, 2007. Per la responsabilità del medico che operi all'interno di clinica privata v. Cass. 17 febbraio 2011, n. 3847, in *Giust. Civ., Mass.*, 2011: «Il medico che operi all'interno di una clinica privata, ne sia o meno dipendente, ha sempre il dovere di informare il paziente di eventuali carenze o limiti organizzativi o strutturali della clinica stessa (come, ad esempio, la mancanza di un'adeguata struttura di rianimazione neonatale); ove ciò non faccia, risponde in solido con la clinica del danno patito dal paziente in conseguenza di quel deficit organizzativo o strutturale, ove possa presumersi che il paziente, se correttamente informato, si sarebbe avvalso di altra struttura sanitaria». La clinica privata risponde dei danni derivati al paziente dall'insuccesso di un intervento chirurgico, anche quando l'operatore non sia un suo dipendente; allo stesso modo, il medico che opera in una clinica privata risponde dei danni derivati dal difetto delle apparecchiature di quest'ultima, dovendo personalmente accertarsi della loro efficienza (Cfr. Cass. n. 10616 del 2012 che ha cassato la sentenza di merito, la quale aveva escluso la responsabilità del chirurgo che, operando in una clinica privata, aveva causato un danno al paziente a causa del difettoso funzionamento di un bisturi elettrico).

### 3. Il buon esito dell'intervento non esclude la violazione del diritto all'autodeterminazione della persona (Cass. civ., sez. III, n. 12205/2015)

Com'è già emerso in precedenza, la Suprema Corte da tempo sostiene che la risarcibilità della lesione del diritto (personale ed inviolabile) all'autodeterminazione può verificarsi anche in assenza di una lesione del diritto alla salute e purché il paziente subisca conseguenze pregiudizievoli di carattere non patrimoniale di «*apprezzabile gravità*» derivanti dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in sé considerato, sempre che «*tale danno superi la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale e che non sia futile, ossia consistente in meri disagi o fastidi*»<sup>16</sup>.

Ad ulteriore conferma di tale orientamento, è intervenuta di recente l'interessante sentenza della Corte di cassazione n. 12205 del 2015 che si segnala all'attenzione degli interpreti sia perché individua con inedita precisione i profili risarcitori della responsabilità del sanitario derivante da omessa, insufficiente, carente informazione ovvero dalla mancata acquisizione del consenso; sia in quanto chiarisce che il diritto all'autodeterminazione del paziente comprende, oltre alla facoltà di rifiutare la cura, anche la possibilità di scegliere, magari posticipandolo, il momento dello svolgimento del trattamento sanitario<sup>17</sup>.

La pronuncia è stata resa per dirimere una lite iniziata con la domanda di tutela risarcitoria proposta da una donna avverso la struttura sanitaria, nonché contro i sanitari che la avevano sottoposta ad un intervento chirurgico (l'intera *equipe*) e che, nel corso dell'operazione, avevano eseguito gli esami istologici e biotipici.

La donna lamentava che i medici convenuti, sebbene avessero programmato un mero intervento di asportazione di una cisti ovarica in relazione al quale

avevano raccolto il consenso di essa attrice, avevano poi di propria iniziativa praticato, tra le altre cose, una laparatomia, una isterectomia totale ed una appendicetomia. Secondo accertamenti successivamente eseguiti presso altro nosocomio, l'intervento subito, oltre a rivelarsi assai più impegnativo e demolitivo rispetto a quello inizialmente programmato, appariva del tutto inutile poiché la diagnosi (tumore maligno) che lo aveva determinato era da ritenersi del tutto errata. Pertanto, dato che nel caso di specie non vi era alcun pericolo di morte immediata della paziente (come confermato da C.T.U.) e che quindi dovevano ritenersi insussistenti gli estremi dello stato di necessità – unica esimente idonea, in casi del genere, a giustificare l'operato medico –, la donna chiedeva il risarcimento dei danni derivati dalla lesione del suo diritto all'autodeterminazione, ed in particolare del suo diritto di scegliere se differire l'intervento ad altro giorno per recarsi in un centro specialistico di cura per l'oncologia ginecologica che avrebbe forse potuto consentirle di salvaguardare la sua capacità riproduttiva.

La domanda veniva respinta in primo grado dal Tribunale di Chieti ed in secondo grado dalla Corte d'appello dell'Aquila in base alla considerazione che «*la prestazione sanitaria risultava eseguita con diligenza, prudenza e perizia, non essendovi alternative all'intervento chirurgico prescelto ed essendo lo stesso condotto con esito pienamente positivo, consistente nella totale guarigione della paziente*». Diversamente, i supremi giudici accolgono le richieste della donna uniformandosi ai principi di diritto affermati dalla Corte di cassazione nelle pronunce, già in precedenza ricordate, n. 21748 del 2007 e n. 2847 del 2010.

Riprendendo la distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza<sup>18</sup>, la Suprema Corte afferma che la lesione del diritto ad esprimere il cd "consenso informato" si verifica per il solo fatto che il medico tiene una condotta volta al compimento, sulla persona del paziente, di atti medici senza avere acquisito

15. Cfr. Cass. n. 24791/2008. Ancora, sull'obbligo di informazione, cfr. Cass. n.15698/2010 secondo cui l'informativa deve contenere, in modo completo ed esaustivo, tutte le informazioni scientificamente possibili riguardanti le terapie che il medico intende praticare o l'intervento chirurgico che intende eseguire, con le relative modalità. Cfr. altresì: Cass. n. 2847 del 2010, cit.: «*In presenza di un atto terapeutico necessario e correttamente eseguito in base alle regole dell'arte, dal quale siano tuttavia derivate conseguenze dannose per la salute, ove tale intervento non sia stato preceduto da un'adeguata informazione del paziente circa i possibili effetti pregiudizievoli non imprevedibili il medico può essere chiamato a risarcire il danno alla salute solo se il paziente dimostri, anche tramite presunzioni, che, ove compiutamente informato, egli avrebbe verosimilmente rifiutato l'intervento, non potendo altrimenti ricondursi all'inadempimento dell'obbligo di informazione alcuna rilevanza causale sul danno alla salute*».

16. Cfr. Cass. n. 2847/2010, cit.:«*L'inadempimento dell'obbligo di informazione sussistente nei confronti del paziente può assumere rilievo a fini risarcitori anche in assenza di un danno alla salute (...)*».

17. Cass. 12 giugno 2015, n. 12205, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).

18. La distinzione tra danno evento e danno conseguenza risale alla nota sentenza Dell'Andro, Corte Cost. 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2053 ss.

il di lui consenso. L'estrinsecarsi dell'intervento sulla persona del paziente, senza la previa acquisizione del consenso, integrerebbe già di per sé la condotta produttiva del danno-evento che verrebbe, dunque, ad essere cagionato da due condotte consequenziali: una omissiva (mancata informazione e acquisizione del consenso) e l'altra commissiva (svolgimento del trattamento terapeutico).

I danni-conseguenza constano invece degli effetti pregiudizievoli che tali condotte del medico sono idonee a determinare nella sfera giuridica del paziente; e precisamente: 1) la "sofferenza" e "contrazione della libertà di disporre di sé stesso" che il paziente subisce – psichicamente e fisicamente; nel corso del trattamento e nel periodo di convalescenza – in ragione dell'espletamento sulla sua persona dell'intervento; 2) la "diminuzione" che la persona del malato subisce fisicamente per effetto dell'attività demolitoria del medico che abbia eliminato, sebbene a scopi terapeutici, parti del corpo e le connesse funzionalità.

Qualora poi, in relazione alla patologia del paziente, si accerti (come nel caso di specie) che questi, se correttamente informato, avrebbe potuto rivolgersi altrove per sottoporsi ad una terapia meno demolitoria o anche solo idonea a cagionare "minore sofferenza", deve ritenersi sussistente anche un danno-conseguenza rappresentato da una vera e propria lesione alla salute del paziente. In ogni caso, tali voci di danno (non patrimoniale) sussistono e sono autonomamente risarcibili pure se l'intervento medico sia stato risolutivo della patologia del paziente, ossia abbia avuto esito fausto.

#### 4. La liquidazione del danno da responsabilità medica

Nel quadro della responsabilità medica, e segnatamente di quella conseguente al mancato rispetto del diritto del paziente ad autodeterminarsi attraverso il consenso informato, la Corte di cassazione ha sostenuto la risarcibilità del «danno non patrimoniale, derivante dalla lesione di diritti inviolabili della persona, come tali costituzionalmente garantiti, a prescindere dal fatto costituente reato, ciò quando l'interesse leso abbia rilevanza costituzionale, la lesione

sia grave e il danno non sia futile, ossia non consista in meri disagi o fastidi»<sup>19</sup>.

Per effetto del "contratto sociale" tra medico e paziente, il professionista assume obblighi di protezione verso il paziente il quale, a sua volta, qualora agisca in giudizio per dedurre l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria, dovrà provare l'esistenza del contratto e l'inadempimento del professionista, che può consistere nell'aggravamento della situazione patologica oppure nell'insorgenza di nuove malattie per effetto dell'intervento. Resta a carico dell'obbligato, sia esso il sanitario o la struttura, la dimostrazione che la prestazione professionale è stata eseguita in modo diligente e che gli esiti peggiorativi siano stati cagionati da un evento impreveduto ed imprevedibile.

Più precisamente, si configura la perdita di *chance* ogni qual volta il giudice accerti l'omissione in capo al medico del dovere di espletare l'attività professionale secondo i canoni di diligenza e di perizia scientifica, ove tale comportamento si traduca in un aggravamento o nella mancata guarigione delle condizioni del paziente. In tali circostanze, ed in assenza di altri fattori alternativi, il giudice riterrà la condotta omissiva del medico causativa dell'evento lesivo e per converso, presumerà che la condotta doverosa, se fosse stata attuata, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento stesso<sup>20</sup>.

Al riguardo mette conto ricordare la pronuncia della Corte di cassazione, sez. III civile, n. 7195 del 27 marzo 2014 con cui i Supremi giudici hanno riconosciuto, in favore di un malato terminale, il risarcimento del danno da perdita della *chance* di sopravvivenza: «In tema di danno alla persona conseguente a responsabilità medica, integra l'esistenza di un danno non patrimoniale risarcibile l'omissione della diagnosi di un processo morboso terminale, allorché determini la tardiva esecuzione di un intervento chirurgico ed allorché, per effetto del ritardo, faccia perdere al paziente la *chance* di conservare, durante quel decorso, una migliore qualità della vita, nonché la possibilità di vivere più a lungo di quanto, poi, effettivamente vissuto»<sup>21</sup>.

Pertanto, si ritiene che l'autodeterminazione della persona è sempre violata quando il medico sia incorso in errore nello svolgimento dell'attività diagnostica evidenziando al paziente una patologia in realtà inesi-

19. Cass. Civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972 in *Guida al diritto*, 2008, 47, pp. 18.

20. Al riguardo, Cass. n. 16123/2010: «il giudice di merito dovrà accertare se, tenendo conto delle migliori conoscenze del momento, l'omissione di cautele doverose in relazione all'attività pericolosa svolta dall'ente pubblico, che comportava il rischio di contagio per contatto da sangue infetto, ed alle mansioni svolte dal sanitario, che a tale contatto risultava esposto, possa ritenersi, in assenza di altri fattori alternativi, causa dell'evento lesivo e se, per converso, la condotta doverosa, ove fosse stata tenuta, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento stesso».

21. In *Foro it.*, 2014, I, c. 2149 ss. Cfr. anche Cass. 14 giugno 2011, n. 12961, in *Foro it.*, *Rep.*, 2011, voce 'Professioni intellettuali, n. 143.

stente, oppure non rappresentando un male in realtà esistente, così da venir meno al dovere di diligenza nell'esecuzione della prestazione intellettuale<sup>22</sup>.

Circa la liquidazione del danno non patrimoniale, la Suprema Corte si è pronunciata per la irrilevanza del *nomen* assegnato dal giudicante alla lesione lamentata dall'attore ("biologico", "morale", "esistenziale") e per il fatto che, invece, si debba tener conto unicamente del pregiudizio in concreto accertato. Ciò anche al fine di evitare che una stessa lesione sia computata due volte ovvero non sia computata affatto. E invero è compito del giudice accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio allegato individuando le ripercussioni negative sul valore persona al fine di provvedere all'integrale ristoro<sup>23</sup>.

Quanto ai criteri applicabili in sede di liquidazione, di fondamentale importanza è la riforma attuata con il Decreto Balduzzi (dl n. 158 del 13 settembre 2012, convertito in L 189/2012).

Prima dell'entrata in vigore di tale decreto, mancava una normativa che disciplinasse organicamente i criteri di liquidazione del danno biologico e del danno non patrimoniale in campo sanitario. La legge stabiliva criteri certi di liquidazione solo nel caso di lesioni micropermanenti, ossia di lesioni che non superassero i 9 punti di invalidità, verificatesi in caso di infortuni stradali<sup>24</sup>. Per le altre ipotesi si usava ricorrere a Tabelle elaborate da diversi Tribunali, *in primis* da quello di Milano.

L'art. 3 del decreto Balduzzi, al comma 3, innovando rispetto al passato, ha stabilito che anche «Il danno biologico e non patrimoniale conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209». Con questo articolo la riforma si è proposta di stabilire criteri obiettivi di liquidazione dei danni in esame, così evitando il rischio di divergenze basate su

valutazioni soggettive fondate sul ricorso al criterio di equità di cui agli artt. 2056 e 1226 cc. A fronte di casi analoghi, infatti, è parso indispensabile garantire l'uniformità di giudizio, essendo evidentemente iniquo il fatto che danni identici possano essere liquidati in misura diversa solo perché esaminati da differenti uffici giudiziari<sup>25</sup>.

Ciò non è bastato a superare tutti i dubbi circa i criteri di liquidazione da applicare alle lesioni verificatesi prima dell'entrata in vigore del decreto Balduzzi. Secondo alcuni Tribunali tale decreto è applicabile a tutte le lesioni micropermanenti conseguenti a *malpractice* medica, seppur anteriori alla sua entrata in vigore; viceversa, secondo altri Tribunali il decreto Balduzzi non si applicherebbe alle lesioni verificatesi prima della sua entrata in vigore, sicché in quelle ipotesi continuerebbero ad applicarsi le Tabelle milanesi.

Ad esempio il Tribunale di Milano, in alcune recenti pronunce, ha ritenuto che anche per i danni occorsi prima dell'entrata in vigore della Legge Balduzzi debbano applicarsi i criteri di cui agli artt. 138 e 139 del Codice delle assicurazioni in luogo delle più favorevoli Tabelle milanesi; ciò in quanto l'esistenza, seppur sopravvenuta, di una disposizione normativa (come il decreto Balduzzi) comunque prevale su di una prassi giurisprudenziale (Tabelle) che è di certo sprovvista di forza legislativa<sup>26</sup>.

Di segno opposto la pronuncia del Tribunale di Rimini del 3 giugno 2015 alla cui stregua i danni da *malpractice* medica precedenti il decreto Balduzzi vanno liquidati in base alle Tabelle in uso presso il Tribunale di Milano, stante che per quelle lesioni la Corte di cassazione aveva già assunto «a parametro in linea generale attestante la conformità della valutazione equitativa del danno in parola alle disposizioni di cui agli artt. 1226 e 2056, primo comma, cod. civ.»<sup>27</sup>.

22. Al riguardo: Cass. 23 maggio 2014, n. 11522, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).

23. Al riguardo v. Cass., 13 maggio 2011, n. 10527 e Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit..

24. In tema di sinistri stradali, la norma di riferimento è l'art. 139 del Codice delle Assicurazioni (d.lgs n. 209/2005) ed, attualmente, le tabelle per l'effetto definite dal Decreto del Ministro dello Sviluppo Economico del 25 giugno 2015.

25. Su tale necessità v. Cass., 19 luglio 2012 n. 12464, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it). Sui criteri relativi alla personalizzazione del danno v. Cass., 6 marzo 2014, n. 5243, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it).

26. Secondo la quale, in assenza di una normativa sulle lesioni micropermanenti in ambito sanitario, non sussisterebbe un problema di successione di leggi nel tempo. V. anche Trib. Milano sent. n. 1453/2014, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).

27. Trib. Rimini 3 giugno 2015, in [dirittocivilecontemporaneo.com](http://dirittocivilecontemporaneo.com).

## Prospettive garantistiche e sviluppi atipici dell'interpretazione conforme a Costituzione nel campo della biomedicina

di *Lorenzo Chieffi*

L'incapacità sovente mostrata dal legislatore italiano di introdurre una adeguata disciplina normativa in settori eticamente sensibili, per riguardare le fasi più significative dell'esistenza umana come la nascita e la morte, è stata la principale causa di una progressiva accentuazione del protagonismo delle diverse giurisdizioni.

Questo evidente sviluppo del diritto giurisprudenziale, anche all'esito di una interpretazione costituzionalmente orientata, ha tuttavia evidenziato una qualche forzatura del testo di legge che ha condotto, in non pochi casi, alla sua disapplicazione.

Una deroga all'onere imposto dal secondo comma dell'art. 101 della Costituzione, nel porre in discussione uno dei principi cardine dello Stato di diritto, quale è certamente quello basato sulla divisione dei poteri, avrebbe pure l'effetto di incidere sulla stessa certezza del diritto proprio a causa di una possibile frammentazione interpretativa cui potrebbero condurre le pronunce dei diversi giudici aditi.

### 1. Premessa: tra inerzia del legislatore e supplenza del giudice

Molteplici sono le ragioni che hanno fino ad ora impedito al legislatore statale di regolamentare adeguatamente e tempestivamente alcune importanti applicazioni della scienza biomedica. Ad un veloce incedere delle indagini in questo campo della conoscenza, che ha reso oltremodo ardua la elaborazione di uno stabile apparato normativo, occorre aggiungere una perdurante crisi delle sedi della democrazia rappresentativa, dimostratesi, in molti casi, incapaci di assecondare le attese provenienti dalla collettività attraverso l'individuazione di una soluzione ampiamente condivisa e soprattutto coerente con l'impostazione laica dello Stato.

La stessa difficoltà per questo interprete del diritto a dominare teorie e pratiche scientifiche, in modo da distinguere la buona dalla cattiva ricerca, è stata poi, in altra direzione, la causa di un insoddisfacente prodotto normativo, sovente apparso inadeguato a soddisfare i bisogni dei richiedenti.

Con particolare attenzione ai settori eticamente sensibili, che riguardano le fasi più significative dell'esistenza umana, continua infatti a permanere una inaccettabile distanza tra le aspettative manifestate dal *démos*, in presenza di opportunità offerte dalla medicina della riproduzione e del sostegno vitale, e l'inerzia mostrata dall'organo legislativo.

E così, ad una irragionevole normativa introdotta dalla l. n. 40 del 2004, sottoposta a ripetuti interventi censori della Corte costituzionale (sentt. 191/2009; 164/2014; 96 e 229/2015) proprio in considerazione di una sua eccessiva pervasività a danno dell'autonomia dei soggetti coinvolti, ha fatto poi da contrappunto un assordante silenzio del legislatore per la regolamentazione degli stadi terminali della esistenza umana, con riguardo alla introduzione delle direttive/decisioni anticipate di trattamento (DAT).

Nonostante le molteplici spinte esegetiche provenienti dal diritto sovranazionale, anche di natura giurisprudenziale, nel nostro Paese continuano quindi a permanere insuperati impedimenti per una



compiuta regolamentazione di tali momenti essenziali, pure in presenza di indiscutibili spazi interpretativi consentiti dal nostro ordinamento costituzionale.

La lacunosità o, in altra direzione, inidoneità della legislazione fino ad ora elaborata, ha pertanto costretto il giudice adito, in presenza di un inderogabile divieto di *non liquet*, a svolgere una attiva opera di attenta ricostruzione del quadro normativo di riferimento che gli consentisse di rinvenire comunque la soluzione del caso di specie, non potendo in alcun modo rinunciare di «"dare conto" della esistenza o meno del diritto a chi lo interpella»<sup>1</sup>. La ricerca della norma da applicare al caso di specie, entro gli ambiti ermeneutici consentiti dalla nostra Carta costituzionale e dalla stessa normativa convenzionale, pur consentendo di dare risposta all'istanza di giustizia proveniente dalle parti, non verrebbe tuttavia ad escludere una possibile asimmetria tra i diversi giudicati, proprio in considerazione di una loro specificità legata alla singola questione trattata. La persistenza di un vuoto normativo, che impedisca al giudice di acquisire uno stabile punto di riferimento interpretativo, potrebbe infatti condurre, in un ordinamento appartenente alla famiglia del *civil law* non informato ad una rigida applicazione della regola del precedente giudiziario, ad una differente considerazione dei medesimi principi fondamentali,

con inevitabili conseguenze discriminatorie facilmente immaginabili, nonostante la somiglianza dei casi considerati<sup>2</sup>.

### 2. Le suggestioni interpretative offerte dal diritto sovranazionale

In numerose occasioni, l'individuazione della norma da applicare, nella perdurante carenza di una specifica disposizione legislativa, ha pure condotto questo interprete ad una lettura dei principi costituzionali, cui viene pure riconosciuta una forte «vocazione internazionale»<sup>3</sup>, sulla base delle suggestioni provenienti dal diritto sovranazionale e dallo stesso diritto comparato<sup>4</sup>. Attraverso un proficuo dialogo con altre Corti, di tipo *verticale*, in un caso, e *orizzontale*, nell'altro, questo interprete è pervenuto, non senza qualche preoccupazione<sup>5</sup>, a ricavare nuovi orizzonti esegetici delle disposizioni statali da applicare, proprio al fine di amplificare gli ambiti di protezione fino a quel momento consentiti all'individuo.

Nell'esercizio dell'attività ermeneutica del disposto costituzionale, alla ricerca della norma da utilizzare per il caso di specie, molteplici sono stati pertanto gli stimoli offerti al giudice interno dalla normativa Cedu, anche all'esito di una sua lettura giurisprudenziale.

1. TAR Lombardia, Milano, sez. III, sent. 22 gennaio 2009, n. 214, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it).

2. L'assenza di una legge sulle direttive/decisioni anticipate di trattamento ha, ad esempio, provocato una asimmetria delle decisioni giurisprudenziali intervenute nel tempo. Ed invero, di contro al diniego manifestato al distacco dalla NIA (come nel caso di Giovanni Nuvoli, cui fu negato nel 2007 dalla Procura di Sassari la sospensione di questo trattamento di sostegno vitale) è poi intervenuto il riconoscimento del diritto di autodeterminazione a favore di Eluana Englaro (Cass. sez. I civ., sent. 16 ottobre 2007, n. 21748 e Corte d'appello di Milano, decr. 25 giugno – 9 luglio 2008) seppure a seguito di ben sette pronunce (Trib. Lecco, decr. 2 marzo 1999; Corte d'appello Milano, decr. 31 dicembre 1999; Trib. Lecco, 15-20 luglio 2002; Corte d'appello Milano, 17 ottobre – 10 dicembre 2003; Cass., sez. I, ord. n. 8291 del 20 aprile 2005; Trib. Lecco, decr. 20 dicembre 2005 - 2 febbraio 2006; Corte di appello Milano, decr. 16 dicembre 2006, tutte reperibili nel sito internet [www.unipv-lawtech.eu](http://www.unipv-lawtech.eu)) che non avevano in precedenza autorizzato la interruzione di questo supporto di sopravvivenza. La perdurante lacuna legislativa non esclude, peraltro, un ripensamento da parte di altro giudice che, sulla base di differente interpretazione del tessuto normativo di riferimento, potrebbe pervenire, nonostante l'analogia tra i casi, a vietare nuovamente il distacco dal sondino di idratazione e alimentazione artificiali.

3. Grazie agli spazi interpretativi consentiti dagli artt. 2, 3, 10, 11 e 117. Per la dottrina cfr. R. Conti, *I giudici e il biodiritto*, Roma, 2014, p. 178, che riprende, al riguardo, suggestioni sviluppate in numerosi lavori da A. Ruggeri.

4. Un chiaro esempio di questa contaminazione tra linguaggi giurisprudenziali, alla ricerca di «uno *ius commune* in materia di diritti fondamentali» (R. Conti, *I giudici e il biodiritto*, cit., p. 166), è la pronuncia della Cass., sez. I civ., sent. 16 ottobre 2007, n. 21748 (sul caso Englaro), che nei motivi della decisione utilizza argomentazioni sviluppate da numerosi giudici stranieri: sent. 26 giugno 1997, della Corte suprema degli Stati Uniti, nel caso v. ed altri c. Q. e altri; sent. 31 marzo 1976 della Corte suprema del New Jersey, caso "in re Quinlan"; sent. 25 giugno 1990 della Corte suprema degli Stati Uniti, caso C.; sent. 17 marzo 2003 del *Bundesgerichtshof*; sent. del 4 febbraio 1993 dell'*House of Lords*.

5. Da parte di chi mette in discussione l'opportunità, consentita da questa *cross fertilization*, di attingere materiale interpretativo da esperienze appartenenti a diversi sistemi ordinamentali. In questa prospettiva si colloca, ad esempio, l'opinione di R. H. Bork, *Il giudice sovrano. Coercing virtue*, tr. it., Macerata, 2004, p. 241 ss., convinto sostenitore di una interpretazione originalista del disposto costituzionale legata alle sue radici storico/culturali, a giudizio del quale «l'internazionalismo diventa illegittimo nel momento in cui una Corte decide di interpretare la propria Costituzione prendendo spunto da decisioni prese da Tribunali esteri e basate quindi sui loro documenti costituzionali (...) che riflettono storie, culture, aspirazioni e tradizioni proprie di altri Paesi».

ziale<sup>6</sup>. Il frequente richiamo a consolidati indirizzi elaborati a Strasburgo, con particolare riguardo alle cd *sentenze pilota*<sup>7</sup>, ha così contribuito a quel processo di *contaminazione*<sup>8</sup> tra distinti sistemi giuridici e di *internazionalizzazione*<sup>9</sup> degli ambiti di tutela ricavabili dal nostro testo fondamentale.

Il ricorso ad una interpretazione conforme ai precetti convenzionali è stato pertanto il motivo di una progressiva assimilazione e convergenza tra sistemi giuridici collocati su piani ordinamentali multilivello, di una loro reciproca *confusione*, di fatto assimilabile, secondo una recente dottrina, al fenomeno, appartenente alle scienze fisiche, della *entropia*<sup>10</sup>. La stessa opportunità offerta dal Protocollo addizionale n. 16 alla Convenzione EDU alle più alte giurisdizioni nazionali di proporre alla Corte di Strasburgo richieste di pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli, potrà ulteriormente amplificare la collaborazione di tipo centripeto (*up/botton*), pure in presenza di una esplicita qualificazione non vincolante (art. 5) del parere come elaborato dal giudice convenzionale.

La compenetrazione e sintesi di norme appartenenti a distinti sistemi giuridici, pur determinando l'inesorabile perdita del loro *imprinting* iniziale, con riguardo alle rispettive fonti (interne e europee)<sup>11</sup> di produzione, incontrerà nei suoi sviluppi un limite insuperabile. Il richiamo alla norma sovranazionale dovrà, infatti, interrompersi in presenza del *margin* di *apprezzamento* nazionale, come richiamato dalla stessa Corte Edu<sup>12</sup>, che potrà consentire ai giudici interni di salvaguardare le peculiarità assiologiche dei rispettivi ordinamenti costituzionali.

Il ricorso da parte dei giudici comuni a questo metodo interpretativo, diretto ad agevolare «interrelazioni normative», sarebbe allora giustificabile solo in presenza di un possibile arricchimento degli ambiti garantistici contenuti nel disposto costituzionale<sup>13</sup>, non potendo giammai costituire, per il nostro giudice delle leggi, «causa di una diminuzione di tutela rispetto a quella già predisposta dall'ordinamento» statale<sup>14</sup>. L'obbligo di fornire «alle norme interne una interpretazione conforme ai precetti convenzionali», coerentemente all'analogo impegno ricadente in capo al legislatore nazionale di «adeguarsi ai principi posti dalla Cedu», dovrà quindi

6. Per la Cass., sez. un., sent. 26 gennaio 2004, n. 1338, in [www.ricercagiuridica.com](http://www.ricercagiuridica.com), «l'applicazione diretta nell'ordinamento italiano di una norma Cedu (...), non può discostarsi dall'interpretazione che della stessa norma dà il giudice europeo (...), qualunque sia l'opinione che si abbia (...) sulla collocazione della Cedu nell'ambito delle fonti del diritto interno».

7. Per la Corte Cost., sent. 49/2015, soprattutto «nel caso in cui si trovi in presenza di un "diritto consolidato" o di una "sentenza pilota", il giudice italiano sarà vincolato a recepire una norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto alla legge interna, anzitutto per mezzo di "ogni strumento ermeneutico a sua disposizione", ovvero se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale (sent. n. 80 del 2011)». Le pronunce della Consulta, richiamate nel corso del lavoro, sono tratte dal sito internet [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

8. Cfr. D. Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012, p. 43.

9. Cfr. R. Conti, *I giudici e il biodiritto*, cit., p. 176.

10. R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, Milano, 2013.

11. Cfr. R. Bin, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in Studi in onore di Franco Modugno, vol. I, Napoli, 2011, *passim*, reperibile pure nel sito internet [www.robertobin.it](http://www.robertobin.it).

12. Al fine di realizzare un «temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea» (Corte Cost., sent. 317/2009). Tale margine di apprezzamento consentirebbe quindi al giudice costituzionale, cui non sarebbe certamente permesso di «sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, con ciò uscendo dai confini della propria competenza», di «valutare come e in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano» (Corte Cost., sent. 317/2009), così da rispettarne, in ossequio al principio di sussidiarietà, le peculiari specificità culturali.

13. A dimostrazione della supremazia dell'ordinamento costituzionale interno, per la Corte Cost. (sent. 49/2015), «a fronte di una pluralità di significati potenzialmente compatibili con il significante, l'interprete è tenuto a collocare la singola pronuncia nel flusso continuo della giurisprudenza europea, per ricavare un senso che possa conciliarsi con quest'ultima e che, comunque, non sia di pregiudizio per la Costituzione».

14. Corte Cost., sent. 317/2009, a giudizio della quale «il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti». Per la dottrina cfr. D. Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, cit., p. 83, che rileva come la collaborazione tra i giudici sovranazionali e quelli nazionali costituisca un formidabile volano per la «ricomposizione» multilivello «dei diversi modelli di garanzia che caratterizzano il nostro sistema di protezione dei diritti».

condurre il giudice procedente ad una «valutazione finale circa la consistenza effettiva» dei diritti fondamentali idonea ad amplificarne la portata<sup>15</sup>. In altra direzione, solo l'impossibilità di procedere ad una interpretazione adeguatrice del precetto considerato, dovrebbe spingere il Tribunale adito a rimettere, più opportunamente, la questione all'organo della giustizia costituzionale, l'unico abilitato ad espungere dall'«ordinamento giuridico italiano» la norma di cui fosse «stato accertato il deficit di tutela riguardo ad un diritto fondamentale»<sup>16</sup>, proprio in considerazione dei maggiori spazi invece consentiti dal diritto sovranazionale.

Entro i margini esegetici così delineati dalla Consulta, numerose sono state le occasioni di interpretazione conforme alle norme Cedu cui hanno acceduto i giudici comuni, con particolare riguardo al contenuto della l. n. 40 del 2004, volto a dettare norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

Pure ribadendo, coerentemente agli indirizzi elaborati dalla Corte costituzionale, la natura di norma *interposta* della Cedu<sup>17</sup>, che impedisce al giudice interno di disapplicare le norme statali con essa contrastanti, il giudice cautelare di Cagliari<sup>18</sup> ha, ad esempio, ammesso la praticabilità, attraverso il ricorso «ad ogni strumento ermeneutico a sua disposizione», di una interpretazione dell'art. 13, n. 3 lett. b), della l. n.

40, sulle diagnosi preimpianto, conforme a Convenzione, secondo una valutazione di questa disposizione resa possibile dalla sentenza della Corte Edu sul caso *Costa e Pavan c. Italia* del 2012<sup>19</sup>. Anche se per il giudice sardo, siffatta apertura, che traeva linfa argomentativa dalla giurisprudenza di Strasburgo, non avrebbe potuto certamente allontanarsi dalla interpretazione in precedenza svolta dalla Consulta a favore di questo tipo di selezione, all'esito degli sviluppi consequenziali prodotti dalla sent. 151/2009, appartenente alla tipologia delle pronunce di accoglimento di tipo additivo.

Nel trarre spunto da una diversa giurisprudenza Cedu sulla fecondazione eterologa (sent. *S.H.V. e altri c. Austria*, dell'1 aprile 2010<sup>20</sup>) altri giudici comuni<sup>21</sup>, parimenti rispettosi del sistema accentrato di costituzionalità<sup>22</sup>, in presenza del divieto per tale pratica contenuto nell'art. 4, n. 3 della l. n. 40, hanno, correttamente deciso di sollevare la questione di legittimità costituzionale, escludendo espressamente di poter procedere alla disapplicazione della norma interna<sup>23</sup>.

Ancora una volta, tra le ragioni che inducevano ad avviare l'incidente di costituzionalità veniva comunque richiamata, in aggiunta a quello costituzionale (artt. 2, 3, 29, 31 e 32), la stessa violazione del parametro convenzionale, nell'interpretazione conte-

15. Corte Cost., sent. 317/2009. Nella «interpretazione del diritto interno in senso conforme alla Cedu» il giudice sarà, «ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, perché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu (sentt. n. 349 e 348 del 2007)», essendo «fuor di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana» (Corte Cost., sent. 49/2015).

16. Corte Cost., sent. 317/2009.

17. Che, a giudizio del Trib. Cagliari, ord. 9 novembre 2012, n. 5925, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org), non avrebbe neppure «acquistato la rilevanza del diritto dell'Unione europea» a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

18. Trib. Cagliari, ord. 9 novembre 2012, n. 5925, *cit.* In senso conforme cfr. Trib. Roma, sez. I civ., 23 settembre 2013, in [www.penale-contemporaneo.it](http://www.penale-contemporaneo.it), che, nell'autorizzare il «trasferimento in utero (...) solo degli embrioni sani o portatori sani rispetto alla patologia da cui sono affette le parti, mediante le metodologie previste dalla scienza medica e con crioconservazione degli embrioni malati sino all'esito della tutela di merito», trae ancora una volta spunto interpretativo dalla giurisprudenza della Corte Edu (sez. II, sent. 28 agosto 2012 - ricorso n. 54270/10 - causa *Costa e Pavan c. Italia*, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)), come consentito dall'art. 46 della stessa Convenzione.

19. Corte Edu, sez. II, sent. 28 agosto 2012 - ricorso n. 54270/10 - causa *Costa e Pavan c. Italia*, *cit.*

20. Corte Edu, sez. I, sent. 1 aprile 2010, causa *S. H. e altri c. Austria* - ricorso n. 57813/00, in [www.osservatoriocedu.eu](http://www.osservatoriocedu.eu), in seguito riformata dalla sent. del 3 novembre 2011 - Grande Camera - ricorso n. 57813/00, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

21. Trib. Milano, sez. I civ., ord. 29 marzo 2010, n. 60100/2010 R. G., in [www.ilforoduemila.it](http://www.ilforoduemila.it).

22. Che, piuttosto che forzare l'interpretazione conforme, avrebbe dovuto probabilmente indurre lo stesso Trib. Cagliari, ord. 9 novembre 2012, n. 5925, *cit.*, a sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 della l. 40, nella parte in cui impediva la diagnosi preimpianto a fini selettivi con l'effetto di provocare un irragionevole trattamento nei confronti della donna costretta, in presenza dei criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lett. b) della l. 194/78, a ricorrere ad una successiva IVG.

23. Per il Trib. Milano, sez. I civ., ord. 29 marzo 2010, n. 60100/2010 R. G., *cit.*, il controllo di costituzionalità, con riguardo al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost., sarà necessario «qualora il giudice comune, dopo aver compiuto con esito negativo il tentativo di un'interpretazione della norma interna conforme ai principi della Convenzione affermati dalla Corte europea, ritenga lo strumento dell'interpretazione insufficiente ad eliminare il contrasto». Con sent. n. 164/2014 la Corte Costituzionale ha, infine, accolto la questione di legittimità costituzionale della l. 40 nella parte in cui escludeva il ricorso da parte della coppie interessate alla tecnica della fecondazione eterologa.

nuta nella decisione della Corte sovranazionale<sup>24</sup>.

In analoga direzione, sia pure in diverso settore della ricerca biomedica (relativo all'applicazione degli *screening* genetici), si è pure inoltrata l'ordinanza del Tribunale per i minorenni di Catanzaro, del 13 dicembre 2012<sup>25</sup>. Nel sollevare l'incidente di costituzionalità dell'art. 28, comma 7, l. n. 184 del 1983, nella parte in cui precludeva all'interessata, data in adozione alla nascita, di accedere alle proprie origini genetiche, anche ai fini di prevenzione e cura di possibili gravi malattie, tale atto di proponimento traeva spunto proprio da una giurisprudenza convenzionale<sup>26</sup>.

Le motivazioni alla base dell'iniziativa avviata dal giudice minorile calabrese, ispirate dalle stesse considerazioni precedentemente sviluppate dalla Corte Edu, inducevano in seguito la Corte costituzionale (sent. 278/2013) a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, della l. n. 184 del 1983, come sostituito dall'art. 117, comma 2, del d.lgs n. 196 del 2003, nella parte in cui non prevedeva, «attraverso un procedimento stabilito dalla legge, (...) la possibilità per il giudice di interpellare la madre» – che avesse in precedenza «dichiarato di non voler essere nominata (...) – su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione», ovviamente nel pieno rispetto della riservatezza della stessa interessata.

### 3. L'atipica disapplicazione della legge negli sviluppi dell'interpretazione costituzionalmente orientata

La possibile incapienza<sup>27</sup> o lacunosità<sup>28</sup> della disciplina legislativa, in alcuni settori della biomedicina, ha sovente costretto il giudice adito a ricorrere, come pure auspicato dalla stessa Consulta<sup>29</sup>, ad un'interpretazione *conforme* a Costituzione<sup>30</sup> che potesse consentire di dare riconoscimento, attraverso un convincente apporto motivazionale<sup>31</sup>, a diritti privi di adeguata tutela legislativa.

La presenza di una «rilevata» (C. Cost., sent. 11/1998) o persistente «situazione di carenza legislativa», nel consentire al giudice l'«esercizio pieno dei poteri di interpretazione della legge e del diritto», nel rispetto ovviamente dei beni primari tutelati nel nostro testo fondamentale (C. Cost., sent. 347/1998), avrebbe pure ridotto i pericoli di sovraccarico dei ricorsi di costituzionalità.

Piuttosto che rimettere, in ogni caso, alla Consulta il compito di verificare la conformità a Costituzione della legge, si è ritenuto invece, più aderente agli equilibri di sistema, comprensivi dei meccanismi deflattivi di economia di giudizio, un attivo impegno dello stesso interprete del caso di specie a ricavare dalla disposizione di legge gli spazi interpretativi giudicati ammissibili e in grado di assicurare *effettività* alla tutela giurisdizionale.

24. Trib. Milano, sez. I civ., ord. 29 marzo 2010, n. 60100/2010 R. G., *cit.*

25. Trib. Catanzaro, ord. 13 dicembre 2012, in *G.U.*, 1<sup>a</sup> Serie speciale, 13 marzo 2013, n. 11.

26. Per la Corte Edu, sent. 25 settembre 2012, causa *Godelli c. Italia*, 25 settembre 2012- ricorso n. 333783/09, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), l'impedimento disposto dal legislatore italiano appariva infatti sproporzionato ed irragionevole, oltre che lesivo del margine di discrezionalità ritenuto accettabile, considerato il pregiudizio arrecato all'«equilibrio tra i diritti e gli interessi concorrenti in causa». Nel riconoscere infatti una «incondizionata» prevalenza all'interesse «della madre a mantenere l'anonimato», veniva compromessa oltre misura la garanzia contenuta nell'art. 8 Cedu sulla tutela del diritto all'identità personale del soggetto istante, cui non veniva di fatto consentito di accedere alle proprie origini genetiche.

27. Per inadeguatezza della normativa a risolvere la questione sottoposta all'esame del giudice.

28. Per assenza di una norma da utilizzare al caso di specie.

29. Secondo la nota espressione contenuta nella sent. 356/1996 della Corte Cost. «in linea di principio le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali». Per questo giudice (sent. 350/1997, pure richiamata dalla sent. 113/2015) «in assenza di un contrario diritto vivente», come determinato dagli «orientamenti (...) stabilmente consolidati nella giurisprudenza», il giudice remittente avrà il «dovere di seguire l'interpretazione ritenuta più adeguata ai principi costituzionali».

30. Per M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, 3 luglio 2012, in *Rivista AIC*, n. 3/2012, p. 8, l'opportunità concessa al giudice comune di «far penetrare la Costituzione in profondità nell'ordinamento» ne consente una sostanziale sostituzione «al giudice costituzionale, rimpiazzando l'incidentalità e il controllo accentratore con un controllo para-diffuso di costituzionalità».

31. Per R. Conti, *I giudici e il biodiritto*, *cit.*, p. 167, è proprio l'«apparato motivazionale che rende chiaro, evidente, il processo seguito nella soluzione del caso giudiziario e che, oltre a sorreggere la decisione, contribuisce a manifestare le ragioni per le quali il giudice ha ritenuto giusta una decisione assunta».

In ossequio all'auspicio proveniente da questa giurisprudenza della Corte, diffuso è stato perciò il ricorso da parte dei giudici comuni ad un'interpretazione costituzionalmente orientata pure a costo, in non pochi casi, di pervenire ad una qualche forzatura del testo della legge<sup>32</sup>. E questo ad ulteriore dimostrazione di un progressivo «espansionismo» della giurisdizione<sup>33</sup>, da cui abbiamo preso le mosse nell'epigrafe di questo lavoro, in grado talora di alterare l'originario modello di sindacato accentrato di costituzionalità<sup>34</sup>.

L'esercizio di un potere *diffuso* di questo tipo, nel concorrere ad un progressivo indebolimento del sindacato incidentale, appare, per ciò stesso, allontanarsi dai consueti «criteri ermeneutici previsti dalle norme vigenti» (C. Cost. 187/1998) indispensabili per rendere possibile una corretta applicazione dell'interpretazione conforme<sup>35</sup>.

Non potendo certamente giungere ad una disapplicazione del precetto legislativo, che fosse considerato antinomico a qualunque possibile interpretazione ricavabile dalla Costituzione<sup>36</sup>, questa verifica condotta dal giudice ordinario avrebbe dovuto invero limitarsi a porre rimedio, sempreché possibile, alle

«eventuali lacune legislative»<sup>37</sup>.

Pur essendo infatti giustificato un intervento suppletivo del giudice del caso di specie, diretto a ricavare una interpretazione coerente ai principi costituzionali, ad una differente conclusione si dovrà invece pervenire in presenza di una legge che, in considerazione del suo contenuto precettivo, non consentisse alcuna significativa duttilità interpretativa.

Una alterazione del sindacato accentrato di costituzionalità, che impedisse all'organo della giustizia costituzionale di pronunciarsi sulla questione di legittimità con effetti *erga omnes*, potrebbe rappresentare pure motivo di discriminazione<sup>38</sup> per quanti non fossero stati coinvolti dallo specifico giudicato, i cui effetti non potrebbero di certo essere estesi al di là del caso esaminato.

Appartengono a questo anomalo filone giurisprudenziale alcune pronunce della Suprema Corte che, con l'intento di rafforzare le ragioni che avrebbero dovuto condurre a questa disattivazione della norma interna, per di più giudicata lesiva di una disposizione Cedu «dotata di immediata precettività, rispetto al caso concreto»<sup>39</sup>, cercavano conforto nella prescri-

32. R. Romboli, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, comunicazione presentata al Seminario Italo-Hispano-Brasilero, *La protection de los derechos en un ordinamiento plural*, Barcelona 17-18 ottobre 2013, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), che ricorda come questo fenomeno abbia «determinato quella che è stata definita la “crisi del giudizio incidentale” con una netta diminuzione delle questioni di costituzionalità sottoposte dai giudici al controllo della Corte».

33. P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 82 ss.

34. Che consente ai giudici comuni di «interpretare la legge in modo conforme alla Costituzione», facendosi pure «carico di rettificare (...) il senso delle disposizioni legislative», nel rispetto ovviamente degli spazi loro consentiti (A. Pace, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. Azzariti, a cura, *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, p. 112), oltrepassati i quali sarebbero costretti a sollevare la questione di legittimità costituzionale. Esprimono critiche verso questa anomala prassi in grado di trasfigurare il modello di giustizia costituzionale, pure in assenza di alcuna revisione costituzionale: G. Silvestri, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Torino, 1994, p. 149; G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, p. 157 ss. e O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, p. 84 ss.

35. Per R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva “quantistica”*, cit., p. 7, si tratta di una prassi «priva di briglie, libera di svolgersi secondo convinzioni personali, piuttosto che nell'alveo dei criteri fissati dal legislatore». L'assenza di una «piena legittimazione democratica» dovrebbe impedire, quindi, ai giudici di operare «in piena libertà, liberi di creare diritto a loro piacimento».

36. Per O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, cit., p. 86, «se il giudice comune manipola una legge per conformarla alla propria idea di ciò che sarebbe prescritto dal dettato costituzionale, invade non solo una competenza dei giudici costituzionali ma anche del legislatore».

37. Corte Cost., sent. 187/1998.

38. Per L. Violante, *Il dovere di avere doveri*, Torino, 2014, p. 59 ss., tale comportamento anomalo del giudice, che si sottrae alla doverosa eccezione di costituzionalità, appare assolutamente «iniquo» per provocare una discriminazione tra chi rivolgendosi «a quel tribunale ha potuto avvalersi della pronuncia creativa» e «tutti gli altri cittadini» che si trovassero «nella stessa condizione». Per questo Autore «quando il magistrato usa la sua indipendenza non per applicare la legge ma per disapplicarla, venendo meno ai doveri che è tenuto a osservare come cittadino» (art. 54 Cost.) e «come magistrato» (art. 101 Cost.), «si pone il problema democratico e costituzionale di rilevanza decisiva».

39. Si esprime in questo modo la Cass., sez. I civ., sent. 19 luglio 2002, n. 10542, in [www.ambienteditto.it](http://www.ambienteditto.it), secondo cui in presenza di un contrasto con la disciplina sovranazionale spetta al giudice statale «dare prevalenza alla norma pattizia, che sia dotata di immediata precettività rispetto al caso concreto, anche ove ciò comporti una disapplicazione della norma interna». A non dissimile conclusione pervengono anche le seguenti pronunce della stessa Cass.: sez. I civ., 19 luglio 2002 n. 10542, in [www.ambienteditto.it](http://www.ambienteditto.it); sez. I civ., 15 febbraio 2005, n. 3033, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it); S.U. civ., sent. 23 dicembre 2005, n. 28507, in [www.stranieriinitalia.it](http://www.stranieriinitalia.it). Anche se non mancano, in

zione contenuta nel 1° comma dell'art. 117 Cost. Ne è derivato un allontanamento da una consolidata giurisprudenza costituzionale<sup>40</sup>, sulla natura interposta di questa normativa sovranazionale, che avrebbe dovuto più correttamente indurre l'interprete a sollevare la questione di costituzionalità.

Con riguardo poi al settore dell'indagine scientifica qui considerato, e nonostante l'assenza di un orientamento uniforme delle prassi giurisprudenziali<sup>41</sup>, alcuni giudici cautelari e di merito<sup>42</sup>, pure avvalendosi di una lettura costituzionalmente conforme, sono analogamente pervenuti ad una sostanziale disapplicazione dell'art. 13 della l. n. 40/2004 (sul divieto di selezione preimpianto)<sup>43</sup>, rinunciando a percorrere la strada certamente più appropriata dell'incidente di costituzionalità<sup>44</sup>.

L'esigenza di garantire il diritto delle donne a esprimere un consenso consapevole sull'impianto degli embrioni prodotti *in vitro*, avrebbe agevolato, per questi giudici aditi, lo svolgimento di accertamenti

genetici attraverso il ricorso ad un esame preimpianto, e reso possibile la verifica dello «stato di salute degli embrioni»<sup>45</sup>.

Pur dedicando ampio spazio alle conseguenze prodotte sulla salute della stessa interessata, costretta poi ad interrompere la gravidanza in presenza di un feto affetto da gravi patologie, le ragioni che hanno indotto questi interpreti a disattivare l'operatività del disposto legislativo<sup>46</sup>, solo in seguito recepite dalla giurisprudenza costituzionale<sup>47</sup>, sono anche riconducibili alle conseguenze discriminatorie, per la donna e la stessa coppia, che sarebbero derivate dal divieto in questione.

L'apertura alla diagnosi e successiva selezione preimpianto, che non avrebbe affatto condotto a pratiche eugenetiche vietate dall'art. 13 cit., era stata pure estesa dal Tribunale di Salerno<sup>48</sup> alle coppie fertili, in origine espressamente escluse dalla l. 40, proprio attraverso un approccio costituzionalmente orientato dell'art. 13 della l. 40 che avrebbe scongiurato la procreazione, da parte delle stesse, di figli affetti da gravi malattie.

---

direzione opposta, sentenze dello stesso giudice (sez. civ., ord. 29 maggio 2006, n. 402, in *www.amicuscuriae.it*) che, auspicando la proposizione di un incidente di costituzionalità, sono invece pervenute ad escludere il «potere (o addirittura un obbligo)» per il giudice di non applicare la legge ritenuta in contrasto con la Cedu che «significherebbe aprire un pericoloso varco al principio di divisione dei poteri, avallando una funzione di revisione legislativa da parte del potere giudiziario, che appare estraneo al nostro sistema costituzionale». Per un ulteriore approfondimento degli sviluppi di questa giurisprudenza della Suprema Corte si rinvia allo studio di S. Senese, *La risposta dei giudici italiani al conflitto tra gli ordinamenti*, Napoli, 2008.

40. Cfr. Corte Cost. sentt. 348 e 349/2007; 80/2011; 96/2015.

41. A dimostrazione di questa diversità di trattamento dei soggetti petenti, nonostante la sovrapponibilità dei casi esaminati, per il Trib. Catania, ord. 3 maggio 2004, in *www.diritto.it*, il diniego di accogliere «la pretesa di una coppia di produrre un numero indeterminato di embrioni da selezionare, conservando o eliminando quelli malati e impiantando quelli sani», non avrebbe certo violato i «principi di eguaglianza e di tutela della persona e il diritto «alla salute intesa come integrità psicofisica»».

42. Trib. Cagliari, ord. 9 novembre 2012, n. 5925, *cit.* In analoga direzione il Trib. Bologna, sez. I, ord. 29 giugno 2009, in *www.cecos.it*, ha riconosciuto il diritto di ottenere la diagnosi preimpianto dell'embrione, attraverso una «interpretazione costituzionalmente orientata della l. n. 40/2004». Tale opportunità avrebbe consentito alla donna di «prendere» una decisione informata e consapevole «in ordine al trasferimento in utero degli embrioni formati», così da evitare di «mettere in pericolo la propria salute».

43. In questa direzione cfr. Trib. Cagliari, ord. 22 settembre 2007, in *www.personaemercato.it*, a giudizio del quale «la soluzione interpretativa che afferma la piena legittimità dell'accertamento diagnostico richiesto dagli attori sia non solo preferibile (...) ma altresì necessitata in considerazione del dovere del giudice di scegliere, tra le varie interpretazioni possibili della disposizione da applicare al caso concreto, quella che assicura una lettura costituzionalmente orientata della norma».

44. Che ha, invece, indotto il Trib. Firenze, ord. 26 agosto 2008, in *www.federalismi.it*, ad escludere di poter «accedere alla lettura costituzionalmente orientata» della l. 40 «proposta in via principale dai ricorrenti», essendo stato più corretto sollevare la questione di legittimità costituzionale della stessa nella parte in cui imponeva alla donna di accogliere gli embrioni prodotti con un unico e contemporaneo impianto.

45. Trib. Bologna, sez. I, ord. 29 giugno 2009, *cit.*

46. Che per il Trib. Firenze, ord. 17 dicembre 2007, in *www.unionedirittiumani.it*, avrebbe addirittura *sottinteso* la possibilità di procedere alla diagnosi preimpianto.

47. Solo nel 2009 (sent. 151) e, più recentemente, nel 2015 (sentt. 96 e 229) il giudice delle leggi nel consentire la formazione di un numero di embrioni superiore a tre, pur se non eccedente a quanto strettamente necessario per soddisfare le attese di maternità, ha aperto la strada, anche attraverso una depenalizzazione del divieto contenuto negli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della l. 40, ad una selezione preimpianto sia per le coppie sterili/infertili che per quelle fertili.

48. In presenza di una «richiesta di autorizzazione di una coppia fertile portatrice di una grave malattia geneticamente trasmissibile», il Trib.

Analoghe perplessità, in presenza questa volta della preclusione contenuta nell'art. 5 della l. 40 nei riguardi della cosiddetta fecondazione *post mortem*, ha pure destato la recente decisione del Tribunale di Bologna<sup>49</sup> che, nonostante il rigetto in sede cautelare della richiesta, ha riconosciuto il diritto della donna di impiantare, a seguito del decesso del proprio coniuge, gli embrioni in precedenza prodotti e crioconservati. Siffatta opportunità sarebbe stata consentita, per questo giudice, dalla stessa lettera delle Linee guida adottate nel 2004 e nel 2008 dal Ministero della salute le quali, in coerenza al *principio di specialità*, avrebbero dovuto certamente «prevalere sulla normativa generale di cui alla l. 40/2004, stabilendo una regolamentazione particolare volta a normare un nucleo specifico di situazioni (ossia, le procedure di fecondazione assistita incominciate prima dell'entrata in vigore della l. 40/2004)».

La circostanza che il processo di fecondazione degli embrioni si fosse concluso nel 1996, prima dell'entrata in vigore della l. 40, e al tempo della vigenza della precedente disciplina introdotta dalle Linee guida, aperte comunque ad un possibile trasferimento degli embrioni<sup>50</sup>, rendeva per questo giudice «del tutto illegittimo» il rifiuto di procedere al loro impianto opposto all'interessata, ormai cinquantenne, da parte dell'Azienda ospedaliera universitaria di Bologna.

Non meno problematico, in considerazione dell'espresso divieto contenuto nell'art. 12, comma 6 della l. 40 per la pratica della maternità surrogata, è

stato l'espedito interpretativo utilizzato da alcuni giudici ordinari per consentire la trascrizione nei registri dello stato civile italiano dell'atto di nascita precedentemente perfezionatosi all'estero (in Ucraina), nel rispetto della legislazione vigente in questo Paese dell'est europeo<sup>51</sup>.

Nel trarre spunto da una giurisprudenza della Corte Edu<sup>52</sup>, contenente la condanna dello Stato che aveva attribuito «uno *status* giuridico imperfetto» a quanti fossero nati grazie al ricorso ad una maternità surrogata, in presenza, peraltro, «di un genitore biologico appartenente alla coppia», il giudice italiano<sup>53</sup> ha dato la prevalenza agli effetti parentali che erano stati già prodotti dalla normativa straniera, certamente più liberale di quella italiana.

Neppure la difettosa rappresentazione della realtà, a seguito di una falsa dichiarazione da parte dei coniugi di una inesistente genitorialità naturale, avrebbe potuto impedire, secondo questo giudice, la suddetta trascrizione o addirittura condurre alla loro condanna.

Il travisamento della verità, consumatasi al momento della «assegnazione dello *status* di genitore in conformità dell'ordinamento italiano» e non della precedente «formazione dell'atto di nascita» in Ucraina, conduceva pertanto alla assoluzione degli imputati dal reato di alterazione dello stato civile in quanto giudicato, nella fattispecie esaminata, inesistente rispetto all'«attitudine lesiva del bene giuridico tutelato dalla norma criminale»<sup>54</sup>.

---

Salerno, ord. 9 gennaio 2010, n. 191, in [www.unionedirittumani.it](http://www.unionedirittumani.it), ha infatti riconosciuto «il diritto dei ricorrenti coniugi (...) a conseguire (...) l'adempimento contrattuale delle prestazioni professionali consistenti nelle tecniche procreative medicalmente assistite, imposte dalle migliori pratiche scientifiche, di diagnosi preimpianto degli embrioni da prodursi e di trasferimento nell'utero (...) di embrioni che non evidenzino la mutazione del gene SMA1, causativo della atrofia muscolare spinale di tipo 1, di cui i ricorrenti sono portatori». Solo in seguito, la Corte Cost. (sent. 96/2015) ha poi annullato il divieto per le coppie fertili di accesso alla fecondazione assistita e alla diagnosi genetica preimpianto.

49. Trib. Bologna, ord. 16 gennaio 2015, in [www.siallafamiglia.it](http://www.siallafamiglia.it).

50. Per Trib. Bologna, ord. 16 gennaio 2015, *cit.*, la richiesta di impianto degli embrioni avrebbe trovato il proprio fondamento nella disciplina contenuta «nell'art. 7 della l. 40/2004 e nelle correlate linee guida degli anni 2004 e 2008, volte proprio a dettare una normativa transitoria relativa alle procedure di fecondazione assistita intraprese antecedentemente alla suddetta legge del 2004», certamente non preclusiva del diritto della donna di «ottenere il trasferimento» degli «embrioni crioconservati, ma non abbandonati».

51. Cfr. Trib. Milano, sez. V pen., sent. 13 gennaio 2014, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), che ha proscioltto dall'accusa di alterazione di stato civile, di cui all'art. 567 comma 2 cp, una coppia che aveva dichiarato come proprio un bambino generato mediante maternità surrogata a seguito di «formazione dell'embrione, in vitro, con il 50% del patrimonio genetico» del *partner* maschile «e l'altra metà proveniente da una ovidonatrice, individuata dalla clinica in un elenco di donne, tutte volontarie, di età compresa tra i 20 e 32 anni, in buono stato di salute, prive di malattie ereditarie, che avevano già portato a termine almeno una gravidanza generando figli nati sani». Alla stessa conclusione è giunto anche il Trib. Napoli, ufficio del GIP, 17 luglio 2015, in [www.siallafamiglia.it](http://www.siallafamiglia.it), che ha rilevato come si trattasse di «una condotta realizzata non per fini di lucro ma per realizzare quel desiderio (costituzionalmente garantito), di diventare genitori». Per questo giudice, il comportamento degli interessati che si erano limitati a chiedere la trascrizione producendo un atto ufficiale non avrebbe prodotto «alcuna alterazione dello stato civile», non configurandosi «alcun dolo né tanto meno intenzioni di violare la legge».

52. Corte Edu, sez. V, 26 giugno 2014, ricorso n. 65192/11, causa *Mennesson c. Francia* e 26 giugno 2014, ricorso n. 65941/11, causa *La-basse c. Francia*, entrambe reperibili in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org).

53. Trib. Varese, Gup, 8 ottobre 2014 e Trib. Trieste, Gup, sent. 4 ottobre 2013, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org).

54. Trib. Varese, GUP, sent. 8 ottobre 2014, *cit.*

In altra direzione, l'assenza di alcuna affinità biologica con uno dei genitori interessati, in violazione pure della legge ucraina che esige la corrispondenza genetica tra nascituro e coppia committente non inferiore al 50 %, ha recentemente indotto la nostra Corte di cassazione<sup>55</sup> a rigettare la richiesta di riconoscimento del nato da maternità surrogata, che nel frattempo era stato già dato in adozione. Per questo giudice la contrarietà all'ordine pubblico italiano del certificato di nascita ucraino, su cui veniva basato dai ricorrenti il rapporto di filiazione con il nato, e alla stessa legge di questo Paese in materia di maternità surrogata, avrebbe impedito il riconoscimento in Italia «di uno *status* di minore quale figlio dei ricorrenti» difettandone «in radice l'attribuzione, ossia il titolo».

Ad ulteriore disapplicazione della legislazione vigente (dl 23/1998, relativo alla sperimentazione Di Bella, e dl 24/2013, adottato per la terapia Stamina) sono pure pervenuti alcuni giudici cautelari che, incuranti degli ambiti derogatori consentiti dalla stessa giurisprudenza costituzionale (sentt. 185/1998;

121/1999; 188/2000; 274/2014) e convenzionale<sup>56</sup> per ragioni pietose e compassionevoli a favore di quanti avessero già iniziato la cura, hanno continuato ad autorizzare la somministrazione dei rimedi in questione<sup>57</sup>, nonostante l'assenza di serie prove scientifiche sulla loro efficacia.

Non minori perplessità hanno pure destato le pronunce di altri giudici (Tribunali di Rimini, di Pesaro e di Milano<sup>58</sup>) che, nel prendere le distanze da una consolidata letteratura scientifica, sono pervenute, su istanza di parte, a neutralizzare i propositi precauzionali perseguiti dalla legislazione sulle vaccinazioni, sia pure non obbligatorie, nella parte in cui hanno dichiarato la correlazione tra la causa (il vaccino trivalente ed esavalente<sup>59</sup>) e l'effetto invalidante (autismo, ma in alcuni casi anche poliomelite ed encefalite) avvalendosi di perizie tecniche attestanti una «ragionevole»<sup>60</sup> o «attendibile» probabilità scientifica «circa la sussistenza del legame fra i due eventi»<sup>61</sup>.

In un differente settore di intervento, quello relativo al cambiamento di sesso, una recente pronuncia della Cassazione<sup>62</sup>, nel cogliere uno spazio interpre-

55. Cass., sez. I civ., sent. 26 settembre 2014, n. 24001, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org). Nella stessa direzione cfr. Corte Edu, sez. II, 27 gennaio 2015 - ricorso n. 25358/12, causa *Paradiso e Campanelli c. Italia*, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), con la quale, pur condannando il nostro Paese per violazione dell'art. 8 Cedu, per aver consentito di dare per via giudiziaria in adozione il bambino generato dai soggetti istanti in Russia attraverso la maternità surrogata, veniva considerato comunque valido l'affidamento ad altra coppia nel maggiore interesse del minore il quale aveva «certamente sviluppato dei legami affettivi con la famiglia di accoglienza» ove era stato ormai collocato. Ne derivava, per questo giudice, che «la constatazione di violazione pronunciata nella causa dai ricorrenti» non poteva «dunque essere intesa nel senso di obbligare lo Stato a riconsegnare il minore agli interessati». Per la dottrina cfr. I. Rivera, *Affaire Paradiso e Campanelli c. Italie: la Corte Edu torna a pronunciarsi sulla maternità surrogata e sul best interest of child come limite all'ordine pubblico internazionale*, 3 luglio 2015, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

56. Cfr. Corte Edu, sez. I, 6 maggio 2014, ricorso n. 62804/13, *Nivio Durisotto c. Italia*, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), che rigettava la richiesta del ricorrente ad accedere alla terapia Stamina, in assenza di una prescrizione giudiziaria intervenuta prima dell'entrata in vigore del dl n. 24 del 2013, anche in considerazione del parere negativo reso dal Comitato scientifico istituito dal Ministero della salute sull'opportunità di avviare la sperimentazione del metodo stesso.

57. Numerose ordinanze adottate dai giudici aditi (Trib. Venezia, sez. lav., giudice Margherita Bortolaso, caso Carrer, ord. 30 agosto 2012; Trib. Venezia, sez. lav., ord. n. 1817/2012, RG del 7 agosto 2012; TAR Brescia, ord. 5 settembre 2012, n. 414; Trib. Matera, sez. lav., ord. 8 ottobre 2012, n. 1012/2012 R.G.; Trib. Trento, sez. lav., ord. 20 novembre 2012; Trib. Crotone, sez. lav., ord. 31 gennaio 2013; Trib. Pesaro, sez. lav., ord. 4 marzo 2013, n. 105/2013 R.G.; Trib. Mantova, ord. del 2 maggio 2013, solo per citarne alcune, tutte reperibili nel sito internet [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org)), oltre a disattendere la normativa vigente in materia di farmaci o rimedi compassionevoli o comunque sottoposti a sperimentazione (cfr. Dm 8 maggio 2003, in *G.U.* n. 173 del 27 luglio 2003; dl n. 536 del 1996, conv. in l. n. 648 del 1996; dl n. 23 del 1998, conv. in l. n. 94 del 1998; Reg. CE n. 276 del 2004; Dm 5 dicembre 2006, in *G.U.* n. 57 del 9 marzo 2007), si allontanavano dagli indirizzi terapeutici consentiti dal Codice di deontologia medica (art. 49) e dalla stessa Convenzione di Oviedo del 1997 che, in presenza di soggetti fragili come sono certamente i minori, consente (art. 17) solo ricerche da cui possono attendersi risultati favorevoli alla loro salute e, quindi, in grado di arrecare il rischio *minimo*, proporzionato al vantaggio che ne potrebbe derivare dalla sperimentazione.

58. Trib. Milano, sent. del 23 settembre 2014, in <http://it.blastingnews.com>. Contro questa pronuncia il Ministero della salute ha proposto appello, come dichiarato nel comunicato stampa n. 203 del 25 novembre 2014, in [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it).

59. Nel nostro Paese sono obbligatorie le seguenti vaccinazioni: antidifterica (l. del 6 giugno 1939, n. 891; l. del 27 aprile 1981, n. 166); antitetanica (l. del 20 marzo 1968, n. 419); antipoliomielitica (l. del 4 febbraio 1966, n. 51); anti epatite virale B (l. del 27 maggio 1991, n. 165). Tutte le altre, considerate volontarie, sono comunque incentivate dal SSN anche attraverso la previsione della loro gratuità.

60. Trib. Rimini, sent. n. 886 del 15 marzo 2012, in [www.biodiritto.org/images](http://www.biodiritto.org/images). Cfr. anche Trib. Rimini, sent. n. 148 del 2010, ruolo n. 2010\0474, cron. n. 2012\886, in [www.mednat.org](http://www.mednat.org).

61. Trib. Pesaro, sent. dell'11 novembre 2013, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org).

62. Cass., sez. I civ., sent. 21 maggio- 20 luglio 2015, n. 15138, in [www.laleggepertutti.it](http://www.laleggepertutti.it).



tativo consentito dalla legge (nella parte in cui non sembra considerare necessario l'«adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico»<sup>63</sup>), è pervenuta ad una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata della l. n. 164 del 1982, in modo da riconoscere il diritto del soggetto istante alla rettificazione anagrafica della propria identità sessuale (da uomo a donna), come espressione del suo diritto all'autodeterminazione, pur non avendo previamente acceduto ad un intervento modificativo dei suoi caratteri sessuali primari e secondari<sup>64</sup>.

Nonostante la permanenza, nell'art. 1 della l. n. 164 cit., della previsione di «interventive modificazioni dei (...) caratteri sessuali», come presupposto per il riconoscimento da parte del Tribunale di una diversa attribuzione del sesso, il «progressivo sviluppo della scienza medica e degli approdi della psicologia e della psichiatria» inducevano questo giudice a cassare l'interpretazione «storico-originalista» di carattere del tutto statico cui era invece pervenuta la Corte di appello di Bologna. Per i giudici di Piazza Cavour la lettura data dal giudice di merito appariva contraria al principio di proporzionalità che avrebbe, invece, dovuto condurre ad un «adeguato bilanciamento» tra «sviluppo della personalità individuale» e «interesse pubblico alla certezza delle relazioni giuridiche che costituisce il limite coerentemente indicato dal nostro ordinamento al suo riconoscimento».

Pure in presenza di una consapevolezza sulla «assoluta novità della questione» e sulla permanenza di «opinioni non univoche della dottrina e della giurisprudenza di merito» circa la portata del disposto legislativo, che avrebbero probabilmente dovuto indurre a sollevare la questione di legittimità costituzionale<sup>65</sup>, la Suprema Corte perveniva ad accogliere la domanda proposta dal soggetto interessato

alla rettificazione del sesso da maschile a femminile, disponendo le consequenziali annotazioni anagrafiche.

#### 4. Considerazioni conclusive sulla problematica tenuta della certezza del diritto e della divisione dei poteri

Pur essendo certamente apprezzabile lo sforzo ermeneutico che consente al giudice di ricavare, attraverso un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, la norma da applicare al caso di specie, indiscutibili sono le preoccupazioni, per la stessa certezza del diritto e per l'eguaglianza di trattamento di situazioni simili, di una eccessiva frammentazione interpretativa cui potrebbe invece condurre una giurisprudenza incurante dei limiti posti dalla legge. L'opportunità pure riconosciuta a questa autorità giudicante di enucleare dalla norma da applicare i significati più coerenti con il disposto costituzionale, entro i margini ermeneutici da quest'ultimo consentiti, non dovrebbe così indurla, in presenza di una prescrizione legislativa giudicata illegittima, ad assumere una decisione di segno opposto. Nel porre in discussione uno dei principi cardine dello Stato di diritto, quale è certamente quello basato sulla divisione tra i poteri, tale disattivazione del contenuto dispositivo della legge verrebbe ad eludere il sistema accentrato di costituzionalità cui è riconosciuto il compito di risolvere in modo definitivo le possibili antinomie determinatesi tra queste fonti, poste all'interno di un rapporto di gerarchia.

Pur auspicando in un settore delle conoscenze umane, come quello qui considerato, una maggiore attenzione da parte del legislatore, così da evitare i

63. Art. 31, n. 4 del d.lgs n. 150 del 2011 che abroga l'art. 3 della l. n. 164 del 1982.

64. In analogia direzione si erano, peraltro, già inoltrati il Trib. Rovereto, sent. n. 194 del 3 maggio 2013, in [www.west-info.eu](http://www.west-info.eu) e il Trib. Messina, sez. I civ., 4 novembre 2014, in [www.dirittocivilecontemporaneo.com](http://www.dirittocivilecontemporaneo.com). Per quest'ultimo giudice, nonostante la previsione contenuta nella l. 164/1982, bisognava riconoscere il diritto al mutamento anagrafico del sesso ad un individuo, che avesse ricevuto una terapia ormonale femminizzante, «anche in assenza di un intervento chirurgico demolitivo dei caratteri sessuali primari». Ciò avrebbe consentito al soggetto interessato di raggiungere «un assetto dei caratteri secondari e dei valori ormonali compatibili con un aspetto ed un quadro ormonale femminile». Per A. Ruggeri, *L'interpretazione conforme a Cedu: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registrati nell'esperienza, gli auspicabili rimedi*, 20 maggio 2015, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), p. 22, tali casi giurisprudenziali dimostrerebbero, «ancora una volta», come «l'interpretazione conforme si dimostra in grado di sostituirsi al giudizio accentrato di costituzionalità». Il suo impiego dovrebbe, al contrario, «concorrere a ricucire ciò che è a tutt'oggi separato, strappato: a condizione, appunto, che non se ne faccia un uso strumentale da parte di chi reputi di potere nel suo nome piegare norme ed indirizzi giurisprudenziali alle proprie norme ed indirizzi, facendo i primi oggetto di impropri adattamenti interpretativi».

65. Come invece è stato fatto dal Trib. Trento, sez. civ., ord. n. 228 del 20 agosto 2014, in *G.U.* n. 52 del 17 dicembre 2014. Con la recente sent. 221/2015, la Consulta, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della l. n. 164 del 1982, rileva comunque come «la prevalenza della tutela della salute dell'individuo sulla corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico» debba portare «a ritenere il trattamento chirurgico non quale prerequisite per accedere al procedimento di rettificazione – come prospettato dal rimettente –, ma come possibile mezzo, funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico».

persistenti vuoti o le frequenti inadeguatezze normative, non appare allora giustificabile la fuoriuscita da parte del giudice dall'alveo funzionale riconosciutogli dal nostro ordinamento giuridico, anche in considerazione delle possibili conseguenze che ne potrebbero derivare, non sempre riconducibili allo *status quo ante*<sup>66</sup>.

Una irragionevole tracimazione della funzione giudicante dagli ambiti consentiti dall'architettura di sistema, pur potendo istintivamente, per una sorta di *flashback*, indurre a rievocare la trascorsa prassi, teorizzata e anche praticata, dell'*uso alternativo del diritto*<sup>67</sup>, costringerebbe oggi, per la gran parte dei casi considerati, a ben altre valutazioni. La scarsa dimestichezza talora mostrata dalla magistratura nei confronti di sofisticate questioni tecniche, comprovata dalle inadeguatezze motivazionali di alcuni giudicati, accanto ad una inappropriata o addirittura carente considerazione delle esperienze scientifiche, come consentite dai pareri peritali, inducono oggi a orientare l'attenzione sui frequenti difetti procedurali, piuttosto che sullo sforzo garantistico perseguito da questa atipica giurisprudenza. E questo, nonostante possa essere pure riconosciuto, a talune delle pronunce considerate, il merito di aver offerto utili coordinate interpretative (in occasione, ad esempio, della rimozione del divieto di selezione preimpianto o della rettificazione anagrafica dell'identità sessuale) di cui in seguito si è poi avvalso lo stesso giudice costituzionale<sup>68</sup>.

Come già sostenuto in altra occasione<sup>69</sup>, nonostante la presenza della garanzia rappresentata dalla percorribilità dei tre gradi di giudizio, che potrebbe consentire di rivedere questi eccessi giurispruden-

ziali, la violazione delle numerose regole procedurali (sulla elaborazione del giudicato, sul rispetto del sindacato accentrato di costituzionalità, ecc.) dovrebbero allora condurre ad una qualche forma di censura del giudice procedente per le conseguenze pregiudizievoli, a danno dei soggetti interessati, cui avessero eventualmente contribuito con le loro pronunce<sup>70</sup>.

E così, ad esempio, a seguito della condanna (per truffa, esercizio abusivo della professione medica, erogazione di farmaci guasti) inferta<sup>71</sup> a carico di alcuni imputati (responsabili della *Stamina Foundation*) che avevano avviato pratiche terapeutiche prive della necessaria evidenza scientifica, sarebbe singolare una totale esenzione da qualunque responsabilità, alla stregua di soggetti *legibus soluti*, dei giudici che avessero, a loro volta, contribuito all'esecuzione di quelle cure, nonostante le contrarie prescrizioni contenute nella legislazione vigente, considerate da questi stessi interpreti *tamquam non esset*.

Se appare coerente con gli equilibri di sistema e certamente apprezzabile il compito assunto dal giudice di porre rimedio al vuoto e alla stessa indeterminazione legislativa, attraverso un puntuale approfondimento esegetico della norma da applicare al caso di specie, ad una diversa conclusione si dovrà invece giungere, secondo le convincenti parole della Corte di cassazione, in presenza di una «negligenza inescusabile» determinata «da una totale mancanza di attenzione nell'uso degli strumenti normativi e da una trascuratezza così marcata ed ingiustificabile da apparire espressione di una vera e propria mancanza di professionalità, concretizzantesi in una violazione grossolana e macroscopica della norma ovvero

66. Si pensi, ad esempio, alle conseguenze pregiudizievoli per la salute del paziente cui potrebbero aver condotto le pronunce dei giudici cautelari che autorizzavano l'uso compassionevole, ma derogatorio della normativa vigente in materia di sperimentazione, del metodo Di Bella o di quello Stamina. Non meno significativi sono gli effetti prodotti, per lo *status familiare* del nascituro, dalla sentenze adottate in materia di maternità surrogata o di fecondazione *post mortem*, nonostante i divieti prescritti dalla l. n. 40.

67. Che riprende il titolo di un noto convegno svoltosi a Catania nel 1972 - poi pubblicato in due volumi curati da P. Barcellona dal titolo *L'uso alternativo del diritto. Scienza giuridica e analisi marxista e L'uso alternativo del diritto. Ortodossia giuridica e pratica politica*, Roma-Bari, 1973 - che prendeva spunto dall'apprezzabile attivismo giurisprudenziale, sviluppatosi negli anni '70, diretto a rimarcare gli insopportabili ritardi del legislatore statale nell'attuazione dei principi costituzionali, programmaticamente proiettati a consentire una auspicata emancipazione sociale del *démos*.

68. Come giustamente rilevato da A. D'Aloia, *L'ex* 40, 23 giugno 2015, in [www.confrenticostituzionali.eu](http://www.confrenticostituzionali.eu), le pronunce di questi giudici comuni avrebbero infatti avuto l'effetto di «preparare il terreno agli interventi della Corte costituzionale».

69. Durante l'intervento tenuto durante il XXX Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC) sul tema *La Scienza costituzionalistica nelle transizioni istituzionali e sociali*, svoltosi a Roma nei giorni 6-7 novembre 2015, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

70. E. Cattaneo- G. Corbellini, *Doppio imbroglio*, in *Il Sole 24 ore* del 7 luglio 2013.

71. A seguito di patteggiamento avvenuto nel mese di marzo 2015 dinnanzi al Gup di Torino, come riportato da A. Giambartolomei, *Stamina, Davide Vannoni patteggia condanna a un anno e dieci mesi*, in *Il Fatto Quotidiano* del 18 maggio 2015. Cfr. anche Cass., sez. VI pen., sent. 21 aprile 2015, n. 24242 e n. 24243, in [www.deiustitia.it](http://www.deiustitia.it).

in una lettura di essa contrastante con ogni criterio logico»<sup>72</sup>. Ad analoga critica dovrebbe condurre, sempre a giudizio della Suprema Corte, «l'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, la manipolazione arbitraria del testo normativo», quando non «lo sconfinamento dell'interpretazione nel diritto libero».

Accanto all'avvio di una procedura disciplinare, le eventuali conseguenze pregiudizievoli prodotte dall'esercizio anomalo e irrituale della funzione giudiziaria, dovrebbe parimenti indurre ad attivare un'opportuna azione di responsabilità, in presenza ovviamente dei presupposti richiamati dalla l. n. 117/1988, come modificata dalla recente l. n. 18/2015.

---

72. Cass., sez. III civ., sent. 18 marzo 2008, n. 7272, in *Foro. It.*, 2009, I, c. 2496. In direzione analoga cfr. Cass., sez. III civ., sent. 21 ottobre 2014, n. 22326, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com) e Cass., sez. III civ., sent. 22 febbraio 2012, n. 11593, in [www.lexambiente.it](http://www.lexambiente.it).

# Dilemmi e controversie nell'inquadramento diagnostico delle identità *transgender* e delle identità di genere non conformi

di Paolo Valerio e Paolo Fazzari

In questo lavoro viene ricostruito il complesso dibattito e le controversie che stanno animando la comunità scientifica internazionale, e non solo, sul processo di (ri)definizione dei criteri che guidano la formulazione delle diagnosi riguardanti i soggetti che manifestano identità *transgender* o identità di genere non conformi e sull'opportunità di ritenere le diagnosi che riguardano questa popolazione di soggetti.

Il Manuale statistico e diagnostico dei disturbi mentali (DSM-5), con l'introduzione della diagnosi di *Disforia di genere*, ha accolto alcune delle richieste avanzate da parte del mondo dell'attivismo *trans*\*. Similmente, sono attese alcune modifiche in vista della pubblicazione della undicesima versione della Classificazione statistica internazionale delle malattie e dei problemi sanitari (ICD-11), la quale potrebbe introdurre la diagnosi di *Incongruenza di genere* e spostare tale diagnosi da una sezione dedicata ai *disturbi mentali* a una sezione dedicata alle condizioni mediche.

Sebbene la possibilità di classificare l'*incongruenza di genere* tra le condizioni di *interesse medico*, piuttosto che tra le diagnosi di interesse psichiatrico/psicologico-clinico, può garantire l'attuale sistema di accesso alle terapie mediche e, al contempo, contribuire al processo di *de-patologizzazione* dell'identità di genere, occorre tenere conto del fatto che la presenza di queste diagnosi continua a rendere *medicalizzata* l'area del corpo e dell'identità di tali persone.

Certamente, allo stato attuale delle nostre conoscenze, la *de-patologizzazione* delle identità *transgender* e delle identità di genere non conformi, può contribuire a migliorare la condizione delle persone *transgender*, aiutando a ridurre i processi di *stigma sociale* e di *stigma strutturale* perpetrati nei confronti di questi soggetti.

## 1. Il dibattito sulla de-patologizzazione delle identità *transgender* e le identità di genere non conformi

Il costante processo di revisione e aggiornamento

dei principi che guidano la formulazione delle diagnosi utilizzate nei confronti di soggetti che manifestano identità *transgender* e identità di genere non conformi<sup>1</sup>, come attestato dagli slittamenti e dai rimaneggiamenti operati sul sistema di classificazione

1. Secondo la American psychological association, le locuzioni *identità transgender* e *identità di genere non conformi* devono essere intese come "termini ombrello" per descrivere, nel modo più ampio e inclusivo possibile, le persone la cui espressione di genere, o identità di genere, risulta non allinearsi completamente ai canoni di comportamento del sesso assegnato alla nascita e previsti dalle norme di genere presenti in una determinata cultura (cfr. American psychological association, 2015; WPATH, 2012). Sinonimo di tali espressioni è anche la locuzione "varianti di genere" (Meyer-Bahlburg, 2010) con la quale ci si riferisce, comunemente, in un senso molto ampio e generico, alla definizione di spazi di esistenza che trovano posto al di là del rigido *binarismo* di genere maschile/femminile (cfr Vitelli, Fazzari e Valerio, 2013).

del Manuale statistico e diagnostico dei disturbi mentali (DSM)<sup>2</sup> o della Classificazione statistica internazionale delle malattie e dei problemi sanitari (ICD)<sup>3</sup>, testimonia quanto le nostre conoscenze, in questo campo, siano ancora molto controverse e spesso accompagnate da disinformazione e pregiudizio (Drescher, Cohen-Kettenis & Winter, 2012).

I criteri diagnostici utilizzati per definire la *Disforia di genere* all'interno del DSM-5 (American psychiatric association), che ha sostituito la precedente diagnosi di *Disturbo dell'identità di genere* (DIG) del DSM-IV, nonché la proposta di inserire la diagnosi di *Incongruenza di genere* nella undicesima versione del ICD (ICD-11), che potrebbe sostituire il gruppo dedicato alla diagnosi di *Disturbo dell'identità di genere* del ICD-10, sollevano ancora numerose criticità, impegnando i professionisti della salute mentale e le associazioni composte da persone trans\*<sup>4</sup> e della comunità LGBT<sup>5</sup> che attivamente stanno partecipando a questo dibattito.

Il dilemma che attualmente si pone alla comunità scientifica (Bockting, 2009a; Drescher 2014) è se occorra eliminare completamente le categorie diagnostiche connesse alle identità *transgender* e alle identità di genere non conformi, all'interno del DSM e del ICD, o se queste vadano invece conservate applicando delle modifiche.

A sostegno dell'ipotesi di una completa abolizione di qualsiasi categoria diagnostica connessa all'identità di genere dal DSM e dal ICD, vi è la tesi secondo cui la conservazione delle diagnosi implicherebbe, di per sé, il mantenimento di una visione *patologizzante*<sup>6</sup> delle identità *transgender* dal punto di vista medico e psicologico-clinico. Secondo gli estensori delle proposte in favore di una completa eliminazione di queste diagnosi, infatti, andrebbe ripercorso lo stesso processo di *de-patologizzazione* applicato nei confronti della diagnosi di *omosessualità*, quando questa fu espunta dal DSM a partire dalla sesta ristampa del DSM-II nel 1973 (Drescher, 2015, Meyer-Bahlburg, 2010).

Viceversa, coloro i quali sostengono che sia perseguibile l'ipotesi di un aggiornamento e di un riadattamento degli attuali criteri di classificazione, attraverso una diversa dislocazione di tali diagnosi all'interno di questi Manuali<sup>7</sup>, o introducendo una terminologia più neutrale e meno *stigmatizzante*, affermano che la conservazione di tali diagnosi è l'unica soluzione che può tutelare il diritto di accesso alle cure e garantire il sostegno economico previsto, in alcuni Paesi, dalle compagnie assicurative. In tal senso, infatti, il diritto al riconoscimento di un intervento sanitario è sancito proprio in conseguenza della presenza di una diagnosi specifica-

---

2. Il Manuale statistico e diagnostico dei disturbi mentali, noto più semplicemente come DSM, è la traduzione italiana di *Diagnostic and statistical manual of mental disorders*. Il DSM, giunto oggi alla quinta edizione (DSM-5) e la cui prima edizione è datata 1952, è divenuto, attualmente, uno dei sistemi diagnostici per categorizzare i disturbi mentali più utilizzati al mondo. Prodotto dalla *American psychiatric association*, scritto originariamente con l'obiettivo di favorire l'adozione a livello internazionale di una terminologia condivisa tra i ricercatori, in particolare a partire dalla terza edizione, si è progressivamente diffuso come strumento di supporto all'intervento clinico (Vitelli *et al.*, 2013).

3. A partire dalla seconda metà del secolo scorso l'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) ha elaborato differenti strumenti di classificazione inerenti l'osservazione e l'analisi delle patologie organiche, psichiche e comportamentali delle popolazioni, al fine di migliorare la qualità della diagnosi di tali patologie.

La prima classificazione elaborata dall'OMS, *La classificazione internazionale delle malattie* (ICD, 1970) risponde all'esigenza di cogliere la causa delle patologie, fornendo per ogni sindrome e disturbo una descrizione delle principali caratteristiche cliniche ed indicazioni diagnostiche. L'ICD si delinea quindi come una classificazione causale, focalizzando l'attenzione sull'aspetto eziologico della patologia. Le diagnosi delle malattie vengono tradotte in codici numerici che rendono possibile la memorizzazione, la ricerca e l'analisi dei dati.

4. Termine generico che si riferisce a tutte le identità all'interno dello spettro identità di genere. Ci sono molte varietà nelle diverse identità, per raggrupparle tutte insieme (ad es. diciamo "questioni trans\*"). In questo modo, trans (senza l'asterisco) può essere utilizzato intenzionalmente per descrivere gli uomini trans e donne trans, mentre l'asterisco rende nota speciale nel tentativo di includere tutti i transgender, non binario, e di genere non conforme identità, tra cui (ma non solo) transgender, transessuali, travestiti, genderqueer, genderfluid, genderfuck, senza genere, Agender, non di genere, il terzo genere, a due spirito, bigender, e l'uomo e la donna trans trans.

5. La sigla LGBT è un acronimo indicante Lesbiche, Gay, Bisessuali e Transgender.

6. Per una trattazione più ampia del concetto di patologizzazione/de-patologizzazione, nonché per la definizione di "disturbo mentale", in relazione alle identità *transgender* e le identità di genere non conformi, si rinvia al lavoro di Vitelli, Fazzari e Valerio (2013) e al lavoro di Valerio e Fazzari (2012).

7. Tale raccomandazione è specificamente connessa al dibattito sulla conservazione della diagnosi e le eventuali modifiche da apportare all'ICD-11. Infatti, per quanto attiene al DSM, non risulta valida l'ipotesi di uno spostamento dal momento che esso è interamente dedicato alla definizione e raccolta dei criteri diagnostici riguardanti i *disturbi mentali*; viceversa, l'ICD accoglie delle sezioni dedicate, ad esempio, alle diagnosi connesse a "fattori influenzanti lo stato di salute e il ricorso ai servizi sanitari", attualmente rubricate come "codici z" che permetterebbero di formulare una diagnosi in relazione ad episodi di stigma e di discriminazione (Drescher, Cohen-Kettenis & Winter, 2012). Vedi paragrafo 3.

tamente dedicata a tali condizioni. I sostenitori di questa seconda opzione, altresì, sono a favore della conservazione della componente medico-sanitaria che riguarda tali condizioni, dal momento che, spesso, i trattamenti riguardano il corpo nella sua dimensione biologica, sulla quale si può intervenire con terapie ormonali o eventualmente chirurgiche, sottolineando, dunque, come il processo di transizione riguardi un adattamento della sfera somatica all'identità di genere percepita (Bockting, 2009a). L'ipotesi di una inclusione di tali diagnosi all'interno del gruppo dedicato alle condizioni mediche per descrivere le identità *transgender* e le identità di genere non conformi, in luogo della diagnosi di disturbo mentale, tuttavia, non sembra essere del tutto risolutiva dal momento che non tutte le persone *transgender* effettuano una richiesta di modificazione, ormonale o chirurgica, dei propri caratteri sessuali.

Un aspetto cruciale dell'attuale dibattito riguarda, dunque, la questione su come garantire il sostegno sanitario ed economico per coloro i quali necessitano di interventi medici per affrontare il *percorso di transizione* e, allo stesso tempo, lavorare per la *de-patologizzazione* delle *identità transgender* e delle *identità di genere non conformi*. Recentemente, la *World professional association for transgender health* ha affermato, a tale proposito, che le identità *transgender* devono essere considerate come variazioni normali del comportamento e dell'espressione di genere e, di conseguenza, le diverse possibili espressioni di genere, incluse le identità che non sono allineate in modo stereotipato al sesso attribuito alla nascita, non devono essere considerate come intrinsecamente negative o patologiche (WPATH, 2010). Pertanto, essere *transgender* o una persona che manifesta un'identità di genere non conforme, solleva delle questioni riguardanti il tema della diversità e la specificità dell'identità di ciascuno e non deve essere considerata, in quanto tale, una condizione patologica (WPATH, 2012).

Come vedremo, il processo di revisione dei criteri del DSM, avviato dalla *American psychiatric association* a partire dal 2008, e conclusosi nel 2013 con la pubblicazione della quinta edizione del DSM (DSM-5), ha portato a conservare una diagnosi connessa all'identità di genere, sotto la definizione di *Disforia di genere*. Gli estensori del manuale hanno optato per l'eliminazione della parola "disturbo", presente nella precedente definizione, mostrando la ricezione, seppur parziale, della richiesta di de-patologizzazione avanzata dai diversi *stakeholders*. Similmente, è attualmente in corso il processo di revisione dei criteri del ICD, in vista della pubblicazione del ICD-11, da parte dell'Organizzazione mondiale della sanità. Il gruppo di lavoro, dedicato alla Classi-

ficazione dei disturbi sessuali e della salute sessuale, sta valutando l'opportunità di conservare o rigettare tali diagnosi (Drescher, Cohen-Kettenis & Winter, 2012) e, allo stato attuale, appaiono condivisibili le considerazioni pubblicate da parte del gruppo di lavoro sulla necessità di accantonare i *modelli* che mirano all'inquadramento psicopatologico dell'identità delle persone *transgender*, i quali risultano per lo più fondati sul concetto di *deviazione sessuale* prodotto all'interno della ricerca medica e psichiatrica di fine 800 e inizio 900. Secondo il gruppo di lavoro, infatti, occorre favorire, viceversa, i modelli teorici che maggiormente riflettono le evidenze scientifiche più aggiornate, maggiormente orientati allo sviluppo e all'attuazione di buone pratiche, maggiormente sensibili nei confronti delle necessità, delle esperienze e dei diritti umani, consapevoli della vulnerabilità di questa popolazione, e che, infine, possono offrire un maggiore supporto per l'accesso a servizi di cura di alta qualità (Drescher, Cohen-Kettenis & Winter, 2012). Le proposte, in vista della pubblicazione del ICD-11 sono quelle di modificare la diagnosi di disturbo dell'identità di genere in "Incongruenza di genere", spostare tale diagnosi dalla sezione dedicata ai disturbi mentali e comportamentali verso una sezione dedicata alla salute sessuale e mantenere, accanto alla diagnosi per gli adulti, una diagnosi per gli adolescenti e una diagnosi per i bambini prepuberi.

Come emerge da tali proposte i benefici del mantenimento di una diagnosi risultano connessi alla possibilità di garantire, primariamente, l'accesso alle cure dal momento che, una volta completata la rimozione di ogni diagnosi connessa all'identità di genere, vi è il rischio che venga reso ulteriormente difficile l'accesso ai trattamenti medico-sanitari per questa popolazione di soggetti e, in alcuni Paesi, vi è il rischio della perdita del sostegno economico (o, eventualmente, la copertura assicurativa, dove previsto) necessario per affrontare tali percorsi.

È su tali questioni che il presente contributo intende soffermarsi: nel prossimo paragrafo sarà ricostruita una breve storia della classificazione diagnostica dell'identità di genere; in seguito, sarà ripercorsa, molto brevemente, la storia delle classificazioni prodotte dal Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali (DSM) e della Classificazione statistica internazionale delle malattie e dei problemi sanitari (ICD) per definire le identità *transgender*; infine, saranno discusse le più recenti proposte a favore della de-patologizzazione delle identità *transgender* e le identità di genere non conformi in relazione alle questioni recentemente sollevate circa i processi di *stigma sociale* e *stigma strutturale*.

## 2. Breve storia della classificazione diagnostica dell'identità di genere

La produzione di modelli di indagine, teorizzazioni scientifiche e classificazioni diagnostiche connesse ai fenomeni concernenti le identità *transgender* e le identità di genere non conformi, all'interno delle società occidentali, ha avuto inizio durante la seconda metà del XIX secolo. Prima di questo periodo storico, infatti, non erano impiegati terminologie scientifiche per definire i concetti relativi alla sessualità o all'identità di genere; tuttavia, quando la medicina avvia una più sistematica indagine, i concetti di *omosessualità* e *identità di genere* vengono inizialmente giustapposti e considerati come intrinsecamente psicopatologici (Drescher, 2010; Kennedy, 1997) poiché in opposizione con il modello culturale fondato sul modello di genere binario<sup>8</sup>.

La definizione del concetto stesso di *omosessualità*, e il suo inquadramento diagnostico come patologia, è sostenuto, ad esempio, dallo psichiatra Krafft-Ebing, tra i primi a documentare i casi di individui che desiderano vivere come persone del "sesso opposto" e di altri individui che, invece, stanno già vivendo e comportandosi in un genere diverso dal sesso attribuito alla nascita. Nella sua *Psychopathia sexualis* (Krafft-Ebing, 1886), propone il concetto di "metamorfosi sessuale paranoide" per descrivere i casi di alcune persone che, intanto, iniziano ad inviargli delle lettere per condividere le proprie esperienze. Oltre a Krafft-Ebing, in tale momento storico, altri ricercatori tentano di individuare una spiegazione scientifica per giustificare tali esperienze approfondendo i concetti di *istinto* e *pulsione*, concetti a cui viene affidato il compito di spiegare questo rivolgimento dei sentimenti sessuali. Carl Westphal<sup>9</sup> propone il concetto di *conträre sexuellempfindung*, ipotizzando la presenza di una *sensibilità sessuale invertita*; Freud, nel 1905, propone una sua teoria della sessualità formalizzandola nei tre saggi sulla teoria sessuale; Havelock Ellis, infine, pubblica un saggio sul concetto di *inversione*

*sesto-estetica* nel 1913 e, successivamente, nel 1920, propone il concetto di *Eonismo*<sup>10</sup>. Gli scritti di questo periodo, in un contesto scientifico fortemente influenzato dalla diffusione del positivismo, affermati in epoca tardo ottocentesca, concorrono a definire l'omosessualità come un oggetto di interesse scientifico, iscrivendola all'interno dei dispositivi di sapere medici (Drescher, 2010), affermando la nascita del concetto di istinto e ne indagano le sue *deviazioni* per pervenire alla spiegazione di questi fenomeni (Davidson, 2001).

Solo grazie al lavoro di Magnus Hirschfeld viene operata una distinzione tra il desiderio "omosessuale", che si esprime quando le proprie preferenze sessuali sono rivolte verso persone del proprio stesso sesso, e il desiderio del soggetto *travestitista*, il quale, viceversa, desidera abbigliarsi, identificarsi ed essere riconosciuto come una persona di un genere diverso dal quello assegnato alla nascita. Tale elemento diagnostico è ripreso, successivamente, sia dall'opera di Benjamin (1966) che da quella di Caldwell (1949) all'interno della sua *Psychopathia trans-sexualis*. Caldwell, richiamandosi alla definizione di Krafft-Ebing, riconosce «l'esistenza di individui che desiderano essere membri del sesso a cui in effetti non appartengono».

Quando George Jorgensen, a partire dal 1951, inizia a sottoporsi a una serie di interventi chirurgici per modificare l'apparenza dei suoi caratteri genitali e modificare la propria identità anagrafica in quella di *Christine Jorgensen*, viene diffusa, su più vasta scala mondiale, la conoscenza dei fenomeni riguardanti le identità *transgender* e le identità di genere non conformi. La sua biografia, che appare nel 1967 a New York, nella quale racconta il suo viaggio verso la Danimarca e i suoi successivi interventi chirurgici, diventa presto una vera e propria "Bibbia" per le persone *transessuali*, ricevendo una copertura mediatica inimmaginabile (Vitelli et al., 2006), con l'effetto di mostrare una soluzione a tutti coloro che vivono questa condizione. Secondo Benjamin (1966), il transessuale "(Ts)", maschio o femmina è profon-

8. In molte culture il *genere* è stato concepito secondo un modello binario. Con modello binario si intende il fatto che esso è classificato attraverso due categorie discrete e separate tra loro che sono quella maschile e femminile, le entità che permettono di identificarsi come ragazza/donna o ragazzo/uomo. Per molte persone *transgender* il genere può essere vissuto e può esprimersi al di fuori delle categorizzazione binaria di genere (cfr. American psychological association, 2015).

9. Tale terminologia viene impiegata per spiegare il processo di perversione dell'istinto sessuale secondo cui «una donna è fisicamente una donna, ma psicologicamente un uomo, e, dall'altro lato, un uomo è fisicamente un uomo, ma psicologicamente una donna» (Westphal, 1870, cit. in Davidson, 2001).

10. Questo termine rinvia alla storia del Cavaliere d'Eon, un diplomatico francese che visse parte della sua vita come uomo e l'altra parte come donna. Secondo Ellis l'Eonista incarna, ad un grado estremo, l'attitudine estetica della imitazione *di*, ed identificazione *con*, l'oggetto desiderato. È normale per un uomo identificare se stesso con la donna che ama; l'Eonista spinge questa identificazione più in là, stimolato da un elemento di sensibilità e femminilità presente in lui stesso il quale è associato con una talvolta difettiva sessualità virile su base nevrotica.

damente infelice quando vive come membro del sesso concordante con la sua anatomia sessuale; sebbene il travestimento comporti un lenimento della sua condizione di sofferenza, il transessuale non si ferma su questo punto ma intende procedere chirurgicamente sul proprio corpo.

Con l'opera di Harry Benjamin (1966) vengono sancite le differenze tra il *transessualismo* dal *travestitismo* che, come vedremo, caratterizzano profondamente la classificazione manualistica di questa epoca e con l'opera di Stoller diviene possibile identificare le differenze tra i concetti di sesso e genere, dove con "sex" si indicano gli elementi maschili e femminili che appartengono al corpo anatomico e con "gender" si indica, viceversa, la dimensione sociale e culturale del sesso (Stoller, 1968). Così, durante gli anni '60-'85, l'intero discorso medico-clinico si occupa di individuare le caratteristiche diagnostiche per distinguere i "veri transessuali" da altre identità *transgender* e dai *travestiti*, condizioni rubricate, invece, nel novoro delle *parafilie*, decretando l'intervento chirurgico quale terapia di elezione per i soggetti transessuali.

In seguito, verso la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90, sulla scia di movimenti di numerosi attivisti, tra cui possiamo qui ricordare Virginia Prince, viene posto l'accento sui cambiamenti di "genere" piuttosto che sul cambiamento di "sesso", sottolineando l'aspetto simbolico che accompagna l'acquisizione di una nuova identità di genere. Si assiste, così, allo sviluppo di un modello che sostiene il processo di *coming out transgender* (Bockting & Coleman, 2007) e afferma l'importanza del riconoscimento dell'identità per la salute della persona *transgender*, e consentirà, così, in seguito, di mettere in luce i processi di stigma sociale rivolti nei confronti delle persone con identità di genere *transgender*, e le notevoli ricadute che questi possono avere sulla salute dell'individuo. Tale modello, di fatto, subentra al modello basato sul paradigma psicopatologico, secondo il quale l'identità *transgender* è connessa a disordini dello sviluppo dell'individuo, il quale, pertanto deve essere corretto e curato.

### 3. I criteri del DSM e dell'ICD: parallelismi e controversie

Le diagnosi sull'identità di genere risultano incluse per la prima volta all'interno del DSM nel 1980, con la terza edizione del manuale (DSM-III) nel quale vengono presentati i criteri diagnostici per definire il *transessualismo* e il *disturbo dell'identità di genere dell'infanzia*. I criteri diagnostici, inizialmente inseriti nella sezione dedicata ai disturbi psicosessuali sono spostati, in seguito, nel 1987, con l'uscita del DSM-III-R, nella sezione dedicata ai disturbi che

generalmente compaiono in infanzia e adolescenza. Nelle prime due edizioni del DSM, ovvero il DSM-I e il DSM-II, risalenti al 1952 e al 1968, non vengono affrontate le diagnosi riguardanti l'identità di genere, è presente unicamente una diagnosi di omosessualità e compare, nel DSM-II una diagnosi di *travestitismo*, all'interno della categoria delle deviazioni sessuali che non risulta specificamente caratterizzata dal punto di vista dei criteri diagnostici.

Recentemente, con il passaggio dalla diagnosi di *Disturbo dell'identità di genere* (DIG), introdotta dal DSM-IV del 1990, e l'introduzione della diagnosi di *Disforia di genere* nel DSM-5, definita come "un profondo sentimento di *disagio* e di *sofferenza* vissuto in relazione alla discrepanza, o incongruenza, tra la propria espressione di genere e il sesso assegnato alla nascita, al ruolo di genere ad esso associato e/o alle proprie caratteristiche anatomiche sessuali secondarie (American psychiatric association, 2013; Fisk, 1974; Knudson, De Cuyper, & Bockting, 2010), è possibile testimoniare gli avanzamenti sul piano del linguaggio, essendo stata eliminata la parola "disturbo", ed essendo stata svincolata, tale condizione, dalla *parafilia* e dai disturbi sessuali, sebbene risulti attualmente mantenuta una diagnosi di disforia di genere in infanzia.

Parallelamente a quanto avvenuto per il DSM, nell'ICD il termine *transessualismo* compare per la prima volta in occasione della pubblicazione del ICD-9 del 1975. Precedentemente, nelle prime due versioni del ICD (ICD-6 e ICD-7), pubblicate rispettivamente nel 1948 e nel 1955, trova posto unicamente una definizione generica di omosessualità che copre tutta la gamma di *deviazioni sessuali* fino a quando, con l'edizione successiva, l'ICD-8 del 1965, la diagnosi di omosessualità viene separata e resa autonoma con l'introduzione della diagnosi di *transvestitismo* (traducibile come *trans-vestitismo*) sebbene i criteri diagnostici non vengano chiariti ma rinviino al lavoro di Hamburger *et al.* (1953), ovvero i medici che avevano affrontato l'intervento su Christine Jorgensen (Drescher, 2014).

Nel 1975, con l'ICD-9, il primo ICD a essere tradotto in italiano, viene introdotta la diagnosi di *travestitismo*, che viene distinto dal *transessualismo* dal momento che, nel *travestitismo*, l'utilizzo di vestiti del genere opposto, ad esempio, viene inteso come generativo di un piacere e non come espressione del desiderio di assumere l'identità e il comportamento delle persone del sesso opposto. Viene riconosciuto, dunque, il livello dell'identità e del comportamento di genere, includendo tale diagnosi in una sezione che riguarda i disturbi sessuali e l'identità di genere.

In seguito, con l'ICD-10, è introdotta la diagnosi di *disturbo dell'Identità di genere* e vengono presentate cinque diagnosi: il *transessualismo*, il



travestitismo con doppio ruolo, il disturbo identità di genere dell'infanzia, altri disturbi dell'identità di genere, disturbo dell'identità di genere non specificato.

L'attuale proposta della Organizzazione mondiale della sanità, in attesa della pubblicazione del ICD-11, è quella di modificare la diagnosi di Disturbo dell'identità di genere in favore della diagnosi di *Incongruenza di genere*, la quale, anche in questo caso, dovrebbe consentire di ridurre la connotazione psicopatologica associata sull'utilizzo linguistico del termine *disturbo*. Nonostante ciò, restano alcune controversie, infatti, è in discussione quale debba essere la *collocazione* delle diagnosi connesse all'identità di genere. Attualmente è ipotizzata la possibilità di dislocare queste diagnosi dalla sezione dedicata ai disturbi mentali e comportamentali, a favore di una sezione dedicata alle diagnosi connesse alla *salute sessuale*. La classificazione dell'incongruenza di genere potrebbe essere considerata come una condizione di *interesse medico* e non psichiatrico/psicologico-clinico, venendo collocata, così, tra le *condizioni rare*, oppure all'interno della sezione dedicata alle *questioni endocrine*, oppure, ancora, nella sezione relativa all'*apparato uro-genitale*. Tali proposte, nonostante risolvano, in parte, le problematiche connesse alla allocazione delle diagnosi di genere, presentano delle limitazioni, dal momento che, ad esempio, non tutti coloro che si identificano in un'identità *transgender* o un'identità di genere non conforme scelgono di procedere a interventi medici o chirurgici (Winter, 2014). In tal senso, un'ulteriore ipotesi è quella di collocare le diagnosi riguardanti le identità di genere in una sezione simile al Settore XXI attualmente presente nel ICD-10. Tale sezione, dedicata ai «Fattori influenzanti lo stato di salute e il ricorso ai servizi sanitari», e che prevede l'impiego dei cosiddetti codici Z, consentirebbe di costruire una diagnosi collegando tra di loro capitoli diversi, permettendo un avanzamento nella direzione del processo di de-patologizzazione e de-stigmatizzazione delle incongruenze di genere, sostenendo le persone che stanno cercando un aiuto in relazione ad episodi di stigma e di discriminazione.

Altrettanto controverso è se vada mantenuta la diagnosi di *Incongruenza di genere per i bambini*, e la diagnosi di *feticismo da travestimento*. La diagnosi di Incongruenza di genere nell'infanzia può avere l'effetto di categorizzare come "psicopatologica" l'esperienza infantile in quei bambini prepuberi che manifestino dei comportamenti di genere non congruenti con le aspettative sociali relativamente al genere loro attribuito alla nascita, in una fase cruciale nella quale i bambini stanno facendo esperienza della loro identità, incorporando la loro identità di genere

all'interno di un senso di identità più ampio. Occorre sottolineare che se, per quanto attiene agli adulti, è di primaria importanza garantire l'accesso alle cure mediche, tale aspetto è relativamente secondario per quanto riguarda i bambini, dal momento che, non si presenta, generalmente, l'urgenza di avere accesso a servizi sanitari tali da rendere necessaria la presenza una specifica diagnosi.

In generale, a giudizio di un gruppo sempre maggiore di associazioni e di professionisti, sarebbe utile poter rimuovere queste diagnosi poiché esse rinforzano gli *stereotipi diffamatori* e hanno un grande impatto sulla salute delle persone che ricevono una diagnosi di questo tipo.

Resta dunque controverso stabilire se tali condizioni vadano considerate come dei disturbi mentali (Vitelli *et al.* 2013) dal momento che resta ancora da chiarire la questione relativa alle modifiche al proprio corpo che un soggetto può richiedere a prescindere dalla presenza di una diagnosi di disforia di genere, o in virtù della *medicalizzazione* di tali identità.

### 4. Le componenti transfobiche e i processi di stigma sociale e strutturale

Per comprendere quanto forti possano essere le interconnessioni tra l'esistenza di categorie diagnostiche classificate all'interno di un Manuale sui disturbi mentali, i processi di stigma sociale e i diritti umani, basti pensare ad alcune delle conseguenze sociali prodottesi in seguito alla rimozione della diagnosi di omosessualità a partire dalla sesta ristampa del DSM-II del 1973. Come sottolineato da Drescher (2012), in seguito alla de-patologizzazione dell'omosessualità, si osservò un processo di crescente *accettazione* nei confronti delle persone omosessuali e un vero e proprio cambiamento nelle credenze della comunità sociale nei confronti di questi soggetti.

In questo senso notevoli sono state le prese di posizione da parte delle più importanti organizzazioni civili mondiali come, ad esempio, il Parlamento europeo (2011) e il Consiglio d'Europa per i diritti civili (2009) che apertamente hanno sostenuto la de-patologizzazione delle identità di genere *transgender* dal ICD-11, sostenendo lo sviluppo di un clima di maggiore apertura sociale nei confronti della diversità e delle persone con identità *transgender* e per diminuire le componenti *trans-fobiche* presenti nella nostra cultura e contrastare i fenomeni di *stigma sociale* e *stigma strutturale*.

Con il termine transfobia può essere descritta una reazione di disgusto verso le persone che non si conformano alle aspettative sociali di genere. Secondo gli autori, tali reazioni emotive traggono origine dal *gen-*

*derismo*<sup>11</sup> che alimenterebbe la violenza *anti-transgender*, ovvero la violenza e la discriminazione nei confronti delle persone transessuali e *transgender* (Hill e Willoughby, 2005).

In tal senso, infatti, tristemente, un numero sempre maggiore di studi sta documentando la presenza e la diffusione di diversi tipi di violenza, stigma e discriminazione nei confronti di persone con identità di genere *transgender* (American psychological association, 2015, Grant *et al.*, 2011).

In alcuni casi è stato osservato come le esperienze traumatiche vissute dalle persone *transgender* possano comportare una serie di ostacoli per l'accesso ai servizi sanitari che supportano e sostengono il percorso *transgender* (Fredriksen-Goldsen *et al.*, 2014; Garofalo, Deleon, Osmer, Doll, & Harper, 2006), possono avere un impatto sulla salute sia innalzando i tassi di incidenza di condizioni depressive (Fredriksen-Goldsen *et al.*, 2014), facendo registrare l'aumento dei tassi di suicidio (Clements-Nolle, Marx, & Katz, 2006).

Lo stigma, invece, fa riferimento al processo di *relegamento ad uno status inferiore* e alla considerazione *negativa* che la società, collettivamente, assegna agli individui e ai gruppi associati a diversificate condizioni, *status* o attributi (Goffman, 1963; Herek, 2009). Più nello specifico, lo *stigma anti-transgender* si riferisce allo stigma rivolto agli individui che si identificano come *transgender* o transessuali proprio perché la loro espressione di genere differisce dalle norme di genere socialmente imposte. Lo stigma è costruito in 4 fasi: 1) scelta delle differenze che possono essere utilizzate per discriminare gli individui; 2) attribuzione degli stereotipi negativi a queste categorie artificiali; 3) distinzione tra stigmatizzati e non-stigmatizzati 4) perdita di *status* per l'individuo stigmatizzato che ha quali conseguenze quelle di attribuire una connotazione negativa ad un membro o ad un gruppo di una comunità tale da declassarlo ad un rango inferiore.

Attualmente sappiamo che i processi sociali stigma possono tramutarsi in fenomeni di *stigma strutturale*, o istituzionale, nei casi in cui essi si manifestano all'interno delle istituzioni sociali (Corrigan *et al.*, 2005). Hatzenbuehler & Link (2014) sostengono che la definizione di stigma strutturale deve riferirsi a quelle condizioni sociali, norme culturali e/o politiche istituzionali che limitano le opportunità, le risorse ed il benessere delle persone stigmatizzate. Lo stigma strutturale, dunque, perpetua differenze di *status* e di potere, operando anche in assenza del pregiudizio del singolo individuo membro di quella specifica istitu-

zione. In altre parole, è possibile che, sebbene il singolo individuo non abbia pregiudizi soggettivi rivolti alle identità *transgender*, l'istituzione possa portare a stigmatizzare queste identità, creando un conflitto tra le credenze soggettive e le logiche istituzionali. A questo proposito, Hatzenbuehler *et al.* (2009) hanno riscontrato che gli adulti LGBT che vivevano in Stati dove è assente una legislazione che tuteli dai crimini d'odio a sfondo omofobico o transfobico, presentano una prevalenza di disturbi psichiatrici significativamente più elevata di coloro che, al contrario, vivono in Stati dove questa regolamentazione è presente. In una ricerca ancora più recente, Hatzenbuehler *et al.* (2014) hanno riscontrato che negli uomini gay che vivevano in comunità con elevati livelli di stigma strutturale, il rischio di mortalità è più elevato rispetto a coloro che vivono in comunità con bassi livelli di stigma strutturale. Infine, in una recente ricerca di Duncan e Hatzenbuehler (2014), gli autori hanno rilevato che i giovani LGBT, residenti nei quartieri americani con elevati tassi di crimini d'odio omofobici e transfobici, riportano livelli più elevati di ideazione o tentativi suicidari rispetto ai coetanei LGBT che vivono in quartieri con tassi meno elevati di crimini d'odio della stessa tipologia.

Da questo punto di vista i vissuti di *disagio* e *sofferenza*, pure descritti dal DSM, possono essere interpretati come effetti secondari, ovvero una conseguenza, degli atti di violenza subiti e degli episodi traumatici sia individuali che legati allo stigma strutturale delle istituzioni.

## 5. Discussione

Il dibattito sollevatosi negli ultimi anni intorno alle questioni che riguardano la presenza di classificazioni diagnostiche che includono le variazioni delle identità di genere all'interno di manuali riguardanti la definizione della salute e delle patologie mentali, ha permesso di evidenziare gli aspetti complessi e le controversie, presenti in tali ambiti, mettendo a confronto tra loro opinioni diverse tra i professionisti della salute e i gruppi di attivisti che sostengono i diritti delle persone con identità *transgender* o identità di genere non conformi. La sfida posta alla comunità scientifica più allargata, è quella di valutare le diverse ipotesi al fine di adottare le migliori soluzioni linguistiche e tassonomiche che permettano di ridurre lo *stigma sociale e strutturale* associato alle diagnosi riguardanti le persone *transgender*. Le possibilità sono quelle di rimuovere o collocare diversamente tali dia-

11. Con *genderismo* può essere indicata una ideologia che porta a valutare negativamente tutte le identità che non risultano conformarsi ai generi previsti da una visione binaria (Valerio *et al.*, 2014).

gnosi all'interno delle sezioni o delle aree tematiche di questi manuali pur, allo stesso tempo, garantendo l'accesso ai servizi per la salute e garantire la copertura assicurativa, nei Paesi ove essa sia eventualmente prevista, per i trattamenti medico-sanitari (Drescher, 2014).

Come già altrove sottolineato (Valerio & Fazzari, 2012), sebbene tale dibattito sia stato spesso interpretato come una netta opposizione tra coloro che richiedono la completa abolizione di ogni diagnosi connessa all'identità di genere e coloro che, viceversa, pur opponendosi alla definizione di disturbo mentale, contestano il mantenimento di una diagnosi come garanzia per la tutela dell'accesso ai servizi sanitari e la copertura delle spese per i trattamenti medici, possiamo notare come, attualmente, siano stati fatti dei notevoli passi in avanti. Infatti, l'esperienza soggettiva delle persone *transgender* viene sempre più riconosciuta come una esperienza individuale e specifica, che richiede interventi individualizzati (WPATH, 2012), e allo stesso tempo viene portata l'attenzione al *corpo*, oltre che alla componente psicologica.

Secondo la tesi in suffragio dell'utilità di abolire le diagnosi connesse alle identità di genere, tali ipotesi è ritenuta, in tale fase, l'unica capace di ridurre il clima di pregiudizio e discriminazione nei confronti delle persone *transgender* e con identità di genere non conformi. Come sostenuto da Drescher *et al.* (2012), la comunità scientifica internazionale deve tenere in considerazione che la presenza di una diagnosi comporta, all'interno di una determinata cultura, un effetto di stigmatizzazione delle persone che ricevono tale diagnosi e che l'opportunità di ridurre al minimo gli effetti conseguenti ai processi di stigmatizzazione sono interconnessi, come abbiamo visto, ai processi di stigma sociale e di stigma strutturale. Nel caso specifico delle persone *transgender* la stigmatizzazione si traduce, molto spesso, in una marcata difficoltà di accesso ai servizi sanitari che può esporre le persone *transgender* a conseguenze particolarmente negative per la propria salute. Per esempio vi può essere un maggiore rischio di infezioni da HIV o altre malattie sessualmente trasmissibili, così come la messa in atto di comportamenti a rischio, in senso più ampio, come ad esempio l'acquisto clandestino di ormoni l'utilizzo dei quali, molto spesso utilizzati senza fare riferimento ad alcun tipo di prescrizione medica, può avere notevoli ricadute sul piano della salute oltre a comportare delle difficoltà per il riconoscimento legale del proprio stato di genere per quanto attiene ai documenti legali come il passaporto e la patente di guida. In tal senso, occorre considerare che i vissuti di *disagio* e *sofferenza*, pure descritti dal DSM, possono essere interpretati come effetti secondari e conseguenza, degli atti di violenza subiti e degli episodi traumatici sia individuali che legati allo stigma strut-

turale delle istituzioni.

Inoltre, attualmente, resta da comprendere quali siano le migliori decisioni da adottare nei confronti dei bambini, poiché il tentativo di modificare il comportamento durante l'infanzia, quando i bambini esprimono identità di genere varianti, al fine di ricondurli verso i canoni comportamentali ed espressivi del sesso e del genere attribuito alla nascita sono considerate, da un numero sempre maggiore di studiosi, come anti-scientifiche, anti-etiche e fuorvianti.

In conclusione, allo stato attuale delle nostre conoscenze, non possiamo che sottoscrivere i principi ispiratori che stanno attualmente guidando la revisione del ICD-11 sul piano delle diagnosi connesse alle identità di genere *transgender* e *gender non conforming*, i quali, auspicano, infatti, lo sviluppo di modelli orientati verso le *buone pratiche*, maggiormente sensibili nei confronti delle necessità, delle esperienze, dei diritti umani e consapevoli della vulnerabilità di questa popolazione, e che garantiscano un maggiore supporto per l'accesso a servizi di cura di alta qualità (Drescher, Cohen-Kettenis & Winter, 2012). Occorre, dunque, che tutti lavorino per lo sviluppo di quei modelli che maggiormente riflettono le evidenze scientifiche più aggiornate e che, soprattutto, siano in grado di integrare tra loro le istanze complesse, e talvolta *controverse*, di questo ambito dell'esperienza umana.

## Bibliografia

- American, Psychiatric Association. (1980). *Diagnostic and statistical manual of mental disorders* (3rd ed.). Washington, DC: Author.
- American, Psychiatric Association. (2000). *Diagnostic and statistical manual of mental disorders* (4th ed., text rev.). Washington, DC: Author.
- American, Psychiatric Association. (2013). *Diagnostic and statistical manual of mental disorders* (5th ed.). Arlington, VA: *American Psychiatric Publishing*.
- American, Psychological Association. (2012). *Guidelines for psychological practice with lesbian, gay, and bisexual clients*. *American Psychologist*, 67, 10–42. <http://dx.doi.org/10.1037/a0024659>
- American, Psychological Association Task Force on Gender Identity and Gender Variance. (2009). *Report of the task force on gender identity and gender variance*. Washington, DC: Author. Consultabile all'indirizzo (15 Giugno 2016): <http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/policy/gender-identity-report.pdf>.
- American, Psychological Association. (2015). *Guidelines for Psychological Practice with Transgender and Gender Nonconforming People*. Ame-

- rican Psychologist, 70 (9), 832-864. doi: 10.1037/a0039906.
- Benjamin, H. (1953). *Transvestims and transsexualism*, *International Journal of Sexology*, 7:1, 12.
- Benjamin, H. (1966). *The transsexual phenomenon*, The Julian Press: New York
- Bockting, W. O. (2009a). *Are Gender Identity Disorders Mental Disorders? Recommendations for Revision of the World Professional Association for Transgender Health's Standards of Care*. *International Journal of Transgenderism*, 11, 1.
- Bockting, W. O. (2009b). Editorial. *Transforming the paradigm of transgender health: a field in transition*, *Sexual and Relationship Therapy*, 4, 2, 103-107.
- Bockting, W. O., & Coleman, E. (2007). *Developmental stages of the transgender coming-out process*. In R. Ettner, S. Monstrey, & A. Eyler (Eds.), *Principles of transgender medicine and surgery* (pp. 185-208). New York, NY: Haworth.
- Bockting, W. O., Ehrbar R.D. (2005). *Commentary: gender variance, dissonance, or identity disorder?*, *Journal of Psychology and Human Sexuality*, 17, 125-134.
- Butler, J. (1990). *Gender trouble and the subversion of identity*. New York, NY: Routledge.
- Butler, J. (2004), *La disfatta del genere*. Meltemi: Roma
- Burke, M. (2011). *Resisting Pathology: GID and the contested terrain of diagnosis in the transgender rights movement*. In P. J. McGann, D. J. Hutson (Eds.), *Sociology of diagnosis. Advances in medical sociology*, Volume 12, (pp.183-210). Michigan: Emerald.
- Cauldwell D. O. (1949), *Psychopathia transsexualis*, *Sexology*, Magazine 16, 274-280.
- Clements-Nolle, K., Marx, R., & Katz, M. (2006). *Attempted suicide among transgender persons: The influence of gender-based discrimination and victimization*. *Journal of Homosexuality*, 51, 53-69. [http://dx.doi.org/10.1300/J082v51n03\\_04](http://dx.doi.org/10.1300/J082v51n03_04).
- Consiglio d'Europa (2009). *Issue paper: Human Rights and Gender Identity*. <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1476365&direct=true>.
- Corrigan, P. W., Watson, A. C., Heyrman, M. L., Warpinski, A., Gracia, G., Slopen, N., & Hall, L. L. (2005). *Structural stigma in State legislation*. *Psychiatric Services*, 56(5), 557-563.
- Davidson, A. I. (2001). *L'emergenza della sessualità: epistemologia storica e formazione dei concetti*. Trad. it., Quodlibet: Macerata, 2010.
- Devor, A. H. (2004). *Witnessing and mirroring: A fourteen-stage model of transsexual identity formation*. *Journal of Gay & Lesbian Psychotherapy*, 8, 41-67.
- Drescher, J. (2010). *Queer diagnoses: parallels and contrast in the history of homosexuality, gender variance, and the diagnostic and statistical manual*, *Archives of Sexual Behaviour*, 39, 427-460.
- Drescher, J. (2014). *Controversies in gender diagnosis*. *LGBT Health*, 1, 10-14. <http://dx.doi.org/10.1089/lgbt.2013.1500>.
- Drescher, J., & Byne, W. (Eds.). (2013). *Treating transgender children and adolescents: An interdisciplinary discussion*. New York, NY: Routledge.
- Drescher, J., Cohen-Kettenis, P., Winter, S., (2012). *Minding the Body: Situating Gender Identity Diagnoses in the ICD-11*, *International Review of Psychiatry* 24, No. 24 (6): 568-577.
- Duncan, D. T., & Hatzenbuehler, M. L. (2014). *LGBT hate crimes and suicidality among sexual minority youths in Boston*. *American Journal of Public Health*, 104, 272-278.
- Fredriksen-Goldsen, K. I., Cook-Daniels, L., Kim, H. J., Erosheva, E. A., Emlet, C. A., Hoy-Ellis, C. P., Muraco, A. (2014). *Physical and mental health of transgender older adults: An at-risk and underserved population*. *The Gerontologist*, 54, 488-500. <http://dx.doi.org/10.1093/geront/gnt021>.
- Garofalo, R., Deleon, J., Osmer, E., Doll, M., & Harper, G. W. (2006). *Overlooked, misunderstood, and at-risk: Exploring the lives and HIV risk of ethnic minority male-to-female transgender youth*. *Journal of Adolescent Health*, 38, 230-236. <http://dx.doi.org/10.1016/j.jadohealth.2005.03.023>.
- Goffman, E. (1963). *Stigma. L'identità negata*: Verona: Ombre Corte, 2003.
- Grant, J. M., Mottet, L. A., Tanis, J., Harrison, J., Herman, J. L., & Kiesling, M. (2011). *Injustice at every turn: A report of the national transgender discrimination survey*. Washington, DC: National Center for Transgender Equality & National Gay and Lesbian Task Force. Consultabile all'indirizzo (visualizzato il 15 Giugno 2016) [www.thetaskforce.org/static\\_html/downloads/reports/reports/ntds\\_full.pdf](http://www.thetaskforce.org/static_html/downloads/reports/reports/ntds_full.pdf).
- Hatzenbuehler M. L., Keyes K. M., & Hasin D. S. (2009). *State-level policies and psychiatric morbidity in lesbian, gay, and bisexual populations*. *American Journal of Public Health*, 99(12), 2275-2281.
- Hatzenbuehler, M. L., & Link, B. G. (2014). *Structural Stigma and the Health of Lesbian, Gay, and Bisexual Populations*. *Current Directions in Psychological Science*, 23(2), 127-132.
- Hatzenbuehler, M. L., McLaughlin, K. A., Keyes, K. M., & Hasin, D. S. (2010). *The impact of institutional discrimination on psychiatric disorders in lesbian, gay, and bisexual populations: A prospective study*. *American Journal of Public Health*, 100(3), 452-459.
- Herek, G. M. (2009). *Sexual Stigma and Sexual Prejudice in the United States: A Conceptual Framework*. In D. A. Hope (Eds.), *Contemporary Per-*

*spectives on Lesbian, Gay, and Bisexual Identities* (pp. 65–111). New York: Springer.

Hill, D. B., Willoughby, B. L. B. (2005). *The development and validation of the Genderism and Transphobia Scale*. *Sex Roles*, 53(7-8), pp. 531-544.

Knudson, G., De Cuypere, G., & Bockting, W. O. (2010). *Recommendations for revision of the DSM diagnoses of gender identity disorders: Consensus statement of the World Professional Association for Transgender Health*. *International Journal of Transgenderism*, 12, 115–118. <http://dx.doi.org/10.1080/15532739.2010.509215>.

Krafft-Ebing von, R. (1931). *Psychopathia sexualis* (1931), Milano: Carlo Manfredi Editore (1966).

Meyer, I. H. (2003). *Prejudice, social stress, and mental health in lesbian, gay, and bisexual populations: conceptual issues and research evidence*. *Psychol Bull.*, 129(5):674-97.

Meyer-Bahlburg, H. F. L. (2010), *From mental disorder to iatrogenic hypogonadism: dilemmas in conceptualizing gender identity variants as psychiatric conditions*, *Archives of Sexual Behavior*, 39, 461-476.

Parlamento Europeo (2011). *Risoluzione del Parlamento europeo del 28 settembre 2011 sui diritti umani, l'orientamento sessuale e l'identità di genere nel quadro delle Nazioni Unite*.

Stoller, R. (1968). *Sex and gender: On the development of masculinity and femininity*, Karnak Books, London, New York, Science House, New York.

Turner, L., Whittle, S., Combs, R. (2009). *Transphobic hate crime in the European Union*. Brussels: International Lesbian and Gay Association. Consultabile all'indirizzo (visualizzato il 15 Giugno 2016): [www.ilga-europe.org/sites/default/files/transphobic\\_hate\\_crime\\_in\\_the\\_european\\_union\\_o.pdf](http://www.ilga-europe.org/sites/default/files/transphobic_hate_crime_in_the_european_union_o.pdf).

Valerio, P., Bottone, M., Galiani, R., Vitelli, R. (Eds.). *Il transessualismo. Saggi psicoanalitici*, Milano: FrancoAngeli.

Valerio, P., Fazzari, P. (2012). *Alcune note sul "fenomeno transessuale" oggi: un disturbo da de-patologizzare?* Milano: Mimesis.

Valerio, P., Vitelli, R., Romeo, R., Fazzari, P. (2013).

*Figure dell'identità di genere*. Milano: FrancoAngeli.

Vitelli, R., Bottone, M., Sisci, N. e Valerio, P. (2006). *L'identità transessuale tra storia e clinica: quale intervento per quale domanda*, in Rigliano, P., Graglia, M. (Eds.), *Gay e Lesbiche in Psicoterapia*, (281-322), Milano: Raffaello Cortina Editore.

Vitelli, R., Fazzari, P., Valerio, P. (2013). *Le varianti di genere e la loro iscrizione nell'orizzonte del sapere medico-scientifico: la varianza di genere è un disturbo mentale? Ma cos'è, poi, un disturbo mentale?* In F. Corbisiero F. (Eds.), *Comunità omosessuali. Le scienze sociali sulla popolazione LGBT*, (pp.221-243). Milano: FrancoAngeli.

Vitelli, R., Valerio, P. (2013). *Sesso e genere*. Milano: FrancoAngeli.

Winter, S. (2014). *Gender Troubles: What's Wrong With the WHO Proposal for Gender Incongruence in Childhood*. Consultabile all'indirizzo (visualizzato il 15 Giugno 2016): <https://gidreform.wordpress.com/2014/07/17/gender-troubles-whats-wrong-with-the-who-proposal-for-gender-incongruence-in-childhood-by-dr-sam-winter>.

WPATH (World Professional Association for Transgender Health), Board of Directors (2010). *De-psychopathologisation statement released May 26, 2010*.

WPATH (World Professional Association for Transgender Health) (2012). *Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender and Gender Non Conforming People*, 7th Version. Consultabile all'indirizzo (visualizzato il 15 Giugno 2016): [www.wpath.org/uploaded\\_files/140/files/Standards%20of%20Care,%20V7%20Full%20Book.pdf](http://www.wpath.org/uploaded_files/140/files/Standards%20of%20Care,%20V7%20Full%20Book.pdf).

World Health Organization (2007). *International Classification of Diseases*, 10th edition (ICD-10). Consultabile all'indirizzo (visualizzato il 15 Giugno 2016): [www.who.int/classifications/apps/icd/icd10online](http://www.who.int/classifications/apps/icd/icd10online).

Zito, E., Valerio, P. (2010). *Corpi sull'uscio identità possibili*, Napoli: Filema.

Zucker, K. J., & Bradley, S. J. (1995). *Gender identity disorder and psychosexual problems in children and adolescents*. New York, NY: Guilford Press.

## Il giudice nel procedimento di rettificazione del sesso: una funzione ormai superata o ancora attuale?

di Luigi Ferraro

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 221/2015, non ritenendo più indispensabile l'intervento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica del sesso, ha affidato al magistrato la valutazione finale sulla sua effettiva necessità.

Il contributo, pertanto, intende riflettere sulla funzione dell'Autorità giudiziaria nel procedimento di rettificazione sessuale, come prevista dalla legge n. 164/1982 e oggi ancora di più implementata dalla decisione della Consulta.

Tale riflessione viene proposta anche nella prospettiva comparata, tenendo conto di un ordinamento, come quello spagnolo, che invece nella *Ley n. 3/2007* ha inteso seguire il procedimento amministrativo ai fini del cambiamento del sesso.

### 1. Il ruolo del giudice nel procedimento di rettificazione del sesso

Il procedimento di rettificazione del sesso è disciplinato in Italia dalla legge n. 164, del 14 aprile 1982, che rappresenta uno dei primi tentativi in Europa di regolamentare un fenomeno complesso come quello del transessualismo<sup>1</sup>. Di recente, con il d.lgs n. 150, del 1 settembre 2011, questa disciplina ha subito talune modifiche che non ne ha modificato l'impostazione di base. Ciò è vero soprattutto per la scelta del nostro legislatore di affidare all'Autorità giudiziaria il controllo della rettificazione anagrafica del sesso, quando, al contrario, taluni ordinamenti comparati – si pensi a quello spagnolo, come si vedrà più avanti – hanno assegnato all'Autorità amministrativa il governo di tale procedimento. Queste nuove soluzioni

normative a livello europeo inducono perciò a riflettere sulla scelta del nostro Paese, per verificarne problematicamente la sua attualità nella prospettiva del diritto costituzionale.

Lo stesso d.lgs 150/2011, del resto, a distanza di quasi trent'anni, ha confermato l'opzione del legislatore del 1982 a favore della soluzione giudiziaria. Tant'è vero che ai sensi dell'art. 31, 1° comma, il decreto delegato recita: «le controversie aventi ad oggetto la rettificazione di attribuzione di sesso [...] sono regolate dal rito ordinario di cognizione»; la competenza in materia è affidata al Tribunale in composizione collegiale (2° comma) e il procedimento deve essere introdotto dall'interessato con atto di citazione da notificare al coniuge e ai propri figli (3° comma)<sup>2</sup>.

Sicuramente, uno dei passaggi più delicati nel procedimento di rettificazione anagrafica del sesso è rappresentato dalla sentenza con cui il Tribunale au-

1. Ancor prima della legge italiana si rammentano, per la loro importanza, la disciplina tedesca del *Transsexuellengesetz*, cioè la «Legge sul cambiamento dei prenomi e sulla determinazione dell'appartenenza sessuale in casi particolari», del 10 settembre 1980, e la legge svedese, del 21 aprile 1972, sulla determinazione del sesso in casi stabiliti. Per entrambe le leggi v. P. Stanzione, in *Rassegna di diritto civile*, 1980, pp. 1226 ss.

2. Per l'originario procedimento di cui all'art. 2, della legge 164/1982, ora abrogato dal suddetto decreto legislativo, cfr. S. Patti, M.R. Will, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, Padova, 1986, pp. 24 ss.

torizza la persona transessuale all'intervento chirurgico (4° comma). Anche in questo caso, come appare evidente, il giudice svolge un ruolo decisivo, peraltro, ulteriormente rafforzato dalla recente pronuncia n. 221/2015 della Corte costituzionale che – non riconoscendo il trattamento medico-chirurgico quale presupposto indispensabile per il mutamento del sesso – ha affidato sempre all'Autorità giudiziaria l'apprezzamento finale sull'effettiva necessità dell'intervento operatorio da parte dell'interessato<sup>3</sup>.

Al fine di una valutazione complessiva sulla funzione giurisdizionale nel procedimento *de quo*, quest'ultima decisione del giudice delle leggi merita allora di essere approfondita nelle sue inevitabili conseguenze sulla citata sentenza di autorizzazione del Tribunale, già oggetto per il passato di attenzione dottrinale e giurisprudenziale.

## **2. La sentenza di autorizzazione all'intervento chirurgico**

È opportuno innanzitutto citare testualmente il richiamato 4° comma, art. 31, d.lgs 150/2011, per il quale: «Quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato. Il procedimento è regolato dai commi 1, 2 e 3», cioè secondo il rito ordinario di cognizione.

Prima della decisione n. 221/2015 della Corte costituzionale si è molto discusso in termini problematici sulla necessità della sentenza di autorizzazione all'intervento, con contrapposti indirizzi dottrinali e giurisprudenziali. Secondo un primo orientamento, poiché la decisione sul trattamento medico-chirur-

gico attiene alla sfera di autodeterminazione dell'interessato in forza degli atti di disposizione che devono essere compiuti sul proprio Corpo, il magistrato allora nella sentenza di autorizzazione deve limitarsi ad «accertare l'esistenza della volontà del soggetto, attraverso una indagine assistita dalla scienza, sui fattori psicologici» del transessuale<sup>4</sup>. Naturalmente, partendo da un'interpretazione dell'art. 5 cod. civ. «ispirata ai valori personalistici» della Costituzione<sup>5</sup>, tale indirizzo presuppone che in questi casi gli atti di disposizione del proprio Corpo non devono considerarsi illeciti in base alla loro natura terapeutica, *ex art. 32 Cost.* (Corte cost., sent. n. 161/1985), per cui l'intervento chirurgico rientrerebbe nell'autonomia di decisione della persona comportando, di conseguenza, anche la non indispensabilità della relativa sentenza di autorizzazione<sup>6</sup>.

Paradigmatico, sul punto, è il caso portato all'attenzione della Corte di appello di Genova, dal momento che l'interessato era sottoposto all'intervento chirurgico senza aver richiesto l'autorizzazione al Tribunale. Il giudice dell'appello – riformando la sentenza di primo grado – ha avuto modo di sostenere che «l'adeguamento dei caratteri esterni d'ordine sessuale, della persona, mediante trattamento chirurgico effettuato *senza la preventiva autorizzazione* (corsivo nostro) non può precludere il riconoscimento del diritto alla propria identità sessuale, e pertanto va dichiarata l'ammissibilità della domanda di rettificazione del nome e dell'attribuzione del sesso»<sup>7</sup>. Tale decisione è stata motivata dalla Corte genovese, oltre che con la natura terapeutica del trattamento medico-chirurgico, anche con la peculiarità della fattispecie, in quanto nel caso *de quo* si trattava di un intervento operatorio già effettuato. Pertanto, piuttosto che richiamarsi all'art. 3, legge 164/1982

3. Corte costituzionale, sent. n. 221/2015, punto 4.1 del *Considerato in diritto*.

4. In questo senso cfr. R. Ciliberti, *La rettificazione di attribuzione di sesso: aspetti giuridici*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2001, 354 s., che richiama Trib. Sanremo 07.10.1991, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1992, p. 242.

5. In tal senso cfr. L. Chieffi, *Libertà di cura e divieto di accanimento terapeutico*, in L. Chieffi, A. Postigliola (a cura di), *Bioetica e cura*, Milano-Udine, 2014, 190, il quale precisa come le disposizioni codicistiche siano state «immesse nel nostro ordinamento giuridico in presenza di un diverso orientamento politico e culturale, precedente alla nascita dello Stato repubblicano, in cui risultava invece prevalente un'impostazione informata alla doverosità di mantenersi in buona salute».

6. Sull'autorizzazione giudiziale quale presupposto non indispensabile per la rettificazione anagrafica v. A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, Milano, 2013, 57; egualmente S. Patti, *Transessualismo* (voce), in *Digesto delle Discipline Privatistiche, sez. civile*, Torino, 1999, p. 425, evidenzia come l'autorizzazione del Tribunale abbia «acquistato nella prassi carattere facoltativo». In riferimento al divieto per gli atti di disposizione del proprio Corpo *ex art. 5 cod. civ.*, G. Palmeri, M.C. Venuti, *Il transessualismo tra autonomia privata e indisponibilità del corpo*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 4, 1999, p. 1350, sostengono che «la libera esplicazione della persona non può soffrire un limite generale qual è quello dell'indisponibilità del Corpo e dei diritti della personalità, che si riflette sulla possibilità stessa di decidere come orientare le proprie scelte in conformità al proprio vissuto e al proprio modo di essere».

7. Corte App. Genova 23.04.1990, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 3, 1991, pp. 554 ss., con commento di S. Boccaccio, *Mutamento di sesso ed autorizzazione preventiva*. In senso conforme a questa decisione v. Trib. Milano 05.10.2000, Trib. Vicenza 02.08.2000, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2001, rispettivamente pp. 1497 ss. e pp. 220 ss., e Trib. Salerno 05.03.1998, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1998, pp. 1057 ss.

(ora art. 31, 4° comma, d.lgs 150/2011), secondo cui l'autorizzazione deve essere prestata in funzione di un trattamento medico ancora da effettuare, la Corte d'Appello ha ritenuto invece applicabile l'art. 1, della stessa legge, a mente del quale il giudice può adottare una sentenza per la rettificazione del sesso «a seguito di *intervenute modificazioni* (corsivo nostro) dei suoi caratteri sessuali». In breve, il trattamento chirurgico già eseguito, seppure in modo non autorizzato, aveva prodotto quelle modificazioni dei caratteri sessuali richieste dall'art. 1, legge 164/1982, tali da consentire il riconoscimento da parte del magistrato della rettificazione anagrafica<sup>8</sup>.

Alla luce di tale orientamento giurisprudenziale parte della dottrina ha sostenuto che, «sebbene la procedura ordinaria preveda l'autorizzazione preventiva al trattamento medico-chirurgico, non è detto che sempre e comunque si debba seguire questo tracciato»<sup>9</sup>; dunque, almeno nelle ipotesi in cui la persona abbia già eseguito l'intervento operatorio, non risulta indispensabile il sindacato giurisdizionale in funzione autorizzatoria. In ogni caso l'autorità giudiziaria dovrà comunque verificare gli esiti del trattamento per accertare le intervenute modificazioni dei caratteri sessuali.

Accanto a tale indirizzo, tuttavia, se ne registra un altro esattamente opposto, anche se minoritario, secondo cui il giudice deve valutare – attraverso l'autorizzazione – «l'effettiva sussistenza dello scopo terapeutico dell'intervento» operatorio; «infatti potrebbe pur sempre emergere che la conversione chirurgica del sesso» non garantisca un «effettivo stato di benessere psico-fisico» capace di giustificare il trattamento medico. Se a ciò si aggiunge che in situazioni di questo tipo «verrebbe in gioco, prima ancora del fine terapeutico, la necessaria osservanza dei limiti imposti dal rispetto della persona umana (art. 32.2 Cost.)» ne consegue – in base a quest'indirizzo e in una situazione esattamente identica a quella precedente, cioè di intervento operatorio già effettuato pur senza autoriz-

zazione – che la domanda di rettificazione anagrafica deve essere «respinta, perché nel nostro ordinamento quando l'adeguamento dei caratteri sessuali richiede il trattamento medico-chirurgico, è inderogabilmente necessaria l'autorizzazione giudiziale preventiva»<sup>10</sup>.

In entrambi gli orientamenti appare evidente il ruolo del magistrato. Nel primo caso è compito dell'autorità giudiziaria verificare, a seguito dell'intervento operatorio già effettuato, seppure senza autorizzazione, che siano intervenute le modificazioni dei caratteri sessuali, ai sensi dell'art. 1, l. 164/1982; nel secondo caso la valutazione del magistrato deve essere prognostica, nel senso che in sede di autorizzazione – e perciò in via preventiva – si dovranno accertare i presupposti legislativi che consentono di procedere alla terapia chirurgica, innanzitutto in relazione al profilo psicologico dell'interessato.

### 3. La sent. n. 221/2015 della Corte costituzionale e i suoi effetti sulla decisione di autorizzazione

Come si è già anticipato, riguardo l'iter di rettificazione del sesso è intervenuta di recente la Corte costituzionale, con la pronuncia n. 221/2015, che ha ribadito il ruolo del giudice in quel procedimento. La Consulta è stata chiamata a giudicare della legittimità costituzionale del suddetto art. 1, l. 164/1982, in tema di indispensabilità del trattamento medico-chirurgico ai fini delle modificazioni dei caratteri sessuali. Partendo da un «concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato» non più comprensivo soltanto degli organi genitali esterni, ma anche degli «elementi di carattere psicologico e sociale» (Corte cost., sent. n. 161/1985, punto 4 del *Considerato in diritto*), il giudice delle leggi è arrivato ora a sostenere con la decisione del 2015 che l'intervento chirurgico non deve considerarsi inderogabile per la rettificazio-

8. Secondo A. Venturelli, *Volontarietà e terapeuticità nel mutamento dell'identità sessuale*, in *Rassegna di diritto civile*, n. 3, 2008, pp. 772 ss., nel caso ora descritto non si può negare la rettificazione del sesso anche in ragione dell'art. 6, l. 164/1982, che «permette di ottenere la rettificazione a coloro che, prima dell'entrata in vigore della legge, si siano sottoposti all'intervento medico-chirurgico».

9. Così P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2007, pp. 75 s. L'A. ritiene che nell'ipotesi all'esame della Corte d'Appello di Genova si sia formato «un «diritto vivente» sostanzialmente univoco e non audace: la prevalente giurisprudenza ritiene insomma che [...] non si possa comunque negare all'interessato la rettifica dell'attribuzione di sesso nei registri dello stato civile», individuandone lo stesso A. anche le ragioni (p. 65 s.). Sempre per un'illustrazione dei motivi relativi alla non indispensabilità dell'autorizzazione giudiziale v. Trib. Pistoia 24.05.1996, in *Foro Italiano*, n. 5, 1997, pp. 1646 ss., con nota di C. Arcangeli, *In tema di procedimento di rettificazione di sesso*.

10. Indirizzo del Trib. Brescia, 15.10.2004, in *Famiglia e diritto*, n. 5, 2005, 527 ss., con commento critico di P. Veronesi, *Cambiamento di sesso tra (previa) autorizzazione e giudizio di rettifica*. In modo conforme alla sentenza del Trib. Brescia, seppure con qualche riserva, v. M. Dogliotti, *Transessualismo (profili giuridici)*, in *Novissimo Digesto italiano, Appendice*, Torino, 1987, vol. VII, p. 791. È significativo quanto sostenuto anche dal Trib. La Spezia 25.07.1987, secondo cui «il giudice è investito del completo esame del merito della autorizzazione richiesta [...]. Altrimenti [...] l'autorizzazione da richiedersi e da deliberarsi si tradurrebbe in un mero formale accertamento di transessualismo», in R. Ciliberti, *La rettificazione di attribuzione di sesso: aspetti giuridici*, cit., p. 355.



ne anagrafica, nonostante una prevalente giurisprudenza di merito di indirizzo opposto<sup>11</sup>. La Consulta è addivenuta a tale conclusione seguendo il canone della interpretazione conforme a Costituzione; in particolare, si è richiamata ai diritti della persona, cioè alla sfera di autodeterminazione del singolo, al suo diritto alla salute e all'identità di genere, che per l'appunto inducono a ritenere non necessario l'intervento operatorio in ragione dell'assenza nel testo di legge di ogni riferimento alle modalità (chirurgiche o ormonali) necessarie per la modifica dei caratteri sessuali (Corte cost., sent. n. 221/2015, punto 4.1 del *Considerato in diritto*)<sup>12</sup>. La non indispensabilità è ancora più vera in relazione ad un trattamento chirurgico particolarmente invasivo, oltre che potenzialmente incompatibile con talune situazioni soggettive quali l'età, le patologie pregresse, ecc.

L'unico caso in cui tale trattamento può considerarsi irrinunciabile è quello della «divergenza tra il sesso anatomico e la psicosessualità [...] tale da determinare un atteggiamento conflittuale e di rifiuto della [...] morfologia anatomica» da parte dell'interessato (sent. n. 221/2015, punto 4.1 del *Considerato in diritto*). Nel contesto prospettato dalla Corte costituzionale, per cui l'intervento chirurgico «costituisce solo una delle possibili tecniche per realizzare l'adeguamento dei caratteri sessuali», emerge allora che deve essere affidato «all'*apprezzamento del giudice* (corsivo nostro) [...] l'effettiva necessità dello stesso [cioè dell'intervento chirurgico], in relazione alla specificità del caso concreto» (punto 4.1 del *Considerato in diritto*).

È palese come quest'ultima decisione del giudice delle leggi abbia attribuito all'autorità giudiziaria un ruolo particolarmente delicato, dal momento che

dovrà valutare la necessità della terapia medico-chirurgica nel procedimento di mutamento del sesso. La possibilità che tale tipo di intervento non debba più considerarsi indispensabile ha dunque interrotto il nesso funzionale tra quest'ultimo e la rettificazione anagrafica, andando ad incidere così su tutto il dibattito di cui prima si è dato conto circa l'obbligatorietà dell'autorizzazione giudiziale preventiva.

Difatti, se si considera colui che avanza la richiesta di cambiamento del sesso senza voler subire la terapia chirurgica per ragioni di età o di patologie personali, questi sarà nelle condizioni previste dalla Consulta e, quindi, potrà evitare il trattamento medico e ottenere subito la rettificazione anagrafica. In questo caso, pertanto, non si porrà alcun problema di richiesta della sentenza di autorizzazione<sup>13</sup>.

Allo stesso modo, nell'ipotesi di una persona transessuale che chiede la rettificazione *prima di intervento operatorio*, pur non versando questa volta in condizioni fisiche ostative al trattamento, il giudice ne dovrà verosimilmente accogliere l'istanza senza la sentenza di autorizzazione. La Corte costituzionale, infatti, con la sua ultima decisione ha implementato il profilo psicologico quale fattore costitutivo del sesso, tanto da valutare la disposizione impugnata come «l'approdo di un'evoluzione culturale ed ordinamentale volta al riconoscimento del diritto all'identità di genere quale elemento costitutivo del diritto all'identità personale», che è poi uno dei principali presupposti argomentativi della pronuncia della Consulta (sent. n. 221/2015, punto 4.1 del *Considerato in diritto*)<sup>14</sup>. Se a tale tipo di valutazione si aggiunge che il giudice delle leggi ha ritenuto effettivamente necessaria la modificazione chirurgica dei caratteri sessuali in particolare nell'ipotesi di *dissociazione conflittuale*

11. Per la giurisprudenza di merito maggioritaria, ad es.: Trib. Potenza 20.02.2015; Trib. Vercelli 27.11.2014; Trib. Catanzaro 30.04.2014; Corte App. Bologna 22.02.2013; circa l'indirizzo giurisprudenziale minoritario, cioè favorevole a considerare l'intervento medico-chirurgico come non necessario, ad es.: Trib. Roma 07.11.2014; Trib. Messina 04.11.2014; Trib. Siena 12.06.2013; Trib. Rovereto 03.05.2013. Per un elenco delle diverse pronunce cfr. A. Nocco, *Rettificazione di attribuzione di sesso solo previo intervento chirurgico? La parola alla Consulta*, in questa *Rivista*, 4 marzo 2015, pp. 2 s.; per la ricerca giurisprudenziale, v. altresì il sito [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

12. Secondo B. Pezzini, *Transessualismo, salute e identità sessuale*, in *Rassegna di diritto civile*, 1984, pp. 470 ss., il diritto da considerarsi prevalente in questa fattispecie è quello alla salute, così che l'autorizzazione del Tribunale porta a configurare «il diritto di autogestione della propria salute [...] come un "diritto limitato" il cui esercizio è condizionato alla preventiva rimozione del limite ad opera dell'autorizzazione dell'a.g.». Tuttavia, continua l'A.: se il trattamento sanitario *de quo* si fonda sul diritto alla salute e sulla «disponibilità di esso da parte del suo titolare quando incida nella sfera esclusivamente soggettiva, la prospettiva legislativa appare inaccettabile, perché prevede un'autorizzazione per l'esercizio di un diritto che è invece nella piena disponibilità del soggetto».

13. Per il dibattito dottrinario precedente alla sent. n. 221/2015 cfr. M. Botton, *Sesso, identità e nome nel mondo transessuale*, in *Famiglia e diritto*, n. 2, 2007, 118 s., secondo cui «l'autorizzazione al trattamento costituisce un diritto» che si fonda sull'identità personale, ex art. 2 Cost., e sul diritto alla salute, ex art. 32 Cost.

14. Relativamente al tema dell'identità di genere v. F. Bilotta, *Transessualismo* (voce), in *Digesto delle Discipline Privatistiche (Aggiornamento)*, Torino, 2013, 737 s., e P. Stanzone, *Transessualità* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, XLIV, Milano, 1992, 875. Sul sesso «come elemento complesso della personalità» v. B. Pezzini, *Transessualismo, salute e identità sessuale*, cit., pp. 465 s.; difatti, per l'A. il sesso è «determinato da una serie di fattori: patrimonio cromosomico, caratteri sessuali primari e secondari, orientamento psicologico, orientamento e comportamento sociale». A giudizio di G. Palmeri, *Il corpo tra libertà di autodeterminazione e principio di (in)disponibilità*, in S. Rodotà, P. Zatti (dir.), *Trattato di biodiritto*, Tomo I - *Il governo del corpo*, Milano, 2011, p. 739, «l'inquadramento dell'identità sessuale

tra sesso anatomico e psico-sessualità, ne dovrebbe conseguire allora che dinanzi ad una *dissociazione non conflittuale* l'interessato non avrebbe alcun obbligo di intraprendere la terapia chirurgica, vedendosi tuttavia egualmente riconosciuto il diritto di modificare la propria anagrafe. In questo caso, invero, l'assenza di conflittualità nei riguardi dei caratteri anatomici servirebbe solo ad escludere l'intervento chirurgico e la relativa autorizzazione per il transessuale, ma non la rettificazione anagrafica finale, poiché rimarrebbe comunque fermo il profilo della sofferenza psicologica (pur non conflittuale) verso il proprio sesso.

Vi è, infine, l'ipotesi inversa a quella da ultimo analizzata, cioè – come accennato – di colui che chiede l'intervento chirurgico in forza di un atteggiamento conflittuale e di rifiuto della sua morfologia anatomica. Questo caso è risolto direttamente, sotto il profilo dell'autorizzazione, dalla Corte costituzionale quando afferma che «il ricorso alla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali risulta [...] *autorizzabile* (corsivo nostro) in funzione di garanzia del diritto alla salute, ossia laddove lo stesso sia volto a consentire alla persona di raggiungere uno stabile equilibrio psicofisico», intaccato invece dalla situazione conflittuale (punto 4.1 del *Considerato in diritto*). Dinanzi a tale chiaro indirizzo della Consulta dovrebbe svanire ogni timore da parte degli interessati di non ottenere la sentenza di autorizzazione, timore che sollecitava molti ad andare all'estero per l'intervento chirurgico, così da presentarsi poi al cospetto del magistrato e chiedere – a trattamento operatorio effettuato – direttamente la rettificazione del sesso, secondo la giurisprudenza di merito prima illustrata.

Sarà dunque nella sentenza di autorizzazione che il magistrato effettuerà la valutazione sulla necessità del trattamento chirurgico: se il giudice lo valuterà indispensabile, procederà senza indugio alla sua autorizzazione; se, invece, l'apprezzamento sull'intervento medico fosse di segno contrario, non di meno – ed è questa la novità – il Tribunale dovrebbe concedere comunque la rettificazione anagrafica del sesso in ragione della dissociazione psicologica, seppure non

conflittuale, che rappresenta il presupposto di base dell'intero procedimento<sup>15</sup>.

### 4. L'autorità giudiziaria a presidio dei principi costituzionali

Alla luce di quanto sinora illustrato sembra già evidente il ruolo fondamentale del giudice nel procedimento di cui alla legge 164/1982. Deve aggiungersi, ovviamente, per una valutazione complessiva, anche la sentenza che chiude l'*iter* di rettificazione del sesso, con cui il magistrato ordina all'ufficiale di stato civile del comune di effettuare la rettificazione all'anagrafe, determinando, laddove contratto, «lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso» (art. 31, 5° e 6° comma, d.lgs 150/2011)<sup>16</sup>.

Dunque, in ragione di questi ampi poteri previsti a favore dell'autorità giudiziaria, può essere utile indagarne i profili assiologici di riferimento. Innanzitutto, merita di essere evidenziato il ruolo che al Tribunale è stato assegnato dalla sent. n. 221/2015, cioè, come si è visto, di decisore ultimo sulla indispensabilità dell'intervento chirurgico. Ciò, naturalmente, consentirà all'autorità giudiziaria di apprezzare la natura terapeutica del trattamento sanitario e il suo rispetto dei valori della persona umana secondo l'art. 32 Cost. Nell'ambito di questa valutazione il giudice dovrà verificare innanzitutto se sia stato soddisfatto il diritto della persona al preventivo consenso informato (artt. 2, 13 e 32 Cost.), che – come declinato dalla giurisprudenza costituzionale – tende a coniugare il diritto alla salute e quello all'autodeterminazione, il primo come diritto alle cure necessarie, il secondo come diritto di ogni individuo «di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché le eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione» (Corte cost., sent. n.

---

nell'ambito dei diritti fondamentali ha poi portato a una rilettura dell'art. 5 c.c., norma tradizionalmente ritenuta espressiva di un principio di tendenziale indisponibilità del Corpo rispetto ad atti idonei a cagionare una diminuzione permanente dell'integrità fisica, in vista della ridefinizione del suo ambito di operatività e della sua valenza sistemica».

15. Prima della sent. n. 221/2015, M.C. La Barbera, *Transessualismo e mancata volontaria, seppur giustificata, attuazione dell'intervento medico-chirurgico*, a commento di Trib. Roma 18.10.1997, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 3, 1998, 1040 s., ha sostenuto la tesi della non indispensabilità del mutamento chirurgico dei caratteri sessuali in ragione della possibilità o impossibilità dello stesso, in quanto, ad esempio, «nell'ipotesi di transessualismo femminile-maschile [...] non è facile ottenere un adattamento (pur sempre chirurgico) alla psico-identità di tipo maschile, stante la maggiore difficoltà incontrata dalla chirurgia plastica».

16. Sull'ipotesi dello scioglimento del matrimonio sia consentito rinviare a L. Ferraro, *Corte costituzionale, Bundesverfassungsgericht e Corte Edu tra identità sessuale e orientamento sessuale*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015.

438/2008, punto 4 del *Considerato in diritto*)<sup>17</sup>. Solo a fronte di questa verifica il giudice potrà constatare, anche con l'ausilio dei consulenti, la convinzione dell'interessato a procedere all'intervento chirurgico, quale fattore – ormai unico dopo la pronuncia della Corte – che può far emergere quel carattere di conflittualità nella dissociazione psicologica evidenziato sempre dalla Consulta come indispensabile ai fini del trattamento operatorio.

Al magistrato, ancora, nell'ambito dell'intero procedimento, spetta un ulteriore compito, cioè quello a tutela del principio della certezza del diritto<sup>18</sup>. Pur nel rilievo che assumono nell'intera fattispecie il diritto alla salute e la capacità di autodeterminazione, non di meno anche la certezza del diritto ha il suo valore in relazione ad una questione sullo *status* dell'interessato. È proprio la legge 164/1982 – e il successivo d.lgs 150/2011 – che certificano tale valore allorché si stabilisce che l'atto di citazione deve essere notificato al coniuge e ai figli, con la partecipazione al giudizio anche del pubblico ministero (art. 31, 3° comma, d.lgs 150/2011)<sup>19</sup>, a dimostrazione che la determinazione sessuale di una persona non è indifferente per il nostro ordinamento. La notifica al coniuge e ai figli si giustifica in relazione agli effetti che il cambiamento

del sesso produce sul matrimonio, dal momento che il rapporto non sarebbe più di tipo eterosessuale, bensì *same-sex*, con la sua conseguente incompatibilità con l'istituto del coniugio in forza di quanto sostenuto dalla recente giurisprudenza costituzionale (sentt. n. 138/2010 e n. 170/2014).

Lo stesso giudice delle leggi, invero, è attento sul tema delle garanzie a favore dei terzi tanto da qualificare «la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto», ricomprendendolo all'interno dei «fondamentali valori di civiltà giuridica»; allo stesso modo la certezza del diritto è definita ancora dalla Consulta quale «principio di preminente interesse costituzionale», a conferma del suo rilievo nell'ambito del nostro ordinamento (Corte cost., sent. n. 103/2013, punto 4 del *Considerato in diritto*)<sup>20</sup>. Sembra opportuno, pertanto, ricorrere al noto criterio di proporzionalità, nel senso che i limiti o la compressione di un diritto o di un principio costituzionale – in questo caso l'affidamento dei terzi e la certezza del diritto – «devono essere *non eccessivi* in relazione alla misura del sacrificio costituzionalmente ammissibile»<sup>21</sup>. A tale criterio si richiama anche la Corte di cass. che – proprio in riferimento all'intervento chirurgico in

17. Al riguardo cfr. L. Chieffi, *Libertà di cura e divieto di accanimento terapeutico*, cit., 187 ss., il quale, dopo aver analizzato la giurisprudenza costituzionale sul consenso informato, sostiene che «in presenza di una esaustiva informazione assicurata dal medico curante sulle opportunità terapeutiche, rientrerà nei diritti del paziente [...] di decidere in piena autonomia di sottoporsi ai trattamenti». È importante richiamare anche la Corte di cass., sent. del 25 novembre 1994, n. 10014, in cui si precisa che, nell'ipotesi di intervento, il chirurgo ha il dovere di informare compiutamente il paziente sulla natura e sui risultati possibili dell'operazione, sul punto v. G. Campanelli, *Linee giurisprudenziali della Corte costituzionale e della Corte di cassazione in tema di atti di disposizione del corpo*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, pp. 217 s. Sul tema del consenso informato deve essere ricordata altresì la Convenzione di Oviedo del 1997 (artt. 5-10), ove, ad esempio, l'art. 5, 2° co., recita che l'interessato deve ricevere «una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi»; cfr. C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2009, pp. 151 ss.; A. Simoncini, E. Longo, *Art. 32 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, pp. 665 s.

18. Per una riflessione sulla certezza del diritto cfr. S. Berteà, *Certezza del diritto e ragionevolezza della decisione nella teoria dell'argomentazione giuridica contemporanea*, in M. La Torre, A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, pp. 161 ss.

19. Per C. Asprella, *Art. 31, d.lgs 150/2011*, in Aa.Vv. (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, Torino, 2013, p. 407, «l'insorgenza di conflitti con le altre parti del procedimento è [...] collegata soprattutto alle conseguenze che la sentenza può avere in relazione allo scioglimento del vincolo matrimoniale a causa della evidente natura pubblicistica del procedimento, diretto a tutelare sì gli interessi del coniuge e della prole ma anche lo *status* dell'attore». Parte autorevole della dottrina non ha mancato di sottolineare, evidenziandone le ragioni, che alla «modificazione sessuale del soggetto [...] l'ordinamento giuridico non è dunque insensibile», cfr. P. Perlingieri, *Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso*, in *Diritto e giurisprudenza*, vol. XXVI, 1970, pp. 835 ss.

20. Cfr. A. Morrone, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, Torino, 2014, pp. 95 ss. (nota 65).

21. Ancora A. Morrone, *ult. op. cit.*, pp. 106 ss., con il richiamo alla relativa giurisprudenza costituzionale. Secondo G. Pino, *Diritti e interpretazione*, Bologna, 2010, p. 204, in base al «test di proporzionalità» «un "buon" bilanciamento [...] non determina un sacrificio sproporzionato ad uno dei due diritti o principi in conflitto». Per la contrapposizione tra diritti fondamentali e principi di rango costituzionale nel fenomeno del transessualismo v. R. Romboli, *La «relatività» dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Politica del diritto*, n. 4, 1991, p. 576, il quale evidenzia «da un lato, il principio costituzionale che tutela la salute fisica e/o psichica dell'individuo, il diritto, ritenuto fondamentale e inviolabile, alla identità sessuale, la libertà di autodeterminazione per atti che coinvolgono il proprio Corpo, dall'altro invece [...] [il] valore costituzionale del matrimonio, nonché della certezza del diritto, [...] [il] buon costume e [la] tutela dell'integrità fisica». Per una diversa posizione in dottrina rispetto a quanto sostenuto nel testo, cfr. B. Pezzini, *Transessualismo, salute e identità sessuale*, cit., 470, secondo cui «nella considerazione complessiva degli interessi rilevanti riguardo al transessualismo – esigenza di certezza giuridica e stabilità in ordine alla identificazione del sesso delle persone, diritto all'identità sessuale e diritto alla salute del singolo – è il «diritto alla salute» che si pone come interesse preminente, come profilo assorbente e comprensivo degli altri».

tema di transessualismo circa il contrasto tra autodefinizione e «certezza delle relazioni giuridiche» – ha avuto modo di sostenere (sent. n. 15138/15): «l'individuazione del corretto punto di equilibrio [...] oltre che su un criterio di preminenza e di sovraordinazione, può essere ancorata al principio di proporzionalità [...] [che] si fonda sulla comparazione tra il complesso dei diritti della persona e l'interesse pubblico da preservare». Continua ancora la Cassazione: «il canone della proporzionalità può, di conseguenza, costituire un utile indicatore ermeneutico nella scelta dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata degli artt. 1 e 3 della l. n. 164/1982».

Il ruolo del magistrato, dunque, per le ragioni espresse rappresenta un momento di garanzia per una serie di diritti e principi di rango costituzionale, che si incrociano e talvolta si contrappongono nell'*iter* di rettificazione sessuale. Piuttosto, il giudice non può essere lasciato solo in questo procedimento! Come è stato efficacemente sottolineato in dottrina, dovrebbe «meglio valorizzarsi [...] il supporto scientifico degli operatori medici o psicologici coinvolti nel caso»; purtroppo, la legge 164/1982 «non si preoccupa affatto del percorso di accompagnamento che dovrebbe condurre il transessuale all'adozione di una scelta davvero libera e consapevole»<sup>22</sup>. Ad oggi, ad esempio, come si dirà pure più avanti, il legislatore non prevede la consulenza tecnica d'ufficio (CTU), dopo l'abrogazione dell'art. 2, della legge 164, che la contemplava almeno in via facoltativa: tutto è affidato alla sensibilità dei magistrati, che però nella maggior parte dei casi vi ricorrono così da supportare le perizie di parte in termini di maggiore tutela, vista la delicatezza del tema<sup>23</sup>.

In ogni caso il vuoto normativo circa il supporto di carattere psicologico che deve sostenere la persona in un percorso di transizione così difficile non può essere sottovalutato, *a fortiori*, dopo che la Corte costituzionale – sin dalla sent. n. 161/1985 – ha correttamente individuato nell'aspetto psicologico il cardine della questione. Il giudice e l'operatore sanitario dovrebbero collaborare nel procedimento, affinché in ogni decisione sia estraneo il profilo sanzionatorio e venga percepita dall'interessato, al contrario, la tensione verso il suo benessere, anche in quei casi in cui vi siano interessi contrapposti che pure devono essere presi in considerazione nella prospettiva di un corretto bilanciamento, la cui misura non può che essere affidata al giudice in relazione alla fattispecie concreta<sup>24</sup>.

### 5. La diversa opzione dell'ordinamento spagnolo: la Ley 3/2007

Una diversa soluzione rispetto a quella dell'autorità giudiziaria è stata prospettata in Spagna con la disciplina della *Ley 3/2007* (rubricata «*rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*»). La rettificazione anagrafica del sesso nell'ordinamento di quel Paese, infatti, si realizza attraverso un procedimento amministrativo affidato all'*Encargado del Registro Civil* (artt. 2.1 e 3, *Ley 3/2007*)<sup>25</sup>; questa opzione normativa è ancora più importante ai fini della presente riflessione poiché deroga espressamente ad un principio generale per cui le iscrizioni nel Registro Civile si possono modificare solo in seguito a decisione del giudice (artt. 90 e 91 *Ley 20/2011 del Registro Civil*, che ha modificato

22. Cfr. P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, cit., pp. 63 s.; ancor prima, sempre Id., *Cambiamento di sesso tra (previa) autorizzazione e giudizio di rettifica*, cit., p. 531.

23. Non mancano, tuttavia, decisioni basate sulla sola documentazione di parte: Trib. Milano 03.12.1992; Trib. Milano 13.05.1992; Trib. Perugia 31.03.1989; Trib. Cagliari 25.10.1982. Per questa giurisprudenza e il valore della CTU cfr. R. Ciliberti, *La rettificazione di attribuzione di sesso: aspetti giuridici*, cit., p. 350.

24. R. Vitelli, P. Fazzari, P. Valerio, *Le varianti di genere e la loro iscrizione nell'orizzonte del sapere scientifico: la varianza di genere è un disturbo mentale? Ma cos'è, poi, un disturbo mentale?*, in F. Corbisiero (a cura di), *Comunità omosessuali - Le scienze sociali sulla popolazione LGBT*, Milano, 2013, 232 s., sottolineano la necessità di rafforzare il ruolo dello psicologo clinico nel percorso di accompagnamento alla transizione per le persone transessuali. Il pericolo che il procedimento di rettificazione anagrafica possa assumere un carattere sanzionatorio è evidenziato da P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 63. Sul percorso clinico seguito dagli interessati cfr. A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, cit., 52 ss. Infine, il valore del colloquio tra il giudicante e il ricorrente, ai fini dell'accoglimento dell'istanza, è sottolineato da S. Celentano, *La Legge n. 164/1982. La rettificazione di attribuzione di sesso, paper*, relazione presentata al Convegno di Studi *Pluralità identitarie tra bioetica e biodiritto*, Napoli, 28-29 novembre 2014, organizzato dal Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica (CIRB).

25. Sulla giurisprudenza spagnola precedente alla *Ley 3/2007*, soprattutto quella del *Tribunal Supremo*, sia permesso rinviare a L. Ferraro, *Transessualismo e Costituzione: i diritti fondamentali in una lettura comparata*, in *federalismi.it*, n. 21, 2013, pp. 29 ss. La novità introdotta dalla legge circa la natura amministrativa del procedimento è sottolineata da C. Rodríguez Yagüe, *Orientación sexual e identidad de género: el proceso de consagración de derechos del colectivo LGBT*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 15, 2012, pp. 14 s.; per un'illustrazione delle basi costituzionali su cui si fonda nell'esperienza spagnola il fenomeno del transessualismo cfr. A. Elvira, *Transsexualidad y derechos*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 17, 2013, pp. 7 ss.

la precedente *Ley* 8 giugno 1957)<sup>26</sup>. La rettificazione avrà un effetto costitutivo per l'esercizio dei diritti collegati alla nuova condizione (art. 5, *Ley* 3/2007) e comporterà pure il cambiamento del nome della persona interessata (art. 1.2).

I requisiti richiesti per la modifica sessuale riguardano innanzitutto la diagnosi di una disforia di genere a carico dell'istante, che si può ottenere attraverso il parere di un medico o psicologo clinico, il quale dovrà attestare «l'esistenza di una dissociazione tra il sesso morfologico [...] inizialmente trascritto e l'identità di genere percepita dal richiedente o sesso psicosociale», oltre che «la stabilità e la persistenza di questa dissociazione» (art. 4.1.1); il sanitario dovrà verificare altresì l'assenza di disturbi della personalità che possono influire in modo significativo sulla disforia di genere (art. 4.1.2). È necessario che quest'ultima sia “*tratada médicamente*” per un periodo di almeno due anni al fine di avvicinare l'interessato ai caratteri fisici corrispondenti al sesso percepito (art. 4.1, lett. b). Va però precisato che in Spagna il trattamento medico non deve necessariamente consistere nell'intervento chirurgico e lo si potrà anche evitare quando vi siano ragioni di età e di salute che lo giustifichino (art. 4.2).

Il citato art. 4 della *Ley* 3/2007 – insieme all'art. 2 sul procedimento – rappresenta la disposizione centrale dell'intera disciplina spagnola in tema di transessualismo<sup>27</sup>. Sembra chiaro innanzitutto come la legge affronti l'argomento nella prospettiva patologica, tanto da richiedere la diagnosi di disforia di genere che deve provenire da un medico o psicologo clinico<sup>28</sup>. È sicuramente decisivo il profilo psicologico, non a caso il sesso percepito viene qualificato come “*sexopsicosocial*” per cui deve esistere una dissociazione tra quest'ultimo e il sesso morfologico, che è poi quella stessa dissociazione cui si richiama nella sua giurisprudenza la nostra Corte costituzionale.

A differenza della disciplina legislativa italiana, viene individuato un termine di almeno due anni entro cui può essere effettuato il trattamento medico,

così da rappresentare anche un termine congruo per verificare l'attendibilità della richiesta. L'intervento sanitario deve quantomeno avvicinare i caratteri fisici dell'interessato a quelli corrispondenti al sesso percepito, data l'impossibilità, naturalmente, di una loro piena assimilazione. Tuttavia, la legislazione spagnola introduce un elemento di forte novità nel momento in cui non ritiene indispensabile l'intervento chirurgico, pervenendo ancora alle medesime conclusioni del nostro giudice delle leggi.

Indubbiamente, l'ordinamento spagnolo beneficia di una legislazione più recente di quella italiana, capace perciò di accogliere tutte le evoluzioni scientifiche che si sono sviluppate sul tema, tant'è vero che – come si è visto – è stata prevista anche la possibilità per l'interessato in base a ragioni di età o di salute di ottenere la rettificazione anagrafica pur senza alcun trattamento medico. Tale evoluzione è più evidente se si considera che ancora nel 2002 l'indirizzo giurisprudenziale del *Tribunal Supremo* individuava tre diversi momenti per poter procedere alla modifica anagrafica: il trattamento ormonale, quello chirurgico per la soppressione dei caratteri sessuali primari e secondari, la riproduzione (artificiale) di organi sessuali che fossero simili, per quanto possibile, a quelli propri del sesso psicologicamente percepito<sup>29</sup>.

### 6. Qualche breve riflessione conclusiva anche nella prospettiva comparata

Venendo ora – e in termini conclusivi – al profilo che più interessa in questa sede, va sottolineato come la soluzione adottata dal legislatore spagnolo di affidare l'intero procedimento di rettificazione del sesso all'autorità amministrativa, piuttosto che a quella giudiziaria, nasca anche in funzione di un ordinamento che ha scelto, con la *Ley* 13/2005, di legittimare i matrimoni omosessuali, sicché su questo versan-

26. La stessa *Ley* 3/2007, nella *Disposición final segunda*, 4° comma, modificava l'art. 93.2 della precedente *Ley* 8 giugno 1957 del *Registro Civil*, stabilendo per l'appunto che la rettificazione anagrafica del sesso sarebbe avvenuta seguendo un procedimento amministrativo, piuttosto che la via giudiziaria. Tutto ciò è bene evidenziato da P. Benavente Moreda, *Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico privadas*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 17, 2013, p. 35, secondo cui la legge 3/2007 dà vita ad una rettificazione anagrafica che «se producirá por vía de expediente gubernativo, conforme al artículo 93.2 LRC DE 1957, modificado conforme a la D. Final 2ª cuatro de la Ley 3/2007 citada».

27. In questo senso cfr. M. R. Lloveras Ferrer, *Una ley civil para la transexualidad*, in *In Dret*, n. 1, 2008, 8 ss., per il quale «el contenido central de la ley es la regulación de los requisitos que se deben acreditar ante el Registro Civil para acordar la rectificación de la inscripción relativa al sexo de la persona».

28. Tuttavia, K. Belsué Guillorme, *Sexo, género y transexualidad: de los desafiteóricos a las debilidades de la legislación española*, in *Acciones e Investigaciones Sociales*, 2011, p. 25, contesta la prospettiva patologica del fenomeno.

29. Sentenza del *Tribunal Supremo* n. 5786/2002 (*Fundamentos de derecho*, 4 e 7); sul punto e sulla mutata, nonché più recente, giurisprudenza di quest'ultimo Tribunale cfr. ancora, se si vuole, L. Ferraro, *Transessualismo e Costituzione: i diritti fondamentali in una lettura comparata*, cit., pp. 31 s.

te può essere indifferente l'individuazione sessuale di una persona. Tuttavia, la soluzione a favore del procedimento amministrativo desta comunque qualche perplessità, poiché la determinazione dei requisiti necessari alla rettificazione – seppure sia di natura prevalentemente medica, *ex art. 4 Ley 3/2007*– coinvolge in ogni caso i diritti fondamentali della persona (salute, identità di genere e autodeterminazione). Si condivide quanto sostenuto in via di principio da una parte della dottrina, secondo cui deve «rimarcarsi [...] la centralità della funzione giurisdizionale nelle questioni che attengono ai diritti personalissimi»; difatti, «la irreversibilità delle decisioni e la necessità assoluta che a tale giudizio [cioè a quello di rettificazione sessuale] debba darsi una struttura di assoluto rigore [sono] tutti elementi che impongono di guardare con estrema diffidenza alle soluzioni legislative che, in materia di procedimenti sullo stato delle persone, formulino proposte e soluzioni tendenti alla loro de-giurisdizionalizzazione»<sup>30</sup>.

Se a ciò si aggiunge quanto l'ordinamento spagnolo direttamente sancisce nella sua Carta fondamentale, all'art. 9, a mente del quale «la Costituzione garantisce [...] la certezza del diritto», ne deriva che pure in quel Paese il legittimo affidamento dei terzi deve essere comunque tenuto in conto – anche in riferimento al procedimento *de quo* – evidentemente in un rapporto di proporzionalità con i diritti fondamentali della persona interessata, della cui competenza dovrebbe essere investita l'autorità giudiziaria in termini di garanzia *erga omnes*<sup>31</sup>.

In Italia, oltre alla situazione soggettiva del transessuale, devono essere presi in considerazione anche i rapporti matrimoniali – di cui la Corte costituzionale ha ribadito la natura eterosessuale – e quelli di

filiazione che li possono riguardare, per cui ai fini del nostro ordinamento, a differenza di quello spagnolo, è rilevante la specificazione sessuale di una persona (ad es., lo potrebbe essere anche per la legislazione elettorale)<sup>32</sup>. La sfera di autodeterminazione, che pure è decisiva all'interno di questo procedimento, non può allora considerarsi assorbente rispetto ad ogni altro profilo: «l'autodeterminazione soggettiva è solo una faccia della libertà dell'individuo, la quale, come ogni libertà, deve trovare fondamento, concretizzazione ed effettività nell'ambito di una comunità politica organizzata». Non si condivide «una concezione delle libertà meramente individualistica, egoistica, sradicata da relazioni intersoggettive, lontana dall'idea repubblicana della "libertà sociale"»<sup>33</sup> e dalle «formazioni sociali», *ex art. 2 Cost.*, entro cui si realizza la personalità di ogni individuo. Deve essere dunque il magistrato a fissare, in relazione al caso concreto, il corretto e proporzionato bilanciamento di eventuali interessi contrapposti, nel senso che la primazia dei diritti dell'interessato non dovrebbe comportare una totale compressione a danno di quelli divergenti<sup>34</sup>.

Piuttosto, si ribadisce, il magistrato non può essere lasciato solo in questa sua delicata funzione, come invece sembra fare la nostra l. 164/1982 che nulla prevede in tema di accompagnamento medico, nemmeno con riferimento alla CTU. Si ritiene, perciò, condivisibile l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario che comunque ricorre alla consulenza tecnica per la funzione di ausilio che essa svolge nei confronti del Tribunale, soprattutto al fine di «una corretta ricostruzione delle diverse posizioni esistenti nella comunità scientifica». La «neutralità processuale» del consulente d'ufficio si traduce nella «sua neutralità scientifica»<sup>35</sup>, i cui risultati sulla fattispecie concre-

30. Cfr. S. Celentano, *La Legge n. 164/1982. La rettificazione di attribuzione di sesso*, cit.

31. È emblematico quanto sostiene A. Elvira, *Transexualidad y derechos*, cit., 3, laddove afferma: «el problema radica en establecer una pautasque permitan compatibilizaresos derechos con el minimo riesgo para la seguridad jurídica y, en su caso, para la protección de terceros».

32. È il caso della legge elettorale della Regione Campania, n. 4/2009, che all'art. 4, 3° comma, dispone: «L'elettore può esprimere, nelle apposite righe della scheda, uno o due voti di preferenza, scrivendo il cognome ovvero il nome ed il cognome dei due candidati compresi nella lista stessa. Nel caso di espressione di due preferenze, una deve riguardare un candidato di genere maschile e l'altra un candidato di genere femminile della stessa lista, pena l'annullamento della seconda preferenza». Si ricorda come tale disposizione abbia superato il vaglio di costituzionalità della Consulta (sent. n. 4/2010).

33. Così A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in *www.forumcostituzionale.it*, 11 giugno 2014, p. 7.

34. A giudizio di G. Berti, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994, p. 637, «un ordinamento basato sulla espansione della persona e sul riconoscimento dei suoi diritti fondamentali di libertà non può essere interpretato altro che nel senso di porsi come ordinatore di tali diritti nella loro *coesistenza* (corsivo nostro), e di raggiungere l'obiettività solo per questa ragione essenziale». Circa il compito del magistrato di stabilire il tipo di bilanciamento in relazione al caso concreto è significativo quanto sostenuto da F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari, 2002, 164, secondo cui il giudice «decide» l'interpretazione, mentre il giurista la «propone».

35. Cfr. D. Servetti, *Il giudice peritus peritorum tra valutazione e validazione del sapere scientifico. Appunti per una ricerca*, di prossima pubblicazione in *Atti del Convegno "La Medicina nei Tribunali"*, organizzato a Napoli il 6 febbraio 2015.

ta si incrociano con le perizie di parte, così da offrire al magistrato gli elementi necessari per giudicare nell'interesse di tutti, *in primis* del ricorrente. Ciò naturalmente è ancora più vero oggi, dopo che la sent. n. 221/2015 della nostra Corte costituzionale ha affidato all'autorità giudiziaria un compito ulteriormente gravoso e delicato come quello di stabilire l'indispensabilità del trattamento chirurgico.

Un percorso medico di accompagnamento a favore dell'interessato è invece esplicitato nella legge spagnola, seppure non in modo funzionale all'intervento della magistratura che rimane estranea al procedimento. È significativo, ad esempio, il termine di due anni che l'art. 4.1., lett. b), *Ley 3/2007*, individua per il trattamento medico, quando al contrario la legge italiana 164/1982 nulla prevede sul punto, nemmeno al fine di individuare un termine adeguato a valutare l'attendibilità della richiesta di rettificazione sessuale. Tale termine – che naturalmente il legislatore dovreb-

be fissare *de iure condendo* sulla base di un supporto scientifico – sarebbe utile per il ricorrente sia nel caso in cui chieda l'intervento chirurgico, sempre al fine di valutarne la necessità in un arco temporale congruo, sia nel caso in cui non ne avverta l'indispensabilità, in modo che si possa verificare la fondatezza della sua richiesta ed evitare così, nell'ipotesi di un ripensamento, un percorso a ritroso nella transizione che non sarebbe verosimilmente meno doloroso.

Pertanto, sembra palesarsi come necessaria una modifica della legge 164/1982, oltre che sulla base delle nuove conoscenze scientifiche, anche in forza delle riflessioni dottrinali e giurisprudenziali di cui si è provato a dare conto. Tale auspicabile aggiornamento legislativo non dovrebbe comunque tradire l'impostazione di fondo della legge, che affida l'intero procedimento di rettificazione del sesso al magistrato, presidio dei diritti e dei principi costituzionali ad esso sottesi.

## Procreazione e globalizzazione. Cittadini o solo consumatori globali?

di *Giacinto Bisogni*

Il carattere territoriale del diritto di famiglia si confronta sempre più problematicamente con la trasversalità del modo di vivere al di là dei confini geografici.

A farne le spese è spesso quel modello di democrazia e diritti fondamentali prospettato come il volto virtuoso della globalizzazione, il contenuto di una cittadinanza democratica tendenzialmente cosmopolita.

Il tema è particolarmente rilevante da quando il progresso scientifico e tecnologico ha reso praticabile uno scenario del tutto nuovo della riproduzione umana. Di fronte a una sfida così cruciale, l'orientamento da seguire per uscire da un labirinto pericoloso è proprio quello che ci viene dallo sguardo rivolto alle esigenze di vita delle persone e all'interesse del minore, un approccio anti-ideologico che ci libera da retaggi e pulsioni di regolazione statale della vita, da quel pericolo autoritario che il Costituente ha voluto per sempre scongiurare riconoscendo alla famiglia la caratteristica di una società naturale, il luogo primario dell'esperienza sociale dell'umanità.

Esiste già un quadro di principi a livello internazionale che può aiutare la giurisdizione a svolgere il suo ruolo. Esiste già una giurisprudenza apparentemente minimalista della Corte europea di Strasburgo che traccia il percorso di un sistema di diritti delle persone e della famiglia basato sul mutuo riconoscimento e sulla continuità degli *status* personali e familiari. La centralità che questo percorso riuscirà a guadagnare nell'opera dei Parlamenti e nelle decisioni delle Corti potrà rendere virtuoso il carattere plurale delle società europee e garantire effettività alla cittadinanza europea.

### Premessa

Questo breve contributo tenta di affrontare un tema ormai prepotentemente all'attenzione delle Corti. Il sorprendente progresso scientifico e tecnologico nel campo della genetica ha reso praticabile uno scenario del tutto nuovo in materia di riproduzione umana. Paradigmi e confini per secoli immutabili sono venuti a sfaldarsi. Si sono aperte possibilità procreative inesplorate e gli ordinamenti giuridici nazionali hanno reagito in modo del tutto diverso a questa realtà praticando soluzioni fortemente divergenti che immutano o difendono drasticamente gli orizzonti familiari tradizionali.

Nell'ultimo quindicennio si è assistito a un sostanziale avvicinamento delle legislazioni e delle giurisprudenze "occidentali" e il mondo sembra veramente diviso in due parti se lo si interroga su temi come ad es. la procreazione medicalmente assistita, il ricorso alla donazione di gameti da parte di singoli e coppie, l'omogenitorialità.

Il nostro Paese ha seguito un percorso piuttosto atipico passando da una situazione di non regolamentazione legislativa, che ha consentito di sperimentare le nuove tecnologie, a una difesa strenua della procreazione "naturale" e alla sua connotazione come prerogativa consustanziale della coppia eterosessuale. Successivamente, per effetto delle pronunce di in-



costituzionalità susseguitesi negli ultimi anni, si sta orientando verso una maggiore libertà di azione della scienza, della medicina e della tecnologia con corrispondente ampliamento delle possibilità di scelta per le persone. Ciononostante una forte atipicità rispetto al contesto occidentale permane ed essa appare accentuata dalla anacronistica chiusura del legislatore italiano verso una piena parificazione dei diritti fra coppie eterosessuali e omosessuali. Ma anche all'interno del contesto dei Paesi che queste aperture hanno già sperimentato in tempi più o meno recenti le differenze sono sensibili. Tuttavia queste barriere e disomogeneità appaiono in evidente contrasto con il dogma occidentale della globalizzazione e della universalità dei diritti umani. Un dogma che la maggior parte dei cittadini vive in maniera non ideologica ma esperienziale trovando naturale aderire a luoghi e culture che più rassomigliano al proprio modo di concepire la vita e anche al modo di concepire il sorgere della vita. Per altro verso viviamo in un mondo in cui ci si deve adattare, spesso subire, un'economia sempre più pervasiva che impone la mobilità e la ricerca del lavoro al di là dei confini nazionali.

Il carattere territoriale del diritto di famiglia si confronta sempre più con la trasversalità del modo di vivere al di là dei confini geografici. Le persone si spostano cambiano residenza e nazione, si uniscono con persone di altri Paesi, religioni e culture, sempre più frequentemente. I modelli di famiglia si moltiplicano, le diversità si stemperano o si ricavano una ragione di convivenza. Di fronte a questa evoluzione verso la fluidità dei modelli di vita si ergono le barriere dei diritti nazionali o statali come in una sorta di utopia regressiva che risponde in realtà a un'illusione identitaria, riferibile in realtà più alle istituzioni che ai cittadini, e che rischia di riattivare in termini dualistici il confronto fra democrazia e religione. A farne le spese sono proprio le persone che vedono conculcate le loro esigenze di vita corrispondenti a quel modello di democrazia e diritti fondamentali prospettato come il volto virtuoso della globalizzazione, il contenuto di una cittadinanza democratica tendenzialmente cosmopolita.

Alla necessità di spostarsi e vivere in un orizzonte transnazionale, in cui la sovranità degli Stati è un dato regressivo rispetto al mercato e alla *governance* sovranazionale, corrisponde l'impossibilità di far rispettare i propri modi e le proprie scelte di vita personale a cominciare da quelle che portano alla nascita di una nuova vita e alla assunzione della responsabilità genitoriale. Succede allora che l'interlocutore fra le persone e le istituzioni viene ad essere il giudice il quale si trova stretto fra le chiusure e le discrasie dei sistemi normativi e il suo compito di rendere una risposta alla domanda di giustizia fondata sulla vita quotidiana delle persone che intendono far valere il

diritto a decidere liberamente della propria vita privata e familiare.

Può la giurisdizione svolgere un ruolo positivo in questo complesso passaggio? Può la cultura dei diritti fondamentali costituire il luogo di incontro di etica e libertà di fronte a un tema così essenziale come la nascita della vita e il suo accompagnamento verso un inserimento felice nella società? Credo che, di fronte a una sfida così cruciale, l'orientamento da seguire per uscire da un labirinto pericoloso sia proprio quello ci viene dallo sguardo rivolto all'interesse del minore, un approccio anti-ideologico che ci libera da retaggi e pulsioni di regolazione statalistica della vita, da quel pericolo autoritario che il costituente ha voluto per sempre scongiurare riconoscendo alla famiglia la caratteristica di una società naturale, il luogo primario dell'esperienza sociale dell'umanità.

### 1. Un *idem sentire* della comunità internazionale

Ma esiste un minimo comun denominatore internazionale su questi temi? Un *idem sentire* cui la giurisprudenza italiana può riferirsi in questa difficile opera di mediazione fra diritto nazionale e diritti dei cittadini e degli stranieri che entrano in contatto con il nostro diritto?

La risposta è affermativa ma la ricerca di questo nucleo organico di principi e diritti non è semplice. A livello sovranazionale, europeo o mondiale, non esiste un corpo di norme omogeneo in questa materia soprattutto perché, come si è detto, è generalmente riconosciuta, ed è stata ribadita anche nella più recente fase costituente dell'Ue, la competenza degli Stati in materia di famiglia. Si pensi in particolare all'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali secondo cui il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio.

Tuttavia un nucleo essenziale è ormai emerso ed è possibile tracciare un catalogo di principi e diritti fondamentali che incontrano un generale riconoscimento a livello internazionale.

Se importanza decisiva va attribuita al diritto di beneficiare del progresso scientifico e tecnologico - perché questo diritto segna il confine della discrezionalità del potere politico nel limitare la ricerca scientifica e l'accesso dei cittadini alle applicazioni tecnologiche che ne derivano, specificamente nel campo della medicina e della genetica - non può negarsi la funzione basilare che in questa materia riveste il principio di dignità. È solo in questa chiave di lettura che l'apertura alla ricerca e alla sua straordinaria capacità di scoperta e applicazione assume un carattere progressivo e di accettabilità perché rende possibile un

confronto virtuoso della scienza con l'etica e con la cultura, intesa come storia in divenire della percezione del sé collettivo e individuale.

È una dignità nuova quella che ci rimanda l'era della disponibilità del proprio Corpo. Se alla dignità tradizionale possiamo attribuire un forte contenuto morale e anche religioso. Uno *status* cui si perviene con l'adempimento di un dover essere morale. La dignità che ci consente di dialogare con la scienza, nell'epoca della conoscenza genetica del corpo, è piuttosto una soggettivizzazione dell'*habeas corpus* che si acquisisce attraverso l'autodeterminazione o meglio essa costituisce proprio il portato identitario dell'autodeterminazione. I sistemi giuridici potranno fissare limiti e doveri, divieti e sanzioni ma nel momento in cui la scienza rende accessibile la conoscenza genetica viene a cadere il paradigma classico del divieto di disporre del proprio Corpo e un orizzonte davvero inesplorato si apre alle scelte dell'individuo, unitamente a un potenziale di appropriazione del proprio sé. È allora che la linea di difesa essenziale dal potere e dal mercato diventa necessariamente soggettiva e individuale. Se l'*habeas corpus* tradizionale è consistito per secoli in una autolimitazione del potere sovrano di fronte alla sfera personale la dignità post-moderna è l'affermazione di un potere personale sul proprio sé la fissazione di un confine di intangibilità che solo la percezione soggettiva potrà definire esattamente. I riflessi di questo radicale mutamento di riferimenti non possono evidentemente non avere conseguenze sul versante giuridico. In questa prospettiva la legislazione italiana del 2004 in tema di PMA rappresenta, a mio giudizio, un estremo e per certi aspetti disperato tentativo del legislatore di fermare il tempo e di riproporre risposte non utilizzabili in un mondo cambiato, avvalendosi dello strumento enfatico del divieto e della sanzione. Ne è derivato un codice etico della procreazione basato sulla tutela prioritaria dell'embrione e sulla restrizione all'interno del confine coniugale-eterosessuale dell'accesso alle tecniche di PMA che ha vittimizzato la donna e la visione laica della vita privata e familiare. Un ritorno al clima culturale del codice penale e della tutela della vita familiare in chiave pubblicistica come difesa di valori irrinunciabili di difesa della morale se non della integrità della discendenza biologica. In definitiva un attacco proprio a quel concetto di dignità personale che si sta universalmente affermando e che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea pone all'apice dei suoi valori definendola inviolabile.

L'ancoraggio naturale del principio di dignità è da ricercare, in primo luogo, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, nel porre al centro del sistema di protezione dei diritti umani in Europa il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il diritto a formare una famiglia, ha dato un

contributo fondamentale alla creazione di un concetto europeo di famiglia. Fondato sulla non invasività della legislazione statale, su un carattere di sovranità originaria della vita privata e familiare questo *standard* europeo appare perfettamente in linea con la definizione di società naturale della nostra Costituzione, e con i *grands arrêts* della giurisprudenza costituzionale americana, aperta ai mutamenti sociali, al pluralismo delle forme di affettività e di condivisione della vita. Un luogo di realizzazione della personalità umana prima ancora che una cellula fondamentale dell'organizzazione sociale. Di qui la spinta a considerare anche la genitorialità come un momento essenziale della realizzazione umana cui accordare il diritto ad accedere non solo alle forme di welfare che rendono possibile economicamente la formazione di una famiglia ma anche a poter accedere ai trattamenti medici e sanitari idonei a superare l'incapacità procreativa. Si discute se questo diritto debba essere limitato a chi viva una condizione di coppia, non solo eterosessuale, o debba essere esteso anche alle persone singole. Se non si è ancora affermato pienamente, nella giurisprudenza europea, come del resto nella nostra giurisprudenza costituzionale, un diritto alla genitorialità inteso anche come diritto alla discendenza individuale vi è però da dire che un contrasto al riconoscimento della genitorialità che trovi giustificazione nei limiti soggettivi che le legislazioni statali possono porre all'accesso alle tecniche di PMA trova un argine proprio nel diritto al rispetto della vita privata e familiare e nella tutela preminente che è accordata a livello internazionale al *best interest of the child*. Ma di questo si parlerà in seguito.

L'accesso alla PMA oltre a incontrare nelle legislazioni statali limitazioni soggettive incontra ulteriori limiti oggettivi che definiscono anche i confini leciti del campo di applicazione dei trattamenti. L'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ci ricorda che nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: a) il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge; b) il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone; c) il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro; d) il divieto della clonazione riproduttiva degli essere umani. Declinata dal punto di vista dei diritti tale prescrizione può essere letta, significativamente, nel senso che spetta a ogni individuo che accede alle tecniche di PMA il diritto alla piena consapevolezza del contenuto dei trattamenti cui si sottopone liberamente. Così come può essere letta in termini di articolazione del principio di dignità il diritto alla trasmissione del proprio patrimonio genetico senza manipolazioni eugenetiche, la protezione dell'accesso alla procreazione dall'inge-

renza del mercato, il diritto all'unicità del proprio patrimonio genetico. Nello stesso senso la dimensione collettiva della dignità segna i rapporti fra il diritto e la scienza escludendo dal campo del lecito l'eugenetica e la clonazione riproduttiva e l'appropriazione del Corpo per finalità lucrative.

Consequentemente l'accesso alla PMA è legato alla sussistenza di condizioni di sterilità o infertilità, di rischio di trasmissione di malattie genetiche, ma può essere consentito dalle legislazioni statali in caso di assenza di un partner, ovvero di partner dello stesso sesso mentre il limite essenziale, che non riguarda specificamente i soggetti incapaci di procreare o che rischiano di trasmettere malattie genetiche, è quello dell'accesso alla PMA allo scopo di una mera selezione del materiale genetico.

Dal punto di vista di chi nascerà mediante l'applicazione di una tecnica di PMA si è affermato via via il diritto alla conoscenza delle proprie origini che può trovare una limitazione al solo campo dei dati genetici ma anche estendersi alla conoscenza biologica, sociale e personale delle proprie origini a seconda che sia più o meno forte il riconoscimento del correlativo diritto del donatore che non intende assumere il ruolo genitoriale a conservare l'anonimato.

## **2. Il ruolo della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo**

In questo quadro magmatico e in continua evoluzione potrebbe sembrare naturale attribuire un ruolo preminente e conformativo al giudice europeo dei diritti umani che ha invece scelto in questa materia un approccio ispirato al *self restraint*. Si tratta a ben vedere di una scelta estremamente saggia e realistica che sconta il rischio di qualche forte contraddizione di percorso ma è comunque sicuramente preferibile a un approccio massimalista che può provocare reazioni di rigetto da parte degli ordinamenti nazionali. Cardini di questa linea giurisprudenziale sono il principio del consenso e il combinato disposto di sussidiarietà e margine di apprezzamento nella cornice identitaria propria della Corte che è quella di difensore europeo dei diritti fondamentali e di garante di uno standard minimo di tutela all'interno dei paesi aderenti alla Cedu. Tuttavia, seppure la linea giurisprudenziale della Cedu si dimostra efficace nel creare un consenso europeo verso un graduale rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali e nella direzione dell'apertura alle nuove istanze che vengono dalle società europee, resta comunque aperta la questione di fondo – cui peraltro la Corte di Strasburgo non è legittimata a rispondere – e cioè se davvero il principio di sussidiarietà e di primogenitura del diritto statale sia la soluzione più confacente all'interesse dei cittadini europei.

Il lavoro compiuto dalla Corte di Strasburgo in una prospettiva pan-europea è sicuramente imponente e se potesse interagire virtuosamente con le legislazioni e le giurisprudenze nazionali consentirebbe di rispondere affermativamente alla domanda che ci si è appena posti. In cosa è consistita dunque quest'opera tanto importante venuta alla luce in una successione cronologica quanto mai serrata?

Ripercorrendo alcune fra le più importanti decisioni degli ultimi 10 anni si può affermare che la giurisprudenza Cedu, sia pure attentissima a non invadere il margine di apprezzamento degli Stati quando non ha rilevato un consenso europeo consolidato su temi eticamente sensibili, ha, nondimeno, fissato una serie di principi funzionali a una tutela essenziale dei diritti fondamentali in materia di procreazione.

Già con il caso *Evans/UK* nel 2007 la Corte riconosce una copertura convenzionale alle scelte procreative, nell'alveo di protezione dell'art. 8 della Cedu. Tuttavia, di fronte all'assenza di un consenso europeo, riconosce alla Gran Bretagna un margine esteso di apprezzamento nel conflitto fra la donna che chiede l'autorizzazione all'impianto dell'embrione crioconservato, nel tempo intercorso per la cura della sua affezione tumorale, e il partner che si oppone all'impianto e chiede la distruzione dell'embrione dato che il progetto genitoriale è ormai venuto meno in seguito alla rottura definitiva della relazione. La Cedu, pur riconoscendo la legittimità di una diversa soluzione rispetto a quella di diniego all'autorizzazione adottata dall'ordinamento britannico, ritiene che non vi siano i presupposti per affermare la prevalenza del diritto alla genitorialità del singolo rispetto alla decisione del partner divenuto ormai estraneo e pertanto deciso a non portare a compimento un progetto di genitorialità legato inscindibilmente alla relazione. La decisione è anche importante perché rileva la mancanza di un consenso europeo sulla definizione scientifica e giuridica di inizio della vita e perché afferma che non può pertanto riconoscersi una tutela, *ex art. 2* della Convenzione, all'embrione in quanto esso non è configurabile come un autonomo centro di imputazione di diritti e interessi.

Quest'ultima affermazione è centrale anche nella decisione *A.B.C./Irlanda* del 2010 in tema di aborto. La Corte ritiene riservata al margine di apprezzamento degli Stati la possibilità di non consentire l'aborto per ragioni di salute e benessere della donna, salvo l'obbligo positivo di garantire un effettivo accesso alle procedure abortive nel caso previsto dall'articolo 40 della Costituzione irlandese, rimasto inattuato anche a livello legislativo, di accertamento di rischio per la vita della donna. La decisione è rilevante oltre che per il ribadito riscontro del mancato consenso degli Stati europei sul tema dell'inizio della vita e dei limiti di legittimità del ricorso all'aborto anche per-

ché delinea su questi temi un limite invalicabile da parte degli Stati all'invasione della vita privata e della sfera di autodeterminazione. Infatti la motivazione attribuisce rilievo positivo alla considerazione come legittima della decisione della donna di praticare, fuori dal territorio irlandese, l'aborto per ragioni di salute o benessere della donna che non pongano in essere i presupposti previsti dalla citata disposizione costituzionale.

Nello stesso anno il notissimo caso SH/Austria vede la sezione semplice della Corte affermare l'irrazionalità del divieto nell'ordinamento austriaco della IVF a fronte della liceità della inseminazione *in vivo*. La *Grande Chambre* chiamata a riesaminare il caso dal ricorso del Governo austriaco sovverte il giudizio riaffermando la protezione convenzionale (art. 8) dell'accesso alla PMA ma accordando un margine di valutazione più ampio agli Stati sul tema della legittimità della donazione di gameti in quanto, sia pure dando atto dell'allargamento progressivo in Europa della liberalizzazione delle tecniche di fecondazione *in vitro*, riconosce la esigenza di particolare cautela che impronta il comportamento degli Stati nell'adottare misure legislative in questa materia. Per altro verso però la motivazione della Grande Camera evidenzia che nelle scelte del legislatore austriaco - che devono considerarsi come la fissazione di un punto di equilibrio non statico ma soggetto al confronto con l'evoluzione della scienza e della società - acquista rilievo anche la mancata proibizione per i cittadini austriaci della possibilità di recarsi all'estero per usufruire, nel trattamento della infertilità, di tecniche di fecondazione artificiale non consentite in Austria e la presenza, invece, nel codice civile austriaco, di norme che, nel caso di buon esito di tale trattamento, fissano regole inequivoche sulla paternità e maternità idonee a rispettare la volontà dei genitori.

Con la sentenza Godelli/Italia del 2012, che costituisce il logico sviluppo della sentenza Odièvre/Francia del 2003, la Corte Edu afferma un principio riferito all'istituto del cd parto anonimo che può avere riflessi in tema di PMA. Esiste ed è protetto dall'art. 8 della Convenzione il diritto a conoscere le proprie origini biologiche, genetiche e personali. Le ragioni che legittimano la protezione che alcuni Stati accordano all'istituto del parto anonimo, quelle cioè di proteggere la salute della madre e del nascituro nella gravidanza e nel parto e di evitare aborti clandestini e abbandoni dei bambini, non sono tali da poter configurare come assoluto il diritto della madre all'anonimato. Pertanto i dati non identificativi devono essere conoscibili e, sia pure senza mettere in discussione il rapporto genitoriale creato con l'adozione, chi è stato adottato a seguito di parto anonimo deve poter interpellare la madre biologica sulla sua disponibilità a revocare la richiesta di protezione dell'anonimato.

La sentenza Costa e Pavan/Italia del 2013 è importante per il riconoscimento, nel quadro della tutela accordata ai cittadini europei, *ex art. 8* della Cedu, del diritto all'accesso alla PMA e, specificamente, dell'accesso alla diagnosi pre-impianto per le coppie non affette da problemi di infertilità o sterilità ma che sono portatrici sane di una malattia genetica. La decisione è importante perché ricostruisce in termini di ragionevolezza il limite posto dai divieti di pratiche eugenetiche anche se nel caso in esame, come è noto, la Corte ha compiuto tale riscontro di ragionevolezza rilevando l'irrazionalità del sistema normativo previsto dalla legge n. 40/2004 nella sua interazione con la legge italiana sulla interruzione volontaria di gravidanza.

Nello stesso anno la Corte ha emesso una importante sentenza anche nel caso Knecht/Romania riconducendo in termini di diritto di portare a compimento il proprio progetto di genitorialità con la condanna dello Stato rumeno per non aver consentito l'accoglimento della richiesta di trasferimento in altra struttura, abilitata alla PMA, avanzata dalla ricorrente, a seguito della sottoposizione a sequestro penale della clinica in cui era criocustodito l'embrione destinato all'impianto. Il riconoscimento di tale diritto è avvenuto nel quadro della tutela accordata dall'art. 8 della convenzione coerentemente a quanto già affermato nel caso Evans circa la non configurabilità di un diritto reale sull'embrione.

Centrali ai fini del nostro discorso sono le decisioni adottate dalla Corte nei casi Mennesson e Labassee contro la Francia del 2014. Le decisioni infatti prendono in esame i limiti di operatività della clausola dell'*ordre public* la cui applicazione aveva impedito alle autorità francesi in sede amministrativa e giurisdizionale il riconoscimento dello *status filiationis* derivante dal ricorso alla gestazione per altri (GPA) praticata legalmente in California da due coppie francesi. Secondo il diritto francese gli accordi di surrogazione di maternità sono illegittimi e sanzionati penalmente sicché, secondo la *Cour de Cassation*, ad essi non può essere dato riconoscimento ed esecuzione nell'ordinamento interno. Peraltro ciò non costituisce una lesione della vita privata e familiare, secondo quanto affermato dalla Cassazione francese con la sentenza del 6 aprile 2011, perché ai bambini viene riconosciuto il diritto di vivere con i propri genitori intenzionali. La Corte di Strasburgo si è invece richiamata al proprio concetto di vita familiare che non è legato necessariamente a un legame consacrato giuridicamente e ha ritenuto che nel rifiuto dell'attribuzione dello *status filiationis* ricorra oggettivamente una ingerenza nella sfera privata e familiare ma tale ingerenza risulta conseguente al disposto normativo vigente in Francia in materia di accordi di gestazione per altri e persegue, nella prospettiva dell'ampio mar-

gine di valutazione da attribuire agli Stati in questa materia sensibile, degli scopi legittimi vale a dire la tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui. Dal punto di vista dei figli il discorso cambia invece radicalmente perché il margine di apprezzamento si riduce grandemente di fronte alla possibile lesione che dall'applicazione della clausola dell'ordine pubblico deriva all'identità dei bambini nati da una gestazione per altri, ponendoli in una condizione di incertezza giuridica che, oltre a pregiudicare gravemente la loro vita familiare, viene a minare anche la loro partecipazione alla vita sociale e lo stesso acquisto della cittadinanza. Due elementi in interazione giocano dunque un ruolo fondamentale nella decisione della Corte europea e cioè l'applicazione del principio dell'interesse superiore del minore e il riconoscimento autonomo, in favore dei minori, del diritto a vivere pienamente la propria vita privata e familiare con tutti gli effetti che tale riconoscimento comporta a livello giuridico e nell'esplicazione della propria identità nei rapporti civili e sociali.

La sentenza *Paradiso e Campanelli/Italia* del 2015 è coerente alla decisione dei casi *Mennesson e Labassee* in quanto è ispirata al principio della prevalenza dell'interesse del minore nel valutare la reazione dell'Ordinamento italiano a una gestazione per altri non solo in contrasto con il divieto di GPA esistente nella legge n. 40/2004 ma anche con la legislazione in tema di formazione del certificato di nascita poiché secondo la legge russa la registrazione dei genitori intenzionali non viene accompagnata da alcun riferimento alla modalità di concepimento e di nascita. Secondo la Cedu, anche se le reazioni dell'Ordinamento italiano all'ingresso della coppia e del bambino in Italia (imputazione per falsa attestazione di stato derivante anche dalla successiva scoperta dell'estraneità biologica del padre al concepimento, apertura di un procedimento per la dichiarazione di adottabilità, collocamento del minore in una struttura assistenziale e successivo affidamento pre-adoattivo a una famiglia) erano finalizzate a porre termine a una situazione *contra legem* e confliggente con l'ordine pubblico, tuttavia, l'esigenza di tutelare l'ordine pubblico non può attribuire allo Stato un potere di intervento automatico sulla relazione *de facto* venutasi a instaurare fra il bambino e i genitori committenti della gestazione per altri. La separazione del bambino dal contesto familiare è una misura estrema che può essere giustificata solo in caso di imminente pericolo per il minore.

Infine per terminare questo breve *excursus* va citata la sentenza *Parrillo/Italia* del 2015. Un caso altrettanto noto nel quale la Corte ha dovuto decidere, a seguito del rifiuto opposto dalla struttura sanitaria, in applicazione dell'art. 13 della legge n. 40/2004, alla richiesta del partner superstite che intendeva donare

alla ricerca gli embrioni criocongelati formati per attuare il progetto genitoriale condiviso con il partner venuto a mancare, a seguito dell'attentato di Nassiriya del 2003. L'aspetto più rilevante di tale decisione è forse quello di aver ritenuto che l'impedimento alla decisione di destinare embrioni soprannumerari alla ricerca rientra astrattamente nel campo della tutela della vita privata e specificamente nella tutela dell'autodeterminazione di cui all'art. 8 della Convenzione ma gli Stati possono imporre condizioni limitative o ostative a tale determinazione che risultino compatibili con la Convenzione. Quest'ultimo aspetto risulta non approfondito dalla Corte che ha ritenuto rilevante la mancanza di una prova della coincidente volontà del partner venuto a mancare circa la destinazione degli embrioni.

Se dal breve richiamo di queste decisioni emerge l'ampio riferimento, da parte della Corte, al margine di apprezzamento degli Stati aderenti alla Convenzione vi è però anche da dire che la Corte ha assunto una posizione del tutto diversa quando si è trattato di discutere delle conseguenze delle scelte procreative – che non incontrano un *common ground* normativo in Europa – per ciò che concerne la tutela dei diritti dei figli all'identità, alla vita privata e familiare, all'appartenenza con pieni diritti alla comunità civile in cui vivono e nello spazio europeo. Qui il margine di apprezzamento si riduce drasticamente. Per quanto concerne invece le questioni sensibili che hanno coinvolto le decisioni citate la Corte di Strasburgo ha sempre constatato l'assenza di un terreno comune di valutazione a livello europeo e pertanto non ha adottato una posizione univoca sui temi dell'aborto, della donazione dei gameti, degli interventi terapeutici sugli embrioni prodotti attraverso fecondazione in vitro, della ricerca sugli embrioni soprannumerari, del parto anonimo e della gestazione per altri. Tuttavia ha sempre analizzato se la posizione restrittiva in materia sia lesiva dei diritti fondamentali tutelati dalla Convenzione e se lo sia irragionevolmente e in difformità dai criteri attributivi del margine di apprezzamento agli Stati aderenti alla Convenzione. Nello svolgere questa ponderazione la Corte ha dimostrato comunque un'apertura verso le tendenze evolutive in atto nelle società europee e ha considerato decisivo, in molte controversie, accertare se gli Ordinamenti nazionali più restrittivi consentano comunque e accettino le conseguenze di una scelta contraria da parte dei loro cittadini alle soluzioni normative adottate nell'Ordinamento interno. In particolare appare significativo il richiamo a tale criterio di valutazione compiuto nelle decisioni *ABC/Irlanda* e *SH/Austria*. La Corte sembra in tal modo valorizzare anche gli atteggiamenti prudenti dei legislatori nazionali e la diversa predisposizione all'apertura esistente nei singoli Paesi europei alle innovazioni scientifiche e sociali e

nello stesso tempo sembra incentivare un “concerto” europeo rispettoso del pluralismo culturale e delle scelte dei cittadini.

### **3. Mutuo riconoscimento e ordine pubblico di fronte all'omogenitorialità e alla gestazione per altri**

In questa prospettiva un cittadino che si reca all'estero per fruire di una tecnica procreativa interdetta nel proprio Paese non sta cercando di eludere la legge del proprio Paese ma semplicemente sta esercitando il proprio diritto di autodeterminarsi nella vita privata praticando le scelte che un altro Ordinamento gli rende possibili. Ma è questa una soluzione appagante? Per un verso, come la Corte Costituzionale ha affermato nella sentenza n. 162/2014, una disciplina differenziata in materia di accesso alla PMA - che si legittimi con la possibilità di ricorrere alle tecniche non consentite o non accessibili nel proprio Paese recandosi in un altro Paese europeo che le prevede e le rende accessibili ai propri cittadini come prestazioni sanitarie a carico dello Stato - crea una disparità inaccettabile fondata sulla capacità economica che finisce per diventare il requisito necessario per l'esercizio di un diritto fondamentale quale quello alla autodeterminazione della vita personale e familiare e alla genitorialità. Tuttavia non può non rilevarsi, per altro verso, che una configurazione dei diversi sistemi normativi europei in tema di PMA come un sistema plurale di legislazioni che si riconoscono reciprocamente riducendo lo spazio di operatività della clausola dell'ordine pubblico facilita comunque la vita dei cittadini europei e sia, allo stato, l'unica soluzione per non danneggiare gravemente quella dei minori di età. Il tema è reso particolarmente spinoso nel nostro Ordinamento per la resistenza all'attribuzione di eguali diritti in materia familiare e genitoriale alle persone omosessuali. Si tratta di una resistenza che ha trovato, dopo la implicita richiesta di riconoscimento del diritto alla protezione e al riconoscimento della vita familiare delle coppie dello stesso sesso, da parte della Corte europea (sentenza Schalk & Kopf/Austria del 2010), e le esplicite richieste al legislatore italiano da parte della Corte Costituzionale (sentenze nn. 138/2010, n. 170/2014) e della Corte di Cassazione (sentenze nn. 4184/2012, 2400/2015 e 8097/2015) una sanzione a livello europeo con la sentenza Oliari ed altri/Italia del 21 luglio 2015. La recente legge n. 76/2016 approvata dal Parlamento il 20 maggio 2016, pubblicata il 21 maggio 2016 sulla Gazzetta ufficiale, colma, finalmente, questo vuoto normativo introducendo le unioni civili, basate sulle disposizioni di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione e

riservate alle coppie dello stesso sesso, e, in particolare, prevede il riconoscimento in Italia di matrimoni e unioni civili celebrati all'estero secondo la tecnica del cd *downgrade*. Infatti il comma 28 lett. b) della legge n. 76/2016 stabilisce che, alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo, verrà applicata la disciplina italiana sulle unioni civili. Come è stato già evidenziato in dottrina (Scaffidi Runchella) si tratta di una tecnica che si presta comunque a un sindacato giurisdizionale europeo nella misura in cui l'effetto di sovrapposizione della disciplina italiana viene a determinare la compressione di diritti fondamentali tale da far ritenere violata la Cedu ovvero laddove ostacoli l'esercizio delle libertà fondamentali derivanti dai trattati Ue. Non è improbabile che tale sindacato legittimi il *downgrade*, almeno in una prima fase, e mediante il ricorso al criterio del margine di apprezzamento, per quanto riguarda la possibilità di accesso in Italia alla PMA eterologa per le coppie *same-se*. Ma è altrettanto improbabile che tale sindacato possa legittimare il mancato riconoscimento in Italia degli *status* personali e familiari derivanti dall'unione o dal matrimonio contratti all'estero, negando così la dottrina della continuità degli *status* che trova una solida base normativa, di rilievo costituzionale, nel diritto alla libera circolazione, nel territorio dell'Unione europea, attribuito ai cittadini europei dai trattati e dalla normativa dell'Unione. Come si è detto inoltre la giurisprudenza Cedu è univoca nel restringere il margine di apprezzamento degli Stati quando si tratti di valutare l'incidenza di una discrasia normativa in materia familiare che incida sui diritti e gli interessi preminenti del minore. Infine è proprio tale centralità della posizione del minore e lo stesso rilievo costituzionale che va ormai attribuito alle unioni civili di diritto italiano a depotenziare qualsiasi riferimento all'ordine pubblico che volesse opporsi al riconoscimento degli *status* personali e familiari derivanti da unioni civili e matrimoni *same sex* contratti all'estero.

Profili più problematici presenta invece il riconoscimento di uno *status filiationis* derivante da un accordo di gestazione per altri contratto legalmente all'estero da una coppia eterosessuale o dello stesso sesso. Qui può infatti aprirsi un conflitto rilevante fra il divieto, più o meno esteso, del ricorso alla gestazione per altri, in quanto lesivo della dignità della donna, che assume l'obbligo di portare a termine una gravidanza per conto della coppia committente, e l'esigenza di tutelare il diritto all'identità e alla vita familiare del bambino nato a seguito di un tale accordo. Le legislazioni europee e quindi anche la giurisprudenza europea e quelle nazionali assumono posizioni diversificate quanto alla legittimità del ricorso alla gestazione per altri mentre tendono co-

munque a salvaguardare il rapporto instauratosi fra i genitori intenzionali e il bambino. La via più lineare sembra quella seguita dalla Corte di Cassazione francese, nella decisione del 3 luglio 2015 (n. 14.21.323) che applicando gli artt. 47 del codice civile francese e l'articolo 7 del decreto 3 agosto 1962, modificativo di alcune disposizioni in materia di stato civile, secondo una interpretazione conforme all'art. 8 della Cedu, ha stabilito che un certificato di nascita redatto in un Paese straniero secondo le modalità prescritte in quel Paese, deve essere trascritto nei registri dello stato civile salvo che venga accertato che l'atto è irregolare, falsificato o che i fatti che vi sono dichiarati non corrispondono alla realtà. Resta però in questa prospettiva aperto il problema della contrarietà dell'atto di nascita all'ordine pubblico, contrarietà sicuramente da ritenere operante se non vi sia alcun legame genetico, oltre che ovviamente alcun legame biologico, fra il bambino e entrambi i genitori committenti perché in questa ipotesi si sarebbe posto in essere non un accordo di gestazione per altri ma un vero e proprio contratto avente ad oggetto l'acquisizione di un figlio. In questo caso l'unica forma di protezione che può essere accordata al minore è quella del rapporto *de facto* che si è venuto a instaurare ma la costituzione di un rapporto di filiazione non può che avvenire rispettando le regole proprie dell'adozione. Diversamente il Tribunale costituzionale spagnolo con una decisione del 2 febbraio 2015 ha ritenuto che il non riconoscimento in Spagna degli atti di nascita basati su accordi di gestazione per altri sia compatibile con l'art. 8 della Cedu in quan-

to i diritti dei minori vengono tutelati consentendo, da un lato, l'accertamento del rapporto di filiazione sulla base della verifica dei dati genetici e, parallelamente, l'adozione da parte del partner estraneo alla trasmissione genetica. Non appare invece convincente affermare l'incompatibilità della gestazione per altri con il principio della necessaria coincidenza della genitorialità e della gestazione perché si tratta di una affermazione che l'istituto del cd parto anonimo smentisce e che, soprattutto, verrebbe ad imporre, se portata alle sue estreme conseguenze, una doppia e inammissibile prevaricazione nei confronti della donna che si sottopone alla gestazione per altri. Se per un verso, al di là di una valutazione etica e di genere sulla GPA, sembra impossibile perseguire l'obiettivo di una sua proibizione su scala mondiale, allora la strada virtuosa, affidata al legislatore più che alla giurisprudenza, sembra essere quella della fissazione di limiti ben precisi al riconoscimento e/o alla legalizzazione di essa. In questo spirito la Conferenza di diritto internazionale privato de L'Aja ha aperto i lavori per una possibile convenzione mondiale in materia e il Parlamento italiano è chiamato a discutere un progetto di legge inteso a tutelare la dignità della donna che liberamente vuole partecipare a un progetto genitoriale altrui e nello stesso tempo a tutelare il bambino che da questa collaborazione troverà il suo principio di vita. Veramente mai come su questo tema il margine di apprezzamento del legislatore è sovrano. Alla giurisprudenza spetta l'altrettanto non facile compito di garantire al minore una piena tutela della sua identità e della sua vita familiare.

## Corpo e procreazione medicamente assistita. I nodi ancora irrisolti della disciplina italiana

di Maria Pia Iadicicco

Nel valutare la stretta ed ineludibile connessione tra il tema del Corpo e quello della procreazione medicalmente assistita, il contributo mette in luce le molte contraddizioni cui ha dato luogo l'applicazione in concreto della l. n. 40 del 2004. Dopo aver ripercorso i principali passaggi della "parabola giudiziaria" della l. n. 40/04, si sofferma sui numerosi nodi ancora irrisolti della disciplina sulla fecondazione artificiale, evidenziando come in Italia questa controversa vicenda sia stata denotata da un'evidente cesura tra il momento della produzione normativa, astratta e generale, e la valutazione della concretezza dell'oggetto regolato.

### 1. Premessa: la rimaterializzazione della persona fisica

Le innovazioni scientifiche e tecnologiche, che accompagnano in maniera sempre più intensa l'evoluzione della storia umana, hanno assunto un rilievo sempre più importante per il diritto nello svolgimento della sua primigenia funzione di regolazione della vita associata e di risoluzione dei conflitti. L'innegabile valenza della dimensione scientifico-fattuale di alcune fattispecie giuridiche ha contribuito a riscoprire la concretezza del corpo umano, sollecitando così una rinnovata concettualizzazione della persona, quale soggetto di diritto assunto nella sua pluri-

dimensionalità, fisico-corporale ed esistenziale<sup>1</sup>.

Nel corso dell'ultimo secolo e, in particolar modo, attraverso un doveroso inquadramento dell'esperienza giuridica della nuova cornice dei valori costituzionali, racchiusi nella Carta del 1948, si è assistito ad una rivalutazione del corpo umano, in carne ed ossa, punto di collisione tra sfera dell'autorità pubblica e delle libertà individuali<sup>2</sup>, fucina e punto di emersione di situazioni giuridiche soggettive, che non possono essere adeguatamente comprese e regolate se non ricomponendo e ricollegando alla «maschera»<sup>3</sup> della persona la concreta realtà corporale.

Anche le tecniche di procreazione medicalmente assistita (d'ora in poi: PMA), rese possibili dal per-

1. Ampiamente sul tema, P. Veronesi, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. Rodotà - P. Zatti (dir. da), *Trattato di Biodiritto, Il governo del corpo*, Tomo I, Milano, 2011, pp.137 ss. S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari, 2012, pp. 140 ss. e spec. p. 162.

Non si vuole, né si può in questa sede entrare nel merito dell'annosa e controversa distinzione tra i concetti di persona e soggetto di diritto; né si intende prendere posizione sull'altrettanto controversa qualificazione dell'embrione come soggetto di diritto. Quale che sia lo statuto giuridico – prima che etico – che si voglia riconoscere all'embrione (piena soggettività giuridica, soggettività condizionata alla nascita o all'impianto, piena parificazione alla persona o persona in divenire, etc.) non cambiano i termini del discorso che qui si vuole condurre e che muovono da una valutazione in concreto e non ideologicamente orientata delle vicende relative alla fecondazione artificiale. Ciò che si può affermare, senza ombra di dubbio, anche sulla base di una consolidata interpretazione della Carta costituzionale, è l'obbligo di apprestare un'adeguata tutela costituzionale nei confronti del concepito, seppur tenuto conto delle peculiari caratteristiche sue proprie, che, in ogni caso, non ne ammettono una reificazione.

2. P. Veronesi, *op.cit.*, p. 138.

3. P. Zatti, *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, 2012, *passim*.



fezionamento della medicina della riproduzione offrono ulteriori e determinanti motivi per ribadire la materialità corporea della persona, per declinare in concreto il principio personalista e abbandonare definitivamente la strada della smaterializzazione fisico-corporale della persona<sup>4</sup>. L'intima ed ineludibile connessione tra il tema del Corpo e quello della procreazione consente, dunque, di riflettere sulle dinamiche e sugli andamenti delle trasformazioni dapprima richiamate e di cogliere il senso di una mutata riflessione sul Corpo.

In quest'ottica, prendendo le mosse da alcune osservazioni generali relative all'impostazione di fondo, fatta propria dal legislatore italiano del 2004, nel regolare le pratiche di fecondazione artificiale, si vogliono mettere in luce le molte incongruenze cui ha dato luogo l'applicazione in concreto della l. n. 40/2004, incongruenze che solo in parte sono state superate attraverso il massiccio ricorso alla giurisprudenza, europea ed interna, costituzionale e di merito<sup>5</sup>. In particolare, ci si concentrerà sui nodi ancora irrisolti di questa controversa vicenda, denotata da un'evidente cesura tra il momento della produzione normativa, astratta e generale, e la valutazione della concretezza dell'oggetto regolato.

## 2. L'embrione e il Corpo della madre. L'irragionevole regolazione legislativa del potenziale conflitto nelle pratiche di fecondazione artificiale

Il legame tra sfera corporea e vita nascente assume una connotazione peculiare, di assoluta inscindibilità, quando interessa il Corpo di una donna, e ciò resta ugualmente valido anche qualora la fecondazione dovesse avvenire *in vitro* ed a prescindere dalla provenienza dei gameti fecondati. Se è vero, infatti, che le moderne tecnologie riproduttive permettono di scindere la riproduzione dalla sessualità<sup>6</sup> e, laddove consentito dall'ordinamento, supportano la distinzione tra genitorialità genetica, uterina e giuridico-sociale<sup>7</sup>, è altrettanto vero che, ad oggi, nessuna tecnologia consente di prescindere dal Corpo di una donna e, in particolare, dal suo utero, per la gestazione e la nascita di un feto, comunque concepito.

Questa "evidenza scientifica"<sup>8</sup>, al momento inconfutabile, può costituire un punto di partenza utile a svelare le non poche contraddizioni in cui è incappata la legge n. 40 del 2004, che, dopo una lunga – ma non per questo approfondita – discussione<sup>9</sup>, ha introdotto nell'ordinamento giuridico italiano la prima regolamentazione legislativa delle tecniche di fecondazione assistita.

La prima impressione che emerge da una lettura complessiva del dato legislativo è quella della predisposizione di un impianto molto forte di garanzie a favore del concepito, «soggetto»<sup>10</sup> debole coinvolto nelle pratiche di fecondazione assistita, i cui interessi, non meglio specificati, si porrebbero in stridente con-

4. La "smaterializzazione" del concetto di persona è stata perseguita dal diritto in altre epoche storiche in cui, a quell'opera di astrazione della realtà sociale, non di rado si sono accompagnati svariati tentativi di controllo temporale o spirituale del corpo umano, specie di quello delle donne. Sul punto, cfr. L. Ronchetti, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Costituzionalismo.it*, 11.04.2006.

5. Per una panoramica generale dei molti interventi giurisprudenziali che hanno interessato la legge n. 40/2004, v., tra i tanti, G. Nicastro, *La normativa sulla procreazione medicalmente assistita "riscritta" dai giudici*, in questa *Rivista*, 2013, pp. 189 ss.; P. Sanfilippo, *La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un caso singolare di eterogenesi dei fini*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, pp. 851 ss.

6. Ed è proprio questa separazione ad imprimere alle tecniche di PMA il carattere della "artificialità".

7. La dissociazione tra genitorialità genetica e giuridica è riscontrabile sia nella procreazione assistita eterologa (con donazione di gameti da parte di soggetti diversi dai genitori giuridici del nascituro), sia nei casi di adozione. La maternità surrogata comporta invece, a seconda delle ipotesi di surrogazione totale o parziale, un'ulteriore distinzione tra genitorialità genetica (dei committenti o dei donatori di gameti), genitorialità uterina (della gestante, che mette a disposizione il proprio utero per portare a termine la gravidanza) e genitorialità giuridica (dei committenti).

8. Sui vincoli e limiti che incontra la discrezionalità legislativa nel regolare fatti "scientificamente connotati", v., per tutti, S. Penasa, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, Napoli, 2015, pp. 435 ss.

9. Per attenti rilievi critici sul procedimento di formazione della legge n. 40/2004 e, più in generale, sull'impostazione del dibattito parlamentare, si rinvia nuovamente a S. Penasa, *op. ult. cit.*, pp. 180 ss.

10. V. art. 1, l. n. 40/04, che attribuisce al concepito (*rectius*: all'embrione) la qualità di «soggetto» portatore di diritti.

trasto con quelli degli aspiranti genitori. Trascurando che, differentemente dal caso dell'aborto<sup>11</sup>, in questa vicenda l'aspirazione di vita dell'embrione costituisce il motivo di fondo che spinge una coppia a ricorrere alla procreazione artificiale, alcune disposizioni della legge 40, nella loro originaria formulazione, prefiguravano una prevalenza degli interessi dell'embrione sul diritto alla salute della madre, che pur necessariamente deve accoglierlo nel proprio Corpo (essendo tra l'altro vietata la gestazione per altri<sup>12</sup>) per portare a compimento il progetto di vita. Vietando infatti la revoca del consenso al trattamento dopo la fecondazione dell'ovulo (art. 6, co. 3) e ammettendo la sospensione del trasferimento in utero degli embrioni creati *in vitro* solo per «grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione» (art. 14, co. 3), la legge 40 ha finito per trascurare la «incidenza se non esclusiva sicuramente prevalente, dello stato gravidico sulla salute sia fisica che psichica della donna»<sup>13</sup>. Ed ancora, per evitare il sistematico ricorso alla sovrapproduzione embrionaria, con successiva crioconservazione degli embrioni non trasferiti, l'art. 14 della l. n. 40 imponeva al medico di produrre massimo tre embrioni e di procedere ad un unico e contemporaneo impianto anche nei casi in cui la più accreditata scienza medica avrebbe suggerito un graduale trasferimento dei medesimi<sup>14</sup> o una più alta produzione di embrioni<sup>15</sup>.

Proprio su quest'ultimo disposto si è appuntata la prima decisione caducatoria della legge da parte della Corte costituzionale, la sentenza n. 151/09, le cui argomentazioni riprendono un consolidato filone giurisprudenziale sui rapporti tra discrezionalità legislativa e autonomia della scienza medica, in vista del fondamentale obiettivo di ricondurre a ragionevolezza

za il bilanciamento tra gli interessi dell'embrione e il diritto alla salute della madre, nella consapevolezza che la tutela del primo non può essere assoluta<sup>16</sup> ma può subire limitazioni necessarie per salvaguardare la salute della donna. In questo senso, la sent. n. 151/09 non solo ha restituito alla prudente e competente valutazione medica la decisione, da assumersi caso per caso e sulla base delle condizioni cliniche della paziente sottoposta a PMA, sul numero di embrioni da produrre, impiantare ed eventualmente crioconservare, ma ha anche avuto il merito di riportare nella giusta prospettiva il rapporto madre-embrione, evidenziando come la salvaguardia della salute della prima costituisca requisito indispensabile per il buon esito del progetto procreativo e, dunque, anche per il soddisfacimento del diritto alla vita dell'embrione.

Tale argomento è ulteriormente ripreso e sviluppato nella successiva e molto attesa<sup>17</sup> sentenza n. 96 del 2015 con la quale la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1 e 4 della l. n. 40 nella parte in cui esplicitamente vietavano l'accesso alla PMA a coppie fertili portatrici di malattie a trasmissione genetica, interessate pertanto a ricorrere a tale pratica, non già per il superamento di problemi di sterilità o infertilità, quanto per poter praticare sull'embrione prodotto *in vitro* esami diagnostici e, all'esito di questi, poter eventualmente evitare il trasferimento degli embrioni malati. Passaggio fondamentale della decisione – complessivamente apprezzabile per plurime ragioni<sup>18</sup> – è ancora una volta la salvaguardia della salute psico-fisica della donna e la necessità di un ragionevole bilanciamento tra questa e gli interessi costituzionali facenti capo al nascituro. Molto realisticamente e facendo leva su ragioni di coerenza sistematica, la Corte costituzionale ha ravvisato nel divieto assoluto di accesso alla PMA con dia-

11. Per una lettura in parallelo delle problematiche, di ordine costituzionale, sottese alla IVG e alla PMA, cfr. A. D'Aloia, P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, in S. Rodotà - P. Zatti (dir. da), *Trattato di Biodiritto, Il governo del corpo*, cit., pp. 1345 ss.

12. Cfr. art. 12, co. 6, l. n. 40/04.

13. Corte cost., ord. n. 389/1988.

14. Per evitare i rischi di gravidanze plurime, tanto più alti nelle ipotesi di più facile attecchimento degli embrioni trasferiti.

15. Laddove il limite numerico di embrioni producibili, indifferentemente prefissato della legge, non lasciasse presagire il buon esito della gravidanza.

16. Corte cost., sent. n. 151/09, punto 6 del Considerato in diritto.

17. Sull'ambigua posizione assunta dalla legge 40 nei riguardi della praticabilità della diagnosi genetica preimpianto e per un'attenta ricostruzione del percorso compiuto dalla giurisprudenza di merito ai fini del riconoscimento della legittimità di tali esami, svolti nei confronti di soggetti, sterili o infertili, pacificamente ammessi ai protocolli di PMA, v. B. Liberali, *La diagnosi genetica preimpianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della l. n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e questioni di legittimità costituzionale*, in [www.rivistaic.it](http://www.rivistaic.it), 2/2014.

18. Cfr. C. Tripodina, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2/2015, e, se si vuole, M. P. Iadicicco, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2015, pp. 803 ss.

gnosi genetica preimpianto, da parte di coppie affette o portatrici sane di malattie a trasmissione genetica, un evidente vizio di irragionevolezza. Non solo, infatti, il giudice costituzionale ha evidenziato che alle medesime coppie cui è precluso dalla legge 40 il ricorso alla diagnosi genetica preimpianto è invece (e quindi contraddittoriamente) consentito il successivo ricorso all'aborto terapeutico – quando da indagini prenatali, svolte sull'embrione oramai impiantato, dovessero accertarsi patologie dello stesso aventi gravi ricadute sulla salute psicofisica della madre<sup>19</sup> – ma, per questa via, ha anche rilevato la palese inadeguatezza del divieto di diagnosi preimpianto al perseguimento del fine cui sarebbe preposto: è intuitivo del resto che l'aspettativa di vita del nascituro sarebbe comunque frustrata dal successivo aborto terapeutico, praticato tra l'altro in una fase di più avanzato sviluppo dell'embrione e quindi con ben più gravi ricadute sulla salute dello stesso e della madre.

Una volta riconosciuta la funzionalità degli esami diagnostici preimpianto alla soluzione di problemi di salute, soprattutto della donna, la Corte si è nuovamente<sup>20</sup> premurata di salvaguardare anche gli interessi costituzionali facenti capo al nascituro: e così, da un lato ha precisato che, per ragioni di cautela, l'accertamento delle patologie a trasmissione ereditaria debba avvenire in apposite strutture pubbliche specializzate; dall'altro, ha ulteriormente specificato che gli esami diagnostici debbono mirare al «fine esclusivo della previa individuazione di embrioni cui non risulti trasmessa la malattia del genitore comportante il pericolo di rilevanti anomalie o malformazioni (se non la morte precoce) del nascituro alla stregua del medesimo “criterio di gravità”»<sup>21</sup> di cui all'art. 6 della legge n. 194/78. Tale precisazione – accompagnata dal monito rivolto al legislatore di procedere ad individuare ed aggiornare periodicamente, anche sulla base dell'evoluzione tecnico-scientifica, le patologie a trasmissione ereditaria – persegue il fondamentale scopo di evitare il ricorso ad esami genetici predittivi al di fuori delle ipotesi di individuazione di anomalie

o malformazioni embrionali aventi gravi ripercussioni della salute psicofisica della madre, contribuendo così a rimarcare la distanza tra la selezione genetica preimpianto, praticata a fini medico-preventivi, ed il reato di selezione a scopo eugenetico degli embrioni (art.13, co. 3, lett. b)<sup>22</sup>.

### 3. La “sorte” degli embrioni non impiantati

Benché i plurimi interventi “correttivi” del giudice costituzionale abbiano già profondamente inciso sull'impianto originario della legge 40, nella normativa italiana sulla fecondazione artificiale continuano a rinvenirsi aspetti problematici e questioni irrisolte, rispetto alle quali si auspica un sollecito e chiaro intervento degli organi politici, piuttosto che la loro puntiforme definizione in occasione di nuovi contenziosi giudiziari.

In primo luogo, tenuto conto della praticabilità delle indagini genetiche preimpianto, andrebbe cancellato il riferimento, di cui all'art. 14, co.3, l. n. 40/04, alla non prevedibilità, al momento della fecondazione, delle cause di ordine sanitario che ostano al trasferimento degli embrioni, giacché la richiesta di accesso alla diagnosi preimpianto è funzionale proprio a verificare l'eventuale trasmissione all'embrione della malattia di cui i genitori sono affetti o portatori sani e della quale temono la trasmissione ereditaria.

In secondo luogo, andrebbe chiarito il destino degli embrioni non trasferiti, in quanto tale questione è stata solo parzialmente affrontata dalla Consulta nella recente sent. 229/2015<sup>23</sup> che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 13 della legge 40, nella parte in cui contemplava il reato di selezione embrionaria anche nei casi in cui questa sia effettuata a fini medico-preventivi – e cioè alle condizioni e secondo le modalità esplicitate nella sent. 96/2015 –, ha altresì disposto la crioconservazione obbligatoria

19. V. art. 6 della legge n. 194/78 («Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza»).

20. V. anche sent. n. 151/2009, cit., con la quale la Consulta ha sì restituito all'autonomia del medico un adeguato e dovuto spazio di valutazione sul numero di embrioni trasferibili e sulle modalità del trasferimento in utero, ma, allo stesso tempo, non ha trascurato di salvaguardare gli interessi dell'embrione; ed infatti, tale decisione non ha travolto il comma 2 dell'art. 14, nella parte in cui vieta di creare un «numero di embrioni superiori a quello strettamente necessario» per il buon esito di una gravidanza.

21. Corte cost., sent. n. 96/2015, punto 9 del Considerato in diritto.

22. A questo proposito, desta non poche perplessità la mancata considerazione, nelle nuove Linee guida ministeriali sulla PMA, approvate a luglio 2015, della sent. n. 96/2015 della Corte costituzionale. Nel decreto ministeriale si continua ribadire, senza alcuna necessaria precisazione, il divieto di «ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica».

23. Su cui cfr. L. Chieffi, *L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto*, in corso di pubblicazione in *Giur. cost.*, 2015.

e di durata indeterminata degli embrioni selezionati, in quanto risultati affetti da grave patologia ereditaria<sup>24</sup>. A ben vedere, ad oggi, gli embrioni crioconservati non sono solo quelli rispetto a quali sia stata praticata una selezione genetica preimpianto, ma anche quelli cd soprannumerari prodotti prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/04, nonché quelli creati dopo la sentenza n. 151/09 e dunque non trasferiti, non necessariamente per anomalie genetiche, ma per evitare effetti pregiudizievoli sulla salute della madre. Opportunamente le Linee guida ministeriali del 2008 distinguevano tra embrioni in attesa di futuro impianto, compresi quelli crioconservati prima della legge 40, ed una seconda categoria di embrioni in cd stato di abbandono<sup>25</sup>, stabilendo un diverso regime di costi per la crioconservazione (a carico dei centri di PMA per gli embrioni in attesa di futuro impianto; a carico dello Stato per gli embrioni in stato di abbandono). Diversamente le nuove Linee guida approvate nel 2015 non dispongono nulla a riguardo, ma rinviano a quanto previsto nel paragrafo E.9 dell'Accordo Stato-Regioni<sup>26</sup> stipulato il 15 marzo 2012. Tale atto contiene tuttavia una regolamentazione parzialmente diversa, non solo sull'allocazione dei costi per il congelamento, ma anche riguardo alla qualificazione degli embrioni crioconservati. L'Accordo Stato-Regioni del 2012 stabilisce infatti che «tutti gli embrioni che sono in attesa di un futuro impianto» vanno congelati e crioconservati presso i Centri dove vengono effettuate le tecniche. Quanto al sostentamento delle relative spese si rinvia alla «normativa vigente», che, in effetti, fino al 2015 era contenuta nelle già citate Linee guida ministeriali del 2008, oggi sostituite da quelle approvate il 1° luglio 2015, le quali, tuttavia, su questo specifico aspetto, si limitano a richiamare l'Accordo del 2012 che, a sua volta, rinvia alle Linee guida del 2008<sup>27</sup>.

Quanto agli embrioni in «stato di abbandono», l'Accordo del 2012 affida alle Regioni e alle Province autonome la regolazione del regime dei costi e quindi, ancora una volta, si rinvia ad atti di futura approvazione; ma, in particolare, va evidenziato che l'Accordo qualifica come embrioni abbandonati quelli prodotti prima dell'entrata in vigore della legge 40. Non è facile comprendere il senso di questa precisazione, che si rileva sotto il profilo dell'individuazione dei soggetti competenti a regolare il regime dei costi, ma non influisce nell'immediato e praticamente sullo stato degli embrioni abbandonati, per i quali si dispone in ogni caso la crioconservazione. Non è chiaro, in particolare, se detti embrioni, prodotti prima della l. n. 40, debbano oramai ritenersi idonei all'impianto (in considerazione dell'eccessiva durata della crioconservazione?) o se, invece, anche per questi, i centri di PMA debbano sopportare i costi di congelamento in vista di una futura richiesta di impianto.

Ad ogni modo, la sorte di questi embrioni crioconservati è ad oggi indefinita ed, infatti, nel Comunicato stampa del Ministero della Salute diramato il 1° luglio 2015, in occasione dell'approvazione delle nuove linee guida, il ministro Lorenzin ha annunciato l'imminente approvazione di un apposito decreto sugli embrioni abbandonati.

Queste considerazioni ci portano ora ad analizzare più approfonditamente un'altra problematica previsione della l. n. 40/04 e cioè il divieto di revoca del consenso all'impianto di cui al già citato art. 6, co. 3. Tale divieto rileva particolarmente ai nostri fini in quanto esso denota l'eccesso di astrazione della legge n. 40 e cioè la sua incapacità di calarsi e adattarsi alle peculiarità dei casi concreti, oltreché la già criticata tendenza a contrapporre *a priori* gli interessi dell'embrione e quelli della coppia ed, in particolare, della donna che dovrebbe accoglierlo nel proprio Corpo<sup>28</sup>.

24. Ritiene la Corte che la malformazione di tali embrioni «non ne giustifica, sol per questo un trattamento deteriore, rispetto agli embrioni sani» soprannumerari, dei quali nella sentenza n. 151/09 si è disposta la crioconservazione. Così punto 2.2. del Considerato in diritto. Va sottolineato che nel medesimo passaggio della motivazione il giudice costituzionale richiama «l'esigenza di tutelare la *dignità* dell'embrione» (corsivo nostro) e non già il diritto alla vita dello stesso, facendone discendere un divieto di soppressione che finirebbe per ridurre l'embrione ad una *res*.

25. Le medesime Linee guida stabilivano che per definire lo stato di abbandono di un embrione si sarebbe dovuta verificare una delle seguenti condizioni: la rinuncia scritta al futuro impianto da parte dei genitori (o della sola madre) oppure la reiterata e documentata impossibilità di rintracciare i genitori.

26. «Requisiti minimi organizzativi, strutturali e tecnologici delle strutture sanitarie autorizzate di cui alla legge 19 febbraio 2004, n. 40 per la qualità e la sicurezza nella donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di cellule umane».

27. Sulle problematiche determinate dal massiccio ricorso alla tecnica del rinvio ad altre fonti da parte della Linee guida ministeriali del 2015, v. B. Liberali, *Il problematico intervento delle Linee guida ministeriali e regionali nelle materie in cui viene in rilievo l'evoluzione scientifica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2016, pp. 252 ss.

28. Cfr. A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, pp. 215 ss.

Chiari ed insormontabili ostacoli giuridici impediscono la configurazione di un aberrante obbligo di trasferimento coattivo dell'ovulo fecondato contro la divergente volontà manifestata dalla madre, che pur aveva precedentemente acconsentito alla creazione dell'embrione; anche qualora si insistesse nel voler ricavare dalla lettera dell'art. 6 un obbligo in capo al medico e ai genitori, si tratterebbe evidentemente di un obbligo non coercibile, in quanto l'impianto coattivo dell'embrione si risolverebbe in un trattamento sanitario obbligatorio sicuramente irrispettoso della persona umana<sup>29</sup>, giacché capace di degradare il Corpo della madre a mera incubatrice, senza contare che, ancora una volta, esso non sarebbe funzionale a garantire il diritto alla vita dell'embrione evidentemente esposto al successivo ricorso da parte della donna all'IVG anche in considerazione delle circostanze in cui è avvenuto il concepimento (art. 4, leggen. 194/78).

Né sarebbe risolutiva, ai fini della definizione della sorte degli embrioni non impiantati, la diversa valutazione dei motivi che hanno indotto la donna a revocare il consenso all'impianto. Se, infatti, alla luce di quanto precedentemente esposto e adeguatamente argomentato nella sent. n. 96/2015, si può giungere a riconoscere la legittimità della revoca del consenso all'impianto quando questo determinerebbe con-

seguenze pregiudizievoli sulla salute della madre, non si comprende ugualmente quale destino debba spettare agli embrioni il cui impianto sia stato rifiutato dalla donna per altri motivi (magari deplorabili) diversi da quelli medico-sanitari<sup>30</sup>. Tali embrioni non possono essere soppressi per esplicito divieto contenuto nell'art. 14 della l. n. 40, né possono essere impiantati coattivamente, per le ragioni già esposte<sup>31</sup>. Ed infatti, tanto le Linee guida del 2008<sup>32</sup> quanto quelle del 2015, ne prevedono il congelamento, finendo così però coll'introdurre un'ulteriore deroga al divieto legale di crioconservazione. Ed allora, delle due, l'una: o la normativa contenuta a riguardo nei decreti ministeriali è illegittima e, come tale, disapplicabile o annullabile, in quanto introduce con fonte sub-legislativa una deroga al divieto di crioconservazione di cui all'art. 14, co. 1, della l. n. 40<sup>33</sup>; oppure è quest'ultimo ad essere incostituzionale nella parte in cui vieta la crioconservazione di embrioni non impiantati per motivi diversi da quelli sanitari, così frustrando le aspettative di vita di questi ultimi che potrebbero trovare soddisfacimento attraverso il successivo impianto nell'utero di un'altra donna, laddove fosse regolata la pratica dell'adozione degli embrioni abbandonati, come suggerito dal Comitato nazionale di Bioetica nel parere del 18 novembre 2005<sup>34</sup>.

29. Sul limite del rispetto della persona umana anche nel caso di trattamenti sanitari obbligatori disposti per legge, ai sensi dell'art. 32 Cost., v. almeno R. Romboli, *Gli atti di disposizione del proprio corpo*, in A. Scialoja - G. Branca (dir. da), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1988, p. 343.

30. L'attenta considerazione dell'incidenza prevalente, se non esclusiva, dello stato gravidico sulla salute psico-fisica della madre spiega la diversa rilevanza della revoca del consenso all'impianto da parte del padre dopo la fecondazione dell'ovulo. Laddove infatti si rinvenga una discordanza tra la volontà dell'uomo e quella della donna, è sempre quest'ultima a prevalere, tanto nel caso in cui il padre si opponga al trasferimento dell'embrione dopo la sua formazione, quanto laddove la madre rifiuti l'impianto dell'embrione nonostante la divergente volontà del partner maschile. Nel primo caso, infatti, ben si comprende la *ratio* del divieto di cui all'art. 6, che pertanto vieta all'uomo, che abbia prestato il consenso alla fecondazione dell'ovulo con il proprio seme, di opporsi successivamente all'impianto dell'embrione, cui sarà ugualmente attribuito lo stato di figlio legittimo o naturale. Ed infatti le Linee guida ministeriali, in riferimento all'art. 14 della l. n. 40, specificano che «la donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati». Nel caso invece di revoca del consenso all'impianto da parte della madre, nessun rilievo potrà essere attribuito alla divergente volontà del padre che ovviamente non potrà pretendere un impianto coattivo dell'embrione, né potrà impedire, come noto, il successivo ricorso da parte della donna all'IVG. Su tali questioni, cfr. A. Palma, *La revoca del consenso alla crioconservazione degli embrioni*, in AA.VV., *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Vol. II, Bari, 2012, p. 936 ss.

31. Al riguardo, non offre margini interpretativi adeguati (nel senso di costituzionalmente conformi) neppure l'inciso finale di cui all'art. 14, co. 1 della l. n. 40 che vieta la soppressione e crioconservazione degli embrioni «fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194». A parte l'aberrante configurazione di un obbligo di impianto coattivo dell'embrione con successivo ricorso da parte della donna all'IVG, tale ricostruzione, come si è già detto, non salvaguarderebbe affatto gli interessi costituzionali dell'embrione, evidentemente e definitivamente frustrati dall'aborto.

32. Con grande realismo e seppure con i dubbi di legittimità suddetti, le Linee guida del 2008 prevedevano che anche in casi diversi da quelli di cui all'art. 14, co. 3, il trasferimento degli embrioni potesse risultare non attuato.

33. Cfr. Tar Lazio, Sez. III-*quater*, sentenza 21 gennaio 2008, n. 398.

34. La premessa da cui ha preso le mosse il Comitato è che l'embrione debba essere protetto e salvaguardato con la finalità prioritaria dell'ottenimento della nascita e tale obiettivo potrebbe essere perseguito anche con la regolazione dell'istituto della «adozione per la nascita (APN)». Nonostante qualche dissenso, esplicitato nelle postille al documento, il CNB, pur consapevole delle differenze che intercorrono l'APN e l'adozione di un bambino già nato, ha deciso di fare propria l'espressione «adozione» anche in riferimento a questa vicenda procreativa in considerazione della più facile comprensione dello spirito di solidarietà e generosità che dovrebbe animare questo percorso.

Ancora una volta dunque è la rigidità della legge 40 e la sua scarsa capacità di adattarsi alla singolarità di casi concreti a denotarne profili di incostituzionalità.

### 4. L'utilizzo a scopo sperimentale di embrioni inidonei all'impianto

Questione limitrofa, ma distinta da quelle sinora trattate, è quella della possibile destinazione degli embrioni abbandonati alla ricerca scientifica. Non pochi dubbi sussistono, infatti, in ordine alla legittimità costituzionale del divieto di ricerca e ogni forma di sperimentazione non terapeutica sugli embrioni prodotti *in vitro* (art. 13), laddove esso coinvolga anche embrioni assolutamente inidonei all'impianto.

Lungi dal voler mettere in discussione l'obbligo di tutela costituzionale del diritto alla vita dell'embrione e della sua integrità – che appunto vieta di ridurre lo stesso a mero “serbatoio” di materiale (soprattutto cellule staminali) utile per lo svolgimento di attività di ricerca e sperimentazione – bisogna però valutare, con attento spirito critico e con grande pragmatismo, quali conseguenze produce un divieto assoluto di sperimentazione, quale quello di cui all'art. 13, che interessa anche embrioni inidonei all'impianto e, dunque, alla nascita. Il dubbio che sovviene a tal proposito è quello di una eccessiva, e perciò irragionevole, compressione di altre istanze fondamentali, quali la libertà di ricerca scientifica (artt. 9 e 33 Cost.) e la tutela della salute individuale e collettiva (art. 32), evidentemente connessa all'avanzamento dell'attività di ricerca in ambito biomedico.

Pur consapevoli che, allo stato attuale della ricerca scientifica, il prelievo da un embrione di cellule staminali pluripotenti ne determina la soppressione, non si possono trascurare i benefici che potrebbero discendere da un avanzamento degli studi sull'uso delle cellule staminali embrionali<sup>35</sup>, in vista non tanto dell'accrescimento delle conoscenze, ma della possibile sperimentazione di terapie funzionali a salvaguardare il diritto alla salute di molte persone affette da malattie ad oggi incurabili. È indispensabile precisare che il dubbio di costituzionalità qui paventato<sup>36</sup> non investe l'art. 13 nella sua interezza; infatti l'ipotesi di una destinazione a scopo di ricerca degli embrioni inidonei all'impianto è ben diversa da quella, appunto vietata dall'art. 13, di produzione deliberata di embrioni umani a fini di ricerca, sperimentali o comunque diversi da quelli procreativi. Ma soprattutto, va considerato che la produzione di linee cellulari di staminali destinate alla ricerca non frustrerebbe, nel caso anzidetto, le speranze di vita di embrioni che in futuro potrebbero aspirare a nascere; la specifica ipotesi qui prospettata riguarda solo embrioni, che, a seguito di accurate indagini, presentino gravi anomalie irreversibili, tali da non consentirne l'impianto nell'utero di qualsiasi donna (non solo la madre, laddove fosse regolata l'adozione degli embrioni per la nascita)<sup>37</sup> a causa delle gravi ricadute che ciò avrebbe sulla loro salute. Con grande realismo non si può che affermare che il destino di questi embrioni è o il deperimento, a seguito dell'abbandono nel terreno di cultura fino alla loro estinzione “naturale”, o la crioconservazione<sup>38</sup>, che ugualmente non ne consentirà il futuro impianto, né probabilmente ne impedirà, anche se dopo un lasso di tempo ben più ampio, il deperimento.

35. Senza per questo abbandonare le ricerche sulle cellule staminali adulte, cordonali e fetali.

36. E in larga parte corrispondente a quanto rilevato nell'ordinanza n. 166/2013, con la quale il Tribunale di Firenze ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 13 e 6, co. 3, della l. n. 40/04.

Nell'udienza pubblica del 22 marzo 2016, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la prima questione relativa al divieto di ricerca clinica e sperimentale sull'embrione non finalizzata alla tutela dello stesso. Come si evince dal Comunicato dell'Ufficio stampa della Corte (in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)) e in attesa di leggere le motivazioni della decisione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 «è stata dichiarata inammissibile in ragione dell'elevato grado di discrezionalità, per la complessità dei profili etici e scientifici che lo connotano, del bilanciamento operato dal legislatore tra dignità dell'embrione ed esigenze della ricerca scientifica: bilanciamento che, impropriamente, il Tribunale chiedeva alla Corte di modificare, essendo possibile una pluralità di scelte, inevitabilmente riservate al legislatore». La seconda questione è stata invece dichiarata inammissibile per difetto di rilevanza nel giudizio di merito.

37. A tal riguardo si potrebbe anche ipotizzare un'ulteriore distinzione tra embrioni assolutamente inidonei all'impianto, che pertanto, per le ragioni suddette, potrebbero essere destinati alla ricerca; ed embrioni che sono solo “relativamente inidonei all'impianto”, e cioè embrioni di cui la madre abbia revocato il consenso all'impianto, ma le cui anomalie e malformazioni non avrebbero gravi ricadute sulla salute psico-fisica di altre donne, pronte ad accettarli nel proprio grembo e a favorire così la nascita di un figlio, anche se malformato, e ciò sempre e solo nell'ipotesi in cui venga regolata l'adozione dell'embrione per la nascita. Rispetto a quest'ultima ipotesi – che chiama in causa delicati compiti di accertamento dello stato di salute dell'embrione e di informazione della donna che intenda accoglierlo – non sarebbe legittimo distrarre l'embrione dalla sua “destinazione privilegiata”, qual è la nascita, e dunque si dovrebbero oltremodo favorire le aspettative di vita di questo embrione sempre e necessariamente con la donna che voglia accoglierlo nel proprio Corpo.

38. In tal senso, Corte cost., sent. n. 229/2015, cit. A quanto già dapprima osservato deve aggiungersi che, nella citata decisione, la Corte esclude che l'embrione possa essere ridotto « a mero materiale biologico ».

In altre parole, quale che saranno le decisioni che ragionevolmente e responsabilmente vorrà assumere al riguardo il legislatore rappresentativo<sup>39</sup> non si può trascurare un dato reale e concreto: se un embrione è assolutamente inidoneo all'impianto, questi non potrà mai vedere soddisfatta la propria aspettativa di vita che – lo si ribadisce – non può prescindere dall'impianto nel Corpo di una donna. Di fronte dunque al deperimento certo o alla crioconservazione *sine die*, il principio di beneficalità indurrebbe a prendere in considerazione di destinare questi embrioni alla ricerca scientifica, al fine di sperimentare pratiche terapeutiche funzionali a garantire il diritto alla salute di altre persone, sulla falsariga – e con le opportune distinzioni – di quanto previsto in materia di donazione di organi *ex mortuo*<sup>40</sup>.

Si comprendono le ragioni per cui una simile opzione non può essere accolta da chi ritiene illegittima (oltre che eticamente inaccettabile) qualsiasi utilizzazione strumentale e con esito distruttivo degli embrioni, in quanto ne offenderebbe la dignità e il loro diritto alla vita; meno intuibili sono i motivi per cui, in un ordinamento come quello italiano, che vieta la ricerca e la sperimentazione sugli embrioni, persino su quelli inevitabilmente destinati al deperimento, tali attività possono essere invece svolte su linee cellulari staminali importate dall'estero.

### **5. I divieti legali di concepimento. L'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa e le prospettive *de iure condendo***

Non da ultimo, meritano adeguata e specifica trattazione, i limiti soggettivi ed oggettivi di accesso alla PMA tracciati dalla legge 40, dei quali va attentamente valutata l'effettiva idoneità a perseguire la finalità precipua della legge, ovvero la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall'infertilità, nel rispetto dei diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito (art. 1).

Al riguardo, e prima di ogni altra valutazione, si deve osservare che ogni divieto di concepimento<sup>41</sup>, anche quando funzionale ad assicurare la preminenza

dei diritti del figlio su quelli degli aspiranti genitori, impedirà *tout court* la venuta ad esistenza di quell'essere umano. Tale constatazione, di carattere logico e ulteriori specificazioni. In primo luogo, è opportuno tenere distinti i divieti di concepimento, che si sostanziano in limiti alla praticabilità del trattamento di PMA (divieto di fecondazione eterologa, di maternità surrogata, di fecondazione *post mortem*, di accesso alla PMA da parte di *single*, coppie omosessuali, coppie con membri in età non potenzialmente fertile), dai limiti legali che riguardano l'esecuzione della tecnica, praticata a favore di soggetti legittimamente ammessi al trattamento (limiti alla produzione embrionaria, alla esecuzione di interventi manipolativi, diagnostici, sperimentali o di ricerca sull'embrione prodotto *in vitro*). Questo secondo ordine di vincoli, che è già stato passato in rassegna, è stato dettato dal legislatore del 2004 allo scopo di salvaguardare l'integrità dell'embrione e la sua aspirazione di vita a fronte di contrapposti interessi. A tal riguardo si è anche precisato, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale formatasi in materia, che i legittimi interessi facenti capo al nascituro possono subire una ragionevole e perciò proporzionata limitazione quando ciò è necessario a salvaguardare gli interessi costituzionali degli aspiranti genitori ed, in particolare, il diritto alla salute della madre.

Ben diversa consistenza assumono i divieti assoluti di concepimento in quanto, come si è detto, essi impediscono del tutto che venga ad esistenza il soggetto, i cui interessi vorrebbero essere salvaguardati a fronte delle pretese degli aspiranti genitori. Il sospetto che si nutre al riguardo è che il legislatore abbia optato per l'adozione di questi divieti partendo dalla convinzione che, per un figlio, è meglio non nascere che essere procreato con l'ausilio di determinate tecniche, per poi trovarsi a vivere in un contesto genitoriale diverso da quello realizzabile attraverso la procreazione "naturale". Per evitare fraintendimenti – primo fra tutti, quello di pervenire all'erronea conclusione per cui tutto ciò che è tecnicamente possibile debba, solo per questo, considerarsi giuridicamente lecito – occorre verificare compiutamente quali interessi di rango costituzionale giustificano i divieti as-

39. Legislatore che gode di ampia discrezionalità in materia, come precisato anche di recente dal giudice costituzionale; v. nota n. 36. Va altresì precisato che la questione specifica qui prospettata non potrebbe trovare adeguata definizione neppure attraverso il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo che, del resto, in uno specifico caso (*Parrillo c. Italia*, ric. 46470/11), non pienamente assimilabile a quelli ipotizzati in questa sede, ha riconosciuto agli Stati contraenti un ampio margine di apprezzamento nella valutazione della possibile destinazione di embrioni non impiantati a fini di sperimentazione scientifica.

40. V. in tal senso il documento «Destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili» del 26 ottobre 2007, con il quale alcuni componenti del CNB di sono espressi a favore della possibilità che venga individuato un criterio di accertamento di morte dell'embrione, di modo che si renda possibile la donazione di cellule embrionali alla ricerca, stabilendo un'analogia con la donazione di organi *ex mortuo*.

41. Così A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 62 e p. 148.

soluti di concepimento, per poi valutare gli esiti del bilanciamento compiuto dal legislatore tra questi e gli interessi, di altrettanto rilievo costituzionale, facenti capo agli aspiranti genitori.

A tal fine e ribadendo il proposito di evitare il ricorso ad argomenti di natura non propriamente giuridica e di incerto fondamento costituzionale, si può procedere ad analizzare il divieto di fecondazione eterologa di cui all'art. 4 della l. n. 40/04, che è stato oggetto di un'altra sentenza di annullamento da parte della Corte costituzionale, la n. 162 del 2014, di cui è indispensabile chiarire i presupposti, l'iter motivazionale, nonché la portata e le conseguenze sulla disciplina vigente<sup>42</sup>.

Secondo il giudice costituzionale, il divieto assoluto di ricorso alla fecondazione esogamica introdotto dalla legge 40 costituisce la risultante di un irragionevole bilanciamento tra i plurimi interessi costituzionali implicati nella vicenda. Nel precisare che anche la PMA eterologa mira a favorire la vita<sup>43</sup>, la Corte ha osservato che il divieto di utilizzo di gameti provenienti da soggetti esterni alla coppia richiedente il trattamento di fecondazione artificiale, proprio in quanto funzionale a rimediare ai problemi di sterilità di questa, si pone in evidente contrasto con la finalità propria della legge<sup>44</sup>; ma soprattutto, tale divieto, per la sua assolutezza, determina un'irragionevole compressione di più interessi costituzionali facenti capo ai membri della coppia, ovvero la loro incoercibile libertà di autodeterminarsi in ordine alla scelta di diventare genitori e il fondamentale diritto alla salute, «nel significato, proprio dell'art. 32 Cost., comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica»<sup>45</sup>.

Proprio quest'ultimo riferimento, ovvero la riconosciuta strumentalità anche della fecondazione

eterologa a salvaguardare il diritto costituzionale alla salute, merita di essere rimarcato ed approfondito in quanto denso di importanti implicazioni: anzitutto, la ribadita funzionalità della PMA eterologa a risolvere problemi di salute, anche solo psichica, di uno dei membri della coppia costituisce la *ratio* più profonda della dichiarazione di incostituzionalità del divieto legale. In altre parole, quando il ricorso alla tecnica di fecondazione esogamica è strumentale alla risoluzione di problemi di salute riproduttiva e, dunque, non è soltanto forma di esercizio della libertà procreativa, esso può incontrare i soli limiti derivanti dall'esigenza di salvaguardare altri interessi di rilievo costituzionale facenti capo al nascituro. A tal riguardo, il giudice costituzionale ha rilevato che il divieto di fecondazione eterologa non trova giustificazione nell'esigenza di garantire il presunto diritto dei figli alla genitorialità biologica, in quanto l'ordinamento giuridico conosce forme di genitorialità che prescindono dal dato biologico, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione. Tuttavia, proprio in questi casi ed al ricorrere di determinati presupposti (sempre di natura sanitaria), il figlio ha diritto di conoscere la propria origine genetica<sup>46</sup> e, pertanto, la regola della segretezza dell'identità dei donatori di gameti, posta a garanzia della coesione della famiglia sociale, può trovare un giustificato limite nella predisposizione di forme di tracciabilità di donatori di gameti – donatori – nato, funzionali ad assicurare il diritto di quest'ultimo a conoscere la propria origine genetica<sup>47</sup>.

Escluso poi che il ricorso alla tecnica di fecondazione eterologa possa comportare, in linea di principio, rischi per la salute del nato, dei donanti e dei donatori di gameti<sup>48</sup>, la Corte costituzionale ha altresì evidenziato che alcuni profili di questa vicenda meri-

42. Per un commento della sent. n. 162/2014, v., tra i tanti, R. Sanlorenzo, *La Corte costituzionale annulla il divieto di fecondazione eterologa*, in questa *Rivista*, 2014, pp. 223 ss.

43. Corte cost., sent. n. 162/2014, Punto 9 del Considerato in diritto.

44. Inoltre, il giudice costituzionale ha rimarcato che dal divieto di fecondazione eterologa scaturisce anche un'irragionevole discriminazione a danno delle coppie affette da patologie riproduttive più gravi (e tra queste, in particolar modo, di quelle prive dei mezzi economici per poter praticare all'estero la fecondazione eterologa.), in quanto queste, a differenza delle coppie affette da patologie meno gravi, superabili attraverso la PMA omologa, vedono preclusa qualsiasi possibilità di realizzare la propria genitorialità (genetica), così subendo una lesione del diritto alla salute non giustificata dall'esigenza di salvaguardare i diritti del nascituro.

45. Corte cost., sent. n. 162/2014, Punto 7 del Considerato in diritto.

46. Sul diritto all'identità genetica, la Corte costituzionale richiama la più recente normativa adottata in materia di adozione: art. 28, co. 4, della l. n. 184/1983, come modificato dall'art. 100, co. 1, lett. p), del d.lgs n. 154/2013, approvato sulla scorta delle indicazioni contenute nella sentenza n. 278/2013 della Consulta.

47. Su questo specifico aspetto e seppur con un po' di ritardo, il legislatore è intervenuto per dare attuazione alla sentenza n. 162/2014. L'art. 1, co. 298, della l. n. 190/2014 (Legge di stabilità 2015) ha istituito il «Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive scopi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo».

48. Quanto ai rischi derivanti dalla pratica della donazione di gameti, la Corte costituzionale, pur osservando che essi non eccedono la normale alea insita in qualsiasi pratica terapeutica, precisa che, per ragioni di cautela, tali interventi debbono essere eseguiti «all'interno di



tano adeguata regolamentazione, solo in parte ricavabile dalla normativa vigente, ma in parte bisognosa di integrazione, senza tuttavia far discendere da questa carenza normativa un limite al proprio sindacato.

I più penetranti e significativi rilievi critici formulati da una parte della dottrina<sup>49</sup> nei riguardi della sentenza n. 162/2014 investono proprio tale questione e, cioè, la valutazione dei condizionamenti e dei vincoli scaturenti dalla decisione in parola sulle scelte politiche espressione della discrezionalità legislativa. In proposito – e pur nella consapevolezza della complessità della questione – è indispensabile specificare alcuni passaggi attorno ai quali si è snodato il ragionamento della Corte: in primo luogo, il giudice costituzionale ha fortemente rimarcato il collegamento strumentale tra accesso alla PMA eterologa e tutela del diritto costituzionale alla salute (art. 32 Cost.); in secondo luogo, ed in stretta connessione con quanto appena precisato, si è evidenziato che, nei riguardi di soggetti affetti da «patologie produttive di una disabilità»<sup>50</sup>, le quali non possono essere superate mediante il ricorso ad altri strumenti terapeutici diversi dalla fecondazione eterologa, il legislatore è tenuto a predisporre misure di tutela che, pur potendo soggiacere ai limiti derivanti dall'esigenza di salvaguardare altri interessi costituzionali, non possono sacrificare il nucleo essenziale del diritto costituzionale alla salute.

Solo dalla condivisione del primo argomento si può far discendere quale conseguenza necessitata l'accettazione del secondo passaggio del ragiona-

mento; in altre parole, solo convenendo con la Corte sulla effettiva idoneità del trattamento di fecondazione eterologa alla soluzione di problemi di salute, si può giungere a sostenere che al legislatore non solo è vietato di apporre limiti a tale pratica terapeutica, che non siano funzionali a garantire altri interessi di rilievo costituzionale, ma anche e soprattutto che lo stesso è obbligato a rendere effettivamente esigibile il trattamento di fecondazione eterologa, pena il sostanziale «svuotamento» delle garanzie insite nel diritto costituzionale alla salute.

Pertanto, ritenendo condivisibile – anche se meritevole di specificazione – il presupposto da cui è partita la Corte, ci si può spingere a verificare se, a seguito della sentenza n. 162/2014, siano state poste in essere le condizioni indispensabili per l'accesso al trattamento di fecondazione eterologa, e ciò nella consapevolezza che il diritto ad ottenere trattamenti medico-sanitari è un diritto sociale, come tale condizionato all'attuazione da parte (anzitutto) del legislatore<sup>51</sup>. Ebbene, al riguardo, si deve constatare come, ad oggi, sussistano ancora vari ostacoli di natura propriamente giuridica<sup>52</sup> che fanno dubitare dell'effettivo soddisfacimento del diritto di accesso alla PMA eterologa da parte di coppie assolutamente infertili o sterili. Tali impedimenti si sostanziano prevalentemente nella carenza, specie in alcuni parti del territorio nazionale, di strutture pubbliche o convenzionate, preposte all'erogazione della prestazione sanitaria, nonché nell'indecisione sul regime dei costi del trattamento<sup>53</sup>.

---

strutture operanti sotto i rigorosi controlli dell'autorità, nell'osservanza dei protocolli elaborati dagli organismi specializzati a ciò deputati» (punto 9 del Considerato in diritto).

49. Cfr., almeno, A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 giugno 2014; L. Violini, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), luglio 2014; V. Baldini, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), n. 2/2014.

50. Corte cost., sent. n. 162/2014, Punto 7 del Considerato in diritto, ove si aggiunge che «per evidenti ragioni solidaristiche» la nozione di disabilità deve essere accolta in un'ampia accezione. Trattasi di un profilo molto delicato in quanto involgente l'interpretazione delle nozioni di salute, benessere psico-fisico, malattia, cura. Per ulteriori approfondimenti sia consentito rinviare a M.P. Iadicicco, *La medicina nella Corte costituzionale italiana. Osservazioni sul diritto alla salute tra legislatore, scienza medica e giudice costituzionale*, in L. Chieffi (a cura di), *La medicina nei tribunali*, in corso di stampa per i tipi della Cacucci Editori.

51. Sui diritti sociali come diritti strutturalmente di prestazione, condizionati alla necessaria *interpositio legislatoris* per la loro attuazione, v., almeno, M. Benvenuti, *Diritti sociali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento V, Torino, 2012, spec. p. 240.

52. Senza contare la persistenza di ulteriori impedimenti, di altra natura, che ostacolano l'effettiva esigibilità del trattamento di fecondazione eterologa, primo fra tutti la carenza di donatrici di ovociti.

53. Al riguardo deve precisarsi che, in conformità con quanto espressamente enunciato nell'art. 32 Cost., la gratuità del trattamento di PMA deve essere assicurata solo a favore degli indigenti. Pertanto, l'indecisione sul regime dei costi qui denunciata concerne prevalentemente la mancata determinazione, da parte dei diversi sistemi sanitari regionali, delle quote di compartecipazione alle spese di erogazione della prestazione (c.d. ticket) e relativo regime di esenzione. Questa situazione di incertezza è stata, per molti versi, determinata dalla mancata inclusione dei trattamenti di fecondazione assistita (omologa ed eterologa) nei Livelli essenziali di assistenza – che debbono essere uniformemente garantiti sull'intero territorio nazionale – e, per altri e non di meno, dipende dalla sempre più limitata disponibilità di risorse finanziarie da destinare alla sanità.

Molte e concomitanti ragioni hanno contribuito a determinare questa situazione<sup>54</sup>; pur comprendendo le difficoltà che la politica incontra nel decidere su questioni estremamente delicate e complesse, non si può che stigmatizzare l'atteggiamento passivo e attendista delle istituzioni politiche, la cui inerzia finisce per colpire prevalentemente le coppie più bisognose<sup>55</sup>.

Si è ben consapevoli delle importanti conseguenze che sono derivate sull'operato del legislatore da una decisione della Corte che ha inteso garantire non solo la controversa libertà procreativa, ma anche e soprattutto il diritto costituzionale alla salute delle coppie assolutamente sterili, diritto il cui soddisfacimento richiede non già un atteggiamento di astensione da parte dei pubblici poteri, quanto l'assunzione di interventi positivi, vale a dire, nel caso di specie, la predisposizione delle risorse organizzative e finanziarie indispensabili per l'effettiva erogazione di una complessa prestazione medico-sanitaria.

Nondimeno, meritano grande attenzione anche le osservazioni critiche provenienti da quella parte della dottrina attenta a rimarcare le possibili ricadute della decisione della Corte sull'operato del legislatore e sul diritto vigente. La preoccupazione di fondo – alimentata soprattutto dalla poco chiara definizione del rapporto tra diritto di accesso al trattamento terapeutico di fecondazione eterologa, libertà fondamentale di formare una famiglia con figli e ricorso strumentale alle tecniche di procreazione artificiale – risiede nella possibile emersione di una concezione dei diritti costituzionali fortemente dipendente dalle acquisizioni della scienza e della tecnica<sup>56</sup>, per

cui tutto ciò che tecnicamente possibile costituirebbe perciò solo diritto<sup>57</sup>, meritevole della più ampia e doverosa tutela da parte dell'ordinamento giuridico. In effetti, non si può escludere che un'eccessiva enfaticizzazione del legame tra benessere psichico e ricorso funzionale alle tecniche di procreazione artificiale possa travolgere anche altri divieti di concepimento di cui alla legge 40, spianando la strada a ricorsi giurisprudenziali il cui eventuale (anche se poco probabile) accoglimento metterebbe seriamente in discussione il già labile confine tra controllo sulla ragionevolezza della legge e valutazione di merito riservate alla discrezionalità politica. Ma proprio in considerazione di ciò, si insiste nel sostenere che è quanto mai opportuno, se non ineludibile, un intervento chiarificatore della politica, volto a specificare quando ed in che contesto possono effettivamente palesarsi e accertarsi problemi di salute riproduttiva risolvibili mediante il ricorso alle tecniche di procreazione artificiale, tecniche che, se ragionevolmente regolate, possono soddisfare non solo l'aspirazione alla genitorialità dei richiedenti, ma anche il diritto alla vita del nascituro, il suo diritto a conoscere la propria origine genetica e quello a vivere in un contesto familiare non dissimile da quello realizzabile mediante la procreazione naturale. Rispetto ad un divieto assoluto di concepimento, la predisposizione di adeguate procedure dialogiche, che vedano coinvolti gli aspiranti genitori, il sapere scientifico e gli operatori del settore, potrebbe contribuire a prevenire il pericolo paventato dalla stessa Corte costituzionale e cioè che si tenda a «soggettivizzare la nozione di salute» e ad «assecondare il desiderio di autocom-

54. Anzitutto, la mancata approvazione, da parte dello Stato, degli atti indispensabili ad assicurare l'immediata esigibilità della prestazione di fecondazione eterologa, quali, ad esempio, la normativa tecnica volta a regolare gli aspetti medici e clinici del trattamento, nonché la regolazione degli aspetti propriamente giuridici, come la tracciabilità dei donatori di gameti, la precisazione delle condizioni di accesso al trattamento, la definizione dei principi organizzativi e degli indirizzi operativi per le strutture preposte all'erogazione della prestazione, fino alla definizione dei costi del trattamento, questione, che, come già precisato, è strettamente collegata anche alla mancata approvazione del d.P.C.M di aggiornamento dei LEA.

All'iniziale attivismo manifestato dal Ministro della salute all'indomani del deposito della sent. n. 162/2014, ha fatto poi seguito la rimesione di ogni decisione sul tema al Parlamento rappresentativo (dove, ad oggi, giacciono in attesa di approvazione molti ddl). L'inerzia delle istituzioni centrali è stata solo in parte compensata dai documenti approvati in seno alla Conferenza Stato-Regioni, che non hanno impedito l'assunzione di decisioni fortemente diversificate da regione e regione, nonché l'inattività di molte di esse, la quale – soprattutto riguardo alla definizione dei costi del trattamento – è collegata anche ai vincoli derivanti dai cd Piani di rientro delle spese sanitarie. Per un'attenta ricostruzione del seguito (e del mancato seguito) della sent. n. 162/2014, si rinvia a R. Lugarà, *Fecondazione eterologa: dal riconoscimento del diritto alla sua (in)effettività*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); L. Violini, *Regioni ed eterologa: i livelli essenziali di assistenza, il coordinamento politico interregionale e le scelte regionali in materia*, in *Ist. del fed.*, 2015, 35 ss.; F. Angelini, *Dalla fine di un irragionevole divieto al caos di una irragionevole risposta. La sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, lo Stato e le Regioni sulla fecondazione assistita eterologa*, *ivi*, pp. 61 ss.

55. Cfr. M. D'Amico, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della cd fecondazione eterologa*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2/2014, 30; P. Veronesi, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Ist. del fed.*, 2015, pp. 28 ss.

56. A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura*, *cit.*, pp. 5-6.

57. C. Tripodina, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2596.

piacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici»<sup>58</sup>. È questo forse il più impellente compito cui è oggi chiamato il legislatore rappresentativo, il quale, pur potendo (*rectius*: dovendo) perseverare nella predisposizione di più forti tutele nei confronti del soggetto debole coinvolto nella pratiche di PMA, non potrà ignorare i chiari moniti provenienti dalla giurisprudenza costituzionale, moniti che, più che investire il contenuto della decisione politica – con ciò invadendo l’invalidabile con-

fine della discrezionalità legislativa –, “suggeriscono” una nuova impostazione nella regolazione della fecondazione artificiale: una maggiore attenzione ai diritti costituzionali di tutti i soggetti coinvolti, in vista di un ragionevole contemperamento degli interessi contrapposti; un atteggiamento dialogante e non ostativo nei confronti del mondo scientifico; la predisposizione di una disciplina laica, pragmatica e possibilista, attenta alla ricadute empiriche e concrete delle astratte previsioni normative.

---

58. Corte costituzionale, sent. n. 162/2014, punto 7 del Considerato in diritto. Proprio per questa ragione nella medesima decisione la Corte ha precisato che, ai fini dell’accesso alla PMA eterologa, ogni accertamento sullo stato di salute dei membri della coppia e sull’idoneità della pratica terapeutica a risolverli è rimessa alle valutazioni della scienza medica. V. punto 11 del Considerato in diritto.

## I diritti della sfera sessuale delle persone con disabilità

di Antonio Rotelli

Il contributo affronta il tema del diritto alla sessualità delle persone con disabilità che, variamente approfondito nell'ambito delle scienze psico-sociali, ha ricevuto attenzione più limitata da parte della letteratura giuridica. Si propone un quadro ricostruttivo delle fonti sovranazionali e della situazione legislativa italiana, che attende di essere rivisitata in maniera organica alla luce della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 2006.

Il diritto alla sessualità, latamente inteso, chiede di essere garantito al pari di tutti i diritti fondamentali delle persone con disabilità, nel contesto di una prospettiva di inclusione e valorizzazione dell'autodeterminazione.

### Introduzione

Sensualità, erotismo, sessualità, in una parola tutto quanto gravita nella sfera dell'intimità delle persone disabili, sono avvolte da reticenze, silenzi e ipocrisie in ragione di stereotipi che tendono a "disincarnare" aspetti fondamentali della vita umana. Tuttavia, vari fattori fanno ritenere che lentamente negli anni più recenti, anche in Italia, vada crescendo l'attenzione al tema del rapporto che le persone con disabilità hanno con il corpo sessuato e si stia modificando un paradigma culturale, ormai vecchio, con cui guardiamo alla disabilità.

Un impegno significativo in questo senso è profuso direttamente dalle stesse persone disabili e

dalle associazioni che si occupano di disabilità<sup>1</sup>. Ad esempio, il loro impegno è stato significativo già nel recente passato, avendo contribuito all'approvazione della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ispirando e sostenendo politicamente i contenuti in nome dello *slogan* «*nothing about us, without us*»<sup>2</sup>. Tuttavia, il loro impegno non è stato sufficiente a determinare che la Convenzione recasse un significativo avanzamento relativamente alla promozione del diritto alla sessualità delle persone disabili<sup>3</sup>. In tal senso, sono rimaste insuperate le *Regole Standard per l'uguaglianza di opportunità delle persone con disabilità*, adottate dall'ONU nel 1993, con le quali il diritto alla sessualità, in tutte le sue espressioni e

1. S. Carnovali, *I diritti delle persone con disabilità ed il ruolo dell'associazionismo (nota a TAR Lazio sent. n. 3851/2014)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2014. Il testo della nota è disponibile al seguente link: [goo.gl/oJ9wr3](http://goo.gl/oJ9wr3).

2. C. Colapietro, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, 2011, p. 48.

3. M. Schaaf, *Negotiating Sexuality in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in *SUR - International Journal on Human Rights*, 2011, vol. 8, n. 14, pp. 113-132. La rivista è disponibile sul sito [Conectas.org](http://Conectas.org) al seguente link: [goo.gl/oJNvpV](http://goo.gl/oJNvpV). L'articolo è corredato di un sintetico testo a fronte che compara le bozze degli articoli della Convenzione recanti riferimenti diretti al diritto alla sessualità e il testo degli stessi nella versione approvata. Un approfondimento sul tema della sessualità nella Convenzione in un'ottica di genere è disponibile in S. Arnade, S. Haefner, *Standard Interpretation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities from a Female Perspective*, 2011. L'articolo è disponibile sul sito [Netzwerk Artikel 3](http://Netzwerk Artikel 3) al seguente link: [goo.gl/jUvOM7](http://goo.gl/jUvOM7).

manifestazioni, era stato inserito tra quelli che gli Stati sono chiamati a promuovere<sup>4</sup>.

Oggi in Italia svariate associazioni che si occupano di disabilità svolgono attività informative, formative e pubblicistiche in materia di educazione sessuale<sup>5</sup>; i mass media e il cinema non ignorano il tema<sup>6</sup>; a livello di ricerca empirica nel 2015 si è conclusa quella che è stata presentata come la prima indagine scientifica italiana in materia di vita sessuale e affettività delle persone con grave cerebrolesione acquisita (GCA)<sup>7</sup>; a livello istituzionale nel 2013 il Comune di Torino risulta aver avviato il *Servizio Disabilità e Sessualità* dedicato alle persone con disabilità fisico-motoria<sup>8</sup>. Quelli citati sono solo alcuni esempi, ma a livello istituzionale, culturale e sociale queste e altre esperienze non sono diffuse e assimilate quanto richiederebbe la necessità di garantire il diritto alla sessualità, come espressamente richiesto dal sistema di fonti multilivello che regola la materia dei diritti

delle persone con disabilità<sup>9</sup>, essendo la sessualità «uno degli essenziali modi di espressione della persona umana» anche per le persone disabili<sup>10</sup>.

Scopo di questo contributo è quello di tentare una succinta ricostruzione del quadro giuridico relativo al diritto alla sessualità delle persone disabili, nell'ambito del più generale nuovo "paradigma" della disabilità in cui la tutela dei diritti fondamentali delle persone è centrale.

### **Dalla concezione medica della disabilità al benessere psico-fisico della persona**

Il nuovo "paradigma" giuridico e sociale della disabilità è frutto di un lungo percorso di rivendicazione dei diritti che ha condotto a considerare la disabilità

---

4. Assemblea Generale ONU, *Risoluzione 20 dicembre 1993, n. 48/96, Regole Standard per l'uguaglianza di opportunità delle persone con disabilità*, in particolare la Norma 9 – *Vita familiare e integrità della persona*, chiedeva agli Stati di promuovere leggi che non discriminino nei confronti delle persone con disabilità per quel che riguarda le relazioni sessuali, il matrimonio, la parità e la maternità; di non privarle della possibilità di vivere la propria sessualità, avere rapporti sessuali, sperimentare la paternità e la maternità; di assicurare l'accesso a informazioni sul funzionamento sessuale dei loro corpi; promuovere misure per cambiare l'atteggiamento negativo nei confronti della sessualità, del matrimonio, della maternità e della paternità delle persone disabili, specialmente nei confronti delle ragazze e delle donne con disabilità; di promuovere la piena informazione delle persone con disabilità e le loro famiglie sulle precauzioni da prendere contro gli abusi sessuali. Inoltre, la Norma 13 – *Informazione e ricerca*, chiedeva agli Stati di raccogliere con regolarità, statistiche riguardanti le problematiche sessuali delle persone con disabilità. Una versione italiana del testo è disponibile sul sito *Edscuola*, al seguente link: [goo.gl/u3PSt5](http://goo.gl/u3PSt5).

5. Per approfondire è possibile consultare la banca dati, organizzata a cura dell'AIAS (Associazione Italiana Assistenza agli Spastici) di Bologna, che contiene o segnala risorse informative, formative, di documentazione e bibliografiche sul tema della sessualità e disabilità dal 1982 in poi. La banca dati è disponibile sul sito dell'AIAS, al seguente link: [goo.gl/dOkyz4](http://goo.gl/dOkyz4).

6. Ad esempio, il film *The Session*, del regista americano Ben Lewin, del 2012; i documentari *The Special Need*, di Carlo Zoratti, del 2014; *Sesso, amore e disabilità*, di Adriano Silanus, del 2012 e *Scarlet Road*, di Catherine Scott, del 2011.

7. La ricerca è stata condotta dalla professoressa Anna Mazzucchi (neurologa e neuropsicologa) e dal dottor Antonello D'Amato (neurologo) presso la Fondazione Don Gnocchi su un campione di 175 famiglie di pazienti con grave cerebrolesione acquisita (GCA). I ricercatori hanno somministrato un questionario teso a conoscere le esperienze di vita di relazione, affettiva e sessuale delle persone con GCA, coinvolgendo anche i loro partner o i genitori-caregiver di persone ancora affettivamente sole o divenute tali dopo l'evento di cerebrolesione. I risultati della ricerca rivelano che la relazione di coppia che si realizza dopo CGA si realizza principalmente nella dimensione affettiva e sentimentale, a scapito di quella erotica e sessuale. In entrambi i partner sembra prevalere una relazione affettiva di accudimento, accompagnata da un forte sentimento d'amore. Entrambi valutano importante la sessualità nel rapporto di coppia, ma l'intensità del desiderio risulta affievolita dalla presenza di disordini comportamentali e dalla gravità della disabilità, soprattutto cognitiva più che fisica. I genitori-caregiver ai quali è stato chiesto, invece di indicare la loro percezione circa la sessualità dei figli mostrano di conoscere poco o nulla dei desideri della vita sessuale degli assistiti, anche se suppongono che non siano soddisfatti. Maggiori informazioni sono disponibili sul sito della Fondazione Don Gnocchi al seguente link: [goo.gl/qQ55IF](http://goo.gl/qQ55IF).

8. Il Servizio Disabilità e Sessualità del Comune di Torino è dedicato alle persone con disabilità fisico-motoria. Si tratta di una iniziativa che articola e potenzia il servizio precedentemente orientato alle problematiche connesse alla disabilità intellettiva, erogato dal Comune. Il Servizio offre uno spazio d'ascolto dedicato alle persone con disabilità fisico-motoria sui temi della affettività, sessualità e genitorialità attraverso il lavoro di una équipe di esperti che, supervisionata da un comitato scientifico multidisciplinare, integra competenze complementari. La pagina web del servizio è disponibile sul sito del Comune di Torino al seguente link: [goo.gl/5FGpBQ](http://goo.gl/5FGpBQ).

9. A. Venchiarutti, *Sistemi multilivello delle fonti e divieto di discriminazione per disabilità in ambito europeo*, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, 2014, 9, pp. 409/419.

10. Corte costituzionale, sentenza n. 561 del 28 ottobre 1987, nonché Cassazione civile, sez. I, sentenza 10 maggio 2005, n. 9801. Sul diritto alla sessualità nella legge 5 febbraio 1992, n. 104 si rinvia a F. Cioffi, *Rapporti emotivi e sessuali tra handicappati*, in *Il diritto delle relazioni affettive, Nuove responsabilità e nuovi danni*, 2005, Vol. III, pp. 2435-2438. Sull'importanza della sessualità nella vita delle

come una condizione complessa nella quale i fattori sociali sono di assoluto rilievo. Questi, come ad esempio i comportamenti dei consociati e le scelte dei decisori pubblici, sono considerati rilevanti, in negativo, nel far sì che una disabilità possa diventare effettivo ostacolo alla realizzazione personale del soggetto, oppure, in positivo, nel rimuovere gli ostacoli che limitano la realizzazione dei diritti delle persone disabili all'autodeterminazione e alla vita indipendente e "inclusa" nella società, principi – questi ultimi – che sono promossi dalla Convenzione ONU<sup>11</sup>.

La nozione di disabilità come difficoltà di funzionamento della persona a livello biologico, personale e di partecipazione sociale in una chiave multi prospettica, ha cominciato ad affermarsi sin dalla pubblicazione delle *Regole Standard* dell'ONU, ed è stata sostenuta a distanza di qualche anno dall'Organizzazione mondiale della sanità. L'OMS ha abbandonato, infatti, un modello di costruzione della disabilità in base ad una concezione medica, che era ancora presente nella *Classificazione* del 1980<sup>12</sup> e ha adottato la diversa *Classificazione Internazionale*

*del Funzionamento, della Disabilità e della Salute* (ICF)<sup>13</sup>, che persegue lo scopo di fornire un linguaggio standard di riferimento per la descrizione della salute e degli stati ad essa correlati (come l'istruzione, il lavoro o il sesso). In questo senso l'ICF ha avuto e continua ad avere un'applicazione universale non limitata alle persone con disabilità, recando uno standard che misura la salute di tutti, intesa come benessere psicofisico della persona<sup>14</sup>.

Pur avendo avuto una diffusione universale, il nuovo "paradigma" non è stato ancora in grado di penetrare a livello sociale fino al punto di determinare il declino e l'abbandono dell'atteggiamento culturale dominante sotto il precedente approccio medico<sup>15</sup>. Un importante contributo nella direzione del cambiamento è giunto, dopo oltre venti anni dalla pubblicazione delle *Regole Standard*, dall'adozione della *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*<sup>16</sup>, ratificata dall'Italia nel 2009<sup>17</sup> e alla quale l'Unione europea ha aderito con la decisione n. 48/2010 del Consiglio, del 26 novembre 2009<sup>18</sup>. La Convenzione ha segnato il

---

persone disabili si segnalano, a mero titolo di esempio, alcuni contributi nell'ambito delle scienze psico-sociali: A.M. De Nigris (a cura di), *Disabilità e sessualità. Prospettive d'indagine*, Andria, 2012; K. Melberg Schwier, D. Hingsburger, *Sessualità. Come viverla con la propria disabilità*, Roma, 2007; F. Veglia (a cura di), *Handicap e sessualità: il silenzio, la voce, la carezza*, Milano, 2003, 3a edizione.

11. L'articolo 19 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità è rubricato: «Vita indipendente ed inclusione nella comunità». Questo è anche il titolo della discussione generale tenuta dal Comitato ONU per i diritti delle persone con disabilità il 19 aprile 2016, nell'ambito della sua quindicesima sessione che si è svolta a Ginevra dal 29 marzo al 21 aprile. Informazioni sono disponibili sul sito della Commissione al seguente link: [goo.gl/4TE7tL](http://goo.gl/4TE7tL). In una società dell'inclusione alla persona disabile non è più richiesto di integrarsi adattandosi al sistema, senza ottenere, invece, che sia il sistema a modificare le regole sociali dell'ambiente nel quale la persona vive. Come osservato, da C. Colapietro, *op. cit.*, 2011, pp. 36-37: «l'inclusione è una pratica relazionale che riconosce e rispetta il diritto ad essere se stessi ed il diritto ad esprimere la propria diversità in ogni contesto, nella consapevolezza che l'inclusione riguarda tutti indistintamente, dal momento che concerne fondamentalmente i problemi dei diritti umani, dell'equità, della giustizia sociale e la lotta per una società non discriminativa: in una comunità sociale aperta e democratica, infatti, tutti hanno diritto "ad un pari riconoscimento, rispetto e trattamento, indipendentemente dalle differenze contingenti"».

12. Organizzazione Mondiale della Sanità, *Classificazione internazionale delle menomazioni, disabilità e handicap*, Ginevra, 1980. Questa classificazione, adottata come appendice dell'*International Classification of Diseases* (ICD), già conteneva un avanzamento nella direzione della rilevanza e dell'influenza del contesto ambientale sullo stato di salute delle persone, mediante la distinzione e la classificazione di "menomazioni", "disabilità" e "handicap", costituenti condizioni diverse e correlate; tuttavia, non abbandonava ancora il paradigma "medico" della disabilità.

13. Organizzazione mondiale della sanità, *Classificazione internazionale del funzionamento, della disabilità e della salute*, Ginevra, 2001. La versione breve della *Classificazione* è disponibile in italiano sul sito dell'OMS al seguente link: [goo.gl/4XgsOi](http://goo.gl/4XgsOi).

14. Si vedano, con riferimento al bene della salute, tutelato dall'articolo 32, primo comma, della Costituzione, le sentenze n. 365 e 485 del 1991 della Corte costituzionale che identificano l'oggetto della tutela nella complessiva situazione di integrità psicofisica della persona e non solo nella integrità fisica o nell'assenza di malattie.

15. G. Arconzo, *Il diritto alla vita indipendente delle persone con disabilità*, in A. Morelli, L. Trucco (a cura di), *Diritti e territorio. Il valore delle autonomie nell'ordinamento repubblicano*, 2015, Torino, pp. 129-133.

16. S. Marchiso, R. Cera, V. Della Fina (A cura di), *La convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità. Commentario*, Roma, 2010.

17. Legge 3 marzo 2009, n. 18.

18. La necessità di approvare una Convenzione internazionale è nata a distanza di alcuni anni dall'approvazione delle Regole Standard, che erano sì utili come standard internazionale di orientamento e di monitoraggio condiviso da numerosi Paesi, ma non erano vincolanti

cambio di paradigma assumendo le persone disabili innanzitutto come persone umane con gli stessi diritti e la medesima dignità degli altri, cui garantire tutti i diritti fondamentali; in essa «la persona disabile non è vista come individuo che richiede una protezione sociale ed evoca atteggiamenti compassionevoli pietistici, bensì è considerato soggetto titolare di potenzialità, il cui apporto umano, sociale ed economico alla collettività può contribuire ad incrementare il senso di appartenenza generale alla stessa»<sup>19</sup>.

Nel quadro così sinteticamente descritto, il diritto fondamentale alla vita sessuale è riconosciuto e tutelato alle persone disabili al pari di tutte le altre<sup>20</sup>, nonostante non siano state testualmente riprese le già ricordate *Regole Standard per l'uguaglianza di opportunità delle persone con disabilità*.

### **La tutela del diritto alla sessualità nell'ordinamento italiano**

Nonostante la ratifica della Convenzione, il legislatore italiano non ha ancora proceduto ad un organico adeguamento della legislazione

interna. Basti citare l'esempio della principale fonte normativa<sup>21</sup> che rimane centrata sulla nozione di *persona handicappata*, superata anche dal punto di vista linguistico<sup>22</sup>. Tale situazione si riflette inevitabilmente sul diritto alla sessualità, nonostante dei passi avanti siano stati fatti, come si dirà appresso.

La sessualità, quale funzione complessa dell'essere umano, non è circoscritta alle mere attività sessuali, ma include, ad esempio, l'eroticismo, la sensualità e la dimensione affettiva che coinvolge l'esperienza del contatto fisico. «I disabili non costituiscono un gruppo omogeneo. Vi sono, infatti, forme diverse di disabilità»<sup>23</sup>, che possono anche incidere, in maniera lieve o grave, su strutture o su funzioni corporee connesse alla vita sessuale, ma quando residuo delle abilità esse devono poter trovare espressione, anche grazie all'interazione di fattori personali o ambientali. In tal modo può concretarsi il diritto fondamentale alla sessualità che la Corte costituzionale ha fatto emergere sia con riferimento all'identità sessuale, che l'individuo ha il diritto di realizzare nella propria vita di relazione<sup>24</sup>, sia con riferimento alla cd libertà sessuale, che qualifica il diritto di disporre liberamente della sfera sessuale come diritto soggettivo assoluto<sup>25</sup>. L'identità e la

---

giuridicamente e, pertanto, risultavano insufficienti a garantire i diritti violati. La Convenzione internazionale rappresenta uno strumento giuridico maggiormente vincolante ed efficace.

19. V. Bongiovanni, *La tutela dei disabili tra Carta di Nizza e convenzione delle Nazioni Unite*, in *Famiglie e Diritto*, 2011, 3, p. 310.

20. L'articolo 2 stabilisce che costituisce «Discriminazione sulla base della disabilità» qualsivoglia distinzione, esclusione o restrizione che abbia lo scopo o l'effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, il godimento e l'esercizio, su base di eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in qualsiasi campo. L'articolo 3 riconosce tra i principi generali l'autonomia ed indipendenza individuale delle persone con disabilità, compresa la libertà di compiere le proprie scelte (si veda anche la lettera n del preambolo).

21. Legge 5 febbraio 1992, n. 104, rubricata *Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*.

22. Dell'inadeguatezza della legislazione italiana si dà atto nel primo rapporto dettagliato sulle misure prese per rendere efficaci gli obblighi assunti dall'Italia in virtù della Convenzione e sui progressi conseguiti al riguardo, che l'Italia ha presentato all'Onu a novembre 2012. Scrive nel rapporto l'*Osservatorio Nazionale sulla condizione delle persone con disabilità*, istituito dalla legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione, che la nozione di *persona handicappata* «pone l'accento sulle limitazioni delle facoltà (minorazioni) e lo svantaggio sociale che ne deriva (handicap), dunque sugli elementi che condizionano in negativo la vita della persona con disabilità. Nella Legge manca, quindi, un riferimento all'ambiente in cui la "persona con disabilità" vive ed interagisce, in rapporto al quale le "menomazioni" devono essere valutate. L'automatismo secondo cui l'handicap è conseguenza della minorazione è un aspetto potenzialmente critico e superato dalle visioni più recenti della condizione di disabilità» (pag. 1). Il testo del rapporto è disponibile sul sito dell'*Osservatorio*, al seguente link: [goo.gl/4iieUM](http://goo.gl/4iieUM). Sulla scorta dei contenuti del rapporto, un primo contributo alla definizione di una strategia italiana sulla disabilità per l'adeguamento dell'ordinamento italiano alla Convenzione è recato dal *Programma di azione biennale per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilità*, discusso nell'ambito della quarta *Conferenza nazionale sulle politiche dell'handicap* e adottato con decreto del Presidente della Repubblica del 4 ottobre 2013. Il testo del programma è disponibile sul sito dell'*Osservatorio*, al seguente link: [goo.gl/BbXiO8](http://goo.gl/BbXiO8), mentre le conclusioni della *Conferenza* sono disponibili sul sito del Senato della Repubblica, al seguente link: [goo.gl/zMft5l](http://goo.gl/zMft5l).

23. Corte costituzionale, sentenza n. 80 del 26 febbraio 2010.

24. Corte costituzionale, sentenza n. 161 del 5 febbraio 1985. Per un approfondimento, contenente un paragrafo sul diritto alla sessualità delle persone con disabilità, si veda F. Ratto Trabucco, *Il diritto costituzionalmente garantito alla sessualità quale modo essenziale di espressione della persona umana*, in A. Pérez Miras, G. M. Teruel L. E. C. Raffiotta (a cura di), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: familia y religión*, 2013, Pamplona, pp. 153-160.

25. Corte costituzionale, sentenza n. 561 del 28 ottobre 1987.

libertà sessuale sotto molteplici aspetti si collegano all'obbligo di assicurare alle persone con disabilità la garanzia effettiva di altri diritti costituzionali, in particolare l'uguaglianza, la dignità sociale, il diritto alla realizzazione personale e l'autodeterminazione, tutti tutelati anche dalla Convenzione Onu<sup>26</sup>.

Non di meno, la sessualità e la libertà di disporre, essendo due aspetti intimi della persona, si pongono in correlazione anche con la capacità di agire. Sotto questo aspetto, nell'assetto normativo italiano, la sfera della sessualità delle persone disabili può venire in considerazione almeno su tre diversi livelli, che possono distinguersi per la rilevanza, diretta o indiretta, che alcuni fatti ad essa correlati hanno per il diritto penale o per il diritto civile.

Nell'ambito del diritto penale la libertà di autodeterminazione delle persone disabili nella sfera sessuale emerge, anche se indirettamente, con riferimento al reato di violenza sessuale. Fino alla riforma del 1996, quando è stato introdotto l'articolo 609-bis, i soggetti che intrattenevano rapporti sessuali con persone con disabilità erano ritenuti responsabili di violenza sessuale senza possibilità di poter fornire alcuna prova contraria<sup>27</sup>. L'ordinamento assumeva, infatti, che la persona

disabile fosse sempre incapace di autodeterminarsi nella sfera sessuale e chi condivideva con lei una relazione sessuale era condannato come soggetto abusante di una situazione di inferiorità. Dopo la riforma la situazione è sostanzialmente cambiata, configurandosi il reato solo quando il soggetto non disabile abbia approfittato della condizione di disabilità del partner. L'accertamento tanto della condizione di inferiorità, tanto dell'abuso compete al giudice, attraverso l'esame delle condotte poste in essere dall'imputato<sup>28</sup>. La novella del 1996 ha avuto il merito, nel solco di quanto indicato dalle *Regole Standard* dell'Onu, di contemperare l'esigenza di protezione della persona con disabilità, con quella di non impedirle la realizzazione della vita sessuale e affettiva. In tal modo, è stato eliminato un implicito divieto confliggente con più diritti fondamentali ed è stato garantito quanto l'ordinamento stabilisce per la generalità dei consociati<sup>29</sup>.

Direttamente in rapporto con il diritto civile sono, invece, altri fatti correlati alla sessualità. Si pensi, ad esempio, alle persone con disabilità in condizione di avere rapporti sessuali o di procreare, e a come questo si colleghi alla possibilità di sposarsi<sup>30</sup>, all'interruzione di gravidanza<sup>31</sup>, al riconoscimento e

26. Si vedano, in particolare gli articoli 1, 3, 5. Per un interessante approfondimento sulla rilevanza costituzionale della disabilità si rinvia a A. Lorenzetti, *Dis-eguaglianza e disabilità*, in *La diseguaglianza nello stato costituzionale*, 2015. Il testo del contributo è disponibile sul sito dell'associazione *Gruppo di Pisa*, destinato agli atti del Convegno annuale dell'Associazione, al seguente link: [goo.gl/5S2wxX](http://goo.gl/5S2wxX).

27. L'articolo 519, comma 2, n. 3, puniva chiunque si congiungesse carnalmente con persona la quale al momento del fatto fosse «malata di mente, ovvero non è in grado di resistere a cagione delle proprie condizioni d'inferiorità psichica o fisica, anche se questa è indipendente dal fatto del colpevole». In aggiunta all'articolo 609-bis è stabilita l'aggravante di cui all'articolo 36 della legge 5 febbraio 1992, n. 104.

28. In materia esiste una ricca giurisprudenza della Cassazione penale, sez. III, della quale si segnalano per brevità le sentenze 15 febbraio 1997, n. 4114; 24 settembre-22 ottobre 1999, n. 12110; 21 aprile - 27 maggio 2004, n. 24212; 7 luglio 2009, n. 15910; 5 maggio 2015, n. 18513.

29. F. Eramo, *Handicappati: diritto alla sessualità, diritto al matrimonio e diritto all'adozione*, in *Famiglia e diritto*, 2002, 4, 435-441.

30. Tribunale di Varese, decreto 6 ottobre 2009, che riconosce il diritto della persona con sindrome di Down di contrarre matrimonio, non subordinato al consenso dell'amministratore di sostegno. Per alcune riflessioni sul provvedimento si veda E. Falletti, *Il matrimonio della disabile sofferente della sindrome di Down*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, 4, pp. 848-851. In senso contrario, si veda Tribunale di Trieste, decreto 28 settembre 2007, nel quale la possibilità di sposarsi di una persona disabile psichica è stata legata alla nomina di un amministratore di sostegno *ad hoc* con il compito di seguire l'evoluzione dell'esperienza affettiva della persona e la connessa maturazione. Per alcune riflessioni sul provvedimento si veda P. Cendon, *22 anni, un forte ritardo mentale; meglio che la ragazza non si sposi subito*, in *Giurisprudenza italiana* 2007, 12 pp. 2739-2741. Per una riflessione sul tema della sessualità delle persone con disabilità intellettiva si veda G. Viaggiani, *La sessualità delle persone con disabilità intellettiva: una sessualità "disabile"?*, in P. Valerio, T. Liccardo, A. Ricciardi, S. de Conciliis (A cura di), *Affettività, relazioni e sessualità nella persona con disabilità: tra barriere familiari e opportunità istituzionali*, 2016, Napoli, pp. 75-86.

31. L'articolo 13 della legge in materia di tutela della maternità e interruzione di gravidanza stabilisce che la donna, benché interdotta, può tuttavia essere in grado di decidere in modo valido in ordine alla interruzione della gravidanza. Si veda, ad esempio, Tribunale Genova, sentenza del 12 agosto 2005, in F. Bilotta, P. Ziviz, *Il nuovo danno esistenziale*, Torino, 2009, p. 352. Il testo della sentenza è disponibile sul sito *Persona e Danno*, al seguente link: [goo.gl/4KdGC2](http://goo.gl/4KdGC2). Il caso, di estremo interesse per la sua complessità, è relativo ad una donna con disabilità psichica che, già madre di una figlia data in affido, rimane nuovamente incinta e decide di interrompere volontariamente la gravidanza. Nonostante l'esecuzione dell'intervento, a due mesi di distanza si accorge che la gravidanza era ancora in corso e, a questo punto, decide di portare a termine la gravidanza, nonostante il grave stato di salute avrebbe consentito di praticare l'aborto terapeutico. Nel corso della gravidanza la donna aveva incontrato un ragazzo con il quale aveva contratto matrimonio subito dopo il parto e il figlio era stato inserito nel nuovo contesto familiare, nonostante la necessità di intervento del servizio sociale.

Con riferimento all'articolo 13 l. aborto si segnalano, altresì, i provvedimenti della Pretura di Genova, del 20 marzo 1986, sulla richiesta di interruzione avanzata dal marito o dal tutore, nei casi in cui la gestante non sia in grado di confermare la richiesta, e della Pretura Nicosia,



al disconoscimento dei figli<sup>32</sup>, specificamente tutelate dalla Convenzione<sup>33</sup>.

La rilevanza di tali fatti dal punto di vista del diritto civile emerge nitidamente, dovendo ritenersi residuale, oggi, la perdita della capacità di agire rispetto a quanto avveniva fino all'introduzione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, che, pur non abolendoli, ha fortemente ridimensionato l'applicazione dei tradizionali istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione<sup>34</sup>. Guardando alle norme introdotte in Italia a protezione dei soggetti deboli, ora innestate sul tessuto della *Convenzione Onu*<sup>35</sup>, si legge il tentativo del legislatore di ampliare quanto più è possibile la tutela della capacità di agire<sup>36</sup>, passando da una logica dello *status* a una logica del regime giuridico degli atti posti in essere dalla persona<sup>37</sup>, riconoscendole «la facoltà di

autodeterminarsi sul terreno esistenziale compiendo gli atti di natura personale e familiare che non siano incompatibili con il livello di capacità concretamente residuo»<sup>38</sup>. Su questa linea, il Tribunale di Varese ha scritto che la protezione del soggetto vulnerabile non può tradursi in un «esproprio» dei suoi diritti, anche là dove l'esigenza di tutela non sia ravvisabile oppure si tratti di un contesto in cui trovano respiro i diritti inviolabili<sup>39</sup>.

Ci sono, infine, altri fatti di natura non patrimoniale che costituiscono esercizio della sessualità e potrebbero essere messi in relazione con il diritto al welfare, inteso in senso ampio, e non direttamente con il diritto civile. Un esempio di questo tipo potrebbe essere l'attività svolta dall'*assistente sessuale*, figura che in altri ordinamenti è già disciplinata<sup>40</sup> e la cui regolamentazione in Italia<sup>41</sup>

---

del 23 gennaio 1997, sull'interruzione di gravidanza disposta con decisione autonoma del giudice tutelare e sulla revoca automatica del provvedimento, qualora prima dell'esecuzione dell'intervento di aborto, le condizioni psichiche della gestante migliorino.

32. Si veda la sentenza additiva della Corte costituzionale, 25 novembre 2011, n. 322, sulla rilevanza della grave disabilità psichica della persona non formalmente interdetta, ai fini della sospensione del decorso del termine decadenziale ex art. 245 cc per l'esercizio dell'azione di disconoscimento da parte del presunto padre. Sentenza annotata da M. Rizzuti, *Azione di disconoscimento e incapacità*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 10, p. 2016.

33. In particolare l'articolo 23.

34. G. Ferrando, *L'amministrazione di sostegno nelle sue recenti applicazioni*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2010, 12, p. 843.

35. Si veda in particolare l'articolo 12, comma 4.

36. G. Ferrando, *L'amministrazione di sostegno nelle sue recenti applicazioni*, cit., p. 838. Ferrando coglie il legame tra la Convenzione e la legge che ha introdotto l'amministrazione di sostegno, scrivendo che: «Solo tenendo conto di questo dato di fondo [ndr. recato dalla Convenzione], a mio parere, si può evitare il rischio di un'interpretazione riduttiva della nuova legge, che si prospetta ogni volta in cui la si legga con gli schemi, le categorie, le formule degli istituti tradizionali. Essa costituisce una sfida per tutti gli operatori del diritto – giudici, servizi sociali, notai – che potrà essere vinta solo a patto di rispettarne le autentiche finalità, senza cercare comodi rifugi, di fronte a dubbi, incertezze, lacune, nelle rassicuranti risposte che ci vengono da una tradizione nobile e risalente, ma ormai superata».

37. M. Paradiso, *L'amministrazione di sostegno (leggendo il quaderno di Famiglia)*, in *Famiglia*, 2005, 3, p. 437 ss. Si veda anche la sentenza della Corte di cassazione del 29 novembre 2006, n. 25366, che ha messo in risalto l'autentica funzione dell'istituto.

38. R. Pescara, *Lo statuto privatistico dei disabili psichici tra obiettivi di salvaguardia e modello dell'incapacità legale*, in *Trattato Recigno*, III, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1999, p. 761.

39. Tribunale di Varese, decreto 24 ottobre 2011. Il caso era relativo alla relazione sessuale intrattenuta da una persona interdetta affetta da uno sviluppo mentale ritardato e irregolare con deficit cognitivo. Il testo del provvedimento è disponibile sul sito dell'Associazione *Assostegno*, al seguente link: [goo.gl/ZnrM7b](http://goo.gl/ZnrM7b).

Pur se con riferimento a diversa fattispecie, la nota Cassazione civile, Sez. I, sentenza del 16 ottobre 2007, n. 21748, ha chiarito che il carattere personalissimo del diritto alla salute della persona incapace comporta che il riferimento all'istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore un potere incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza. Nel consentire al trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del *best interest*, deve decidere non «al posto» dell'incapace né «per» l'incapace, ma «con» l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche.

40. La figura dell'assistente o accompagnatore sessuale è regolamentata, ad esempio, in Danimarca, Germania, Paesi Bassi, Svizzera e Austria.

41. Nel 2014 al Senato è stato presentato un disegno di legge teso a regolamentare tale figura professionale. Atto Senato 1442, recante *Disposizioni in materia di sessualità assistita per persone con disabilità*, a prima firma del Senatore Sergio Lo Giudice, assegnato alla 12<sup>a</sup> Commissione permanente (Igiene e sanità). Al momento l'iter legislativo non risulta avviato. Il testo è disponibile sul sito del Senato della Repubblica al seguente link: [goo.gl/11XMve](http://goo.gl/11XMve).

è stata proposta in un disegno di legge<sup>42</sup>. La brevità di questo articolo non consente un approfondimento su questo tema di grande rilevanza sociale, anche per le questioni giuridiche che solleva, a partire dalla necessità di distinguere tale attività da quella di prostituzione<sup>43</sup>.

In conclusione, l'esame condotto ha evidenziato come l'ordinamento italiano abbia vissuto una evoluzione in relazione alla capacità di agire delle persone con disabilità, ampliata rispetto al passato, e connessa con la tutela di molteplici diritti fondamentali, tra i quali quello alla sessualità e all'autodeterminazione risultano strettamente legati. Il principio di autodeterminazione si presenta come quel tratto della modernità giuridica che, in qualche modo, ci consente di guardare in un modo completamente diverso a tante fattispecie che per l'innanzi non venivano prese in considerazione da nessuna branca del diritto e che oggi invece siamo tenuti a considerare dalla Costituzione da un lato e dalle fonti sovranazionali dall'altro. Proprio nella

Convenzione Onu, quest'ultimo si declina anche come diritto alla vita indipendente, ovvero quel diritto «di tutte le persone con disabilità a vivere nella società, con la stessa libertà di scelta delle altre persone»<sup>44</sup> e che richiede all'Italia di procedere ad un adeguamento della propria legislazione che ancora non c'è stato. In particolare, l'articolo 17 della Convenzione richiede che gli Stati promuovano il diritto all'integrità della persona con disabilità teso a garantire anche che le leggi non operino discriminazioni per quel che riguarda le relazioni sessuali.

Va ricordato, infine, che le riflessioni che si possono fare intorno alla sessualità delle persone disabili non possono essere svincolate dal contesto sociale più generale e quindi dalle visioni socialmente e culturalmente diffuse sulla sessualità. In questo senso, il diritto alla sessualità garantito alle persone con disabilità si presta a divenire una delle cartine al tornasole di più processi culturali in atto nella società e che riguardano tutti.

---

42. Una breve ricostruzione sul tema si ritrova in A. Pancaldi, *La disabilità, il dibattito sull'assistente sessuale e oltre*, 2014, pubblicato sul sito *Superando*, al seguente link: [goo.gl/LtWVoe](http://goo.gl/LtWVoe). La richiesta di regolamentazione dell'assistente sessuale è avanzata, tra gli altri, dall'Associazione «Love Giver – Comitato Promotore per l'Assistenza Sessuale». L'Associazione dispone di un sito al seguente link: [www.lovegiver.it](http://www.lovegiver.it).

43. Per un approfondimento generale si rinvia a M. Olivieri (a cura di), *Love Ability, L'assistenza sessuale per le persone con disabilità*, Erickson, Trento, 2014.

44. G. Arconzio, *op. cit.*, pp. 132-133.

## Cambia la rappresentazione simbolica del Corpo e cambiano i modelli familiari. L'approccio delle Corti dei diritti

di *Maria Acierno*

È cambiata la rappresentazione simbolica del Corpo.

I progressi della scienza e delle biotecnologie ne hanno portato alla luce le componenti “invisibili” e le scienze umane hanno registrato la diffusa e crescente esigenza di una stretta connessione tra corpo e psiche. I dati genetici hanno rivelato il Corpo come codice informativo insostituibile e le tecniche di riproduzione assistita hanno modificato il corso “naturale” del processo generativo.

La scissione tra genitorialità genetica e genitorialità biologica, oltre che la forte affermazione della genitorialità sociale hanno imposto una verifica dell'adeguatezza ed attualità del sistema di tutela integrato dei diritti della persona.

Le Corti hanno risolto conflitti in tema di brevettabilità delle cellule riproduttive, di embrioni contesi ed in tempi più recenti di nuove forme di genitorialità, provenienti dalle coppie omoaffettive.

Si tratta d'interrogativi che stimolano prese di posizione, anche legislative, fortemente ancorate ad ambienti politico culturali molto caratterizzati. Anche per questa ragione, il ruolo delle Corti, saldamente ancorato al corretto bilanciamento tra i diritti in gioco, continua ad essere una garanzia di obiettività.

### 1. La nuova dimensione del Corpo

È cambiata la nozione di “corpo umano” alla luce delle sempre più estese esplorazioni scientifiche sulla sua complessa composizione, così come si è ampliata la nozione di salute attraverso la prepotente affermazione, dovuta prevalentemente all'evoluzione delle scienze umane, delle condizioni psichiche nella definizione dell'integrità, non più riducibile alla fisicità in senso stretto ma individuata comunemente con il duplice attributo di “integrità psico-fisica”. L'equilibrio psichico e

l'armonico sviluppo della personalità non sono soltanto indicatori del grado di salute individuale ma costituiscono l'obiettivo dei diritti fondamentali della persona, soprattutto se considerati nella loro ineludibile proiezione e potenzialità relazionale (art. 2 Cost; art. 8 Cedu). La rappresentazione simbolica del Corpo è cambiata sotto il profilo materico, attraverso la più ampia conoscenza e consapevolezza di tutto ciò che è celato alla diretta percezione visiva, e si è evoluta la relazione tra Corpo e psiche<sup>1</sup> nella direzione di una stretta interdipendenza e connessione causale dell'uno con l'altra<sup>2</sup>. Questo pro-

1. La Corte costituzionale con la sentenza n. 161 del 1985, nel sottolineare la piena compatibilità costituzionale della legge n. 164 del 1982 (sul diritto alla rettificazione di sesso per le persone transessuali, alle condizioni stabilite dalla legge) ha usato per la prima volta in ambito giurisdizionale la felice espressione coincidenza tra soma e psiche per sottolineare l'obiettivo di un'esistenza equilibrata per le persone transessuali, aggiungendo che la legge n. 164 del 1982 si colloca in una civiltà giuridica in continua evoluzione.

2. Il successo e i traguardi delle neuroscienze sono coerenti con il rilievo di questa connessione. Il termine neuroscienze deriva dall'inglese *neurosciences*, un neologismo coniato nel 1962 circa dal neurofisiologo americano Francis O. Schmitt. Egli capì che si dovevano abbattere le barriere tra le diverse discipline scientifiche, unendone le risorse e gli sforzi, se ci si voleva avvicinare ad una piena comprensione della complessità del funzionamento cerebrale e aveva utilizzato la parola neuroscienze (*Neurosciences Research Program*) per indicare il suo

gressivo mutamento prospettico ha modificato anche la relazione con le patologie e le disabilità, sempre più diffusamente percepite come eventi riconducibili a responsabilità di terzi, a partire dalla nascita<sup>3</sup> fino alla morte<sup>4</sup>.

### 2. Le componenti “invisibili” del Corpo

I progressi scientifici della biogenetica e delle biotecnologie hanno imposto l'ingresso dei microrganismi corporei (dna; cellule staminali; gameti ed ovociti; embrioni, l'elenco è soltanto esemplificativo) nell'ambiente giuridico investendo integralmente ed estendendo il catalogo dei diritti della persona sia nella dimensione individuale<sup>5</sup> che in quella relazionale, specie con riferimento all'ampliamento dell'orizzonte genitoriale.

### 2.1 I mutamenti nel processo generativo

Le biotecnologie hanno determinato mutazioni nel processo riproduttivo umano tali da estendere l'accesso alla genitorialità ben oltre i confini dettati dagli ordinamenti positivi. Sul versante giuridico l'estensione delle potenzialità riproduttive ha determinato un forte incremento delle domande di riconoscimento di rapporti di filiazione già sorti ma non rientranti nei modelli dettati da alcuni ordinamenti perché non fondati sugli indici probatori della discendenza biologica (per l'ordinamento italiano il riferimento è all'art. 269 terzo comma cod. civ.) e sui modelli relazionali tradizionalmente votati alla genitorialità (coppie eterosessuali). Come verrà approfondito nel paragrafo 4, anche in ordine alle condizioni soggettive, individuali e di coppia, di accesso alle tecniche di riproduzione assistita, l'intervento del giudice comune<sup>6</sup>, delle Corti dei diritti, (per quanto riguarda il nostro Paese, in particolare della Corte costituzionale)<sup>7</sup>,

---

gruppo di ricerca, costituito appunto da scienziati di diversa formazione. Il complesso di discipline oggi note come neuroscienze rappresenta una scienza sempre più interdisciplinare, che attinge da matematica, fisica, chimica, nanotecnologie, ingegneria, informatica, psicologia, medicina, biologia, filosofia, e va in senso opposto rispetto al confinamento specialistico dello studio del cervello e alla delimitazione del sapere tecnico degli anni passati.

Un ampio spettro di problematiche rientra nell'indagine delle neuroscienze: lo sviluppo, la maturazione ed il mantenimento del sistema nervoso, la sua struttura anatomica e funzionale con un'attenzione particolare al cervello e al ruolo che esso riveste nel comportamento e nella cognizione. Le neuroscienze cercano di comprendere non solo i normali meccanismi del sistema nervoso, ma anche quello che non funziona adeguatamente nei disturbi dello sviluppo, psichiatrici e neurologici, con l'intento di trovare nuove strade per prevenirli o curarli. Nel libro *Principi di Neuroscienze* il premio Nobel Eric Kandel dichiara: «Il compito delle neuroscienze è di spiegare il comportamento in termini di attività del cervello. Come può il cervello dirigere i suoi milioni di singole cellule nervose per produrre un comportamento, e come possono essere queste cellule influenzate dall'ambiente? L'ultima frontiera della scienza della mente, la sua ultima sfida, è capire le basi biologiche della coscienza, ed i processi mentali attraverso cui noi percepiamo, agiamo, impariamo e ricordiamo.» (tratto dalla rivista scientifica *on line* Neuroscienze e dipendenze ([www.neuroscienzeedipendenze.it](http://www.neuroscienzeedipendenze.it))).

3. La Corte di cassazione italiana, al pari di quella francese, ha affrontato il tema dell'esistenza del diritto al risarcimento del danno da nascita indesiderata, sia in ordine alla legittimazione dei genitori, attualmente non più in discussione, sia in ordine alla legittimazione del nato, oggetto di contrastanti decisioni. La sentenza n. 16754 del 2012 ha riconosciuto tale legittimazione, le sezioni unite l'hanno esclusa con la recente pronuncia n. 25767 del 2015.

4. Sempre meno riferita a fattori endogeni od anagrafici o alla casuale insorgenza di patologie e sempre più ricondotta a *malpractice* medico sanitaria.

5. Capacità predittiva dei dati genetici e protezione dei dati personali anche dall'aggressione dei poteri privati (economici) e pubblici.

6. L'intervento di adeguamento della Corte costituzionale è stato sollecitato da un numero cospicuo di ordinanze di rimessione provenienti: dal Tribunale ordinario di Napoli con ordinanza del 3 aprile 2014, iscritta al n. 149 del registro ordinanze 2014 e pubblicata nella Gazzetta ufficiale della Repubblica n. 39, prima serie speciale, 2014 (sent. Corte cost. 229 del 2015); dal Tribunale ordinario di Milano con ordinanza dell'8 aprile 2013, dal Tribunale ordinario di Firenze con ordinanza del 29 marzo 2013 e dal Tribunale ordinario di Catania con ordinanza del 13 aprile 2013, rispettivamente iscritte ai nn. 135, 213 e 240 del registro ordinanze 2013 e pubblicate nella Gazzetta ufficiale della Repubblica nn. 24, 41 e 46, prima serie speciale, dell'anno 2013 (sentenza n. 162 del 2014); dal Tribunale ordinario di Roma con ordinanze del 15 gennaio e del 28 febbraio 2014, iscritte ai nn. 69 e 86 del registro ordinanze 2014 e pubblicate nella Gazzetta ufficiale della Repubblica nn. 21 e 24, prima serie speciale, dell'anno 2014 (sent. 96 del 2015); dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio con sentenza del 21 gennaio 2008 e dal Tribunale ordinario di Firenze con ordinanze del 12 luglio e del 26 agosto 2008, rispettivamente iscritte ai nn. 159, 323 e 382 del registro ordinanze 2008 e pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica nn. 22, 44 e 50, prima serie speciale, dell'anno 2008 (sent. 151 del 2009).

7. La sentenza n. 151 del 2009 ha stabilito l'illegittimità costituzionale dell'art. 14 comma 3 in ordine all'obbligo, lesivo del diritto alla salute della donna, dell'unico contemporaneo impianto degli embrioni prodotti in vitro nonché del comma 1 per la limitazione ad un numero complessivo di tre degli embrioni da produrre; la n. 162 del 2014 ha eliminato il divieto assoluto di fecondazione eterologa, pur delineandone un perimetro molto rigoroso, sul rilievo che il diritto a diventare genitori (...) costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminazione; la sentenza n. 96 del 2015 ha ritenuto lecita la selezione degli embrioni al fine di procedere alla diagnosi

e della Corte Edu<sup>8</sup> è stato di cruciale importanza, sia per aver largamente anticipato l'intervento legislativo<sup>9</sup> sia per aver predisposto strumenti di tutela adeguata "nonostante" l'intervento legislativo.

### 2.2 La discendenza genetica e la filiazione

Le nuove tecniche di accertamento della discendenza biogenetica, sostanzialmente svincolate da limiti temporali in ordine al rilevamento del dna<sup>10</sup>, hanno fortemente incrementato le azioni di *status* rivolte all'accertamento della filiazione. La riforma legislativa, di recente introduzione<sup>11</sup> è stata condizionata dalla possibilità cronologicamente illimitata di risalire alla discendenza genitoriale, attribuendo al figlio un diritto imprescrittibile al riguardo. Ma il rilievo della traccia genetica oltrepassa gli *status* filiali. Nasce e si sviluppa lo spazio giuridico della "eredità genetica", e s'incrementa l'esigenza di scoprire le proprie origini.

#### 2.2.1 Il Corpo come codice informativo e la ricerca delle origini

Questa ultima istanza, in forte crescita, ha determinato una nuova dimensione giuridicamente rilevante del Corpo, il suo essere un codice informativo da conoscere e da preservare. Il bilanciamento tra il diritto a conoscere la propria discendenza genetica e quello alla riservatezza del proprio patrimonio informativo genetico è compito del legislatore e, in funzione interpretativa e talvolta integrativa delle Corti dei diritti. Nel nostro ordinamento, la nuova disciplina della filiazione, l'art. 28 della l. n. 184 del 1983 e il Codice della protezione dei dati personali prefigurano un sistema di equilibrio tra le due polarità. La previsione di ritenere solo per il figlio sempre imprescrittibili le azioni volte all'accertamento della propria discendenza biologica e, conseguentemente, della effettiva relazione genitoriale, è temperata dalla contrapposta previsione di limitare temporalmente le medesime azioni se proposte dai genitori o dagli altri legittimati *ex lege*. L'assolutezza del diritto del "figlio" si giustifica con la libertà di scegliere tra l'identità costituita dal nucleo relazionale familiare nel quale si

è vissuti e quello che potrebbe rivelarsi con l'azione rivolta alla destrutturazione dello *status* preesistente e alla costruzione di uno nuovo. Il diritto ad autodeterminarsi su questo profilo costitutivo dello sviluppo della personalità individuale è lasciata al figlio, unico soggetto della relazione che non ha concorso alla determinazione iniziale dello *status* filiale. Gli altri interessati ed in particolare i genitori hanno un diritto di carattere recessivo che possono esercitare entro un tempo definito. Tale opzione deriva proprio all'esigenza di bilanciare il *favor veritatis* con quello volto a preservare la stabilità delle relazioni familiari, sia in ordine al primario profilo affettivo-emotivo che a quello riguardante le ricadute giuridiche anche di carattere successorio ed economico-patrimoniale connesse allo *status* di figlio. La fissazione di un limite temporale per l'esercizio dell'azione risulta, pertanto, in considerazione degli interessi che ad esso sono sottesi, tanto più opportuno in correlazione con l'attuale possibilità scientifica di ricostruire la discendenza biologica anche a molti anni di distanza dalla morte del genitore, così conservando al Corpo, inteso nel suo contenuto materico, un rilievo giuridico *ex se* come traccia informativa indelebile della discendenza biologica oltre la durata della vita.

#### 2.2.2 Le informazioni genetiche

Il rilievo "informativo" del codice genetico impresso ad ogni particella del corpo umano ha, tuttavia, anche un suo peculiare statuto giuridico rivolto a preservare la riservatezza dei dati genetici ed a limitarne l'accesso soltanto ai titolari, salvo deroghe prevalentemente dettate da ragioni di giustizia e di salute. Il consenso del titolare delle informazioni è essenziale al fine di accedere alle informazioni genetiche di terzi. Rispetto agli altri dati sensibili, quelli relativi alle informazioni genetiche godono di un regime giuridico di protezione più intenso proprio perché correlati ad un profilo fondante l'identità personale sia sul piano individuale che delle relazioni primarie. Sotto questo specifico versante, viene in rilievo l'attuale problematica afferente il rapporto tra il diritto all'anonimato della donna dopo il parto ed il diritto

---

preimpianto, quando i genitori siano portatori di malattie genetiche trasmissibili; la sentenza n. 229 del 2015 ha escluso la rilevanza penale della predetta selezione.

8. Ci si riferisce in particolare alla sentenza Cedu Costa Pavan del 28/7/2012 (ricorso 54270 del 2010) leggibile in italiano nel sito [www.ministerogiustizia.it](http://www.ministerogiustizia.it).

9. Cassazione n. 2315 del 1999 in Foro It. 1999, I, con nota di F. Di Ciommo; Tribunale Palermo ord. 8/1/99 in Foro It, 1999, I, 1653.

10. Ormai è possibile ricostruire il dna anche da tessuti provenienti da persone morte da lungo tempo. Per la conoscenza dei progressi biotecnologici, si segnala *Dna antico in Frontiere della vita* [www.treccani.it/enciclopedia/dna-antico](http://www.treccani.it/enciclopedia/dna-antico).

11. Legge delega n. 219 del 2012; d.lgs n. 154 del 2013.

di chi è nato di conoscere le proprie origini non per costituire uno *status* filiale ma per definire più esattamente lo statuto della propria identità personale. Al riguardo dopo l'intervento della Corte europea dei diritti umani<sup>12</sup>, la Corte costituzionale ha incrinato l'assolutezza del diritto all'anonimato, riconoscendo il diritto a conoscere le proprie origini previa acquisizione del consenso di chi al momento del parto aveva operato questa scelta. Proprio al fine di dare una fisionomia procedimentale all'esercizio di questo diritto e alle modalità dell'interpello, nel rispetto della riservatezza di tutti gli interessati, non definiti dalla Corte costituzionale<sup>13</sup> che, al riguardo, ha richiamato l'intervento del legislatore, il Procuratore generale presso la Corte di cassazione ha rimesso alle Sezioni unite la questione, sollecitando una decisione *ex art.* 363 cod. proc. civ. nell'interesse della legge.

### 3. Il potere di disposizione individuale e lo sfruttamento economico delle parti "invisibili" del Corpo

#### 3.1 I dati genetici

Uno dei profili problematici relativi alla regolazione giuridica delle parti "invisibili" del Corpo riguarda la titolarità e l'esercizio del potere di disposizione su di esse. Il contenuto di questo potere può avere natura economico-patrimoniale o non patrimoniale ed, in quest'ultima ipotesi, attenere allo statuto dei diritti inviolabili della persona ed in particolare al diritto ad autodeterminarsi (art. 2 e 32 secondo comma Cost.). I dati genetici costituiscono un utile esempio della duplice connotazione patrimoniale e non patrimoniale del potere di disposizione su di essi. Il codice in materia dei dati personali stabilisce uno statuto "speciale" per i dati genetici stabilendo all'art. 90 che il trattamento degli stessi (a fini sanitari) è consentito nei soli

casi previsti da apposita autorizzazione rilasciata dal Garante (intervenuta il 22/2/2007). Per fini diversi da quelli sanitari è necessario il consenso del titolare salvo che il trattamento sia necessario per far valere e difendere in sede giudiziaria un diritto, entro limiti temporali ristretti e solo se «strettamente necessario». Se i dati sono idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, il diritto da agire in sede giudiziaria deve essere di rango pari a quello dell'interessato, ovvero consistente in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale inviolabile. Alla luce dei principi sopraesposti la Corte di cassazione con la sentenza n.21014 del 2013 ha escluso la liceità della sottrazione e trattamento dei dati genetici al fine di valutare l'opportunità d'intraprendere un'azione di disconoscimento di paternità, sottolineando che la peculiarità dei dati sensibili «consiste nel rivelare il corredo identificativo unico ed esclusivo di ciascuna persona umana, dall'interrogazione del quale può essere estrapolata un'ampia varietà d'informazioni, non tutte da includersi in quelle di natura sanitaria, e tale potenzialità predittiva ne determina l'ontologica diversità».

Si può, pertanto, ritenere che la tutela del corredo di diritti non patrimoniali, attinenti allo stretto contenuto informativo predittivo dei dati genetici sia da ritenersi adeguatamente tutelata dal nostro sistema di protezione giuridica dei dati personali. Deve, tuttavia, porsi in evidenza che la ricchezza d'informazioni provenienti dai dati genetici è di particolare utilità in campo scientifico, sia in ordine alla predizione di patologie genetiche appartenenti ad una stessa discendenza familiare (ma in questo stretto ambito il principio consensualistico temperato dal bilanciamento con altri diritti di pari rango ed in particolare con il diritto alla salute dei terzi interessati costituisce un adeguato paradigma<sup>14</sup>) sia in ordine alle più generali finalità di ricerca scientifica che sono connesse alla conoscenza di ampi e selezionati campioni di dati genetici. Tale ultima potenzialità porta con sé anche

12. Sentenza Godelli contro Italia del 25 settembre 2012 (ricorso 33783 del 2009). Il ricorso è stato proposto da una donna italiana che, abbandonata alla nascita, era stata adottata ma aveva cercato di conoscere notizie sulla propria madre biologica. Desiderio impossibile da realizzare in base alla legge italiana che tutela il diritto all'anonimato della madre. Di qui la scelta di rivolgersi alla Corte europea che, pur riconoscendo in questo settore un ampio margine di discrezionalità attribuito agli Stati, ha affermato che le autorità nazionali debbano tenere conto dei diversi interessi in gioco ed essere in grado di bilanciare le diverse esigenze al fine di garantire a tutti il pieno rispetto del diritto alla vita privata e familiare garantito dall'articolo 8 della Convenzione europea. Nel sistema italiano, invece, è solo il diritto della madre all'anonimato ad essere oggetto di tutela: il soggetto abbandonato, in caso di rifiuto della madre, non può conoscere le circostanze della propria nascita e dell'abbandono. Necessaria, invece, una valutazione delle circostanze del caso e il raggiungimento di un giusto equilibrio tra i diritti contrapposti, evitando ogni automatismo. Tanto più che il desiderio di conoscere le proprie origini non cessa con l'età e che il mancato soddisfacimento di questa esigenza procura sofferenze psicologiche e fisiche (*abstract* tratto dal sito [www.marinacastellaneta.it](http://www.marinacastellaneta.it)).

13. In *Danno e Responsabilità*, 2014,43 con nota di F. Agnino.

14. A titolo di esemplificazione dell'operazione di bilanciamento che il legislatore affida al giudice in tema di diritto a conoscere le proprie origini, si richiama l'art. 28, L. n. 184 del 1983, che al comma 5 consente al figlio adottivo che abbia raggiunto la maggiore età, a determinate condizioni, di proporre istanza al Tribunale per i minorenni per conoscere le proprie origini ed il Tribunale deve valutare se l'accesso alle notizie non comporti grave turbamento all'equilibrio psico fisico del richiedente.

quella relativa allo sfruttamento economico commerciale di questi dati. È stata a lungo un caso mediatico la cessione da parte del governo islandese dei dati genetici appartenenti a tutti i propri cittadini, raccolti in una banca dati statale istituita per legge, ad una società (la De Code Genetics) con il dichiarato scopo di favorire la conoscenza e la prevenzione o terapia delle malattie genetiche più comuni. L'Islanda, caratterizzata da una popolazione limitata e geneticamente omogenea ha costituito un patrimonio informatico particolarmente appetibile anche dal punto di vista dello sfruttamento commerciale delle ricerche effettuate. Le informazioni ottenute sono state cedute ad una importante casa farmaceutica e la scelta degli organi governativi è stata contestata dalla parte di cittadini islandesi che si è sentita non protetta dalla non identificabilità personale dei dati e che ha ritenuto illegale il potere di disposizione dei dati interamente statutale<sup>15</sup>.

Come risulta evidente dall'esempio sopra illustrato, la ricchezza dei dati genetici risiede nel loro contenuto informativo predittivo, di primario rilievo nella ricerca scientifica e di enorme appetibilità economico-commerciale. Il conflitto si consuma in ordine all'appartenenza e allo sfruttamento della ricchezza informativa in essi contenuta ma non riguarda la materialità corporea dei tessuti o del materiale prevalentemente ematico che contiene i dati stessi. Trattandosi di informazioni relative ai dati personali, ancorché dotati del maggior grado di esclusività in virtù della vocazione predittiva che li caratterizza e li distingue anche dai dati sensibili, deve ritenersi che

una disciplina costituzionale e legislativa fondata sulla tutela della riservatezza e dell'autodeterminazione individuale salvo deroghe giustificate dall'insorgenza di diritti in posizione prevalente o che impongono un bilanciamento in ordine al caso concreto, può essere ritenuta adeguata, finché si discute del profilo della tutela dei diritti individuali a natura non patrimoniale. I profili di maggiore criticità sorgono con la circolazione delle informazioni (non individuali ma appartenenti a gruppi qualificati e selezionati anche sotto il profilo delle potenzialità di sfruttamento economico) e la cessione onerosa delle stesse da parte dei poteri pubblici o privati che le detengono, ed infine, con l'applicazione ad esse del regime dei diritti di privacy, in tema di sfruttamento economico.

### 3.2 Cellule destinate alla riproduzione

La individuazione di un regime giuridico adeguato che regoli l'appartenenza ed il conseguente potere di disposizione di materiale estratto dal corpo umano, non visibile se non con strumentazione scientifica e comunque scientificamente, economicamente e giuridicamente rilevante solo all'esito di manipolazione scientifica, costituisce un compito non facile. In questa seconda categoria è la consistenza materica ad essere oggetto di attenzione. Le cellule staminali per la loro potenzialità riproduttiva<sup>16</sup> sono di enorme appetibilità scientifica ed economica. La Corte di giustizia dell'Unione europea, in una recente sentenza<sup>17</sup>, ha definito il confine tra le cellule staminali che possono essere sfruttate scientificamente ed economicamente

15. Dopo questa decisione, circa 20 mila cittadini islandesi hanno chiesto di essere esclusi dalla raccolta di informazioni, in quando ritengono non etica la cessione a un privato. Alcuni di loro, tra l'altro, rivendicano il diritto di non fornire dati e persino di non ricevere informazioni su rischi desunti dallo studio di geni di parenti e familiari. Nel 2003 una ragazza allora minorenne, Ragnhildur Guomundottir, si è rivolta, tramite la madre, alla Corte suprema del Paese per impedire che i dati genetici del padre, nel frattempo deceduto, venissero inseriti nel database. Il presupposto è che una figlia, poiché condivide il 50 per cento dei geni paterni, è proprietaria del diritto di veto, mentre una moglie, che non condivide geni comuni, non può appellarsi. La Corte suprema le ha dato ragione, poiché ha riconosciuto che attraverso i geni del padre è possibile ottenere informazioni anche su di lei, stabilendo di fatto, per la prima volta in Europa, un diritto alla privacy genetica. Il 19 novembre del 2009, la DeCode Genetics ha dichiarato fallimento, travolta dalla bancarotta in cui versa l'intero Paese. Da quando è nata, infatti, non è riuscita a generare profitti se non quelli ottenuti grazie a contratti con case farmaceutiche per la messa a punto di nuove terapie mirate o per l'identificazione di eventuali bersagli. Ora l'intero patrimonio di informazioni (comprendente il genoma di circa 140 mila islandesi) è in vendita e si è fatta avanti una nota casa farmaceutica britannica, conosciuta anche per la sua imponente attività di ricerca.

16. Le cellule staminali sono delle cellule indifferenziate, in grado, cioè, di trasformarsi in cellule di diversi tessuti o organi. A loro volta, esse si distinguono in:

- Totipotenti: in grado di diventare parte di qualunque tessuto organico;
- Pluripotenti: in grado di trasformarsi in cellule di molti organi o tessuti (ma non tutti);
- Unipotenti: in grado di diventare cellule di un solo tipo.

Nel corpo umano adulto, le cellule staminali si trovano nel midollo osseo, e sono quelle che possono essere trapiantate in chi sia affetto da malattie del sangue, come ad esempio la leucemia. Ma altre cellule staminali le troviamo nel cervello, nello strato più profondo della pelle, il derma, nella polpa dentaria. Ricchissimo di staminali è poi il cordone ombelicale dei neonati e il liquido amniotico. Di recente è stato scoperto che anche il latte materno è una potenziale fonte di staminali. L'embrione umano è la fonte più ricca di cellule staminali (Informazioni tratte da [www.assoziazionelucacoscioni.it](http://www.assoziazionelucacoscioni.it)).

17. Sentenza del 18/12/2014, *International Stem Cell Corporation c. Controller General of Patents*.

tanto da poter essere brevettabili dagli organismi intrinsecamente idonei ad avviare un processo procreativo per le quali il regime di protezione e il divieto di sfruttamento è assoluto. Radicalmente esclusa la brevettabilità dell'embrione umano ex art. 6 par. 2 lettera c) della Direttiva 98/44/Ce, il divieto si estende alle unità cellulari che abbiano la capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano<sup>18</sup>. La domanda di registrazione nella specie ha avuto ad oggetto cellule staminali umane pluripotenti da ovociti partogeneticamente attivati e di linee cellulari staminali prodotte secondo tali metodi, inidonee ad attivare autonomamente un processo generativo effettivo. La Corte ha ritenuto brevettabili tali cellule staminali affermando che l'ovulo non fecondato non può essere incluso nel concetto di embrione umano, anche quando sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi, se alla luce delle attuali conoscenze scientifiche esso sia privo della capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano. Le cellule staminali in questione esauriscono, riproducendo esclusivamente se stesse, la propria funzione generativa. Lo sfruttamento scientifico di tale potenzialità e le tecniche di laboratorio per realizzare la partenogenesi possono essere brevettate perché relative esclusivamente ad una parte, ancorché di dimensioni infinitesimali, del corpo umano. Non si determina alcuna lesione della dignità umana che in questo campo costituisce il parametro di valutazione della legittimità di tutti gli atti europolitari.

Rimane da esplorare la relazione giuridica (di appartenenza o estraneità) di tali parti del corpo umano una volta separate da esso. Occorre distinguere non soltanto per tipologia di organismi, ma anche in ordine alle ragioni della "separazione" (a fini scientifici o comunque di ricerca) o a fini riproduttivi.

### 3.3 A chi appartengono le cellule riproduttive

La legge n. 40 del 2004 ha stabilito il divieto assoluto di ogni forma di sperimentazione scientifica sugli embrioni umani, salvo quelle che perseguono finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche volte alla tutela della salute dell'embrione, e a condizione che non siano disponibili metodologie alternative (art. 13, primo comma). La previsione è in linea con l'impianto normativo dell'Unione europea

sopra illustrato. Quanto ai gameti, ne è vietata (al terzo comma, lettera b) ogni sperimentazione a scopo eugenetico nonché ogni forma di selezione a fini predittivi<sup>19</sup>. Al consenso sul divieto di sperimentazione sugli embrioni non corrisponde tuttavia analoga condivisione relativamente alla destinazione degli embrioni ed soprannumerari. La Corte europea dei diritti umani, in una recente sentenza<sup>20</sup>, ha rilevato la diversificazione delle soluzioni adottate dagli Stati membri al riguardo, precisando che una parte di essi consente l'utilizzazione a fini di ricerca scientifica degli embrioni crioconservati non più impiantabili in utero o, comunque, non più destinati a fini generativi da parte della coppia che ha ritenuto di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita o da altre coppie o persone singole secondo la disciplina normativa interna; un'altra parte di Stati invece, come Germania, Austria ed Italia, è contraria in linea assoluta alla destinazione a fini di ricerca scientifica anche in questa peculiare ipotesi. La diversità delle soluzioni riflette il dilemma etico-giuridico relativo al riconoscimento allo specifico stadio del processo generativo, definibile come embrione, della qualità di essere umano o d'inizio della vita umana e, conseguentemente, con diverse gradazioni d'intensità di tutela, di soggetto di diritto.

La Corte europea dei diritti umani ha sottolineato la mancanza di uniformità e l'ampio margine di apprezzamento da riconoscere agli Stati in questo ambito, rilevando che la volontà soggettiva, di uno dei componenti la coppia, di destinare gli embrioni creati per effetto dell'accesso a tecniche di procreazione assistita, alla ricerca scientifica in quanto non più realizzabile il progetto genitoriale per morte del *partner*, non è uno dei diritti fondamentali tutelati dall'art. 8 perché non riguarda la genitorialità, pur dovendosi qualificare il divieto dell'ordinamento interno come un'ingerenza, nella specie, nel nostro Paese, realizzata mediante l'art. 13 della l. n. 40 del 2004. Si tratta, tuttavia, di un divieto che non eccede il margine di discrezionalità degli Stati e che può ritenersi necessario in una società democratica. Per pervenire a questa soluzione, la Corte Edu ha dovuto affrontare anche la questione relativa alla configurabilità di una relazione di appartenenza tra il soggetto che con il proprio gamete (femminile nella specie) ha contribuito, ancorché con la necessaria mediazione delle tecniche di

18. La Convenzione sui diritti umani e la biomedicina o di Oviedo, sottoscritta il 4/4/1997 vieta la costituzione di embrioni umani a fini di ricerca.

19. Quest'ultimo divieto, come già indicato nella note 6 e 7, è stato temperato nelle sentenze della Corte costituzionale n. 96 e 229 del 2015, con l'esclusione del divieto della diagnosi preimpianto al fine di provvedere all'impianto di embrioni non malati, quando uno o entrambi i genitori siano affetti da malattie genetiche trasmissibili.

20. Parrillo contro Italia sent. del 27/8/2015, ricorso n. 46470 del 2011.



riproduzione assistita, alla formazione dell'embrione e l'embrione medesimo. Al riguardo, la Corte ha radicalmente escluso che possa configurarsi un diritto assimilabile anche in senso lato a quello proprietario, non ravvisando, di conseguenza, la violazione dell'art. 1 che definisce il diritto di proprietà secondo la Convenzione «*Human embryos cannot be reduced to "possessions" with the meaning of that provision*». Questa puntuale indicazione, connessa alla non riconducibilità nell'alveo dei diritti tutelati ex art. 8 della Convenzione della domanda formulata dal *partner* superstite, consente di delineare lo statuto giuridico relativo al potere di disposizione sugli embrioni<sup>21</sup>.

Come per gli altri organismi cellulari (cellule staminali, tessuti etc.) non pare possa postularsi un diritto di proprietà in senso stretto o più esattamente un potere di disposizione e di autodeterminazione tendenzialmente assimilabile a quello riguardante il Corpo e i suoi organi ex art. 32 Cost. e 5 cod. civ. In primo luogo è la ricerca scientifica e la manipolazione tecnologica a determinarne la selezione e l'utilizzazione anche terapeutica (si pensi in particolare alle cellule staminali). I gameti maschili e femminili sono separabili dal Corpo attualmente soltanto con l'ausilio di tecnologie sempre più raffinate. Tale peculiarità induce ad escludere che si possa configurare uno statuto di appartenenza soggettiva fuori del processo di trasformazione ed utilizzazione mediato dalla tecnologia. Semmai, sarà il frutto del processo manipolativo a poter essere un centro d'imputazione di situazioni giuridiche soggettive di diversa provenienza. Intanto, come già osservato per i dati genetici, tutte le informazioni contenute negli organismi cellulari sono protette dal sistema interno di tutela dei dati personali. Il profilo dei diritti fondamentali si completa con la tutela del diritto all'integrità psicofisica, non potendosi procedere ad alcuna selezione ed estrazione in presenza di qualsiasi pregiudizio per la salute o in assenza del consenso individuale comprensivo della conoscenza e consapevolezza dell'utilizzazione e delle finalità scientifico/terapeutiche dell'estrazione e del trattamento<sup>22</sup>.

Il quadro ricostruttivo che in via di approssimazione si è delineato non è, tuttavia, sufficiente a

“contenere” anche le questioni connesse al potere di disposizione degli embrioni, in quanto parte di un processo generativo derivante da una condotta consensuale di coppia o di un singolo (nei Paesi in cui tale forma di genitorialità è estesa ai *singles*).

### 4. Il potere di disposizione sugli embrioni. L'embrione conteso

Con la legge n. 40 del 2004 (art. 6 terzo comma) ciascuno dei soggetti della coppia che intende accedere alle p.m.a. omologhe, e nei limiti definiti dalla sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014 anche all'eterologa<sup>23</sup>, può revocare il proprio consenso «fino al momento della fecondazione dell'ovulo». Una volta formatosi l'embrione la volontà diventa irrevocabile. Il potere individuale di disposizione degli embrioni è rigidamente definito quanto alla destinazione ed ai vincoli temporali. La destinazione deve essere esclusivamente procreativa, con la conseguenza che la revoca del consenso produce solo l'effetto d'interrompere il progetto generativo intrapreso dalla coppia, ma non di consentire una diversa destinazione agli embrioni che rimangono crioconservati fino all'autodistruzione. La revoca anticipata alla fecondazione dell'ovulo sottolinea, in modo tanto enfatico quanto privo di conseguenze, la fissazione, con la formazione dell'embrione, dell'inizio della vita umana. Da questo momento esso è sottratto alla disponibilità di chi ha voluto intraprendere la realizzazione del progetto procreativo. L'autodeterminazione è limitata (anche per le concorrenti esigenze di carattere medico sanitario) ai modi e tempi dell'impianto<sup>24</sup> o al rifiuto di uno dei componenti della coppia o di entrambi a proseguire nel processo di procreazione assistita. Il rifiuto femminile determina la definitiva interruzione di quel processo procreativo. Il rifiuto maschile lascia aperti numerosi interrogativi. Deve aggiungersi il profilo, eticamente sensibile, delle sorti dell'embrione in caso di morte di uno dei *partners* o di cessazione della relazione posta a base del progetto genitoriale. In questa ultima ipotesi, quale rilievo giuridico può

21. La Corte costituzionale con la sentenza n. 76 del 2016 è intervenuta direttamente sulla questione escludendo di poter procedere ad un sindacato di legittimità costituzionale delle norme impugnate trattandosi di materia da assoggettarsi interamente al legislatore, essendone ampia la discrezionalità d'intervento in ordine al binomio consenso o divieto di utilizzazione degli embrioni a fini di ricerca.

22. Il potere di disposizione concorrente dei terzi che operano su tali parti invisibili attraverso le biotecnologie ed a fini di ricerca rispetto all'autodeterminazione individuale del cedente è regolato, in particolare sotto il profilo del rilievo del consenso informato e del rispetto per la sfera eticamente sensibile dalla citata Convenzione di Oviedo, ratificata con legge n. 145 del 2001 nonché in ordine alla definizione dei limiti per l'utilizzazione a fini scientifici e dell'uso in ambito medico e farmacologico la Direttiva 2001/83/Ce; il Reg. n. 726/2004 modificati mediante il Reg. Ce 1349 del 2007.

23. Sinteticamente riprodotta nella nota 7.

24. Anche su questi profili l'ambito dell'autodeterminazione è stato ampliato da Corte cost. n. 151 del 2009, su cui vedi nota 7.

attribuirsi alla volontà unilaterale inibitoria o, a quella contrastante rivolta alla realizzazione dell'impianto e alla prosecuzione del processo procreativo? Si può stabilire un criterio di prevalenza di una delle due volontà o si deve ritenere che il consenso all'impianto non possa che esser condiviso perché si possa procedere?

Nella legge n. 40 del 2004 non si rinviene una risposta del tutto chiara. Le condizioni di accesso escludono il *single* (art. 5) e l'art. 6 enuncia la necessità che il consenso sia espresso da entrambi in tutta la fase relativa all'accesso e all'assoggettamento ai trattamenti necessari. La revoca, come già evidenziato, può manifestarsi singolarmente non oltre la fecondazione dell'ovulo. La norma sembra escludere che, a fronte di un rifiuto unilaterale, la volontà di procedere mediante impianto (da parte della donna) o di procedere mediante impianto con *partner* diversa (da parte dell'uomo) possa tradursi in autonomo potere di disposizione degli embrioni.

Le questioni connesse all'embrione conteso o al potere di disposizione *post mortem* di uno dei *partners* è stato affrontato dalla giurisprudenza fin dalla fine degli anni 90, molto prima dell'entrata in vigore della l. n. 40 del 2004. Nella giurisprudenza della Corte Edu, della Corte costituzionale italiana, delle Corti supreme di altri Paesi ed infine dei giudici comuni, si possono riscontrare risposte variegata ancorché unite dalla ricognizione di un contesto normativo di riferimento saldamente ancorato ai principi costituzionali e convenzionali relativi ai diritti della persona ed in misura recessiva al diritto positivo interno. La necessaria biunivocità del consenso è stata affermata dalla Corte europea dei diritti umani<sup>25</sup>. È stata negata a Natallie Evans la possibilità di opporsi alla distruzione degli embrioni criocongelati voluta dal marito, pur essendo per lei questa l'unica possibilità residua di avere figli. Al riguardo, la Corte ha affermato come non sia in discussione il generico diritto alla genitorialità ma la prosecuzione di quello specifico progetto procreativo sorto come condiviso e soltanto in tale condizione da portare a termine. Presumibilmente opposta sarebbe stata la soluzione nel caso fossero stati congelati soltanto gli ovociti della Evans, trattandosi di materiale biologico di sua esclusiva appartenenza, salvi i vincoli ed i divieti delle legislazioni nazionali.

Una conclusione analoga si riscontra in un'ordinanza del Tribunale di Bologna del 2/5/2000<sup>26</sup>.

Dopo la separazione personale di una coppia che si era avvalsa delle p.m.a. ed aveva criocongelato alcuni embrioni, la moglie ha richiesto di poter procedere all'impianto. Il marito ha opposto un irrevocabile rifiuto. Il Tribunale ha ritenuto di dover dare prevalenza alle ragioni del marito perché non si può imporre la paternità e perché, alla luce del quadro costituzionale e convenzionale, si è affermato che il nascituro ha diritto ad avere entrambi i genitori, sottolineando il carattere radicalmente inibitorio della manifestazione di volontà di revoca del consenso.

Del tutto diversa la soluzione data ad un analogo conflitto risolto dalla Corte suprema d'Israele. Ruth e Daniel, da sposati, decidono di avere un figlio utilizzando la fecondazione in vitro dei rispettivi gameti ma servendosi di una madre surrogata perché a Ruth è stato asportato l'utero. La relazione cessa. Daniel chiede il divorzio e si oppone alla prosecuzione del progetto procreativo che invece Ruth è intenzionata a portare a termine. Una prima volta la Corte suprema dà ragione a Daniel, ritenendo necessario il consenso di entrambe le parti e valutando come prevalente il diritto a non diventare genitori piuttosto che al suo contrario. Nella seconda decisione, invece, viene accolta la domanda di Ruth con motivazioni differenziate dei sette giudici di maggioranza. Cinque componenti del collegio pongono l'accento sul fatto che per Ruth è l'unica ed ultima *chance* di diventare madre. Un giudice ritiene prevalente il diritto alla genitorialità piuttosto che al suo contrario. Soltanto uno sottolinea il valore sociale della volontà procreativa. Colpisce nella motivazione la concretezza delle valutazioni dei giudici e l'assunzione come parametro pressoché esclusivo l'incidenza della scelta sul destino individuale. Alla condivisione originaria del progetto, non deve seguire inderogabilmente una manifestazione di volontà comune in ordine all'impianto o alla cessazione del progetto. La genitorialità attiene *ex art. 2, 3, 30 Cost ed 8 Cedu*, ad una delle forme di estrinsecazione della personalità e della libertà individuale di primario rilievo, come ha ricordato, di recente, anche la Corte costituzionale nella sentenza n. 162 del 2014. Questa peculiare espressione del diritto alla vita familiare non è sottratta alle ingerenze<sup>27</sup> della legge statale, in funzione del bilanciamento con altri interessi di rilievo pubblicistico di pari importanza, quali la stabilità delle relazioni e la certezza degli *status*, ed in particolare con il *cd best interest* del minore al quale deve essere attribuito un rilievo addirittura prevalente.

25. Sentenza del 10/4/2007 N. Evans c. UK.

26. In [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org).

27. In ordine all'assenza di pregiudizio ravvisabile in astratto per il minore che coabita con la madre e la sua compagna vedi Cass. n. 601 del 2013 in [www.italgiuregiustizia.it](http://www.italgiuregiustizia.it).

Tuttavia, in quanto estrinsecazione di una scelta personale o relazionale, generalmente ritenuta meritevole di essere apprezzata o, come avviene per la filiazione adottiva, promossa nelle tecniche legislative, il bilanciamento deve tenere conto della forte incidenza esistenziale di questa scelta (o del suo rifiuto) nel percorso individuale e relazionale e negarne l'esercizio soltanto in presenza di ragioni ostative riconducibili ad una prevedibile e concreta lesione dell'interesse del figlio minore, non derivante da suggestioni etiche o da convinzioni, allo stato, prive del conforto unanime o quanto meno prevalente della scienza.

### 4.1 Il potere di disposizione sull'embrione del partner o del coniuge superstite

Connesso al profilo del rifiuto o revoca del consenso, vi è quello relativo al potere di disposizione del *partner* o coniuge superstite nel caso in cui l'altro sia morto dopo la fecondazione dell'ovulo e la formazione dell'embrione. La giurisprudenza di merito ha fornito risposte contrastanti, peraltro anche nel medesimo procedimento (in sede di provvedimento cautelare di primo grado ed in quello successivo di reclamo), negando in prima battuta e riconoscendo nel secondo grado il diritto all'impianto per il coniuge superstite. Nella fattispecie, l'accesso alle p.m.a. era iniziato prima dell'entrata in vigore della l. n. 40 del 2004, ma la morte del *partner* era intervenuta dopo. È interessante osservare come il medesimo testo normativo sia stato interpretato in modo opposto nelle due pronunce, a conferma dell'ambiguità di cui è permeato nel dare rilievo, da un lato, al consenso di entrambi i componenti della coppia e, dall'altro, alla protezione dell'embrione come prima forma di vita umana, da destinare inevitabilmente all'impianto ed alla procreazione<sup>28</sup>.

## 5. La genitorialità genetica e la genitorialità sociale: i nuovi modelli di famiglia

La scomposizione del processo riproduttivo, determinata dallo sviluppo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ha portato ad emer-

sione un'altra tipologia di conflitti, relativi al potere di disposizione dei soggetti del progetto procreativo, sull'embrione o sul materiale riproduttivo idoneo alla fecondazione in vitro. Per quanto riguarda la maternità, la madre genetica (il cui ovocita viene fecondato in vitro) può non coincidere con la madre gestante. Il paradigma probatorio della individuazione normativa della genitorialità (art. 269, terzo comma cod. civ.) non contempla la possibilità di una separazione soggettiva tra madre gestante e madre genetica, ma questo modello di genitorialità è attualmente il più diffuso tra le coppie omogenitoriali femminili e determina l'attribuzione dello *status* genitoriale ad entrambe le *partners* in numerosi ordinamenti europei tra i quali la Spagna<sup>29</sup>. Peraltro, tale scissione tra madre genetica e gestante non si determina soltanto nelle ipotesi di omogenitorialità femminile.

### 5.1 La gestazione per altri

Nella surrogazione di maternità realizzata mediante la gestazione affidata ad una donna che non fa parte del nucleo relazionale destinato alla genitorialità, può verificarsi ugualmente la scissione tra madre genetica e madre gestante, sia nell'ipotesi della coppia eterosessuale che nella coppia formata da persone dello stesso sesso (maschile). Nella prima ipotesi può accadere che alla produzione di ovociti fecondabili (o fecondati) non corrisponda la possibilità fisica della gestazione per cause originarie o sopravvenute all'avvio del processo generativo tramite p.m.a. Questa ipotesi si è verificata, come evidenziato nei casi riportati nel paragrafo precedente, con una certa frequenza nelle coppie eterosessuali sia in ordine alla fecondazione in vitro omologa (con gameti maschili e femminili provenienti da entrambi i genitori) sia in ordine a quella eterologa, nelle ipotesi in cui, presumibilmente per ragioni di sterilità o comunque medico-sanitarie (trasmissione malattie genetiche, incompatibilità genetica, etc.), sia necessario ricorrere al gamete maschile o femminile di terzi.

La surrogazione di maternità mediante gestazione affidata ad altri costituisce l'unica forma di accesso alla genitorialità (non adottiva) per le coppie omogenitoriali maschili, pur essendo diffusa da oltre venticinque anni tra le coppie eterosessuali<sup>30</sup>. L'emersione

28. Tribunale di Bologna, 31 maggio 2012, *Foro italiano*, 2012, I, pp. 3349 ss., con nota di Geremia Casaburi; Tribunale di Bologna, 16 gennaio 2015 (ordinanza), con nota di Antonio Scalera, in [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it).

29. L'adozione piena è consentita in quattordici stati (Belgio, Spagna, Paesi Bassi, Portogallo, Francia, Lussemburgo, Regno Unito, Irlanda, Svezia, Norvegia, Danimarca, Irlanda, Malta, Austria. In Germania è consentita l'adozione del figlio del *partner* così come in Croazia, Estonia e Slovenia.

30. In Italia salì agli onori della cronaca l'ordinanza del Tribunale di Roma 14/2/2000 che consentì la gestazione eseguita dalla sorella della madre genetica. L'ordinanza può essere consultata in [www.diritto.it/sentenzemagistratoord/roma14/2/2000](http://www.diritto.it/sentenzemagistratoord/roma14/2/2000). Di recente la corte di Cassazione ha affrontato il tema della liceità della surrogazione di maternità mediante gestazione per altri, sia in sede civile con la pronun-

di queste peculiari istanze di genitorialità ha determinato in tempi molto recenti<sup>31</sup>, lo sviluppo di una riprovazione trasversale per la cd *locatio ventris*, in quanto espressione della mercificazione e dello sfruttamento del Corpo (e della libertà) femminile. Non pare sufficiente a spiegare l'attuale attenzione sul fenomeno la sola prospettiva di un incremento significativo della surrogazione onerosa di maternità per il più esteso numero di coppie (quelle omogenitoriali) che possono essere interessate a tale forma di accesso alla genitorialità. L'indignazione per lo sfruttamento del Corpo femminile, da più parti evocato anche come forma di neo schiavismo<sup>32</sup>, sembra acuito dall'estensione della gestazione per altri anche alle coppie omoaffective. È in atto una suggestione omologante che unifica ogni forma di surrogazione di maternità mediante gestazione di altri, sia che venga attuata negli Stati Uniti o in Canada, sia che venga attuata in Paesi caratterizzati da un livello di protezione dei diritti della persona molto limitato. Un corretto approccio alla questione richiede, al contrario, un esame rigoroso delle forme di realizzazione del contratto di gestazione per altri, non potendosi ritenere che la determinazione alla gestazione per altri derivante da una condizione di privazione socioeconomica sia identica a quella nella quale tale condizione drammatica generalmente non costituisce la ragione della decisione. Non può ravvisarsi coercizione nel medesimo grado in realtà sociali tanto diversificate soprattutto in ordine al diritto alla salute e agli altri diritti fondamentali.

L'opposizione ad ogni forma di surrogazione di maternità "senza se e senza ma" si coniuga dunque con una valutazione negativa, di origine ideologica, dell'omogenitorialità. Di frequente i due profili di contrarietà sono convergenti: si stigmatizza il delirio di onnipotenza generativa che oltrepassa le leggi di

natura e viene realizzato anche a costo dello sfruttamento del Corpo e della libertà femminile.

Tale processo semplificativo ideologico è così articolato:

- fuori del paradigma eterosessuale, non può neanche configurarsi l'accesso alle p.m.a. eterologhe, trattandosi di uno stravolgimento del fondamento biologico naturalistico del rapporto di filiazione;
- la mancanza della diversità di sesso tra i genitori è lesiva dell'interesse del minore, come non può che essere dimostrato con la crescita dei figli di famiglie omogenitoriali;
- il desiderio di genitorialità si fonda su basi così egoistiche ed "adulto centriche" da realizzarsi mediante la contrattualizzazione e mercificazione del Corpo femminile ridotto a contenitore di un figlio altrui, in spregio al rilievo centrale per lo sviluppo armonico del minore della vita intrauterina e del rapporto con la madre che fin da tale fase si determina;
- l'unico modo per fronteggiare questa deriva è il divieto della omogenitorialità.

Le argomentazioni sopra delineate sorgono e si sviluppano fuori del contesto giuridico. Sono il frutto di convinzioni maturate in ambiti politico-culturali fortemente caratterizzati anche se non omogenei<sup>33</sup>. È necessario, di conseguenza valutarne la fondatezza alla luce del paradigma giuridico applicabile alle questioni relative alle relazioni, alla genitorialità, alla filiazione, di quello rappresentato dai diritti fondamentali della persona e del *best interest* del minore. Lo statuto costituzionale e convenzionale proprio di questi diritti contiene anche i criteri per delimitarne l'ambito in funzione del necessario bilanciamento

---

cia n. 24001 del 2014, sia in sede penale con la sentenza n. 13525 del 2016. Nella prima pronuncia, si è ritenuto di non poter riconoscere un atto di nascita ucraino (Stato nel quale è consentita tale forma di p.m.a. solo per coppie eterosessuali) perché la surrogazione di maternità mediante gestazione (nella specie onerosa) di terzi è contraria ai nostri principi di ordine pubblico in tema di determinazione della maternità (art. 269 terzo comma, cod. civ.) ed in particolare al divieto penalmente sanzionato previsto dalla legge n. 40 del 2004. Nella seconda sentenza, si è esclusa invece la rilevanza penale del ricorso alla gestazione per altri sia in ordine ai divieti contenuti nell'art. 12, comma sesto della l. n. 40 del 2004 che in ordine ai reati di falso in atto pubblico e false generalità, ritenendo centrale la circostanza che vi fosse un legame genetico del nato con uno dei imputati.

31. In Italia ed in Francia coincidenti con l'*iter* di approvazione rispettivamente della legge sulle Unioni civili (n. 76 del.20.5.2016) e quella sul matrimonio tra persone dello stesso sesso.

32. Molto interesse è stato rivolto alla Thailandia che, però, di recente ha introdotto una legge fortemente restrittiva, vietando alle coppie straniere l'accesso alla pratica e consentendo soltanto alle donne che abbiano compiuto 25 anni di prestarsi alla gestazione ma senza alcun corrispettivo e con il consenso del marito. La restrizione è conseguita in particolare allo scalpore destato dall'abbandono di una bambina down da parte della coppia, eterosessuale, committente australiana. In India dove la surrogazione di maternità non è consentita per coppie omosessuali e *singles*, si sta procedendo ad analogo giro di vite: divieto per le coppie straniere, divieto per lo sfruttamento commerciale della pratica, forti limitazioni per l'accesso.

33. La netta contrarietà alla surrogazione di maternità ha avuto, di recente, il consenso di sigle politiche quali se non ora quando fortemente caratterizzate in senso femminista, così come la contrarietà all'omogenitorialità maschile propugnata da ambienti filosofico-culturali da sempre collegati al pensiero della differenza di genere. Si richiama l'intervista rilasciato al quotidiano *Avvenire* da Luisa Muraro - *Utero in affitto mercato delle donne per una sintesi delle argomentazioni proprie di questo contesto culturale*, in [www.avvenire.it](http://www.avvenire.it).

con gli interessi di rilievo pubblicistico e i principi di ordine che siano concretamente in contrasto con la loro affermazione.

In primo luogo, deve rilevarsi che l'ampia protezione costituzionale<sup>34</sup> e convenzionale di cui godono le "formazioni sociali"<sup>35</sup> identificabili come unioni tra persone dello stesso sesso o unioni omoaffettive, ha trovato un primo, tardivo riconoscimento normativo nella legge n.76 del 2016. L'operazione di equiparazione ed adeguamento, in funzione antidiscriminatoria, degli strumenti di tutela propri delle unioni eterosessuali ed, in particolare, del matrimonio<sup>36</sup>, a questa nuova tipologia di unioni, espressamente affidata dalla Corte costituzionale e dalla Corte di cassazione con le sentenze sopra richiamate al giudice costituzionale e al giudice comune, è stata solo parzialmente attuata dal legislatore con esclusione della filiazione.

Il richiamo espresso agli artt. 2 e 3 della Costituzione, contenuto nell'art. 1 della legge, non consente di ritenere esaurita la funzione di adeguamento costituzionale e convenzionale richiamata dalle due Corti, per effetto dell'intervento del legislatore. La legge sulle unioni civili, operando sul terreno dei diritti della persona, si muove all'interno «di una civiltà giuridica in continua evoluzione»<sup>37</sup> che non può essere estranea all'intervento del giudice dei diritti. Ove vengano denunciate mediante il ricorso alla giurisdizione ulteriori forme di disparità di trattamento, prive di giustificazione perché relative a situazioni del tutto omologhe, si deve continuare nell'operazione di adeguamento ed equiparazione che emana direttamente dalla ricomprensione di queste unioni nell'alveo degli artt. 2 e 3 Cost., oltre che dell'art. 8 Cedu.

Per quanto riguarda le scelte genitoriali non se ne può ignorare, come sottolineato anche dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 162 del 2014, la piena riconducibilità all'art. 2 Cost. La costituzione di

un nucleo familiare costituisce un obiettivo comune alla maggior parte delle relazioni affettive esclusive che si realizzano mediante la stabile convivenza. La formazione di una famiglia costituisce un luogo privilegiato di sviluppo ed estrinsecazione della personalità. La scelta legislativa di omettere di regolare questo ambito, caratterizzato da un numero non esiguo di famiglie omogenitoriali, non postula un divieto, da considerarsi, ove esistente in via generale, senz'altro sospetto d'incostituzionalità. Non si può adottare il medesimo parametro con il quale si è stabilito che le unioni omoaffettive non possono accedere al matrimonio. Il modello di unione è senz'altro rimesso alla volontà legislativa<sup>38</sup> ma la prospettiva è del tutto diversa ove ci si trovi ad esaminare un rapporto filiale già esistente, all'interno di un'unione riconosciuta legislativamente e permeata della massima dignità costituzionale, quella che promana dagli artt. 2 e 3 Cost.

Partendo da questi principi, non di carattere etico, politico od ideologico ma esclusivamente costituzionale, uniti a quello, universalmente riconosciuto come preminente del *best interest* del minore, non è del tutto disagevole verificare caso per caso la concreta attuazione dell'operazione di equiparazione e adeguamento imposta al giudice comune (ed alla Corte costituzionale) dal nostro sistema integrato di tutela dei diritti della persona.

Nella sentenza n.12962 del 2016<sup>39</sup>, è stata data compiuta proprio questa operazione di adeguamento. Dopo aver verificato in concreto la corrispondenza della domanda di adozione, formulata dalla convivente della madre, all'interesse della figlia minore, e dopo aver riscontrato positivamente le condizioni richieste dall'art. 44 lettera d) della l. n. 184 del 1983<sup>40</sup> (constatata impossibilità di affidamento preadottivo) è stata sottolineata l'evidente disparità di trattamento che si sarebbe verificata rispetto alla situazione del tutto

34. È sufficiente richiamare le sentenze n. 138 del 2010 e 174 del 2014 della Corte costituzionale in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) e la sentenza della Corte di cassazione n. 4184 del 2012, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012, 1498.

35. Per usare il termine mutuato dall'art. 2 Cost, ed adottato dal legislatore, nell'art. 1 della l. n. 76 del 2016 per marcare la differenza tra le unioni civili e il matrimonio, sottovalutando tuttavia la portata espansiva del richiamo agli artt. 2 e 3 Cost.

36. Unico modello di unione normata nel nostro ordinamento prima della l. n. 76 del 2016.

37. Come efficacemente affermato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 185 del 1986 con riferimento a tale tipologia dei diritti.

38. La giurisprudenza di legittimità, anche prima della legge, aveva sempre escluso la legittimità dell'unione matrimoniale tra persone dello stesso sesso, sia con riferimento a matrimoni contratti all'estero (sentenza n. 4184 del 2012) sia con riferimento alla richiesta di contrarre matrimonio direttamente in Italia (Cass. 2400 del 2015 in [www.italgiuregiustizia.it](http://www.italgiuregiustizia.it)).

39. Pubblicata in *QuestioneGiustizia on line*, [www.questionegiustizia.it/articolo/stepchild-adoption\\_via-libera-della-cassazione\\_la-sentenza\\_22-06-2016.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/stepchild-adoption_via-libera-della-cassazione_la-sentenza_22-06-2016.php); v. anche commento di S. Celentano in *QuestioneGiustizia on line*, [www.questionegiustizia.it/articolo/non-piu-figli-di-un-diritto-minore\\_30-06-2016.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/non-piu-figli-di-un-diritto-minore_30-06-2016.php).

40. In particolare è stata constatata l'impossibilità di diritto dell'affidamento preadottivo, del tutto da escludersi in una minore legalmente riconosciuta ex art. 269, terzo comma, cod. civ. dalla madre, compagna della ricorrente.

omologa, costituita dalla coppia di fatto eterosessuale, anche in ordine all'adozione della minore, fondato esclusivamente sulla natura omoaffettiva dell'unione alla base della domanda di adozione, ovvero su una valutazione discriminatoria.

Il medesimo parametro può essere adottato per tutte le situazioni caratterizzate dalla già avvenuta formazione di un nucleo familiare composto da genitori e figli. Il modello dell'adozione *ex art. 44* può costituire uno strumento di riconoscimento legale delle omogenitorialità femminili e maschili. Per queste ultime non può postularsi il contrasto con l'interesse del minore fondandolo esclusivamente sul rilievo della provenienza della filiazione dalla surrogazione di maternità.

Non può confondersi, sul piano giuridico, il divieto di accesso ad una delle modalità della feconda-

zione eterologa con la salvaguardia, nelle forme più coerenti con il sistema di diritto interno di tutela della genitorialità biologica e sociale, della relazione filiale. Il legislatore nazionale può vietare che si realizzi un progetto genitoriale all'interno del suo ordinamento mediante la surrogazione di maternità e può essere vincolato a trattati o convenzioni internazionali che vietino ogni forma di sfruttamento del Corpo femminile ed ogni utilizzo oneroso dello stesso, ma tale valutazione non può essere alla base della domanda di riconoscimento di una relazione genitoriale già in atto, fondata sulla continuità affettiva del rapporto filiale fin dalla nascita. In questa ipotesi l'oggetto dello scrutinio del giudice deve essere rivolto alla verifica dell'interesse del minore e alla natura e al fondamento costituzionale della scelta della genitorialità.

# I diritti dell'uomo come paradigma delle "nuove politiche" in tema di droghe.

## Note a margine della UNGASS 2016

di Luigi Marini \*

Preceduta da un lungo periodo di dibattiti e di forti contrapposizioni, si è tenuta a New York dal 19 al 21 aprile 2016 una Sessione speciale della Assemblea Generale ONU (UNGASS) dedicata al tema delle droghe e destinata a fare il punto in vista della scadenza nel 2019 del Piano d'Azione decennale.

Il dibattito è stato articolato, con un prevalere di partecipazione e impegno da parte dei Paesi che chiedono con forza l'abbandono delle politiche securitarie e il pieno investimento su politiche centrate sul diritto alla salute, sulla tutela dei diritti umani e su una nuova logica di "sviluppo sostenibile".

### 1. Dove nasce la UNGASS

La storia della sessione speciale dell'Assemblea generale dedicata alle droghe tenutasi a New York nei giorni 19-21 aprile 2016 (di seguito UNGASS 2016), è una storia complessa e conflittuale.

Quando nell'autunno del 2013 in apertura dei negoziati dei lavori di Assemblea generale (di seguito GA) il testo base della risoluzione annuale dedicata al problema delle droghe propose la realizzazione di un dibattito straordinario, questo rappresentò uno dei profili che maggiormente destarono preoccupazione in una larga parte dei Paesi che partecipavano ai negoziati.

Come molti sapranno, con risoluzione del 2009 la GA aveva adottato in materia di droghe un Piano d'Azione decennale che fissava obiettivi destinati ad essere valutati e riconsiderati allo scadere, nel 2019<sup>1</sup>. La proposta messicana di introdurre un momento intermedio e formale di dibattito<sup>2</sup> e, per di più, di collocarlo a New York rappresentava un chiaro segnale di rottura; un segnale supportato da altri Paesi dell'area latinoamericana, Colombia ed Ecuador in testa.

Non è possibile comprendere la portata di tale elemento se non si parte dalla premessa che la materia del contrasto ai fenomeni legati alle droghe è istituzionalmente affidata dalle Nazioni unite a un

---

\* I contenuti del presente intervento esprimono esclusivamente le posizioni personali dell'Autore.

1. Con risoluzione 64/182 del 18 dicembre 2009 la GA adottò il *Political Declaration and Plan of Action on International Cooperation towards an Integrated and Balanced Strategy to Counter the World Drug Problem*.

2. La risoluzione 67/193 a tal proposito recita:

44. *Decides to convene, early in 2016, a special session of the General Assembly on the world drug problem, following the high-level review of the International cooperation against the world drug problem progress made in the implementation by Member States of the Political Declaration and Plan of Action on International Cooperation towards an Integrated and Balanced Strategy to Counter the World Drug Problem, which will be conducted by the Commission on Narcotic Drugs at its fifty-seventh session, in March 2014;*

45. *Also decides that the special session of the General Assembly will review the progress in the implementation of the Political Declaration and Plan of Action on International Cooperation towards an Integrated and Balanced Strategy to Counter the World Drug Problem, including an assessment of the achievements and challenges in countering the world drug problem, within the framework of the three international drug control conventions and other relevant United Nations instruments;*

46. *Further decides to conduct the special session and its preparatory process from within existing resources.*

organismo dedicato, la Commissione Droghe (Commission on Narcotic Drugs, di seguito CND), che ha sede a Vienna e che assieme al International Narcotics Control Board (di seguito INCB) costituisce l'entità delegata ad assicurare l'applicazione delle tre convenzioni internazionali in materia di droghe. I lavori di tali organismi sono affiancati dall'attività operativa dell'Ufficio delle Nazioni unite dedicato alle Droghe e al Crimine (di seguito UNODC), anch'esso collocato a Vienna. La natura in larga parte tecnica dei lavori di CND e INCB e la circostanza che tali organismi sono partecipati dai rappresentanti di una parte soltanto degli Stati Membri<sup>3</sup> sono elementi che hanno di fatto concentrato in Vienna le politiche reali delle Nazioni unite in tema di droghe, lasciando alla sede di New York la sola adozione di una risoluzione di indirizzo approvata ogni anno dall'Assemblea Generale.

Questa premessa era necessaria per introdurre i due profili di scontento che una parte dei Paesi ha manifestato negli ultimi anni e che nel 2013 si sono sommati e hanno portato alla decisione, come dicevo molto contrastata ma non al punto da bloccare la risoluzione, di organizzare nel 2016 una Sessione speciale della GA. Il primo profilo di scontento è di metodo: la maggioranza degli Stati Membri non partecipano dei lavori viennesi e una parte di questi ha progressivamente lamentato il *deficit* di democraticità del lavoro svolto e delle scelte fatte dagli organismi basati in Vienna. Ma il vero motivo di scontento si fonda sul giudizio negativo che questi ultimi Stati hanno dato delle politiche internazionali seguite (anche) dalle Nazioni unite negli ultimi 20 anni.

## 2. “Il sistema ha fallito, il sistema va cambiato”

Il messaggio veicolato dal Messico e altri Paesi può essere sintetizzato in una frase che è tornata molte volte nel dibattito di queste settimane: la “guerra alle droghe” si è dimostrata fallimentare e occorre cambiare radicalmente l'approccio ai problemi. Si tratta di un messaggio che non guarda solo all'esito delle politiche seguite e che mette in discussione l'intero sistema, a partire dalla CND e dai Paesi maggiormente influenti in essa rappresentati.

L'espressione “guerra alle droghe” indica un approccio di contrasto ai fenomeni degenerativi dell'uso

delle sostanze stupefacenti che si è fondato in larga parte sulla convinzione che la vera risposta dovesse riguardare la produzione illegale delle sostanze e il traffico delle stesse. Il che ha comportato la concentrazione degli investimenti e delle energie nella eradicazione delle coltivazioni non controllate (soprattutto in Afghanistan per l'oppio, e in Colombia e Paesi limitrofi per la coca) e nella repressione militare e di polizia delle attività di trasformazione e commercio illegali, in ciò includendo in molte parti del mondo anche la repressione del consumo. Si tratta di un approccio che ha caratterizzato sia le politiche internazionali sia quelle domestiche di molti Stati<sup>4</sup> e che, alcuni affermano, ha visto le scelte degli Stati produttori e di transito condizionate dagli Stati di maggior peso economico e politico.

Il risultato di quella impostazione viene oggi vista con occhio particolarmente critico da parte di molti.

Le eradicazioni forzate delle piantagioni hanno comportato modifiche drammatiche per le popolazioni locali, colpendo soprattutto le fasce più povere dei produttori e non promuovendo trasformazioni positive. Tali trasformazioni hanno, non di meno, inciso profondamente sia sul piano culturale sia su quello sociale, trasformando in pochi anni modelli di vita centenari e sistemi relazionali già in se fragili.

Il contrasto al traffico illegale delle sostanze si è spesso manifestato con politiche repressive concentrate sui gradini più bassi della scala, a cominciare dai consumatori in quanto tali e dai consumatori che le necessità economiche trasformavano in piccoli spacciatori. Il numero di indagini, processi e carcerazioni è cresciuto a dismisura in larga parte del mondo e si è spesso concentrato sulle fasce marginali delle popolazioni, accrescendone le difficoltà e provocando ulteriori problemi.

## 3. Nuove politiche e diritti umani

Sono queste le considerazioni che hanno portato il Messico e gli altri Paesi a chiedere un cambio di direzione deciso: abbandonare le politiche repressive, ridurre le spese per la sicurezza e investire in salute e diritti umani. Con un linguaggio a noi più vicino potremmo parlare di investimento anche in diritti sociali.

Questo approccio si caratterizza per una forte accentuazione delle forme di “riduzione del danno”

3. Rinvio sul punto al mio scritto, *I diritti, i tempi, i luoghi*, pubblicato su questa Rivista, n. 4/2015 in [www.questionegiustizia.it/rivista/2015/4/i-diritti-i-tempi-i-luoghi-le-nazioni-unite-e-i-loro-percorsi\\_304.php](http://www.questionegiustizia.it/rivista/2015/4/i-diritti-i-tempi-i-luoghi-le-nazioni-unite-e-i-loro-percorsi_304.php)

4. Una traccia evidente è reperibile nel mio intervento dal titolo, *Carcere, droga e intervento penale negli Stati Uniti. Un dibattito aperto*, su questa Rivista, n. 3/2015 in [www.questionegiustizia.it/rivista/2015/3/carcere-droga-e-intervento-penale-in-usa-un-dibattito-aperto\\_271.php](http://www.questionegiustizia.it/rivista/2015/3/carcere-droga-e-intervento-penale-in-usa-un-dibattito-aperto_271.php)



e delle misure alternative alla carcerazione. Si tratta di due profili tra loro collegati e riconducibili alla espressione “un approccio più umano” che viene spesso utilizzata da parte degli attori non istituzionali (ONG in testa). A questi va, poi, collegato il tema del modello di sviluppo economico.

*Ciò che si chiede sul piano della salute* è il passaggio dall’attenzione ai soli profili di salute pubblica (costo sociale ed economico dell’abuso di droghe, con conseguente repressione di condotte non consentite) all’attenzione anche ai profili di salute individuale, con conseguente investimento sugli strumenti di prevenzione e di terapia.

*Ciò che si chiede sul piano dell’intervento penale* sono, in breve, la non punibilità dell’uso personale di droghe e della relativa detenzione delle sostanze; la proporzionalità delle pene; la non applicabilità della pena di morte per reati di droga.

*Ciò che si chiede sul piano macroeconomico* è, innanzitutto, la fine di politiche che portano verso i Paesi ricchi e i paradisi fiscali ingenti flussi di denaro illecito che si è formato impoverendo sempre di più le comunità locali e i Paesi meno fortunati; in secondo luogo, l’adozione di politiche di sviluppo alternativo, che accompagnino l’abbandono delle coltivazioni illegali, e le attività connesse, con investimenti e processi di produzione sostenibili anche nel medio e lungo periodo.

Merita aggiungere un altro aspetto che riveste una grande importanza sotto molti punti di vista. Il cambio di paradigma richiesto, di cui ho cercato di sintetizzare i profili più significativi, porta con sé la crescita del peso degli attori non statali, a partire dal mondo accademico e dalle organizzazioni non governative. Si tratta di attori che dai Paesi sopra citati vengono considerati essenziali sul piano della elaborazione di idee, su quello dell’azione diretta sul campo, su quello della attuazione concreta delle nuove politiche. Di qui la forte pressione perché essi vengano coinvolti con piena legittimazione nei processi decisionali nazionali e internazionali.

È forse bene precisare che le posizioni che il Messico e gli altri Paesi promotori stanno proponendo come drasticamente innovative vanno valutate in relazione alle situazioni di partenza che quei sistemi hanno finora conosciuto. Intendo dire che il punto di equilibrio trovato da molti Paesi europei in tema di intervento penale e politiche di riduzione del danno è ancora oggi avanzato rispetto a quello delle realtà latino-americane, pesantemente condizionate dall’impostazione securitaria adottata dal complessivo sistema internazionale, Stati Uniti in testa.

#### 4. La divaricazione fra gli attori statali

L’impostazione critica verso le politiche tradizionali che ho qui sintetizzato ha preso avvio già da alcuni anni e non ha mancato di influenzare i lavori e le decisioni degli organismi viennesi delle Nazioni unite. La lettura dei rapporti annuali che UNODC rilascia sui fenomeni legati alle droghe o quella delle risoluzioni adottate dalla CND e da ECOSOC rivela da tempo un’attenzione maggiore ai profili della salute e del rispetto dei diritti degli individui e delle comunità locali. Per non dire dei contenuti progressivamente più netti e perfino aspri delle risoluzioni e delle decisioni che il Commissariato delle Nazioni unite per i Diritti umani (con sede a Ginevra) ha reso pubbliche nel corso del tempo.

Ma l’evoluzione cui accennavo è tutt’altro che pacifica e i risultati tutt’altro che acquisiti. Un numero ragguardevole di Paesi, alcuni dei quali molto rilevanti sul piano internazionale per peso economico e politico, oltre che demografico, restano fermamente ancorati alla convinzione che la vera prevenzione rimane legata alla fermezza dell’intervento che sanziona tutti i comportamenti non consentiti. La “riduzione del danno”, che mira a controllare e accompagnare verso l’uscita l’abuso di droghe da parte del singolo, è considerata un cedimento alle spinte anti-sociali dell’individuo, una soluzione che non ha garanzie di successo, è estremamente dispendiosa e manda alla collettività un messaggio ritenuto pericoloso sotto ogni profilo.

In questa prospettiva non possiamo dimenticare la difficile situazione di molti Paesi così detti emergenti, che attraversano una fase di crescita contraddittoria e sono caratterizzati da percentuali di popolazione giovanile altissime<sup>5</sup>. È, questa, una situazione che spaventa molti governanti, avvertiti dei rischi devastanti per il futuro del Paese che possono derivare dalla diffusione dell’abuso di droghe nelle fasce più giovani. Così come non possiamo dimenticare che i Paesi con numeri molto elevati di popolazione adottano scale di misura e di valori che sono radicalmente diversi da quelli come il nostro e che noi facciamo fatica a comprendere e, spesso, a rispettare.

La contrarietà al nuovo corso manifestata dai Paesi che tendono a conservare gli equilibri esistenti si è concretizzata a partire dalla reazione molto dura alla proposta messicana del 2014 e non ha mancato di segnare i lavori della CND nel periodo fino alla UN-GASS e lo stesso dibattito svoltosi a New York.

Ora, il Messico e i Paesi collegati sono riusciti nel periodo 2013-15 a ottenere che le risoluzioni di As-

5. Basti pensare che la Nigeria ha una popolazione di circa 170 milioni di abitanti, e che oltre 100 milioni di costoro hanno meno di 25 anni di età (in percentuale il dato supera il 60% del totale a fronte di una percentuale che in Italia non va oltre il 24%).

semblea Generale includessero la previsione di una sessione speciale nel 2016 e che questa avesse luogo a New York. In compenso hanno dovuto accettare che la CND restasse l'organismo guida delle politiche ONU in tema di droghe e del processo che avrebbe condotto alla UNGASS 2016<sup>6</sup>.

Questa sorta di compromesso, rispettoso della struttura delle Nazioni unite, ha creato una situazione complicata che ha rischiato di divaricare i momenti decisionali e di mettere in conflitto i metodi di lavoro e le logiche di Vienna e di New York. Non vi è dubbio che la complessità e tecnicità della materia non si presta ad essere affrontata da attori privi di adeguata specializzazione, con la conseguenza che spetta agli organismi viennesi operare con continuità e competenza. Sul diverso versante, tuttavia, proprio quei profili di tecnicità ed esclusività del dibattito sono stati criticati e messi in crisi da chi rivendicava la necessità che gli Stati, tutti gli Stati, si riappropriino della dimensione politica della risposta all'abuso delle droghe in sede internazionale, con conseguente necessità di spostare il confronto a New York in sede di Assemblea Generale.

## 5. Uno strano percorso

La duplicazione delle sedi di lavoro ha complicato il percorso di preparazione della UNGASS, dando vita a un insolito dialogo fra il Presidente della GA, chiamato a dare corso alle deliberazioni assembleari, e gli organismi viennesi, chiamati a preparare da Vienna una sessione speciale della GA. Può essere qui sufficiente ricordare che ai lavori della CND è stato affiancato un organismo *ad hoc*, e cioè un *Board* permanente, presieduto dall'Ambasciatore Shamaa, incaricato di curare gli aspetti organizzativi e programmatici, a partire dai numerosi dibattiti organizzati in sede regionale e dalla tenuta dell'apposito sito che si appoggiava al sito di UNODC.

Quando, con la risoluzione del 2014, il Messico è riuscito a ottenere, anche forzando un po' la mano in sede di negoziati, che la preparazione della sessione speciale conoscesse una (ulteriore) tappa intermedia<sup>7</sup>, i rapporti tra i diversi schieramenti si sono molto irrigiditi. Questo ha messo in moto un meccanismo che ha visto i Paesi "conservatori" puntare molto sulla tenuta delle organizzazioni viennesi e i Paesi "innovatori" avviare un processo di sensibilizzazione dei rappresentanti newyorkesi. In questo hanno giocato un ruolo importante i rappresentanti della società civile: mondo scientifico e ONG in testa<sup>8</sup>. Il numero di dibattiti e di iniziative volte a promuovere la necessità di un cambio di politiche si sono moltiplicati e la diffusione di materiali conoscitivi è divenuta più frequente.

Nello stesso tempo, molto forte si è fatta la pressione perché anche i lavori in corso a Vienna si aprissero ai contributi esterni e perché i momenti di dibattito a livello regionale coinvolgessero la società civile.

È quello della "società civile" un tema che da solo meriterebbe un approfondimento. Devo qui limitarmi ad osservare come i Paesi "conservatori" sono molto restii ad ammettere i rappresentanti di associazioni e ONG all'interno dei percorsi di lavoro e decisione degli organismi delle Nazioni unite e operano il massimo filtro possibile sulla scelta dei soggetti ammessi; la loro idea è che ogni Stato ha il diritto di decidere quali sono i rappresentanti della "propria" società civile che viene ammessa a partecipare al dibattito e che ogni Stato ha un diritto di veto rispetto ai rappresentanti non statuali con i quali viene chiamato a interloquire.

Per tornare al percorso preparatorio della UNGASS, si è alla fine formata una linea di dialogo fra gli organismi viennesi e il Presidente della GA, cui è spettato il compito di trasmettere a Vienna gli esiti del dibattito del 7 maggio 2015, di veicolare le richie-

6. In particolare la risoluzione 68-197 ai paragrafi 46 e 47 recita:

46. *Invites Member States and observers to participate actively at the appropriate level in the high-level review, noting that the outcome of the high-level review shall be submitted through the Economic and Social Council to the General Assembly, in view of the special session of the Assembly on the world drug problem to be held in 2016;*

47. *Requests the Commission on Narcotic Drugs, as the United Nations organ with prime responsibility for drug control matters, to engage in the preparatory process for the special session, including by presenting proposals from the fifty-seventh and fifty-eighth sessions of the Commission through the Economic and Social Council in support of the preparatory process, including progress made in the implementation of the Political Declaration and Plan of Action on International Cooperation towards an Integrated and Balanced Strategy to Counter the World Drug Problem, to be considered by the General Assembly starting at its sixty-ninth session.*

7. Si tratta di un "dibattito di alto livello" (cioè con la partecipazione di Ministri e gestito dal Presidente della GA) tenutosi a New York il 7 maggio 2015 in preparazione della UNGASS 2016.

8. Occorre considerare che in materia di droghe è esistita per anni, e ancora viva nel 2014, una divaricazione di posizioni e di referenti fra le ONG operanti a Vienna, più vicine a quelle che per esigenze di semplificazione definiremmo le politiche tradizionali, e le ONG operanti a New York. Con il 2015 i due gruppi si sono avvicinati e hanno dato vita a un coordinamento, la *Civil Society Task Force*, che ha al vertice due rappresentanti delle due anime e che sempre più si è mosso con posizioni coerenti, accrescendo in tal modo la propria presenza e il proprio peso nei dibattiti in corso anche a New York.

ste che emergevano in sede locale e di coordinare i momenti di presentazione a New York dei lavori in corso a Vienna. Tutto questo è avvenuto mentre la CND e il *Board* viennesi gestivano numerosi dibattiti a livello regionale (inteso il livello regionale come africano, est-asiatico, occidentale, etc) e favorivano la formazione e la raccolta di documentazione con la partecipazione di attori statali e non statali, incluso, ovviamente, UNODC e il suo periodico report mondiale sulle droghe.

Un ruolo importante di ponte fra le due sedi è stato svolto anche dalla *Civil Society Task Force* (vedi nota 9). Nello stesso tempo, assai massiccia è stata la presenza nel dibattito newyorkese, dentro e attorno le Nazioni unite, di alcune delle maggiori realtà statunitensi, dichiaratamente a favore delle “nuove” politiche<sup>9</sup>.

Al termine di questo percorso e di una lunga e complessa negoziazione conclusiva, la CND ha elaborato un documento molto articolato da sottoporre all’approvazione della UNGASS<sup>10</sup>.

## 6. Il dibattito dei giorni 19-21 aprile

Quanto detto finora mi permette di sintetizzare in pochi punti essenziali gli esiti di tre giorni di dibattito molto intenso.

**a)** Il dibattito è stato oggettivamente dinamico e si è articolato attorno alla sessione plenaria, a cinque tavole rotonde tematiche<sup>11</sup> e a numerosi “side event” iniziati già nella giornata del 18 aprile. Quasi tutti gli Stati Membri hanno attivamente partecipa-

to ai lavori, con presenze di alto livello (sette Capi di Stato e quaranta Ministri) soprattutto tra i Paesi latino-americani ed europei, tra cui i Presidenti di Guatemala, Messico, Bolivia, Perù e Colombia, i Vice presidenti di Costa Rica e Panama<sup>12</sup>, nonché la Regina di Svezia. Molto attiva è stata anche la partecipazione delle organizzazioni internazionali, *in primis* quelle appartenenti alle Nazioni unite, e della società civile. A tale proposito va segnalato che nel dibattito in plenaria e nelle tavole rotonde è stato consentito l’intervento di un numero assai ristretto di organizzazioni non governative, che invece hanno avuto ampi spazi di presenza negli eventi a margine. Ciò non comporta affatto che la loro limitata partecipazione al dibattito ufficiale sia priva di significato, se vista dalla prospettiva di una realtà che deve gestire le posizioni di 193 entità nazionali profondamente diverse tra loro. Al di là dei contenuti, che nei fatti sono stati tutti in favore del cambio di prospettiva e di azione, il significato va ricercato innanzitutto sul piano politico e sul riconoscimento del diritto e della importanza che la società civile intervenga anche nei momenti che conducono alla formazione della volontà.

**b)** Per parte italiana la delegazione è stata guidata dal Ministro della giustizia, on. Orlando<sup>13</sup>. È questo un elemento importante, sia perché il livello della nostra partecipazione è risultato più elevato rispetto ad occasioni passate sia perché tale presenza era certamente la più adatta a un dibattito sostanzialmente concentrato sui livelli di protezione dei diritti della persona e su un nuovo approccio anche in materia di

9. In particolare, sia la UN University che la Open Society hanno organizzato numerosi dibattiti e diffuso pubblicazioni e proposte miranti ad accrescere fra gli Stati Membri la consapevolezza dei problemi sul tappeto e la necessità di “obbligare” gli organismi delle Nazioni unite a correggere le politiche fin qui seguite.

10. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/105/72/PDF/N1610572.pdf?OpenElement>.

11. Le cinque tavole rotonde erano così intitolate: 1) *Demand reduction and related measures, including prevention and treatment, as well as health-related issues; and ensuring the availability of controlled substances for medical and scientific purposes, while preventing their diversion (“drugs and health”)*; 2) *Supply reduction and related measures; responses to drug-related crime; and countering money-laundering and promoting judicial cooperation (“drugs and crime”)*; 3) *Cross-cutting issues: drugs and human rights, youth, women, children and communities*; 4) *Cross-cutting issues: new challenges, threats and realities in preventing and addressing the world drug problem in compliance with relevant international law, including the three drug control conventions; strengthening the principle of common and shared responsibility and international cooperation*; 5) *Alternative development; regional, interregional and international cooperation on development-oriented balanced drug control policy; addressing socioeconomic issues*.

12. La sola indicazione dei Paesi che hanno deciso di partecipare con il massimo rappresentante statale costituisce un chiaro segnale, ovviamente accompagnato dai contenuti dei loro interventi, di quale sia l’area geografica oggi maggiormente impegnata. Su questo avrò modo di tornare.

13. La delegazione era composta da rappresentanti del Dipartimento politiche antidroga della Presidenza del Consiglio dei ministri, delle Missioni del MAE presso le nazioni Unite a New York e Vienna, dei ministeri della Giustizia, della Salute e del Lavoro, da funzionari del DPA e, infine, esponenti della società civile (Associazione Luca Coscioni, Comunità di Sant’Egidio, FICT e CNCA, Forum Droghe, La Società della Ragione Onlus).

risposta penale e giudiziaria<sup>14</sup>. Il richiamo a rifuggire da atteggiamenti ideologici e a centrare gli interventi sul rispetto dei diritti della persona ha rappresentato un passaggio importante delle considerazioni espresse dal ministro Orlando, soprattutto ove si consideri l'andamento altalenante che le politiche italiane hanno conosciuto negli ultimi lustri<sup>15</sup>. Fondamentale, poi, il richiamo alla proporzionalità delle pene e al rifiuto della pena di morte.

Per quanto inserita nel solco delle linee europee, quelle espresse negli interventi in plenaria e nelle tavole rotonde costituiscono posizioni che assumono un loro peso specifico: nel settore del contrasto ai fenomeni illegali, così come in quello del contrasto al terrorismo, l'Italia è infatti considerata da tutti i Paesi un riferimento importante con cui misurarsi.

**c)** I lavori si sono aperti con l'adozione per consenso dell'"outcome document". Può sembrare strano che il documento conclusivo sia stato sottoposto all'Assemblea prima della discussione. Si tratta di una soluzione che risponde alle medesime esigenze di bilanciamento fra Vienna e New York che hanno accompagnato tutta la fase preparatoria, nonché alla considerazione che la riapertura del dibattito su un documento duramente negoziato, financo nelle virgole, a Vienna non sarebbe stata gestibile in un consesso così complesso come quello della UNGASS. E, del resto, la medesima metodologia viene in concreto seguita nei lavori di Assemblea generale, che vede i testi negoziati in sede di commissione e quindi sottoposti al vaglio assembleare dove le risoluzioni vengono approvate o per consenso o per votazione, ma non formano mai oggetto (salvo singoli emendamenti e in rari casi), di discussione dei contenuti e nei linguaggi.

All'approvazione del documento sono seguite numerose "explanations of position" (UE, Armenia, Svizzera, Brasile, Costa Rica, Norvegia, Uruguay, Giamaica e Indonesia) concentrate quasi esclusivamente sul mancato inserimento nel documento finale dell'UNGASS di un riferimento all'abolizione della pena di morte per i reati in materia di droga.

**d)** Le posizioni emerse nell'ampio ed articolato dibattito sono state naturalmente in linea con quelle espresse anche in sede di CND nel corso dei lavori per la preparazione della UNGASS. Molto attivo il contributo al dibattito da parte dei Paesi latino-americani e occidentali, mentre si è registrata una partecipazione assai meno intensa dei Paesi asiatici ed africani. A tale differenza è conseguito il netto prevalere quantitativo delle prese di posizione favorevoli a un cambio di rotta rispetto alle politiche sulla droga seguite negli ultimi decenni e a garantire la centralità dei temi legati alla salute individuale e pubblica e ai diritti umani. Tale prevalenza non corrisponde necessariamente alla realtà delle complessive posizioni dei Paesi Membri, posto che ancora permangono molto rilevanti – anche in virtù delle rispettive quantità di popolazione – indirizzi di segno diverso. Basti pensare che Russia, Cina, Singapore, i Paesi arabi e vari Paesi asiatici ed africani hanno confermato un approccio tuttora marcatamente orientato verso il netto prevalere di profili di sicurezza.

Va, peraltro, segnalato che un forte impulso per politiche più attente ai temi della salute e dei diritti è venuto anche da parte delle principali entità delle Nazioni unite competenti per i settori interessati (UNODC, UNDP, OMS, INCB). Tra gli interventi introduttivi della sessione plenaria meritano una menzione quelli del Vice segretario generale Eliasson e del Direttore esecutivo dell'OMS, che hanno ribadito la necessità che le politiche sulle droghe pongano al centro i temi legati alla salute e si basino sulla ricerca e sulle evidenze scientifiche, con una particolare attenzione al settore della prevenzione soprattutto in favore delle fasce più giovani della popolazione.

**e)** Rispetto a tali prospettive non è possibile dimenticare la netta, e per certi versi insolita, autocritica effettuata dagli Stati Uniti, che hanno sottolineato come la "guerra alla droga" si sia rivelata un grave errore e si sia risolta in una "guerra alle persone", invitando la comunità internazionale ad abbandonare

14. Il Ministro della giustizia è intervenuto in plenaria, nel corso delle tavole rotonde terza e quarta dedicate a "droga e diritti umani" e "nuove sfide" e nel side event dedicato alla questione di genere, co-organizzato da Italia, Cile e Perù e UNODC. La delegazione italiana ha inoltre contribuito al dibattito nelle tavole rotonde "riduzione della domanda" e "riduzione dell'offerta" e in due side event sulla abolizione della pena di morte per i reati in materia di droga e sulle misure alternative alla detenzione.

15. Riporto qui due passaggi significativi tratti dalla traduzione in Italiano dell'intervento fatto in plenaria: «... 2. La Comunità internazionale dovrebbe pienamente riconoscere il consumo di droga come una questione sanitaria e la tossicodipendenza come un disturbo multi-fattoriale cronico e curabile, che dovrebbe essere trattato e non punito. Dovrebbe tenere un approccio pragmatico, non ideologico. Un approccio orientato ai risultati, che incoraggi gli Stati nazionali a promuovere politiche pubbliche in considerazione della loro efficacia, più che in obbedienza a mere declamazioni di principio.

La persona umana va posta al centro delle politiche nazionali in materia di droga. Dobbiamo garantire l'accesso all'intera gamma di misure, che includono prevenzione, trattamento, riduzione del rischio e del danno, riabilitazione, recupero totale e reinserimento sociale, prestando speciale attenzione alle donne, ai giovani, ai gruppi vulnerabili e alle persone che hanno meno accesso ai servizi, anche in carcere.»

definitivamente questo tipo di approccio<sup>16</sup>. È nota la rilevante influenza che le politiche degli Stati Uniti in materia di droghe hanno esercitato sugli organismi internazionali e quanto tali politiche abbiano condizionato le soluzioni adottate dai principali Paesi produttori, con la conseguenza che il cambio di paradigma da parte statunitense sembra destinato ad avere un forte impatto sulla direzione e sulle tendenze dei prossimi anni.

**f)** Sulla valutazione dei risultati raggiunti negli ultimi anni alla luce delle tre Convenzioni e della Dichiarazione Politica e Piano d'Azione del 2009, il dibattito è stato molto aperto e franco, volto a identificare non solo i progressi compiuti in alcuni ambiti ma soprattutto gli obiettivi mancati e le conseguenti priorità per l'azione futura a livello nazionale ed internazionale, anche in vista della revisione dell'attuazione del Piano d'Azione nel 2019. In via generale possiamo dire che i Paesi latino-americani hanno messo da parte ogni proposta di rivedere le tre Convenzioni, ma molto ampia è stata la sottolineatura della necessità di rivedere le politiche applicative delle Convenzioni stesse, a partire dall'esame delle cause profonde del problema della droga, sia sul lato dell'offerta, con interventi di sviluppo socio-economico nelle aree di produzione, sia nelle aree di consumo, con politiche di prevenzione e trattamento. In via generale, è stata ribadita la necessità di una applicazione in linea con l'obiettivo ultimo delle convenzioni, che va individuato nel principio di "health and welfare of mankind". In questa prospettiva, molti interventi hanno sottolineato la improcrastinabilità di politiche più "bilanciate", tramite un approccio principalmente sanitario basato sul pieno rispetto dei diritti umani e sull'evidenza scientifica, sia nelle misure di riduzione della domanda sia in quelle di riduzione dell'offerta.

In linea con questa prospettiva è stato ribadito il ruolo centrale che l'Agenda 2030 sullo Sviluppo Sostenibile riveste per affrontare in maniera sistematica e bilanciata tutti gli aspetti della droga. Molto richiamate le "buone prassi" di sviluppo alternativo alle produzioni illegali, con particolare riguardo all'esperienza di Perù e Thailandia.

Non sono mancate, per altro verso, impostazioni di segno diverso; ad esempio, la Cina ha affermato che tutti i progetti fin qui messi in campo in materia di riconversione delle produzioni (e il riferimento all'Afghanistan era evidente) si sono rivelati fragili e di dubbia efficacia, così confermando la necessità di risposte immediate basate sull'approccio seguito fino

ad oggi. Con finalità politiche diverse sono emerse critiche nei confronti degli interventi di eradicazione: anche ONG attive nei Paesi interessati hanno sostenuto che le modalità di attuazione dei progetti hanno avuto un impatto molto negativo sulle popolazioni locali e sulle risorse naturali. È questa una critica dall'interno che dimostra quanto il tema dello sviluppo alternativo sia complesso e richieda riflessioni e azioni ulteriori.

**g)** Da più parti è stata sottolineata la "flessibilità" prevista dalle Convenzioni. In particolare sono stati proprio i Paesi latino-americani a fare della flessibilità un elemento chiave della proposta messa sul tappeto, affermando che ogni realtà regionale e locale deve essere in grado di dare al problema delle droghe la risposta più adatta alla propria storia e alla propria realtà. Non va dimenticato, tra le altre cose, che proprio in area latino-americana si vanno affermando anche politiche favorevoli al commercio e all'uso controllati di marijuana secondo modalità che includono anche la creazione di gruppi autorizzati di coltivatori per finalità di consumo proprio.

Su questo tema gli interventi italiani sono stati molto considerati e hanno messo in evidenza come le Convenzioni vigenti abbiano consentito al nostro Paese di adottare politiche equilibrate fondate sul rispetto dei diritti umani e sulla centralità della salute individuale e collettiva.

Non può, peraltro, essere sottovalutato il rischio che la "flessibilità" venga adoperata per supportare politiche di segno assolutamente contrario. Ad esempio, Paesi dell'area asiatica e di quella africana hanno sostenuto la necessità e la legittimità, in ossequio al principio di sovranità nazionale, di adattare le convenzioni alle proprie tradizioni e agli obiettivi individuati dai governanti; ciò diventa premessa giustificante le politiche in materia di droga sinora adottate, imperniate sulla criminalizzazione del consumatore, su pene sproporzionate, talvolta sul ricorso alla pena di morte e ai trattamenti obbligatori.

Un altro fattore su cui occorre riflettere è che un abuso della "flessibilità" si pone in contrasto con il carattere globale dei fenomeni legati alla droga e con l'inevitabile interconnessione fra le politiche nazionali e quelle internazionali, con la conseguenza che scelte dissonanti compiute da uno Stato hanno ricadute su quelli confinanti e sulle relazioni complessive legate all'attuazione delle convenzioni.

**h)** Numerosi interventi hanno evidenziato la gravità della minaccia posta dai collegamenti fra traffico di droga ed altre attività criminali, tra cui terrorismo

16. Per una riflessione sul dibattito in corso all'interno degli Stati Uniti su tale versante rinvio al mio Carcere, *droga e intervento penale negli Stati Uniti. Un dibattito aperto*, cit.

e corruzione. Per quanto riguarda la cooperazione giudiziaria e di polizia, numerosi Stati Membri hanno sottolineato quale priorità il contrasto al riciclaggio di danaro.

In via generale possiamo dire che in ambito di giustizia penale sono stati numerosi gli interventi in favore del principio di proporzionalità delle pene, che trova la sua massima espressione nell'abolizione della pena di morte per i reati in materia di droga. In questa direzione si è espresso ripetutamente il nostro Ministro della giustizia, ricordando come l'Italia rigetti il ricorso alla pena di morte e abbia accolto nel proprio sistema penale la non punibilità delle condotte legate al mero consumo personale<sup>17</sup>.

Da più parti è stata sottolineata l'opportunità di focalizzare l'attenzione soprattutto sul contrasto alle organizzazioni criminali che controllano il traffico di droga e sull'uso crescente di internet, che costituisce una minaccia soprattutto fra i giovani<sup>18</sup>. Infine, è stata ribadita la necessità di monitorare la continua evoluzione delle rotte del traffico di droga, con particolare riferimento al crescente ruolo dell'Africa nei traffici dall'America Latina e dall'Asia verso l'Europa.

Non poteva, infine, mancare la sottolineatura della diffusione e continua evoluzione delle nuove sostanze psicoattive (NPS), un fenomeno che desta allarme in tutte le regioni del mondo e che risulta complesso da monitorare e disciplinare, come ammesso dagli stessi rappresentanti dell'OMS.

Segnalo che in margine alla UNGASS il tema è stato discusso in una riunione del cd Gruppo di contatto internazionale, presieduta dal Regno Unito con la partecipazione di circa quindici Paesi, tra cui l'Italia

**i)** Una forte enfasi è stata posta sul mancato accesso per fini medici alle sostanze controllate. È questo un problema che affligge circa tre quarti della popolazione mondiale e che rappresenta una delle principali lacune del sistema internazionale per il controllo della droga. Possiamo dire che rappresenta

anche una delle maggiori forme di discriminazione, che trova origine in ragioni sociali ed economiche e che con sempre maggiore forza viene denunciato dai Paesi che si trovano a pagare prezzi crescenti. Anche su questi profili il contributo italiano è stato molto netto nel segnalare la gravità delle disegualianze che ancora oggi si registrano.

Infine e sempre in ambito sanitario, sulla base dell'evidenza dei positivi risultati raggiunti, numerosi interventi hanno invitato ad adottare misure di riduzione del rischio e del danno anche quei Paesi dove queste non sono ancora attuate.

## 7. Qualche commento conclusivo

La terza UNGASS ha attribuito una posizione centrale del dibattito allo stretto nesso tra politiche in materia di droga ed attuazione dell'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile e sancito la piena inclusione in esso di temi prioritari per l'Italia e l'UE che erano stati sinora lasciati in secondo piano, quali il nesso tra politiche sulla droga e uso medico delle sostanze poste sotto controllo internazionale. Si tratta di temi oramai centrali, che non potranno restare estranei alla strategia che l'ONU dovrà darsi nel 2019, allo scadere della Dichiarazione Politica e del Piano d'Azione del 2009.

Appare indiscutibile la centralità del principio di responsabilità comune e condivisa in un ambito in cui le interconnessioni sono globali, ma deve registrarsi una forte pressione verso soluzioni più flessibili nella applicazione delle tre Convenzioni.

Altrettanto rilevante è il riconoscimento del superamento della suddivisione tradizionale tra Paesi di origine, transito e destinazione, valida per certi versi (per esempio nel caso di Afghanistan e Triangolo d'Oro, principali aree di produzione dell'oppio, o dei Paesi andini per la produzione di coca), ma oramai dimostratasi non adeguata per affrontare in maniera efficace le "nuove sfide" poste da fenomeni quali le NSP o il crescente consumo di droga in molti Paesi

17. In particolare:

«... 4. Dobbiamo assicurarci che i sistemi nazionali di giustizia penale riflettano pienamente il principio di proporzionalità delle pene sancito dalle Convenzioni. La legge italiana prevede diverse misure alternative alla detenzione per le condotte di minore gravità e assicura l'accesso alle cure sanitarie anche in carcere. Da anni l'Italia ha depenalizzato il consumo personale di droga. Inoltre, nel gennaio 2016 abbiamo depenalizzato alcune violazioni legate alla coltivazione della cannabis per fini medici.»

«... 7. L'Italia si oppone fermamente all'uso della pena di morte in ogni circostanza, incluso per i reati di droga. Siamo delusi che gli Stati Membri non siano riusciti ad affrontare questa questione cruciale nell'*outcome document*. Sollecitiamo tutti i Paesi che ancora applicano la pena di morte per questi reati ad adottare una moratoria, quale primo passo verso la sua definitiva abolizione.»

18. Si legge nella traduzione dell'intervento italiano:

«... 5. Siamo impegnati nel contrasto al traffico di droga ed ai suoi molteplici legami con altri crimini gravi, inclusi corruzione e terrorismo. Sollecitiamo tutti gli Stati Membri a promuovere ulteriormente l'uso degli strumenti previsti dalla Convenzione del 1988 e dalla Convenzione di Palermo contro il crimine organizzato transnazionale e dai suoi Protocolli addizionali, per rafforzare la cooperazione internazionale giudiziaria e di polizia.»

africani ed asiatici sinora considerati quali Paesi di “origine” o “transito”.

La UNGASS ha dato notevole visibilità a molti Paesi latino-americani, che hanno guidato e stimolato il dibattito ed evidenziato l'importanza delle posizioni espresse dal nostro Paese e dalla Ue. Nello stesso tempo è risaltata in modo ancora più evidente la natura “difensiva” delle posizioni della Russia e di molti Paesi asiatici ed arabi, tuttora lontani da una autentica apertura al tema dei diritti umani e ad un approccio concentrato sui profili della salute individuale e pubblica.

Infine, il dibattito svoltosi a New York ha rappresentato un forte momento di “endorsement” del documento elaborato a Vienna e approvato in apertura dei lavori. Nessuno può oggi contestare che le politiche internazionali e nazionali in materia di

droga devono essere lette e valutate alla luce dell'esigenza di una implementazione più equilibrata delle tre Convenzioni. I temi legati allo sviluppo sostenibile, alla salute e al rispetto dei diritti umani dovranno essere attentamente considerati sia negli sviluppi che la CND è chiamata a gestire da qui al 2019, anche in vista della valutazione finale del Piano d'Azione decennale, sia nelle concrete scelte che i decisori politici adotteranno in questo arco temporale. A tale proposito, è emerso un forte incoraggiamento affinché gli Stati Membri mettano in pratica le raccomandazioni operative contenute nel documento finale.

Si tratta di raccomandazioni che anche le istituzioni italiane dovrebbero considerare attentamente per le numerose indicazioni e i possibili sviluppi che ne possono essere tratti.

## Gli autori

**Maria Acierno**, consigliere della Corte di cassazione

**Giuseppe Aprile**, allievo ordinario di Scienze mediche, Scuola superiore S. Anna di Pisa

**Gaetano Azzariti**, professore ordinario di Diritto costituzionale, Facoltà di Giurisprudenza, Università Roma, La Sapienza

**Marco Bignami**, magistrato amministrativo presso il Tar Lazio

**Giacinto Bisogni**, consigliere della Corte di cassazione

**Roberta Catalano**, ricercatore di Diritto civile, professore aggregato di Istituzioni di diritto privato, Dipartimento di giurisprudenza, Seconda Università degli studi di Napoli

**Stefano Celentano**, giudice del Tribunale di Napoli

**Lorenzo Chieffi**, professore ordinario di Diritto pubblico generale, Dipartimento di giurisprudenza, Seconda Università degli studi di Napoli

**Filomena D'Alto**, ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Seconda Università di Napoli, professore aggregato di Storia delle codificazioni, Dipartimento di Giurisprudenza, Seconda Università degli studi di Napoli

**Ugo De Siervo**, presidente emerito della Corte costituzionale

**Riccardo De Vito**, magistrato di sorveglianza, Ufficio di Sorveglianza di Nuoro

**Paolo Fazzari**, psicologo e Psicoterapeuta, PhD student in Mind, Gender and language, Università di Napoli Federico II

**Giovanni Cesare (Gianni) Ferrara**, professore emerito di diritto costituzionale, Università di Roma, La Sapienza

**Luigi Ferraro**, ricercatore di Diritto pubblico comparato, Dipartimento di giurisprudenza, Seconda Università degli studi di Napoli

**Barbara Guastaferrò**, research fellow in Law, Durham University e ricercatrice di Istituzioni di diritto pubblico, Università telematica Pegaso

**Maria Pia Iadicicco**, ricercatrice di Istituzioni di diritto, Dipartimento di giurisprudenza, Seconda Università degli studi di Napoli

**Gianclaudio Malgieri**, allievo ordinario di Scienze giuridiche, Scuola superiore S. Anna di Pisa

**Luigi Marini**, magistrato, legal adviser alla Rappresentanza permanente d'Italia presso le Nazioni Unite

**Angela Martino**, avvocato, cultore della materia di Istituzioni di diritto privato

**Silvia Nicolai**, professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Cagliari

**Valerio Onida**, presidente emerito della Corte costituzionale

**Simone Pajno**, professore straordinario di diritto costituzionale, Università di Sassari

**Livio Pepino**, già magistrato, presidente dell'Associazione studi giuridici Giuseppe Borrè



**Marianna Pignata**, ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno e professore aggregato di Storia del diritto moderno e contemporaneo, Dipartimento di giurisprudenza, Seconda Università degli studi di Napoli

**Francesco Rimoli**, professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Teramo

**Roberto Romboli**, professore ordinario di diritto costituzionale, direttore del Dipartimento di giurisprudenza, Università di Pisa

**Antonio Rotelli**, avvocato del foro di Taranto

**Francesco Serpico**, ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno, Università degli studi del Molise

**Paolo Valerio**, professore ordinario di Psicologia clinica, Università di Napoli Federico II, presidente Osservatorio nazionale identità di genere- ONIG, presidente Fondazione genere identità cultura

**Massimo Villone**, professore emerito di Diritto costituzionale, Università di Napoli Federico II

**Luciano Violante**, presidente emerito della Camera dei deputati

**Giovanni (Ciccio) Zaccaro**, giudice del Tribunale di Bari