

\_\_\_\_\_OSSERVATORIO SULLE FONTI\_\_\_\_\_

## FASCICOLO N. 3/2023

*Contributi di* G. BAROZZI REGGIANI, L. BARTOLUCCI e N. LUPO,  
D. DE LUNGO, P. IORIO, N. MACCABIANI, L. PACE,  
G. SANTINI, F. TAMMONE, R. TARCHI

## **DIRETTORI SCIENTIFICI**

Paolo Caretti, Maria Cristina Grisolia (*Università degli Studi di Firenze*)

## **DIRETTORE RESPONSABILE**

Paolo Caretti (*Università degli Studi di Firenze*)

## **COMITATO DI DIREZIONE**

Adelina Adinolfi (*Università degli Studi di Firenze*), Stefania Baroncelli (*Libera Università di Bolzano*), Andrea Cardone (*Università degli Studi di Firenze*), Massimo Carli (*già Università degli Studi di Firenze*), Ana M. Carmona Contreras (*Universidad de Sevilla*), Elisabetta Catelani (*Università di Pisa*), Marcello Cecchetti (*Università degli Studi di Sassari*), Annalisa Ciampi (*Università degli Studi di Verona*), Cecilia Corsi (*Università degli Studi di Firenze*), Elena D'Orlando (*Università degli Studi di Udine*), Gianmario Demuro (*Università degli Studi di Cagliari*), Giovanna De Minico (*Università di Napoli "Federico II"*), Gianni Di Cosimo (*Università degli Studi di Macerata*), Filippo Donati (*Università degli Studi di Firenze*), Vincenzo Ferrari (*Università degli Studi di Milano Statale*), Anna-Bettina Kaiser (*Humboldt-Universität zu Berlin*), Franck Laffaille (*Université de Paris XIII*), Pier Francesco Lotito (*Università degli Studi di Firenze*), Nicola Lupo (*Università Luiss Guido Carli*), Maurizio Malo (*Università degli Studi di Padova*), Patricia Popelier (*Universiteit Antwerpen*), Giusto Puccini (*Università degli Studi di Firenze*), Orlando Roselli (*Università degli Studi di Firenze*), Emanuele Rossi (*Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna di Pisa*), Andrea Simoncini (*Università degli Studi di Firenze*), Rolando Tarchi (*Università di Pisa*), Giovanni Tarli Barbieri (*Università degli Studi di Firenze*), Giuseppe Verde (*Università degli Studi di Palermo*)

## **COMITATO DI REDAZIONE**

*Coordinamento scientifico:* Maria Cristina Grisolia

*Componenti della redazione:* Pietro Milazzo (*responsabile*), Leonardo Bianchi, Edoardo Caterina, Matteo Giannelli, Erik Longo, Costanza Masciotta, Giuseppe Mobilio, Marta Picchi, Monica Rosini.

Tutti i contributi devono essere inviati, nel rispetto delle scadenze indicate sul sito internet, della *Rivista* all'indirizzo mail: redazione@osservatoriosullefonti.it; una volta ricevuti saranno sottoposti alla procedura di valutazione disciplinata dal *Regolamento per la valutazione scientifica dei contributi proposti alla Rivista*

## EDITORIALE

- R. TARCHI, *Il «premierato elettivo»: una proposta di revisione costituzionale confusa e pericolosa per la democrazia italiana* 5

## SAGGI

- G. BAROZZI REGGIANI, *La natura funzionalizzata della legge di conversione del decreto-legge: riflessioni sui recenti orientamenti della Corte costituzionale* 45
- D. DE LUNGO, *L'eredità costituzionale di Next Generation EU e del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: elementi per un primo bilancio prospettico* 67
- N. MACCABIANI, *Tra nudge-regulation e technological management: "orientamenti" costituzionali* 89
- L. PACE, *Decreto-legge e ordinanza di rinvio a data fissa. Ovvero: come scongiurare il sorgere dell'ennesima prassi abusiva in tema di decretazione d'urgenza* 123

## NOTE E COMMENTI

- L. BARTOLUCCI, N. LUPO, *L'effetto sui gruppi di Camera e Senato della rottura tra Azione e Italia Viva, tra asimmetrie (regolamentari) e simmetrie (nella prassi applicativa)* 161
- P. IORIO, *Stretta sugli idonei ai concorsi pubblici, le recenti e mutevoli novelle alle norme sullo scorrimento delle graduatorie* 185
- G. SANTINI, *La direttiva del presidente del Consiglio dei ministri sulla fase precontenziosa nei giudizi di costituzionalità in via principale. Prime osservazioni* 223
- F. TAMMONE, *Brevi considerazioni a margine del protocollo d'intesa tra Italia e Albania in materia di migrazione* 239



**EDITORIALE DEL FASCICOLO N. 3/2023**

**IL «PREMIERATO ELETTIVO»: UNA PROPOSTA DI REVISIONE  
COSTITUZIONALE CONFUSA E PERICOLOSA PER LA DEMOCRAZIA  
ITALIANA**

**ROLANDO TARCHI\***

\* Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università di Pisa.  
Contatto: [rolando.tarchi@unipi.it](mailto:rolando.tarchi@unipi.it)

### **1. L'avvio di una nuova stagione di riforme istituzionali nel primo anno della XIX legislatura**

Con la predisposizione di un testo del d.d.l. n. 615, recante “Disposizioni per l’attuazione dell’autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario ai sensi dell’art. 116 terzo comma della Costituzione” da parte della 1° Commissione del Senato il 23 novembre 2023 e, in parallelo, con la consegna al Ministro per gli affari regionali Roberto Calderoli il 3 novembre scorso del documento con il quale sono stati individuati oltre 250 LEP da parte del Comitato per l’individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni (CLEP) presieduto da Sabino Cassese e, soprattutto, con la presentazione al Senato, da parte del Governo a firma del Presidente del Consiglio dei Ministri Meloni e del Ministro per le riforme istituzionali e la semplificazione normativa Casellati, del d.d.l. costituzionale n. 935, recante «Modifiche agli articoli 59, 88, 92 e 94 della Costituzione per l’elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri, il rafforzamento della stabilità del governo e l’abolizione della nomina dei senatori a vita da parte del Presidente della Repubblica», pare definitivamente decollata la nuova stagione di riforme istituzionali annunciata all’inizio di questa XIX legislatura dalla nuova maggioranza di destra premiata con le elezioni parlamentari del 25 settembre 2022. Il riferimento esplicito va all’intervista rilasciata al Quotidiano La Repubblica il 28 settembre 2022 dal futuro ministro Francesco Lollobrigida, nella quale si affermava l’esigenza di avviare una «legislatura costituente» (anche mediante l’istituzione di una commissione bicamerale o, addirittura, l’elezione con metodo proporzionale, di una vera e propria Assemblea costituente) finalizzata a realizzare tre obiettivi principali. Il primo consistente nella ridefinizione del rapporto tra sovranità dello Stato italiano e Unione europea, mediante un riconoscimento costituzionale esplicito della preminenza del diritto costituzionale nazionale sul diritto U.E.; il secondo relativo alla forma di governo, da trasformare in un regime presidenziale non altrimenti precisato, evocativo di quanto già previsto nel programma presentato dalla coalizione dei partiti di centro-destra prima delle elezioni, nel quale, peraltro, si proponeva l’“elezione diretta del Presidente della Repubblica” (lo stesso programma di Fratelli d’Italia parlava di «riforma presidenziale dello Stato, al fine di assicurare la stabilità governativa e un rapporto diretto tra cittadini e chi guida il governo»).

D’altra parte, le dichiarazioni programmatiche presentate alla Camera dei deputati il 25 ottobre 2022 dalla Presidente del Consiglio Meloni ([www.governo.it/it/articolo/le-dichiarazioni-programmatiche-del-governo-meloni/20770](http://www.governo.it/it/articolo/le-dichiarazioni-programmatiche-del-governo-meloni/20770)), ribadivano a chiare lettere l’esigenza, per l’Italia di «una riforma costituzionale in senso presidenziale, che garantisca stabilità e restituisca centralità alla sovranità popolare. Una riforma che consenta all’Italia di passare da una “democrazia interloquente” a una “democrazia decidente”»,

così da limitare il potere delle burocrazie diventate «intoccabili e impermeabili» e incrementare, invece, la capacità negoziale dell'Italia nei consessi internazionali e favorire gli investimenti stranieri, finora scoraggiati dalla mutevolezza dei governi. A ben vedere, un'analisi piuttosto elementare nei contenuti e basata sulla convinzione degli effetti «miracolosi» che possono discendere da una modifica della forma di governo. In questa fase, inoltre, l'ipotesi di lavoro indicata restava quella di un semipresidenzialismo sul modello francese, con l'apertura, comunque, alla possibilità di adottare altre soluzioni tecnico-giuridiche.

Non siamo certo in presenza di una novità: la destra italiana è da sempre convinta sostenitrice dell'opzione presidenzialista, sia che si guardi al passato remoto, che a quello più recente; già nel 1948 il programma del MSI prevedeva che lo Stato dovesse essere guidato da un capo eletto dal popolo e non scelto con un compromesso tra i partiti, con poteri tali da essere posto nelle condizioni di dirigere la cosa pubblica in maniera efficiente ed efficace, assumendone la piena responsabilità di fronte alla rappresentanza nazionale (informazione ripresa da: <https://www.ildiariodellavoro.it/il-presidenzialismo-di-giorgio-e-giorgia/>). Una visione non limitata soltanto alle forze politiche eredi della tradizione del fascismo, ma condivisa da parte della destra liberale: si pensi alle proposte avanzate nel 1964 dall'Unione popolare Democratica per una Nuova Repubblica di Randolfo Pacciardi, successivamente riprese negli anni '70 dai Comitati di Resistenza Democratica fondati da Edgardo Sogno (cfr. E. Sogno, *La seconda repubblica*, Firenze, 1974). Se si guarda poi al passato prossimo, oltre alla pubblicazione di stimolanti pamphlet (v. A Carrino, *Nuova Repubblica. Quale presidenzialismo per l'Italia?*, Modena, 2023) non possiamo dimenticare come nell'ultimo scorcio della XVIII legislatura l'Assemblea di Montecitorio abbia respinto (il 10 maggio 2022, a larghissima maggioranza) una proposta di legge (Camera dei deputati n. 716/2018), prima firmataria l'On. Meloni, ispirata proprio al modello francese di semipresidenzialismo, assunto nella sua versione iper-presidenziale anche mediante la previsione che: «Il presidente della Repubblica dirige la politica generale del governo e ne è responsabile» (secondo il testo del novellato art. 95.1 Cost.). Una previsione, quest'ultima, che la Costituzione francese del 1958 non contiene (l'art. 20.1 Cost. francese statuisce che è il Governo a determinare e dirigere la politica nazionale e l'inversione dei ruoli con l'Eliseo è stato il frutto di una prassi) e che, invece, appare più simile a quella dell'art. 80. 3 della Costituzione russa del 1993, per il quale il Presidente federale «determina gli indirizzi fondamentali della politica interna ed estera dello Stato».

Il terzo obiettivo, infine, consisteva nella diffusione di forme di regionalismo differenziato in grado di sviluppare e completare la riforma del Titolo V del 2001.

Il primo degli obiettivi enunciati sembra per il momento abbandonato, nonostante i problematici rapporti del nostro Paese con le istituzioni e le politiche europee, mentre gli altri due stanno procedendo a passi spediti e, in qualche modo vengono presentati in collegamento tra loro, in quanto la concessione di attribuzioni più ampie ad alcune regioni italiane sarebbe compensata dal rafforzamento del Governo nazionale a garanzia delle istanze proprie dell'unità nazionale. Si tratta di un connubio fondato su presupposti erronei, in quanto il riconoscimento di ulteriori forme e condizioni di autonomia alle regioni ordinarie su base contrattuale e per un periodo di tempo (lungo) predeterminato, difficilmente consentirebbe controlli sulle modalità di esercizio da parte dello Stato più penetranti rispetto a quelle già stabilite dall'art. 120 Cost. e che non richiedono affatto un'investitura diretta del vertice dell'esecutivo; questo collegamento riposa, invece, su ragioni di carattere strettamente politico, trattandosi delle riforme «bandiera» dei due maggiori partners della coalizione governativa e che, proprio per questo sono oggetto di una costante trattativa politica. Non è un caso che nelle già ricordate dichiarazioni programmatiche della Presidente del Consiglio del 25 ottobre 2022, si aggiungesse che: «parallelamente alla riforma presidenziale, intendiamo dare seguito al processo virtuoso di autonomia differenziata già avviato da diverse regioni italiane secondo il dettato costituzionale e in attuazione dei principi di sussidiarietà e solidarietà, in un quadro di coesione nazionale».

Il tema della trasformazione in senso asimmetrico del nostro tipo di Stato assume un grande rilievo, anche per l'impatto che potrebbe determinare sulla garanzia universale dei diritti fondamentali, in specie di quelli sociali ad invarianza di spesa e senza una preventiva e completa attuazione dei principi stabiliti dall'art. 118 Cost. anche in termini di perequazione tra territori; sarebbe quindi importante valutare i risultati del lavoro istruttorio compiuto dal CLEP, così come le modifiche proposte di modifica approvate dalla 1° Commissione del Senato, che ad una prima lettura paiono avere attenuato la portata dirompente di alcune delle disposizioni dell'originario d.d.l Calderoli (soprattutto riguardo ai profili procedurali), senza tuttavia rispondere alle critiche più radicali che hanno portato più di un commentatore (Viesti e Villone tra gli altri) a parlare di «secessione dei ricchi», ma in questa sede non possiamo occuparcene.

La nostra attenzione sarà infatti concentrata sulla proposta di riforma del sistema di governo, non a caso definita dai suoi presentatori come «la riforma delle riforme» o, piuttosto, «la madre di tutte le riforme», con la quale, peraltro, si è abbandonata, per ragioni che non paiono adeguatamente esplicitate, la posizione originaria e di bandiera incentrata sull'elezione diretta del Presidente della Repubblica, per sposare quella dell'investitura popolare del vertice del Governo, ipotesi di per sé non meno dirompente dell'altra. Tale pro-

posta, come vedremo, solleva rilevanti problemi sia di metodo che, soprattutto, di merito e di contenuto; peraltro, il suo iter parlamentare, nella prospettiva di giungere ad una prima approvazione nell'arco di pochi mesi, è stato avviato senza indugi dinanzi alla 1° commissione del Senato, presso la quale sono già state svolte nei giorni scorsi numerose audizioni sia di esperti, che di soggetti istituzionali, quali i sindacati maggiormente rappresentativi, con l'emersione di una serie di apprezzamenti (pochi) e di critiche (più numerose e consistenti). Un dibattito che è proseguito sulle pagine dei giornali, con interventi pressoché quotidiani che, per la gran parte, hanno replicato giudizi non positivi, producendo un effetto di polarizzazione tra gli addetti ai lavori e nella stessa opinione pubblica.

## **2. Alcune preliminari riflessioni di metodo**

Sulle questioni di metodo in materia di riforme delle nostre istituzioni si è a lungo, e in generale, soffermato Orlando Roselli nell'editoriale pubblicato nello scorso numero (n. 2/2023) di questa *Rivista*, opportunamente intitolato «*Per una strategia condivisa delle riforme costituzionali*», le cui osservazioni sono in larghissima parte condivisibili. Anche per questo possiamo limitarci a riprendere sinteticamente soltanto alcuni dei profili di maggior rilievo. Questo ennesimo tentativo di revisione costituzionale che, per quanto apparentemente limitato ad apportare limitate modifiche soltanto ad alcune disposizioni costituzionali (gli artt. 59, 88, 92 e 94 Cost.) non presenta un carattere manutentivo, ma si propone di realizzare una riforma radicale della nostra forma di governo, determinando un'alterazione profonda delle relazioni tra i poteri costituzionali e tra questi e il corpo elettorale, è il portato di quella che Roselli definisce «coazione ripetere» gli errori di prospettiva riformatrice del passato. La storia è nota: senza considerare i tentativi intrapresi già negli anni '80 e nella prima metà degli anni '90, allora non sorretti da un'effettiva volontà politica e ormai lontani nel tempo, le ultime sette legislature (dalla XIII, inaugurata nel 1996) sono state tutte caratterizzate da tentativi, talora con iniziative plurime, di operare consistenti revisioni della Seconda parte della Costituzione, con esiti per lo più inconcludenti e/o fallimentari. Per ragioni diverse sono abortite la commissione bicamerale presieduta dall'on. D'Alema nel 1997; la proposta approvata dalla maggioranza di centrodestra nel 2005 (XIV legislatura), a proposito della quale Leopoldo Elia aveva coniato l'espressione di «premierato assoluto» (nella Relazione al Seminario ASTRID sul progetto governativo di riforma della Seconda Parte della Costituzione, lunedì 22 settembre 2003) e poi bocciata dal referendum l'anno successivo; la c.d. «bozza Violante» approvata dalla Commissione affari costituzionali nell'ottobre 2007 (XV legislatura); il testo unificato approvato dalla prima commissione del Senato nel giugno 2012 (XVI legislatura); l'ambiziosa pro-

posta fatta approvare in via definitiva dalle Camere da Matteo Renzi e Maria Elena Boschi nel il 123 aprile 2016, poi naufragata nel voto referendario del successivo 4 dicembre (XVII legislatura). Da ricordare come in quella legislatura sia stata caratterizzata fin dalle origini dalla questione delle riforme istituzionali, dapprima con la nomina da parte del Presidente Napolitano il 30 marzo 2013 di un gruppo di lavoro costituito da dieci saggi e, successivamente, con la nomina di un'ulteriore commissione di trentacinque saggi da parte del Governo Letta il 4 giugno 2013, all'esito della cui relazione finale si procedette alla presentazione di una proposta di legge di revisione costituzionale che, introducendo una deroga al procedimento dell'art. 138 Cost., prevedeva l'«Istituzione del Comitato parlamentare per le riforme costituzionali ed elettorali»; progetto approvato nelle prime tre letture e poi definitivamente abbandonato a seguito della crisi di governo intervenuta nel febbraio 2014.

Le uniche riforme ad oggi approvate restano: quelle del 1999-2001 che hanno riguardato il Titolo V, rispetto alle quali il giudizio prevalente, quanto a rendimento concreto delle stesse, non può dirsi oggi certamente positivo, anche alla luce dell'esperienza da ultimo maturata nella fase della pandemia; e quelle, più mirate, intervenute nella XVIII legislatura, tra le quali (se non si considera l'intervento che ha riguardato gli artt. 9 e 41 Cost., certo di grande rilievo simbolico) spicca la l. cost. n. 1/2020 recante "*Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari*". Una riforma, quest'ultima, certamente ispirata ad una visione populista e demagogica e di secondario rilievo per i suoi contenuti e gli effetti marginali sul sistema, che è stata anche l'unica a riscuotere un'ampia adesione parlamentare per essere poi confermata da una larga maggioranza (quasi il 70% dei votanti) nel passaggio referendario del 20 e 21 settembre 2020.

Questa nutrita casistica e, soprattutto, questa lunga serie di fallimenti, dei quali si sono rese protagoniste, in stagioni diverse, la quasi totalità delle forze politiche italiane e dei loro leaders, dovrebbe indurre ad una riflessione seria, per evitare che si ripetano anche in futuro gli errori di questo recente passato e che l'esigenza, largamente avvertita, di procedere ad aggiustamenti del nostro sistema istituzionale al fine di colmarne lacune ed inefficienze, non si dimostri, ancora una volta, inconcludente e inutile; quel perverso 'gioco dell'oca' di cui ha parlato Orlando Roselli, che non produce frutti, se non quello di delegittimare ulteriormente le regole costituzionali esistenti.

Se la prospettiva in cui collocarsi è quella di considerare l'eventualità di una riforma costituzionale come opportuna, tenuto conto del rendimento della nostra forma di governo, certamente non comparabile a quello di altri sistemi parlamentari come quelli della Germania o della stessa Spagna e dei profondi mutamenti di carattere economico, sociale, culturale ecc. che sono intervenuti negli ultimi decenni e che richiedono una maggiore tempestività

ed efficienza nelle decisioni da assumere, non possiamo però abdicare ad alcuni punti fermi, che, dal mio punto di vista, sono irrinunciabili. Il primo e il più importante riguarda i contenuti della riforma, dovendosi ribadire che le modifiche non devono porsi in termini di rottura, bensì nel segno della continuità con il disegno costituzionale originario.

Continuiamo poi ad essere convinti che l'asserita inadeguatezza del sistema di governo disegnato dalla Costituzione, spesso utilizzata come capro espiatorio, costituisca solo una parte, e non quella più importante del problema cui ci troviamo di fronte (sulle dinamiche storiche che hanno caratterizzato l'evoluzione della nostra forma di governo e del nostro sistema politico v. ora l'interessante ricostruzione di M. Fiorillo, *Dalla partecipazione militante, all'astensionismo indifferente. Appunti su origine e linee di sviluppo della forma di governo repubblicana*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 2/2023 pp. 54 ss.). Il nostro Paese ha sofferto e continua a soffrire di una prolungata crisi della politica; è stato proprio il sistema dei partiti che si è consolidato a partire dagli anni '90 del secolo scorso, con la crisi delle grandi formazioni di massa ispirate da visioni ideologico-politiche generali, con la sua perdita di capacità rappresentativa e l'emersione di partiti personali e movimenti di ispirazione populista, cui è conseguita una radicalizzazione delle posizioni e del confronto, a dimostrarsi incapace di affrontare la complessità dei problemi esistenti, spesso proponendo soluzioni semplificanti e inattuabili e, a seguito dei successivi fallimenti a scaricare tutte le responsabilità sul piano delle regole costituzionali, con un'opera di delegittimazione costante delle stesse. Pare quasi un miracolo che la Costituzione abbia resistito alle numerose «spallate» che ha dovuto subire, confermando come i suoi valori di fondo ed i principi che li codificano, anche in punto di organizzazione dei poteri, costituiscano ancora un patrimonio cui i cittadini, chiamati in più occasioni a pronunciarsi direttamente, non intendono rinunciare.

Le precedenti osservazioni ci portano immediatamente ad osservare come un disegno riformatore maturo e coerente non possa limitarsi al piano della revisione costituzionale, ma debba essere accompagnato, se non preceduto, da interventi ulteriori rivolti ai livelli più bassi del sistema; in primo luogo, ripartendo da quanto statuito dall'art. 49 Cost., mediante l'introduzione di una disciplina organica dei partiti politici comparabile con quella esistente nella maggior parte delle grandi democrazie europee, con una valorizzazione del principio di rappresentatività, della democrazia interna e dell'insostituibile ruolo costituzionale che questi soggetti sono chiamati ad assolvere e che richiede anche forme di finanziamento pubblico trasparente e controllato da autorità indipendenti. Congiuntamente non pare più rinviabile la scrittura di regole elettorali stabili nel tempo, adeguate e condivise, utili a rivitalizzare il circuito della rappresentanza ed a incentivare la partecipazione popolare e

non più, come avvenuto finora dopo il 1993, in una prospettiva essenzialmente *partisan* e con l'adozione di formule poco comprensibili e come tali disincentivanti. È vero che la disaffezione dei cittadini per la politica non è un problema solo italiano e interessa tutti gli altri sistemi di democrazia matura che adottano sistemi proporzionali corretti, ma con un'intensità minore, come dimostrano i dati relativi all'astensionismo considerati nella loro dinamica storica (sulla crisi della partecipazione popolare v. ora M. Volpi, *Quale forma di governo per l'Italia*, Modena, 2023, p. 15). Infine, più d'uno dei problemi di malfunzionamento istituzionale dipende dalle procedure parlamentari e dalle corrispondenti statuizioni parlamentari ad iniziare da quelle relative alla formazione dei gruppi parlamentari, anche in questo caso assai più flessibili rispetto a quelle di altre esperienze costituzionali che, pur in contesti multipartitici e senza per questo violare il principio del divieto di mandato imperativo, risultano più funzionali ad arginare i fenomeni del trasformismo e del transfughismo parlamentare, dinamiche che di per sé concorrono ad accentuare l'instabilità ministeriale e l'alternanza tra governi sorretti da maggioranze parlamentari diverse in corso di legislatura come di recente dimostrato da G. Valenti, *Riduzione del numero dei parlamentari, disciplina dei gruppi e prospettive di riforme regolamentari. L'esperienza italiana a confronto con: Francia, Spagna e Regno Unito*, in questa *Rivista*, n. 1/2023).

Dobbiamo essere consapevoli che disciplina organica dei partiti, legge elettorale e ricadute sui regolamenti parlamentari congiuntamente considerati più che una riforma costituiscono una vera e propria «autoriforma» del sistema politico, che come tale deve essere realizzata dagli stessi destinatari delle nuove regole, innescando, così, quello che da Kelsen in poi viene definito come il «paradosso delle riforme»; nessuna riforma produce conseguenze a somma zero o vantaggi per tutti i destinatari e, per questo, ciascuno dei soggetti coinvolti in questo processo (che O. Roselli, nell'Editoriale già ricordato definisce come «la più decisiva delle riforme») tende ad affermare e vedere riconosciuti i propri interessi, con impossibilità di coagulare maggioranze possibilmente ampie e conseguente paralisi del processo decisionale. La nostra storia recente conferma pienamente la difficoltà di superare questo paradosso e la nostra classe politica non ci pare oggi attrezzata per affrontare l'ostacolo, ma quelle che abbiamo indicato sono questioni che non possono essere rimosse o accantonate; una loro mancata considerazione e l'adozione di soluzioni discutibili potrebbero addirittura rendere inutili le riforme costituzionali eventualmente approvate che devono necessariamente essere sorrette e vertebrate da discipline di attuazione e da contesti politici in difetto dei quali è facile immaginare l'innescò di un processo di ulteriore delegittimazione delle istituzioni democratiche.

Tornando ai profili più strettamente di metodo, l'esperienza maturata nella XVIII legislatura ci ha lasciato due insegnamenti; il primo, certamente scontato, che risulta più semplice realizzare riforme della costituzione mirate a singoli istituti o che interessano un numero limitato di previsioni, che non portare a termine revisioni più ambiziose, di carattere organico relative a più di un titolo della nostra Carta. Non sempre si tratta della soluzione migliore, in quanto la modifica anche di una sola previsione può determinare un'alterazione dei delicati e complessi equilibri realizzati dall'impianto costituzionale complessivo, soprattutto per quanto concerne i rapporti tra organi costituzionali. Il secondo insegnamento, invece, attiene al grado di consenso parlamentare che si riesce a coagulare intorno alla proposta; più lo stesso è elevato, in quanto tra le forze politiche o almeno tra quelle principali si registra una condivisione di fondo del progetto in modalità tendenzialmente bipartisan, più crescono le possibilità che questa condivisione si rifletta anche nell'opinione pubblica e tra i cittadini. In questi casi pare improbabile che l'eventuale consultazione referendaria possa ribaltare la decisione presa.

Al contrario, secondo quanto è ripetutamente avvenuto nelle legislature precedenti, se si procede con iniziative partigiane, quasi sempre profondamente divisive per i contenuti delle proposte, le posizioni politiche tendono a diventare più radicali ed a polarizzarsi tra due contrapposti schieramenti. L'eventuale approvazione a maggioranza assoluta non chiude la partita: lo scontro si riproduce nel referendum che diventa un passaggio obbligato, finendo per assumere una valenza fortemente plebiscitaria. Come dimostrano gli esempi del 2001, del 2006 e del 2016, in questi casi il referendum si trasforma in un voto che trascende i contenuti della riforma e coinvolge direttamente i leaders e le parti politiche contrapposte, che cercano un *surplus* improprio di legittimazione popolare, non sempre riuscendo nell'impresa. Come dimostrano le vicende del passato prossimo, la prospettiva referendaria, anche per la sua caratteristica binaria, acuisce lo scontro ed è sempre lacerante, potendo determinare esiti imprevedibili, anche perché la maggioranza parlamentare rappresenta solo una minoranza di cittadini e per ottenere l'approvazione popolare delle riforme deve aggregare un consenso ulteriore, non facile da conseguire proprio in conseguenza dell'accentuarsi della polarizzazione.

Un sintomo evidente di questo approccio partigiano si rinviene proprio nell'esercizio da parte del governo del potere di iniziativa di revisione costituzionale; una facoltà certamente consentita e ormai suffragata da una prassi che risale almeno alla proposta relativa all'instaurazione di un «Ordinamento federale della Repubblica» (Camera dei deputati, XIII legislatura, atto n. 5830 del 18 marzo 1999), che porterà all'approvazione della l. cost. n. 3/2001, ma, in quanto riconducibile all'indirizzo politico dell'esecutivo e (si presume)

della maggioranza che lo sostiene, rende meno agevole la condivisione da parte degli altri gruppi politici in un processo che sarebbe opportuno riconoscesse la centralità del parlamento in tutti i suoi passaggi, ad iniziare dal suo avvio.

A questa torsione, almeno alcune delle esperienze finora maturate ne hanno affiancata un'altra, consistente nella propensione dei promotori delle riforme ad imporre nuove regole che non sono considerate soltanto come migliori di quelle esistenti o di altre eventualmente possibili, ma che appaiono anche maggiormente congeniali alla propria parte politica; e questo sia che si tratti di proposte di bandiera che possono favorire un incremento del consenso politico immediato, sia in quanto da una loro approvazione possono essere tratti dei vantaggi anche di carattere materiale nell'immediato (l'esempio più clamoroso di questo approccio lo si ritrova nelle leggi elettorali più recenti, come la n. 270/2005, la n. 52/2015, la n. 165/2017, tutte approvate per limitare le perdite e massimizzare i profitti per chi le ha fatte approvare). Riteniamo che la combinazione di queste due modalità di approccio contraddica la natura contrattuale che costituisce l'essenza delle previsioni costituzionali e certamente, di quella condivisione che ha fondato la nostra scelta costituente e debba, per questo, essere contrastata senza indulgenza alcuna. Il compromesso, soprattutto se di alto livello è di difficile conseguimento, ma deve essere perseguito come un obiettivo necessario.

Queste tendenze alla strumentalizzazione delle riforme istituzionali per finalità essenzialmente politiche e di parte trovano spesso un riscontro nei contenuti delle proposte che vengono avanzate; per essere chiari: la revisione del 2001 serviva anche ad attenuare quelle derive secessionistiche che emergevano in alcune delle regioni del Nord, quelle del 2005 e del 2016 a stabilizzare cicli politici imperniati sulle figure dei Presidenti del consiglio allora in carica, anche mediante un rafforzamento rilevante dei loro poteri e del loro ruolo istituzionale.

Un dato comune delle diverse proposte riposa sull'unicità delle soluzioni avanzate, che non trovano riscontro in altre esperienze costituzionali, secondo quando risulta chiaramente dall'indagine comparata. Soluzioni, quindi, atipiche, confezionate tenendo conto esclusivamente dei caratteri (e degli interessi) del nostro sistema politico, prendendo atto delle perduranti anomalie italiane, talora sintetizzate in formule coniate *ad hoc* (si pensi alla definizione di «*Italicum*» per la legge elettorale approvata nel 2015 e poi dichiarata incostituzionale prima della sua applicazione).

In proposito credo siano importanti alcune osservazioni in punto di metodo; aveva ragione Voltaire quando scriveva che «I governi si debbono adattare ai paesi dove vanno realizzati» (*Dizionario filosofico* - voce *Stati-governi*) e che è necessario diffidare delle supposte virtù taumaturgiche dell'ingegneria

costituzionale, ma questo non contraddice l'esigenza di valorizzare le risultanze che la prospettiva comparata induce a considerare. Questo non per proporre l'adozione di trapianti di soluzioni preconfezionate riprese in maniera automatica da altri sistemi costituzionali, ma per accertare la sussistenza di regolarità che ricorrono dalla presenza di istituti e regole simili in contesti diversi; mediante l'analisi comparata è possibile verificare il successo o l'insuccesso di determinati modelli adottati altrove, che anche per questo meritano di essere imitati, magari con gli opportuni adattamenti, o, invece, rifiutati. In particolare, in punto di forme di governo, l'inesistenza di sistemi simili a quelli che si vogliono congegnare o, piuttosto la registrazione in chiave diacronica del fallimento e dell'abbandono di determinati modelli, costituiscono indici di riferimento che non possono essere trascurati, anche soltanto per un'elementare prudenza, da parte dei promotori delle riforme. D'altra parte, è questo il metodo cui si sono ispirati i costituenti di ogni epoca (compreso il nostro), che, partendo dalle esperienze conosciute hanno dato corpo ad un numero limitato di varianti e favorito una circolazione diffusa dei modelli di maggior successo, con limitate ibridazioni e, semmai, varianti che si sono affermate ex post, sulla base delle specificità di ciascun contesto politico-sociale.

Per concludere sul punto: le costituzioni (e le revisioni costituzionali quando necessario) devono essere fatte su misura (così, P. Renard, *Constitutionnes de la nouvelle Europe, Rev. pol. et parl.*, 1930, 278), tenendo conto della taglia del Paese in cui si devono applicare, ma l'eccessiva eccentricità desta sospetto e può rivelarsi pericolosa, soprattutto quando si propende per un ribaltamento del tavolo e si propone di sovvertire la tradizione esistente piuttosto che limitarsi a correggerla per limitarne i difetti e le incongruenze. In casi di questo genere l'esito più frequente che la comparazione mette in luce è quello dello snaturamento delle nuove regole, che vengono poi adattate alla luce delle prassi e dei comportamenti politici che tendono a riproporsi.

Abbiamo ragionato in termini generali, ma più di una delle considerazioni fatte valgono anche a proposito del progetto di revisione costituzionale di cui ora si sta discutendo; si tratta di una proposta presentata dall'esecutivo, che ha incontrato da subito critiche severe da parte delle minoranze parlamentari più consistenti; l'approccio, quindi, torna ad essere divisivo ed anche se è difficile anticipare previsioni, al momento pare poco probabile che si possa coagulare una maggioranza dei due terzi in entrambe le Camere, o, comunque, una condivisione parlamentare ampia, forse non voluta neppure dagli stessi partiti di governo, che possono intravedere nel successivo referendum un momento di legittimazione politica di ulteriore, anche se il coefficiente di rischio appare elevato per l'imprevedibilità del voto popolare. Ancora una volta, quindi, non si è proceduto con l'apertura di una discussione allargata ed inclusiva, ma imponendo un punto di partenza incentrato sull'elezione diretta

di una delle massime cariche dello Stato, inteso come un punto irrinunciabile dal punto di vista sia ideologico che politico, con l'effetto di polarizzare e radicalizzare le posizioni in campo, così da rendere molto difficili eventuali ipotesi di mediazione e di intesa. La prospettiva referendaria che si intravede ove si completasse il percorso parlamentare della riforma prefigura scenari ancora più laceranti, con uno scontro politico il cui oggetto travalicherà il contenuto della riforma, con un contenuto e degli effetti plebiscitari per entrambi le parti.

Ma la Costituzione è troppo importante per tutti e non può essere messa in gioco esclusivamente nell'interesse di una parte politica, che pretende di imporre a tutti regole fortemente controverse.

### **3. I progetti di riforma attualmente in discussione**

Quello presentato dal Governo non è l'unico progetto di modifica della forma di governo incentrato sul passaggio al premierato: ne sono stati presentati altri, sia in forma ufficiale, con la presentazione di un d.d.l di revisione costituzionale, sia come esercizio di attività intellettuale volta a stimolare la riflessione sul tema. Ovviamente si tratta di proposte alternative la cui autorevolezza non è paragonabile a quella del d.d.l. governativo, ma delle quali è opportuno dare sommariamente conto per evidenziare come la stessa idea di fondo possa essere declinata secondo una molteplicità di varianti e prospettive, oltre che di soluzioni tecnico-giuridiche.

L'elemento in comune di questi progetti, abbandonata la prospettiva di un'elezione diretta del Presidente della Repubblica consiste nel rafforzamento del ruolo del Presidente del Consiglio o mediante la sua elezione a suffragio universale o mediante un collegamento con le liste per le elezioni parlamentari, comunque con la previsione di un premio di maggioranza che assicuri alla parte che ottiene il più alto consenso elettorale il conseguimento di una maggioranza assoluta dei seggi in entrambe le Camere.

Prima di procedere all'analisi dei progetti di cui si sta discutendo, pare opportuno un inquadramento generale che richiami i presupposti e le finalità di questa forma di governo, che, come vedremo subito, va considerata come un modello estraneo alla tradizione del parlamentarismo razionalizzato.

Quella del c.d. premierato direttamente elettivo è un'ipotesi sulla quale si dibatte da lungo tempo anche in sede scientifica; il primo a teorizzarla, per completare il sistema introdotto dalla Costituzione francese del 1958 fu Maurice Duverger nel 1960 (cfr. *La repubblica tradita*, tr. it., Milano, 1960, spec. 180 ss.), che poi l'abbandonò quasi subito per condividere, a seguito dell'approvazione della *loi référendaire* del 1962, l'investitura popolare del Presidente della Repubblica.

In Italia la primogenitura della proposta è da attribuire a Serio Galeotti che, nel 1983, la pose al centro del progetto di riforma costituzionale elaborato dal gruppo di Milano coordinato da Gianfranco Miglio (*Per il rimodellamento della forma di governo in «Governo di legislatura»*, in AA.VV., «Gruppo di Milano», *Verso una nuova Costituzione*, Milano, 1983, I, 387 ss.). Galeotti, con una proposta assai completa nella sua articolazione, riteneva che mediante l'adozione di questa regola costituzionale si rendesse possibile, anche in assenza di un sistema bipartitico e le corrispondenti *conventions of constitution*, una modalità di funzionamento della forma di governo italiana simile a quella inglese, ovvero consentire che il leader politico che risultava eletto diventasse automaticamente primo ministro e lo rimanesse per l'intera legislatura (una lettura del sistema britannico risalente a mezzo secolo fa e ormai stereotipata, considerate le sue dinamiche più recenti).

Questa visione assume come valori primari da assicurare, prima di ogni altro, quelli della stabilità del potere esecutivo e della governabilità che ne sarebbe la diretta conseguenza, con una valorizzazione del principio della sovranità popolare. I benefici di una soluzione siffatta consisterebbero oltre che a «sapere chi governerà il giorno stesso delle elezioni» (per usare un gergo politico ricorrente), nell'impedire cambiamenti di maggioranza in corso di legislatura (c.d. ribaltoni) o la formazione di governi tecnici nel caso di crisi sopravvenute, in quanto ulteriore elemento indefettibile di questa forma di governo, oltre all'elezione popolare del primo ministro, consisterebbe nella regola "*aut simul stabunt aut simul cadent*", secondo la quale la sfiducia parlamentare al governo obbligherebbe quest'ultimo alle dimissioni ma determinerebbe il contestuale scioglimento anticipato delle Camere; parallelamente, le dimissioni del Primo ministro (o la sua morte/impedimento permanente) conseguirebbero il medesimo effetto.

L'indagine comparata ci dimostra come si tratti di un sistema pressoché inedito a livello statale (l'eccezione è rappresentata dalle regioni e dai comuni italiani), in quanto non corrisponde a nessuna forma di governo attualmente esistente («il modello introvabile», di cui parla M. Volpi, cit., 44).

L'unica esperienza storica nella quale si è cercato di realizzare una forma di governo riconducibile allo schema teorico appena descritto è stata quella di Israele, a seguito di una riforma approvata nel 1992 ed applicata per una sola legislatura, dal 1996 al 2001, per poi essere rapidamente abbandonata.

La soluzione israeliana si reggeva sull'elezione contestuale, ma disgiunta, del Primo ministro (con un sistema a doppio turno eventuale) e della *Knesset*; a seguito della doppia elezione il Governo che si formava doveva comunque ricevere la fiducia preventiva da parte della Camera nei confronti del Governo, per consentire le necessarie trattative tra i partiti, per accordi di coalizione in grado di coagulare una maggioranza parlamentare. Semplificando al

massimo la complessa disciplina adottata, il sistema prevedeva inoltre due diversi procedimenti per la rimozione del primo ministro: l'approvazione di una mozione di sfiducia a maggioranza assoluta della Camera, oppure con tre successive votazioni sempre a maggioranza assoluta per decidere per l'autoscioglimento; il Primo ministro disponeva infine di un potere autonomo di dissoluzione della Camera, che determinava il ricorso alle urne per la rielezione di entrambi gli organi.

L'ibridazione di elementi propri della democrazia d'investitura con istituti tipici della forma parlamentare di governo quali il carattere preventivo e necessario della relazione fiduciaria (a parte l'obbligo per il premier di essere un parlamentare), non ha risolto i cronici problemi della debolezza congenita delle compagini governative e dell'alta instabilità governativa, conseguenza di un multipartitismo composito, estremizzato da una forte polarizzazione e dalla presenza di partiti religiosi radicali, con una formula elettorale proporzionale non modificabile (stante le profonde lacerazioni sociali ed i conflitti religiosi irrisolti) e corretta da un premio di maggioranza non elevato (ora del 3,25%). È sembrato quindi quasi naturale il ritorno ad un sistema parlamentare, che certo non ha risolto la questione dell'instabilità politica, ma ha mostrato il carattere illusorio del ricorso all'ingegneria costituzionale per affrontare problemi che di natura sociale e culturale prima ancora che politica.

Nel dibattito italiano ci si è posti fin da subito il problema della qualificazione di questa forma di governo, che già Galeotti aveva definito come neo-parlamentare, ritenendo come si trattasse soltanto di uno sviluppo e di un'attuazione più moderna del nostro sistema istituzionale ed anche per sottolinearne la derivazione dal modello parlamentare. Una parte significativa della dottrina (Cfr. M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*<sup>7</sup>, Torino, 2018, 193 ss.; L. Primicerio, *Forma di governo parlamentare e modelli di democrazia rappresentativa*, Torino, 2002, 170 ss.) ha contestato questa denominazione per la sua equivocità, preferendo definirla come semi-parlamentare, con una formula che meglio evidenziasse la giustapposizione di elementi parlamentari e presidenziali, allo stesso modo di quanto si verifica anche per il sistema semipresidenziale. I profili nominalistici non vanno mai enfatizzati, ma come risulta impropria la stessa formula «semipresidenzialismo» (facendo immaginare un sistema presidenziale dimezzato), essendo più corretto parlare di sistemi «a componenti presidenziali e parlamentari» a carattere ibrido e multivirtuale, allo stesso modo ci pare che per il modello sul quale stiamo ragionando sia del tutto fuorviante mantenere qualsiasi riferimento alla forma di governo parlamentare, rispetto alla quale risulta prima del principale elemento caratterizzante, che riposa sulla derivazione parlamentare e non elettorale del governo e della permanenza in carica di quest'ultimo sul presupposto della permanenza della rela-

zione fiduciaria, senza escludere la possibilità di crisi che producano la formazione di un nuovo esecutivo, eventualmente sorretto anche da una diversa maggioranza politica.

Ne consegue, allora, che proprio la formula di «premierato elettivo» (potendo configurarsi anche un «premierato non elettivo», possibile con interventi limitati alla sola legge elettorale, come da alcuni proposto anche in passato), per quanto da verificare potrebbe essere quella che meglio esprime l'essenza di questo modello, che configura in maniera netta ed inequivocabile una forma di governo diversa e alternativa rispetto a quella parlamentare, tanto nella sua versione classica che in quelle razionalizzate. Ci pare una considerazione di tutta evidenza: non solo l'investitura del governo non procede più da una decisione della maggioranza delle Camere derivando direttamente da una scelta popolare ma, diversamente dalla forma di governo parlamentare che si caratterizza tra le altre per la sua flessibilità, questo sistema risulta particolarmente rigido, quale conseguenza della regola del *simul stabunt simul cadent*. Siamo fuori dallo schema classico recentemente ribadito dalla *Supreme Court of United Kingdom* nella sentenza del 14 settembre 2019 (c.d. Miller II) secondo cui la forma di governo parlamentare britannica si fonda, oltre che sul principio della sovranità parlamentare su quello della necessaria responsabilità del governo, considerato come un'emanazione permanente della Camera dei comuni. Un'affermazione che credo costituisca il contenuto essenziale di qualsiasi forma di governo parlamentare, nella quale il Governo nasce nel e dal Parlamento e non insieme al Parlamento.

### **3.1. Il d.d.l. cost. A.S. n. 830/2023 e la proposta del «sindaco d'Italia»**

La prima proposta in assoluto ad essere formalizzata è stata quella del d.d.l. cost. n. 830 (presentato al Senato il 1° agosto 2023, primo firmatario Matteo Renzi ed abbinato a quello governativo in seno alla 1° Commissione permanente); il primo dei suoi punti qualificanti riposa sull'elezione a suffragio universale del premier, contestualmente a quella delle Camere. Per questo, coerentemente, il Presidente del Consiglio viene configurato quale organo di vertice del potere esecutivo, titolare esclusivo della funzione di indirizzo politico e del potere di nomina e revoca dei ministri, configurato come un atto proprio. In parallelo, le dimissioni del premier (come la morte o l'impedimento permanente) determinano l'obbligo per il Presidente della Repubblica di sciogliere le Camere; allo stesso l'approvazione di una mozione di sfiducia ai sensi del novellato art. 94. 5 Cost., obbligando il Presidente del Consiglio a rassegnare le dimissioni, determinerebbe a sua volta un'interruzione automatica della legislatura, coerentemente con la regola, adottata in via generale, del *simul stabunt simul cadent*. Questo automatismo non si determinerebbe, invece, in caso di mancata approvazione di una questione di fiducia: al verifi-

carsi di una simile eventualità sarebbe consentita al Governo la richiesta di una nuova ed ulteriore deliberazione parlamentare per confermare quella precedentemente assunta (una sorta di doppia conforme). L'anomalia di una previsione siffatta è del tutto evidente, anche per la sua unicità, non rinvenendosi precedenti da un'analisi comparata; la sua finalità riposa sull'esigenza di superare eventuali incidenti di percorso (si pensi alla caduta del primo Governo Prodi nel 1998, a seguito dell'approvazione con un solo voto di scarto della questione di fiducia da parte della Camera dei deputati), ma proprio per questo pare offensiva nei confronti delle Camere, che, considerate alla stregua di soggetti immaturi e, per questo, invitate a ponderare meglio le proprie decisioni, verrebbero ad essere ulteriormente depotenziate nelle loro prerogative di controllo del Governo (v. le critiche di S. Curreri, *Lo strano premierato alla Renzi: al secondo tentativo fa peggio*, *L'Unità*, 29/09/2023). Una clausola di flessibilità funzionale all'apertura di trattative politiche magari volte a recuperare il sostegno di parlamentari «responsabili», certamente coerente con le prassi del parlamentarismo, ma che di per sé mette a nudo e conferma come i problemi che generano fenomeni di instabilità governativa sono di natura politica e quasi mai imputabili alla disciplina costituzionale esistente.

Questa proposta è finalizzata a replicare a livello nazionale qualcosa di molto simile ai modelli di governo già operanti a livello comunale e, soprattutto, regionale, come risulta anche dall'adozione della formula «sindaco d'Italia» (il riferimento al modello degli enti locali è esplicito nell'introduzione al d.d.l.), giuridicamente del tutto impropria, ma di sicura suggestione. Resta un'incognita: il progetto tace riguardo alle formule elettorali da adottare per questa elezione contestuale di Camere e Presidente del Consiglio; ciò che non esclude la possibilità di una votazione a turno unico, secondo quanto previsto da un certo numero di leggi elettorali regionali, permettendo così l'elezione alla carica di premier del leader di un partito o di una coalizione minoritaria, con uno sbilanciamento ingiustificato ed eccessivo tra legittimazione popolare ed entità dei poteri conferiti. Lo stesso parallelismo tra forme di governo operanti negli enti territoriali e quella nazionale, che viene richiamato anche da chi in dottrina sostiene questa ipotesi riformatrice (per tutti T.E. Frosini (a cura di), *Il premierato nei governi parlamentari*, Torino, 2008), con il richiamo ad un'esigenza di omogeneità costituzionale che dovrebbe valorizzare ed estendere il modello più efficiente, ovvero quello adottato nelle regioni, è di per sé molto debole sul piano giuridico, oltre che fuorviante. Intanto si deve osservare che la stabilità che è stata conseguita dalle istituzioni regionali dopo il 1995 non ha prodotto altrettanta efficacia dell'azione di governo, come dimostrato in più occasioni, in particolare per la gestione della sanità pubblica anche in tempi di pandemia; e questo al prezzo di un annichilimento delle assemblee consiliari e del principio di rappresentanza che esse esprimono, con

una crescita progressiva del disinteresse dei cittadini ed un drastico abbassamento della partecipazione popolare, come dimostrato dagli elevati tassi di astensionismo che si registra in questo tipo di elezioni (i dati delle consultazioni che si sono svolte nel 2023 registrano una percentuale di votanti in alcuni casi inferiore al 40%). Una situazione, questa, che dovrebbe indurre ad un ripensamento dello stesso modello che è stato costruito per gli enti territoriali, piuttosto che enfatizzarne impropriamente qualità che non possiede; una riflessione utile anche per attenuare la polarizzazione eccessiva determinata da un tipo di consultazione elettorale funzionale soltanto all'investitura del vertice monocratico dell'ente, che nella maggior parte dei casi è stato scelto da una minoranza di cittadini.

La prospettiva che tende a sovrapporre la forma di governo nazionale a quella locale, considerando quest'ultima come un modello da imitare anche per il piano più alto presenta poi il difetto di trascurare la profonda diversità che intercorre tra i livelli di governo territoriale e quello nazionale, sia in termini di struttura organizzativa che di consistenza ed estensione delle attribuzioni spettanti. Intanto, non si tiene conto che a differenza del sistema istituzionale dei comuni e delle regioni italiane, che è di tipo binario, la forma di governo nazionale è organizzata sulla base di quella che Alfonso di Giovine ha definito la triade del grande potere politico, con la presenza di un terzo soggetto, il Presidente della Repubblica, titolare di funzioni di garanzia politica della Costituzione, quale organo necessario. Anche soltanto per questa ragione la formula proposta è equivoca ed il modello regionale/comunale non è automaticamente trasferibile a livello nazionale. Del resto, è una caratteristica di tutti i sistemi parlamentari (repubblicani e monarchici) quella di garantire la presenza di un capo di Stato come figura distinta da quella del Governo, indipendentemente dalla effettiva consistenza dei poteri che lo stesso è in grado di esercitare.

Quanto poi alle diversità di attribuzioni credo sia pleonastico ricordare che a differenza dei comuni, titolari solo di competenze amministrative e delle regioni, che dispongono anche di limitate competenze legislative, lo Stato è titolare del potere di revisione costituzionale e di una potestà legislativa che può intervenire sui diritti di libertà e disciplinare gli organi di garanzia (in particolare il potere giudiziario). La questione sarà ripresa più avanti, ma era intanto necessario sottolineare il carattere improprio di questo parallelismo, spesso evocato per giustificare alcune delle proposte di riforma presentate.

Siamo convinti che la proposta in questione, presentata in termini provocatori per stimolare altre iniziative, si configuri come l'ipotesi più estrema e radicale tra quelle sul tappeto, la cui eventuale (e al momento improbabile oltre che non auspicabile) approvazione determinerebbe un abbandono del sistema parlamentare di governo, del quale verrebbe a difettare il presuppo-

sto essenziale «del governo quale emanazione permanente del parlamento». Un esito che si riverbera sulla stessa qualificazione di questa inedita forma di governo, per la quale, trattandosi di un *unicum* nel quadro dei regimi democratici, non si potrebbe fare ricorso ad altre esperienze esistenti e che alla fine potrebbe essere definita proprio come «premierato elettivo».

### **3.2 La riproposizione del modello di «premierato non direttamente elettivo»**

La seconda delle proposte con la quale è utile confrontarci ha una matrice dottrinale che la rende assai più pregevole dal punto di vista tecnico-giuridico. Anche questa riforma produrrebbe un cambiamento significativo del sistema di governo, con una forte valorizzazione del vertice del potere esecutivo (sia in termini di investitura che di attribuzioni); tanto è vero che, coerentemente con questa evoluzione, viene modificata la denominazione dell'organo da Presidente del Consiglio a Primo ministro. Il complesso delle modifiche proposte, che interessano anche la disciplina del rapporto fiduciario, delle crisi di governo e dello scioglimento anticipato delle Camere, fanno sorgere il dubbio se si tratti di una fortissima razionalizzazione del nostro parlamentarismo, o non determini, invece, la creazione di un nuovo modello, di natura ibrida, rispetto alla forma di governo parlamentare.

Facciamo riferimento al progetto elaborato da Stefano Ceccanti (in *federalismi.it, paper*, 25 novembre 2023), il quale partendo dal presupposto della non difendibilità dello *status quo* e da quella che definisce esigenza di una ragionevole manutenzione istituzionale, ripropone l'ipotesi di un premierato nel quale l'investitura popolare del vertice dell'esecutivo non sia rimessa ad un'elezione popolare diretta, ma sia conseguibile in via di fatto per effetto di un nuovo sistema elettorale che colleghi l'elezione parlamentare a del futuro Primo ministro. A questo fine con una riscrittura dell'art. 55 Cost., si prevederebbe l'inserimento in Costituzione di una pluralità di norme di principio sulla cui base la legge elettorale, oltre a favorire la formazione di maggioranze omogenee in entrambe le Camere, dovrebbe prevedere: 1) che le candidature nei collegi uninominali o di lista siano collegate ad un candidato Primo ministro (con modalità poi precisate dalla normativa elettorale); 2) la possibilità di assegnare seggi aggiuntivi alla lista o alla coalizione di liste (o ai candidati uninominali tra loro collegati) che abbiano ottenuto la metà più uno dei voti validamente espressi, con un *favor* per un sistema a doppio turno con eventuale ballottaggio. Inoltre, la normativa elettorale sarebbe circondata dalla garanzia di un eventuale controllo preventivo di costituzionalità, esperibile da una minoranza parlamentare.

All'esito delle elezioni parlamentari, sulla base del novellato art. 92 Cost., il Presidente della Repubblica procederebbe quindi alla nomina del candidato collegato secondo la legge elettorale alla maggioranza parlamentare degli

eletti (art. 92.3 Cost.), cui deve seguire la presentazione del programma di governo al Parlamento in seduta comune entro 10 giorni, senza che sia previsto un voto di fiducia iniziale, (così il nuovo art. 94.1 Cost.); una modalità tipica del parlamentarismo negativo utile a consentire la formazione di gabinetti di minoranza e adottata anche dalla Costituzione francese del 1958. Dobbiamo poi aggiungere che il rafforzamento della posizione del Primo ministro sarebbe garantita dall'estensione del potere di proporre al Capo dello Stato non solo della nomina, ma anche della revoca dei ministri.

Il passaggio dall'attuale procedura bicamerale a quella monocamerale riguardo alla gestione del rapporto fiduciario si estende a tutte le fasi successive; così, le dimissioni del Primo ministro possono essere presentate al Presidente della Repubblica dopo motivata comunicazione al Parlamento in seduta comune e relativa discussione, con una parlamentarizzazione obbligatoria di un'eventuale crisi di gabinetto. Nel caso di dimissioni volontarie del Primo ministro (o di morte o impedimento permanente) il Presidente della Repubblica ha il potere di proporre al Parlamento in seduta comune un nuovo candidato (la riproposizione del dimissionario è espressamente esclusa), per la cui nomina è comunque richiesta l'approvazione a maggioranza assoluta, in difetto della quale entro dieci giorni si procede allo scioglimento anticipato delle Camere. Si tratta di un elemento di flessibilità del nuovo sistema, che non accoglie, quindi, la regola «*simul-simul*», anche se viene fortemente ridotta la discrezionalità del Capo dello Stato in ordine al potere di dissoluzione del Parlamento.

Il disegno riformatore si completa con la previsione della mozione di sfiducia costruttiva, che può essere presentata da un quarto dei componenti del Parlamento, con l'espressa indicazione del nuovo candidato alla carica di Primo ministro. Anche il voto sulla mozione di sfiducia costruttiva sarebbe rimesso al Parlamento in seduta comune, chiamato nuovamente a deliberare con la maggioranza assoluta dei suoi componenti; se la proposta viene approvata, il presidente della Repubblica deve quindi procedere alla nomina del nuovo Primo ministro.

Trovarebbe infine un'espressa disciplina costituzionale anche l'istituto della questione di fiducia, che resterebbe proponibile oltre che su atti politici (quali ordini del giorno, mozioni o risoluzioni), anche con riguardo all'approvazione di un disegno di legge ordinaria o di eventuali emendamenti; una proposta che porterebbe a costituzionalizzare regole che si sono affermate in via di prassi, con un ulteriore rafforzamento della posizione del Governo dinanzi alle Camere, che anche in questa eventualità si dovrebbero pronunciare in seduta comune, con un voto per appello nominale per il quale non sembrerebbe prevista una maggioranza particolare. Questa analitica disciplina del rapporto fiduciario si completa stabilendosi che la presentazione di una que-

stione di fiducia inibisce quella di una mozione di sfiducia, ancora una volta con un *favor* per l'esecutivo.

Il rafforzamento del potere esecutivo e della stabilità del governo opererebbe quindi sul duplice versante dell'investitura contestuale della maggioranza parlamentare e del «suo» primo ministro e della permanenza in carica del governo, che potendo disporre della questione di fiducia è facilitato nell'attuazione del proprio programma e la cui rimozione diventa possibile se si coalizza una maggioranza parlamentare assoluta in grado di esprimere un nuovo leader.

Riguardo, infine, alla disciplina dello scioglimento anticipato delle Camere, la disciplina attuale viene mantenuta per larghi tratti, con l'introduzione di alcuni automatismi che rafforzano il ruolo del Primo ministro. Intanto, in caso di mancata approvazione di una questione di fiducia quest'ultimo, in alternativa alle proprie dimissioni potrebbe chiedere ed ottenere entro un termine molto breve (tre giorni) al Capo dello Stato di indire nuove elezioni anche nel periodo del semestre bianco, eccezion fatta per il caso in cui il Parlamento in seduta comune proceda all'approvazione di una mozione di sfiducia costruttiva che porti entro dieci giorni alla formazione del nuovo governo.

Nel suo complesso, soprattutto se si guarda alle regole in entrata, la proposta in questione non costituisce, almeno per i suoi tratti essenziali, una novità assoluta; come lo stesso Ceccanti ricorda nella sua presentazione, essa riprende la Prima Tesi del programma dell'Ulivo presentato nel 1986 e, almeno per quanto riguarda le modalità di investitura del vertice dell'esecutivo in collegamento preventivamente del candidato con le liste o le coalizioni di liste presentate per le elezioni delle Camere, già in passato erano state presentate delle proposte di analogo contenuto. Il riferimento è al d.d.l. costituzionale A.S. n. 1622 del 2002 (primo firmatario il Sen. G. Tonini), «Norme per la stabilizzazione della forma di governo intorno al Primo Ministro e per il riconoscimento dello Statuto dell'Opposizione», che prefigurava un collegamento del candidato alla carica di Primo ministro con i candidati dei collegi uninominali maggioritari alle elezioni parlamentari; con la conseguenza che la scelta del Capo dello Stato in ordine alla successiva nomina era vincolata al risultato elettorale, con la possibilità per il Primo ministro di chiedere lo scioglimento anticipato delle Camere in caso di sfiducia (c.d. norma antiribaltone).

Sostanzialmente sulla stessa linea anche il d.d.l. A.S. n. 1889 del 2003 (Malan e altri), ove si prevedeva che il nome del candidato premier fosse esplicitamente indicato sulla scheda elettorale e collegato alla coalizione vincente e che una volta nominato questo acquisisse il potere pieno di nomina e revoca dei ministri e di scioglimento anticipato delle Camere. Soluzione che in parte si era poi concretizzata con l'approvazione dell'art. 1.5, l. n. 270/2005 (di ri-

forma della legge elettorale, c.d. *porcellum*), che obbligava le liste o le coalizioni a indicare preventivamente il loro «capo». Regola che, come ben sappiamo, è stata applicata in tre diverse consultazioni elettorali (2006, 2008 e 2013), prima che Corte cost. n. 1/2014 accertasse l'incostituzionalità della formula elettorale congegnata da quella legge.

L'ipotesi del premierato non elettivo (*rectius*: indirettamente elettivo) si configura certo come una soluzione meno dirompente rispetto alle altre sul tappeto, ma a sua volta comporta una forte limitazione del ruolo del Presidente della Repubblica e gli automatismi che essa introduce irrigidiscono fortemente la flessibilità propria della forma di governo parlamentare, con un'ibridazione di elementi che sono confermati dalla clausola che imporrebbe l'incandidabilità alla carica di Primo ministro di chi abbia svolto tale funzione per due legislature consecutive, una previsione (ripreso da quanto stabilito per i presidenti di giunta regionale dall'art. 2.1 lett. f), l. n. 165/2004 e per i sindaci dall'art. 51.2 T.U.E.L), certo opportuna per impedire un'eccessiva e prolungata concentrazione di potere nelle mani della stessa persona, ma sintomatica di una visione presidenziale (in questo senso le previsioni del XXII emendamento della Costituzione USA o dell'art. 6.2 Cost. francese 1958), piuttosto che tipica dei sistemi parlamentari (si pensi ai quattro mandati consecutivi di Kohl e Merkel in Germania, o ai casi di Thatcher e Blair nel Regno Unito, certamente eccezionali ma non preclusi da divieti costituzionalmente imposti).

Ma anche in questo caso il difetto maggiore della proposta è riferibile alla sua parzialità, prendendo in considerazione soltanto il profilo della stabilità del governo, senza occuparsi dell'evidente necessità di realizzare forme di riequilibrio istituzionale che, a fronte dell'evidente depotenziamento del ruolo di intermediazione politica del Capo dello Stato, richiederebbe in funzione di contrappeso un consistente irrobustimento dell'istituzione parlamentare, con particolare riguardo ai poteri di controllo politico e, soprattutto, con riferimento all'esercizio della funzione legislativa, che andrebbe riparlamentarizzata, limitando drasticamente le possibilità di ricorso alla decretazione d'urgenza ed all'uso sistematico e costante della questione di fiducia.

Un aspetto di questa proposta merita, tuttavia, attenzione, se si condivide l'opportunità di procedere ad una razionalizzazione più incisiva del nostro sistema parlamentare; il riferimento è alla serie di previsioni sulla cui base il rapporto fiduciario non si instaurerebbe più con ciascuna delle due Camere, bensì con il Parlamento in seduta comune. Anche in questo caso nulla di nuovo sotto il sole, se è vero che si tratterebbe di un ritorno alla proposta inizialmente elaborata, per iniziativa anche in questo caso dell'on. Tosato, in seno all'Assemblea costituente; come noto il progetto di costituzione elaborato dalla Commissione dei 75 e presentato all'Assemblea plenaria nel gennaio del

1947, stabiliva che la fiducia al governo fosse accordata con voto nominale, su una mozione motivata, dalla maggioranza assoluta dai componenti dell'Assemblea nazionale (integrata sia dai deputati che dai senatori), di fronte alla quale il governo si doveva presentare entro 8 giorni dalla sua formazione, proprio per chiederne la fiducia (art. 87 del progetto). Allo stesso modo se il governo, dopo avere ricevuto un voto di sfiducia da parte di una delle Camere non aveva intenzione di dimettersi, doveva convocare l'assemblea nazionale che si sarebbe pronunciata, anche in questa evenienza, su una mozione motivata (in questo caso senza indicazione la maggioranza richiesta) (art. 88 del progetto). Come già rilevato da Leopoldo Elia (nel discorso tenuto quale Presidente emerito dinanzi alla Corte costituzionale il 29 febbraio 2008 per celebrare il 60° Anniversario della Costituzione) questo disegno, coerente con le finalità dell'o.d.g. Perassi e della scelta consapevole di introdurre una forma di parlamentarismo razionalizzato, perseguiva «l'intento stabilizzatore della continuità di governo da una parte e il tentativo di non rendere più difficile con il bicameralismo l'efficienza del potere governativo».

Oggi la via maestra da seguire in Italia dovrebbe essere quella di una riforma del bicameralismo (a nostro avviso irrinunciabile, come nella tradizione comune di tutte le democrazie di grandi dimensioni nessuna delle quali è caratterizzata da assetti monocamerali), con una differenziazione delle due Camere, che lasciasse alla sola Camera dei deputati il compito di far valere la responsabilità ministeriale; ma nell'impossibilità di procedere per la strada maestra, non va trascurata la possibilità di un ritorno alle origini, con una disciplina del rapporto fiduciario strutturato in una modalità monocamerale. Anche a questo proposito le risultanze della comparazione costituiscono un ausilio importante; la regolarità è oggi rappresentata dal bicameralismo differenziato e asimmetrico, laddove quello paritario, ormai anacronistico, costituisce un'assoluta eccezione, operando solo in Romania, ove, comunque, il potere di votare la fiducia/sfiducia all'esecutivo è rimesso dall'art. 102 Cost. proprio al Parlamento in seduta comune (che approva ex art. 62 anche il bilancio dello Stato). Una soluzione "alla rumena" non pare quindi disprezzabile almeno in questo caso.

#### **4. I contenuti del disegno di legge presentato dal Governo Meloni e la proposta di elezione del Presidente del consiglio a suffragio popolare**

Sono cinque, a nostro avviso, i punti cardinali che costituiscono il nucleo del già menzionato d.d.l. n. 935, ovvero:

1) l'elezione diretta del Presidente del Consiglio (sorprensamente viene mantenuta la denominazione attuale, senza introdurre quella di Primo ministro, che risponderebbe meglio ai contorni della nuova figura che viene con-

figurata ed al ruolo preponderante ad essa conferito), contestuale con quella delle Camere e per una durata prefissata (5 anni).

2) L'attribuzione di un premio di maggioranza predeterminato dalla legge elettorale (che dovrebbe garantire il rispetto dei principi di rappresentatività e governabilità) nella misura fissa del 55% dei seggi in entrambe le Camere alle liste e ai candidati collegati al Presidente del Consiglio, a sua volta eletto in una delle due Camere.

3) L'obbligo per il Presidente della Repubblica di conferire al Presidente del Consiglio eletto, cui spetta il potere di proposta dei ministri, l'incarico di formare il governo.

4) La presentazione del nuovo governo alle Camere per ottenerne la fiducia entro dieci giorni; in caso di voto negativo si procede ad una sorta di appello, con il rinnovo dell'incarico al Presidente eletto ed eventuale automatico scioglimento delle Camere nel caso di ulteriore diniego della fiducia.

5) Nel caso di apertura di una crisi in corso di legislatura per cessazione della carica del Presidente del Consiglio non altrimenti precisata (quindi oltre che per dimissioni spontanee, morte o impedimento permanente si deve presumere anche in conseguenza della mancata approvazione di una questione di fiducia o dell'accoglimento di una mozione di censura), al Presidente della Repubblica è consentita l'alternativa tra il conferimento di un nuovo incarico al premier dimissionario o ad un altro parlamentare eletto in collegamento con quest'ultimo, senza possibilità di un mutamento di indirizzo politico e al solo fine di proseguire nell'attuazione del programma di governo sul quale era stata votata la fiducia iniziale. Se il nuovo governo non ottiene la fiducia o negli altri casi di cessazione dalla carica del Presidente subentrante si procede allo scioglimento delle Camere.

A queste previsioni se ne aggiungono due di ulteriori, che possiamo definire di contorno, anche se le stesse assumono un significativo valore simbolico. La prima consiste nell'eliminazione della possibilità di scioglimento di una soltanto delle due Camere, sulla base dell'argomento richiamato nella relazione al d.d.l. della perdita della *ratio* originaria della norma collegata alla diversa durata delle Camere e, pertanto della desuetudine di questo potere. Un'opera di manutenzione superflua rispetto agli obiettivi primari della riforma, che pare sottintendere la preferenza per un monocameralismo funzionale e di fatto, secondo quanto risulta dall'imposizione di regole elettorali uniformi per le due Camere, condizione necessaria (ma forse non sufficiente) per conseguire quell'assoluta omogeneità politica tra premier eletto e maggioranze parlamentari a suo sostegno. Paradossalmente, però, il circuito fiduciario manterrebbe il suo carattere bicamerale, con l'attuale duplicazione delle procedure.

La seconda, con l'abrogazione integrale dell'art. 59 Cost., porta all'eliminazione per il futuro (nella relazione si parla di superamento) della figura dei senatori a vita di nomina presidenziale; una norma transitoria precisa che restano in carica quelli nominati fino ad oggi, *ergo*, fermo restando che questa carica sarà ancora riconosciuta agli ex Presidenti della Repubblica, non si potranno più avere nuovi senatori a vita di nomina presidenziale. La giustificazione di questa scelta viene ricondotta ad una duplice motivazione: ampliare la legittimazione democratica al maggior numero di istituti della forma di governo e, in secondo luogo, adeguarsi alla riforma costituzionale che ha ridotto il numero dei membri del Senato, per non ostacolare l'affermazione del principio maggioritario. Un'argomentazione, quest'ultima, piuttosto risibile, considerato che la previsione di una maggioranza garantita del 55% non potrebbe matematicamente venir meno neppure nel caso in cui tutti i senatori a vita si schierassero con le opposizioni. Se colleghiamo, invece, questa previsione con quella, già richiamata, che impone quale presupposto soggettivo per ricoprire la carica di Presidente del Consiglio l'essere un parlamentare eletto in nome di una necessaria legittimazione democratica (requisito che viene espressamente rivendicato nella relazione di accompagnamento come uno dei cinque punti qualificanti della riforma, invocando la necessità che si tratti di un parlamentare sottoposto al voto popolare e non un soggetto esterno al circuito del suffragio), si comprende come l'obiettivo perseguito sia quello di impedire in ogni caso la costituzione di governi guidati da personalità che non esercitano la politica come professione, anche mediante aggiramenti che portino alla preventiva nomina alla carica di senatore a vita potenziali candidati alla guida dell'esecutivo, come avvenuto nel caso di Mario Monti. L'avversione per i c.d. governi tecnici è uno dei crittotipi di questo disegno riformatore, ma su questa base arrivare all'eliminazione dei senatori a vita sembra eccessivo; certo si può discutere sul carattere più o meno obsoleto di questa figura, ma sarebbe opportuno farlo alla luce di una riflessione più ampia che affronti il tema di riforma dell'istituzione parlamentare nel suo complesso; ma il progetto che stiamo esaminando non si occupa affatto di tali questioni, assumendo la falsa prospettiva della inutilità di un rafforzamento del principale soggetto in cui si esprime la rappresentanza popolare ed il pluralismo politico presente nel Paese.

#### **4.1 Le criticità del d.d.l. cost. n. 935**

Una qualche considerazione può essere sviluppata riguardo alla coerenza tra le motivazioni addotte nella relazione al d.d.l. di revisione ed il testo dell'articolato, nonché alla fondatezza di alcune delle motivazioni stesse.

Il punto di partenza riposa nell'osservazione secondo cui l'intervento riformatore risulta necessario per affrontare le criticità ormai conclamate e «so-

stanzialmente condivise a livello istituzionale, scientifico e di opinione pubblica» della nostra forma di governo, consistenti nell'instabilità dei Governi, nell'eterogeneità e volatilità delle maggioranze, nel «transfughismo parlamentare». La terapia, attraverso le misure di razionalizzazione che abbiamo sopra descritto (elezione diretta del Presidente del Consiglio e stabilità della carica per il legame stretto che viene realizzato con una maggioranza parlamentare solida e precostituita), mira a consolidare il principio democratico consentendo al “corpo elettorale di determinare l'indirizzo politico della Nazione” e favorire la determinazione di indirizzi politici di medio-lungo periodo, finora impediti da crisi di governo sopravvenute in corso di legislatura e da comportamenti parlamentari ispirati a trasformismi; l'investitura del leader e la selezione di una maggioranza parlamentare ad esso collegata consentirebbe un ribaltamento di questa prospettiva. Non solo, questa «restituzione dello scettro al principe» (gli elettori), sarebbe in grado di ridurre la disaffezione verso la politica dei cittadini ed il marcato astensionismo elettorale che ne deriva, consentendo loro di selezionare delle istituzioni decidenti ed eventualmente di confermare o non confermare la classe dirigente nelle successive tornate elettorali.

Le aspettative sono piuttosto alte e per la maggior parte rischiano di essere deluse. Partendo dalla finalità richiamata per ultima, ritenere che l'elezione diretta del vertice del governo favorisca inevitabilmente una partecipazione più consistente alle consultazioni elettorali, così superare la crescente disaffezione elettorale che si sta manifestando da alcuni decenni, ci pare una semplificazione rispetto ad un problema assai più complesso, che ha motivazioni profonde e di non breve periodo. Oltre ai profondi mutamenti sociali degli ultimi decenni ed al crescente disinteresse per la politica delle generazioni più giovani, l'astensionismo crescente ed ancora di più la drastica riduzione del tasso di partecipazione politica è un fenomeno che interessa tutte le democrazie mature e trova le sue ragioni principali nella crisi dei partiti e nella limitata capacità di rappresentanza che essi sono in grado di esprimere, con sistemi politici (tra i quali il nostro) destrutturati rispetto al passato e, nel caso italiano, da formule elettorali poco trasparenti, che comprimono la libertà di scelta degli elettori che percepiscono la scarsa utilità del proprio voto. A prescindere dal rilievo che non costituirebbe un grosso passo avanti incentivare la partecipazione popolare solo nel giorno delle elezioni, assecondando una idea di democrazia meramente elettorale e plebiscitaria, è noto, come ci insegnano gli sviluppi recenti dell'esperienza francese (e anche delle stesse elezioni regionali in Italia). In questa fase storica l'elezione a suffragio universale di cariche monocratiche sta producendo (a cominciare dalla Francia) effetti di personalizzazione della politica, con effetti disgreganti per gli assetti partitici consolidati e riduce il valore delle elezioni delle assemblee legislative (in Francia nel-

le elezioni legislative del 2017 e del 2022 l'affluenza la voto è stata ben inferiore al 50% degli aventi diritto), percepite come di rilievo secondario, a discapito, quindi, del principio di rappresentanza. Soluzioni istituzionali di questo tipo concorrono, inspiegabilmente, a rafforzare l'ormai generalizzato predominio dei governi nei confronti delle assemblee parlamentari, favorito in Europa dalle prevalenti modalità di gestione intergovernativa di cui si avvale l'Unione.

In definitiva, l'effetto auspicato molto difficilmente potrà essere prodotto da una terapia, incentrata sulla scelta di una persona, poco adatta alla patologia, per curare la quale non esistono scorciatoie; la strada maestra, sempre che sia sufficiente, resta quella della riforma generale della politica, secondo quanto abbiamo già rilevato in precedenza.

Diversi passaggi del progetto di revisione richiedono poi un'analisi puntuale; riguardo alla contestualità dell'elezione del premier e di quella della Camere, come è stato puntualmente rilevato da un osservatore attento (E. Caterina, *Sulla misteriosa sparizione della "scheda unica" dal ddl costituzionale sul "premierato"*, *lacostituzione.info*, 4 dicembre 2023), si è registrata una differenza macroscopica rispetto al progetto originariamente diffuso a seguito dell'approvazione in Consiglio dei ministri e pubblicizzato con un comunicato stampa ufficiale del 3 novembre 2023, secondo il quale la contestualità dell'elezione si sarebbe realizzata mediante l'uso di "una medesima scheda". Ovvero, con un solo voto si sarebbe dovuto procedere sia all'elezione dei membri delle due Camere che del Presidente del Consiglio, escludendosi la possibilità di un voto distinto per ciascuno dei tre organi. Le ragioni della soppressione di questo inciso non sono, ovviamente, note, né si conosce «la mano» che vi ha provveduto, ma certo si tratta di una variante non secondaria. La formula originariamente utilizzata rendeva del tutto palese il riconoscimento di un valore decisivo e assorbente dell'elezione del premier ed il carattere solo accessorio di quella dei componenti delle due Camere, ma aveva anche il difetto di mostrarsi come manifestamente incostituzionale, coartando la libertà di voto degli elettori e, quindi, dello stesso principio di sovranità popolare, oltre a violare il principio del bicameralismo, che pone il divieto di un'elezione abbinata dei due rami del Parlamento e quello della separazione dei poteri, che richiede un'investitura distinta del potere esecutivo rispetto a quello legislativo.

D'altra parte, premesso che lo sfasamento temporale dei diversi momenti elettorali relativi all'elezione del Presidente e delle Camere è una delle tecniche più diffuse per bilanciare i rapporti tra i poteri, lo stesso concetto di contestualità che viene utilizzato è suscettibile di plurime interpretazioni: significa soltanto che le elezioni del premier e delle Camere si svolgono nello stesso giorno o, invece, che deve realizzarsi una forma di collegamento più intenso,

al momento peraltro non precisato? Dubbi che potrebbero essere sciolti solo da una nuova legge elettorale che appare assolutamente necessaria e che, per rispettare i vincoli che le sarebbero imposti dalla nuova normativa costituzionale, deve impedire la formazione di maggioranze diversificate nelle due Camere. Si è osservato (da parte di M. Cartabia, v. *infra*) che riforma costituzionale e nuova legge elettorale deve procedere insieme e che la prima non potrà produrre effetti abrogativi prima dell'entrata in vigore dell'altra, «pena la paralisi del sistema». Si tratta di un'ulteriore criticità delle proposte in discussione e, in attesa di ulteriori sviluppi, qui ci dobbiamo fermare.

Il secondo punto della proposta che suscita fortissime perplessità attiene alla previsione di un premio di maggioranza assegnato su base nazionale che garantisca alle liste ed ai candidati collegati al Presidente del Consiglio eletto il 55% dei seggi in entrambe le Camere, senza peraltro indicare nessuna soglia minima di consenso per ottenere questo risultato, con la concreta possibilità che il premio sia assegnato da una maggioranza relativa molto bassa (anche la soglia del 40% dei voti in un turno unico, di cui si parlato in alcune occasioni, pare molto distante e sproporzionato dalla consistenza parlamentare che si conseguirebbe). Un primo rilievo riguarda l'opportunità di inserire Costituzione una previsione così specifica (di solito i testi costituzionali o tacciono sui sistemi elettorali o si limitano ad indicare dei principi generali da seguire, come l'indicazione di una formula genericamente proporzionale), in contrasto anche con le indicazioni della Commissione di Venezia, che ha raccomandato più volte di limitarsi inserire nei testi costituzionali solo i principi fondamentali del sistema elettorale, al fine di garantirne la necessaria flessibilità e precludere la possibilità di successivi sviluppi. Una critica severa va rivolta invece alla previsione con la quale si stabilisce l'assegnazione di un premio di maggioranza molto elevato, predeterminato in misura fissa, senza nessuna indicazione relativa alle modalità di votazione (turno unico? doppio turno?) e, soprattutto senza prevedere una soglia minima di voti da conseguire per beneficiare del premio. Una norma così congegnata appare *ictu oculi* manifestamente incostituzionale per violazione di una serie di principi fondamentali, quali quelli ricavabili dagli art. 1 (sovranità popolare), 3 e 48 (egualianza del voto), 67 (rappresentanza politica) della Costituzione; principi che la Corte costituzionale ha già utilizzato in occasione delle sentenze n. 1/2014 e n. 35/2015. Questo *vulnus* che è stato evidenziato in più di una delle audizioni svolte dinanzi alla 1° Commissione del Senato (v., per tutte quella di Marta Cartabia del 28 novembre 2023), con la considerazione che, trattandosi di principi supremi, gli stessi costituiscono un limite invalicabile per lo stesso legislatore costituzionale. Una forzatura su questo punto potrebbe quindi aprire uno scontro istituzionale che sarebbe preferibile evitare, con il Giudice delle leggi posto di fronte all'alternativa tra fare un passo indietro rispetto ai

propri precedenti, abdicando così alla propria funzione di garanzia, o contrapporsi al volere della maggioranza (eventualmente confermato dal referendum), con tutti i rischi che ne potrebbero conseguire in termini di legittimazione.

Riguardo poi al procedimento di formazione del Governo articolato in due fasi distinte, limitare il primo passaggio ad un mero conferimento di incarico (per il Capo dello Stato si tratta di un atto dovuto) al Presidente del Consiglio pare una contraddizione con l'avvenuta elezione diretta; d'altra parte l'art. 94.3 Cost. riformato subordinerebbe l'entrata in carica dell'esecutivo al conseguimento della fiducia parlamentare (per la quale non viene indicata una soglia: anche qui in maniera poco comprensibile, tenuto conto della garanzia della maggioranza assoluta conseguente alla formula elettorale). Va rilevato come si tratti di una previsione spuria rispetto al modello teorico del neoparlamentarismo, per il quale è sufficiente l'elezione del premier e la scelta dei ministri da questi effettuata e simile, invece, a quanto era stato previsto dal sistema israeliano sommariamente descritto poco sopra.

In effetti non appare del tutto chiara la *ratio* di questa regola, che segue una logica opposta rispetto a quella dominante dell'investitura diretta del premier, rendendo possibili trattative politiche per l'attribuzione dei dicasteri e la spartizione del potere (non per la definizione del programma che, per ragioni di coerenza sistemica, dovrebbe essere presentato agli elettori); in un contesto che si prevede di coalizione, si tratta di un fattore condizionante dell'azione del Presidente del Consiglio, potenzialmente generatore di conflitti e, quindi, di instabilità, tenuto anche conto che è previsto un secondo passaggio parlamentare ove nel primo non si sia ottenuta la fiducia. Il *surplus* di legittimazione politica conferito dall'elezione diretta e la sanzione prevista dalla medesima norma in caso di mancata instaurazione del rapporto fiduciario (scioglimento immediato e automatico delle Camere) non costituiscono una garanzia assoluta per un esito comunque positivo di questo passaggio; anche se i rischi paiono limitati, la farraginosità di questa procedura non la esime da un giudizio decisamente negativo.

Un'ulteriore particolarità di questa proposta, che la distacca dal modello di forma di governo neoparlamentare è la mancata previsione, almeno in maniera esplicita, della regola del *simul stabunt simul cadent*, né a vantaggio del premier, né per decisione parlamentare; al contrario, viene introdotta una deroga ad essa anche in corso di legislatura. La possibilità che in caso di dimissioni del Presidente del Consiglio, il Capo dello Stato possa conferire un ulteriore incarico allo stesso soggetto dimissionario o ad altro parlamentare candidato «in collegamento con il Presidente eletto», fermo restando per quest'ultimo l'obbligo di attuare gli indirizzi programmatici stabiliti al momento della concessione della fiducia al Governo in avvio di legislatura, costi-

tuisce una previsione di non facile lettura, anche perché inedita nel panorama offerto dalla comparazione (in alcuni sistemi presidenziali è prevista l'elezione contestuale del presidente e del vice presidente, ma si tratta di un accorgimento necessario dettato dalla durata fissa dei mandati elettorali, mentre nelle altre forme di governo resta sempre la possibilità dello scioglimento anticipato delle camere).

Pur nel rigido perimetro che viene tracciato, si tratta di un elemento di flessibilità che contraddice al principio di investitura che si vuole imporre in generale, consentendo l'apertura di una seconda fase politica nella quale tornano ad essere centrali le mediazioni tra i gruppi parlamentari di maggioranza e dei rapporti di forza che vengono a determinarsi a legislatura inoltrata, a fronte anche di eventuali perdite di consenso da parte del Presidente eletto, logorato dall'attività di governo ed insidiato dai suoi alleati. Da una mera interpretazione letterale di quanto scritto si ricava che gli unici limiti imposti riguarderebbero la figura del nuovo premier (che non potrebbe avere un'estrazione politica esterna rispetto all'area della maggioranza elettorale e tanto meno potrebbe essere una personalità esterna al Parlamento), non anche dell'eventuale nuova maggioranza a suo sostegno che potrebbe almeno in parte essere modificata, sia con la sostituzione di alcuni parlamentari che con l'integrazione da parte di altre forze politiche, con buona pace del trasformismo e del transfughismo che si vorrebbe contrastare. La presenza di questo doppio circuito consente un'applicazione ambigua delle nuove regole proposte e solo la prassi determinata dalle convenzioni che il sistema politico sarà in grado di sviluppare potrebbe essere in grado di svelare se una delle due anime prenderà il sopravvento sull'altra o se tra le stesse si stabilirà una convivenza, alternandosi tra loro cicli politici diversi. Non si può negare, tuttavia, che consentire questo passaggio di consegne contraddice lo spirito della riforma: il deputato o senatore subentrante non è stato certo scelto dal popolo per guidare il governo, così come il mancato ricorso a questa possibilità farebbe riemergere interamente la logica del *simul stabunt simul cadent*.

Quello italiano resta un sistema di multipartitismo ben poco temperato (per la sua multipolarità frammentata, per i rapporti conflittuali tra forze politiche omogenee e comunque tra loro alleate, per la fluidità dei consensi elettorali che modificano costantemente il quadro politico, per le difficoltà di far emergere leadership stabili: fattori sui quali, come abbiamo cercato di spiegare potrebbe incidere solo una legge elettorale ben congegnata con formula proporzionale selettivo, in collegi almeno in parte uninominali ed una consistente soglia di sbarramento a livello nazionale). Se è vero che i protagonisti di questo sistema si distinguono per la propensione ad applicare le regole esistenti per ottenere il massimo dei vantaggi nell'immediato e per il proprio particolare tornaconto, salvo improbabili conversioni pare difficile che la

scorciatoia dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio possa incidere in maniera consistente su atteggiamenti di lungo periodo ormai endemici e ben radicati.

#### **4.2 Le ricadute sull'assetto costituzionale dei poteri: gli organi di garanzia**

I tre progetti di riforma su cui ci siamo soffermati presentano tra loro diversità piuttosto rilevanti: quello che propone l'elezione del «sindaco d'Italia» è quello che più si avvicina alla forma di governo neoparlamentare; quello definibile come premierato non elettivo resta più vicino al modello parlamentare; quello presentato dal Governo, infine, si colloca in una posizione intermedia ibridando elementi che lo rendono confuso.

Emerge, tuttavia (soprattutto nella prima e nella terza proposta), un approccio comune, volto ad esaltare la figura ed il ruolo del Primo ministro, che in virtù dell'elezione diretta si trasformerebbe in un vero e proprio dominus delle istituzioni repubblicane. Per quanto si proponga di modificare un numero limitato di articoli della Costituzione (solo quattro tanto in quello governativo, che in quello di cui è primo firmatario il sen. Renzi), la riforma messa in cantiere non può definirsi minimale (nonostante i messaggi rassicuranti che vengono lanciati: cfr. F.S. Marini, *Il premierato spiegato agli scettici*, *Libero*, 1/12/2023, ove si legge che si intende agire «in continuità con il sistema parlamentare e di favorire un intervento minimale e sintonico alla nostra tradizione costituzionale»), bensì radicale, per gli effetti a cascata che da essa deriverebbero direttamente sull'equilibrio complessivo dei poteri attualmente esistente e sui rapporti con gli altri organi costituzionali di vertice: il Parlamento e il Presidente della Repubblica. Come in un sistema di vasi comunicanti, se da una parte sale il livello, dall'altra, inevitabilmente, il livello scende.

La scelta di procedere ad un'elezione diretta del primo ministro, anziché del Presidente della Repubblica, ipotesi dalla quale si era preso le mosse, è stata giustificata dall'esigenza di salvaguardare i poteri del Capo dello Stato per come sono attualmente definiti e, soprattutto quel ruolo di garante della costituzione esercitato con continuità ed efficacia nell'intera esperienza repubblicana, diversamente dalla prassi di altri sistemi parlamentari più stabili del nostro. Si tratta di un'*excusatio non petita*, coperta da un velo di ipocrisia, in quanto non è vero affatto che la soluzione del premierato sarebbe meno impattante sulla posizione arbitrale rivestita dal Presidente della Repubblica, laddove il passaggio ad una forma di governo presidenziale o semipresidenziale, lo trasformerebbero in un organo di governo, mutandone completamente la natura.

Se però guardiamo ai contenuti delle riforme in cantiere ed agli effetti che ragionevolmente sembrano in grado di determinare, va osservato che il Presi-

dente della Repubblica verrebbe a perdere quei poteri di intermediazione politica di cui oggi dispone (che in dottrina sono qualificati come atti quanto meno duumvirali, per i quali il concorso della volontà del Presidente non può mai fare difetto) e che beneficiano di quei margini di flessibilità che sono risultati utili per affrontare situazioni di crisi, talora non previste e di non facile superamento; quello di soluzione delle crisi di governo e di nomina del Presidente del consiglio e, su proposta di questi, dei Ministri, sarebbe assorbito dall'investitura popolare del premier; anche quello di scioglimento anticipato delle Camere, si trasformerebbe in una funzione notarile, con una mera ratifica della decisione manifestata dal Presidente del consiglio con le sue dimissioni o dell'approvazione di una mozione di sfiducia parlamentare (nel caso dell'adozione della regola del *simul*) e sarebbe drasticamente ridotto anche se la disciplina dell'istituto diventasse quella del d.d.l. governativo.

Va considerato che i poteri di intermediazione politica sono stati quelli sulla cui base il Presidente della Repubblica italiana ha costruito la sua forte legittimazione (diversamente da quanto si è verificato in altre repubbliche parlamentari caratterizzate da una maggiore stabilità come quella tedesca, mentre non si possono fare confronti con le monarchie parlamentari), tale da supportare anche l'autonomia di decisione riguardo all'esercizio di altri poteri, in particolare quelli di garanzia in senso proprio (come la nomina dei giudici costituzionali) o di controllo (ad esempio la promulgazione delle leggi e l'emanazione dei decreti). Un mutamento radicale della forma di governo richiede sempre la stipula di nuove convenzioni tra i titolari delle massime cariche pubbliche e la formazione di nuove prassi che, al momento, non sono prevedibili; è comunque ipotizzabile che in un sistema nel quale uno dei due organi monocratici di vertice (in questo caso il Presidente del consiglio) ricopre la sua carica in forza di una elezione popolare ed è quindi investito di una legittimazione politica molto più forte, l'altro venga ad assumere una posizione decisamente più marginale, con una compromissione delle stesse funzioni di controllo e di garanzia costituzionale, che difficilmente potrebbero essere esercitate come limiti alle decisioni della maggioranza di governo. Un garante dimezzato, come il visconte calviniano.

Ciò considerato, le valutazioni in base alle quali si è affermato che la soluzione premierale è quella meno altera l'impianto costituzionale esistente non può essere condivisa, essendo vero il contrario, per lo svuotamento che si determinerebbe in ordine alle attribuzioni presidenziali e la conseguente marginalizzazione del ruolo del Capo dello Stato, indipendentemente dalla maggioranza parlamentare che lo ha eletto, restando diversa la durata delle rispettive cariche.

A queste considerazioni si deve aggiungere che per effetto del conferimento del 55% dei seggi nelle due Camere alle liste che sostengono il Presidente

del Consiglio eletto, dopo il terzo scrutinio queste ultime disporrebbero di una maggioranza più che assoluta per l'elezione del Capo dello Stato, che potrebbe essere realisticamente decisa sulla base di una scelta di parte, senza un coinvolgimento delle altre forze politiche, come nella prassi del nostro parlamentarismo. Un difetto di condivisione che muterebbe decisamente il ruolo del Capo dello Stato, depotenziandone ulteriormente le funzioni di garanzia costituzionale, sia che si tratti di controllare le attività del Governo, che di presiedere il Consiglio superiore della magistratura, che di scegliere i cinque giudici costituzionali di nomina presidenziale.

Peraltro, la maggioranza assoluta dei voti nelle due Camere è un requisito sufficiente per approvare qualsiasi legge di revisione costituzionale, salvo, ovviamente la conferma referendaria ove richiesta dalle minoranze, ciò che renderebbe l'intera Costituzione più facilmente disponibile per una sola parte politica, con un indebolimento significativo dello stesso principio supremo della rigidità costituzionale.

Si tratta di un problema di carattere generale che era già stato sollevato in passato; il passaggio ad un sistema improntato ad una logica maggioritaria e, a maggior ragione, quando questa risulta drogata dal conferimento di un premio che altera i reali rapporti di forza presenti a livello sociale e politico, richiederebbe una revisione dei quorum attualmente previsti dalla Costituzione, con un loro innalzamento dalla maggioranza assoluta a quella qualificata, possibilmente quella dei due terzi, secondo quanto sarebbe quindi necessario innanzi tutto per l'art. 83, che per l'art. 138 Cost. (e forse anche per l'art. 81 dopo la novella del 2012).

La stessa maggioranza dei tre quinti stabilita per l'elezione dei giudici costituzionali (art. 3 cost. n. 2/1967) e dei membri laici del C.S.M. (in questo caso dopo il terzo scrutinio dei votanti: art. 22 l. n. 195/1958), pari a 360 voti del Parlamento in seduta comune non risulterebbe di molto superiore al numero dei seggi cui la maggioranza elettorale avrebbe diritto (330), rendendo più facile la «cattura» di questi organi, la cui indipendenza è essenziale per la tenuta della stessa democrazia costituzionale, da parte della maggioranza di governo, secondo quanto si è peraltro già realizzato in altre esperienze, che sono state poi definite come democrazie illiberali (basti qui citare Ungheria e Polonia). Riguardo alla Corte costituzionale questa possibilità di allineamento con la parte politica maggioritaria sarebbe favorita se all'elezione parlamentare di giudici affini si sommassero le nomine da parte di un Presidente della Repubblica a sua volta allineato con la maggioranza. L'unico antidoto sarebbe rappresentato dalla diversa durata delle cariche e dall'eventualità di alternanze politiche ravvicinate, ma in ogni caso questa eventualità determinerebbe un ribaltamento della legittimazione su cui si è finora appoggiata la nostra giustizia costituzionale, avvicinandola al modello più politico degli Stati Uniti.

D'altra parte, la sicurezza della maggioranza assoluta conduce ad un annullamento del valore di garantistico delle riserve di legge e consente di esercitare un più rigido controllo sui mezzi di comunicazione di massa e sulle stesse autorità amministrative indipendenti. Un problema si porrebbe anche con riguardo agli stessi regolamenti parlamentari, per i quali il *quorum* stabilito dall'art. 64.1 Cost. si rivelerebbe inadeguato, richiedendosi, anche per questa fonte, l'approvazione con una maggioranza qualificata, per non svilirne eccessivamente il loro valore *super partes*.

La questione è di grande rilievo, non solo teorico e conferma come una riforma che vada a toccare uno dei punti nodali dell'assetto costituzionale come quello dell'investitura del Governo e del suo vertice con le modalità ora proposta sia idonea a produrre effetti a raggiera sull'intero impianto costituzionale, facendo emergere l'esigenza di intervenire anche su altre previsioni della Costituzione, per evitare che si realizzi uno sbilanciamento eccessivo in favore di un solo organo costituzionale e, soprattutto di una sola parte politica.

#### **4.3 I riflessi sul Parlamento e sull'esercizio della funzione legislativa**

Rimane la questione del rapporto con il Parlamento, rispetto al quale tutte le proposte di riforma tacciono, facendo intendere un mantenimento dello *status quo*. Possiamo dedicare all'argomento solo dei brevi cenni, ma va subito rilevato, anche nell'ipotesi preconizzata dal progetto governativo, come le Camere subirebbero una compressione della loro funzione di indirizzo e controllo politico, riducendosi in conferimento della fiducia al Governo un atto pressoché dovuto (non conferire la fiducia equivarrebbe ad un suicidio politico), rispetto ad un programma già definito, che mette in discussione la stessa natura parlamentare del sistema. La stessa approvazione di una mozione di sfiducia o il rigetto di una questione di fiducia potrebbero avere un valore esiziale, per i margini assai limitati che sono previsti per la continuazione della legislatura.

Tutto questo tenendo conto di una situazione di partenza nella quale il Parlamento si trova già in una situazione di debolezza istituzionale e politica (quella «subalternità parlamentare» evocata da M. Fiorillo, cit., 87), con un'attività legislativa dominata dall'alluvione dei decreti-legge, da un uso sistematico della questione di fiducia da parte del Governo per fare approvare le proprie proposte e dalla formulazione di pareri su altri atti normativi, primari e secondari del governo, in assenza di uno statuto dell'opposizione, e con limitatissime possibilità di incidere sui processi decisionali che si sviluppano a livello sovranazionale.

Si tratta di un disinteresse sorprendente, se si considera che nei sistemi che aspirano a funzionare secondo dinamiche di tipo maggioritario viene ricono-

sciuto e valorizzato il ruolo dell'opposizione, con la definizione di appositi statuti integrati anche da garanzie di natura giurisdizionale, quali i ricorsi preventivi o successivi di costituzionalità consentiti alle minoranze o, ancora (si pensi alla Germania) consentendo l'accesso al tribunale costituzionale da parte dei gruppi parlamentari, certamente non surrogabili con interpretazioni estensive dei requisiti soggettivi previsti in Italia per sollevare un conflitto tra poteri dello Stato.

Siamo in presenza di patologie di lunga durata che hanno attraversato le diverse stagioni politiche indipendentemente dalla composizione delle maggioranze (è sufficiente menzionare come già A. Predieri, *il Governo colegislatore*, in G. Cazzola - F. Predieri - A. Priulla, *Il decreto-legge fra Governo e Parlamento*, Milano, 1975, p. XV, mettesse in evidenza questo fenomeno degenerativo parlando di disegni di legge motorizzati), sulle quali sono innumerevoli le critiche avanzate in dottrina (mi preme qui ricordare il numero speciale di questa Rivista – fasc. n. 3/2016, a mia cura su “*Governo vs. Parlamento? Evoluzioni del potere di normazione al tempo della crisi economica*”; ma sulle dinamiche del nostro sistema delle fonti è ora indispensabile la lettura di A. Cardone, *Sistema delle fonti e forma di governo. La produzione normativa della Repubblica tra modello costituzionale, trasformazione e riforme*, Bologna, 2023), ma è anche vero che in quest'ultimo anno e mezzo sono stati battuti tutti i record precedenti, sia per numero di decreti-legge approvati dal Governo che per presentazioni di questioni di fiducia. La media dei decreti legge approvati dal Governo Meloni sfiora i 4 provvedimenti al mese, il dato statistico più alto dei governi italiani e nel 2023, ci risultano approvate 38 leggi di conversione; con riguardo alle questioni di fiducia dai siti web delle Camere si evince che dal 20 dicembre 2022 al 30 novembre 2023 la questione di fiducia è stata posta 26 volte dinanzi all'Assemblea di Montecitorio – in 25 casi per leggi di conversione, più di due volte al mese -, e 16 volte in Senato – 15 per leggi di conversione. Numeri stratosferici se si pensa che comunque l'esecutivo in carica ha ricevuto la fiducia della maggioranza assoluta in entrambi i rami del Parlamento.

In proposito ci sia consentita una provocazione; per eliminare alla radice il problema di cui ci stiamo occupando l'unica strada percorribile sarebbe quella dell'abrogazione *tout court* dell'art. 77 Cost.; d'altra parte, quella della decretazione d'urgenza è una fonte prevista in un numero limitatissimo di ordinamenti costituzionali contemporanei e, se non si considerano alcuni presidenzialismi latino-americani, è stata di fatto utilizzata solo in Spagna nel periodo più recente (soprattutto per far fronte alla crisi dei debiti sovrani ed in periodo di pandemia), anche se con una frequenza ed un'intensità ben più ridotta rispetto a quella italiana e con la compensazione del disuso della delegazione legislativa (per alcuni dati recenti v. Osservatorio sulla legislazione

della Camera dei deputati, *La legislazione tra Stato, regioni e Unione europea. Rapporto 2022-2023*, pp. 161 ss.); una differenza di situazioni solo in parte riconducibile alla diversità della disciplina costituzionale dettata dall'art. 86 Cost. spagnola, più limitante rispetto al nostro art. 77 e, soprattutto all'interpretazione che si è affermata. (per un'analisi più accurata si rinvia a R. Tarchi-D. Fiumicelli, *I poteri normativi di rango primario del Governo nella giurisprudenza costituzionale italiana e spagnola*, in questa Rivista, fasc. n. 3/2016).

Anche a questo proposito l'analisi comparata mostra l'eccezionalità italiana rispetto a tutte le altre democrazie consolidate, allo stesso modo di quanto si verifica per il ricorso alla questione di fiducia. In nessun altro sistema costituzionale paragonabile con il nostro si è consolidata una prassi volta a strumentalizzare l'istituto distorcendone le finalità originarie, con una sua palinogenesi da strumento di carattere straordinario a metodo quotidiano di decisione. Per fare solo due esempi, nella Repubblica federale tedesca dal 1949 ad oggi il *Bundestag* è stato chiamato a pronunciarsi su una questione di fiducia solo cinque volte e sempre su questioni riconducibili all'indirizzo politico generale del governo. Una regola che è stata formalizzata dall'art. 112 Cost. spagnola, che vincola il Presidente del Governo a presentare al *Congreso* questioni di fiducia riferite esclusivamente al suo programma o su una dichiarazione di politica generale. Una previsione, rigorosamente rispettata, che sarebbe opportuna tenere in considerazione per eventuali riforme costituzionali sul punto.

Voglio anche aggiungere che la situazione italiana attuale è ben peggiore di quella che si riscontra nella V Repubblica; il tanto criticato art. 49.4 Cost. francese, a seguito della revisione operata nel 2008, ha ridotto fortemente le possibilità per il Primo ministro di impegnare la responsabilità del Governo di fronte all'Assemblea nazionale, che può farlo solo per i progetti di legge finanziaria, in materia di previdenza sociale e per un'altra proposta di legge a sessione e neppure l'esecutivo attualmente in carica, per quanto di minoranza, sta abusando di questa possibilità.

Le reazioni in Italia sembrano invece andare in senso diverso, accettando la situazione attuale ed adattando ad essa la disciplina costituzionale; abbiamo già ricordato come nella proposta Ceccanti la questione di fiducia troverebbe una sua disciplina esplicita più o meno nei termini attuali, mentre per quanto riguarda la decretazione d'urgenza sono stati depositati in questa legislatura due disegni legge di revisione costituzionale (A.S. nn. 574/2023 e 892/2023) che, prendendo atto delle difficoltà delle Camere di approvare i decreti governativi nei tempi previsti, prevedono un allungamento del termine per la conversione, che passerebbe da 60 a 90 giorni, prendendo una direzione esattamente opposta a quella da noi suggerita.

Il venir meno del potere del Governo di adottare provvedimenti provvisori con forza di legge dovrebbe, ovviamente, essere compensato da una riforma del procedimento legislativo ordinario in grado di consentire iter parlamentari di durata ragionevole e comunque entro dei termini prestabiliti, in modo da consentire che il «governo legiferi attraverso il Parlamento e non come adesso, fuori dal o nonostante il Parlamento».

### 5. Le riforme possibili

Questo nostro intervento si è focalizzato sull'analisi delle proposte di revisione costituzionale pendenti e preso atto della loro incongruenza e inadeguatezza ad affrontare i problemi cronici della nostra forma di governo, ha seguito un approccio *destruens*; se si parte dal presupposto che alcuni interventi correttivi sono possibili, diventa necessario formulare qualche ipotesi ricostruttiva, che qui può essere riassunta in maniera estremamente sintetica.

Riteniamo che sia sbagliato e pericoloso abbandonare la forma di governo parlamentare che fa parte della nostra storia politica e costituzionale e sia più utile ragionare, invece, sulle ipotesi di una sua possibile razionalizzazione, riprendendo quelle che erano le indicazioni originarie dell'o.d.g. Perassi, poi disattese dalla stessa Assemblea costituente in ragione del contesto storico e internazionale che si era determinato a partire dal 1947 (in quello che M. Fiorillo, cit., 66, definisce il secondo tempo dell'Assemblea costituente), adottando quei «*dispositivi costituzionali idonei a tutelare le esigenze di stabilità dell'azione di Governo e ad evitare le degenerazioni del parlamentarismo*». I presupposti di questa scelta originaria non sono venuti meno ed il sistema parlamentare resta ancora la forma di governo più duttile, in grado di affrontare la crisi di rappresentanza e garantire, a certe condizioni, anche il requisito della stabilità dell'azione di governo, operazioni certo non facili per le fratture territoriali, economiche e sociali che attraversano l'Italia in questo momento storico.

Oltre ad intervenire sui rami più bassi (legge elettorale, regolamenti parlamentari, legge sui partiti), la possibilità di revisioni costituzionali mirate, vorrei dire chirurgiche e ricostituenti, non è certo un tabù ed è una strada sicuramente percorribile, muovendo dal presupposto non rinunciabile della necessità di un'ampia convergenza dei diversi gruppi parlamentari, sia di maggioranza che di opposizione; a questo proposito l'analisi comparata offre istituti e strumenti ormai ampiamente noti a tutti, che possono essere presi in considerazione e valutati per un loro eventuale innesto nel nostro sistema costituzionale: dall'elezione parlamentare del Presidente del consiglio, alla mozione di sfiducia costruttiva, alla disciplina più articolata dello scioglimento anticipato delle Camere, alla revisione del procedimento legislativo ordinario con un rafforzamento del Governo in Parlamento, allo stesso bicameralismo,

per ricordare solo quelli che vengono richiamati da più tempo e sui quali sarebbe probabilmente più facile raggiungere un ampio consenso.

Dovendosi ribadire che l'ingegneria costituzionale non fa miracoli (l'efficienza e la consolidata stabilità del sistema tedesco è conseguenza del combinato disposto della razionalizzazione del sistema parlamentare, di una legge elettorale funzionale, di un sistema di partiti rigidamente disciplinato da una legge) e che in Italia, oggi, sarebbe necessaria quella «palingenesi culturale della società e dello Stato» evocata da Antonio Ruggeri (*Riforme costituzionali: quali e perché*, in *questa Rivista*, 2023, p. 132 ss. - un po' di utopia ha un effetto quanto meno consolatorio), l'alternativa che si pone è quella tra un ammodernamento delle istituzioni repubblicane, ovvero di un loro sovvertimento.

Dalla comparazione con le altre forme di governo che accolgono il principio dell'investitura popolare del vertice del potere esecutivo, emerge come il premierato elettivo sia anche quella in grado di determinare la maggiore concentrazione dei poteri. Il sistema presidenziale nella sua versione statunitense (salvo che non si voglia guardare ai presidenzialismi latino-americani, per i quali le considerazioni sarebbero ben altre, ma non mi pare questo un orizzonte auspicabile) si regge su un sistema complesso di *checks and balances*, costruito sul principio della divisione/condivisione dei poteri, sia in senso verticale che orizzontale, semplificato solo dal bipartitismo del sistema politico; peraltro quello che è considerato da sempre come un modello di democrazia decidente deve fare da tempo i conti con il fenomeno del *divided government*, che si manifesta ormai come un regolarità del sistema e che obbliga le istituzioni statunitensi ad estenuanti trattative in ordine alle decisioni di maggior rilievo. La sua introduzione in Italia, oltre a richiedere un riequilibrio forte tra poteri centrali e sistema delle autonomie ed un rafforzamento dei poteri di garanzia ad iniziare da quello giudiziario (per i quali non ci pare sussistano le condizioni), potrebbe non risultare risolutivo per garantire l'auspicata stabilità.

Soltanto la forma di governo semipresidenziale, quando si manifesta nella sua versione iperpresidenziale (e, quindi solo in Francia in alcune fasi, perché in tutte le altre esperienze riconducibili al modello le dinamiche sono di tipo parlamentare) ha prodotto una concentrazione dei poteri paragonabile a quella del premierato, con la differenza che in questi sistemi le elezioni parlamentari non sono contestuali con quelle presidenziali, ciò che lascia un margine a dinamiche meno accentrate di funzionamento, compresa quella della c.d. coabitazione, per tacere della possibilità costituire governi di minoranza, come sta avvenendo dopo la doppia elezione del 2022.

In definitiva, il premierato elettivo, oltre a caratterizzarsi per una maggiore rigidità, si ispira ad una visione essenzialmente bonapartista (v. anche il rilie-

vo di E. Cheli, nell'intervista a *La stampa* del 4/11/2023), per la quale è necessario realizzare una concentrazione ed una verticalizzazione del potere, che si concretizza nella scelta di un capo piuttosto che del governo del Paese, cui deve essere rimesso un potere di comando il più possibile sottratto a contrappesi e controlli. Si tratta di un corollario implicito difetto di cultura pluralista che caratterizza più di una formazione politica oggi in Italia, con una difficoltà ad accettare le differenze, in nome di valori espressi anche semanticamente (patria, nazione, italiani) che presuppongono un'unità aprioristica su base puramente ideologica, se non, in certi casi su base etnica. Come ha sostenuto ancora Enzo Cheli (nella recente audizione di fronte alla 1° Commissione del Senato), rispetto alle altre forme di governo presidenziali, viene ad essere sacrificato il principio della divisione dei poteri, sia perché l'elezione parlamentare è strettamente legata al vertice del Governo, sia per la disciplina del potere di scioglimento, ribaltando il principio supremo della nostra democrazia che colloca il Parlamento sopra il Governo ed esclude che il potere legislativo possa dipendere dal potere esecutivo, al punto da intaccare le basi della democrazia rappresentativa definita nell'art. 1 Cost. e da incidere sulla «forma repubblicana» che è sottratta alla stessa possibilità di una revisione costituzionale.

Per parafrasare ancora una volta Leopoldo Elia, è tornata ad aleggiare quell'idea di «premierato assoluto» che la destra italiana ha coltivato per anni e che nel 2005 era un abito cucito su misura per Silvio Berlusconi e che oggi assume le sembianze dell'attuale Presidente del Consiglio.

Si tratta di una deriva pericolosa: l'Italia è oggi un paese frammentato e diviso dal punto di vista sociale, geografico, economico e politico e questa frammentazione si riproduce sul sistema dei partiti, sovente incapaci di esprimere quella funzione rappresentativa che costituisce la loro ragion d'essere. Affidare tutto alla scelta del capo polarizzando i cittadini su due fronti avversi finirebbe per alimentare ulteriormente questa spaccatura e rendere ancora più difficile la ricerca di una coesione sociale indispensabile per garantire l'unità del Paese e la possibilità di adottare scelte il più possibile condivise nell'interesse dell'intera collettività.

### **Postilla**

Per chiudere: ai fini della valutazione delle forme di governo e del loro rendimento in concreto credo sia ancora valida e si possa riproporre anche in questa sede la riflessione dei classici del pensiero antico (da Aristotele a Polibio), per i quali, dall'applicazione del medesimo principio ispiratore (che oggi potremmo definire modello di riferimento) potevano discendere e si erano storicamente manifestate modalità di funzionamento diverse, talora «rette», talora «deviate».

Come nell'antichità anche oggi le forme di governo non funzionano bene o male di per sé, non potendosi affermare in astratto che un modello è superiore ad un altro, ma in quanto esistono forze sociali e politiche che animano e sostengono il sistema, mediante la loro partecipazione continua ai processi decisionali e non limitata solo al giorno del voto per la scelta dei governanti.

L'idea schumpeteriana di democrazia formale, la cui essenza riposa nel principio per cui il cittadino esprime la sua sovranità solo nel momento delle elezioni, legata a quella di una supposta superiorità del principio di maggioranza che opera nella direzione di accentuare le fratture piuttosto che di alimentare la coesione sociale, non solo è antistorica, ma anche molto pericolosa, come dimostrano gli esempi già ricordati di retrocessione verso forme illiberali di democrazia.

Credo sia interesse di tutti evitare soluzioni istituzionali che possano seriamente far correre questo rischio alla nostra Repubblica parlamentare, ricordando che l'essenza del costituzionalismo è quella di porre dei limiti al potere piuttosto che di consentire la possibilità di abusarne.



LA NATURA FUNZIONALIZZATA DELLA LEGGE DI CONVERSIONE  
DEL DECRETO-LEGGE: RIFLESSIONI SUI RECENTI ORIENTAMENTI  
DELLA CORTE COSTITUZIONALE

**GIOVANNI BAROZZI REGGIANI\***

**Sommario**

1. Considerazioni introduttive: gli ultimi arresti della giurisprudenza costituzionale in tema di rapporto tra decreto-legge e legge di conversione – 2. L'incerto fondamento costituzionale del nesso di interrelazione funzionale (e del vincolo di omogeneità) tra l'atto governativo e la legge – 3. Un tentativo di fornire un apparato argomentativo alle affermazioni della Corte ricorrendo ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità – 4. Vincolo di omogeneità e riflessi sul rapporto Governo-Parlamento: il rischio concreto di un'eterogenesi dei fini?

**Abstract**

*The essay investigates some issues concerning the relationship between the so called «decreto-legge» (decree-law) and the statute which has the specific function of “converting” the decreto-legge in parliamentary legislation («legge di conversione»), in the light of the recent jurisprudence of the Italian Constitutional Court. The Court asserts that the decreto-legge and the legge di conversione are related, and that the two acts must be homogeneous. Due to the fact that the Court's assertions imply that the Parliament is partially bound in its prerogatives, it seems important to consider the constitutional basis for these assertions.*

**Suggerimento di citazione**

G. BAROZZI REGGIANI, *La natura funzionalizzata della legge di conversione del decreto-legge: riflessioni sui recenti orientamenti della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2023. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Ricamatore di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli studi di Sassari.  
Contatto: [gbarozzireggi@uniss.it](mailto:gbarozzireggi@uniss.it)

### 1. Considerazioni introduttive: gli ultimi arresti della giurisprudenza costituzionale in tema di rapporto tra decreto-legge e legge di conversione

Nell'ultimo decennio – ovvero nell'arco temporale che dai giorni nostri risale alla sentenza della Corte costituzionale n. 22/2012 (che, come profeticamente affermato dai primi commentatori della stessa, sarebbe stata ricordata per aver «*sottoposto il potere legislativo delle Camere in sede di conversione a limiti inusitati*»<sup>1</sup>) – la Consulta si è pronunciata in diverse occasioni sul tema del rapporto tra decreto-legge e legge di conversione, sostanzialmente confermando e consolidando gli indirizzi e le affermazioni contenute nel proprio richiamato precedente.

Ripetuta, in particolare, è l'affermazione secondo la quale la legge di conversione rappresenterebbe una legge «*funzionalizzata e specializzata alla stabilizzazione dell'originario decreto-legge*»<sup>2</sup>.

Tale affermazione, di cui nel prosieguo si tenterà di definire ampiezza e contenuto, conferma la tesi, sviluppata già dalla citata pronuncia n. 22/2012, circa la necessità “costituzionale” (come tale qualificabile in ragione dell'essere implicitamente imposta dall'art. 77, secondo comma, Cost.) della sussistenza di «*un nesso di interrelazione funzionale tra decreto-legge, formato dal Governo ed emanato dal Presidente della Repubblica, e legge di conversione, caratterizzata da un procedimento di approvazione peculiare rispetto a quello ordinario*»<sup>3</sup>.

Il fondamento di tale nesso si rinverrebbe, secondo quanto affermato nella pronuncia succitata e confermato dalla giurisprudenza successiva, in una serie di elementi e, in particolare: (a) nell'appartenenza dell'iniziativa della presentazione del disegno di legge di conversione alla competenza riservata

<sup>1</sup> Così M. MANETTI, *La via maestra che dall'inemendabilità dei decreti legge conduce all'illegittimità dei maxi-emendamenti*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012, 1. Altra parte della dottrina ha però ridimensionato la portata “innovativa” della sentenza, rilevando che la Corte si sarebbe limitata a fissare «*ragionamenti in fondo già deducibili dalle precedenti pronunce*» (così V. MARCENÒ, *L'eterogeneità delle disposizioni come “male” da elusione delle fonti sulla produzione del decreto-legge*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, n. 8/2012, 1).

La sentenza in parola, sulla quale si tornerà nel corso del contributo, è stata fatta oggetto di commenti e annotazioni in numerosi contributi, tra i quali richiamiamo quelli di G. SERGES, *La “tipizzazione” della legge di conversione del decreto-legge ed i limiti agli emendamenti parlamentari*, in *Consulta online, Studi e commenti*, 2 ottobre 2012, 1 ss.; M. FRANCAVIGLIA, *Decretazione d'urgenza e rispetto del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale. Cronaca della sentenza della Corte costituzionale n. 22 del 2012*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012, 1 ss.; R. DICKMANN, *La Corte sanziona la “evidente estraneità di disposizioni di un decreto-legge inserite con la legge di conversione. Error in procedendo o vizio di ragionevolezza?*, in *Federalismi.it*, n. 5/2012, 1 ss. V. MARCENÒ, *L'eterogeneità delle disposizioni*, cit.

<sup>2</sup> Tale affermazione si rinviene, tra le altre, e solo per richiamare le più rilevanti, nelle sentenze n. 6/2023, n. 245/2022, nn. 210 e 30/2021, nn. 204 e 93/2020, nn. 247, 226 e 181/2019, n. 32/2014 e n. 34/2013.

<sup>3</sup> Sentenza n. 22/2012, punto 4.2 *Cons in diritto*.

del Governo; (b) nelle peculiarità, definite anche dai regolamenti parlamentari, che caratterizzano il procedimento per la conversione; (c) nella sostanziale coincidenza tra l'oggetto del decreto-legge e quello della legge di conversione.

Trattasi di apparato argomentativo che si basa, dunque, su elementi specifici, di cui, ad oltre dieci anni da quando lo stesso fu compiutamente formulato, non appare inutile verificare tenuta e solidità, da un punto di vista teorico e dogmatico.

All'affermazione della natura funzionalizzata e specializzata della legge di conversione, e della sussistenza del menzionato nesso di interrelazione funzionale tra la stessa e il decreto-legge, si collegano poi strettamente le questioni concernenti gli ambiti di manovra di cui dispone il Parlamento circa la possibilità di intervenire – con integrazioni e modifiche – sul testo dell'atto governativo.

Il tema naturalmente non è nuovo, ed è stato fatto oggetto di approfondimenti e dibattiti (peraltro, lungo un arco temporale ultrasecolare) da parte della dottrina costituzionalistica.

In effetti, laddove la sussistenza del nesso venisse declinata “in senso forte” (o puro) – e trovasse un effettivo fondamento in Costituzione – la conseguenza necessaria dovrebbe, a ben vedere, essere quella della sostanziale immutabilità del decreto-legge da parte del Parlamento, che potrebbe, alla luce dell'art. 77 Cost., solo decidere se convertire o non convertire l'atto normativo del Governo (al netto di modifiche di pura forma o *drafting*)<sup>4</sup>.

Invero, da tempo ormai non si dubita – anche in ragione dell'esistenza di chiari dati di diritto positivo in tal senso<sup>5</sup> – che la legge di conversione possa

<sup>4</sup> Tale conclusione prende le mosse dalla tesi, sostenuta da autorevole dottrina, secondo cui oggetto della legge di conversione sarebbe il decreto-legge “nel suo complesso” e non già le singole disposizioni del medesimo (il riferimento va, in particolare, ai lavori di F. MODUGNO – D. NOCILLA, *Riflessioni sugli emendamenti al decreto legge*, in *Dir. soc.*, 1973, 352 ss. e C. ESPOSITO, *Decreto legge*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 831 ss., ma v. anche G. F. CIAURRO, *La conversione in legge dei decreti d'urgenza*, in *Le istituzioni parlamentari*, Milano, 1982, spec. 90). Sul punto – e per quanto di specifico interesse – è stato tuttavia osservato che anche dall'adesione della tesi che vede nell'oggetto della legge di conversione solo il decreto nel suo complesso «non sembra assolutamente possibile far derivare automaticamente e de plano l'inemendabilità del decreto», posto che da tale tesi deriverebbe al più l'efficacia *ex nunc* degli emendamenti (così G. FILIPPETTA, *L'emendabilità del decreto-legge e la farmacia del costituzionalista*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012, 13).

<sup>5</sup> Il riferimento va all'art. 15 della legge n. 400/1988, e in particolare al comma 5, che stabilisce che «le modifiche eventualmente apportate al decreto-legge in sede di conversione hanno efficacia dal giorno successivo a quello della pubblicazione della legge di conversione, salvo che quest'ultima non disponga diversamente. Esse sono elencate in allegato alla legge». Riferimenti alla emendabilità del disegno di legge di conversione del decreto-legge si rinvencono altresì nel regolamento della Camera (cfr. in particolare il comma 7 dell'art. 96-bis, il quale pure stabilisce che il Presidente dichiari «inammissibili gli emendamenti e gli articoli aggiuntivi che non siano strettamente attinenti alla materia del decreto-legge»).

intervenire sulle disposizioni del decreto-legge, modificandole, sopprimendole o aggiungendone di nuove<sup>6</sup>.

Tuttavia, riguardo a questo aspetto, nella giurisprudenza costituzionale è ormai consolidata l'affermazione secondo la quale sulla legge di conversione, e quindi sul Parlamento titolare del potere di adottare la stessa, graverebbe l'obbligo di rispettare un "vincolo di omogeneità" rispetto al decreto-legge, che si traduce concretamente nella inammissibilità, e dunque nella incostituzionalità, dell'inserimento, nel disegno di legge di conversione del decreto, di norme «*estrane*» o «*intruse*», ovvero al quale sarebbero riconducibili disposizioni di cui risulti predicabile la "palese estraneità" rispetto all'oggetto e alle finalità del decreto-legge oppure la evidente o manifesta mancanza di ogni nesso di interrelazione con le disposizioni di quest'ultimo (affermazioni consimili si rinvencono in tutte le sentenze in precedenza menzionate).

Tali affermazioni affondano le proprie radici in un'epoca antecedente il 2012, e in particolare nella sentenza n. 171/2007 – definita quale vero e proprio «*punto di svolta*» della giurisprudenza costituzionale<sup>7</sup> – seguita a stretto giro dalla sentenza n. 128/2008 e confermata dalla giurisprudenza successiva<sup>8</sup>.

Peraltro, sul tema la Corte ha in più occasioni affermato che laddove non sussistesse l'obbligo, per il Parlamento, di rispettare il descritto "vincolo di omogeneità", «*l'iter semplificato potrebbe essere sfruttato per scopi estranei a quelli che giustificano l'atto con forza di legge, a detrimento delle ordinarie dinamiche di confronto parlamentare*» (sentenza n. 32/2014)<sup>9</sup>.

A fronte di ciò, come riconosciuto dalla stessa pronuncia del 2012, non può tuttavia escludersi che le Camere possano «*nell'esercizio della propria ordinaria potestà legislativa, apportare emendamenti al testo del decreto-legge, che valgano a modificare la disciplina normativa in esso contenuta, a seguito di valutazioni parlamentari difformi nel merito della disciplina, rispetto agli stessi oggetti o in vista delle medesime finalità*»; ciò che risulterebbe vietato,

<sup>6</sup> Per una disamina delle diverse tipologie di emendamenti apportabili dalla legge di conversione si rimanda al citato contributo di F. MODUGNO – D. NOCILLA, *Riflessioni sugli emendamenti al decreto legge*, spec. 356 ss.

<sup>7</sup> Così A. CELOTTO, *Uso e abuso della conversione in legge*, in *Federalismi.it*, 11 luglio 2014, 2.

<sup>8</sup> Per un commento alle due sentenze v. P. CARNEVALE, *Considerazioni sulle più recenti decisioni della Corte costituzionale in tema di sindacato sui presupposti del decreto-legge (sentt. nn. 171 del 2007 e 128 del 2008). Per un tentativo di lettura combinata*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2008, 1 ss.

<sup>9</sup> Invero, alcune sentenze hanno posto particolare attenzione a tale ultimo elemento, assegnandogli una posizione di primario rilievo, rispetto all'insieme degli argomenti atti a sostenere il fondamento costituzionale del vincolo di omogeneità (v. in particolare le sentenze nn. 226/2019 e 245/2022, le quali hanno affermato che la preclusione per il Parlamento all'inserimento, in sede di conversione, di contenuti eterogenei, sarebbe «*essenzialmente*» volta impedire usi distorti o opportunistici del particolare procedimento).

dall'art. 77, secondo comma, Cost., sarebbe solo «*l'alterazione dell'omogeneità di fondo della normativa urgente, quale risulta[n]te dal testo originario*».

Peraltro, dall'esame delle sentenze della Corte – ed in particolare di quelle pubblicate successivamente alla pronuncia n. 22/2012 e sino ai giorni nostri – emerge come il limite (all'emendabilità dei decreti-legge da parte delle leggi di conversione) rappresentato dal carattere “estraneo” delle disposizioni di nuova introduzione sia stato, dalla Corte medesima, pressoché costantemente interpretato in senso restrittivo e applicato con “prudenza”, riferendo vale a dire il superamento dei limiti, e dunque la frattura del vincolo di omogeneità, al solo inserimento di norme il cui contenuto, rispetto a quello del decreto-legge, risulti del tutto (ovvero palesemente) estraneo, e quindi ai casi in cui la mancanza del nesso di interrelazione funzionale emerga in modo “manifesto”.

La Corte, in questo senso, avrebbe – come è stato osservato – operato una sorta di “*self-restraint*” all'applicazione dei principi da essa stessa enunciati<sup>10</sup>.

Alla luce di quanto riportato emerge che il tema del rapporto fra decreto-legge e legge di conversione, quantomeno in riferimento ad alcuni dei profili di maggior rilevanza e in riferimento ai risvolti pratico-applicativi, appare all'attualità oggetto di orientamenti che risultano sostanzialmente consolidati nel panorama della giurisprudenza costituzionale.

Eppure, qualcosa, nel percorso logico-argomentativo della Corte, non convince pienamente, e quantomeno talune delle tesi esposte sembrano affette da un certo grado di apoditticità: ciò vale, in particolare, per gli elementi a sostegno della sussistenza del richiamato “nesso di funzionalità” (che secondo la Consulta deve collegare decreto-legge e legge di conversione) e con esso della affermata sussistenza del “vincolo di omogeneità” che deve legare decreto-legge e legge di conversione, e in riferimento al tema della conciliabilità dei limiti all'emendabilità dei decreti-legge con la natura delle leggi di conversione, definita, come detto, «*funzionalizzata e specializzata*».

## **2. L'incerto fondamento costituzionale del nesso di interrelazione funzionale (e del vincolo di omogeneità) tra decreto-legge e legge di conversione**

Partiamo dal primo profilo, quello concernente gli elementi fondativi – e giustificativi – dell'affermazione relativa alla necessità della sussistenza di un nesso di funzionalità tra il decreto-legge e la legge di conversione, ed al con-

<sup>10</sup> In questo senso cfr. C. BERTOLINO, *La Corte costituzionale torna sui limiti all'emendabilità del decreto-legge in sede di conversione in legge*, in *Rivista AIC*, n. 2/2023, 269.

sequenziale obbligo, per il Parlamento, di non introdurre in quest'ultima disposizioni suscettibili di incrinare tale omogeneità (le già menzionate norme "estrane" o addirittura "intruse").

Come si anticipava, un primo argomento addotto dalla Consulta a sostegno dell'affermazione in parola è costituito dall'essere, la legge di conversione, una legge «a competenza tipica», in ragione del fatto che l'iniziativa della presentazione del d.d.l. di conversione è riservata, dall'art. 77, secondo comma, Cost., al Governo (in tema cfr., in particolare, le sentenze n. 32/2014 e 245/2022).

Proprio dalla natura di legge a competenza tipica della legge di conversione deriverebbero «i limiti alla emendabilità del decreto-legge»<sup>11</sup>.

L'argomento in esame non pare, invero, decisivo.

Risulta certo difficilmente revocabile in dubbio che il decreto-legge costituisca il "presupposto" della legge di conversione – che ha, quale sua funzione tipica, proprio quella di convertire il decreto-legge<sup>12</sup>, la cui esistenza configura appunto il presupposto logico-fattuale della legge – e che ciò, secondo quanto sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza più recenti, faccia del decreto e della legge di conversione elementi di un'unica sequenza procedimentale<sup>13</sup>.

Non appare, tuttavia, del tutto chiara la ragione per la quale la connessione (procedimentale) che sussiste tra decreto-legge e legge di conversione dovrebbe determinare di per sé sola il sorgere di elementi condizionanti sull'intero contenuto di quest'ultima, ivi compreso quello non strettamente concernente la "conversione" vera e propria.

In questo senso, si osserva che la legge di conversione deve certamente produrre, in primo luogo, il proprio effetto tipico, che è quello di convertire l'atto governativo, constatazione che consente di ammettere la sussistenza, in

<sup>11</sup> Così C. MEOLI, voce *Legge di conversione del decreto-legge*, in *Enciclopedia Treccani Online*, Libro dell'anno del diritto (2015).

<sup>12</sup> Nota l'affermazione di Margherita Raveraira secondo la quale la legge di conversione svolge «sotto il profilo sostanziale, solo la funzione, per il passato, di ratificare o convalidare (secondo i diversi orientamenti) gli effetti prodotti materialmente medio tempore dalle norme governative» (così M. RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della necessità ed urgenza dei decreti-legge*, in *Giur. Cost.*, 1982, 1441).

<sup>13</sup> La tesi della "unificazione procedimentale" è da ricondursi alla fondamentale opera di G. Pitruzzella di fine anni '80 (G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, 1989). Come è stato osservato, «in questa prospettiva, la legge di conversione non costituisce più la "novazione" del decreto avente forza di legge che, di conseguenza, non "svanisce", ma continua ad esistere, quantomeno come "fatto storico presupposto"» (così A. SIMONCINI - E. LONGO, *Dal decreto-legge alla legge di conversione: dal controllo potenziale al sindacato effettivo di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, 8, che sul punto richiamano peraltro il pensiero di M. LUCIANI, *Per un efficace controllo di costituzionalità sulla decretazione d'urgenza*, in *I decreti-legge non convertiti*. Atti del seminario svoltosi in Roma palazzo della Consulta nel giorno 11 novembre 1994, Milano 1996, 108).

riferimento alla legge di conversione, di un “vincolo contenutistico”<sup>14</sup>: in effetti, se la legge di conversione “non convertisse” non potrebbe qualificarsi come tale.

Allo stesso tempo, però, non può ignorarsi che oltre al proprio effetto tipico (la conversione, e dunque la “convalida” o la ratifica del progresso<sup>15</sup>) la legge di conversione produce anche un altro effetto, che si estrinseca nello «*stabilizzare, anche per il futuro (con eventuali modifiche), la soluzione normativa accolta in esso*»<sup>16</sup>.

I duplici effetti che la legge di conversione è suscettibile di produrre – e, dunque, l’eterogeneo contenuto che la stessa può assumere – sembrano indebolire non tanto la tesi dell’unicità della sequenza procedimentale, quanto le conseguenze giuridiche che discendono dall’essere, il decreto-legge, presupposto “condizionante” della legge di conversione, la quale ultima, pur essendo istituzionalmente volta a intervenire sul primo (con le funzioni propriamente di conversione), può fare evidentemente “anche altro”, come del resto la stessa Corte ha riconosciuto affermando che il Parlamento può apportare emendamenti al testo del decreto legge, modificando così la disciplina normativa in esso contenuta, a seguito di «*valutazioni parlamentari difformi nel merito della disciplina, rispetto agli stessi oggetti o in vista delle medesime finalità*» (sentenza n. 22/2012).

Detto diversamente: se la tesi (ormai maggioritaria) dell’inserimento dell’atto governativo e della legge di conversione in una sequenza procedimentale unica impone di considerare il decreto-legge quale presupposto

<sup>14</sup> Secondo la nota tesi di A.M. SANDULLI, voce *Legge*, in *Nss. D.I.*, IX, Torino 1963, 630 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, Napoli 1990, 176) la legge di conversione sarebbe addirittura qualificabile quale legge a «*contenuto obbligato*». Se del resto consideriamo la classica nozione di procedimento, quale insieme di atti «*strutturalmente e funzionalmente collegati dall’obiettivo avuto di mira, e perciò appunto coordinati in procedimento*» (ancora A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, 569), appare difficile negare che il vizio di uno degli atti della sequenza, specie se collocato “a monte”, non si riverberi sugli altri atti (quelli collocati “a valle”). Analogamente v. S.M. CICCONE, *Obbligo di omogeneità del decreto-legge e della legge di conversione?*, in [www.giurcost.org.it](http://www.giurcost.org.it), 2012, 2, che parla della legge di conversione come di una «*legge che, diversamente da quanto di solito avviene per le leggi, non è libera nel fine ma è vincolata alla conversione o alla non conversione del decreto-legge*».

<sup>15</sup> Sulla qualificabilità della legge di conversione quale legge di “approvazione” o di ratifica” si sono espressi tra gli altri L. ROSSI, *L’ordinamento dello stato d’assedio nelle ultime leggi italiane* (1936) ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1939, spec. 250; G. D’AMARIO, *L’ordinanza di urgenza per lo stato di diritto nelle forme di governo a regime libero-costituzionale con speciale riferimento al diritto pubblico italiano*, Torino, 1907, 41 ss.; F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, III, Milano, 1901, 194 ss.; L. MORTARA, *I decreti-legge nel diritto costituzionale italiano*, in *Riforma sociale*, 1895, III, 908 e ss.; L. CASANOVA, *Del diritto costituzionale*, II, Genova, 1860, 103.

<sup>16</sup> Così G. GUZZETTA, voce *Decreto-legge*, in S. CASSESE (dir.) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 1749.

principale di quest'ultima (essendo l'elemento fattuale-giuridico dal quale la sequenza procedimentale trae avvio), la possibilità, per il Parlamento, di inserire nel decreto anche norme nuove mostra come l'appartenenza alla stessa sequenza procedimentale non faccia della legge di conversione atto "vincolato" rispetto all'atto presupposto, dal momento che residua in capo al Parlamento una certa libertà nel definire i contenuti della legge di conversione.

Ed è proprio rispetto al contenuto "altro" che non si rinviene, nelle pronunce della Corte, una convincente ragione fondativa dell'estensione del vincolo di omogeneità rispetto al decreto-legge.

Prima di concludere, sul punto, occorre, per completezza espositiva, dare conto di un ulteriore argomento – quello concernente la "trasferibilità" dei vizi del decreto-legge alla legge di conversione, affermata dalla storica sentenza n. 29 del 1995, che ha negato l'efficacia sanante della legge di conversione sui vizi del decreto-legge<sup>17</sup> – che pare rafforzare il valore del nesso che collega i due atti, potendo spingere alla conclusione secondo la quale, se la legge di conversione non è in grado di sanare i vizi del decreto-legge, allora la medesima deve considerarsi condizionata da quest'ultimo, quantomeno in riferimento al regime della sua validità (qui da intendersi in termini di illegittimità/incostituzionalità).

Ed invero, è proprio tale ultima annotazione, ovvero il riferimento alla validità, a consentire di non considerare come decisivo neppure tale argomento al fine di sostenere la tesi della necessaria sussistenza del nesso di interrelazione funzionale in riferimento all'intero contenuto della legge di conversione: tale nesso, a ben vedere, riguarda infatti specificamente, ancora una volta, la funzione tipica della legge di conversione (la conversione del decreto-legge, appunto) e quindi il contenuto "necessario" della stessa – che proprio in quanto necessario non può non risentire dell'eventuale invalidità dell'atto che ne costituisce l'oggetto – ma in sé nulla dice, si ritiene, sulle disposizioni "ulteriori" della legge di conversione e in riferimento a profili diversi da quelli concernenti considerazioni sulla validità dei due atti.

Se ciò è corretto, come pare, al fine di confutare almeno in parte la linearità e la solidità delle argomentazioni della Corte non occorre neppure evo-

<sup>17</sup> La Corte ha infatti rilevato (in riferimento all'assenza dei presupposti per l'adozione del decreto-legge) come non possa essere «convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione» e affermato che la palese carenza dei requisiti di necessità e di urgenza configuri «un vizio in procedendo della legge di conversione» (per entrambi i riferimenti cfr. il punto 2 *Cons. Dir.* della sentenza 29/1995).

In senso analogo, e in epoca antecedente la pronuncia della Corte, si era espresso tra gli altri R. TARCHI, *Incompetenza legislativa del governo, interposizione del Parlamento e sindacato della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1988, 973, osservando che «un vizio di legittimità costituzionale, ancorché riferibile in via esclusiva al decreto-legge, in un regime di costituzione rigida, non può essere sanato da una fonte primaria, la cui forza è pari e non superiore a quella propria dell'atto viziato».

care la nota tesi che per spiegare natura e funzione della legge di conversione richiama l'istituto della "novazione" (oggettiva)<sup>18</sup>, e che appare peraltro ormai ampiamente recessiva (essendo stata rigettata dalla stessa giurisprudenza costituzionale, a partire dalla citata sentenza n. 29 del 1995, che «*ha ricostruito la legge di conversione non più come novazione della fonte ma quale atto di convalida*»<sup>19</sup>).

Alla luce di quanto sopra, può affermarsi che la competenza riservata che l'art. 77, secondo comma, della Costituzione riconosce al Governo non pare di per sé giustificare la sussistenza di un nesso di funzionalità, tra decreto-legge e legge di conversione, suscettibile di condizionare il contenuto della seconda; e ciò, quantomeno, in riferimento a quella parte di contenuto della legge che può qualificarsi come non strettamente "di conversione".

Del resto, anche gli sforzi di autorevole dottrina volti a condividere e sostenere le tesi della Corte non sembrano essere riusciti a fornire, delle stesse, un convincente fondamento dogmatico<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Tale tesi – che ricostruisce il rapporto tra i due atti in termini di sostituzione del decreto-legge da parte della legge di conversione – è stata lungamente sostenuta dalla giurisprudenza costituzionale (in particolare a partire dalla sentenza n. 108 del 1986) e dalla dottrina (si sono espressi in questo senso, tra gli altri, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 265; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Vol. I, Fonti, Torino, 1988, 178; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1993, 89; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, 709). Essa, come appare evidente, è suscettibile di indebolire la tesi della sussistenza di un legame "condizionante" fra decreto-legge e legge di conversione. Ed infatti, l'istituto della novazione oggettiva, disciplinato dall'art. 1230 c.c., si riferisce a un «*contratto al contempo estintivo e costitutivo di obbligazioni, caratterizzato dalla volontà di far sorgere un nuovo rapporto obbligatorio in sostituzione di quello precedente con distinte ed autonome situazioni giuridiche*» (cfr. *ex multis* Cass. Civ., sez. II, 14 settembre 2022, n. 27028); se dunque, in ossequio ai canoni tipici dell'istituto della novazione, la legge di conversione "nova", ovvero sostituisce, il decreto-legge, la legge di conversione, che pure da quest'ultimo origina, non dovrebbe dal primo subire condizionamenti.

<sup>19</sup> Così D. CHINNI, *La Corte, i presupposti del decreto-legge e le tortuose vie per il sindacato. Riflessioni a margine della sentenza n. 52/2010*, in *Giur. It.*, n. 2/2011, 280.

<sup>20</sup> Sull'argomento della "competenza tipica", v. quanto affermato da G. RIVOSECCHI, *La decretazione d'urgenza al tempo della crisi*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, vol. I, 1971: «*Nondimeno, tale limitazione del potere di emendamento in sede di conversione non può leggersi come compressione del ruolo delle Camere, anche in un contesto, come quello attuale, in cui larga parte della produzione normativa passa per l'inserimento di disposizioni in leggi di conversione. Anzitutto, il presunto recupero della funzione legislativa del Parlamento, che si esprimerebbe nella facoltà di inserire disposizioni in sede di conversione a fronte del perdurante ricorso del Governo alla decretazione d'urgenza, è, in realtà, sempre filtrato dall'Esecutivo con il maxi-emendamento. In secondo luogo, sono sempre le Camere ad accettare questa limitazione dei propri poteri legislativi, poiché, una volta che esse si sono impegnate nella direzione della conversione, si presume che abbiano già ravvisato la sussistenza dei presupposti di necessità e urgenza. Ne consegue che ben si giustifica la ricostruzione della Corte sulla legge di conversione come legge a competenza tipica, la quale non preclude in alcun modo il libero esercizio della funzione legislativa parlamentare*». Anche le riportate osservazioni sembrano condividere e giustificare le affermazioni della Corte sotto il profilo dell'opportunità e in un'ottica di sistema, ma non sembrano indagare il reale fondamento dogmatico delle stesse.

Quanto poi all'affermazione secondo la quale l'oggetto del decreto-legge tenderebbe «*a coincidere con quello della legge di conversione*», la medesima non pare il frutto e l'esito di un effettivo percorso argomentativo della Corte, e della stessa non è dato rinvenire il fondamento dogmatico specifico.

Infine, occorre considerare il tema delle peculiarità che caratterizzano il procedimento a mezzo del quale deve essere adottata la legge di conversione, parimenti sottolineate dalla Corte nelle diverse sentenze richiamate.

Come è noto, e come accennato in precedenza, tali peculiarità discendono tanto in via diretta dal testo costituzionale (e in particolare dall'art. 77, secondo comma) quanto da specifici dati di diritto positivo, e in specie dall'art. 15 della legge n. 400/1988 e dai regolamenti parlamentari.

Ciò premesso, può affermarsi che il particolare procedimento previsto per l'adozione di una legge di conversione non fa necessariamente della medesima una legge rinforzata, non incidendo sulla forza attiva o passiva della stessa, che resta identica a quella di qualsiasi legge ordinaria<sup>21</sup>: il procedimento per la conversione, infatti (come disegnato dall'art. 77 Cost., dall'art. 15 della legge n. 400/1988 e dai regolamenti parlamentari, ai sensi di quanto previsto dall'art. 72, comma secondo, Cost.) è caratterizzato dalla brevità e dalla presenza di istituti di semplificazione e velocizzazione, ma non può considerarsi “aggravato” (e, dunque, proceduralmente rinforzato).

In questo senso, come è stato osservato, le peculiarità procedurali non sembrano giustificare l'applicazione di un regime e di una “forza” speciale alla legge di conversione, «*la quale in nulla differisce rispetto all'ordinario esercizio della funzione legislativa*»<sup>22</sup>, osservazione alla quale non sembrano potersi muovere vere obiezioni.

Dunque, i diversi argomenti utilizzati dalla Corte per motivare l'affermata sussistenza del nesso di interrelazione funzionale tra decreto-legge e legge di conversione, e la sussistenza del richiamato vincolo di omogeneità tra i due atti, risultano esposti, come è stato acutamente osservato (a commento della sentenza n. 32/2014), senza che risulti possibile stabilire tra gli stessi «*sicuri e saldi rapporti di derivazione sillogistica, senza cioè che sia possibile comprendere con certezza quale di esse sia una premessa e quale una*

<sup>21</sup> Sulle leggi rinforzate per procedimento e contenuto v., recentemente, G. FERRARI, *Leggi rinforzate e Costituzione rigida*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, n. 1/2019, 125 ss.

<sup>22</sup> Così G. GUZZETTA, *op. cit.*, 1750. Come ebbe modo di sostenere Vezio Crisafulli (ancorché in epoca antecedente l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana) la legge di conversione «è, sempre, legge materiale [e in quanto tale] assolve quella medesima funzione costitutiva dell'ordinamento giuridico, nella quale si fa, per solito, consistere la caratteristica essenziale della legge» (V. CRISAFULLI, *In tema di leggi di conversione*, in *Foro it.*, 1942, III, 4). Sulla qualificabilità della legge di conversione quale legge ordinaria v. anche F. MODUGNO – D. NOCILLA, *Riflessioni sugli emendamenti al decreto legge*, cit., 354.

*conclusione e, pertanto, senza che sia possibile verificare la correttezza e il rigore del ragionamento presente nella motivazione»<sup>23</sup>.*

Deve quindi concludersi, sul punto, osservando che se può in astratto condividersi l'affermazione della Corte – dalla stessa più volte confermata – circa la natura funzionalizzata e specializzata della legge di conversione in riferimento alla sua funzione e al suo scopo tipico (quello di conversione del decreto-legge, appunto), tale affermazione non appare giustificata, alla luce del quadro costituzionale vigente, in riferimento al contenuto della legge di conversione non strettamente riconducibile alla sua funzione tipica e parimenti non sembra idonea a fondare (sempre in riferimento, quantomeno, al menzionato contenuto “non necessario” in quanto legato alla funzione tipica) la sussistenza del nesso di interrelazione e del vincolo di omogeneità fra decreto-legge e legge di conversione.

A fronte di ciò – e conclusivamente, sul tema – occorre brevemente considerare il secondo dei profili in precedenza menzionati, concernente il tema della conciliabilità dei limiti all'emendabilità dei decreti-legge con la natura delle leggi di conversione.

Tale questione può essere così sinteticamente inquadrata: se la legge di conversione è legge ordinaria, non rinforzata (per procedimento) e, dunque, legge “come tutte le altre” – quantomeno in riferimento ai contenuti non strettamente “di conversione” – non costretta nell'alternativa se convertire o no il decreto-legge ma autorizzata a prescrivere anche disposizioni “ulteriori”, «*allora come si fa a sostenere che nella parte in cui è legge come tutte le altre debba altresì rispettare il requisito dell'omogeneità?*»<sup>24</sup>.

A tale domanda né la sentenza n. 22/2012 né le pronunce successive sembrano fornire gli elementi argomentativi per addivenire ad una risposta pienamente soddisfacente: ed infatti, in assenza di espressi riferimenti costituzionali, in tal senso, i limiti e le condizioni che le ricostruzioni della Consulta individuano rispetto alla funzione legislativa del Parlamento non paiono trovare una reale giustificazione.

Alla luce di tutto quanto sopra, occorre allora chiedersi se effettivamente non risulti possibile rinvenire un fondamento dogmatico per il “vincolo di omogeneità” in riferimento alle norme “nuove” della legge di conversione e, dunque, a quella parte di tale legge che non costituisce espressione della “funzione tipica” della stessa.

<sup>23</sup> Cfr. G. FILIPPETTA, *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*, 11 luglio 2014, 5.

<sup>24</sup> Cfr. A. ALBERTI, *La legge di conversione: un nuovo tipo costituzionale?*, in *Questa Rivista*, n. 1/2014, 4.

Per provare a rispondere al quesito, appare necessario sottoporre ad un vaglio di tenuta, sul piano teorico-dogmatico, l'argomento utilizzato dalla Corte per giustificare il predetto vincolo, e con esso la conseguenziale "totale funzionalizzazione" della legge di conversione (che definiamo totale in quanto, secondo la giurisprudenza costituzionale, si riferirebbe in misura più o meno rilevante anche alle norme di nuova introduzione), compendiato nell'affermazione secondo la quale «*l'iter semplificato potrebbe essere sfruttato per scopi estranei a quelli che giustificano l'atto con forza di legge, a detrimento delle ordinarie dinamiche di confronto parlamentare*».

Tale operazione, alla quale è dedicato il prossimo paragrafo, appare necessaria per tentare di comprendere quale sia il percorso argomentativo della Corte, e se lo stesso possa essere giustificato sulla base di elementi estranei alla disposizione costituzionale alla quale, sino ad ora, si è fatto riferimento, vale a dire l'art. 77.

Se fino ad ora si è ragionato sulla sostenibilità (sul piano dogmatico) delle ragioni addotte dalla Consulta assumendo come elemento di indagine la natura della legge di conversione, di seguito si prenderà in considerazione il bene (o valore o fine) che la dichiarazione della natura funzionalizzata della legge di conversione e della sussistenza del più volte richiamato vincolo di omogeneità mirano a tutelare.

Ciò, almeno a giudizio di chi scrive, dovrebbe configurare il finale passaggio della disamina, *step* di completamento della medesima mediante inserimento di considerazioni concernenti l'ultimo elemento ancora da sottoporre ad analisi: quello del bene/valore che la Corte, con la funzionalizzazione anche della parte della legge di conversione che non rappresenta estrinsecazione della funzione tipica della stessa, mirerebbe a tutelare.

### **3. Un tentativo di fornire un apparato argomentativo alle affermazioni della Corte ricorrendo ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità**

Due sembrano essere i postulati sui quali si fonda la riportata affermazione della Corte concernente il rischio che *l'iter* della legge di conversione possa «*essere sfruttato per scopi estranei a quelli che giustificano l'atto con forza di legge, a detrimento delle ordinarie dinamiche di confronto parlamentare*».

Il primo parrebbe costituito dal "rango costituzionale" che la garanzia delle predette dinamiche avrebbe, e la cui tutela giustificerebbe (secondo un percorso argomentativo che peraltro appare necessario indagare, portare alla luce e verificare) le statuizioni concernenti la sussistenza del vincolo di omogeneità tra decreto-legge e legge di conversione anche in riferimento alle norme nuove introdotte da quest'ultima.

Il secondo postulato è invece rappresentato dalle peculiarità che caratterizzano *l'iter* della legge di conversione, peculiarità che sarebbero suscettibili

di determinare il descritto effetto di compressione delle ordinarie dinamiche di confronto parlamentare e dunque la lesione di un bene/valore costituzionale.

Ciò premesso, si osserva che appare necessario scrutinare la tenuta teorico-dogmatica di entrambi i postulati, pur con la precisazione che l'esito negativo di tale verifica in riferimento al primo dei due elementi sarebbe di per sé idoneo a palesare la sussistenza di elementi di apoditticità del ragionamento della Corte nel suo complesso (costituendo, tale primo elemento, il presupposto del secondo).

Orbene, si è detto in precedenza che limiti alle prerogative delle Camere in riferimento all'attività di conversione di un decreto-legge non paiono potersi fondare sull'art. 77 della Carta; né argomenti (testuali) sembrano rinvenirsi in altre disposizioni costituzionali (tra cui l'art. 72, come si dirà poi).

La mancanza di una norma costituzionale che espressamente fondi, rispetto all'attività di decretazione d'urgenza e a quella parlamentare di conversione, la necessità di garantire le «*ordinarie dinamiche di confronto parlamentare*», spinge a cercare *aliunde* tale fondamento, e ad interrogarsi su quale sia la tipologia di scrutinio adottata dalla Corte per giungere ad affermare che tale necessità effettivamente sussista (e sia anzi costituzionalmente imposta) e che la medesima possa venir garantita dall'affermazione della sussistenza del vincolo di omogeneità tra decreto-legge e legge di conversione e dell'inammissibilità dell'introduzione, da parte di quest'ultima, di norme estranee o intrusive.

Naturalmente, chi scrive è consapevole che si tratta di operazione ricostruttiva “*a contrario*”: un *reverse engineering* che parte dalla fine per tornare all'inizio, prendendo le mosse dal risultato (l'affermazione della Corte) per tentare di costruire, su di esso, un apparato argomentativo che allo stato non pare auto-evidente (come invece dovrebbe essere); trattasi dunque di tentativo forse “*metodologicamente atipico*”, ma che, nondimeno, sembra meritare uno sforzo.

Il percorso che si è provato ad ipotizzare, in tale ottica, ricostruisce il *dictum* della Corte in termini di applicazione di uno scrutinio concernente la ragionevolezza dell'intervento legislativo, ed in particolare di una valutazione declinata nel senso della proporzionalità<sup>25</sup> ed effettuata secondo quella

<sup>25</sup> Stretto è il collegamento tra ragionevolezza e proporzionalità, termini (e principi) che non a caso la Consulta ha sovente, specie in passato (a partire dalla nota sentenza n. 1130 del 1988), utilizzato in modo promiscuo, unitamente ad altri termini quali «*adeguatezza, coerenza, congruenza, non arbitrarietà, pertinenza e molti altri, quasi si trattasse di sinonimi*» (in questo senso v. M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in A. GIORGIS – E. GROSSO – J. LUTHER (a cura di), *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Torino, 2016, 464; ma cfr. altresì G. SCACCIA, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 4808, il quale sottolinea come «*nella prassi giurisprudenziale la*

che parrebbe configurare un'applicazione di quella fase del noto “*test*” (frutto delle elaborazioni delle dottrina e della Corte costituzionale tedesca, in prima battuta, e della Corte di Giustizia della Comunità/Unione europea, poi<sup>26</sup>) rappresentato dall'accertamento della proporzionalità “in senso stretto”, la quale riguarda «*il rapporto tra i fini e i mezzi del legislatore*»<sup>27</sup> e impone al giudice di «*confrontare e bilanciare, da un lato i benefici che derivano dal perseguimento dell'obiettivo, con la modalità prescelta dal legislatore; e dall'altro lato i costi, in termini di sacrifici, che così facendo vengono imposti agli altri diritti ed interessi di rilievo costituzionale coinvolti*»<sup>28</sup>.

Lo scrutinio sulla proporzionalità delle norme della legge di conversione (e tramite esso sulla ragionevolezza dell'intervento legislativo) effettuato valutando l'omogeneità delle stesse, dovrebbe condursi, in questa ottica, prendendo in considerazione non già l'impatto che le norme medesime sono suscettibili di produrre sui potenziali destinatari, bensì l'incisione (in senso di compressione) che l'utilizzo di quello strumento peculiare che è la legge di conversione medesima può determinare in relazione alla garanzia delle «*ordinarie dinamiche di confronto parlamentare*», che l'utilizzo “improprio” della legge di conversione – tale da qualificarsi quello che prevede l'inserimento di norme del tutto estranee o intruse – verrebbe, in modo ingiustificato, a comprimere, violando il principio di “minimizzazione” dei sacrifici di inte-

*differenza fra i diversi argomenti di ragionevolezza strumentale diretti a saggiare la consistenza e la plausibilità del rapporto di connessione causale fra i mezzi e i fini della legislazione (congruenza, pertinenza, imperizia), risultano alquanto sfocate e tutte si confondono nel controllo di proporzionalità, dal quale resta praticamente distinto il solo giudizio di evidenza».*

<sup>26</sup> Il *test* di proporzionalità, nella sua più nota e definita formulazione, è stato elaborato dalla Corte costituzionale tedesca a partire dalla sentenza *Pharmacy* del 1958 (BverfGE vol. 7, 377 - *Pharmacy* (1958) e si declina nei tre elementi della idoneità (*Geeignetheit*), della necessità (*Erforderlichkeit*) e della proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*); dello stesso ha poi fatto ampio uso la Corte di Giustizia, adattandolo al contesto sovranazionale e alle peculiarità dell'ordinamento europeo. Per una descrizione del *test* e una ricostruzione delle origini del principio nell'ambito dell'ordinamento tedesco e del suo sviluppo nell'ordinamento europeo v., per tutti, D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, n. 6/2019, 907 ss. nonché J. LUTHER, *Ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *Dir. e soc.*, 1993, 307 ss.

<sup>27</sup> J. LUTHER, voce *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. Disc. Pubb.*, XII, Torino, 1997, 345.

<sup>28</sup> Cfr. F. FALORNI, *Verso una compiuta elaborazione del “test di proporzionalità”? La Corte Costituzionale italiana al passo con le altre esperienze di giustizia costituzionale*, in *DPCE online*, n. 4/2020, 5310. Nella sua giurisprudenza più recente la Corte costituzionale ha del resto fatto più volte riferimento al “*test di proporzionalità*”, di cui il giudizio di ragionevolezza si “avvarrebbe” e che imporrebbe al Giudice di «*valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi*» (così Corte Cost., sentenze n. 88/2023, n. 260 del 2021, n. 20 del 2019 e n. 137 del 2018).

ressi e valori che costituisce l'essenza del canone di ragionevolezza/proporzionalità<sup>29</sup>.

In questo senso, l'emersione della estraneità delle norme aggiunte, rispetto all'oggetto o alle finalità del decreto-legge, e dunque l'esito negativo dello scrutinio di omogeneità, denuncerebbe un utilizzo improprio, da parte del Parlamento, della legge di conversione (sotto il profilo della ragionevolezza strumentale e quindi della proporzionalità); per tali profili di disciplina, e dunque per tutto ciò che non configurasse espressione della funzione tipica di tale legge (affermazione che peraltro pone il tema del perché la Corte circoscriva l'inammissibilità alle sole norme nuove caratterizzate da estraneità "palese") il Parlamento sarebbe chiamato a utilizzare le procedure legislative ordinarie, in quanto parimenti idonee a conseguire il fine – rappresentato, genericamente, dalla disciplina di uno specifico oggetto (e non già dalla conversione) trattandosi di norme non costituenti espressione della funzione tipica della legge di conversione – ma più rispettose della ordinaria dialettica parlamentare.

Da quanto sopra dovrebbe ricavarsi, in sintesi, il seguente schema argomentativo: la natura (non atipica o speciale ma) funzionalizzata della legge di conversione, rispetto al conseguimento del suo scopo tipico che è appunto la conversione del decreto-legge, impone alle norme della stessa di essere omogenee, per contenuto e/o scopo, tra loro e rispetto a quelle del decreto-legge; in relazione alle norme "nuove", e dunque agli emendamenti apportati dal Parlamento al disegno di legge di conversione, al fine di scongiurare usi impropri della legge di conversione medesima, che determinerebbero una indebita compressione delle ordinarie dinamiche di confronto parlamentare, dovrebbe (sempre) effettuarsi una valutazione di ragionevolezza, declinata nel senso della proporzionalità del fine rispetto allo strumento utilizzato.

Invero, pur rinvenendosi qualche elemento di suggestività nella prospettazione proposta – che peraltro, ancorché in una forma non perfettamente coincidente rispetto a quella esposta nel presente contributo, risulta essere stata avanzata, in dottrina<sup>30</sup> – a parere di chi scrive il descritto tentativo di "giustificare", sul piano dogmatico, le affermazioni della Corte, è destinato a non avere successo, per diverse ragioni.

<sup>29</sup> Così ancora J. LUTHER, voce *Ragionevolezza (delle leggi)*, cit., 359.

<sup>30</sup> In questo senso si vedano le considerazioni effettuate da R. DICKMANN, *La Corte sanziona la "evidente estraneità" di disposizioni di un decreto-legge inserite con la legge di conversione: error in procedendo o vizio di ragionevolezza*, cit., 6 ss., il quale riconduce l'inserimento, nell'ambito della legge di conversione, di norme estranee o intruse a una forma di eccesso di potere del Legislatore, a sua volta riconducibile a un vizio di ragionevolezza.

Innanzitutto, un ragionamento come quello dianzi condotto richiede l'individuazione di uno specifico parametro costituzionale cui riferire lo scrutinio di proporzionalità/ragionevolezza, dal momento che, come è stato argomentato e dimostrato in dottrina, quello di ragionevolezza/proporzionalità è un *test* che deve sempre riferirsi a beni e/o valori riconosciuti (quali meritevoli di tutela e protezione) da espresse disposizioni costituzionali, risultando da escludersi la configurabilità della ragionevolezza/proporzionalità quale parametro costituzionale a sé stante e ad applicazione generale<sup>31</sup>.

Come tuttavia si è accennato in precedenza, la garanzia delle «*ordinarie dinamiche di confronto parlamentare*» è elemento che non pare riconducibile ad una specifica disposizione costituzionale; in questo senso, non si discute che si tratti di tema di rilievo (afferente finanche alla stessa tenuta ed effettività della attuale forma di governo dell'ordinamento italiano), ma in assenza di un riferimento specifico (e testuale) nella Carta, e dunque di una norma che funga da parametro, il *test* di ragionevolezza/proporzionalità non avrebbe effetti prescrittivi<sup>32</sup>, di talché non si rinviene alcuna ragione per ri-

<sup>31</sup> Circa la tesi secondo la quale quello di ragionevolezza è un *test* che postula sempre un parametro rappresentato da specifici principi o beni bisognosi di tutela (uguaglianza, diritti di libertà, sussidiarietà, ecc.) v., tra gli altri, le riflessioni che si rinvergono in O. CHESSA, *Bilanciamento ben temperato o sindacato esterno di ragionevolezza? Note sui diritti inviolabili come parametro del giudizio di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1998, 3925 ss. Sul punto deve darsi tuttavia conto della posizione di autorevole dottrina (il riferimento va in particolare a G. ZAGREBELSKY e alle posizioni espresse in particolare in *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 179 ss.) che ha qualificato quello di ragionevolezza quale parametro autonomo, cui accede un controllo di ragionevolezza intrinseca della legge, ma tale tesi appare isolata in dottrina e giurisprudenza. In questo senso v. anche M. CARTABIA, pur rilevando che il giudizio di ragionevolezza si è “emancipato” dal principio di uguaglianza, sul quale era stato in origine “edificato”, riconosce che la ragionevolezza è utilizzata non già come parametro autonomo, ma «*come complemento e in appoggio a qualunque altro principio costituzionale richiamato a parametro del giudizio della Corte*» (M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., 463).

<sup>32</sup> In questo senso si osserva che neppure la “qualità della legislazione” (alla cui garanzia potrebbe essere preordinata la previsione di limiti all'emendabilità dei decreti-legge in sede di conversione, e alla quale si collegano importanti beni/valori, come la garanzia dell'affidamento dei cittadini) pare poter configurare congruo parametro di un giudizio di ragionevolezza/proporzionalità del tipo in precedenza indicato, proprio in ragione dell'impossibilità di configurare la stessa «*come autonomo parametro costituzionale*» (sul punto cfr., tra gli altri, E. ALBANESI, *Pareri parlamentari e limiti della legge*, Milano, 2010, 41, il quale sottolinea che «*nella giurisprudenza costituzionale non sono mancati i richiami al principio di ragionevolezza (intesa come razionalità interna al testo legislativo in cui si inserisce la disposizione oggetto di impugnativa) oppure al principio di chiarezza normativa, in occasione tuttavia di dichiarazioni di illegittimità costituzionale di leggi per violazione di altri specifici parametri*»). Più “possibiliste” risultano altre posizioni, come quella espressa da F. DAL CANTO, *Formazione e valutazione della legge: La qualità della normazione nelle fasi di formazione e valutazione*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 3/2013, 21, il quale tuttavia riconosce che «*la Corte, per il modello di sindacato di costituzionalità in cui è inserita, potrebbe al massimo svolgere un tipo di con-*

tenere che le norme della legge di conversione, ed in particolare le norme “nuove”, debbano ritenersi, per il solo fatto di essere state introdotte da una legge di conversione, in “odore di irragionevolezza” ed essere per tale motivo sottoposte ad un particolare scrutinio di ragionevolezza/proporzionalità; trattasi di conclusione che appare obiettivamente poco sostenibile e che metterebbe in discussione l’assunto secondo il quale la legge di conversione è una legge non atipica e non rinforzata.

Da ultimo, si osserva che il conferimento alla Consulta del potere (dovere) di eseguire il descritto *test* sulle norme “nuove” della legge di conversione attribuirebbe alla Consulta medesima una discrezionalità valutativo-decisionale particolarmente (e probabilmente “eccessivamente”) ampia. Di ciò la Corte è peraltro probabilmente consapevole, consapevolezza che forse spiega il *self restraint* operato dalla stessa sul proprio scrutinio, limitato alle sole norme nuove manifestamente estranee o intrusive rispetto all’oggetto o alle finalità del decreto-legge, di cui non è chiaro il fondamento dogmatico.

In ragione di tutto quanto sopra riportato, la correttezza e la sostenibilità del primo postulato sul quale si reggono le affermazioni della giurisprudenza costituzionale risultano tutt’altro che granitiche; considerazione che appare di per sé idonea e sufficiente a ritenere concluso con esito negativo il tentativo di fornire un apparato argomentativo alle affermazioni medesime mediante ricorso allo scrutinio di ragionevolezza/proporzionalità.

Ciò premesso, anche a fronte del carattere decisivo e assorbente di tali osservazioni non pare in ogni caso inutile prendere in considerazione il secondo postulato che si pone alla base del ragionamento della Corte e scrutinare la veridicità dell’affermazione secondo la quale le peculiarità dell’*iter* di approvazione della legge di conversione sarebbero suscettibili di determinare il descritto effetto di compressione delle ordinarie dinamiche di confronto parlamentare.

Sul punto, giova ribadire che l’*iter* di approvazione della legge di conversione risulta sì semplificato e “velocizzato”, ma non speciale o atipico, come non speciale o atipica è la legge di conversione, per quanto in precedenza sottolineato.

Anche dalla disamina del regolamenti parlamentari (ed in particolare dell’art. 96-*bis* del regolamento della Camera e dell’art. 78 del regolamento del Senato, che disciplinano proprio l’*iter* di approvazione delle leggi di conversione) non emergono reali elementi (che a ben vedere nemmeno la stessa Corte esplica) che giustifichino l’affermazione secondo la quale il particolare (ma non atipico) *iter* di approvazione della legge di conversione de-

*trollo di carattere puntuale ed episodico, ancorché dal rilevante valore simbolico e di precedente, e non certo un’attività di accertamento sistematico del rispetto dei canoni di buona normazione».*

terminerebbe una compressione tale delle «*ordinarie dinamiche di confronto parlamentare*» da imporre “contromisure” compensative, come la limitazione delle prerogative emendative del Parlamento, anche se va sottolineato che si registrano ormai con continuità prassi “discutibili” effettivamente suscettibili di incidere sul libero confronto parlamentare (si pensi alla presentazione di maxi-emendamenti interamente sostitutivi dei decreti legge “blindati” dal voto di fiducia, o alla posizione della questione di fiducia sul testo licenziato dalle Commissioni o ancora «*all’adozione della cosiddetta ghigliottina in relazione alla votazione finale di un decreto-legge nell’imminenza della sua scadenza*»<sup>33</sup>); tali prassi, anche se formalmente non “nominate” dalla Corte, probabilmente rappresentano uno dei fattori alla base delle affermazioni della stessa concernenti la natura funzionalizzata della legge di conversione ed il vincolo di omogeneità.

Del resto, a ben vedere, il *dictum* della Corte potrebbe venir riferito anche ad altri “*iter*” legislativi caratterizzati da peculiarità, ed in particolare alle procedure «*urgenti e abbreviate*» cui fa espresso rinvio l’art. 72 Cost. (rimettendo la definizione della disciplina specifica ai regolamenti parlamentari), ma anche all’approvazione di leggi da parte di Commissioni parlamentari in “sede deliberante”: in effetti, anche in tali ipotesi si rinviene, trattandosi di procedure diverse da quella «*normale di esame e di approvazione*» (secondo la dicitura utilizzata dal comma quarto dell’art. 72), una potenziale compromissione delle «*ordinarie dinamiche di confronto parlamentare*», ma a chi scrive non risulta che sia mai stato sostenuto che la peculiarità delle procedure seguite autorizzino la Corte ad effettuare valutazioni e scrutini diversi e più penetranti di quelli riferiti alle leggi approvate con riti ordinari, come quello di ragionevolezza concernente la proporzionalità del mezzo utilizzato che si è prospettato in precedenza.

#### **4. Vincolo di omogeneità e riflessi sul rapporto Governo-Parlamento: il rischio concreto di un’eterogenesi dei fini?**

Rispetto alle considerazioni da ultimo esposte, appare utile focalizzare l’attenzione su un profilo specifico.

Quanto alle procedure legislative “particolari” contemplate dall’art. 72 Cost., ogni considerazione concernente l’*iter* di approvazione della legge di

<sup>33</sup> Così G. LASORELLA, *Le garanzie interne al giusto procedimento legislativo. Presidente d’Assemblea e Comitato per la legislazione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2021, 560, il quale sottolinea come tali prassi abbiano determinato «*un’evoluzione in senso maggioritario*» delle norme regolamentari (559). Rispetto poi all’abbinamento tra emendamenti interamente sostitutivi e questione di fiducia, è stato sottolineato come da tale prassi derivi «*la messa nel nulla del lavoro svolto in Commissione e la chiusura della discussione*» (così M. MANETTI, *La via maestra che dall’inemendabilità dei decreti legge conduce all’illegittimità dei maxi-emendamenti*, cit., 6).

conversione e il rapporto tra quest'ultima e il decreto-legge deve fare i conti con un dato ineludibile (e "specializzante") rappresentato dal fatto che, stante l'unitarietà della sequenza procedimentale nella quale sono inseriti l'atto governativo e quello parlamentare, il Governo assume il ruolo di motore della procedura, essendo allo stesso attribuita la prerogativa di adottare l'atto che dà impulso alla stessa, in misura molto più significativa rispetto alla semplice presentazione di un disegno di legge, stante il carattere almeno parzialmente funzionalizzato che, alla legge di conversione, nessuno disconosce, e che consente di ammettere la necessità di un vincolo di omogeneità fra le norme del decreto-legge e quelle norme della legge di conversione che configurino estrinsecazione della funzione tipica di quest'ultima.

A fronte di tale constatazione, si rileva che l'esaminato orientamento della Consulta che pone limiti all'emendabilità del decreto-legge rischia, in modo paradossale (se non quale vera e propria eterogenesi dei fini) di produrre, nell'ottica e con l'obiettivo di garantire le «*ordinarie dinamiche di confronto parlamentare*», l'effetto di comprimere le prerogative del Parlamento e così ulteriormente rafforzare il potere decisionale del Governo.

In questo senso deve osservarsi che il numero dei decreti-legge adottati, rispetto al totale degli atti legislativi, è molto consistente (e appare peraltro in crescita<sup>34</sup>); ciò dimostra, si ritiene, che per il Governo risulta particolarmente utile ed efficace utilizzare lo strumento del decreto-legge, anche in ragione del ruolo di "*dominus*" che tale strumento attribuisce al Governo stesso rispetto all'*iter legis*, anziché seguire le vie "ordinarie" (tutte quelle contemplate dall'art. 72 Cost.)<sup>35</sup>.

Ora, se questa è la dinamica effettiva, come in effetti pare, limitare gli spazi deliberativi delle Camere in sede di legge di conversione rischia di condurre ad un ulteriore indebolimento del Parlamento rispetto al Governo (ed al Presidente della Repubblica) e ad una ancor più marcata appropriazione governativo-presidenziale del procedimento legislativo mediante decretazione d'urgenza<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Nei primi sei mesi di attività del Governo Meloni sono stati pubblicati 25 decreti-legge. Nello stesso periodo sono state approvate solo 5 leggi ordinarie. Nella precedente Legislatura (la XVIII) su 315 leggi approvate, 104 erano di conversione (dati forniti dal dossier "*La produzione normativa nella XVIII Legislatura*" redatto dal Servizio Studi della Camera dei Deputati, rinvenibile all'indirizzo [https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1354750.pdf?\\_1688228763090](https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1354750.pdf?_1688228763090)).

<sup>35</sup> Si accede in questo senso alla considerazione secondo la quale la stabilizzazione del decreto-legge si spiega anche in ragione della ormai evidente «*perdita di centralità del Parlamento rispetto al circuito di indirizzo politico*» (così S. FILIPPI, *Gli ancora incerti contorni dell'omogeneità nella giurisprudenza costituzionale recente sul decreto-legge*, in *Consultaonline*, n. 2/2023, 382).

<sup>36</sup> È stato in merito osservato che, in riferimento al rapporto Governo-Parlamento, «*i principi enucleati a partire dalla sent. n. 22 del 2012*» (ivi compresi quelli concernenti i limiti all'emendabilità dei d.d.l. di conversione dei decreti-legge) potrebbero finanche «*restituire un più*

Quanto sopra osservato non implica, però, che le Camere non possano comunque tentare di governare e mitigare possibili abusi della procedura di conversione dei decreti-legge; a ben vedere, già all'attualità esse si sono dotate di presidi in tal senso, tramite espresse previsioni dedotte nei propri regolamenti: esempi di disposizioni consimili sono forniti da quelle (presenti nei Regolamenti di entrambe le Camere) concernenti funzioni e compiti dei Comitati per la legislazione<sup>37</sup>, nonché dal già menzionato art. 96-*bis* del Regolamento della Camera, che si riferisce specificamente al procedimento di conversione e che al comma 7 assegna al Presidente il potere di dichiarare «*inammissibili gli emendamenti e gli articoli aggiuntivi che non siano strettamente attinenti alla materia del decreto-legge*»; trattasi di potere specificamente riferito all'*iter* di conversione, ma che a ben vedere trova corrispondenti in altre disposizioni di respiro più generale (come l'art. 89 del Regolamento della Camera o l'art. 97 del Regolamento del Senato) che predicano l'inammissibilità di emendamenti «*estranei all'oggetto della discussione*» e che risultano funzionali a garantire il buon funzionamento dei lavori parlamentari e in generale la già in precedenza richiamata qualità (intesa anche quale omogeneità e coerenza) della legislazione<sup>38</sup>; il settimo comma dell'art.

*corretto equilibrio della forma di governo nella misura in cui non [fossero] applicati in maniera asimmetrica»; in questo senso, è stato rilevato che «se deve escludersi il potere del Parlamento di approvare emendamenti estranei al testo del decreto-legge, a maggior ragione bisognerebbe allora sanzionare la violazione dell'omogeneità da parte del provvedimento governativo d'urgenza» (tutte le citazioni si riferiscono a R. IBRIDO, *Questioni vecchie e nuove in materia di emendabilità del decreto-legge*, in *Questa Rivista*, n. 2/2019, 27.). In senso analogo si è espresso anche R. ZACCARIA, *L'omogeneità dei decreti legge: vincolo per il Parlamento o anche per il Governo?*, in *Giur. cost.*, n. 1/2012, 283, il quale ha sottolineato come l'omogeneità «non può e non deve essere "strabica", finendo col gravare esclusivamente sul lato parlamentare [dato che] in questo modo si rischierebbe di aggravare proprio quello stesso problema che si vorrebbe risolvere, ovvero sia il giusto equilibrio nei rapporti tra Parlamento e Governo».*

<sup>37</sup> Il riferimento va, in particolare, all'art. 20-*bis*, comma 8, del Regolamento del Senato (il quale stabilisce che «*al Comitato sono assegnati i disegni di legge di conversione dei decreti-legge, sui quali esprime entro cinque giorni il proprio parere alle Commissioni competenti, anche proponendo la soppressione delle disposizioni del decreto-legge che contrastino con le regole sulla specificità e omogeneità e sui limiti di contenuto dei decreti-legge, previste dalla legislazione vigente*») nonché all'art. 96-*bis*, comma 1, ultimo periodo del Regolamento della Camera (il quale dispone che «*i disegni di legge di cui al presente articolo sono altresì assegnati al Comitato per la legislazione di cui all'articolo 16-*bis*, che, nel termine di cinque giorni, esprime parere alle Commissioni competenti, anche proponendo la soppressione delle disposizioni del decreto-legge che contrastino con le regole sulla specificità e omogeneità e sui limiti di contenuto dei decreti-legge, previste dalla vigente legislazione*»).

<sup>38</sup> In questo senso v. quanto rilevato da V. CASAMASSIMA, *L'opposizione in Parlamento. Le esperienze britannica e italiana a confronto*, Torino, 2013, 409-410, secondo il quale il fine delle previsioni di cui all'art. 96-*bis*, comma 7, del Regolamento della Camera (ma di fatto anche di quelle di cui all'art. 97, comma 1, del Regolamento del Senato) «è, evidentemente, quello di fare del Presidente un garante della coerenza e dell'omogeneità dei testi legislativi, impedendo che siano agganciati al vagone del disegno di legge disposizioni prive di legame con la materia principale del progetto».

96-*bis* del Regolamento della Camera pare perseguire le medesime finalità, e dallo stesso non risulta pertanto possibile ricavare indicazioni circa il fondamento costituzionale del vincolo di omogeneità tra decreto-legge e legge di conversione, e la natura (interamente) funzionalizzata di quest'ultima<sup>39</sup>.

A prescindere dalle finalità specifiche, è comunque fuor di dubbio che tali disposizioni possano produrre effetti limitativi all'attività emendativa in sede di conversione, anche se, come è stato osservato, «*il criterio della stretta attinenza degli emendamenti con la materia oggetto del decreto-legge, fissato dai regolamenti, diventa inevitabilmente un debole filtro in presenza di articolati normativi che si presentano, fin dall'origine, plurisettoriali*»<sup>40</sup>; parimenti, nulla precluderebbe alle Camere di elaborare presidi ulteriori (rispetto ai possibili abusi dell'*iter* di conversione) inserendo nuove previsioni nei propri regolamenti tramite il “canale” offerto dal comma secondo dell'art. 72 Cost.

Effetti limitativi di tal tipo, stante la loro provenienza “endogena” (ovvero dalle Camere stesse nell'esercizio della propria potestà regolamentare, costituzionalmente riconosciuta) e il loro carattere funzionale (a garantire il buon funzionamento dei lavori parlamentari e la qualità della legislazione), risultano maggiormente accettabili e compatibili con il quadro costituzionale rispetto ad altri di matrice “esogena”, come quelli imposti dalla Consulta.

Alla luce di tutto quanto sino a qui esposto, l'estensione del vincolo di omogeneità rispetto al decreto-legge anche alle norme della legge di conversione che non rappresentano espressione della funzione tipica di questa (e dunque alle norme nuove) non pare affatto giustificata alla luce del quadro costituzionale vigente e rischia finanche di risultare potenzialmente controproducente nei suoi effetti pratici.

Né tali rischi risultano scongiurati dal menzionato *self restraint* della Corte, che limita le censure di inammissibilità/incostituzionalità delle norme nuove ai soli casi di disposizioni estranee o intrusive, ovvero del tutto scollegate rispetto all'oggetto o alle finalità del decreto-legge.

Detto *self restraint*, se pure riduce il rischio della compromissione delle prerogative parlamentari, non lo elimina; resta infatti in ogni caso rimessa alla Corte una valutazione che, non imbrigliata da un quadro di disposizioni

<sup>39</sup> Con particolare riferimento all'attività del Comitato per la legislazione, è stato osservato come il medesimo sia chiamato ad operare sulla base di parametri «*nei quali non è incluso l'art. 77 Cost.*» (così L. GIANNITTI – N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, 2023, 303).

<sup>40</sup> Cfr. A. APOSTOLI – M. GORLANI – S. TROILO (a cura di), *La Costituzione in movimento. A riforma costituzionale tra speranze e timori*, Torino, 2016, 274. Nel medesimo senso v. G. LASORELLA, *Il Parlamento: regole e dinamiche. Una introduzione al diritto parlamentare*, Torino, 2023, 378, il quale osserva che «*il carattere (sempre più) eterogeneo del contenuto dei decreti-legge rende oltremodo difficile [...] per le Presidenze di Assemblea, l'esatta definizione dell'oggetto anche ai fini della valutazione di ammissibilità degli emendamenti*».

costituzionali chiaro e definito, rischia di consegnare alla Corte stessa un ruolo di arbitro dei rapporti fra Governo e Parlamento del tutto atipico il quale, proprio in ragione di ciò, non pare trovare collocazione nel quadro costituzionale vigente.

Conclusivamente, si osserva che l'affermazione della Corte secondo la quale l'attività emendativa del Parlamento, nell'ambito dell'approvazione di leggi di conversione del decreto-legge, debba essere assoggettata, quantomeno in riferimento all'introduzione di norme "nuove", ad un vincolo di omogeneità rispetto alle disposizioni dell'atto governativo, nell'ottica di evitare un uso distorto della legge di conversione suscettibile di comprimere le «*ordinarie dinamiche di confronto parlamentare*», non pare poggiare su basi teoriche solidissime.

Le preoccupazioni della Corte possono astrattamente comprendersi – perché in linea con quelle recentemente espresse dal Presidente della Repubblica circa un uso eccessivamente disinvolto del "potere emendativo", da parte del Parlamento, in sede di esercizio della funzione di conversione (proprio in riferimento all'ampliamento dell'oggetto del decreto-legge e all'inserimento di norme "nuove"<sup>41</sup>) – ma la soluzione prospettata, oltre che non dogmaticamente fondata, rischia di condurre a esiti contrari a quelli auspicati, spostando il baricentro dell'esercizio della potestà legislativa in favore del Governo. In questo senso, a ben vedere, le preoccupazioni non dovrebbero afferire al fatto che, allargando i margini di operatività della legge di conversione, ci si allontana dalle procedure deliberative più rispettose della "dialettica parlamentare", bensì all'esatto contrario, e cioè che minori sono i margini di azione della legge di conversione parlamentare rispetto al decreto governativo, maggiore è il peso decisionale del Governo rispetto al Parlamento.

Le affermazioni della Corte sembrano condurre proprio in tale (non auspicabile) direzione, producendo il paradossale effetto di limitare l'intervento parlamentare in nome della preferibilità della procedura ordinaria rispetto a quella, semplificata, della legge di conversione; rispetto a tale scenario, a chi scrive viene alla mente un passaggio di un breve romanzo della scrittrice George Sand, del protagonista del quale, tale Gribouille, si diceva che un giorno si fosse «*gettato nel fuoco, per paura di venir bruciato*»<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> In questo senso v. quanto rilevato da M. MIDIRI, *Intervento al Forum "I più recenti sviluppi costituzionali del ciclo di bilancio"*, pubblicato sulla *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2023, spec. 333.

<sup>42</sup> G. SAND, *La storia del vero Gribouille*, pubblicato in Italia da Mondadori (1988).

L'EREDITÀ COSTITUZIONALE DI NEXT GENERATION EU E DEL  
PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA: ELEMENTI PER UN  
PRIMO BILANCIO PROSPETTICO

DAVIDE DE LUNGO\*

**Sommario**

1. Premessa. – 2. Il “modello PNRR” nella riforma della governance economica europea e l'impatto sulla forma di governo, fra livello nazionale ed eurounitario. – 3. L'impatto sui processi di produzione normativa: riconcettualizzare il decreto-legge fra mitologia e realtà costituzionale. – 4. Semplificazione amministrativa e semplificazione normativa: sviluppi e corto-circuiti.

**Abstract**

*This paper aims to draw a first, and necessarily provisional, balance about the potentially long-lasting repercussions of the Next Generation EU and the NRRP on the Italian legal system, with particular regard to the formation and implementation of policy. From this point of view, we will first analyse the form of government, in an interpretative key that moves from the assumption of the interdependence between national and European institutions, assuming as a working hypothesis the stabilisation of the "NRRP model" (in the terms that will later be specified) within the new European economic governance. Attention will then be focused on the processes of normative production, and in particular on decrees-law, because of the biunivocal link that binds the legal system, on the one hand, with the form of state and the form of government, on the other. In the same logic and in strict consequentiality with the first two parts - looking at regulations and bureaucratic offices as instruments for defining and implementing policy - the aspects connected with regulatory simplification and administrative simplification will finally be dealt with.*

**Suggerimento di citazione**

D. DE LUNGO, *L'eredità costituzionale di Next Generation EU e del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: elementi per un primo bilancio prospettico*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2023. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* già Professore associato di diritto pubblico, Università San Raffaele. Le opinioni espresse sono personali e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza.

Contatto: [delungo\\_d@camera.it](mailto:delungo_d@camera.it)

### 1. Premessa

Sin dagli esordi della loro complessa gestazione, il dispositivo *Next Generation EU* e i connessi piani nazionali per la ripresa e la resilienza, pur con sfumature differenti, hanno occupato, e a tratti quasi monopolizzato, l'agenda politica e il dibattito pubblico sia in Italia che negli altri Paesi membri. E non senza ragione.

Al cospetto di un tessuto economico e sociale assai provato dalle conseguenze della pandemia da Covid-19, alle quali poi si sono sommate anche le ricadute del conflitto russo-ucraino, l'Unione europea ha messo in campo interventi anti-ciclici inediti non solo per l'ingenza delle risorse stanziare, ma anche per l'approccio macroeconomico, di segno espansivo e ispirato alla condivisione solidale degli oneri, opposto a quello notoriamente restrittivo adottato per fronteggiare la crisi del debito sovrano del decennio scorso.

Altrettanto inediti, in chiave d'intensità del vincolo, sono i profili legati alla dimensione istituzionale: per gli Stati membri che, su base volontaria, accedono al meccanismo, il principio di stretta condizionalità al raggiungimento di puntuali obiettivi e traguardi cui soggiace l'erogazione dei contributi finanziari e dei prestiti comporta non solo forme di necessaria negoziazione, o parziale eterodeterminazione, dell'indirizzo politico nei settori contemplati dai piani; ma, ponendo esigenze specifiche di *governance* e conseguimento dei risultati, sollecita modifiche o alterazioni di assetti e procedimenti interni.

Di certo, una compiuta riflessione sull'impatto sistemico, di medio-lungo periodo, dell'esperienza di *Next Generation EU* e del PNRR sul sistema costituzionale italiano ed europeo sarebbe ancora prematura. È presto per valutare se essa rappresenti un *Constitutional Moment*: cioè, uno di quei tornanti storici che, in accordo a una celebre dottrina americana<sup>1</sup>, pur non prendendo corpo in modifiche formali della Costituzione (in questo caso, delle Costituzioni nazionali o dei Trattati europei), ne determinano, almeno in parte, una trasformazione o un diverso modo di essere. Tuttavia, è altrettanto certo che le vicende di questi primi tre anni, giunti circa a “metà della corsa” del programma, già sottopongono all'indagine scientifica suggestioni e spunti meritevoli di attenzione, sia alla luce della capacità del PNRR di innescare dinamiche nuove, o di catalizzare quelle già esistenti, su molteplici versanti d'interesse giuspubblicistico; sia in considerazione del dibattito in atto sulla riforma della *governance* economica europea, che pare poter se-

<sup>1</sup> Il riferimento è alla teoria di B. ACKERMAN, alla base dei volumi *We the People: Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991; *We the People: Transformations*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, e *We the People: The Civil Rights Revolution*, Cambridge, Harvard University Press, 2014.

gnare un punto di snodo rispetto al futuro del processo d'integrazione sovranazionale.

In questo scenario, si proverà a tracciare un primo, e necessariamente provvisorio, “bilancio prospettico” sui riflessi potenzialmente duraturi prodotti da *Next Generation EU* e dal PNRR sull'ordinamento italiano, circoscrivendo l'esame alla formazione e attuazione dell'indirizzo politico. Tale capitolo – senza voler trascurare il rilievo di altri aspetti ugualmente meritevoli di indagine<sup>2</sup> – ai nostri fini appare infatti una cartina di tornasole assai efficace<sup>3</sup>. Da questo punto di vista, si analizzerà prima il piano della forma di governo, in una chiave interpretativa che muove dal presupposto della ormai pacifica interdipendenza fra istituzioni nazionali ed europee, assumendo come ipotesi di lavoro la stabilizzazione del “modello PNRR” (nei termini che saranno poi precisati) all'interno della nuova *governance* economica europea. Si porterà poi l'attenzione sui processi di produzione normativa, e in particolare sulla decretazione d'urgenza, in ragione del legame biunivoco che lega il sistema delle fonti, da un lato, con la forma di Stato e la forma di governo, dall'altro lato. Nella medesima logica e in stretta consequenzialità con le prime due parti – guardando alle norme e agli apparati burocratici come strumenti di definizione e realizzazione dell'indirizzo politico – verranno infine trattati gli aspetti connessi alla semplificazione normativa e alla semplificazione amministrativa, non a caso menzionate dal PNRR fra le riforme abilitanti.

## **2. Il “modello PNRR” nella riforma della *governance* economica europea e l'impatto sulla forma di governo, fra livello nazionale ed eurounitario**

Seguendo l'ordine delineato in premessa, lo sforzo prospettico di valutare il lascito duraturo dell'esperienza del PNRR nel nostro ordinamento richiede

<sup>2</sup> Lo spazio di una nota per precisare come, di necessità, sfuggano ai fini e al perimetro del presente contributo – limitato, appunto, a un “bilancio prospettico”, e cioè al lascito potenzialmente duraturo di queste vicende – la ricostruzione e l'analisi a tutto tondo dei molteplici ambiti d'interesse per l'ordinamento costituzionale italiano ed europeo rispetto ai quali il *Next Generation EU* e il PNRR hanno determinato un impatto. Per esse sia consentito il rinvio ai contributi raccolti in D. DE LUNGO – F.S. MARINÌ, *Scritti costituzionali sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, Giappichelli, Torino, 2023.

<sup>3</sup> Non per caso sull'argomento si è concentrata una parte significativa della riflessione scientifica: cfr. fra molti, oltre ai lavori citati nelle successive note, A. MANZELLA, *L'indirizzo politico, dopo Covid e PNRR*, in *Federalismi.it*, n. 19/2022, 146 ss.; E. CATELANI, *PNRR e ordinamento costituzionale: un'introduzione*, in *Rivista AIC*, n. 3/2022, 210 ss.; C. COLAPIETRO, *La forma di Stato e di governo italiana alla “prova” del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, *ivi*, 325 ss.; S. NICCOLAI, *L'influenza del PNRR sui processi di decisione politica*, *ivi*, 222 ss.; F. SALMONI, *Recovery fund: vincolo esterno, obblighi sovranazionali inderogabili e sanzionabili. Attività di indirizzo politico o discrezionalità amministrativa?*, *ivi*, 1 ss.

anzitutto di riflettere attorno alla possibile eredità del *Next Generation EU* nell'ambito del processo d'integrazione eurounitaria, alla luce del dibattito in corso sulla riforma della *governance* economica<sup>4</sup>.

Al riguardo, allo stato attuale dei negoziati, il “modello PNRR”, almeno nei suoi tratti essenziali, sembra in predicato di trovare una sorta di stabilizzazione, sebbene in una forma e una funzione assai diversa: cioè, non più come strumento di gestione delle emergenze e degli *shock* simmetrici o asimmetrici, volto all'erogazione di sovvenzioni e prestiti; bensì, come strumento ordinario di programmazione e co-definizione, fra istituzioni europee e Stati membri, delle politiche di bilancio e di riforma.

Per “modello PNRR” – riducendolo all'essenza – occorre intendere un metodo di governo<sup>5</sup> o comunque un meccanismo istituzionale di relazione fra l'ordinamento eurounitario e gli ordinamenti nazionali con tre tratti fisionomici: i) è basato sulla condizionalità; ii) è caratterizzato da una stretta relazione fra programmazione economico-finanziaria e riforme strutturali; iii) è accompagnato da puntuali indici e criteri quantitativi e qualitativi (sulla falsariga dei *target* e *milestone*), oltretutto da un puntuale cronoprogramma, sottoposti a verifica periodica.

Come noto, scendendo più nel dettaglio, lo scorso 23 marzo 2023 il Consiglio europeo ha approvato le conclusioni dell'ECOFIN, esprimendo gli indirizzi di massima della riforma<sup>6</sup>, conferendo mandato alla Commissione,

<sup>4</sup> Sulla necessità di misurare l'impatto del *Next Generation EU* pure sulla base degli eventuali riflessi sulla nuova *governance* economica cfr. anche, fra gli altri, M. BUTI – S. FABBRINI, *Next generation EU and the future of economic governance: towards a paradigm change or just a big one-off?*, in *Journal of European Public Policy*, n. 4/2022, 676 ss.; L. SCHRAMM - U. KROTZ - B. DE WITTE, *Building “Next Generation” after the pandemic: The implementation and implications of the EU Covid Recovery Plan*, in *Journal of Common Market Studies*, n. 60/2022, 114 ss. Per un quadro aggiornato sugli sviluppi del confronto istituzionale, cfr. il *Dossier di documentazione predisposto dagli uffici della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica per la Conferenza interparlamentare sulla stabilità, il coordinamento economico e la governance nell'Unione europea di Madrid, 26-27 ottobre 2023*, reperibile al link: <https://documenti.camera.it/leg19/dossier/pdf/RI029.pdf> Si rinvia, inoltre, alle relazioni svolte nell'ambito del seminario *The New Economic Governance*, svoltosi presso la Camera dei deputati nei giorni 5 e 6 ottobre 2023 nell'ambito delle attività dell'*European Center for Parliamentary Research and Documentation*, disponibile qui: [https://ecprd.secure.europarl.europa.eu/ecprd/public/calendar\\_of\\_events](https://ecprd.secure.europarl.europa.eu/ecprd/public/calendar_of_events)

Con riguardo all'ordinamento italiano, un confronto sull'impatto del PNRR è presente nei contributi di D. DE LUNGO, E. LONGO, C. PINELLI, S. STAIANO e G. VERDE in *Il PNRR ... e poi? Forum*, in *Rivista Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia costituzionale*, n. 2/2023. Cfr. inoltre, volendo, D. DE LUNGO – F.S. MARINI, *Scritti costituzionali*, cit.

<sup>5</sup> Riprendendo la felice espressione impiegata più volte da N. LUPO, ad esempio in *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: un nuovo procedimento euro-nazionale*, in *Federalismi.it - paper*, 15 febbraio 2023, 6 ss., in *PNRR e cicli politico-elettorali, tra Unione europea e Stati membri*, sempre in *Federalismi.it*, n. 28/2023, iv ss., nonché in *I fondamenti europei del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in D. DE LUNGO – F.S. MARINI (a cura di), *Scritti costituzionali*, cit.

<sup>6</sup> Cfr. le conclusioni del Consiglio europeo del 23 marzo 2023, CO EUR 3 CONCL 2.

della cui posizione è stato peraltro tenuto significativo conto, di presentare le conseguenti proposte legislative, poi depositate il 26 aprile<sup>7</sup>. L'impianto della nuova *governance* – si diceva – sembra accogliere il “modello PNRR”, là dove colloca al centro del congegno la presentazione di piani strutturali nazionali di bilancio a medio termine, di durata compresa fra 4 e 7 anni. In ogni piano devono definirsi e declinarsi le raccomandazioni specifiche per Paese, le politiche di bilancio, le modalità di esecuzione dei piani nazionali e il programma per le riforme e gli investimenti. Le stesse conclusioni – verosimilmente, nella consapevolezza, e a compensazione, dei condizionamenti che ciò implica sulla sovranità degli Stati – precisano che il quadro di *governance* dovrebbe tenere debitamente conto della necessità di consentire al processo democratico negli Stati membri di definire le proprie politiche economiche, sulla base del principio di “titolarità” (*ownership*) delle misure in capo allo Stato. Tutti i piani potrebbero pertanto essere allineati, su richiesta, al ciclo elettorale nazionale, essere riveduti all'insediamento di un nuovo governo o essere aggiornati in circostanze oggettive, sempre mantenendo l'ambizione dell'aggiustamento di bilancio. Come si è osservato, «tale approccio, volto tra l'altro ad evitare il costante slittamento temporale nel percorso di convergenza delle finanze pubbliche nazionali verso obiettivi di stabilità e sostenibilità fiscale, presuppone un adeguato raccordo tra politica di bilancio e riforme strutturali ed un più accentuato orientamento da parte degli Stati membri verso una programmazione di medio termine»<sup>8</sup>.

Sarebbe proprio l'eventuale conferma di questi sviluppi – ovviamente non predicibile oggi con certezza – lo scenario più significativo sotto il profilo dell'impatto ordinamentale, conferendo più solido ancoraggio alle dinamiche innescate in questi anni dall'elaborazione e attuazione del PNRR.

Uno degli aspetti principali che emerge è senz'altro l'ulteriore conferma delle letture che proiettano ormai la forma di governo e l'indirizzo politico in una dimensione integrata fra istituzioni nazionali e sovranazionali.<sup>9</sup>

In proposito, le recenti vicende paiono aver rafforzato il ruolo della condizionalità quale congegno (materialmente costituzionale) di relazione fra i

<sup>7</sup> Si vedano i documenti COM(2023) 240 *final*, 241 *final* e 242 *final*.

<sup>8</sup> Cfr. il *dossier Le proposte legislative della Commissione europea per la riforma della governance economica dell'UE*, predisposto dagli uffici della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica e reperibile al seguente *link*: <https://documenti.camera.it/leg19/dossier/pdf/ES025.pdf>

<sup>9</sup> Si vedano fra gli altri, con specifica attenzione al PNRR, N. LUPO, *I fondamenti europei*, cit.; S. SILEONI, *Il governo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza oltre i Governi. Bilanci e prospettive del ruolo della Presidenza del Consiglio*; G. TARLI BARBIERI, *Gli sviluppi della forma di governo sotto la lente del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, tutti in D. DE LUNGO – F.S. MARINI (a cura di), *Scritti costituzionali*, cit., 1 ss., 77 ss., 101 ss. A tali contributi, e in particolare a quello da ultimo menzionato, si rinvia anche per una disamina relativa al ruolo del Presidente della Repubblica negli scenari in esame.

due livelli ordinamentali. Beninteso: le clausole e le forme di condizionalità hanno accompagnato sin dall'inizio, con sfumature diverse, il processo d'integrazione europea, e sono del resto uno strumento molto conosciuto negli Stati composti (cui per alcune tendenze l'Unione europea può forse accostarsi, secondo lo schema del c.d. *federalizing process*<sup>10</sup>): l'esempio più noto è probabilmente quello dei *grants in aid* statunitensi<sup>11</sup>. Il PNRR, però, incarna una forma assai compiuta di condizionalità, per il procedimento di formazione del vincolo e di definizione degli obbiettivi, per l'impianto di monitoraggio, per il sistema di erogazione dei contributi, per la numerosità di parametri oggettivi al cui riscontro è possibile procedere al pagamento. Tale condizionalità – riproponibile per molti aspetti con i piani nazionali di bilancio a medio termine, e qui sta il punto – può certamente volgersi in una leva per influenzare l'identità costituzionale e l'indirizzo politico dei singoli Stati, incrementando in misura ancora maggiore, tramite vincoli volontari assunti dallo Stato, il complesso di condizionamenti giuridici già provenienti dalla *primauté* del diritto eurounitario. D'altro canto, in disparte il principio (compensativo) della titolarità nazionale delle misure comunque posto in risalto nell'impianto di riforma della *governance* economica, il rafforzamento della condizionalità e la stretta connessione fra politiche di bilancio e riforme potrebbe indurre, se non proprio costringere – sotto il presidio vigile del “vincolo esterno” – gli Stati membri a migliorare la composizione della propria spesa, aumentando la quota destinata agli investimenti strutturali, rispetto alle voci di spesa corrente, le quali ultime, comprensibilmente, con difficoltà a livello interno si riescono a ridurre per esigenze legate al consenso elettorale. Questo *constraint* – tanto più forte ove la condizionalità delle nuove misure si accompagnasse, come per il PNRR, a un divieto di *reversal*<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Cfr. per tutti B. CARAVITA, *Trasformazioni costituzionali nel federalizing process europeo*, Jovene, Napoli, 2012.

<sup>11</sup> Figure centrali nelle meccaniche cooperative del federalismo statunitense, i *grants in aid* consistono – come noto – in finanziamenti federali a beneficio degli Stati (spesso chiamati a forme di co-finanziamento), accessibili su base volontaria e condizionati alla realizzazione di specifici programmi o interventi definiti dalla Federazione stessa: per un'analisi e per le coordinate bibliografiche cfr. M. PIERINI, *Federalismo e Welfare State*, in G. D'IGNAZIO (a cura di), *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Cedam, Padova, 2020, 221 ss. Per una prospettiva comparatistica più ampia cfr. A. BARAGGIA, *Potestas v. Potentia: l'utilizzo della condizionalità in ordinamenti composti*, in *DPCE Online*, [S.l.], v. 50, n. Sp, mar. 2022. Spunti in argomento anche in E. CASTORINA, *Stato di diritto e “condizionalità economica”: quando il rispetto del principio di legalità deve valere anche per l'Unione europea (a margine delle Conclusioni del Consiglio europeo del 21 luglio 2020)*, in *Federalismi.it*, n. 29/2020.

<sup>12</sup> Cioè il divieto di regresso rispetto al conseguimento degli obiettivi concordati, presidiato dalla revoca dei benefici economici, là dove, una volta raggiunti, si verifici poi uno scostamento rispetto a essi. Per i piani nazionali di ripresa e resilienza, la base giuridica pertinente è l'art. 24, paragrafo 3, del Regolamento 2021/241, ai sensi del quale «la Commissione valuta in via preliminare, senza indebito ritardo e al più tardi entro due mesi dal ricevimento della richiesta, se i pertinen-

– potrebbe portare nel medio-lungo termine a un miglioramento per così dire “ecosistemico” dei contesti infrastrutturali ed economici degli Stati con indubbi benefici sotto il profilo della competitività, della coesione sociale e territoriale, della copertura di servizi, delle prestazioni di *welfare*. Al contempo, l’interlocuzione più profonda, tramite la leva della condizionalità, su riforme di carattere sociale potrebbe portare a una maggiore esposizione e “politicizzazione” delle istituzioni europee, innescando un processo a sua volta suscettibile di produrre effetti sia sulla percezione di prossimità dei cittadini all’Unione europea, sia sulle forme di partecipazione democratica, a cominciare dalla proiezione in chiave europea delle piattaforme programmatiche e della competizione fra partiti.

Ad ogni modo, il modello della pianificazione-programmazione per obiettivi su base pluriennale unito al carattere della giuridica vincolatività verso il legislatore, e dunque verso i Governi e le maggioranze parlamentari indipendentemente dalla composizione politica e dal ciclo delle Legislature, lascia intravedere nel PNRR – e, se del caso, nei nuovi piani di bilancio – una modalità di determinazione dell’indirizzo politico vicina alle teorie “normative”, anziché a quelle “esistenziali”<sup>13</sup>. All’evidenza, la peculiarità dell’indirizzo politico così stabilito risiede nell’ampio intervento di soggetti esterni, le istituzioni eurounitarie, nella sua determinazione, e nel fatto che la sua vincolatività poggia, in definitiva, su atti e fonti europee, con la conseguente capacità d’imporsi nel nostro ordinamento con l’efficacia loro tipica<sup>14</sup>.

ti traguardi e obiettivi indicati nella decisione di esecuzione del Consiglio di cui all’articolo 20, paragrafo 1, siano stati conseguiti in misura soddisfacente. Il conseguimento soddisfacente dei traguardi e degli obiettivi presuppone che le misure relative ai traguardi e agli obiettivi conseguiti in misura soddisfacente in precedenza non siano state annullate dallo Stato membro interessato». A chiarire le modalità operative del divieto di reversal è giunto di recente l’Annex 2 del Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of the Recovery and Resiliency Facility: Moving forward, COM(2023) 545 final del 19 settembre 2023. Per un primo commento cfr. N. LUPO, *Il divieto di invertire la marcia (c.d. reversal) nelle riforme PNRR già adottate: si chiarisce un altro elemento essenziale del nuovo “metodo di governo”*, in *Forum di Quad. cost.*, n. 4/2023, 10 ss.

<sup>13</sup> Fra le prime notazioni in tal senso, poi ampiamente riprese, cfr. A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all’indirizzo politico «normativo»?*, in *Federalismi.it*, n. 18/2021, 251 ss. Per i riferimenti bibliografici essenziali sulle teorie relative all’indirizzo politico – qui non compiutamente ricostruibili – cfr. almeno le voci enciclopediche di T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, XXI, Giuffrè, Milano, 1971, 134 ss. e M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Utet, Torino, 1993, 245 ss.

<sup>14</sup> Sul punto, si veda volendo D. DE LUNGO, *I rapporti fra Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e sistema delle fonti statali: dinamiche, condizionamenti e prospettive*, in ID. – F.S. MARINI (a cura di), *Scritti costituzionali*, cit., 25 in cui pareva di poter concludere – in forza della cristallizzazione del PNRR nella decisione di esecuzione del Consiglio dell’Unione europea – che «gli impegni assunti nel Piano integrano, quale parametro interposto, i “vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario”, di cui all’art. 117, comma 1, Cost., e rappresentano una manifestazione delle limitazioni di sovranità ammesse dall’art. 11 Cost., legate alla partecipazione dell’Italia al processo

In questo scenario, è evidente che nel confronto a tre fra Governo, Commissione e Consiglio che ha porta alla definizione del Piano (e in un eventuale futuro dei piani strutturali di bilancio) si spende la gran parte del margine politico-negoziabile; gli obblighi così pattuiti sono spesso cristallizzati in molti, se non in tutti, i loro profili. Non a caso per il Governo, che ha negoziato il Piano ed è responsabile della sua realizzazione, il decreto-legge – con la sua logica del prendere o lasciare – ha costituito finora la mossa di chiusura di una legislazione attuativa quasi vincolata, con un limitato supplemento di trattativa e azione parlamentare che si gioca nel perimetro ristretto degli emendamenti in sede di conversione. La posizione di mediatore dell'Esecutivo e l'elevato tecnicismo dei settori coinvolti dal Piano<sup>15</sup>, a ogni modo, se per un verso determinano una preferenza naturale per le fonti governative in sede attuativa<sup>16</sup>, per altro verso non si traducono necessariamente nella marginalità delle Camere. In quest'ottica, utile da considerare specie là dove meccanismi di programmazione analoghi a quelli del PNRR dovessero riproporsi, la valorizzazione del loro ruolo non sembra passare per battaglie “di retroguardia”, tese a rivendicare la centralità in un processo di produzione normativa che qui godrebbe di margini di discrezionalità esigui; bensì, nel pieno e consapevole esercizio di due funzioni non meno fondamentali<sup>17</sup>. La prima, a monte, è quella d'indirizzo politico, nella determinazione delle linee essenziali e dei contenuti qualificanti su cui il Governo è abilitato a trattare davanti alle istituzioni eurounitarie: attività rispetto alle quali, nell'elaborazione del PNRR, le Camere hanno già mostrato una certa

d'integrazione europea. Inoltre, vista la giurisprudenza della Corte di giustizia sul regime giuridico delle decisioni, le previsioni della decisione di esecuzione e dell'allegato annesso possono in astratto considerarsi non solo direttamente applicabili, ma anche direttamente efficaci, nei casi in cui presentino carattere chiaro, preciso e incondizionato».

<sup>15</sup> Fattori, del resto, «non da oggi» connessi alle «politiche co-decise in sede europea»: così N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi.it*, n. 1/2022, vii.

<sup>16</sup> In tal senso, netta è la prospettazione di E. CATELANI, *Profili costituzionali del PNRR, La lettera*, n. 5/2022, in *Associazione AIC*, secondo cui «il PNRR s'inserisce, quindi, nel nostro sistema delle fonti (sempre che ancora si possa definire tale) in modo dirompente condizionandone il contenuto, i tempi ed i soggetti che avranno la possibilità di elaborare ed approvare i testi. L'unica strada percorribile, per un'attuazione celere della normativa richiesta dal PNRR, è data da atti normativi di provenienza governativa, decreti legge, leggi delega e conseguenti decreti legislativi, sui quali lo spazio per l'influenza degli altri interlocutori istituzionali, Parlamento e Regioni, è assai compresso». Elementi in tal senso anche in D. DE LUNGO, E. LONGO, C. PINELLI, S. STAIANO e G. VERDE in *Il PNRR ... e poi? Forum*, cit., nonché in A. CARDONE, *Sistema delle fonti e forma di governo*, Il Mulino, Bologna, 2023, 211 ss.

<sup>17</sup> Cfr. sul punto anche i diversi contributi presenti in V. DI PORTO – F. PAMMOLLI – A. PIANA (a cura di), *La fisarmonica parlamentare tra pandemia e PNRR*, Il Mulino, Bologna, 2023.

attenzione<sup>18</sup>. La seconda, a valle, è quella di controllo e monitoraggio sul raggiungimento degli obiettivi e sull'impatto delle politiche pubbliche, particolarmente propiziata dal fatto, inedito, che il Piano prevede indici temporali, qualitativi e quantitativi, su un paradigma ispirato all' *evidence-based policy making*<sup>19</sup>. Questa seconda funzione, per larghi tratti ancora poco esplorata, pone sfide affascinanti sia, a livello culturale, alla classe politica, che, a livello organizzativo, alle amministrazioni parlamentari<sup>20</sup>.

Almeno un cenno merita poi l'influenza del PNRR sotto il profilo del rafforzamento della posizione della Presidenza del Consiglio dei Ministri. È opportuno qui evidenziare come l'evoluzione della *governance* del PNRR sia passata attraverso una progressiva centralizzazione dei processi di coordinamento politico-amministrativo, in aggiunta a quelli d'indirizzo politico in senso stretto, all'interno della Presidenza: si pensi, in particolare, alle modifiche apportate dal D.L. 13/2023, rispetto all'impostazione in origine prescelta dal D.L. 77/2021, con l'istituzione della Struttura di Missione presso Palazzo Chigi, individuata anche quale punto di contatto con le istituzioni europee, e la ridefinizione del ruolo, inizialmente centrale, del Ministero dell'economia e delle finanze<sup>21</sup>. Tale evoluzione ha portato con sé due elementi significativi in chiave prospettica e di non facile retroversione.

<sup>18</sup> Spunti in tal senso in OSSERVATORIO SULLA LEGISLAZIONE DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, *Il PNRR e le assemblee legislative. Nota tematica per il seminario di Torino del 1° aprile 2022*, 11 ss., [https://www.camera.it/temiap/2022/03/31/OCD177-5420.pdf?\\_1648800805983](https://www.camera.it/temiap/2022/03/31/OCD177-5420.pdf?_1648800805983).

<sup>19</sup> Si tratta di un approccio metodologico ben noto soprattutto nel dibattito americano e britannico, secondo cui la formulazione delle politiche pubbliche deve ancorarsi, per quanto possibile, a dati e parametri oggettivi e misurabili: cfr., fra i lavori più recenti, P. CAIRNEY, *The Politics of Evidence-Based Policy Making*, Palgrave Pivot, London, 2016; J. PARKHURST, *The politics of evidence: from evidence-based policy to the good governance of evidence*, Routledge, Abingdon, Oxon, UK, 2017.

<sup>20</sup> Il tema è evidenziato anche da N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., viii, e riferimenti ivi citati, nonché in ID., *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni*, in *Federalismi.it*, paper 7 settembre 2022, 7 ss.; cfr. anche C. GORETTI, *Audizione informale dell'Ufficio parlamentare di bilancio nell'ambito dell'esame della proposta di Piano nazionale di ripresa e resilienza* (Doc. XXVII, n. 18), 8 febbraio 2021, 26 ss., [https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento\\_evento\\_procedura\\_commissione/files/000/269/001/UPB.pdf](https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/269/001/UPB.pdf). Non è inutile ricordare che la riforma costituzionale del 2016, non approvata in sede referendaria, ridisegnava le funzioni del Senato assegnando a esso, fra l'altro, il compito di «valuta[re] le politiche pubbliche e l'attività delle pubbliche amministrazioni e verifica[re] l'impatto delle politiche dell'Unione europea sui territori [...] verificare l'attuazione delle leggi dello Stato»: al riguardo, cfr. F. BERTOLINI, *Le funzioni delle Camere*, in F.S. MARINI – G. SCACCIA (a cura di), *Commentario alla riforma costituzionale del 2016*, ESI, Napoli, 2016, 23 ss. Per un inquadramento generale dell'argomento, si rinvia all'analisi di E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Rappresentanza nazionale e valutazione delle politiche pubbliche*, Torino, 2021.

<sup>21</sup> Per una ricostruzione compiuta di tali aspetti, da diverse angolature, cfr., oltre ai riferimenti bibliografici indicati nella nt. 7, anche C. DI NUZZO – A. RONZIO, *Il ruolo del Ministero dell'economia e delle finanze nella definizione*

Il primo elemento è il rafforzamento della capacità amministrativa della Presidenza, in termini di strutture e personale<sup>22</sup>: il fattore organizzativo è un aspetto determinante, e pregiudiziale, per garantire la stabilizzazione, la sostenibilità e l'effettività delle dinamiche centripete di "presidenzializzazione" dell'Esecutivo che convergono sulla Presidenza, rapportate alla mole degli apparati di altre burocrazie ministeriali e alla forza di "resistenza" che esse sono in grado di contrapporre sia alla realizzazione dell'indirizzo politico, sia al possibile drenaggio di funzioni<sup>23</sup>.

L'altro elemento è la riconduzione alla Presidenza anche della gestione dei fondi e delle politiche di coesione – operata anch'essa dal D.L. 13/2023 – che definisce così una *governance* accentrata delle rilevanti risorse europee in campo, dotando Palazzo Chigi di una leva finanziaria particolarmente significativa in un panorama generale di ristrettezze di bilancio. Peraltro, una connessione diretta fra questo versante e il PNRR è stata creata nella proposta di revisione del Piano presentata dall'Italia alla Commissione: la riforma «per accelerare l'implementazione della politica di coesione» è stata infatti inserita come riforma 1.9.1. nella nuova misura 14-*bis* della Missione 1, componente 1<sup>24</sup>. Al di là delle motivazioni strategiche alla base della scelta,

*e attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in D. DE LUNGO – F.S. MARINI (a cura di), *Scritti costituzionali*, cit., 119 ss.; G. MENEGUS, *La riforma della governance del PNRR*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2023; i contributi di D. DE LUNGO, E. LONGO, C. PINELLI, S. STAIANO e G. VERDE in *Il PNRR ... e poi? Forum*, cit.

<sup>22</sup> Al riguardo, S. CASSESE, *La riforma va nella direzione giusta ma ora attenzione a non sbandare*, in *La Stampa*, 5 novembre 2023, riferisce come si sia registrato «più del 20% di nuove strutture e di dirigenti solo in un anno».

<sup>23</sup> La correlazione fra rafforzamento del vertice dell'Esecutivo nella forma di governo e potenziamento delle burocrazie serventi è ben evidenziata, anche in prospettiva comparatistica, in numerosi lavori scientifici, fra i quali si segnalano, per l'ampiezza, A. DI GIOVINE – A. MASTROMARINO, *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Giappichelli, Torino, 2008, e F. LANCHESTER (a cura di), *La barra e il timone*, Giuffrè, Milano, 2009.

<sup>24</sup> Cfr. l'*Annex* alla *Proposal for a Council Implementing Decision* COM(2023) 765 *final* pubblicata il 24 novembre 2023, in attesa dell'approvazione del Consiglio nel momento in cui il presente contributo viene licenziato. In particolare, la riforma è indicata come *milestone* da conseguire entro il primo trimestre 2024 ed è così descritta: «*entry into force of national legislation that identifies, within the framework of the Partnership Agreement and for all the current Programmes, the arrangements necessary to accelerate and improve the implementation of cohesion policy. In order to ensure the institutional dialogue and cooperation, as well as a shared understanding of the necessary actions, by 31 December 2023, the Government shall set up a technical working group with the managing authorities of all regional and national programmes within the Cabina di regia PNRR, without prejudice to national legislation on the Unified Conference. The legislation shall set out the arrangements necessary to prioritise interventions in the following strategic sectors, in strict coherence with the planning documents defined for the relevant enabling conditions and to concretely implement them, including intervening specifically to strengthen administrative capacity, in these sectors: - Water; - infrastructures for hydrogeological risk and environmental protection; - Waste; - Transport and sustainable mobility; - Energy; - Support to business development and attractiveness, also for the digital and green transitions*».

l'effetto concreto, tramite l'assunzione di simile auto-vincolo, è di aver provvisto la Presidenza del Consiglio di un importante mezzo di sollecitazione negoziale, rispetto agli altri Ministeri e soprattutto alle Regioni, per disegnare e approvare in tempi stretti una riforma in linea con la sua agenda politica.

A fronte degli scenari evolutivi della *governance* economica – e tralasciando il capitolo aperto delle riforme costituzionali – la creazione di un più cospicuo corpo burocratico alle dipendenze della Presidenza, nonché la configurazione di essa come terminale dei collegamenti con le istituzioni sovranazionali e collettore dei fondi europei, paiono assecondare la torsione monocratica del Governo e depotenziare la tendenza alla “direzione plurima dissociata”<sup>25</sup>.

### **3. L'impatto sui processi di produzione normativa: riconcettualizzare il decreto-legge fra mitologia e realtà costituzionale**

Nell'analizzare il tema dell'impatto del PNRR sui processi di produzione normativa, è doverosa una premessa. Sotto la pressione prolungata di quella che è stata efficacemente definita “poli-crisi” è arduo ricostruire in modo selettivo le ricadute sul sistema delle fonti imputabili al Piano, secondo un nesso eziologico trasparente. Le fenomenologie, le tendenze e in qualche caso le forzature che hanno contraddistinto tutti i diversi tornanti di questa difficile stagione (emergenza pandemica, crisi economica, conflitto russo-ucraino) continuano: anche per gli atti attuativi del Piano, infatti, si è assistito al protagonismo assoluto della decretazione d'urgenza, alla confluenza di più decreti-legge in un decreto-legge solo, alla dilatazione *omnibus* dei contenuti, alla conversione nelle forme del c.d. monocameralismo alternato con posizione della questione di fiducia, come pure a una riespansione del ricorso alla delega legislativa. Prassi ereditate dall'esperienza dei mesi (ma molto spesso degli anni) precedenti e mantenute, ora, anche di fronte alla nuova necessità di rispettare le stringenti scadenze europee.

Non è qui il caso di esaminare le ragioni alla base di queste vicende<sup>26</sup>, sembrando utile piuttosto – in linea con le intenzioni del presente lavoro – focalizzare l'attenzione sugli scenari futuri della produzione normativa, anche in vista della possibile stabilizzazione del “modello PNRR”.

<sup>25</sup> Riprendendo qui la celeberrima formula di E. CHELI, V. SPAZIANTE, *Il Consiglio dei Ministri e la sua Presidenza: dal disegno alla prassi*, in S. RISTUCCIA (a cura di), *L'istituzione governo, analisi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 1977, 49.

<sup>26</sup> Rinvio sul punto, volendo, al mio D. DE LUNGO, *I rapporti fra Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e sistema delle fonti statali*, cit., 21 ss. Per una panoramica più generale sulle traiettorie evolutive del sistema delle fonti, in un'ottica anch'essa attenta all'influenza esercitata dalle dinamiche della forma di governo e del circuito politico, cfr. A. CARDONE, *Sistema delle fonti e forma di governo*, cit.

L'aspetto più macroscopico e verosimile<sup>27</sup>, poiché rappresenta in una certa misura il denominatore comune e il punto di convergenza delle varie congiunture, è la probabile opportunità di riconcettualizzare lo strumento del decreto-legge, con un'operazione di realismo costituzionale, non solo agli effetti del dibattito scientifico, ma, semmai, anche dei correttivi giuridici<sup>28</sup>. Nel nostro ordinamento – come ampiamente noto – la decretazione d'urgenza ha da tempo esondato, nella prassi, dagli argini della oggettiva straordinarietà che parevano caratterizzarla secondo la lettera dell'art. 77 Cost. Basta un elemento per tutti: almeno dagli anni '90, la cronaca istituzionale, la riflessione scientifica e la giurisprudenza sui decreti-legge sono state occupate a descrivere, e a tentare di mitigare, forzature sempre più numerose e poliedriche. In sintesi: la storia e l'analisi recente, e meno recente, dei decreti-legge sono stati storia e analisi di una lunga sequenza di abusi, una sorta di teratologia<sup>29</sup>. Tuttavia, la sottolineatura, a volte di maniera, della dimensione patologica del fenomeno, per quanto comprensibile e fondata, rischia di fare eccessivo velo al dato che, nel frattempo, la fisiologia del sistema (cioè il modello rispetto al quale, per differenza, è diagnosticata la patologia) in cui lo strumento del decreto-legge si iscrive è mutata. Si è trattato, certo, di una mutazione realizzatasi in prevalenza negli interstizi e nelle porosità della prassi e delle dinamiche politiche, anziché nei razionali perimetri di riforme spesso mai intervenute a livello di Costituzione o regolamenti parlamentari. Ciò non toglie comunque che le evoluzioni e le contorsioni del sistema politico-partitico, della forma di governo e dei processi di produzione normativa hanno trovato nella dimensione effettuale accomo-

<sup>27</sup> Sebbene certamente non l'unico rilevante sul piano del sistema delle fonti: per la trattazione degli altri, che qui non possono essere affrontati, sia ancora consentito il rinvio al mio D. DE LUNGO, *I rapporti fra Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e sistema delle fonti statali*, cit., 21 ss., con riguardo anche alle deleghe legislative e ai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, e così pure al ruolo della Corte costituzionale nel giudizio di legittimità costituzionale e di ammissibilità del referendum; cfr. invece sul piano delle fonti regionali M. CECCHETTI, *I riflessi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza sul sistema delle autonomie territoriali: il rapporto fra Stato e Regioni*, in D. DE LUNGO – F.S. MARINÌ, *Scritti costituzionali*, cit., 137 ss.

<sup>28</sup> Sforzo compiuto tenendo presenti i rischi insiti in eventuali esasperazioni della «posa esistenziale», acutamente enucleati da E. OLIVITO, *La retorica delle modifiche tacite e il diritto costituzionale esistenziale. Un'ipotesi di studio preliminare*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2023, spec. 40 ss.

<sup>29</sup> È ovviamente impossibile ricostruire nello spazio di una nota, in modo anche solo frammentario, la vastissima letteratura sviluppatasi sul tema. Fra i lavori sistematici più recenti, si rinvia quindi, anche per gli ulteriori riferimenti, ad A. CELOTTO – E. DI BENEDETTO, *Art. 77*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006; non senza evidenziare – a mero titolo esemplificativo – come anche in un'opera sistematica assai più risalente, cioè in V. CRISAFULLI – L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 1990, 478, si discorresse di degenerazioni e abusi della decretazione d'urgenza, sulla base di una dottrina e di una casistica in materia già assai florida.

damenti più o meno stabili, i quali proprio nelle vicende del decreto-legge trovano un nitidissimo punto di emersione.

Esula dall'orizzonte di questa breve riflessione indagare sull'eventuale formazione, e sull'ipotetica latitudine, di una consuetudine costituzionale (integrativa o derogatoria della Carta) in ordine ai casi e alle forme d'impiego del decreto-legge<sup>30</sup>. Può qui solo dirsi che, a fronte della consolidata ripetizione nel tempo, sta un elemento psicologico quantomai incerto da verificare – ove lo si ritenga costitutivo della fattispecie<sup>31</sup> – forse al limite della riserva mentale degli attori istituzionali coinvolti, che a seconda delle posizioni ricoperte a livello governativo o parlamentare, dai banchi della maggioranza o delle opposizioni, hanno prima impiegato e poi biasimato, o viceversa, e comunque sempre sostanzialmente tollerato, l'uso largheggiante del decreto-legge.

A ogni modo, se si prova ad assumere l'angolo visuale qui proposto, può riflettersi anzitutto su come si configuri il decreto-legge oggi. In proposito, lo strumento ha subito una torsione che lo assimila molto di più a un «disegno di legge governativo rafforzato»<sup>32</sup>, o a un «atto di anticipazione legislativa»<sup>33</sup>, che non al provvedimento espressivo di un potere d'ordinanza, come pure il testo costituzionale poteva lasciar intendere<sup>34</sup>. L'elemento maggior-

<sup>30</sup> Alla luce del nostro sistema delle fonti, la eventuale ricostruzione in termini di consuetudine appare formalmente più congruente rispetto alla categoria della modifica tacita della Costituzione, cui pure in sostanza parrebbe nella fattispecie avvicinarsi sotto diversi profili. Sul tema delle modifiche tacite, che parafrasando G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Cedam, Padova, 1972, 160, prendono corpo in «regole di fatto che contraddicono a regole scritte in costituzione o comunque pongono nuove regole giuridiche di ordine costituzionale», cfr. il recente lavoro di E. OLIVITO, *La retorica delle modifiche tacite*, cit., anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>31</sup> Ad esempio, si esprime in senso contrario alla necessità dell'elemento psicologico, definito dall'Autore spirituale, S.M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2007, 409 ss.

<sup>32</sup> Lo teorizzava già A. PREDIERI, *Il governo colegislatore*, in F. CAZZOLA - ID. - G. PRIULLA (a cura di), *Il decreto-legge fra Governo e Parlamento*, Giuffrè, 1975, XX, da cui la nota espressione è tratta.

<sup>33</sup> Tornano qui alla mente le pagine di C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Utet, Torino, 1985, 295 ss., secondo cui «dato che la provvisorietà comprende, sia i casi di temporaneità delle disposizioni, sia quelli di necessaria anticipazione della legislazione formale, deve concludere che dei decreti-legge si hanno in sostanza due tipi ai quali [...] corrispondono due diversi tipi di leggi di conversione [per i secondi, assai più ampi sotto il profilo dell'emendabilità parlamentare]. Il primo è quello, per così dire, normale, rigorosamente conforme all'interpretazione dell'art. 77 [...], che attribuisce al decreto-legge la natura di atto legislativo indifferibile, ma provvisorio; il secondo, basato su una interpretazione storica ed estensiva, fa del decreto-legge un atto di mera anticipazione legislativa, destinato ad introdurre una disciplina immediata, ma tendenzialmente stabile».

<sup>34</sup> Si da poi qui per presupposto il dibattito circa l'interpretazione della clausola costituzionale dei «casi straordinari di necessità e urgenza», e in particolare se la necessità e l'urgenza debbano essere interpretati in senso oggettivo ovvero politico-soggettivo, rinviando per ogni approfondimento ai contributi citati nella nt. 24. Nondimeno, è facile intravedere l'affermazione, nella prassi, della tesi sostenuta da C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, 834 ss.,

mente rivelatorio, in tal senso – forse ancor più della frequenza dell'impiego e della significatività politica e comunicativa dei contenuti veicolati – è l'elevato tasso di emendamenti approvati in sede di conversione: a livello di dati, nella XVIII Legislatura i testi dei decreti-legge, nel passaggio parlamentare, sono cresciuti del 70,43% con riferimento al numero di parole e del 65,97% con riferimento al numero di commi. Dati in crescita rispetto alla XVII Legislatura e in linea con quelli dei primi mesi della XIX Legislatura<sup>35</sup>. Giova poi ricordare come determinate “tipologie” di decreto-legge abbiano ormai assunto un ruolo equipollente a quello delle leggi periodiche, stabilizzandosi come strumenti di governo e legislazione: si pensi ai decreti-milleproroghe, in materia di termini legislativi, o ai decreti fiscali, che caricano su di sé parti delle manovre di bilancio, similmente a quanto avveniva per le vecchie leggi finanziarie o di stabilità.

Lo slittamento del decreto-legge verso il disegno di legge governativo rinforzato, o comunque verso l'atto di anticipazione legislativa, ridefinisce la stessa meccanica del procedimento legislativo: il decreto-legge del Governo – se si consente la metafora schacchistica – “apre la partita” e traccia il campo da gioco sia degli ambiti delle materie (in maniera abbastanza elastica), sia delle grandezze economiche e degli spazi di manovra finanziaria disponibili (in modo molto più rigido); il Parlamento “risponde” attraverso la fase emendativa, esercitando una funzione normativa, e a monte di decisione politica, che è prevalentemente trasformativa (integrativa o correttiva), nel solco dell'atto del Governo. Ora, sebbene il congegno descritto possa apparire deviante, esso risponde in realtà, adattandovisi, a logiche ed esigenze di *policy making* tipiche del contesto delle democrazie contemporanee, caratterizzato da un alto coefficiente di complessità<sup>36</sup>. Ne segnalo soprattutto due: i) il quasi-monopolio informativo del Governo rispetto alle quantificazioni, alle coperture e ai saldi di finanza pubblica; ii) la specifica competenza tecnica degli apparati burocratici sulle singole tematiche e la loro “prossimità” alle questioni da normare, che determina assai di frequente una genesi dei decreti-legge *bottom up*, per progressiva collazione delle parti provenienti dai diversi plessi dell'amministrazione. La circostanza che l'intervento del Parlamento non preceda, ma si innesti sul tronco di opzioni regolatorie e finanziarie già in parte delineate, non ne svilisce necessariamente il ruolo, e anzi

che intende in chiave relativa il requisito della necessità collegandolo a una valutazione politica espressa dal Governo.

<sup>35</sup> Cfr. *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea - Rapporto 2022-2023*, elaborato dall'Osservatorio sulla legislazione della Camera dei deputati, disponibile al seguente link: <https://www.camera.it/temiap/2023/07/13/OCD177-6539.pdf>

<sup>36</sup> Per una ricostruzione, e per i riferimenti bibliografici, cfr. volendo il mio D. DE LUNGO, *La dialettica fra politica e burocrazia nel sistema costituzionale: una lettura giuridica in chiave di rational choice theory*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2023, 71 ss.

per certi aspetti potrebbe agevolarlo: sia sotto il profilo della funzione normativa, dove le Camere sono in grado di esercitare – lo testimoniano le statistiche sopra citate – una preziosa attività di sintesi, aggiustamento e compensazione del *decision making* rispetto alle istanze delle diverse anime della maggioranza e delle opposizioni; sia sul versante dell’indirizzo e controllo, risultando meno arduo, di fronte a un terreno circoscritto, ridurre l’asimmetria informativa attivando i poteri conoscitivi e ispettivi.

Se così è, appare meno incomprensibile, e forse meno patologico, il punto di equilibrio “decreto-legge centrico” nel quale si è venuto oggi ad assestare, specie dopo il Covid-19, il procedimento legislativo. Allo stesso modo, i vantaggi che lo stesso Parlamento ne può derivare depotenziano la lettura secondo cui questo subisce supinamente l’assedio della decretazione d’urgenza. Del resto, se non vi fosse un reciproco interesse del Governo e delle Camere sarebbe arduo credere che la proliferazione dei decreti-legge possa avvenire con tale stabilità o con simili dimensioni quantitative e qualitative: ciò che è reale è razionale, verrebbe da dire con poca fantasia. Proprio questo in definitiva, guardando alle prospettive *post* PNRR, conduce a ritenere difficilmente reversibili le tendenze in parola.

Certo, può convenirsi che l’equilibrio raggiunto nella prassi sia tutt’altro che ottimale: qui possono allora introdursi alcuni minimi spunti, nell’ottica del dibattito in corso sulle riforme, in cui sembrano peraltro piuttosto in ombra i temi di politica della legislazione<sup>37</sup>.

Anzitutto, non pare che l’introduzione di strumenti volti a rendere più brevi o più sicuri i tempi di approvazione delle leggi (ad esempio, il c.d. voto a data certa) possa deflazionare in modo apprezzabile il ricorso al decreto-legge<sup>38</sup>. Infatti, le tempistiche di approvazione delle leggi sono più ridotte di quanto si potrebbe immaginare: nella XIX Legislatura, ad esempio, il tempo di esame parlamentare è stato, in media, di 42 giorni per i disegni di legge di conversione (32 giorni in prima lettura e 8 giorni in seconda lettura), 23 per gli altri disegni di legge d’iniziativa governativa e 87 per le proposte di legge

<sup>37</sup> Del resto, che la decretazione d’urgenza sia ormai «un problema di politica legislativa» lo rilevava già F. MODUGNO, *Atti normativi*, in *Enc. Giur.*, III, Treccani, Roma, 1988, 10. Per una ricostruzione più sistematica cfr. anche ID. (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, II. *Crisi della legge e sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 2000. Per una mappatura dei diversi progetti di riforma dell’articolo 77 della Costituzione cfr. A. CELOTTO – G. PISTORIO, *La decretazione d’urgenza (art. 77 Cost.)*, in F.S. MARINI – G. SCACCIA (a cura di), *Commentario alla riforma costituzionale del 2016*, cit., 197 ss., per la proposta di riforma c.d. Renzi-Boschi, e A. CELOTTO – E. DI BENEDETTO, *Art. 77*, cit., per i progetti più risalenti.

<sup>38</sup> Di recente, è stato invece espresso da S. BALDELLI, *Ingorgo decreti l’alternativa c’è*, in *L’Espresso*, 28 ottobre 2023, l’auspicio verso un più ampio uso del modello dei disegni di legge collegati alla manovra di bilancio, peraltro accompagnato da una lucida analisi dei fenomeni alla base dell’uso del decreto-legge.

d'iniziativa parlamentare<sup>39</sup>. In ogni caso, ed è ciò che più conta, il decreto-legge gode del crisma dell'immediata efficacia normativa: requisito che lo rende una freccia infungibile, dal punto di vista giuridico, politico e comunicativo, nella faretra del Governo, rispetto a qualunque altro meccanismo acceleratorio possa eventualmente immaginarsi.

Di altrettanto scarsa utilità paiono i limiti volti a contingentare il numero di decreti-legge presentabili o esaminabili, oppure il relativo tempo di esame nel calendario dei lavori parlamentari: congegni in parte già previsti<sup>40</sup> e aggiugnabili, rispettivamente dilatando e accorpendo i decreti o tagliando la discussione con la posizione della fiducia. Vedo poi poco realistica la suggestione di rendere inemendabili in sede di conversione i decreti-legge: per come la decretazione d'urgenza si è sviluppata, la *deminutio* più significativa, almeno nel breve-medio periodo, si produrrebbe a carico del Parlamento, il quale si vedrebbe privato di quello che a oggi è il suo principale canale di interlocuzione politica e produzione legislativa<sup>41</sup>.

Potrebbe risultare invece utile una valorizzazione assai più stringente – a livello di Costituzione o di regolamenti parlamentari – del principio di omogeneità, tanto all'interno del decreto-legge quanto nel rapporto fra decreto-legge e legge di conversione, inteso nella sua accezione oggettivo-materiale anziché teleologica: ciò porrebbe un freno all'uso, ormai invalso, dei decreti *omnibus*, concentrando la decisione politico-normativa, il procedimento parlamentare e lo stesso dibattito pubblico su ambiti più definiti e circoscritti, con possibili benefici sul piano della razionalità e della consapevole partecipazione di tutte le istanze alla deliberazione, oltretutto della certezza del diritto. Aspetti che, invece, tendono a diventare più sfumati interpretando l'omogeneità in senso finalistico<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Cfr. ancora *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea - Rapporto 2022-2023*, cit.

<sup>40</sup> Si veda ad esempio l'art. 24, comma 3, del Regolamento della Camera dei deputati che, nella definizione del calendario dei lavori, stabilisce che all'esame dei disegni di legge di conversione dei decreti-legge è destinata non più della metà del tempo complessivamente disponibile. L'art. 154 del medesimo Regolamento peraltro stabilisce che al procedimento di conversione dei decreti-legge, in via transitoria, non si applica la disciplina del contingentamento dei tempi. Per una panoramica complessiva e aggiornata sulle regole peculiari che caratterizzano, nei Regolamenti di Camera e Senato, la conversione dei decreti-legge, cfr. L. GIANNITI – N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Il Mulino, Bologna, 2023.

<sup>41</sup> Per una compiuta disamina del tema dell'emendabilità dei decreti-legge – qui ovviamente impossibile da sviluppare – cfr. G. FILIPPETTA, *L'emendabilità del decreto-legge e la farmacia del costituzionalista*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012.

<sup>42</sup> Come noto, le categorie dell'omogeneità materiale e dell'omogeneità finalistica sono state forgiate dalla giurisprudenza costituzionale a partire dalle sentenze n. 171 del 2007 e n. 22 del 2012, con riferimento sia al testo originario del decreto-legge che alla legge di conversione. Il tema qui delineato è ben presente nel dibattito interno alle due Camere, fra le quali si registrano significative differenze in punto di ammissibilità degli emendamenti alle leggi di conversione dei decreti-legge, più volte venute in rilievo. La Camera dei deputati (sulla base dell'art. 96-bis, comma 7, del suo

Infine, ragionando nell'ottica in cui l'attuale impianto bicamerale resti fermo, potrebbe immaginarsi l'introduzione di un tempo minimo inderogabile di esame da parte di ciascuna Camera: se – come sembra – il ruolo legislativo del Parlamento si gioca prevalentemente in chiave trasformativa dei decreti-legge, e proprio tramite essi viene veicolata la parte più rilevante dell'indirizzo politico, non sarebbe allora peregrino scongiurare la prassi del monocameralismo di fatto, garantendo uno *spatium deliberandi* effettivo a entrambi i rami del Parlamento per esaminare il testo, svolgere l'istruttoria e approvare emendamenti. Fattore di garanzia da far valere anche davanti al fenomeno della confluenza di più decreti in uno solo<sup>43</sup>.

Alla riserva di esame bicamerale potrebbe accompagnarsi un allungamento del termine di conversione rispetto ai 60 giorni attualmente previsti dalla Costituzione: termine che, con un esempio classico di eterogenesi dei fini, era stato concepito come un vincolo in capo al Governo salvo divenire nella prassi, invece, una ghigliottina per le Camere.

#### **4. Semplificazione amministrativa e semplificazione normativa: sviluppi e corto-circuiti**

Venendo, in ultimo, all'impatto, specie prospettico, del PNRR sul capitolo delle semplificazioni, occorre articolare l'analisi su due versanti, quello della

Regolamento, ai sensi del quale «il Presidente dichiara inammissibili gli emendamenti e gli articoli aggiuntivi che non siano strettamente attinenti alla materia del decreto-legge») è già orientata verso un impiego più rigoroso del criterio dell'omogeneità materiale: cfr. ad esempio il resoconto della Giunta del Regolamento, sedute del 28 febbraio e del 13 marzo 2007. Peraltro, secondo la circolare del Presidente della Camera del 10 gennaio 1997 la materia «deve essere valutata con riferimento ai singoli oggetti ed alla specifica problematica affrontata dall'intervento normativo». Diversamente, il Regolamento del Senato non fissa alcuna specifica regola in ordine alla valutazione di ammissibilità degli emendamenti ai decreti -legge, per i quali vale quindi solo il criterio generale dell'improprietà di quelli «estranei all'oggetto della discussione» (cfr. l'art. 97 del regolamento del Senato). Invero, la Giunta per il Regolamento, nella seduta dell'8 novembre 1984, si è espressa nel senso secondo cui il criterio generale di ammissibilità «in sede di conversione dei decreti-legge [...] deve essere interpretato in modo particolarmente rigoroso»; la circolare del Presidente del Senato del 10 gennaio 1997 sull'istruttoria legislativa (contestuale a quella del Presidente della Camera sopra citata), connette tale valutazione rigorosa alla necessità di «tener conto della indispensabile preservazione dei caratteri di necessità e urgenza già verificati con la procedura prevista dall'articolo 78 del Regolamento, con riferimento sia al decreto-legge che al disegno di legge di conversione». Nondimeno, il disallineamento fra i due rami del Parlamento continua a essere marcato, tanto da aver più volte portato i deputati a lamentare una compressione delle proprie prerogative rispetto ai colleghi senatori (cfr. ancora il citato resoconto della Giunta del Regolamento del 28 febbraio e del 13 marzo 2007); ciò, peraltro, è alla base della frequente prassi di presentare i decreti-legge al Senato in prima lettura, così da consentire, anzitutto alla stessa maggioranza, più ampi margini di emendamento al testo governativo.

<sup>43</sup> Sulle problematiche specifiche della confluenza cfr., anche per ulteriori riferimenti, M. LOSANA, *A proposito della conversione in legge del decreto Curo: nuove strategie per vecchie tentazioni?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2023.

semplificazione amministrativa e quello della semplificazione normativa, fra cui – come si dirà – emerge negli sviluppi odierni una certa contraddizione.

Quanto alla semplificazione amministrativa, il Piano ha impresso nell'ordinamento una tendenza a valorizzare in modo particolarmente accentuato il principio di efficienza e il fattore tempo, secondo un paradigma regolatorio, e forse culturale, che potremmo definire “performativo”. Si tratta di un indirizzo che si muove nel solco di un'evoluzione piuttosto consolidata nella legislazione recente, sollecitata pure a livello europeo con le Raccomandazioni del Consiglio dell'UE all'Italia per gli anni 2019 e 2020.

Come emerge anche dalle posizioni espresse dalla classe politica e da vasti settori dell'opinione pubblica, la semplificazione amministrativa ha assunto una valenza pregiudiziale rispetto a ogni altra riforma: basti pensare che proprio con l'etichetta di “decreto semplificazioni” sono stati indicati, rispettivamente, il decreto-legge 76 del 2020, adottato dal Governo Conte II per promuovere la ripresa dopo la prima ondata del Covid-19, e il decreto-legge 77 del 2021 del Governo Draghi, inteso quale primo adempimento in vista dell'attuazione del PNRR.

In particolare, si è osservato che dal punto di vista del diritto pubblico il Piano sembra portare a una redistribuzione di peso dei vari principi che guidano l'esercizio del potere amministrativo, e così pure dei diversi interessi pubblici e privati che nel procedimento amministrativo devono essere portati a composizione. Pare innegabile, infatti, che pur senza stabilire una vera e propria gerarchia assiologica, il Piano e le riforme attuative spostino il baricentro dell'azione amministrativa sul principio del buon andamento e sui suoi corollari, cioè l'efficienza, l'efficacia e l'economicità, combinati nella specifica logica della proiezione al risultato<sup>44</sup>.

Una plastica concretizzazione, almeno a livello testuale, può vedersi nel nuovo Codice dei contratti pubblici; o ancora, nell'espansione dell'ambito di applicazione della disciplina prevista dall'art. 125 del codice del processo amministrativo, peculiare sotto il profilo della tutela cautelare e di merito, dal campo circoscritto delle infrastrutture strategiche a quello ben più ampio delle opere finanziate con le risorse previste dal PNRR o dai fondi strutturali dell'Unione europea.

Questa ricollocazione del baricentro funge da canone direttivo per la discrezionalità delle pubbliche amministrazioni, al momento della ponderazione e sintesi dei diversi interessi in sede procedimentale, oltretutto nelle determinazioni che investono gli assetti e la gestione organizzativa.

<sup>44</sup> Cfr. in tal senso F.S. MARINI, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, fra semplificazione normativa e amministrativa*, in D. DE LUNGO – ID., a cura di, *Scritti costituzionali*, cit., 201 ss.

In questa nuova mappatura entra a pieno titolo, e con valenza assai significativa, il tempo, in una duplice dimensione: quella di bene giuridico individuale, facente capo a imprese e cittadini, suscettibile di valutazione patrimoniale e ristorabile in caso di lesione; e quella di interesse pubblico, strettamente connesso alla funzionalità della PA e sintomatico del grado di corrispondenza dell'organizzazione e dell'azione amministrativa al principio del buon andamento<sup>45</sup>.

Il discorso si fa, invece, polarmente contrapposto focalizzando l'attenzione sull'altro versante del ragionamento, relativo alla semplificazione normativa. Le evoluzioni odierne della produzione normativa si muovono per la gran parte – come noto – in direzione inversa rispetto ai canoni di razionalizzazione delle regole, di riduzione dello *stock* di leggi vigenti e di certezza del diritto.

Le radici di questa fenomenologia paiono doversi scorgere nelle peculiari dinamiche del consenso elettorale e nella naturale propensione della classe politica verso la comunicazione, anziché verso la legislazione, che caratterizzano le vicende storiche, sociali e tecnologiche attraversate dalle odierne democrazie. Si tratta di vicende che in questa sede, ovviamente, non possono essere ricostruite neppure per cenni<sup>46</sup>, ma che possono sintetizzarsi, ai nostri fini, nell'importanza capitale della mediaticità del politico quale elemento di costruzione del consenso e di misurazione dei rapporti di forza, la quale si alimenta con la visibilità e il costante attivismo sui *mass media* e i *social media*. Ciò determina una iper-valorizzazione della responsabilità dei politici<sup>47</sup> e la necessità di disporre continuamente di contenuti da comunicare, che orientino o si aggancino in tempo reale agli argomenti variabili e agli umori mutevoli della porzione più ampia possibile dell'opinione pubblica o della comunità *social*<sup>48</sup>, con una decisa torsione – parafrasando l'immagine

<sup>45</sup> Su tutti questi aspetti, si rinvia ancora a F.S. MARINI, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, fra semplificazione normativa e amministrativa*, cit., 202 ss.

<sup>46</sup> Rinvio, volendo, al mio D. DE LUNGO, *La dialettica fra politica e burocrazia nel sistema costituzionale*, cit., 82 ss.

<sup>47</sup> Sul concetto di “responsività” e sulle sue implicazioni si tornerà più avanti nel testo; cfr. sin d'ora, anche per ogni ulteriore riferimento, D. FISICHELLA, *Lineamenti di scienza politica*, Carocci, Roma, 2011, 302 ss.; spunti utili nella specifica prospettiva qui indagata anche in E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Rappresentanza nazionale e valutazione delle politiche pubbliche*, cit., 33 ss.

<sup>48</sup> Le diverse torsioni della democrazia e della rappresentanza registratesi negli ultimi decenni in forza del mutato quadro delle comunicazioni e dei mezzi tecnologici sono state denominate, nel dibattito scientifico, con “etichette” a volte immaginifiche ma certamente efficaci nel restituire la sostanza delle dinamiche cui si allude nel testo: oltre alla celebre «democrazia del pubblico» teorizzata da B. Manin, *Principi del governo rappresentativo* (1997), Bologna, 2010, 215 ss., possiamo qui fare riferimento alle formule *Mediacracy*, *Government by Spectacle*, *Spectator Democracy*, *Telemocracy*, *Informational Politics*, *Public Relations Democracy*, *Mobocracy*, *Drama Democracy*, *Fan Democracy*, *Blockbuster Democracy*, *Media Democracy*, *Monitory Democracy*. Per una panoramica su tale

schmittiana – della rappresentanza verso la rappresentazione<sup>49</sup>. Lo stesso linguaggio e *drafting* normativo, d'altronde, rispecchia in parte queste tendenze: abbondano disposizioni di principio, articoli simili a preamboli, enunciazioni ariose ed ecumeniche di finalità dalla dubbia portata precettiva ma dalla sicura valenza comunicativa (comunicati stampa con forza di legge, potrebbe dirsi), concepiti più per persuadere gli elettori generando consenso, empatia e risonanza emotiva che non per innovare l'ordinamento giuridico<sup>50</sup>.

È proprio nel “decidere poco, ma in fretta e in modo comunicativamente efficace” che può forse scorgersi la cifra attuale della produzione normativa. Ritrova così un senso, anzitutto, la proliferazione dei decreti-legge, spesso *omnibus*, la cui necessità e urgenza è intesa come attualità politica e mediatica; l'approvazione di leggi delega abbondanti di principi e finalità ma dalla scarsa portata precettiva; il frequente rinvio a provvedimenti attuativi per la definizione di profili anche caratterizzanti della disciplina legislativa. A ciò bisogna poi sommare il non meno rilevante capitolo dell'amministrazione per legge, cioè della prassi mediante fonte primaria, di disciplinare situazioni particolari e concrete, o di dare mera esecuzione a fonti primarie previgenti: così, la fonte primaria – sulla base, a seconda dei casi, di ingerenze della politica o di pressioni della burocrazia – assume contenuti sostanzialmente amministrativi anziché normativi e tiene luogo di atti e provvedimenti della pubblica amministrazione<sup>51</sup>.

Ora, è chiaro che se la funzione di produzione normativa diviene sempre meno posizione di regole tendenzialmente generali e astratte, e sempre più prosecuzione della comunicazione con altri mezzi, oppure strumento surrogatorio rispetto ai provvedimenti amministrativi, l'obiettivo auspicabile della

variegata onomastica, cfr. K. BRANTS – K. VOLTMER (a cura di), *Political Communication in Post-modern Democracy*, Londra, 2011. In chiave generale cfr. G. CAPANO – S. PIATTONI – F. RANIOLO – L. VERZICHELLI, *Manuale di scienza politica*, Bologna, 2014, 363 ss.

<sup>49</sup> «Rappresentare significa rendere visibile e rendere presente un essere invisibile mediante un essere pubblicamente presente. La dialettica del concetto sta in ciò che l'invisibile viene presupposto come assente e contemporaneamente reso presente». Cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), Giuffrè, Milano, 1984, 277. Nel testo, la formula è presa a prestito per indicare che il politico non solo, e non tanto, vuole rappresentare i suoi elettori nel senso classico di esprimerne gli interessi, ma ancor prima cerca di innescare verso di loro dei processi di identificazione e *transfert* di cui essere terminale.

<sup>50</sup> Sulla problematica della effettiva portata normativa delle disposizioni adottate e sul “ritorno” ai preamboli spunti utili emergono, ad esempio, nei rapporti predisposti nella XVI e XVII Legislatura dal Comitato per la legislazione della Camera dei deputati a conclusione delle singole presidenze, reperibili sul [sito istituzionale](#). (cfr., in particolare, i rapporti conclusivi delle presidenze Zaccaria, Lussana, Cicu, Tagliatela, Formisano, Pini, Giorgis).

<sup>51</sup> Cfr. in proposito, fra i lavori più recenti, S. CASSESE, *Amministrare la Nazione*, Milano, Mondadori, 2023, 22 ss. e 63 ss. e volendo il mio D. DE LUNGO, *La dialettica fra politica e burocrazia nel sistema costituzionale*, cit., 88 ss.

semplificazione normativa diviene un miraggio. Infatti: i) la mole di norme prodotte travalica di gran lunga il fabbisogno dell'ordinamento; ii) lo *stock* della legislazione vigente lievita anziché diminuire; iii) si moltiplicano le antinomie, anche alla luce dello scarso impiego di clausole di abrogazione espressa; iv) la bulimia legislativa e la volatilità delle norme minano la chiarezza, la stabilità e la effettività del diritto; v) nei diversi settori, divengono difficilmente concepibili architetture di riforma complessiva e meditata, al posto o nelle more delle quali vengono spesso introdotti regimi giuridici speciali e temporanei che non sostituiscono i vecchi, ma vi si sommano, relazionandosi a essi secondo nessi di rottura, sospensione, deroga, difficili da ricostruire per operatori giuridici, cittadini e imprese.

Rispetto a questo scenario, che ha trovato un forte catalizzatore nei diversi segmenti della “poli-crisi” (emergenza pandemica, crisi economica, conflitto russo-ucraino) e nel parallelo ritorno dell'intervento pubblico in economia, le sfide imposte dal PNRR non hanno stemperato, ma anzi hanno confermato, se non addirittura acuitizzato, i fenomeni in questione, alla luce del *mix* fra mediaticità dei temi, urgenza delle decisioni, elevato tecnicismo degli interventi, tentativi di fuga dalla responsabilità (politica o amministrativa a seconda dei casi) degli apparati politici e burocratici coinvolti.

Resta da vedere se e come i progressi che sembrano intravedersi sotto il profilo della semplificazione amministrativa possano conciliarsi con il regresso della (non) semplificazione normativa: una conciliazione – ad avviso di chi scrive – difficilmente possibile sino in fondo, trattandosi di due aspetti sviluppiabili solo in necessaria sinergia, e non in schizofrenico cortocircuito.



TRA *NUDGE-REGULATION* E *TECHNOLOGICAL MANAGEMENT*:  
“ORIENTAMENTI” COSTITUZIONALI

NADIA MACCABIANI\*

**Sommario**

1. Il diritto in trasformazione. – 2. Scienze cognitive e *nudge regulation*. – 3. Innovazioni tecnologiche e *technological management*. – 4. Aspetti di rilievo costituzionalistico: libertà e autonomia. – 5. Aspetti di rilievo costituzionalistico: il rapporto tra poteri. – 6. Oltre la trasparenza.

**Abstract**

*Taking inspiration from the transformations of law as a reaction to "exogenous" factors, this paper focuses on two regulatory techniques: nudge regulation and technological management. While briefly describing their main features, the aim is to highlight two aspects that, in the author's opinion, require further consideration from a constitutional perspective: one concerning individual freedoms, and the other concerning the relationship between powers (i.e. legislative and executive).*

**Suggerimento di citazione**

N. MACCABIANI, *Tra nudge-regulation e technological management: "orientamenti" costituzionali*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2023. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Professore associato in Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Brescia.  
Contatto: [nadia.maccabiani@unibs.it](mailto:nadia.maccabiani@unibs.it)

### 1. Il diritto in trasformazione

Sono molteplici le sollecitazioni esogene che possono provocare trasformazioni nel tradizionale modo di intendere il diritto<sup>1</sup>.

La trasformazione può senz'altro e anzitutto essere di natura contenutistica, quale evoluzione dell'ordinamento giuridico finalizzata a tenere il passo con gli sviluppi economici, sociali, scientifici e tecnologici, per poterli meglio "governare". Ciò porta a testare la "resilienza" delle categorie giuridiche rispetto alle sopravvenute "innovazioni"<sup>2</sup>, per elaborarne di nuove nell'eventualità le esistenti si rivelino inadeguate<sup>3</sup>.

La trasformazione può poi riguardare il "modo" di "fare diritto", quindi le tecniche normative o regolatorie<sup>4</sup>.

Così, con le leggi *science-based*, il regolatore pubblico vincola l'ambito di esercizio della propria discrezionalità legislativa alle evidenze rese da un'istruttoria comprensiva di acquisizioni scientifiche. In merito la dottrina ha parlato di "diritto capovolto" e denunciato l'esigenza di rendere "trasparenti" le modalità con cui il legislatore acquisisce e fa proprie regole tecniche, consacrando con il crisma della giuridicità<sup>5</sup>.

Si è altresì andato diffondendo quello che è stato definito il *risk-based approach*, con riflessi, oltre che sui contenuti, sulle modalità regolatorie. Al manifestarsi di "nuovi" rischi, ulteriori rispetto a quelli connessi alle *market-*

<sup>1</sup> In generale, sui mutamenti della funzione normativa, da protettiva e repressiva a promozionale, da mezzo di «controllo sociale» a tecnica di «direzione sociale», cfr. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione – Nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza Editori, Roma-Bari, 2007, pp. 31 ss.

<sup>2</sup> Come osserva E. PALMERINI, *The interplay between law and technology, or the RoboLaw project in context*, in E. PALMERINI, E. STRADELLA (a cura di), *Law and Technology – The Challenge of Regulating Technological Development*, Pisa University Press, Pisa, 2013, p. 15, «if we tried to sketch the key features of the regulatory enterprise faced with modern techno-science, we would come across multiple antitheses, revealing a double-edged dimension entwined in the plea for regulation. The very origin of these opposing trends resides in an ambiguous attitude towards the governance of science-centred issues, where there is no clear-cut answer even to the basic question of whether technology should or should not be regulated and to what extent the law needs to follow and adjust to technological change».

<sup>3</sup> A titolo esemplificativo, in riferimento all'impatto delle nuove tecnologie rispetto all'ordinamento giuridico esistente, basti rammentare le nuove normative europee del *Digital Market Act* e *Digital Services Act*, così come la proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale nonché la proposta di direttiva sulla responsabilità civile connessa all'uso di sistemi di intelligenza artificiale.

<sup>4</sup> A tal riguardo risulta icastico il volume di R. BROWNSWORD, E. SCOTFORD, K. YEUNG (a cura di), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, Oxford University Press, Oxford, 2017, che offre una approfondita panoramica delle sfide che l'evoluzione scientifica e tecnologica pone alle diverse *policies* e delle possibili soluzioni adottate od adottabili dal regolatore pubblico.

<sup>5</sup> A. IANNUZZI, *Il Diritto capovolto – Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 149.

*failures*, tradizionalmente affrontati con normativa *ex post*<sup>6</sup>, si è fatta strada l'esigenza di interventi regolamentari preventivi, efficienti ed efficaci<sup>7</sup>. Se negli anni novanta la risposta a tale esigenza è stata il c.d. *regulatory state*, ove l'asse della regolamentazione si è spostata verso le agenzie ed autorità indipendenti, in ragione della loro competenza tecnica ed efficienza operativa<sup>8</sup>, con l'avvio del nuovo millennio, le esigenze di *risk-assessment* e conseguente *risk-management*<sup>9</sup> hanno portato ad aprire la strada a tecniche normative diverse dal tradizionale *command and control* (costituito da norme di condotta imperative, con relativa sanzione negativa o positiva, quindi penalità o premio). Si è pertanto fatto ricorso a quella che è stata chiamata *smart regulation*, riferita all'esistenza di una pluralità di regimi regolatori, dove gli attori non sono solo i governi degli Stati, ma anche imprese e ONG, che intervengono con forme di co-regolamentazione ed autoregolamentazione<sup>10</sup>. Si è iniziato a parlare di *meta-regulation*: «under such an approach, the role of regulator ceases to be primarily about government inspectors checking compliance with rules, and becomes more about encouraging the industry to put in place its own systems of internal control and management which are then scrutinised by regulators. Rather than regulating prescriptively, meta-regulation seeks by law to stimulate modes of self-organisation within the firm in such a way as to encourage internal self-critical reflection about its regulatory performance». In definitiva, si tratta di una «alternative to prescriptive standards (which tell duty holders precisely what measure to

<sup>6</sup> M. FEINTUCK, *Regulatory rationales beyond the economic: in search of the public interest*, in R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE (a cura di), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 39, sottolinea l'esistenza di valori che si estendono «beyond, and may be antithetical to the practices, values and outcomes of market-driven decision making», che pertanto fondano non solo interventi regolatori *ex-post*, correttivi di pratiche non rispettose dei principi della concorrenza, ma anche interventi normativi preventivi, volti a tutelare interessi pubblici che travalicano quelli individuali dell'*homo oeconomicus*.

<sup>7</sup> In merito va rammentato l'approccio *Better Regulation* assunto dalla Commissione Europea che si sostanzia in una «agenda that is functional in nature; attempting to reassure EU citizens that EU regulation will be able to tackle future challenges more effectively than ever before»: M. DAWSON, *Better Regulation and the Future of EU Regulatory Law and Politics*, in *Common Market Law Review*, n. 53/2016, p. 1210.

<sup>8</sup> G. MAJONE, *The transformations of the regulatory State*, in *Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolamentazione*, settembre 2010, pp. 4 ss., che, tra l'altro, descrive le evoluzioni subite dal *Regulatory State*.

<sup>9</sup> Come sottolineato da J. BLACK, *The role of risk in regulatory process*, in R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE (a cura di), *The Oxford Handbook of Regulation*, cit., p. 302, ciò può portare ad ipotizzare che dopo il *welfare State* ed il *regulatory State*, vi sia un *risk regulatory State*, nel quale «risk is not just being used to define the object of regulation, it is also being used to determine the boundaries of the state's legitimate intervention in society. Government's role is to manage risk, and it is justified in intervening in society in the pursuit of that objective».

<sup>10</sup> N. GUNNINGHAM, P. GRABOSKY, *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

take) or even to a performance-based rules regime (which specify outcomes or the desired level of performance», consistendo piuttosto nel porre la «responsibility on the regulated enterprises themselves... to submit their plans to the regulator for approval, with the regulator's role being to risk-manage the risk management of those individual enterprises»<sup>11</sup>. Se ne ritrovano significativi esempi proprio in materia di regolamentazione delle nuove tecnologie, tra cui quanto previsto dal regolamento europeo sulla protezione dei dati<sup>12</sup> e dalla proposta di regolamento europeo in materia di intelligenza artificiale<sup>13</sup>, o, più in generale, dalla normativa che rinvia a standard, ossia a norme tecniche elaborate da organismi di diritto privato<sup>14</sup>.

Seguendo le descritte modalità, quindi, il diritto “introietta” sollecitazioni esogene restituendone il riflesso nei contenuti (leggi *science-based*) ovvero nelle tecniche normative (*smart regulation*). In questo modo, è il principio di certezza giuridica che subisce un'incrinatura, alimentando ulteriormente ciò che la dottrina aveva già denunciato come «crisi della fattispecie» e «incalcolabilità del diritto»<sup>15</sup>. Anche perché, tecnica e scienza evolvono rapidamente ed i risultati dell'oggi possono non rivelarsi validi ed efficaci con le conoscenze del domani.

Vi sono inoltre casi, dei quali ci si occuperà nel presente scritto (*nudge regulation e technological management*, cfr. infra §§ 2 e 3), in cui la reazione del diritto ai mutamenti esogeni si traduce non tanto in cambiamenti volti a implementare il “governo” di tali fenomeni esterni, quanto nello “sfruttamento” dei medesimi per perfezionare il conseguimento di finalità che, per tradizione, sono proprie del diritto stesso (la conformazione delle condotte

<sup>11</sup> N. GUNNINGHAM, *Enforcement and compliance strategies*, in R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE (a cura di), *The Oxford Handbook of Regulation*, cit., p. 135.

<sup>12</sup> Come sottolineato da L. CALIFANO, *Il Regolamento UE 2016/679 e la costruzione di un modello uniforme di diritto europeo alla riservatezza e alla protezione dei dati*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona – Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 34, «il Regolamento intende uscire dalla logica del mero adempimento formale agli obblighi di legge, per approdare ad un cambiamento culturale importante, in cui la prima aspirazione per i titolari e responsabili deve essere quella di ridurre, prevedendoli, i rischi di operazioni non consentite, o comunque non conformi. Saranno i titolari stessi a dover individuare le soluzioni maggiormente compatibili con il quadro normativo».

<sup>13</sup> Sul punto, cfr. M. VEALE, F.Z. BORGESIU, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act – Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach*, in *Computer Law Review International*, n. 4/2021, pp. 97 ss.; G. LO SAPIO, *Intelligenza artificiale: rischi, modelli regolatori, metafore*, in *federalism.it*, n. 27/2022, pp. 232 ss.

<sup>14</sup> M. ELIANTONIO, C. CAUFFMAN (a cura di), *The Legitimacy of Standardisation as a Regulatory Technique in the EU – A Cross – disciplinary and Multi – level Analysis*, Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton, 2020.

<sup>15</sup> N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 19 ss., già aveva denunciato la crisi della fattispecie in relazione all'avvento delle norme costituzionali ed al passaggio al diritto dei valori.

umane). In queste ipotesi, il regolatore pubblico, adotta una tecnica regolatoria *evidence-based*, con la quale mira a “mettere a rendimento” le evidenze e gli avanzamenti dell’evoluzione scientifica e tecnologica che sono di supporto ad assicurare maggiore effettività alla norma giuridica<sup>16</sup>.

Quindi, se con le leggi *science-based* e con la *smart regulation* è la tipizzazione della norma giuridica che è anzitutto sollecitata, con la *nudge regulation* e il *technological management*, la norma giuridica, oltre che poter essere diversamente tipizzata (rispetto al classico periodo ipotetico imperativo), vede altresì estesa la propria – tradizionale – portata. Nello specifico, nel primo caso (leggi *science-based* e *smart regulation*), la definitezza della fattispecie subisce una sorta di “rarefazione”, rinviando a nozioni (scientifiche) od atti (di autoregolamentazione e co-regolamentazione) ad essa esterni; nel secondo caso (*nudge regulation* e *technological management*), la norma mira ad inglobare una parte ad essa esterna (la sua esecuzione), estendendo quindi la portata alla conseguenza (esogena) dell’effettività della sua attuazione<sup>17</sup>, classicamente oggetto di attenzione della sociologia più che delle scienze giuridiche<sup>18</sup>.

Ora, queste trasformazioni del diritto, oltre che presentare aspetti di interesse per la teoria generale e la filosofia del diritto, presentano altresì profili di interesse di ordine costituzionalistico. Per una duplice serie di ragioni.

<sup>16</sup> F. DI PORTO, N. RANGONE, *Behavioural Sciences in Practice: Lessons for EU Rulemakers*, in A.L. SIBONY, A. ALEMANNI (a cura di), *Nudge and the Law – A European Perspective*, Bloomsbury, Oxford-Portland-Oregon, 2015, p. 30: «cognitive insights should be taken into account when designing a regulatory response in a particular context. This may require revisiting traditional regulatory tools (to make rulemakers more aware of possible unresponsive behaviours), as well as creating new strategies, that are therefore named ‘cognitive-based’».

<sup>17</sup> Per questa distinzione, tra l’accadere storico, riconducibile alla volontà umana e qualificabile in termini di effettività, e la norma giuridica, criterio giuridico di valutazione di fatti ad essa esterni, qualificabile per la sua validità, con la conseguenza che «il significato giuridico non sta dentro il fatto, ma è ricevuto dal fatto, il quale se lo vede attribuire da una coscienza normativa... Norma e fatto comunicano attraverso il giudizio, i fatti restano ciò che sono, ma vengono messi a confronto dal soggetto giudicante», cfr. N. IRTI, *Significato giuridico dell’effettività*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, p. 27.

<sup>18</sup> Come descritto da N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione – Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 44: «il sociologo usa le regole di comportamento che trova sulla propria strada per spiegare perché certi individui si comportano in un certo modo, adopera cioè le regole come una delle variabili del procedimento esplicativo ed eventualmente predittivo cui mira; il giurista usa le stesse regole per qualificare comportamenti come leciti o illeciti, cioè per stabilire perché ci si debba comportare in un modo piuttosto che in un altro. Sociologo e giurista rispetto al rapporto tra regola e comportamento fanno un cammino inverso: il sociologo parte generalmente dal comportamento per arrivare alla regola che eventualmente lo possa spiegare; il giurista parte dalla regola per arrivare al comportamento che sia di quella regola l’attuazione. Per servirsi di una regola come criterio di spiegazione e previsione basta al sociologo che sia efficace; per servirsi di una regola allo scopo di qualificare un comportamento e quindi a scopo prescrittivo, è necessario al giurista che sia valida».

In primo luogo, perché il diritto, nel condividere con l'evoluzione tecnico-scientifica la natura di “tecnica” e la finalità di dominio su cose, uomini, natura, è espressione di potere: «il diritto *vuole che altri voglia in un certo modo*, è volontà dominatrice di altra volontà, alla quale impone uno specifico contenuto»<sup>19</sup>. Se così è, come pare, il connubio tra diritto e altra tecnica (l'evoluzione scientifica e tecnologica), suscettibile di produrre un effetto moltiplicatore nella “potenza” di dominio sull'uomo, tanto più laddove, come con la *nudge regulation* ed il *technological management*, miri a “fagocitare” “l'essere” oltre che il “dover essere” (ossia l'effettività dell'esecuzione oltre che il periodo ipotetico), desta senz'altro preoccupazioni di natura costituzionalistica. La *ratio* del costituzionalismo moderno cade infatti sull'esigenza di limitare il potere pubblico per tutelare libertà ed i diritti<sup>20</sup>.

In secondo luogo, il diritto costituzionale – per sua stessa natura ed origine – non è refrattario all'integrazione con apporti disciplinari diversi. Lo ha fatto con la filosofia del diritto, incorporandone la funzione assiologica, sotto forma di principi e diritti fondamentali; lo ha altresì fatto con la sociologia e la scienza politica, traducendo in «ragioni del diritto» le ragioni dei comportamenti fattuali<sup>21</sup>. Potrebbe quindi risultare ora un ulteriore sviluppo del percorso intrapreso il guardare anche al modo con cui l'evoluzione tecnologica e scientifica risulta suscettibile di innovare le potenzialità dell'azione del regolatore pubblico, funzionalizzate a perfezionare “conformazione” e “dominio” sui comportamenti umani, al fine di testarne la compatibilità con le garanzie di ordine costituzionale.

Tanto premesso, nel prosieguo, dopo una breve descrizione delle tecniche di *nudging* e di *technological management*, per acquisire un minimo di contezza sul come l'evoluzione scientifica e tecnologica possa rafforzare “l'armamentario” a disposizione del regolatore pubblico nel rapporto con i regolati, ci si soffermerà su alcune “perplexità”, di ordine costituzionalistico. Il *punctum crucis* per il diritto costituzionale riguarda, nello specifico, gli “effetti” di tale “armamentario” sulle libertà fondamentali e, per conseguenza,

<sup>19</sup> N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, p. 17.

<sup>20</sup> V. ONIDA, *Costituzioni e costituzionalismo*, in *L'incidenza del diritto internazionale sul diritto civile – Atti del 5° Convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, p. 474, rammenta che «i principi su cui si fonda il costituzionalismo moderno sono lontani dall'essere specifici di uno Stato o di un popolo. Al contrario, esprimono valori dichiaratamente universali, fondati su una visione dell'uomo e del mondo ispirata a precisi postulati ideali ed etici: l'eguaglianza degli esseri umani tra di loro; il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili degli individui e delle formazioni sociali; la finalizzazione del potere a compiti di giustizia; ancora, la fondazione dell'autorità sul consenso della comunità, e la limitazione e l'articolazione dei poteri di sovranità per evitare l'arbitrio».

<sup>21</sup> In tal senso, cfr. L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia – Teoria del garantismo costituzionale*, Editori Laterza, Bari-Roma, 2021, p. 6.

l'esigenza di consolidare garanzie già esistenti nell'ambito relativo all'organizzazione dei poteri pubblici (i.e. legislativo ed esecutivo).

## 2. Scienze cognitive e *nudge regulation*

Già Bobbio avanzava l'ipotesi di un incremento della potenza dei mezzi di condizionamento psicologico con conseguente decremento del fabbisogno dei mezzi coercitivi, quindi del diritto, inteso nel modo classico di norma imperativa. «Il diritto è necessario dove gli uomini sono, come accade nelle società storiche, né tutti liberi né tutti conformisti, in una società cioè dove gli uomini hanno bisogno di norme e pertanto non sono liberi e non riescono sempre ad osservarle e pertanto non sono conformisti»<sup>22</sup>; ma «l'aumento dei mezzi di socializzazione e di condizionamento psicologico, e della loro efficacia va a scapito della funzione tradizionalmente esercitata dai mezzi di coazione»<sup>23</sup>.

Pur a fronte di tale constatazione, che poneva in evidenza una sorta di “alterità” tra sfera del giuridico e sfera del sociale, Bobbio sollecitava il giurista a stabilire maggiori contatti interdisciplinari con sociologi, psicologi, antropologi, politologi, osservando altresì che «ci troviamo nella situazione in cui ognuna delle branche tradizionali del diritto è venuta scoprendo al proprio fianco qualche disciplina del comportamento umano che la segue come propria ombra»<sup>24</sup>.

Se tale intreccio e tale apertura interdisciplinare non potevano essere evitati quando scriveva l'Autore, a maggior ragione non possono essere evitati oggi, in un tempo in cui le “incursioni” nel campo del diritto, da parte di altre scienze, sono divenute più penetranti<sup>25</sup>. Nello specifico, è al rapporto del

<sup>22</sup> N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione – Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 79.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione – Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 43, che proseguiva esemplificando i casi di intersezione tra diritto e scienze comportamentali: «il diritto costituzionale, la scienza politica (o la sociologia politica); il diritto amministrativo, la scienza dell'amministrazione e ancor più in generale la sociologia dell'organizzazione, il diritto penale, la sociologia del comportamento deviante, l'antropologia criminale, ecc.; il diritto dell'impresa e il diritto del lavoro, oltre che le varie discipline economiche, la sociologia industriale e del lavoro; il diritto internazionale, quell'insieme di studi ormai etichettati col nome di “relazioni internazionali”»

<sup>25</sup> Come osserva A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo – Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 84, il diritto e la scienza giuridica si basano sull'assunto di un modello di agente razionale, in grado di comprendere le prescrizioni e le ragioni che ne stanno alla base, quando in realtà le scienze comportamentali restituiscono evidenze diverse, sicché pare giunto il momento di «rimettere al centro della riflessione giuridica la questione del modello di agente umano... [per] riconoscere che la scienza giuridica non solo non possa più continuare ad operare ignorando i risultati che le predette scienze forniscono... ma debba sforzarsi di integrarle per affinare il modello

diritto con le scienze cognitive<sup>26</sup> che si intende por mente, tenuto conto della comune condivisione di oggetto, in quanto entrambi guardano «all'uomo, ai suoi comportamenti, ed è inevitabile che finiscano per incontrarsi e incrociarsi se uno deve regolare le conseguenze delle azioni (e prima ancora, imporle, vietarle, favorirle, permetterle), e l'altro settore può aiutare a capire meglio cosa muove le decisioni umane, cosa c'è dietro lo schermo (essenziale per il diritto) della decisione libera e cosciente»<sup>27</sup>.

Gli avanzamenti di conoscenze sul sistema cognitivo e comportamentale umano hanno contribuito a mettere in luce gli errori (*bias*) cognitivi che affliggono l'individuo<sup>28</sup>, quindi a smentire la teoria neoclassica della razionalità intrinseca all'*homo oeconomicus*, che presuppone capacità di scelta ed azione ottimali, per massimizzare il proprio utile personale<sup>29</sup>. Tali sviluppi hanno – per conseguenza – altresì potenziato le conoscenze sugli strumenti di influenza e condizionamento del comportamento umano.

L'individuo non è quindi un essere razionale (un «econe», per dirla con Thaler e Sunstein)<sup>30</sup>, bensì un *homo sapiens*, quindi un umano, con la fallibilità tipica degli umani, qualificata da razionalità limitata<sup>31</sup>. Ne discende l'esigenza di “educarlo” ed indirizzarlo ad assumere decisioni in linea con il proprio benessere.

Allo scopo le scienze cognitive dimostrano il rilievo del contesto entro cui vengono presentate le opzioni offerte all'individuo, in quanto in grado di influenzarne i processi mentali, incidere sulle sue preferenze e quindi sulla sua condotta. In merito, sono stati suggeriti diversi strumenti in grado di “condizionare” le decisioni individuali, tra cui la *default rule* (che fa leva

cui fare riferimento, soprattutto se si vuole che il principio di effettività/efficacia abbia davvero... il giusto rilievo nella ricostruzione complessiva del fenomeno giuridico».

<sup>26</sup> Le scienze cognitive nascono come ambito interdisciplinare volto allo studio dei processi cognitivi e della mente umana, cfr. A. JACOMUZZI, *Introduzione alle scienze cognitive*, Il Mulino, Bologna, 2023.

<sup>27</sup> A. D'ALOIA, *Neuroscienze e Diritto – Appunti preliminari*, in *BioLaw Journal*, n. 3/2017, p. 1.

<sup>28</sup> Come sintetizzato da A.L. SIBONY, A. ALEMANNI, *The Emergence of Behavioural Policy-Making: A European Perspective*, in A.L. SIBONY, A. ALEMANNI (a cura di), *Nudge and the Law – A European Perspective*, Portland, 2015, p. 3, «the central findings of behavioural research that are of interest to policy-making may be summarised in four statements: i) humans display a tendency to inertia and procrastination; ii) they are very sensitive to how information is presented (framing); iii) as well as to social influence; and iv) humans do not handle probability very well». Per un approfondimento in merito alle tipologie di limiti che affliggono la razionalità umana, cfr. F. VELLA, *Diritto ed economia comportamentale*, Il Mulino, Bologna, 2023, cap. I.

<sup>29</sup> N. RANGONE, *Errori cognitivi e scelte di regolazione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1/2012, p. 2.

<sup>30</sup> R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *La spinta gentile – La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Feltrinelli Milano, 2009, p. 13.

<sup>31</sup> H.A. SIMON, *A behavioral Model of Rational Choice*, in *Quarterly Journal of Economics*, n. 1/1995, pp. 99 ss., ha introdotto il concetto di “bounded rationality”.

sull'inerzia rispetto a scelte predeterminate, essendo richiesto un comportamento attivo per *l'opting-out*)<sup>32</sup>; il "contesto" (*framing*) delle informazioni che vengono sottoposte con un particolare "format" volto a catturare l'attenzione del regolato, focalizzandola su certi aspetti piuttosto che altri<sup>33</sup>; le norme sociali che portano gli individui ad agire per emulazione rispetto ad altri<sup>34</sup>; e la semplificazione informativa<sup>35</sup>. Sono strumenti suscettibili di "sfruttare" i *bias* cognitivi dell'individuo ovvero superarli e quindi potenziare le capacità cognitive e deliberative dello stesso (*empowerment*)<sup>36</sup>.

Su queste premesse Thaler e Sunstein hanno edificato la *nudge theory*, fondata sul concetto di "paternalismo libertario": una sorta di *contradictio in adiecto*, con cui gli Autori intendono icasticamente sintetizzare la "filosofia" sottesa alla *nudge regulation*. Al riguardo, si tratta di stimolare gli individui a compiere determinate scelte volte a migliorare il benessere individuale, pur rimanendo liberi di decidere diversamente, per l'assenza di sanzioni negative (punizioni, disincentivi) o positive (premi o incentivi)<sup>37</sup>. Allo scopo viene allestita la c.d. *choice architecture*, ossia il contesto (*framing*) entro cui sono

<sup>32</sup> R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *La spinta gentile – La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, cit., p. 95, rammentano che «molte persone scelgono le opzioni che richiedono il minimo sforzo, ovvero la via di minor resistenza», ciò a causa di «inerzia, della distorsione verso lo *status quo* e dell'euristica del "ma sì, è uguale": per via di tutte queste forze, se per una data scelta esiste un'opzione di *default* – cioè l'opzione che prevale se si sceglie di non far nulla – possiamo aspettarci che molte persone si ritrovino con quell'opzione, sia essa vantaggiosa o svantaggiosa».

<sup>33</sup> Come spiegato da R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *La spinta gentile – La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, cit., p.45, «l'idea è che le scelte dipendono in parte dalla maniera con cui i problemi vengono presentati».

<sup>34</sup> R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *La spinta gentile – La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, cit., p.75, rilevano che «se gli architetti delle scelte desiderano modificare i comportamenti individuali ricorrendo a un pungolo, è sufficiente che informino gli individui di ciò che altri stanno facendo».

<sup>35</sup> F. DI PORTO, N. RANGONE, *Behavioural Sciences in Practice: Lessons for EU Rulemakers*, cit., p. 42, osservano: «the easiest and most popular way to facilitate people's choices is through the *simplification of information to be given to individuals*. The latter is to be understood primarily as a quantitative reduction of the amount of information given, but also as a smart (i.e. cognitive-based) selection of the 'really informative' data to be provided (i.e. the data that would effectively lead to a change in regulatees' behaviour). Indeed, not all information is relevant to help make good decisions».

<sup>36</sup> F. DI PORTO, N. RANGONE, *Behavioural Sciences in Practice: Lessons for EU Rulemakers*, cit., p. 30: distinguono, tra le tecniche regolatorie «cognitive-based», due tipologie «'nudging' and 'empowerment'». Although both are based on similar cognitive insights, we contend that while 'nudging' is meant to 'exploit' individual emotional responses, 'empowerment' is aimed at enhancing people's capacity to manage and overcome their emotional responses, in order to adopt deliberately conscious decisions».

<sup>37</sup> Secondo la ricostruzione di sanzioni negative e positive, misure dirette e indirette descritta da N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione – Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., pp. 27 ss.

presentate varie opzioni tra le quali matura la scelta individuale<sup>38</sup>. Pertanto, seguendo il pensiero di Thaler e Sunstein, «il paternalismo libertario è un tipo di paternalismo relativamente tenue, indulgente e poco invadente, perché le scelte non vengono bloccate, impedito o rese eccessivamente onerose... Ci consideriamo paternalisti in quanto pensiamo che sia lecito per gli architetti delle scelte cercare di influenzare i comportamenti degli individui al fine di rendere le loro vite più lunghe, sane e migliori... Ci consideriamo libertari perché sosteniamo che, in generale, gli individui dovrebbero essere liberi di fare come credono... l'aggettivo libertario, usato come attributo di paternalismo vuol dire semplicemente "che preserva la libertà"... I paternalisti libertari vogliono aiutare le persone a fare come meglio credono»<sup>39</sup>. In definitiva «un pungolo», affermano Thaler e Sunstein, «è appunto una spinta gentile, cioè qualsiasi aspetto dell'architettura delle scelte che altera il comportamento degli individui in maniera prevedibile, senza proibire alcuna opzione o modificare in misura significativa gli incentivi economici. Per essere considerato un semplice pungolo, l'intervento deve poter essere evitato facilmente e senza costi eccessivi»<sup>40</sup>.

Il termine *nudge* è quindi diventato una sorta di "ipostasi" del più ampio concetto di *behaviourally informed policy-making*<sup>41</sup>, inclusivo di ulteriori tecniche regolatorie, che parte della dottrina distingue dal *nudging*, quali l'*empowerment*<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *La spinta gentile – La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, cit., p. 18, ritengono che «progettando ambienti decisionali intuitivi, gli architetti delle scelte possono migliorare notevolmente la vita delle persone», nello specifico (p. 102), «un buon sistema di architettura delle scelte aiuta gli individui a perfezionare la propria capacità di mappare le decisioni, e dunque a scegliere le opzioni che possono accrescere il loro benessere».

<sup>39</sup> R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *La spinta gentile – La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, cit., p. 11.

<sup>40</sup> R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *La spinta gentile – La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, cit., p. 12.

<sup>41</sup> A.L. SIBONY, A. ALEMANNI, *The Emergence of Behavioural Policy-Making: A European Perspective*, cit., p. 8, rammentano che «nudging is... only one of several possible approaches available to incorporate behavioural insights into policy-making. Yet, current language use seems to have selected this word as the most appealing shorthand for behaviourally informed rulemaking».

<sup>42</sup> F. DI PORTO, N. RANGONE, *Behavioural Sciences in Practice: Lessons for EU Rulemakers*, cit., p. 36, distinguono tra «empowerment tools [that] are aimed at enhancing people's capacity to manage emotional responses and to adopt deliberately conscious decisions» in tal senso, «[it] uses rules to tackle cognitive limitations in an aim to prevent or help individuals overcoming biases, so as to allow them to take considerate decisions. It does so by framing information in a standardised or super-simplified way... or by using targeted education... or by simplifying individuals' choice itself... or by helping end-users to override their emotional responses», e *nudging strategies* «which are meant to exploit, often in an undisclosed manner, the emotional responses of individuals» e pertanto «are bias-preserving».

La tecnica normativa che ne deriva travalica sia la tipologia classica della norma giuridica prescrittiva, qualificata dalla modalità deontonica di condotta imperativa<sup>43</sup>, che lo schema della norma permissiva<sup>44</sup>. Inoltre, la *nudge regulation* si propone di incorporare ed assicurare attraverso le “forme” (ciò che Sunstein e Thaler chiamano la *choice architecture*), elementi che solitamente stanno al di fuori della norma giuridica, avendo a che fare con la sua efficacia ed effettività<sup>45</sup>. Il *nudging* è pertanto stato qualificato come una sorta di “terza via”, tra regole statali e regole di mercato<sup>46</sup>.

E pur tuttavia, tale pratica entra nella «soglia della giuridicità», tanto più se impiegata da poteri pubblici. Essa assume infatti «le caratteristiche dell'esercizio del potere in senso sostanziale con la conseguenza che il *nudge* obbliga il giurista a misurarsi con la problematica di un potere che è tanto sfuggente (se non addirittura inesistente) dal punto di vista formale quanto pregnante dal punto di vista sostanziale»<sup>47</sup>. Sicché il vero punto di rilevanza giuridica del *nudge* è «la presenza di una strategia razionale messa in campo da un soggetto organizzato per influenzare le condotte delle persone al fine di raggiungere gli obiettivi posti in via eteronoma dal soggetto organizzato»<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> G. PINO, *Teoria analitica del diritto I – La norma giuridica*, Edizioni ETS, Pisa, 2016, pp. 66 ss.

<sup>44</sup> Il *nudge* coincide in parte con quella che è stata definita una «rule-free regulation», ossia «a regulation “without deontology” in that it is a kind of regulation that aims to influence and modify human behaviour by operating in an aedeontic sphere, a sphere devoid of any form of intrinsic deontology. It is a form of regulation which does not require deontological categories, usually considered indispensable for the existence of law itself, such as bans, obligations, commitments, rights, responsibilities, duties, privileges, entitlements, penalties, permissions, authorizations», G. LORINI, S. MORONI, *Rule-free regulation: Exploring regulation 'without rules' and apart from 'deontic categories'*, in *Journal for the Theory of Social Behaviour*, 2021, pp. 1 ss.

<sup>45</sup> G. PINO, *Teoria analitica del diritto I – La norma giuridica*, cit., pp. 115 ss., distingue l'efficacia come realizzazione dello scopo, dall'efficacia come efficienza della norma. In merito, A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo – Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 81, avanza il dubbio, a fronte di strumenti di regolazione che si basano su assunzioni scientificamente validate circa il modo in cui gli essere umani assumono decisioni e agiscono, «se l'effettività/efficacia non debba essere considerata, anche per effetto dello *jus positum*, alla stregua di un tratto essenziale del sistema giuridico e della sua complessiva ricostruzione a livello scientifico».

<sup>46</sup> E. SELINGER, K.P. WHYTE, *Nudging Cannot Solve Complex Policy Problems*, in *European Journal of Risk Regulation*, n. 1/2012, p. 26.

<sup>47</sup> A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo – Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 41.

<sup>48</sup> A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, cit., p. 43.

Se quelle sopra riportate sono le definizioni “in circolazione” di *nudge*, si comprende come, in corrispondenza delle stesse, sia stato “riesumato” il concetto di potere governamentale elaborato da Foucault<sup>49</sup>.

Al di là dell'inquadramento teorico della questione, va rammentato che poiché negli ultimi tempi «empirical research on human behaviour has become increasingly relevant in both public policy debate and legal reforms»<sup>50</sup>, la strutturazione organizzativa di uffici amministrativi ne ha subito gli influssi: com'è stato per il caso della presidenza Obama<sup>51</sup>, del governo Cameron<sup>52</sup> e dell'Unione Europea, dove la Commissione ha creato un «Competence Centre on Behavioural Insights» non solo per approfondire le ricerche comportamentali, ma anche per fornire «expert assistance to other departments of the European Commission, to embed behavioural evidence into policy-making»<sup>53</sup>. A livello internazionale, l'OCSE ha creato il *Network of Behavioural Insights Experts*<sup>54</sup>.

A sua volta la *behaviourally informed regulation* subisce gli influssi delle potenzialità offerte dalla c.d. *information society*, portatrice di una grande quantità di dati, oggi di più facile elaborazione grazie all'incremento del potere computazionale ed avanzati algoritmi di programmazione<sup>55</sup>.

Se, infatti, tradizionalmente, l'impiego di *cognitive-based regulatory tools* risulta costoso in termini di tempi e risorse impiegate, il supporto degli strumenti di *data analytics* può ridurne la dispendiosità<sup>56</sup>, incrementarne

<sup>49</sup> A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, cit., pp. 92 ss. Sull'evoluzione del concetto di “governamentalità”, in base al definirsi di nuove tipologie di “razionalità”, fondative dell'arte di governare, cfr. M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica – Corso al Collège de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano, 2005, pp. 35 ss.

<sup>50</sup> P. CSERNE, *Making Sense of Nudge-Scepticism: Three Challenges to EU Law's Learning from Behavioural Sciences*, in A.L.SIBONY, A. ALEMANNINO (a cura di), *Nudge and the Law – A European Perspective*, cit., p. 279.

<sup>51</sup> Che ha nominato il prof. Cass Sunstein a capo dell'*Office of Information and Regulatory Affairs*, cfr. <https://obamawhitehouse.archives.gov/blog/author/cass-sunstein>.

<sup>52</sup> Il Governo Cameron, sin dal suo insediamento, costituiva il *Behavioural Insight Team*, altresì noto come *Nudge Unit*, con il professor Richard Thaler advisory esterno del Team, cfr. *David Cameron's 'nudge unit' aims to improve economic behaviour*, in *The Guardian*, 9 settembre 2010.

<sup>53</sup> Cfr. [https://knowledge4policy.ec.europa.eu/behavioural-insights\\_en](https://knowledge4policy.ec.europa.eu/behavioural-insights_en).

<sup>54</sup> Si tratta di un «Network of Behavioural Insights Experts in Government, co-chaired by Canada, France, and the United States, is comprised of over 100 government officials working on behavioural insights initiatives in over 40 countries. The informal Network fosters the exchange of good practice and mutual learning among policymakers and builds upon the longstanding partnership of the OECD with the international behavioural insights (BI) community in government and bilaterally», cfr. <https://oecd-opsi.org/bi-network/>.

<sup>55</sup> R. KITCHIN, *The Data Revolution – A Critical Analysis of Big Data, Open Data & Data Infrastructures*, Sage, Londra, 2022, p. 203, ha osservato come la «dataveillance» si traduca in una «key component of modern forms of governance and governmentality».

<sup>56</sup> F. DI PORTO, N. RANGONE, *Behavioural Sciences in Practice: Lessons for EU Rulemakers*, cit., p. 48, rammentano quanto «experiments are time and resource consuming».

l'efficienza, nonché l'attendibilità dei risultati rispetto ad esperimenti condotti in laboratorio<sup>57</sup>. Infatti le *ICT* possono contribuire ad approfondire la conoscenza sociale e scientifica, perfezionando la profilazione degli individui, quindi consentendo di estendere l'estrazione, anche in ottica previsionale, dei punti di forza e di debolezza dei medesimi<sup>58</sup>.

A fronte della digitalizzazione, quindi, il *nudging* tradizionale (i.e. analogico) ne esce duplicemente rafforzato, da un lato, per il contributo che l'analisi informatizzata dei dati si presta ad offrire alle basi conoscitive delle scienze comportamentali; dall'altro lato, per la possibilità di “pungolare” *online*, infrastrutturando la *architecture choice* ed il suo *design*<sup>59</sup>, all'interno dei molteplici sistemi informatici con i quali l'individuo costantemente interagisce<sup>60</sup>.

La *ratio* del *nudging offline* e *online* rimane senz'altro identica, ciò che muta è non solo il mezzo ma soprattutto la sua potenzialità e pervasività<sup>61</sup>. «In this regard, it seems paramount to highlight that the intensity of the interference in the private sphere should be examined by taking into account the multiplying effect of the massive use of electronic means of communication, in particular digital mobile devices and the possibility to record and analyze those data. The deluge of digital data enables public and private organizations that control the data not only to understand better, but also to predict patterns of human behaviour»<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> La disponibilità e la robustezza dei dati sono infatti componenti essenziali per l'attendibilità delle “behavioural insights”, in quanto, come evidenziato da M. QUIGLEY, E. STOKES, *Nudging and Evidence-Based Policy in Europe: Problems of Normative Legitimacy and Effectiveness*, in A.L. SIBONY, A. ALEMANNI (a cura di), *Nudge and the Law – A European Perspective*, cit., p. 79 e p. 80, «we are lacking data from *well-designed* policy-relevant studies; that is, studies conducted in the real-world which can account for relevant confounding factors or subgroup behaviours».

<sup>58</sup> G. SARTOR, *Human Rights and Information Technologies*, in BROWNSWORD, E. SCOTFORD, K. YEUNG (a cura di), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, cit., p. 431, osserva che «these systems can anticipate behaviour and provide information, suggestions, and nudges that trigger desired responses».

<sup>59</sup> A. LE GALL, *Legal Design beyond Design Thinking: processes and effects of the four spaces of design practices for legal field*, in R. DUCATO, A. STROWEL (a cura di), *Legal Design Perspectives – Theoretical and Practical Insights from the Field*, Ledizioni.

<sup>60</sup> R. SARAIVA, *Rules and Nudging as Code: Is This the Future for Legal Drafting Activities?*, in K. MATHIS, A. TOR (a cura di), *Law and Economics of the Digital Transformation*, Springer, 2023, pp. 307 ss.

<sup>61</sup> Come sottolineato da C. MESKE, R. AMOJO, *Ethical Guidelines for the Construction of Digital Nudges*, in *Proceedings of the 53rd Hawaii International Conference on System Sciences*, 2020, p. 3929, «since digital interfaces are always created by a choice architect and do not appear randomly, it is crucial to understand the design of digital (user) interfaces as the environment which influences decisions».

<sup>62</sup> A. ALEMANNI, A. SPINA, *Nudging Legally: On the checks and balances of behavioural regulation*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, n. 2/2014, p. 448.

Ne esce quindi consolidata la “preoccupazione” accennata in esordio: attraverso le conoscenze offerte dalle scienze cognitive ed i connessi strumenti di “persuasione”, potenziati dalla digitalizzazione, il diritto e – per suo tramite – il potere pubblico moltiplica le proprie potenzialità di incidenza nella sfera soggettiva. Quale libertà si ritenga, per conseguenza, incrinata, è argomento di cui si discorrerà nel § 4.

### 3. Innovazioni tecnologiche e *technological management*

L'utilizzo normativo della tecnologia è iniziato ben prima del recente emergere delle c.d. disruptive technologies (dall'Intelligenza Artificiale alla *Blockchain* all'*Internet of Things*). In particolare negli anni '60 e '70, negli Stati Uniti la legislazione in materia di tutela dell'ambiente indicava nelle soluzioni tecnologiche lo strumento principale per raggiungere i propri obiettivi<sup>63</sup>. Eppure l'attenzione e la preoccupazione (dal punto di vista giuridico) per l'utilizzo della tecnologia come mezzo per assicurare l'esecuzione delle previsioni normative è andata progressivamente crescendo con l'avvento della «pervasive technological smartness», quindi via via che le tecnologie si sono affinate, fatte più “intelligenti” e capaci di una sorveglianza capillare dell'operato umano<sup>64</sup>.

In generale, per tecno-regolazione «si intende... il controllo... del comportamento umano attraverso l'uso di diverse tecniche e/o delle nuove tecnologie. Più in particolare è, con riferimento alle nuove tecnologie e ai complessi e rapidi calcoli matematici, la programmata capacità di influenzare il

<sup>63</sup> V.B. FLATT, *Technology wags the law – How technological solutions changed the perception of environmental harm and law*, in R. BROWNSWORD, E. SCOTFORD, K. YEUNG (a cura di), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, cit., p. 1195.

<sup>64</sup> R. BROWNSWORD, E. SCOTFORD, K. YEUNG, *Law, Regulation and Technology: The Field, Frame and Focal Questions*, in R. BROWNSWORD, E. SCOTFORD, K. YEUNG (a cura di), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, cit., p. 4. Si possono fare innumerevoli esempi di utilizzo della tecnologia come strumento regolativo del comportamento umano: tra i più noti, l'*interlock system* di una automobile, che non parte se le cinture di sicurezza non sono allacciate; l'automobile che rallenta in modo autonomo se il limite di velocità è superato; l'automobile dotata di sensore che intercetta l'intervenuto consumo di alcool da parte del guidatore, in grado di azionare un sistema di allarme che da un lato blocca la possibilità di avviare il veicolo e dall'altro avvisa la più vicina stazione di polizia sulla posizione del veicolo stesso (cfr. R. DAS, et al., *Intelligent Alcohol Detection System for Car Drivers in Proceedings of Industry Interactive Innovations in Science, Engineering & Technology*, 2020); oppure la possibilità di aprire porte e usare ascensori unicamente con un'apposita smart card; il costruire un ambiente con determinate caratteristiche fisiche, attrezzarlo con telecamere e sensori, per obbligare le persone a seguire un determinato tragitto piuttosto che un altro (come può essere il caso di un aeroporto); od ancora il *digital rights management* o il *software* progettato in modo tale da imporre al suo utilizzatore il rispetto della *privacy* nel trattamento dei dati degli interessati (*privacy by default e by design*). Sono casi esemplificativi di *technological management* in cui le possibilità pratiche di azione di un individuo sono “materialmente” ridotte e rese conformi alla previsione normativa che in questo modo risulta “tecnologicamente tradotta”.

comportamento umano attraverso la messa a punto di valori, di norme e di regole, nei più diversi dispositivi tecnologici»<sup>65</sup>. La possibilità di integrare, ossia di incorporare norme di condotta nella programmazione informatica richiama il noto «code is law» enunciato da Lessig<sup>66</sup>, oltre che l'ipotizzata sostituzione del *Rule of Law* con il *Rule of Code*<sup>67</sup>.

Del resto, come è stato osservato «le norme sono... l'unica modalità di comunicazione tra uomo e algoritmo», in quanto le norme degli algoritmi sono linguaggio normativo, con l'unica differenza che «la norma macchinica è esecuzione; la norma umana applicata *ha* una esecuzione»<sup>68</sup>. Nella sostanza, «attraverso il codice, inteso alla stregua di architettura o design di un artefatto, è possibile operare scelte in grado di rendere certe condotte più difficili, più costose, o addirittura impossibili: non si tratta solamente di una rilevanza avente natura valoriale o morale (“ethics by design”), ma di una coerenza analoga a quella delle regole di diritto»<sup>69</sup>.

In aggiunta quindi alla *nudge-regulation* in precedenza trattata, la *techno-regulation* rappresenta un ulteriore strumento a cui il potere pubblico può ricorrere<sup>70</sup> in alternativa alle tradizionali forme di *enforcement* di norme di condotta, ossia la sanzione negativa (pena o disincentivo) o positiva (premio o incentivo) poste a supporto delle classiche funzioni del diritto descritte da Bobbio (repressiva, protettiva e promozionale).

Nello specifico, la tecnologia utilizzata per dare forma immediatamente esecutiva a regole di comportamento, è stata definita *technological management*. Si tratta di ipotesi di «use of modern technologies as regulatory instruments... with a view to managing certain kinds of risk by excluding (i) the possibility of certain actions which, in the absence of this strategy, might be subject only to rule regulation, or (ii) human agents who otherwise might be implicated (whether as rule-breakers or as the innocent victims of rule-breaking) in the regulated activities»<sup>71</sup>.

<sup>65</sup> A.C. AMATO MANGIAMELI, *Tecno-regolazione e diritto. Brevi note su limiti e differenze*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, n. 2/2017, p. 154.

<sup>66</sup> L. LESSIG, *Code and the Other Laws of the Cyberspace*, Basic Books, New York, 1999.

<sup>67</sup> P. DE FILIPPI, A. WRIGHT, *Blockchain and the Law – The Rule of Code*, Harvard University Press, Cambridge-London, 2018, p. 52 ss.

<sup>68</sup> P. FEMIA, *Essere norma. Tesi sulla giuridicità del pensiero macchinico*, in *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia – Atti del 14° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 73.

<sup>69</sup> G. MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e i rischi di una “disruption” della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw Journal*, n. 2/2020, p. 416.

<sup>70</sup> R. CALO, *Code, Nudge or Notice?*, in *Iowa Law Review*, vol. 99, n. 2/2013, pp. 781 ss., «laws can be hard to pass and easy to ignore. Regulators are increasingly turning to alternatives to law to influence citizen behavior».

<sup>71</sup> R. BROWNSWORD, *Law, Technology and Society – Re-imagining the Regulatory Environment*, Routledge, New York, 2019, p. 4.

La tecnologia viene talora invocata come risposta a sé stessa, vale a dire come protezione contro i maggiori e più pervasivi rischi a cui espone alcuni diritti, *in primis* il diritto alla proprietà intellettuale<sup>72</sup> ed il diritto alla protezione dei dati<sup>73</sup>. In questi casi, la legge demanda alla tecnologia una impostazione predefinita, quindi una programmazione e organizzazione che *by default* e *by design* si traduca in una diretta ed automatica tutela di tali diritti. In essi, viene consacrata «the ability of information systems architecture to shape human conduct in ways that parallel the imposition of law laid down by statute and contract, and to shape conduct more effectively than such law. At the same time, they attempt to improve the bite of legal norms on IPR and data privacy by seeking to build the norms into information systems architecture. An assumption ... is that, with such embedment, the automated processes of the architecture will help automate legal norms, thus making the latter largely self-executive. Attached to the assumption is the promise of a significantly increased *ex ante* application of the norms and a corresponding reduction in relying on their application *ex post facto*. The hope is that this realignment of regulatory thrust will ameliorate the ‘catch-up-with-technology’ problem traditionally afflicting statutory endeavour»<sup>74</sup>.

Nel *technological management*, quindi, la tecnologia agisce in luogo dell’umano: ciò che è sempre più possibile in ragione di sofisticati sistemi di intelligenza artificiale<sup>75</sup>, con conseguente sprigionarsi di un ampio dibattito

<sup>72</sup> Tra le misure tecnologiche di protezione della proprietà intellettuale, va menzionato il *Digital Rights Management* (DRM) che incorpora la tutela nell’architettura del sistema di trasmissione e fruizione dell’informazione digitale, nello specifico «il DRM... mira a tradurre le regole contenute nelle licenze d’uso... in un linguaggio che sia comprensibile alle macchine. Si tratta... della più avanzata forma di automazione del contratto. La violazione delle regole incorporate dal DRM è assistita da sofisticate protezioni tecnologiche... La tutela giuridica... è sostituita o – quanto meno, anticipata – da un’autotutela tecnologica in grado di individuare, tracciare e punire coloro i quali violano le regole incorporate nella macchina»: G. PASCUZZI, *Il diritto nell’era digitale*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 214.

<sup>73</sup> S. CALZOLAIO, L. FEROLA, V. FIORILLO, E.A. ROSSI, M. TIMIANI, *La responsabilità e la sicurezza del trattamento*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona – Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, cit., p. 174, osservano che «le implicazioni connesse alla progettazione e alla impostazione predefinita giungono fino a coloro che predispongono le infrastrutture tecniche di cui il titolare [del trattamento] si avvale. Se la logica preventiva della tutela del dato non può che applicarsi, per essere efficace, alla fase della progettazione, è logico supporre che anche i produttori di *software*, applicazioni e in generale dei servizi debbano applicare tali misure».

<sup>74</sup> L.A. BYGRAVE, *Hardwiring Privacy*, in R. BROWNSWORD, E. SCOTFORD, K. YEUNG (a cura di), *The Oxford Handbook of Law, Regulation, and Technology*, cit., p. 755.

<sup>75</sup> Per una definizione tecnica dei differenti sistemi di intelligenza artificiale, incluso il *machine learning*, cfr. S. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial intelligence – A Modern Approach*, Hoboken, 2021.

in merito agli implicati aspetti etici e giuridici<sup>76</sup>. Non è questa la sede per approfondire simili questioni, intendendo qui semmai porre in evidenza come i sistemi di intelligenza artificiale e le nuove tecnologie in senso più ampio (ad es. la *Blockchain*, l'*Internet of Things*), possano divenire parte della relazione normativa tra potere pubblico e cittadini, con la conseguenza che il «regulatory environment» ne esce composito e, nello specifico, costituito da due dimensioni: una che segue la tradizionale forma normativa ed una che segue una innovativa “forma non normativa”, integrata dal *technological management*<sup>77</sup> che, a differenza della prima, ingloba in sé anche l’effettività della norma.

Anche in questo caso, come per il *nudging*, nel momento in cui il potere pubblico decide di affidarsi a tale “forma” regolativa, la scelta non risulta neutra dal punto di vista costituzionalistico, come si cercherà di argomentare nel prosieguo.

#### 4. Aspetti di rilievo costituzionalistico: libertà e autonomia

Quanto descritto nei paragrafi precedenti offre una sintesi volta a far comprendere, per sommi capi, in che cosa consiste la *nudge regulation* e il *technological management*.

Si tratta ora di “testare” in che termini – a fronte di tali possibilità – può insinuarsi una riflessione di ordine costituzionalistico. La *tecno-regulation*, sia essa volta ad incidere sull’ambito d’azione comportamentale dell’individuo (come fa il *nudge*) oppure sull’ambito d’azione materiale (come nel caso del *technological management*), sottopone a stress sia il concetto tradizionale di «law as a normative guidance»<sup>78</sup> che, per conseguenza, il rapporto tra l’esercizio del potere pubblico e le libertà dei privati. Mentre il primo aspetto attiene più alla teoria generale ed alla filosofia del diritto, è sul secondo che ci si sofferma, in quanto più strettamente attinente al cuore del costituzionalismo moderno (limitazione del potere e garanzia delle libertà e diritti inviolabili).

Le riflessioni che si vanno sviluppando avranno anzitutto riguardo al *nudge*, ma sono suscettibili di estensione *a fortiori* al *technological management*, in ragione del più intenso grado di incisione da quest’ultimo prodotto

<sup>76</sup> La dottrina sul punto è ampia, basti per tutti il rinvio a M. EBERS, *Regulating AI and Robotics: Ethical and Legal Challenges*, in M. EBERS, S. NAVAS NAVARRO (a cura di), *Algorithms and Law*, Cambridge, 2019, pp. 37 ss.

<sup>77</sup> R. BROWNSWORD, *Law, Technology and Society – Re-imagining the Regulatory Environment*, cit., pp. 24 e 29.

<sup>78</sup> P. CSERNE, *Making Sense of Nudge-Scepticism: Three Challenges to EU Law’s Learning from Behavioural Sciences*, cit., p.293.

sull'autonomia privata, prestandosi a forme di "paternalismo" per nulla "libertario"<sup>79</sup>.

La dottrina, dibattendo in merito all'impiego di tali tecniche regolatorie, si è anzitutto soffermata sulla legittimità delle finalità perseguite, ritenendo tali quelle che si indentificano con la tutela di diritti e interessi costituzionalmente consacrati; con misure volte ad evitare un pregiudizio a terzi (secondo l'impostazione liberista di Mill); ovvero che perseguono un interesse pubblico, naturalmente rispettando il c.d. test di proporzionalità (necessità, idoneità e non eccessiva onerosità della misura)<sup>80</sup>. Ma il *nudge* va oltre i menzionati casi. In effetti, l'obiettivo, sostengono Sunstein e Thaler, è il benessere dell'individuo, dal punto di vista dell'individuo stesso (da qui il "paternalismo")<sup>81</sup>. Così asserendo, cadono in una sorta di tautologia, lasciando indimostrato il presupposto di partenza<sup>82</sup>. Infatti, anche laddove non si voglia sposare la teoria di J. Stuart Mill, secondo cui lo Stato è legittimato ad intervenire solo rispetto a condotte individuali suscettibili di produrre danni a terzi, rimane – in ogni caso ed a monte – la difficoltà di identificare in termini tendenzialmente oggettivi cosa sia "bene per l'individuo". Al di là di quelli che sono stati definiti dalla dottrina come "commons" e che hanno a che fare con le condizioni minime per l'esistenza individuale e sociale, si rischia infatti di sconfinare nell'abuso di potere e nell'arbitrio<sup>83</sup>, stante l'assoluta opinabilità e variabilità di ciò che è bene per gli individui, dal punto di vista degli individui stessi<sup>84</sup>, anche alla luce del rapido sviluppo scienti-

<sup>79</sup> Sul rapporto, dal punto di vista giuridico, tra paternalismo di stato e autonomia privata, cfr. E. BATTELLI, *Il paternalismo giuridico libertario nella prospettiva dell'autonomia privata tra vincoli strutturali e limiti funzionali*, in *Politica del Diritto*, n. 4/2018, p. 583.

<sup>80</sup> M. SCHWEIZER, *Nudging and the principle of proportionality. Obligated to nudge?*, in K. MATHIS, A. TOR (a cura di), *Nudging: Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, cit., pp. 93 ss.

<sup>81</sup> R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *La spinta gentile – La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, cit., p. 11, osservano che il paternalismo liberario «cerca di influenzare le scelte in modo da migliorare il benessere di coloro che scelgono, secondo il giudizio di questi ultimi».

<sup>82</sup> Come osserva anche M. MIRAVALLE, *Gli orizzonti della teoria del nudging sulla normatività: verso un diritto senza sanzioni?*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2020, p. 450.

<sup>83</sup> A. ALEMANNI, A. SPINA, *Nudging Legally: On the checks and balances of behavioural regulation*, cit., p. 431, «it is not only a theoretical exercise to examine how and whether the traditional mechanisms of control and oversight of public power of administrative law may provide adequate safeguards against the possibility of abuse of this new forms of governmental power. Indeed, the very essence of constitutionalism requires the exercise of public power to be subjected to conditions of democratic legitimacy and accountability».

<sup>84</sup> M. FEINTUCK, *Regulatory rationales beyond the economic: in search of the public interest*, cit., pp. 39 ss.

fico e tecnologico<sup>85</sup> che fornisce il contesto entro il quale il concetto di benessere è calato ed evolve.

Senza nulla togliere al menzionato dibattito dottrinale relativo alle finalità che rendono legittimo l'impiego delle tecniche regolatorie del *nudging* o del *technological management*, il punto sul quale si intende soffermare l'attenzione riguarda piuttosto l'interazione di quest'ultime sulla "autonomia di autodeterminarsi". Sembra – nuovamente – una tautologia, ma, come si cercherà di evidenziare, la doppia enfasi sulla "autonomia" è portatrice di senso e, nello specifico, di un senso giuridicamente rilevante dal punto di vista costituzionalistico.

Allo scopo si prende anzitutto le mosse dal *nudging* in quanto, sebbene dichiaratamente "libertario", è in realtà deliberatamente mosso dall'intento di incidere sull'esplicitarsi dei processi cognitivi umani, anche laddove non lo faccia in modo "subdolo", quindi senza l'impiego di tecniche subliminali.

È certo vero che molteplici sono i fattori esogeni suscettibili di influenzare i percorsi cognitivi della psiche umana (quindi in definitiva, preferenze e scelte)<sup>86</sup>, ciò che tuttavia peculiarizza il *nudging*, è il suo essere intenzionalmente direzionato a modificare/manipolare<sup>87</sup> tali processi cognitivi, sulla base di una leva rafforzata e strutturata, in quanto suffragata dalle evidenze rese dalle scienze comportamentali<sup>88</sup>. Nello specifico, è volto ad interferire sui sistemi cognitivi che le scienze comportamentali distinguono tra sistema 1, di natura intuitiva, emotiva, veloce ed automatica; e sistema 2, di natura più

<sup>85</sup> D. DICKENSON, *The common good*, in . BROWNSWORD, E. SCOTFORD, K. YEUNG (a cura di), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, cit., pp. 135 ss.

<sup>86</sup> M. SCHWEIZER, *Nudging and the principle of proportionality. Obligated to nudge?*, cit., p. 100, «the argument that nudges aimed at changing preferences deserve special scrutiny seems to rest on the premise that there are stable preferences that are independent of the decision context, and the psychological literature teaches us that this is not the case. If all preferences depend on context, it is hard to see why one context – for example framing a decision as choosing between losses instead of gains – is more manipulative than another one». Analogamente, M. MIRAVALLE, *Gli orizzonti della teoria del nudging sulla normatività: verso un diritto senza sanzioni?*, cit., p. 444, denuncia: «in questo approccio delle scienze cognitive e comportamentali, soprattutto quando si interfaccia con la questione della normatività cara ai giuristi, rileviamo tuttavia una generale sottovalutazione del ruolo che il contesto sociale e ambientale ha sui comportamenti umani».

<sup>87</sup> Come osservato dalla dottrina, una chiara linea di demarcazione tra manipolazione e *nudge* non è semplice da tracciare. Allo scopo, C. MESKE, R. AMOJO, *Ethical Guidelines for the Construction of Digital Nudges*, in *Proceedings of the 53rd Hawaii International Conference on System Sciences*, 2020, pp. 3930 ss., individuano alcuni "indicatori" in grado di supportare la distinzione, tra cui quello della trasparenza «it is the non-transparent types of nudges that fall under the manipulation objection as they work subliminally and are usually not striking to the nudgee».

<sup>88</sup> M. SCHWEIZER, *Nudging and the principle of proportionality. Obligated to nudge?*, cit., pp. 93 ss.

riflessiva, deliberativa, razionale, lenta<sup>89</sup>; oltre che volto a sfruttare gli errori cognitivi (*bias*) dei quali i nostri processi decisionali sono affetti<sup>90</sup>.

Tanto assodato ed acquisito come “dato di fatto”, si tratta di “traslare” la prospettiva al piano giuridico, per cercare di comprendere se ed in che termini, dal punto di vista costituzionalistico, la sfera cognitiva sulla quale il *nudging* interagisce può dirsi meritevole di tutela, e ciò a prescindere dalle modalità con le quali il *nudging* viene realizzato (*default rule*, semplificazione, *framing*, norme sociali, ecc...) e dalle finalità perseguite.

L'essenza, dal punto di vista costituzionalistico, sembra infatti dover risiedere “a monte” di modalità e finalità, queste venendo semmai in rilievo in un secondo momento, ossia in fase di bilanciamento con le libertà incise.

Si tratta quindi di prendere anzitutto in considerazione gli effetti prodotti nei nostri processi psichici che – in ogni caso – il *nudging* punta a modificare (sia esso volto a modificare le preferenze finali o ad incidere sui mezzi a disposizione per assumere le decisioni)<sup>91</sup>. Salvo quindi l'estremo dell'azione subliminale, anche modalità più trasparenti di azione, di natura informativa, risultano comunque intenzionalmente dirette dal regolatore pubblico a sfruttare le conoscenze fornite dalle scienze cognitive al fine di “modificare” o “manipolare” i naturali percorsi del processo psichico interno all'individuo. Che poi questi “naturali percorsi” del processo cognitivo siano da considerare “ottimali” o meno per il benessere dell'individuo, è altra valutazione, che converge sulla differente questione delle finalità perseguite, dalle quali, come detto, si intende anzitutto isolare il processo cognitivo ritenendolo, in sé e per sé considerato, suscettibile di integrare una sfera di “autonomia” giuridicamente preservabile<sup>92</sup>. A tal riguardo, si è fatta strada

<sup>89</sup> D. KAHNEMAN, *Thinking. Fast and Slow*, Penguin Books Ltd, New York, 2011.

<sup>90</sup> Come posto in evidenza da A.L. SIBONY, A. ALEMANNI, *Epilogue: The Legitimacy and Practicability of EU Behavioural Policy-Making*, in A.L. SIBONY, A. ALEMANNI (a cura di), *Nudge and the Law – A European Perspective*, cit., p. 333, «the protection of autonomy, which ought to be provided by constitutional rules, needs to be devised in a flexible way so as to allow individuals, business, and public authorities to deal with bounded rationality in the pursuit of their respective legitimate goals. In other words, those concerned with autonomy should not confine their argument to the abstract availability of choices; they should consider the distinct imperative to respect the balance between those decisions we want to take deliberately and those that we prefer to take automatically».

<sup>91</sup> A. VAN AAKEN, *Judge the Nudge In Search of the Legal Limits of Paternalistic Nudging in the EU*, in A.L. SIBONY, A. ALEMANNI (a cura di), *Nudge and the Law – A European Perspective*, cit., p. 92, distingue tra *preference paternalism* o *end paternalism*, volto ad incidere sulle preferenze finali degli individui, mutandone direzione, e *cognitive paternalism* o *means paternalism*, che non si propone di modificare le preferenze, bensì i mezzi a disposizione dell'individuo per maturare le sue scelte.

<sup>92</sup> A. VAN AAKEN, *Judge the Nudge In Search of the Legal Limits of Paternalistic Nudging in the EU*, cit., p. 90, ritiene che «autonomy is a normative construct which not only reserves a free space for the individual but also determines who is responsible for certain actions... Autonomy... guar-

in dottrina la nozione di libertà cognitiva, intesa come «process an individual uses to organize the information he receives, since the mind collects and selects information according to perception, attention, comprehension and memory to guide the behaviour»; qualificata come diritto umano fondamentale «to control one's own mind: the basic brick of personal freedom»<sup>93</sup>. Pertanto, proprio perché i nostri percorsi psichici sono da porre alle fondamenta dell'esercizio di ogni altro diritto e libertà, finiscono per trovare consacrazione nel valore fondamentale della dignità umana, come corroborato da parte della dottrina oltre che dalla Corte costituzionale.

Il «foro interno» come componente intima della psicologia di un individuo, sfera particolarmente sensibile, va quindi concepito quale presupposto essenziale della libertà cognitiva, morale, della integrità psichica, dell'autodeterminazione individuale. La dottrina si è spesa per fondarne il rilievo costituzionale, argomentando in relazione a diversi articoli della Costituzione (2, 13, 23, 25 e 32 Cost.)<sup>94</sup>. La Corte costituzionale, a sua volta, si è addentrata nella descrizione del concetto di coscienza individuale, descrivendola come «relazione intima e privilegiata dell'uomo con sé stesso... base spirituale-culturale e ...fondamento di valore etico-giuridico» delle libertà e dei diritti inviolabili; «principio creativo che rende possibile la realtà delle libertà fondamentali dell'uomo e... regno delle virtualità di espressione dei diritti inviolabili del singolo nella vita di relazione». L'ha quindi riconosciuta meritevole di «una tutela equivalente a quella accordata ai menzionati diritti, vale a dire una tutela proporzionata alla priorità assoluta e al carattere fondante ad essi riconosciuti nella scala dei valori espressa dalla Costituzione italiana». Ne ha altresì ribadito il valore costituzionale, precisando che «a livello dei valori costituzionali, la protezione della coscienza individuale si ricava dalla tutela delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti all'uomo come singolo, ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, dal momento che non può darsi una piena ed effettiva garanzia di questi ultimi senza che sia stabilita una correlativa protezione costituzionale»<sup>95</sup>.

antees individuals room for their own choices». Sicché «autonomy is the default standard against which any public intervention should be assessed» e, più nello specifico, «above a threshold of minimal conditions of rationality, autonomy and the principle of proportionality secure the liberty to pursue decisions that are not fully rational and that can even be irrational or unreasonable».

<sup>93</sup> Come ricordano P. SOMMAGGIO, M. MAZZOCCA, A. GEROLA, F. FERRO, *Cognitive liberty. A first step towards a human neuro-rights declaration*, in *BioLaw Journal*, n. 3/2017, p. 28.

<sup>94</sup> Per una ricostruzione della dottrina sul punto, cfr. A. BONOMI, *Libertà morale e accertamenti neuroscientifici: profili costituzionali*, in *BioLaw Journal*, n. 3/2017, pp. 146-147.

<sup>95</sup> Corte cost. 467/1991, par. 4.

La tutela del nostro foro interiore, della libertà cognitiva, della *privacy* mentale<sup>96</sup>, rappresentano quindi un essenziale risvolto della dignità umana<sup>97</sup>, in linea del resto con l'insegnamento kantiano che qui iscrive la libertà morale. In merito, come osservato dalla dottrina «the duty of dignity protection entails a positive action from the state and requires variable degrees of public engagement and support... this duty has to be firmly distinguished from an overly controlling (which could range from paternalistic to authoritarian) approach to protection whereby public authority may enforce dignity... against the will of the human beings concerned. This would go against the constitutional definition of humanity... human autonomy and freedom to self-determination»<sup>98</sup>.

In termini ancor più espliciti, possono essere richiamate le preoccupazioni espresse dall'attuale Garante Privacy, Pasquale Stanzione, che, nel configurare la libertà cognitiva come presupposto fondativo del diritto di autodeterminazione individuale, ha denunciato (proprio in relazione ai recenti sviluppi delle neuroscienze) l'insorgenza di «una nuova antropologia, che esige una più profonda ed effettiva difesa della dignità dal rischio di un riduzionismo (non semplicemente biologico, ma) neurologico, capace di annullare conquiste di libertà ormai talmente risalenti e consolidate da essere ritenute di fatto acquisite.... Nessun esercizio di diritto o libertà potrebbe, infatti, mai dirsi tale se realizzato per effetto del condizionamento, anche soltanto indiretto o parziale»<sup>99</sup>.

La libertà cognitiva e la connessa autodeterminazione vanno quindi salvaguardate dai «pericoli di compromissione dell'integrità psichica della persona... [che] occorre [per] assicurare la garanzia dell'inviolabile libertà morale, quali quelli rappresentati da azioni... che agiscono direttamente sulle strutture cerebrali e mentali o che sono condotti con mezzi subliminali e/o occulti tali da esercitare una forza suggestiva in grado di condizionare il volere, la capacità di analisi interiore e la possibilità di recepire e vagliare, con senso critico, altri stimoli, senza possibilità di "reagire" autonomamente allo

<sup>96</sup> Parla di *privacy* mentale e di diritto alla continuità psicologica, messe sotto scacco dalle scienze comportamentali, dalle tecnologie online e, in modo potenziato, dalle neuro-tecnologie, M. IENCA, *Neurodiritti: storia di un concetto e scenari futuri*, in *Privacy e neurodiritti – La persona al tempo delle neuroscienze*, Atti del Convegno, 28 gennaio 2021, [www.gdpd.it](http://www.gdpd.it), pp. 47 ss.

<sup>97</sup> C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *I principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona – Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, cit., pp. 106 ss.

<sup>98</sup> C. DUPRÉ, *Human Dignity in Europe: A Foundational Constitutional Principle*, in *European Public Law*, n. 2/2013, p. 338.

<sup>99</sup> P. STANZIONE, *Relazione introduttiva*, in *Privacy e neurodiritti – La persona al tempo delle neuroscienze*, cit., p. 15.

stimolo ricevuto»<sup>100</sup>. Si tratta di aspetti che, come sottolineato dalla dottrina, già possono trovare protezione nelle esistenti normative europee, dalla CEDU (art. 8) alla Carta Europea dei Diritti Fondamentali (artt. 1, 3, 7 e 8), come diritti all'integrità psichica, all'autodeterminazione, alla *privacy* (anche mentale)<sup>101</sup>.

Questa quindi la “portata” della tutela costituzionale delle basi di una autenticamente “autonoma autodeterminazione”, da tutelare anche nei confronti di un potere pubblico che sfrutti i *bias* cognitivi o comunque agisca su spontanei processi mentali mediante strategie di *nudge regulation*.

Potrebbe obiettarsi che il *nudge*, sulla scorta delle evidenze rese dalle scienze cognitive, mira all'*empowerment* dell'individuo, al miglioramento degli spazi d'azione dei processi cognitivi. Eppure, anche così asserendo, si rischia di entrare in un terreno scivoloso dal punto di vista del “precipitato” in termini giuridico-costituzionali.

Da un lato, la stessa giuridica necessità dell'*empowerment* è opinabile, tant'è in dottrina c'è chi si fa portatore di un “diritto di non sapere”: «A right not to know, i.e., not being obliged to take notice of or being confronted with particular information, particularly information about yourself, could contribute to people's well-being. There is a plethora of literature on the right not to know, but mostly in a medical context, not in a broader perspective. It is sometimes argued that withholding information from people is paternalistic and interferes with people's autonomy, but at the same time it can also have a positive effect on autonomy, for instance with regard to a right to make mistakes and the right to change your mind»<sup>102</sup>.

Dall'altro lato, il terreno è reso ancor più scivoloso se, come sottolineato dalla Corte costituzionale, l'azione sui processi cognitivi non consente di tracciare con certezza il confine tra persuasione e suggestione. Con la conseguenza che la tecnica del *nudging*, pur intendendosi porre nel cono d'ombra della prima, presta il fianco a sconfinamenti nella seconda, anche laddove alla base vi siano strategie informative che mirano all'*empowerment*. La sentenza n. 96 del 1981 ha messo in guardia contro tale rischio. Nel dichiarare l'incostituzionalità del reato di plagio, ha infatti osservato che «è estremamente difficile se non impossibile individuare sul piano pratico e distinguere a fini di conseguenze giuridiche... l'attività psichica di persuasione da quella anche essa psichica di suggestione. Non vi sono criteri sicuri per separare e

<sup>100</sup> Così afferma F.G. PIZZETTI, *Neuroscienze forensi e diritti fondamentali: spunti costituzionali*, Torino, 2015, p. 89, in relazione all'accertamento probatorio penalistico.

<sup>101</sup> O. POLLICINO, *Costituzionalismo, privacy e neurodiritti*, in *Privacy e neurodiritti – La persona al tempo delle neuroscienze*, cit., pp. 69 ss.

<sup>102</sup> B.H.M. CUSTERS, *New digital rights: Imagining additional fundamental rights for the digital era*, in *Computer Law And Security Review*, vol. 44, 2014, p. 8.

qualificare l'una e l'altra attività e per accertare l'esatto confine fra esse. L'affermare che nella persuasione il soggetto passivo conserva la facoltà di scegliere in base alle argomentazioni rivoltegli ed è pertanto in grado di rifiutare e criticare, mentre nella suggestione la convinzione avviene in maniera diretta e irresistibile, profittando dell'altrui impossibilità di critica e scelta, implica necessariamente una valutazione non solo dell'intensità dell'attività psichica del soggetto attivo, ma anche della qualità e dei risultati di essa. Quanto all'intensità, dai testi psichiatrici, psicologici e psicoanalitici e dalle ampie descrizioni mediche di condizionamento psichico risulta che ogni individuo è più o meno suggestionabile, ma che non è possibile graduare ed accertare in modo concreto sino a qual punto l'attività psichica del soggetto esternante idee e concetti possa impedire ad altri il libero esercizio della propria volontà. Quanto alla qualità non è acquisito sino a qual punto l'attività del soggetto attivo non riguardi direttive e suggerimenti che il soggetto passivo sia già disposto ad accettare»<sup>103</sup>.

Acquisita quindi la portata delle libertà in gioco, nonché le incertezze in merito alla gradualità dell'influenza sul loro autonomo esplicarsi, ne dovrebbe conseguire cautela da parte del potere pubblico (cfr. §§ 5 e 6) nel porre in essere tecniche regolatorie che, mettendo a rendimento le evidenze rese dalle scienze cognitive, intenda con ciò sfruttare ulteriormente l'asimmetria di potere con i cittadini, puntando a modificare intenzionalmente i processi cognitivi che, da sempre, rappresentano la sfera più intima, recondita e protetta dell'individuo da interferenze esterne.

Traducendo il tutto in termini giuridici, può essere rievocata la costruzione avanzata da Ferrajoli. L'autore colloca al livello più alto delle forme giuridiche di autodeterminazione proprio le "libertà da", ossia le immunità fondamentali che si traducono in aspettative unicamente negative, e che, non interferendo con altre situazioni, non sono tendenzialmente limitabili. All'interno della libertà giuridica di autodeterminazione, intesa come facoltà, isola e distingue la capacità di autodeterminarsi, ossia la libertà morale. Si può essere dotati della prima (libertà giuridica di autodeterminarsi) e pur tuttavia privi della seconda (libertà morale), a causa di condizionamenti di vario tipo<sup>104</sup>. Se così è come pare, possiamo concludere affermando che, seguendo la strutturazione delle libertà descritta da Ferrajoli, nel caso di *nudge regulation*, rimane formalmente la libertà giuridica di scelta, in quanto il soggetto non subisce coercizioni, ma viene incisa quella morale (e con essa la capacità di autodeterminarsi), in quanto alterata dalla strategia di *nudging*.

<sup>103</sup> Corte cost. n. 96/1981, par. 13.

<sup>104</sup> L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia – Teoria del garantismo costituzionale*, cit., p. 142.

Il che equivale a dire che l'autonomia è qualcosa di ulteriore rispetto alla libertà di scelta: «while freedom concerns the ability to act, autonomy concerns the independence and authenticity of the desires that move one to act in the first place»<sup>105</sup>.

Non è quindi un caso che la dottrina, a fronte delle tecniche di *nudging*, abbia parlato di libertà senza autonomia<sup>106</sup> o di pregiudizio alla libertà intesa come autonomia<sup>107</sup>, specificando che «invisible nudges stifle autonomy and agency; they thus provoke what they are meant to remedy»<sup>108</sup>. In effetti, il concetto di *nudge* contiene in sé questa ambiguità di fondo «questo dilemma irrisolto... se l'effetto di condizionamento che esso produce, nascosto nella formulazione della disposizione e non corredato dal crisma dell'obbligatorietà, aumenti o invece riduca la sfera di libertà e autonomia decisionale dell'individuo»<sup>109</sup>.

In definitiva, se il *nudging* è “libertario” in quanto non impone la scelta, è tuttavia in grado di agire in una direzione non esente da pericoli dal punto di vista della libertà morale ed autodeterminazione dell'individuo, essendo volto a condizionare il decorso dei suoi processi mentali. Agisce, quindi, secondo modalità, se vogliamo, “subdole”, in quanto fa leva sui processi cognitivi e sul loro libero esplicarsi, correggendo pretese *bias* o, viceversa, sfruttandone la sussistenza.

Se queste sono le preoccupazioni di ordine costituzionalistico che affliggono il *nudging*, altrettante affliggono il *regulatory management*. A differenza del primo, il secondo agisce “alla luce del sole”, coartando direttamente l'ambito materiale dell'azione umana, definendone in modo tassativo lo spazio di operatività. In sostanza, il *regulatory management* «is more than command; it is more than coercive threats; it is complete control, operating *ex ante* rather than *ex post*, and closing the gap between prescription and practical possibility»<sup>110</sup>. Esso agisce in via diretta sulle possibilità che rimangono aperte, nel mondo fisico, al soggetto, e con ciò reagisce – a livello di libertà morale – sulle sue possibilità di scelta, annullandole completamente. In quest'ottica, il processo volitivo dell'individuo è sostituito *in toto* da quello del regolatore pubblico.

<sup>105</sup> M. SCHWEIZER, *Nudging and the principle of proportionality. Obligated to nudge?*, cit., p. 99.

<sup>106</sup> A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, cit., p. 46.

<sup>107</sup> L. BOVENS, *Real Nudge*, in *European Journal of Risk Regulation*, n. 3/2012, p. 43.

<sup>108</sup> A. VAN AAKEN, *Judge the Nudge In Search of the Legal Limits of Paternalistic Nudging in the EU*, cit., p. 94, osserva che *l'invisible nudge* «impacts the rule of law to a considerable degree since law, and the measures based thereon, must be public and accessible to those targeted or affected».

<sup>109</sup> D. RUSSO, *L'approccio “nudge” nel diritto internazionale: una nuova frontiera del soft law*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2022, p. 135.

<sup>110</sup> R. BROWNSWORD, *Law, Technology and Society – Re-imagining the Regulatory Environment*, cit., p. 178.

In estrema sintesi, se il *nudge* “elude” la libertà cognitiva, il *regulatory management* la “elide” del tutto.

Infine, va rammentato che oltre che porsi in conflitto con la libertà cognitiva, il *nudging*, può altresì risultare lesivo del principio di uguaglianza, per un duplice ordine di ragioni. Da un lato, in quanto finalizzato ad implementare il benessere di «a limited group (ie those affected by bias), and not everyone»<sup>111</sup>; dall'altro lato, in quanto le potenzialità discriminatorie escono implementate laddove le strategie di *nudging* si avvalgano della profilazione resa possibile dalla *Big Data Analytics*, identificando così i gruppi di individui da “pungolare” in una determinata direzione piuttosto che altra<sup>112</sup>. Ma questa è altra questione, meritevole di ulteriore e separata ricerca.

### 5. Aspetti di rilievo costituzionalistico: il rapporto tra poteri

Il *nudging* ed il *technological management*, come già accennato, incidono su aspetti di teoria generale e di filosofia del diritto relativi alla formulazione della norma giuridica. Il primo, in quanto “tradisce” le caratteristiche tipiche della norma giuridica come periodo ipotetico, qualificato da una sanzione negativa o positiva. Il secondo in quanto ingloba nella norma, tradotta in linguaggio informatico, anche quella parte che tradizionalmente è esterna alla stessa, ossia l'esecuzione e la garanzia della sua effettività. Ma al di là di questi aspetti che, come detto, attengono più alla teoria generale ed alla filosofia del diritto, ciò che pare di più stretta pertinenza costituzionalistica, oltre quanto già affrontato in termini di libertà cognitiva e morale, è la chiamata in causa delle fonti del diritto ed in particolare della riserva di legge<sup>113</sup>.

Ora, quale che sia l'opinione che si intenda accogliere in merito alla (variamente graduabile) incidenza di tali tecniche regolatorie sulla libertà di autodeterminazione e sulla dignità umana, rimane il fatto che esse rappresentano una modalità di esercizio di potere pubblico che non solo interferisce con libertà fondamentali, ma vi interferisce su basi potenziate, ossia scientificamente informate (*evidence-based*, per il *nudging*), e strutturate (con il codice informatico, per il *technological management*)<sup>114</sup>.

<sup>111</sup> F. DI PORTO, N. RANGONE, *Behavioural Sciences in Practice: Lessons for EU Rulemakers*, cit., p. 50.

<sup>112</sup> Come sottolineato da R. KITCHIN, *The Data Revolution – A Critical Analysis of Big Data, Open Data & Data Infrastructures*, cit., p. 214, «big data and associated analytics are radically transforming how people are treated collectively. Pattern recognition is enabling a multitude of groups to be identified within datasets that share characteristics».

<sup>113</sup> A. ALEMANNINO, A. SPINA, *Nudging Legally: On the checks and balances of behavioural regulation*, cit., p. 449.

<sup>114</sup> Per il *nudge*, come posto in evidenza da A. ALEMANNINO, A. SPINA, *Nudging Legally: On the checks and balances of behavioural regulation*, cit., p. 445, «the emergence and diffusion of behaviorally informed regulation raises a fundamental question related to the forms of governmental

Ne deriva la necessità di recuperare alcune garanzie e salvaguardie relative al rapporto tra poteri, volte ad evitare di far ricadere tali tecniche nella completa discrezionalità dell'esecutivo e delle sue ramificazioni amministrative periferiche e territoriali. Al riguardo si tratta anzitutto di recuperare la originaria *ratio* della riserva di legge<sup>115</sup>, restituire inoltre al principio di legalità l'essenziale ruolo nel rapporto tra potere legislativo ed esecutivo<sup>116</sup> e rifondare le basi di una certezza giuridica che, nel delimitare il raggio d'azione del potere pubblico, salvaguardi fondamentali posizioni giuridiche soggettive<sup>117</sup>.

I giuristi che hanno affrontato il tema della *nudge-regulation* e del *technological management*, risultano per lo più allineati nell'avvertire la necessità di assicurarne la trasparenza ed escluderne, per converso, abusi o usi arbitrari<sup>118</sup>, affinché sia rispettato appieno il *Rule of Law*<sup>119</sup>. Si tratta insomma di

power. This is because this form of intervention based on public influence and persuasion inherently touches upon the equilibrium of power and liberty in our modern societies. This is by no means to allege that influence and persuasion have not been previously considered to be a form of power, but rather that a better understanding of the patterns of human decision-making sheds light on precise and concrete mechanisms to modify and control human behaviour». Per il *technological management*, come posto in evidenza da R. BROWNSWORD, *Law, Technology and Society – Re-imagining the Regulatory Environment*, cit., p. 172, «technological management does not impinge on the paper dimension of liberty; it does not speak the language of permissions, prohibitions or penalties; rather, it speaks the language of what is practicable or possible and, thus, its impingement is on the real dimension of liberty».

<sup>115</sup> Come rammentato da V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale – L'ordinamento costituzionale italiano (Fonti normative)*, II, Cedam, Padova, 1993, p. 63, «la “riserva di legge”, assoluta o relativa che sia, intende assolvere, nel suo significato originario, ad una funzione di garanzia dei diritti individuali (*rectius*: delle situazioni soggettive riconosciute dalla norma costituzionale ai soggetti sottoposti al potere statale, nei confronti di questo), oltre che come formula organizzativa di poteri e competenze). In merito, L. CARLASSARE, *La Costituzione, la libertà, la vita*, in *Costituzionalismo.it*, 27 marzo 2009, parla di «ratio garantista e democratica della riserva di legge».

<sup>116</sup> Per la distinzione tra la riserva di legge ed il principio di legalità negli ordinamenti a costituzione rigida, e per la portata organizzativa, nel rapporto tra legislativo ed esecutivo, di quest'ultimo, cfr. nuovamente V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale – L'ordinamento costituzionale italiano (Fonti normative)*, cit., p. 64.

<sup>117</sup> Rendendo quindi, per parafrasare e traslare nel rapporto tra legislativo ed esecutivo un concetto elaborato con riferimento allo spazio lasciato all'interpretazione giurisprudenziale, il diritto meno “incalcolabile”: cfr. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit.

<sup>118</sup> Come osserva M. MIRAVALLE, *Gli orizzonti della teoria del nudging sulla normatività: verso un diritto senza sanzioni?*, cit., p. 454, «Neutralità e trasparenza sono i due punti nodali di analisi per comprendere se l'utilizzo massivo del *nudge* sia compatibile con l'architettura costituzionale e, in fin dei conti, con lo stato di diritto... perché i requisiti di *trasparenza* e *pubblicità* siano soddisfatti: (a) i cittadini devono essere consapevoli del fatto che lo Stato utilizza forme di influenza denominate “spinte gentili”, che usano certi meccanismi; (b) i cittadini devono sapere in quali occasioni il governo utilizza queste forme di influenza».

<sup>119</sup> R. BROWNSWORD, *Law, Technology and Society – Re-imagining the Regulatory Environment*, cit., p. 133; A.L. SIBONY, A. ALEMANNI, *Epilogue: The Legitimacy and Practicability of EU Behavioural Policy-Making*, cit., pp. 333-335.

evitare che pratiche regolatorie siffatte vengano lasciate terreno di “scorreria” degli esecutivi e, per conseguenza, di garantire che la legge del Parlamento, sebbene non chiamata ad entrare nei dettagli dei singoli casi applicativi, detti quantomeno la “cornice” delle garanzie entro le quali il potere esecutivo è legittimato ad operare. Sicchè, se per il *nudging* «it appears unlikely that the modalities of governmental action that rely on informal mechanisms of behaviour change can be specified in law in detail in any meaningful sense. [Thus] the process by which behaviorally informed strategies are generated cannot be predefined or circumscribed», pena la perdita della flessibilità ed adattabilità che contraddistingue tale tecnica regolatoria<sup>120</sup>, è tuttavia vero che una legge di principi non pregiudica simili caratteristiche, pur prestandosi a restituire un minimo di garanzie di ordine costituzionale. In questi termini, anziché minimizzare gli effetti del *nudging* sotto la targa del “pater-narismo libertario”, della non imperatività, della autonomia di scelta, si tratta semmai di sottoporli a regole: «nudging should not be accepted as an innocuous exception to constitutionally based decision-making, even if most applications appear to benefit people»<sup>121</sup>.

Analogamente, per il *technological management*, se è vero che questi provoca una “disruption” della norma nella sua funzione prescrittiva, ciò non impedisce la possibilità di introdurre – a monte – una legge volta inquadrare “i confini” entro cui il tale tecnica regolatoria può “conglomerare” prescrizione ed esecuzione della norma giuridica<sup>122</sup>, per evitare, anche in questo caso, arbitri e abusi di potere.

Per conseguenza, ciò che potrebbe e dovrebbe fare il Parlamento è di adottare una legge (una sorta di fonte sulla produzione del diritto) volta a dettare i “criteri” di governo e gestione di tali pratiche regolatorie<sup>123</sup>. Defi-

<sup>120</sup> A. ALEMANNI, A. SPINA, *Nudging Legally: On the checks and balances of behavioural regulation*, cit., p. 450.

<sup>121</sup> B.S. FREY, J. GALLUS, *Beneficial and Exploitative Nudges*, in K. MATHIS, A. TOR (a cura di), *Nudging: Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, cit., p. 18.

<sup>122</sup> R. BROWNSWORD, *Law, Technology and Society – Re-imagining the Regulatory Environment*, cit., p. 133, «in the Twenty-First Century, the challenge for secondary rules is not so much to empower those officials who legislate, enforce and apply primary rules but to authorise the use of technological management... it is in these limits that we find the new focus for the Rule of Law and the fulcrum for legal orders that employ technological management».

<sup>123</sup> A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo – Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 97 ss, ritiene che il *nudging* possa essere utilizzato dalla pubblica amministrazione in quanto potere amministrativo implicito, sia nei casi in cui la legge attribuisce espressamente alla p.a. la possibilità, in funzione della cura dell'interesse pubblico, di vietare, imporre o incentivare determinati comportamenti, rientrandovi come *minus* anche il potere di influenza, sia nei casi in cui non vi sia una legge che attribuisce espressamente il potere in quanto «oggi non è considerato fuori dal perimetro del principio di legalità l'esercizio di quei poteri che sono necessari al perseguimento dell'interesse pubblico, compatibili con il quadro dei poteri attribuiti e giustificabili attraverso un'interpretazione teleologica e si-

nendo, anzitutto, in negativo le finalità e le modalità vietate. Allo scopo, la delimitazione in negativo potrebbe portare all'esclusione di simili pratiche regolatorie laddove limitino o distorcano in modo inaccettabile la libertà cognitiva o sopprimano in modo significativo le opzioni praticabili da parte del soggetto; oltre che all'esclusione di alcune modalità (quali il ricorso a pratiche subliminali o comunque non trasparenti), in quanto contrarie a fondamentali valori e principi, quali la dignità umana, l'uguaglianza, il *Rule of Law*. In questi termini potrebbe essere seguito quanto l'Unione Europea sta facendo nella regolamentazione di sistemi complessi quali l'intelligenza artificiale: la relativa proposta di regolamento prende, infatti, le mosse da analogia impostazione negativa, definendo anzitutto i sistemi di IA vietati, in quanto volti a produrre un rischio inaccettabile per le libertà ed i diritti fondamentali o il *Rule of Law*<sup>124</sup>.

Il legislatore dovrebbe poi bilanciare finalità di interesse pubblico perseguite e mezzi allo scopo impiegati, con la sfera complessiva delle libertà fondamentali incise, ulteriori rispetto alla libertà cognitiva. Così, a titolo esemplificativo, il ricorso alla *default rule* per la donazione degli organi, non solo andrebbe ad incidere sulla libertà cognitiva (aspetto tipico delle pratiche di *nudging*), ma per suo tramite interferirebbe con valutazioni estremamente sensibili rimesse a quella sfera, radicabili nella dignità umana. Ne consegue che tale bilanciamento non dovrebbe essere lasciato all'esecutivo, bensì già compiuto in sede legislativa<sup>125</sup>.

In secondo luogo, la legge dovrebbe imporre al potere esecutivo che intenda far uso di tali pratiche, adempimenti ulteriori e preliminari rispetto a quanto tradizionalmente richiesto nell'ambito della analisi di impatto, ai sensi dell'art. 14, c. 10, l. 245/2005 ed il DPCM169/2017. In tale analisi, potrà senz'altro trovare sede la istruttoria scientifica (cfr. § 6), con le evidenze empiriche rese in termini di efficacia ed efficienza (anche quanto ad impatto economico, sociale ed ambientale) della tecnica regolatoria in quel determinato settore ed in quello specifico caso (cfr. Art. 8, c. 2, lett. f), DPCM 169/2017). Tuttavia, a monte di tale analisi di impatto, dovrebbe altresì imporsi all'esecutivo un *risk assessment* di natura più strettamente giuridica, in quanto basato su criteri tipicamente giuridici, quali quelli della necessità, proporzionalità e ragionevolezza. Nello specifico, nelle ipotesi lasciate aper-

stematica del complesso normativo che regola una determinata materia o settore. Ebbene, ove ricorrano le suddette condizioni, non vi è ragione alcuna, né giuridica né logica, di ostacolo a che il *power of influencing* possa essere riconosciuto ed esercitato dalla pubblica amministrazione» (p. 113).

<sup>124</sup> Cfr. il considerando n. 27 della proposta di regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale (COM(2021) 206final).

<sup>125</sup> Va peraltro rammentato che in alcuni Stati la *default rule* per la donazione degli organi è pratica in atto, mentre in Italia la si era introdotta ma non è stata attuata.

te dal legislatore come ambiti in cui tali tecniche regolatorie possono intervenire, si tratterebbe di ulteriormente ponderare, rispetto ai singoli casi di concreta applicazione, interessi pubblici perseguiti, mezzi utilizzati e diritti fondamentali sui quali si incide, rendendo il più possibile proceduralizzato e trasparente il percorso di valutazione svolto dall'esecutivo, non solo aprendolo alla consultazione, ma intermediandolo (*rectius*, inter-meditandolo) con la prescrizione del parere parlamentare da parte della Commissione competente. Del resto, non tutte i fini giustificano i mezzi e, con essi, gli eventuali "effetti collaterali" in termini di libertà e diritti. Per converso, la ponderazione dei fini con i diritti e le libertà incisi si ripercuote sulla calibrazione del mezzo. Per ricorrere ad un ulteriore esempio, questo relativo al *technological management*, il caso dell'auto che impedisce al guidatore di avviare il motore se il tasso alcolemico supera un certo livello e contestualmente invia l'avvertimento alla centrale di polizia più prossima, realizza senz'altro una legittima finalità di sicurezza pubblica, ma al prezzo di una notevole compressione della libertà individuale e senza tener conto delle eventuali situazioni di emergenza per le quali l'individuo intende avviare quell'auto, con la conseguenza che il mezzo utilizzato potrebbe forse essere "ricalibrato" nel suo grado di incisione sulla sfera delle libertà d'azione dell'individuo.

Questa *actio finium regundorum* dello spazio d'azione lasciato aperto dal legislatore agli esecutivi, andrebbe poi, in seconda battuta, rafforzato con ulteriori regole di natura procedurale, volte a definire le modalità che le pubbliche amministrazioni dovrebbero in ogni caso seguire per rendere trasparente, adeguatamente documentata e partecipata l'istruttoria di natura scientifica (cfr. *infra* § 6), che ben potrebbe trovare adeguata sede di esplicazione nell'ambito della AIR. A tal riguardo, poiché si tratta di evidenze empiriche destinate ad obsolescenza, in ragione dell'evoluzione scientifica e tecnologica, il legislatore dovrebbe imporre all'esecutivo una periodica revisione delle stesse.

Simile approccio "precauzionale" si presterebbe poi ad essere esteso dalla disciplina del rapporto tra poteri pubblici (i.e. legislativo ed esecutivo), che rappresenta il *focus* del presente scritto, a quello tra sfere, rispettivamente pubblica e privata, imponendo anche a quest'ultima, quando intenda ricorrere ad analoghe pratiche di *nudging* o di *technological management* limiti negativi, procedure, requisiti di trasparenza e partecipazione<sup>126</sup>. Ciò che tanto più assumerebbe valore in un periodo, come l'attuale, nel quale veri e propri poteri privati sono andati assumendo potenzialità lesive di diritti e

<sup>126</sup> In merito si rinvia ad alcuni approfondimenti contenuti in K. MATHIS, A. TOR (a cura di), *Nudging – Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Springer, 2016.

libertà fondamentali paragonabili a quelle realizzabili dal potere pubblico<sup>127</sup>. Ma si tratta di aspetto ulteriore, degno di una apposita sede di riflessione.

## 6. Oltre la trasparenza

Rendere trasparente l'impiego di tecniche regolatorie come il *nudging* ed il *technological management* è senz'altro un passo essenziale che le norme legislative procedimentali di cui si è parlato nel paragrafo precedente non possono esimersi dal disporre, al fine di fondarne la legittimazione<sup>128</sup>. Ciò senz'altro equivale ad escludere, a monte, pratiche di natura subliminale, volte ad agire all'insaputa dell'individuo, senza che questi se ne renda conto<sup>129</sup>, come anticipato nel paragrafo precedente.

La trasparenza include in sé non solo il rendere pubblico – e quindi edotti i destinatari – che queste pratiche regolatorie sono in atto rispetto a casi specifici, ma deve altresì “risalire la china” del percorso che il regolatore pubblico segue quando decide di implementarle. Al riguardo, la trasparenza non coinvolge quindi unicamente la *notice* sull'essere in atto della pratica nel caso di concreta applicazione, ma ancor prima, richiede che sia resa evidenza delle risultanze empiriche sulla base delle quali si è inteso optare per tale pratica. In merito, si tratta di rendere «controllabile (misurabile) il modo in cui è stata svolta l'istruttoria scientifica», mediante «la ricorrenza di vincoli normativi... che prevedano forme e modi per il coinvolgimento di *expertise*»<sup>130</sup>, integrando in questo modo *l'impact assessment*<sup>131</sup>.

Il cammino verso la trasparenza (della tecnica utilizzata, delle evidenze scientifiche che la supportano, delle modalità di coinvolgimento dell'*expertise* nell'istruttoria) dovrebbe poi includere il rispetto delle regole che governano la *privacy* e la protezione dei dati degli interessati. Sia con riguardo all'informativa agli interessati in merito ad eventuali dati personali

<sup>127</sup> O. POLLICINO, *Potere Digitale*, in M. CARTABIA, M. RUOTOLO (diretto da), *Enc. del Diritto*, I tematici V, 2023, pp. 410 ss.

<sup>128</sup> F. DI PORTO, N. RANGONE, *Behavioural Sciences in Practice: Lessons for EU Rulemakers*, cit., p. 49.

<sup>129</sup> L. BOVENS, *The Ethics of Nudge*, in T. GRÜNE-YANOFF, T., S.O. HANSSON, (a cura di), *Preference Change. Theory and Decision Library*, vol. 42. Springer, 2009, pp. 207 ss., opera la distinzione tra *type interference transparency* e *token interference transparency*: con la prima il governo rende noti le tipologie di strategie di *nudging* alle quali ricorre, con la seconda esplicita i singoli casi in cui opera la tecnica subliminale, rispetto alla quale sottolinea che «the problem is that these techniques do work best in the dark. So the more actual token interference transparency we demand, the less effective these techniques are».

<sup>130</sup> A. IANNUZZI, *Il Diritto capovolto – Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e costituzione*, cit., p. 149.

<sup>131</sup> Come osservato da F. DI PORTO, N. RANGONE, *Behavioural Sciences in Practice: Lessons for EU Rulemakers*, cit., p. 33, «targeting RIA precisely to evaluate in advance the potential impacts of rules, knowledge about cognitive and decisional processes of regulatees should improve rulemakers' knowledge».

trattati nella conduzione degli “esperimenti” realizzati a supporto di tali tecniche normative, o che verranno trattati dagli strumenti di *technological management* nel limitare le opzioni a disposizione degli individui; sia in relazione alla logica sottesa all’eventuale impiego di algoritmi di trattamento automatizzato dei dati (artt. 13, 14, 15, 22 Regolamento UE, n. 679/2016).

Infine, trasparenza è un termine impegnativo, che solitamente è funzionale all’apertura della procedura alla partecipazione<sup>132</sup>. A questo proposito, si tratta quindi di avviare, in sede di istruttoria da parte del *policy-maker*, un dibattito inclusivo<sup>133</sup> per testare il livello di “accettabilità sociale” di simili pratiche regolatorie<sup>134</sup>. Il tutto, del resto come preannunciato nel § 5, risulterebbe ben integrabile nell’AIR che comunque già prevede una fase di consultazione (Art. 8, c. 3, DPCM 169/2017).

In ogni caso, ed in definitiva, la trasparenza non è risolutiva, essendo un tassello, sia pure essenziale, ma non sufficiente, per porre in essere adeguate garanzie rispetto a tecniche normative che si prestano ad invadere libertà cognitiva e autonomia. Presa quindi coscienza della portata costituzionale della questione, si tratta di conformare l’esercizio del potere pubblico con adeguati baluardi, restituendo – *in primis* – piena dignità alla riserva di legge

<sup>132</sup> Come osserva G. DAL FABBRO, *Freedom to nudge: on the impact of nudging on fundamental rights and liberties and the possible means of scrutiny*, Trento *BioLaw Selected Students Paper* n. 24-2018/2019, p. 7, «the form of a right to participation to the public affairs and to be informed about regulatory measures influencing our personal lives, is actually one of the most endangered aspects of the rising relevance of nudges in policy-making. If we don’t know that our behaviour is being directed and we are not given the information about what is going on in the public scenario, our rights are compromised, and the duty to make us aware of all this is a constitutionally recognized one which falls on the shoulders of governments. In the end, therefore, the major problem emerging from this analysis is the one of the actual compatibility between nudges and the freedom of expression, intended as a form of duty of transparency which is imposed on public authorities».

<sup>133</sup> A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell’agire amministrativo – Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 119, nell’osservare che la decisione della pubblica amministrazione di ricorrere al *nudge* è espressione di potere politico-amministrativo, riguardando la scelta strategica relativa al modo con il quale la p.a. intende rapportarsi ai cittadini, ritiene che la «partecipazione, stante l’importanza strategica dell’atto di indirizzo con cui la pubblica amministrazione decide di utilizzare la *nudge regulation*, non soltanto dovrà essere garantita ma dovrà esserlo nella misura più inclusiva possibile, ossia riconoscendo a tutti coloro, che ritengono di voler intervenire ed interloquire con la pubblica amministrazione, di poter partecipare».

<sup>134</sup> Come osservato da R. BROWNSWORD, *Law, Technology and Society – Re-imagining the Regulatory Environment*, cit., p. 177, «technological management might be permitted but, before it is used, there needs to be an inclusive debate about the acceptability of the risk management package that is to be adopted». Per quanto riguarda la *nudge regulation*, A.L. SIBONY, A. ALEMANNI, *Epilogue: The Legitimacy and Practicability of EU Behavioural Policy-Making*, cit., p. 334, ritengono che «it would be worth asking people... if they would in principle, or in specific instances, consent to laws and regulation that take their fallibility into consideration... [in order] to empower citizens to have a say through the public consultation process accompanying IAs».

ed al principio di legalità: e qui ci si ricongiunge a quanto detto nel § precedente.



DECRETO-LEGGE E ORDINANZA DI RINVIO A DATA FISSA.  
OVVERO: COME SCONGIURARE IL SORGERE DELL'ENNESIMA  
PRASSI ABUSIVA IN TEMA DI DECRETAZIONE D'URGENZA

LEONARDO PACE\*

**Sommario**

1. Incostituzionalità prospettata e decretazione d'urgenza: un binomio dalla dubbia costituzionalità. – 2. Due (seppur non risolutive) ragioni sulla necessità dell'intervento del Legislatore. – 2.1. La scelta linguistica adoperata dalla Corte: un primo (seppur debole) indice. – 2.2. L'incisione sui diritti fondamentali: un secondo (seppur non ancora insuperabile) indice. – 3. I delicati bilanciamenti implicati nelle questioni di costituzionalità: il terzo (e decisivo) indice sulla necessità dell'intervento della legge ("parlamentare"). – 3.1. Ripercorrendo le argomentazioni della Corte sui delicati bilanciamenti nelle ordinanze di rinvio a data fissa. – 3.2. Tirando le fila: complessità dei bilanciamenti e «metodo parlamentare di formazione della legge». – 4. L'ordinanza di incostituzionalità prospettata come risultato del metabilanciamento tra funzione di garanzia costituzionale e funzione legislativa. – 5. L'urgenza del provvedere sorretta dal pregresso inadempimento parlamentare. – 6. La legge di conversione non è ordinario esercizio della funzione legislativa. – 7. La reazione (auspicabile) del Presidente della Repubblica e della Corte costituzionale. – 8. Reagire all'atto viziato per sanzionare la prassi abusiva.

**Abstract**

*The essay focuses on the constitutional issues arising from another distorted practice in the area of emergency decrees: decree-laws that follow up on fixed-date adjournments pending the legislature's measure, even though the measure required by the Court should have been implemented by parliamentary law and not by government decree-laws.*

**Suggerimento di citazione**

L. PACE, *Decreto-legge e ordinanza di rinvio a data fissa. Ovvero: come scongiurare il sorgere dell'ennesima prassi abusiva in tema di decretazione d'urgenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2023. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli Studi «Roma Tre».

Contatto: [leonardo.pace@uniroma3.it](mailto:leonardo.pace@uniroma3.it)

### 1. Incostituzionalità prospettata e decretazione d'urgenza: un binomio dalla dubbia costituzionalità

Il presente contributo vuole proporre alcune considerazioni sulla decretazione d'urgenza, quale seguito delle ordinanze di rinvio a data fissa. Qui non si vuole tanto riflettere su (e commentare) quanto già accaduto con il decreto-legge n. 162 del 2022 e l'ordinanza n. 122 del 2022 (con la quale la Corte ha restituito gli atti al giudice *a quo*, per *ius superveniens*)<sup>1</sup>, bensì – e pur se della vicenda, naturalmente, si terrà e darà conto – di mostrare, in termini generali, le ragioni di ordine costituzionale che impediscono al decreto-legge di porre rimedio all'incostituzionalità prospettata dalla Corte.

L'intento di fondo è quello di porre sul piano della riflessione dottrinale una serie di ragioni al fine di scongiurare che proprio quanto accaduto con il decreto-legge n. 162 del 2022 possa essere un “cattivo precedente” e, dunque, il primo atto di una ulteriore prassi abusiva in tema di decretazione d'urgenza.

La scelta di dare attuazione, attraverso il ricorso alla decretazione d'urgenza, all'incostituzionalità prospettata dall'ordinanza di rinvio a data fissa pone non pochi dubbi sulla sua compatibilità con «il modello costituzionale di produzione legislativa»<sup>2</sup>; dubbi che sono legati a doppio filo con la forma decisoria adottata dalla Corte e, in senso più specifico, con le ragioni e le argomentazioni cui il giudice delle leggi ricorre nel prospettare l'incostituzionalità al fine di un (necessario seppur eventuale) intervento del legislatore<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Dopo la restituzione degli atti, la Corte di cassazione penale, sez. I, sentenza 8 marzo 2023, n. 15197, ha annullato con rinvio l'ordinanza del tribunale di Sorveglianza dell'Aquila ed ha chiesto al giudice di merito di valutare la rilevanza della questione; valutazione, questa, che il giudice di legittimità dichiara di non poter compiere attraverso «una verifica *ex actis*». E, continua il giudice della nomofilachia: «se, vigente la pregressa normativa, la rilevanza è stata affermata in forza della considerazione che la dichiarazione di inammissibilità della richiesta di liberazione condizionale era stata diretta conseguenza dell'applicazione dell'art. 2 D.L. n. 152 del 1991, conv. con modif. con la L. n. 203 del 1991, che impediva l'apprezzamento di quanto nel merito dedotto dal ricorrente, nel mutato contesto normativo la rilevanza va apprezzata verificando se sussistano o meno in concreto, per il ricorrente, le condizioni limitatrici dell'accesso alla liberazione condizionale che sono oggetto delle nuove previsioni della cui compatibilità costituzionale potrebbe in astratto dubitarsi» (*cons. dir.* 7).

<sup>2</sup> Qui si utilizza, e sarà ricorrente nel testo, l'espressione di P. CARNEVALE, *Forme di produzione legislativa e potere*, in *Enc. dir., I tematici*, V-2023, *Potere e Costituzione*, diretto da M. CARTABIA, M. RUOTOLO, Giuffrè, Milano, 2023, 147.

<sup>3</sup> Dubbi sul ricorso alla decretazione d'urgenza, quale seguito dell'ordinanza di rinvio a data fissa, sono stati espressi anche da M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953*, in *DeS*, 1/2023, 34 ss. (che riproduce il testo della relazione presentata in occasione del Convegno annuale del “Gruppo di Pisa”, intitolato *I 70 anni della Legge n. 87 del 1953: l'occasione per un “bilancio” sul processo costituzionale*, svoltosi a Como il 26 e 27 maggio 2023); e G. CASAVECCHIA, *Ergastolo ostativo: tanti “tempi” e provvedimenti per risolvere - forse solo temporaneamente - un'unica questione*, in *Osservatorio costituzionale*, 2023, 222 ss.

Quando la Corte pronuncia un'ordinanza di incostituzionalità prospettata<sup>4</sup>, concedendo un termine per porre rimedio al *vulnus* costituzionale, con tale provvedimento, infatti, il giudice delle leggi individua, quale destinatario della richiesta di collaborazione istituzionale, non il *legislatore*, da intendersi genericamente come “produttore” di atti aventi forza e valore di legge, bensì il *Legislatore*, ossia il Parlamento.

Chi scrive ritiene, dunque, che l'intera operazione, dischiudasi con l'ordinanza di rinvio a data fissa, possa risultare in armonia con il sistema costituzionale solo se tale tecnica decisoria si legge nel senso che essa presupponga – e si badi bene, non certo che istituisca – una riserva di organo, il Parlamento, e quindi una riserva della specifica fonte, la legge.

Esprime una posizione favorevole, invece, A. CONTI, *L'ergastolo ostativo che move la Corte costituzionale e l'altre stelle*, in *Consulta Online*, 2023, §§ 4 e 5; posizione, questa, che, come si argomenterà in queste pagine, suscita, in chi scrive, fondati dubbi sulla compatibilità con il modello costituzionale di produzione normativa.

<sup>4</sup> O se si vuole – e come è stato pure sostenuto in dottrina – un particolare tipo di pronuncia monitoria rinforzata, di incostituzionalità accertata ma non dichiarata (GIU. SERGES, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio? Prime riflessioni interlocutorie sulla possibile delimitazione degli effetti temporali delle pronunce interpretative della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2019, spec. 61 ss. e ID., *La décision de la Cour constitutionnelle italienne no 207 de 2018 («ordinanza Cappato»): une nouvelle typologie de décision ou un «non liquet» avec date d'expiration?*, in *RFDC*, in spec. e88). Non riteniamo, invece, che questa tipologia decisoria possa essere definita come una *pronuncia di incostituzionalità differita*; in questo senso, fra i molti, A. PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria. L'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo differita per la seconda volta*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2022, § 2, spec. nt. 7, il quale ritiene che si tratti «di un'illegittimità non meramente ipotetica ma già certa, di cui però viene rinviata la dichiarazione formale», e M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Quest. Giust.*, 19 novembre 2018, il quale, più cautamente, riconosce che «nulla sul piano giuridico obbliga la Corte a pronunciarla [la dichiarazione di incostituzionalità]», così, però, implicitamente confermando quanto posto in evidenza da M. RAVERAIRA, *La decisione della Corte costituzionale sul caso Cappato*, in *Lo Stato*, 2018, 445, ossia che «sembra un'impropria forzatura, non tanto lessicale quanto sostanziale, voler definire l'ordinanza “ad incostituzionalità differita”», in quanto, come è stato da altri fatto notare, «l'incostituzionalità non scaturisce immediatamente allo scadere del termine» (M. PICCHI, «*Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento*, in questa *Rivista*, 2018 14). Anche perché (e il rilievo sarebbe di per sé decisivo) non vi sono indici formali nelle decisioni di rinvio a data fissa che possano far propendere per tale lettura. Del resto, che l'incostituzionalità sia differita, cioè si produca automaticamente allo scadere del termine, è una lettura smentita proprio dalle vicende che hanno riguardato la terza, in ordine di tempo, di tali pronunce, la ordinanza n. 97 del 2021, in quanto allo scadere del termine da questa originariamente fissato non vi è stata alcuna automatica incostituzionalità (esito che avrebbe dovuto verificarsi se fosse corretta la lettura del differimento dell'incostituzionalità), ma vi è stato un ulteriore rinvio. Quanto detto intende solo porre in discussione la definizione data da alcuna dottrina e il connesso automatismo dell'incostituzionalità, non è, invece, volto ad escludere che una pronuncia di accoglimento, in caso di inerzia del legislatore, possa e debba essere l'esito auspicabile, come pure si sostiene in queste pagine.

## 2. Due (seppur non risolutive) ragioni sulla necessità dell'intervento del Legislatore

### 2.1. La scelta linguistica adoperata dalla Corte: un primo (seppur debole) indice

La tesi qui propugnata, ossia che tali tipi di pronunce presuppongono che sia il Parlamento ad intervenire mediante la legge, trova un primo e significativo riscontro nella precisa scelta linguistica compiuta dalla stessa Corte nelle sue pronunce<sup>5</sup>. Come è noto, ad oggi, sono tre le decisioni di incostituzionalità prospettate e, tra queste, ben due, fra cui proprio l'ordinanza n. 97 del 2021, ricorrono all'espressione Parlamento, in luogo della più generica espressione legislatore.

In questo senso, è significativo che l'ordinanza n. 207 del 2018, la quale ha inaugurato questa nuova tecnica decisoria non faccia mai ricorso all'espressione "legislatore", ma si riferisca sempre ed espressamente al Parlamento, quale organo chiamato ad emendare il vizio di incostituzionalità<sup>6</sup>.

Peraltro, anche la terza pronuncia (seconda in ordine temporale), l'ordinanza n. 132 del 2020, nella quale la Corte non ricorre al termine Parlamento, bensì a quello generico di "legislatore", in realtà conferma quanto si va qui sostenendo.

È vero infatti che la Corte, quando illustra gli argomenti in base ai quali si rende necessario rinviare la trattazione<sup>7</sup>, fa sempre generico riferimento al *legislatore*, ma il punto di ricaduta di tale ragionamento (astratto), e quindi la ragione ultima a giustificazione della scelta della Corte, è la constatazione che «vari progetti di legge in materia di revisione della disciplina della diffamazione a mezzo della stampa risultano allo stato *in corso di esame avanti alle Camere*»<sup>8</sup>.

Proprio la presa d'atto che *le Camere* stessero esaminando alcuni progetti di legge, modificativi della disciplina sottoposta a scrutinio di costituzionalità, induce a leggere il termine *legislatore*, adoperato nel frangente, nel senso che la scelta del rinvio – anche di là dalle intenzioni dei giudici di Palazzo della Consulta – si regge, e deve (*rectius*: dovrebbe) necessariamente reggersi, sull'intervento del Parlamento. Si deve dedurre, quindi, che il *vulnus* costituzionale deve essere superato per il tramite della legge, e non anche grazie ad un decreto-legge.

<sup>5</sup> In questo senso, anche G. CASAVECCHIA, *Ergastolo ostativo: tanti "tempi" e provvedimenti*, cit., 223 ss.

<sup>6</sup> Cfr. *cons. dir.* 10 e 11.

<sup>7</sup> Così *cons. dir.* 8.

<sup>8</sup> *Ibidem* (enfasi aggiunta).

Si potrebbe obiettare che la scelta linguistica del giudice delle leggi non sia di per sé significativa, anche in ragione della «equivalenza-fungibilità»<sup>9</sup>, che si ricava proprio dalla giurisprudenza costituzionale in tema di riserva di legge, fra legge e decreto-legge.

Su tale fungibilità torneremo più avanti. Ora, tuttavia, occorre valutare se dietro alla scelta linguistica vi siano ragioni giuridiche a sostegno della tesi secondo la quale il richiamo al necessario intervento del Parlamento presuppone che sia la legge – intesa quindi, in senso tecnico, quale atto legislativo del Parlamento<sup>10</sup> – a porre rimedio alle riscontrate ragioni di incostituzionalità.

## 2.2. L'incisione sui diritti fondamentali: un secondo (seppur non ancora insuperabile) indice

Un altro argomento a favore dell'intervento della legge potrebbe trarsi dalla constatazione che le decisioni di rinvio a data fissa, sino ad oggi adottate, incidono sui diritti fondamentali e, pertanto, involgono parametri costituzionali che espressamente contemplano al proprio interno una riserva di legge; e, più precisamente, diritti quali la libertà personale e la libertà di manifestazione del pensiero, per i quali la Costituzione specificamente prevede una riserva di legge *assoluta*.

Partendo dalle ordinanze n. 207 del 2018 e n. 132 del 2020, può constatarsi che, di là dai parametri e dagli argomenti alla luce dei quali il giudice delle leggi ha accertato il *vulnus* costituzionale, in entrambe era in gioco la libertà personale, in quanto la relativa questione, pur involvendo altri beni costituzionali<sup>11</sup>, aveva come bersaglio due norme incriminatrici (aiuto al suicidio e diffamazione a mezzo stampa).

La libertà personale e la relativa riserva di legge possono considerarsi implicate anche nel problema di costituzionalità scrutinato nell'ordinanza n. 97 del 2021, pur se ciò risulti in modo meno evidente a causa dei parametri evocati<sup>12</sup> e, poi, concretamente richiamati e utilizzati dalla Corte, in quanto

<sup>9</sup> Ricorrendo ancora ad un'espressione di P. CARNEVALE, *Forme di produzione legislativa e potere*, cit., 154.

<sup>10</sup> Si richiama l'espressione di F. SORRENTINO, *Lezioni sulla riserva di legge*, Cooperativa libreria universitaria, Genova, 1980, 9.

<sup>11</sup> A venire in rilievo, infatti, nell'ord. n. 132 era anche la libertà di manifestazione del pensiero e nell'ord. n. 207 il diritto alla vita e quello di autodeterminazione individuale, o meglio: il loro complesso bilanciamento.

<sup>12</sup> La questione di legittimità costituzionale verteva infatti sulla violazione degli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione (nonché, ma non rileva per quanto si sta dicendo, dell'art. 117, primo comma, Cost.).

veniva lamentata l'irragionevole compressione del principio rieducativo<sup>13</sup>, derivante dall'impossibilità, per i detenuti condannati per i delitti riconducibili alle fattispecie di cui all'art. 416-*bis* cod. pen., di accedere alla liberazione condizionale.

La compatibilità costituzionale del regime preclusivo all'accesso al percorso risocializzante del detenuto, pur se non sia equiparabile ad una restrizione della libertà in senso tecnico, potrebbe, infatti, essere valutata con riguardo tanto con il principio rieducativo, quanto con la libertà personale, potendo essere ricondotto, sotto quest'ultimo profilo, nell'ambito delle fattispecie individuate dall'inciso «qualsiasi altra restrizione della libertà personale» di cui pure parla l'art. 13 Cost.

Per spiegare tale affermazione occorre, innanzitutto, considerare che le misure risocializzanti incidono positivamente sulla libertà personale, allorché vengano concesse, e che le limitazioni all'accesso ai benefici penitenziari, disegnate dall'art. 4-*bis* o.p., pur non costituendo tecnicamente misure limitative della libertà personale, disegnano un derogatorio regime ostativo all'accesso alle misure risocializzanti, i cui meccanismi preclusivi, quindi, non tanto confermano la limitazione della libertà personale – conseguenti all'esecuzione della sentenza di condanna – ma ne costituiscono un'ulteriore limitazione, poiché, in assenza del regime derogatorio, questa avrebbe potuto riespandersi, in forza dell'ordinaria disciplina di concessione dei benefici e delle misure alternative.

Se, pertanto, tutte le decisioni di incostituzionalità prospettata vertono sui diritti fondamentali, la cui disciplina costituzionale contempla espressamente una riserva – peraltro assoluta – di legge, si potrebbe giungere alla conclusione che il richiamo alla necessità dell'intervento del legislatore non possa che intendersi come necessità dell'intervento della legge in senso tecnico, ovvero sia del Parlamento.

Ciò detto, deve però ammettersi che la segnalata riconducibilità nell'alveo dei parametri costituzionali che espressamente contengano al proprio interno una riserva di legge *non sarebbe*, tuttavia, un dato di per sé risolutivo per affermare l'insostenibilità costituzionale dell'intervento della decretazione d'urgenza.

<sup>13</sup> Ad azionare il controllo di costituzionalità è stato il principio rieducativo; un principio quindi e non un diritto fondamentale (che dal principio in parola possa discendere un diritto alla rieducazione – così M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, 45 – è certamente fuori discussione, ma tale diritto non assorbe e non può assorbire – a parere di chi scrive – al rango di diritto fondamentale).

L'interscambiabilità tra legge parlamentare e atti con forza di legge è, infatti, un dato comunemente accettato, tanto nella giurisprudenza costituzionale<sup>14</sup>, quanto nella dottrina maggioritaria.

Del resto, le voci, anche molto autorevoli, che hanno negato la richiamata intercambiabilità della legge con gli altri atti normativi primari del Governo<sup>15</sup> sono rimaste sostanzialmente isolate, essendosi affermata, al contrario, l'idea che «la riserva di legge escluda soltanto le fonti governative *secondarie* e non invece le fonti governative dotate di *forza di legge*»<sup>16</sup>. In altri termini, si è affermata la tesi che, privilegiando la prospettiva della forza formale dell'atto<sup>17</sup>, ha negato che mediante essa il Costituente avesse inteso instaurare una riserva di organo<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Per un'accurata e aggiornata analisi sulla giurisprudenza costituzionale si veda G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovratutali*, Giuffrè, Milano, 2019, 57 ss.

<sup>15</sup> Qui ci limitiamo a richiamare C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Utet, Torino, 1985, 221 (secondo il quale «la riserva assoluta implica il divieto categorico ed integrale di regolare certe materie con atti diversi dalla legge ordinaria (né a questa equiparati)»); L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enciclopedia giuridica*, XVIII, Treccani, Roma, 1990, § 2.2, e EAD. *La "riserva di legge" come limite alla decretazione d'urgenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, I, Jovene, Napoli, 2004, 434; ss.; F. SORRENTINO, *Lezioni sulla riserva di legge*, cit., 9; e A. D'ATENA, *La riserva di legge*, in B. PEZZINI, C. SACCHETTO (a cura di), *Dalle costituzioni nazionali alla Costituzione europea*, Giuffrè, Milano, 2001, 164 s.

<sup>16</sup> Così scrive, in senso critico, L. CARLASSARE, *La "riserva di legge" come limite alla decretazione d'urgenza*, cit., 434.

<sup>17</sup> *Ivi*, 436.

<sup>18</sup> Esito, questo, che può trovare una ulteriore giustificazione, sul piano teorico, anche nella svalutazione di quelle tesi che riconoscono una funzione garantistica all'istituto (così V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II,1, *Le fonti del diritto*, CEDAM, Padova, 1993, 63, pur se più avanti – pp. 66 e 67 – lo stesso critichi questa forma di mitizzazione della riserva di legge e L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, 1998, 573 s., il quale tuttavia da ciò non fa derivare il divieto di fungibilità tra legge e atti normativi governativi con forza di legge; così p. 171), sul presupposto che il Parlamento, quale organo rappresentativo, sia l'unico soggetto che può limitare le libertà fondamentali (così ancora L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, cit., 2). Detta funzione di garanzia è stata tuttavia da più parti messa in discussione. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit. 66; S. FOIS, *La riserva di legge*, Giuffrè, Milano, 1963, il quale pur non «nega[ndo] che in un qualche modo possa anche servire da garanzia individuale» (p. 303, nt. 172), non ritiene che la riserva di legge «sia istituito specificamente e direttamente rivolto ad assicurare una forma di garanzia individuale» (p. 303). Sempre nel senso di non considerare la riserva di legge legata alla tutela dei diritti fondamentali: A. CERRI, *Problemi generali della riserva di legge e misure restrittive della libertà economica*, in *Giur. cost.*, 1968, 2243, il quale, in una prospettiva di stretto diritto positivo, afferma che «la nostra costituzione non ha mostrato di considerare l'istituto della riserva di legge come legato indissolubilmente alla limitazione delle libertà individuali, tanto è vero che lo ha previsto per materie le quali, tradizionalmente, esulano dal terreno delle libertà e dei rapporti fra potere e cittadini, qual è quella relativa all'organizzazione degli uffici del Governo (art. 95) e della P.A. (art. 97)». A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento italiano*, Giappichelli, Torino, 1969, 26 ss., più in generale, invece, mette in discussione la *ratio* garantista della riserva di legge (36 ss.), pur quando essa è riferita cioè alla «tutela» delle minoranze parlamentari (ossia la tesi di S. FOIS, *La riserva di legge*, cit., 295 ss.). E a tali critiche alla tesi qui presa in esame si è aggiunta quella che ha messo in evidenza come possa essere ben possibile che

### **3. I delicati bilanciamenti implicati nelle questioni di costituzionalità: il terzo (e decisivo) indice sulla necessità dell'intervento della legge (“parlamentare”)**

Lo si è già anticipato, che sia l'intervento della legge in senso tecnico il seguito costituzionalmente imposto alle ordinanze di rinvio a data fissa lo si ricava anche, ed *essenzialmente*, dalle ragioni poste a fondamento delle valutazioni sulla compatibilità costituzionale della normativa sottoposta a scrutinio di costituzionalità, posto che, per il giudice delle leggi, l'integrazione, costituzionalmente necessaria per rendere la normativa conforme a Costituzione, non può che essere il risultato di delicate e sensibili operazioni di bilanciamento tra interessi ed esigenze contrapposti. In altri termini, da questa prospettiva, viene in rilievo la *garanzia del principio democratico* che è sottesa all'intervento parlamentare.

#### **3.1. Ripercorrendo le argomentazioni della Corte sui delicati bilanciamenti nelle ordinanze di rinvio a data fissa**

A parere di chi scrive, la conclusione da ultimo esposta trova espressa e chiara conferma nell'ordinanza n. 207 del 2018, con la quale, come è noto, la Corte, pur non avendo riconosciuto l'incostituzionalità *tout court* dell'incriminazione dell'aiuto al suicidio, ha individuato una circoscritta area di non conformità a Costituzione dell'art. 580 c.p.<sup>19</sup>, nella parte in cui rende

un'assemblea legislativa possa mettere dispoticamente in discussione le libertà fondamentali, non meno del potere esecutivo. In questo senso ancora V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit. 66, il quale affermava come «la storia si è già incaricata di demitizzarne le premesse ideologiche», posto che «il despotismo di un'assemblea (pur se democraticamente formata) possa mettere in pericolo le libertà individuali non meno di quello di un monarca e come perciò le garanzie che dovrebbero essere costituite dallo strumento della legge possano rivelarsi molto spesso illusorie». Più di recente, un'ulteriore voce (G. PICCIRILLI, *La “riserva di legge”*, cit., *passim*) si è aggiunta a quelle volte a demitizzare la riserva di legge, arrivando a leggere quest'ultima come (mera) riserva di livello normativo, così da individuare il senso dell'istituto nella pura assoggettabilità al controllo di costituzionalità. In questo modo si giustifica l'equivalenza fra legge atti con forza di legge governativi, rispetto alla riserva costituzionalmente richiesta. Sul punto si è, tuttavia, efficacemente obiettato che la finalità garantistica espressa dalla riserva di legge non possa dirsi in questo senso perseguita, in quanto «quella offerta dal sindacato di costituzionalità è, invero, una garanzia *ex post*, rimediabile e meramente occasionale, mentre quella tradizionalmente ascritta alla riserva di legge è una funzione di tutela *ex ante*, preventiva e generale, onde per cui la trasformazione della seconda nella prima, pur abilmente sostenuta, in questo caso sembra, a conti fatti, più una trasfigurazione» (così P. CARNEVALE, *Forme di produzione legislativa e potere*, cit., 155).

<sup>19</sup> Come è noto, infatti, il giudice delle leggi, pur se abbia riconosciuto che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non possa ritenersi incompatibile con la Costituzione, ha individuato una «circoscritta area di non conformità a Costituzione della fattispecie criminosa»: in quei casi caratterizzati dalle ormai note quattro condizioni, in cui l'aspirante suicida si identifichi in una persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova asso-

penalmente rilevanti anche quelle condotte realizzate nei confronti di persone che versano in una condizione di malattia irreversibile, affette da sofferenze fisiche e psicologiche, e dipendenti da trattamenti di sostegno vitale. Situazioni, queste, rispetto alle quali si impone un (nuovo) bilanciamento, che, superando il presidio assoluto e penalmente qualificato a tutela della vita, previsto dalla disposizione censurata, ammettesse l'esplicitarsi dell'autonomia individuale del malato, per porre fine alle sofferenze e conseguire una morte dignitosa (scriminando le condotte ausiliarie prestate da terzi), attraverso l'interruzione dei presidi di sostegno vitale.

Dati tali presupposti, il giudice costituzionale afferma – e i passaggi argomentativi di seguito riportati sono centrali nell'economia dello scritto – che al riscontrato *vulnus* dei principi costituzionali non si può porre rimedio con «la mera estromissione dall'ambito applicativo della disposizione penale delle ipotesi in cui l'aiuto venga prestato nei confronti di soggetti che versino»<sup>20</sup> in condizioni rientranti fra quelle delineate dalla stessa Corte.

Da ciò la topografia<sup>21</sup> degli interessi e delle esigenze di rilievo costituzionale, la cui presa in considerazione è necessaria nella disciplina della materia: il diritto ad ottenere una morte dignitosa, da un lato, e quindi la capacità di autodeterminarsi, anche rispetto al momento finale della propria esistenza, allorché questa sia gravata da uno stato di patologia grave e irreversibile, e il diritto alla vita, dall'altro, il quale impone che l'autodeterminazione si esplichi non obliterando le ragioni della prima<sup>22</sup>.

È proprio la complessità di tale bilanciamento – ed ecco così emergere l'elemento decisivo a sostegno della necessità dell'intervento del Legislatore (con la "l" maiuscola) – a mettere in campo una pluralità di profili, «ciascuno dei quali, a sua volta», è «variamente declinabile sulla base di scelte discrezionali»<sup>23</sup>, esemplificativamente enunciate dalla Corte<sup>24</sup>.

lutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

<sup>20</sup> Ord. n. 207 del 2018, *cons. dir.* 10.

<sup>21</sup> Secondo la nota espressione di R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, 62 ss. e 70 s.

<sup>22</sup> Ciò, pur se l'ord. n. 207 si soffermi, anche, sulla necessità che: vi sia un effettivo controllo della capacità di autodeterminarsi, la scelta sia libera e informata, sia accertato lo stato irreversibile della patologia; esigenze, queste, la cui attenta considerazione da parte dell'ordinamento deve esser volta ad evitare «scenari» «gravidi di pericoli per la vita di persone in situazione di vulnerabilità» (*cons. dir.* 10).

<sup>23</sup> *Ibidem*. Il giudice delle leggi si premura, poi, non solo di suggerire la possibile ed eventuale sede (la legge n. 219 del 2017) in cui tali scelte possano trovare positivo riconoscimento, ma, altresì, di porre in evidenza «l'esigenza di adottare opportune cautele affinché» le strutture sanitarie non rinuncino «a offrire sempre al paziente medesimo concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua».

<sup>24</sup> *Ibidem*.

Sono queste, in definitiva, le ragioni che inducono il giudice delle leggi a riconoscere che «i delicati bilanciamenti ora indicati restano affidati, in linea di principio, al Parlamento»<sup>25</sup>.

Pur tenendo in debita considerazione la diversità del caso sottoposto al suo esame e le differenti implicazioni «etico-social[i]»<sup>26</sup> della normativa sottoposta a scrutinio<sup>27</sup>, le ragioni addotte nell'ordinanza n. 132 del 2020, per giustificare la scelta di rinviare la trattazione della questione e consentire, così, al Parlamento di approvare «una nuova disciplina in linea con i principi costituzionali e convenzionali»<sup>28</sup> rilevanti in materia, sono sostanzialmente sovrapponibili a quelle spese nel noto caso Cappato.

Nel caso vagliato dall'ordinanza n. 132 del 2020 era in gioco, infatti, il bilanciamento di interessi sottesi, da un lato, al diritto di cronaca, e quindi all'esercizio della libertà giornalistica, di informare e di contribuire alla formazione della pubblica opinione<sup>29</sup>, e, dall'altro, della reputazione, presidiato dalle due norme oggetto dello scrutinio di costituzionalità (artt. 595 c.p. e 13 della legge n. 47 del 1948 recante *Disposizioni sulla stampa*).

A parere della Corte il bilanciamento tra questi due contrapposti interessi, cristallizzato nella normativa censurata e imperniato sulla previsione di pene detentive e pecuniarie, nelle ipotesi in cui il giornalista avesse offeso la reputazione altrui e, così, travalicato i limiti del legittimo diritto di cronaca o di critica, doveva essere oggetto di una complessiva rimediazione (reputata «necessaria e urgente»), poiché ritenuto «ormai inadeguato, anche alla luce della copiosa giurisprudenza della Corte EDU»<sup>30</sup>.

Le ragioni (qui sinteticamente richiamate) poste a fondamento dell'incompatibilità tra la normativa censurata e i principi costituzionali di riferimento (così come integrati dalla giurisprudenza sovranazionale) portano il giudice delle leggi ad affermare – ed è questo il punto centrale – che il

<sup>25</sup> *Cons. dir.* 10, e la Corte continua ricordando come il suo compito naturale sia «quello di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità politica, con i limiti dettati dalle esigenze di rispetto dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali delle persone coinvolti».

<sup>26</sup> Così ord. n. 207 del 2018, *cons. dir.* 10.

<sup>27</sup> Su tale aspetto si vedano M. BETZU, A. DEFFENU, *Pena detentiva e diffamazione a mezzo stampa in un'ordinanza di incostituzionalità accertata ma rinviata*, in *Giur. cost.*, 2020, 1471 s..

<sup>28</sup> Ord. n. 132 del 2020, *cons. dir.* 8.

<sup>29</sup> Ivi, *cons. dir.*, dal 7 al 7.3.

<sup>30</sup> *Cons. dir.* 7.3. Il giudice delle leggi rileva, infatti, come la Corte EDU, «al di fuori di ipotesi eccezionali considera sproporzionata l'applicazione di pene detentive [...] nei confronti di giornalisti che abbiano pur illegittimamente offeso la reputazione altrui», poiché deve essere preservata l'«esigenza di non dissuadere, per effetto del timore della sanzione privativa della libertà personale, la generalità dei giornalisti dall'esercitare la propria cruciale funzione di controllo sull'operato dei pubblici poteri» (*cons. dir.* 7.3).

delicato bilanciamento tra gli interessi coinvolti «spetta in primo luogo al legislatore».

È quest'ultimo, infatti, il soggetto «meglio in grado di disegnare un equilibrato sistema di tutela dei diritti in gioco», poiché su di esso ricade «la responsabilità di individuare complessive strategie sanzionatorie», per evitare «indebite intimidazioni dell'attività giornalistica» e per assicurare l'«adeguata tutela della reputazione individuale», lesa dall'esercizio illegittimo di tale attività<sup>31</sup>.

Arriviamo così all'ultima delle ordinanze di rinvio a data fissa, direttamente rilevante per le riflessioni qui proposte: l'ordinanza n. 97 del 2021. In questa decisione la valutazione sul bilanciamento posto in essere dal Legislatore è centrale nella verifica di compatibilità costituzionale della disciplina sottoposta a scrutinio di costituzionalità.

Nel regime preclusivo di cui all'art. 4-*bis* o.p. l'interesse alla sicurezza, e nello specifico alla neutralizzazione della pericolosità sociale connessa a determinate ipotesi delittuose, è stato bilanciato con quello della possibilità del detenuto di accedere al percorso rieducativo, dando una netta prevalenza alle ragioni connessa al primo dei due interessi.

Secondo il giudice delle leggi le ragioni dell'incompatibilità costituzionale dell'art. 4-*bis* o.p. risiedono nell'insostenibilità costituzionale del bilanciamento di cui questo è frutto, perché tutto proteso a dare tutela alle ragioni di sicurezza a scapito degli interessi che trovano costituzionale protezione nell'art. 27, terzo comma, Cost.<sup>32</sup>.

La disciplina, proprio perché persegue l'obiettivo di neutralizzare la pericolosità dei condannati per reati riconducibili al crimine organizzato, risulta irragionevole, in quanto annovera nel suo ambito di applicazione anche reati privi di riferimento al crimine organizzato, e così comprime, senza la giustificazione del controinteresse che la stessa si propone di tutelare, l'ideale rieducativo.

Per tale ragione, affermano espressamente i giudici di Palazzo della Consulta, non possono essere accolte le questioni di legittimità costituzionale riguardanti la preclusione all'accesso alla libertà condizionale per i soli reati riconducibili al contesto mafioso. Un accoglimento in questi termini, non modificando «la condizione dei condannati all'ergastolo per reati non con-

<sup>31</sup> *Cons. dir.* 8.

<sup>32</sup> Preso atto che il regime preclusivo comprime oltremodo l'interesse alla risocializzazione del condannato, il giudice riconosce che «le questioni di legittimità costituzionale all'odierno esame coinvolgono aspetti "apicali" della normativa apprestata per il contrasto alle organizzazioni criminali» (ord. n. 97 del 2021 *cons. dir.* 10) e quindi che le ragioni sottese al principio rieducativo debbano necessariamente essere temperate con quelle della sicurezza. In altri termini, l'interesse del detenuto alla risocializzazione deve essere bilanciato con quelli della sicurezza e del contrasto alla criminalità organizzata.

nessi alla criminalità organizzata», risulterebbe – sono ancora parole del giudice delle leggi – di «incerta coerenza»<sup>33</sup>. L'ideale rieducativo, infatti, troverebbe adeguato bilanciamento con le esigenze di sicurezza, nei casi assimilabili a quello dal quale la questione è sorta, e non anche per le altre ipotesi considerate dall'ampio catalogo dei reati ostativi, riguardo alle quali le ragioni della sicurezza possono sicuramente considerarsi recessive rispetto a quelle connesse al crimine organizzato, specialmente del contesto mafioso<sup>34</sup>.

Una valutazione sugli interessi coinvolti nella disciplina, e quindi in ultima analisi sul bilanciamento, o meglio sulla necessaria correzione del bilanciamento operato, in prima istanza, dal legislatore<sup>35</sup>, è sottesa anche all'ultima ragione di incoerenza legata all'intervento demolitorio richiesto dal rimettente, che avrebbe permesso, sì, ai reclusi *ex art. 4-bis* o.p. di accedere<sup>36</sup> alla liberazione condizionale, ma non alle altre misure che «normalmente segnano, in progressione dopo i permessi premio, l'avvio verso il recupero della libertà»<sup>37</sup>.

Ciò evidentemente perché il principio rieducativo, pur liberandosi parzialmente dalla stretta degli interessi legati alle ragioni di sicurezza, non avrebbe trovato, comunque sia, adeguata rappresentazione nella disciplina risultante dall'intervento del giudice costituzionale, continuando ad essere ostacolato – data l'impossibilità di accedere alle richiamate misure risocializzanti – nella sua piena esplicazione.

Il risultato dell'accoglimento sarebbe stato, pertanto, un'integrazione normativa certamente correttiva del bilanciamento, largamente inadeguato, della disciplina sottoposta a controllo di costituzionalità, ma, comunque sia, espressiva di un bilanciamento non ancora pienamente in grado di consentire il corretto temperamento, nei casi concreti, tra l'interesse alla sicurezza e quello alla rieducazione. Dal che la necessaria riscrittura del sistema vigente: operazione che solo il Legislatore può adeguatamente realizzare.

### **3.2. Tirando le fila: complessità dei bilanciamenti e «metodo parlamentare di formazione della legge»**

<sup>33</sup> Entrambe le citazioni al *cons. dir.* 10.

<sup>34</sup> Ciò, pur se non risulta espressamente, è implicito nell'affermazione che viene fatta.

<sup>35</sup> Come ricorda F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009, 100-103 e 106 e 109, il bilanciamento della Corte è sempre di secondo livello, operando come valutazione ed eventuale correzione di quello primariamente posto in essere dal legislatore.

<sup>36</sup> Anche grazie all'accoglimento manipolativo operato con la sentenza n. 253 del 2019, con il quale si è consentito l'accesso ai permessi premio anche ai condannati per reati di criminalità organizzata non collaboranti.

<sup>37</sup> *Cons. dir.* 10.

Dall'analisi della giurisprudenza costituzionale fin qui condotta, emerge come, in definitiva, sia il «*metodo parlamentare di formazione della legge*»<sup>38</sup> a giustificare l'intervento della *legge in senso tecnico*, quale rimedio alle ragioni di incostituzionalità individuate dalla Corte.

Rifacendosi a quanto è stato sostenuto dalla dottrina che, muovendosi nel solco della tesi sul fondamento democratico della riserva di legge<sup>39</sup>, ha legato la *ratio* garantistica di quest'ultima alle forme di produzione legislative proprie dell'organo parlamentare, si può ritenere, innanzitutto, che, quando «la disciplina di determinati rapporti implichi una qualche forma di bilanciamento tra diversi interessi o valori, soprattutto allorché tali interessi o valori sono di livello costituzionale», l'intervento legislativo «garantisce che tale bilanciamento sia operato in prima battuta dall'unico organo costituzionale che (bene o male lo sia) è comunque diretta espressione della sovranità popolare»<sup>40</sup>.

In secondo luogo, se la decisione di rinviare la soluzione del problema di costituzionalità si fonda sulla presa d'atto della delicatezza dei bilanciamenti sottesi alla disciplina sottoposta a scrutinio di costituzionalità, deve riconoscersi che a tale compito non può che adempiere il Parlamento, posto che il procedimento (parlamentare) di formazione della legge, grazie all'«analisi più penetrante dei problemi assicurata dalla [sua] complessità», permette che le decisioni «siano prese previa ponderazione di tutti gli interessi esistenti nella collettività generale»<sup>41</sup>.

Il modello costituzionale del procedimento legislativo – che si basa su una concezione democratico-rappresentativa, pluralista e garantista, esprimendosi attraverso il pubblico confronto, che consente la possibilità di sottoporre a votazione la massima pluralità delle proposte normative, e riconosce ad ogni singolo parlamentare il potere di presentare emendamenti<sup>42</sup> – è,

<sup>38</sup> C.F. FERRAJOLI, *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, 310. Ciò anche in ragione del fatto che, come ricorda A. D'ANDREA, *La funzione parlamentare*, in *Rivista AIC*, 2/2012, 3, «in un contesto democratico classico il “minimo garantito” che dovrebbe sempre contraddistinguere il ruolo di un Parlamento, indipendentemente dalla forma di governo prescelta, consiste dunque nel riservare a tale organo un potere pressoché esclusivo di produzione normativa primaria, come pure la possibilità di condizionare – più o meno largamente a seconda degli strumenti disponibili – l'indirizzo politico che si afferma nell'ordinamento».

<sup>39</sup> In questo senso A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento italiano*, cit., spec. 65 ss., e, pur riconnettendo all'istituto anche una funzione garantistica dei diritti, L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, cit., 2; EAD., *La riserva di legge: presupposti teorici e implicazioni pratiche*, in *Studium iuris*, 1996, 986.

<sup>40</sup> S. FOIS, «*Delegificazione*», «*riserva di legge*» e principio di legalità, in *Studi in onore di Manlio Mazzioti di Celso*, I, CEDAM, Padova, 1995, 742, dal quale sono tratte entrambe le citazioni.

<sup>41</sup> A. CERRI, *Problemi generali della riserva di legge*, cit., 2241.

<sup>42</sup> Qui – rifacendoci a P. PASSAGLIA, *L'invalidità procedurale dell'atto legislativo. Le esperienze italiana e francese a confronto*, Giappichelli, Torino, 2002, 71 ss., il quale, in ambito della riflessione

infatti, la sede che potenzialmente meglio consente sia il confronto tra le varie opzioni normative, idonee a dare una soluzione politica e democratica ai conflitti che attraversano la società, sia (e di conseguenza) la rappresentazione della maggior parte degli interessi coinvolti dalla decisione legislativa<sup>43</sup>.

L'*iter* legislativo, dato il suo «carattere complesso, dialettico e manifesto»<sup>44</sup>, che «riconosce e riempie di facoltà procedurali il diritto al contraddittorio delle minoranze»<sup>45</sup>, e, più in generale, «permette ai parlamentari di tenere conto delle opinioni delle forze politiche di appartenenza, dei propri elettori, delle forze sociali interessate dalla proposta legislativa», nonché «di considerare gli orientamenti prevalenti che su di essa attraversano l'opinione pubblica»<sup>46</sup>, è, in sostanza, la sede naturalmente deputata al bilanciamento di interessi.

In definitiva, se nelle questioni sottoposte a scrutinio di costituzionalità sono sottesi delicati bilanciamenti per la composizione dei vari interessi in conflitto, tali bilanciamenti, alla luce delle riflessioni appena svolte, devono essere compiuti dal Parlamento e, di conseguenza, la composizione dei contrapposti interessi deve trovare espressione nella legge, non in atti ad essa equiparati di origine governativa, e certamente non nella decretazione d'urgenza<sup>47</sup>.

sul vizio formale, ha offerto una concezione del procedimento legislativo di stampo sostanzialistico – si ritiene il procedimento legislativo il luogo di attuazione e preservazione del principio democratico. Principio, quest'ultimo, che impone, sì, la preservazione del principio di maggioranza, pur nella forma traslata del principio di efficienza (ivi 72), ma, allo stesso tempo, anche la garanzia del principio dialettico (ossia «consentire la manifestazione dell'opinione difforme» e, altresì, «ingaggiare una dialettica con i fautori dell'altra soluzione»); espressione, quest'ultimo, dell'esigenza di salvaguardare il *pluralismo ideologico*. In forza di detto pluralismo, infatti, «in primo luogo, deve essere garantita la possibilità di partecipare al processo di formazione dell'atto; in secondo luogo, deve essere garantito uno spazio di autonomia all'interno dell'*iter*, tale per cui anche le forze minori possano esporre il proprio punto di vista» (p. 74). Dal che, si conclude: «tanto la “partecipazione” quanto l'“autonomia” sono finalizzate a garantire una dialettica effettiva all'interno del Parlamento, in piena consonanza con le concezioni su cui il pluralismo ideologico stesso si fonda» (*ibidem*).

<sup>43</sup> Così C.F. FERRAJOLI, *Rappresentanza politica e responsabilità*, cit., 311 ss. e *passim*

<sup>44</sup> Ivi, 311.

<sup>45</sup> L. BUFFONI, *Processo e pluralismo nell'ordinamento costituzionale italiano. Apologia e limiti dell'universalismo procedurale*, Jovene, Napoli, 2012, 267.

<sup>46</sup> C.F. FERRAJOLI, *Rappresentanza politica e responsabilità*, cit., 311. Come ricorda A. MANZELLA, *Il parlamento*, il Mulino, Bologna, 2003, 263, «“parlamentare” significa porre un problema e ricercarne insieme, in posizioni di parità, la soluzione», dal che il procedimento di decisione parlamentare, per essere sede effettiva di confronto e discussione, deve permettere «la raccolta del ventaglio di opinioni e proposte concretamente esistenti nella Camera» (*ibidem*).

<sup>47</sup> Potrebbero, infatti, prospettarsi dei margini di ammissibilità con riguardo alla delega legislativa, laddove, tuttavia, la ragione del ricorso a tale atto, per un verso, sia determinato dalla circostanza che l'intervento normativo necessario a dar seguito all'ordinanza di rinvio a data fissa richieda «competenze tecniche particolari che le Camere non possiedono» (S.M. CICCONE, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019, 262), e, per l'altro, che vi sia un rispetto rigoroso dei requisiti di cui all'art. 76 Cost., primo fra tutti quello dei principi e dei criteri direttivi, di modo che,

Si può aggiungere<sup>48</sup>, inoltre, che nel modello democratico pluralistico la dimensione di apertura procedurale, offerta senz'altro dal procedimento parlamentare di formazione della legge, funge da parametro essenziale per la capacità di assorbimento dei conflitti; capacità che è tanto maggiore quanto più i potenziali attori dei medesimi saranno ammessi e stimolati alla partecipazione nel procedimento, convinti (anche erroneamente) della propria capacità effettiva di influire sugli esiti del medesimo, e indotti, infine, ad accettarne le conclusioni<sup>49</sup>.

A quanto si va qui sostenendo potrebbe ribattersi che l'«involuzione del procedimento parlamentare di decisione legislativa» smentirebbe nei fatti tale ricostruzione, la quale sarebbe altresì il frutto, anch'essa (come per l'idea della tutela dei diritti), di una mitizzazione del ruolo e della funzione dell'Assemblea rappresentativa<sup>50</sup>.

E dovrebbe pure ammettersi che, sul piano pratico, la critica avrebbe anche una certa consistenza, posto che – come starebbe a dimostrare, del resto, «la decrescita dell'incidenza della legge parlamentare nella regolazione di processi reali»<sup>51</sup> – le modalità di svolgimento concreto dell'attività legislativa delle Camere «risultano sempre meno idonee a garantire» che le forme proprie del procedimento parlamentare assicurino «quella forma di confronto “sincero” tra gli attori parlamentari (Governo, maggioranza, opposizione)»<sup>52</sup>.

Detto altrimenti, dall'angolo visuale della crisi della funzione legislativa, la posizione qui espressa rischierebbe di sembrare una vuota petizione di principio, se non, addirittura, un futile esercizio retorico. Si cercherà di dimostrare nel prosieguo che le cose non stanno così.

attraverso la precisa determinazione di questi ultimi, sia il Parlamento a compiere il bilanciamento tra i contrapposti interessi. Se, invece, non ricorrano tali condizioni, ovverosia laddove la scelta sia dettata da «motivi squisitamente politici», poiché, cioè, la maggioranza parlamentare è poco sicura della propria compattezza (*ibidem*), e soprattutto che i limiti posti dalla legge di delega siano talmente ampi e poco stringenti da determinare un trasferimento quasi in bianco della funzione legislativa in capo al Governo (fenomeno questo che da qualche tempo oramai caratterizza – come emerge dalla panoramica offerta, fra gli ultimi, da G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo: studio sulle recenti trasformazioni del modello costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2016, 73 ss. e spec. 169 ss. – la delegazione legislativa), deve ritenersi non costituzionalmente accettabile il ricorso anche a tale atto normativo.

<sup>48</sup> Considerando anche la prospettiva sistemica.

<sup>49</sup> In questi termini F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1999, 101.

<sup>50</sup> Così G. PICCIRILLI, *La “riserva di legge”*, cit., 86.

<sup>51</sup> Ivi, 84.

<sup>52</sup> Ivi, 83, il quale sul principio di sincerità costituzionale richiama M. LUCIANI, *Il “principio di sincerità” nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Politica del diritto*, 2010, 575 s., e R. IBRIDO, *La riforma del procedimento legislativo. principio di “sincerità” e modello accusatorio di deliberazione politica*, in questa *Rivista*, 1/2014.

#### 4. L'ordinanza di incostituzionalità prospettata come risultato del metabilanciamento tra funzione di garanzia costituzionale e funzione legislativa

A parere di chi scrive, la prevalenza governativa nelle dinamiche politico-costituzionali di produzione normativa, in realtà, non smentisce, ma, anzi, conferma che la decretazione d'urgenza non può essere lo strumento attuativo dell'ordinanza di rinvio a data fissa.

A ben guardare, la scelta della Corte di rinviare la propria decisione, per la preferenza da accordare all'intervento del legislatore<sup>53</sup>, è il risultato di un bilanciamento, o forse meglio di un *metabilanciamento*, tra la funzione di garanzia costituzionale e quella legislativa, ovverosia tra principio di legalità costituzionale e quello della discrezionalità del legislatore<sup>54</sup>.

Come è stato autorevolmente sostenuto, infatti, la funzione di garanzia costituzionale non può «identificarsi, confondersi, risolversi in una sorta di funzione legislativa, neppure intesa in senso amplissimo», ma con quest'ultima deve essere necessariamente bilanciata<sup>55</sup>.

Allorché si trovi al cospetto di scelte che incidono sulla discrezionalità del legislatore – e come si evince dalle stesse argomentazioni del giudice costituzionale, massimamente tali scelte sono quelle in cui sono in gioco i delicati bilanciamenti coinvolti nelle vicende che all'adozione di un'ordinanza di rinvio a data fissa, la Corte riconosce la prevalenza, almeno in prima battuta, della funzione legislativa rispetto a quella di garanzia costituzionale<sup>56</sup>.

In tal modo, il giudice costituzionale, non solo attribuisce a se stesso il ruolo di solutore «gregario»<sup>57</sup>, ma esprime «una preferenza per l'azione del

<sup>53</sup> Il che accade, non solo nelle ordinanze di rinvio a data fissa, ma anche nelle inammissibilità per discrezionalità del legislatore

<sup>54</sup> Se si vuole, sul punto si veda quanto già sostenuto nel nostro *L'adeguatezza della legge e gli automatismi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, 374 ss. e, in senso analogo, anche A. GIUBILEI, *Discrezionalità legislativa e garanzia della Costituzione. Omissioni e inerzia del legislatore dinanzi alla Corte costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2023, 312.

<sup>55</sup> F. MODUGNO, *La supplenza della Corte costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 149.

<sup>56</sup> Come si è altrove sostenuto (*L'adeguatezza della legge e gli automatismi*, cit., 375) se, dopo aver riconosciuto tale prevalenza, con una decisione di inammissibilità o con l'ordinanza di rinvio a data fissa, il legislatore dovesse rimanere inerte, la Corte, nuovamente investita della questione, compie ancora una volta il bilanciamento fra la funzione di garanzia costituzionale e la funzione legislativa; bilanciamento nel quale, tuttavia, incide, quale elemento esterno, il fattore tempo, che fa pendere la bilancia verso la funzione di garanzia costituzionale, di modo che il giudice delle leggi si riterrà legittimato – questa volta – ad intervenire, anche se l'operazione richiesta (e necessaria) sia destinata a risultare fortemente incidente sulla discrezionalità del legislatore. In altri termini, nella prospettiva di chi scrive il fattore tempo è sì elemento che incide nel bilanciamento operato dalla Corte, ma non è (e non può essere) esso stesso oggetto di bilanciamento (in senso analogo anche A. GIUBILEI, *Discrezionalità legislativa e garanzia della Costituzione*, cit., 319).

<sup>57</sup> P. CARNEVALE, *Del rapporto fra Corte e legislatore alla luce dei nuovi indirizzi giurisprudenziali in tema di discrezionalità legislativa e "rime obbligate"*, in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorosso. Verso una nuova "stagione" nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?*, Pisa Universi-

legislatore, i cui margini di scelta e di apprezzamento, assieme alla latitudine d'intervento, ne fanno lo *strumento ottimale* per offrire risposta al problema di costituzionalità sottoposto al giudice delle leggi»<sup>58</sup>.

Il senso ultimo (o primo!) dell'ordinanza di rinvio a data fissa è infatti quello di promuovere «*la miglior reintegrazione possibile dell'ordinamento in senso conforme alla Carta*»<sup>59</sup>, ma perché ciò avvenga il solo innalzamento dei livelli di tutela è condizione necessaria ma non sufficiente.

In altri termini, il conseguimento del risultato in termini di più alti *standard* di tutela deve necessariamente esplicitarsi *anche e necessariamente* nel rispetto delle forme e, quindi, *in conformità al modello costituzionale di produzione normativa*. Solo in tal modo trova piena soddisfazione la «*deferenza verso la Costituzione*»<sup>60</sup>, sottesa a tali tecniche decisorie, in forza della quale la funzione di garanzia costituzionale recede di fronte a quello della funzione legislativa.

In questa prospettiva, l'intervento del legislatore può considerarsi effettivamente poizore, e quindi l'esigenza di dare giustizia costituzionale momentaneamente recessiva, solo quando l'esercizio della funzione legislativa, considerata nella sua globalità, ossia nei contenuti e nelle forme, si attui in conformità alla Costituzione. In termini più espliciti: il ricorso alla decretazione d'urgenza non può giustificarsi sull'assunto che si sono immessi nell'ordinamento i contenuti costituzionalmente necessari, e che, in fin dei conti, non rileva il tipo di fonte, fra quelle primarie, con la quale tale operazione sia realizzata.

Il modello costituzionale di produzione legislativa non può essere assunto, infatti, «come schema liminare, in grado di fornire, al più, le linee di confine interne delle sue singole forme di esercizio», ma deve essere riconosciuto come un valore condizionante la complessiva distribuzione del potere fra «i contitolari dell'indirizzo politico», affinché il disegno costituzionale della forma di governo non sia annullato dall'inveramento del modello così come risultante «dalla forza conformativa» esercitata dalla prassi delle forze politiche e dalle «evoluzioni ordinamentali di contesto»<sup>61</sup>.

Se è indubbio che il tessuto regolatorio delle norme sulla produzione legislativa, per un verso, riflette le dinamiche della forma di governo, così co-

ty Press, Pisa, 2023, 52 ss., il quale fonda tale affermazione sulla ricostruzione sviluppatasi in ambito economico dell'ottimalità paretiana (spec. 55 ss.), e, seppur con specifico riferimento alle decisioni di inammissibilità per discrezionalità del legislatore, le affermazioni valgono a maggior ragione per i casi dell'incostituzionalità prospettata.

<sup>58</sup> Ivi, 56.

<sup>59</sup> Ivi, 57 (enfasi nel testo).

<sup>60</sup> *Ibidem* (enfasi nel testo).

<sup>61</sup> Così P. CARNEVALE, *Forme di produzione legislativa e potere*, cit., 147, del quale sono anche le citazioni riportate nel testo.

me risultante dalle evoluzioni «dei rapporti politico-costituzionali e dalla forza conformativa del modello costituzionale esercitata dalla prassi delle forze politiche», è purtuttavia vero che esso deve «costituire uno strumento per assicurare al modello di forma di governo una certa capacità di resistenza alle pressioni»<sup>62</sup> delle concrete dinamiche politico-istituzionali<sup>63</sup>.

Anche le norme sulla produzione normativa rientrano, infatti, nell'«insieme di regole formali che, in quanto specificamente giuridiche, [...] costituiscono le condizioni di possibilità delle concrete strategie [sul piano normativo] degli attori politici del sistema, che si vedono alcune strade aperte ed altre sbarrate proprio dall'esistenza di certe regole e non di altre»<sup>64</sup>.

Se ci si limita a prendere atto del processo di decadimento della produzione normativa del Parlamento, al fine di giustificare lo sbilanciamento nelle dinamiche dell'esercizio della funzione normativa a favore del Governo, si finisce per legittimare non solo la concreta strutturazione dei rapporti di forza che si determinano nella dimensione dell'essere, ma anche il completo assorbimento del principio democratico nel principio di maggioranza. Si rischia di pagare, così, un prezzo non irrilevante in termini di legittimazione democratica dei processi di decisione politica; evenienza, questa, rispetto alla quale non si può rimanere indifferenti.

Del resto, chi si è occupato della questione da una prospettiva sistemica ha lucidamente messo in evidenza che il procedimento parlamentare di formazione della legge, quale sede di assorbimento dei conflitti e quindi di bilanciamento degli interessi, è un modello che conserva il proprio valore, pure nella consapevolezza della inconsistenza sostanziale che troppo spesso caratterizza, in concreto, l'assetto fattuale dei procedimenti democratici, della manipolazione di questi, ad opera dell'esercizio occulto del potere, e della presa d'atto che la partecipazione dei singoli o dei gruppi sia resa solo apparente da una gestione strumentale e tendenzialmente esclusiva dei moduli procedurali, perché l'adesione (o meglio il convincimento di adesione) alle regole di procedura rende, nell'arco di periodi più lunghi, se non ineludibile quanto meno realizzabile una soluzione del problema della partecipazione e della conseguente legittimazione del sistema nel suo complesso<sup>65</sup>.

Nel predicare la necessità di rispettare il modello costituzionale di produzione normativa non si intende certo fare esercizio di manicheismo costituzionale, ma ribadire l'intima convinzione che il rispetto delle procedure di

<sup>62</sup> Tutte le citazioni sono prese da P. CARNEVALE, *Forme di produzione legislativa e potere*, cit., 147.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Giuffrè, Milano, 2010, § 4.

<sup>65</sup> F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali*, cit., 102.

formazione degli atti normativi sia il baluardo (del quale non ci si possa disfare in nome di un acritico richiamo al principio di realtà) della legittimazione democratica della forma di esercizio del potere, anche normativo, e con essa della legittimazione democratica del sistema nel suo complesso.

Su tali basi, può ritenersi che la vicenda su cui si riflette si sia svolta eccedendo «il perimetro del costituzionalmente consentito dalle norme sulla normazione primaria»<sup>66</sup>.

Ciò è sostenibile, innanzitutto, se si condividono le ragioni in precedenza addotte, ossia che l'intervento della legge, tecnicamente intesa, sarebbe imposto, per un verso, dall'essere, nella vicenda, coinvolti parametri costituzionali che contengono al proprio interno una riserva di legge assoluta, la quale deve essere interpretata come riserva di organo; e, per l'altro, che i delicati bilanciamenti implicati nel problema di costituzionalità, per ragioni garantistiche legate al procedimento di formazione dell'atto, non possono che essere affidate alla legge, la quale assicurerebbe un più adeguato bilanciamento degli interessi in conflitto. Ma varrebbe anche se non si condividano tali conclusioni, poiché non pare revocabile in dubbio l'evidente scostamento dal modello costituzionale derivante dal ricorso alla decretazione d'urgenza, soprattutto se si prendono in considerazione i presupposti e le modalità che verrebbero a caratterizzarla quale seguito all'incostituzionalità prospettata dalla Corte.

Ed è a tali presupposti e modalità che ora ci accingiamo a prestare attenzione.

##### **5. L'urgenza del provvedere sorretta dal pregresso inadempimento parlamentare**

Dopo aver cercato di porre in evidenza le ragioni (in positivo) per le quali l'incostituzionalità prospettata dalla Corte deve trovare la sua ordinaria soluzione nelle forme della legge ("parlamentare"), occorre riflettere (in negativo) sui motivi che ostano al ricorso alla decretazione d'urgenza e che, anzi, rendono la scelta compiuta in tal senso, concretamente avveratasi con il decreto-legge n. 162 del 2022, come convertito in legge n. 199 del 2022, non solo stridente con lo spirito del rinvio operato dalla Corte costituzionale, ma addirittura contraria alla Costituzione, o meglio, al sistema costituzionale delle fonti.

Innanzitutto, e ponendosi in una prospettiva di interpretazione rigorosa del «sintagma "casi di straordinaria necessità e urgenza"»<sup>67</sup>, non si può certo

<sup>66</sup> P. CARNEVALE, *Forme di produzione legislativa e potere*, cit., 147.

<sup>67</sup> D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, 32.

ritenere che dare seguito all'ordinanza di rinvio a data fissa possa qualificarsi come una situazione oggettivamente eccezionale, tale «da porsi al di fuori dalle consuete disponibilità del legislatore ordinario»<sup>68</sup>.

Pare francamente dubbio, infatti, che la soluzione all'incostituzionalità prospettata dalla Corte, tanto più nell'ottica di superare l'inerzia o l'incapacità decisionale del Parlamento, possa dirsi un caso di necessità e urgenza, ossia possa ritenersi sussistente quell'indispensabilità dell'intervento governativo volto a tutelare interessi e/o beni giuridici (ossia la necessità), e, di conseguenza, dal carattere improrogabile, ovvero che non è possibile porre rimedio secondo i modi e i tempi dell'ordinario procedimento legislativo (l'urgenza)<sup>69</sup>.

Né tantomeno può ritenersi che questa situazione sia da considerarsi straordinaria, ossia imprevista e imprevedibile<sup>70</sup>, pure allorché si volesse far derivare la straordinaria necessità e urgenza del provvedere dall'avvicinarsi dal termine imposto dalla Corte.

In questa prospettiva, si può affermare che, in linea generale, non sia predicabile<sup>71</sup> la fungibilità tra decreto-legge e legge ordinaria quale seguito dell'ordinanza di incostituzionalità prospettata.

Tale conclusione, evidentemente, vale per l'ipotesi in cui il Governo decida di dare una risposta normativa all'incostituzionalità prospettata *ben prima della scadenza del termine* indicato dal giudice delle leggi, ma è altresì valida anche nel caso in cui l'intervento mediante il provvedimento d'urgenza sia *dettato dall'approssimarsi della scadenza*.

Rifacendoci a quanto già sostenuto in dottrina con riguardo ai decreti di proroga (problematica, questa, che presenta punti di affinità con la vicenda che si sta trattando)<sup>72</sup>, si può ritenere che, anche nel seguito all'ordinanza di

<sup>68</sup> Così L. PALADIN, *Art. 77*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli editore-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1979, 56.

<sup>69</sup> In questo senso ancora D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza*, cit., 33.

<sup>70</sup> Questi non possono, in altri termini, essere considerati casi che, secondo la definizione di A. CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, Giuffrè, Milano, 2000, 17, «rendono improrogabile l'intervento normativo per l'impossibilità per il Parlamento di far fronte in tempo utile alla situazione necessitata». Facendo propria quella posizione già espressa in dottrina, si ritiene, infatti, che la *straordinarietà* va ad integrare il sintagma necessità e urgenza (D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza*, cit., 34) e agisce come una «qualificazione rafforzativa [...] nel senso di un particolare tipo o grado di intensità di esse» (così M. RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della «necessità ed urgenza» dei decreti-legge*, in *Giur. cost.*, 1982, 1445).

<sup>71</sup> Come pure è stato sostenuto da M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale*, cit., § 4.

<sup>72</sup> Anche in questa ipotesi, come per quella dei decreti di proroga, è dubbia la sussistenza della straordinarietà. Come faceva notare, con la sua consueta chiarezza, L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, CEDAM, Padova, 1996, 122, nei decreti di proroga non sussiste la «straordinarietà del caso, [...] l'imprevedibilità»; e, pur ad ammettere la presenza della necessità e dell'urgenza, concludeva che la sussistenza di tali requisiti – dal che la illegittimità dei decreti di

rinvio a data fissa, più che ad una urgenza obiettiva di provvedere, dettata dalla straordinarietà dell'evento cui si vuole dare risposta normativa, si è al cospetto di un'ipotesi di lentezza dei lavori parlamentari ovvero di incapacità «del governo di affermarsi e di imporsi, rispettivamente, come governo e come maggioranza parlamentare»; dal che l'urgenza «è meramente soggettiva, anziché commisurata alla situazione obiettiva alla quale il governo intende far fronte», mediante la decretazione d'urgenza, e viene ad «essere commisurata non al provvedimento da adottare, ma alla volontà del governo d'introdurre una certa disciplina, con la conseguenza che in tali ipotesi il requisito dell'urgenza si risolve interamente in quello della necessità di provvedere»<sup>73</sup>.

La scadenza fissata dalla Corte non può, infatti, che considerarsi prevedibile con un congruo anticipo: non vi è, pertanto, nulla di straordinario, e l'intervento governativo risulta, così, un modo per superare le difficoltà dell'Assemblea legislativa, che poi altro non sono se non quelle di far prevalere la posizione del circuito governo-maggioranza in sede parlamentare, in relazione all'approvazione di una determinata disciplina normativa. L'urgenza assumerebbe, in altri termini, «una veste del tutto subiettiva»<sup>74</sup>.

Ciò chiarito, bisogna aggiungere che la straordinaria necessità e urgenza non sono predicabili neppure in quelle ipotesi, come quella concretamente

proroga – non è la «conseguenza di fatti straordinari sopravvenuti», ma «l'inerzia del legislatore che non aveva tempestivamente provveduto a dare una disciplina definitiva [...] benché conoscesse con largo anticipo la necessità di provvedere!» (corsivi nel testo). Pur non volendo accedere, poi, a quelle posizioni che negano in assoluto la compatibilità costituzionale di tale tipologia di decreti-legge, sull'assunto che il requisito della straordinarietà, ossia della imprevedibilità, mancherebbe «radicalmente dal momento che la scadenza del termine è talmente prevedibile da essere espressamente “prevista” dalla disposizione di cui il decreto legge pone deroga» (G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003, 338), a chi scrive pare non possa dubitarsi che i decreti di proroga integrino una violazione dei requisiti imposti dall'art. 77 Cost., almeno nei casi in cui l'esigenza di proroga sia avvertita con un congruo anticipo e malgrado ciò non si provveda con legge ordinaria; così S.M. CICCONE, *Le fonti del diritto*, cit., 292, il quale, richiamando (in nt. 163) L. PALADIN, *Art. 77*, cit., 59, pur riconosce che vi possano essere ipotesi in cui la proroga sia dovuta ad una imprevedibile urgenza di provvedere; nello stesso senso F. SORRENTINO, *La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione: spunti ricostruttivi*, in *Dir. Soc.*, 1974, 527. Per un'analisi generale sui profili problematici dei decreti di proroga e, in specie sulla particolare tipologia dei decreti-legge milleproroghe, si vadano, fra i molti, almeno N. LUPO, *Decreto-legge e manutenzione legislativa: i decreti-legge «milleproroghe»*, in A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, EUM-Edizioni Università di Macerata, Macerata, 2006, 173 ss.; G. TARLI BARBIERI, *Analisi di alcuni casi emblematici di patologie del decreto legge milleproroghe*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Aspetti problematici nella evoluzione delle fonti normative*. Atti dei seminari promossi dal Comitato per la legislazione e dalle Università di Firenze, Genova, Perugia e LUISS di Roma, Roma, 2008, 27 ss.

<sup>73</sup> Così F. SORRENTINO, *La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione*, cit., 529, del quale sono anche le frasi riportate fra virgolette.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

verificatasi con il decreto-legge n. 162 del 2022, in cui, a causa della fine anticipata della legislatura, l'approssimarsi del termine originariamente fissato dalla Corte sia "incolpevole" o, comunque sia, non imputabile né al nuovo Parlamento né al Governo, i quali hanno rispettivamente convertito e adottato il decreto-legge<sup>75</sup>.

A meno che non si voglia accedere a quella posizione, purtroppo non efficacemente contrastata dallo stesso giudice costituzionale, secondo cui il sintagma "straordinaria necessità e urgenza" possa essere legittimamente valutato «in relazione al contingente indirizzo politico governativo»<sup>76</sup>, anche in queste ipotesi il ricorso alla decretazione d'urgenza si pone, infatti, ben di là del perimetro di legittimità tracciato dall'art. 77 Cost.

Innanzitutto, occorre chiarire che prendere atto, tanto del poco tempo a disposizione per intervenire, in considerazione del momento di insediamento delle Camere e del Governo, quanto della problematica eventualità che la Corte, scaduto il termine, avesse dichiarato l'incostituzionalità o avesse scelto di operare nuovamente (e problematicamente) un ulteriore rinvio nel caso si fosse nuovamente instaurato l'*iter* parlamentare, sono elementi fattuali da tenere in considerazione, ma che non possono rappresentare la giustificazione giuridica della scelta compiuta<sup>77</sup>.

Anche perché quanto accaduto con il decreto-legge n. 162 del 2022 mostra come l'approssimarsi infruttuoso del termine fissato dalla Corte non è stato un accidente imprevedibile, ma il risultato di una condotta già nota, come dimostra la circostanza che, anche a considerare la fine anticipata della legislatura, il (vecchio) Parlamento non sia stato in grado di portare a conclusione l'*iter* di modifica dell'art. 4-*bis* o. p., pur avendo avuto a disposizione più di un anno tra la data di pubblicazione della decisione (il 10 maggio del 2021) e la fine anticipata della legislatura. Ciò, anche in considerazione del fatto che già nelle precedenti occasioni, in cui la Corte ha sperimentato tale modulo decisorio, il Parlamento non sia riuscito a portare a termine il relativo *iter* legislativo.

<sup>75</sup> Si legge nel preambolo del decreto-legge n. 162 del 2022 che la sua ragione giustificativa si identifica nella straordinaria necessità ed urgenza di provvedere alla modifica dell'art. 4-*bis* o. p. in senso conforme a Costituzione, in forza «dell'imminenza della data dell'8 novembre 2022 fissata dalla Corte costituzionale per adottare la propria decisione in assenza di un intervento del legislatore».

<sup>76</sup> Ricorrendo all'espressione di L. PALADIN, *Art. 77*, cit., 57.

<sup>77</sup> In questo senso già A. PUGIOTTO, *Perché con lo scioglimento delle Camere la Consulta deve bocciare l'ergastolo*, in *Il Riformista*, 27 luglio 2022, secondo il quale (pur ragionando sulla possibilità che fosse il Governo dimissionario ad adottare il decreto-legge) era da escludersi la legittimità di un eventuale decreto-legge in materia, perché lo scioglimento anticipato delle Camere è tutt'altro che imprevedibile, nonché pienamente rientrante nelle dinamiche della forma di governo parlamentare.

Ciò chiarito, occorre aggiungere un elemento ulteriore, fondamentale.

A ben guardare nel caso dell'approssimarsi, incolpevole o no, del termine fissato dal giudice delle leggi, *la straordinaria necessità e urgenza sarebbe quella di evitare la declaratoria di incostituzionalità*. Ma ciò, come si cercherà ora di dimostrare, si pone di là del modello costituzionale della decretazione d'urgenza.

Se, nell'interpretazione rigorosa del sintagma dell'art. 77 Cost.<sup>78</sup>, la straordinaria necessità urgente deve essere intesa come la non prevedibilità di una indispensabile e improcrastinabile risposta normativa, per la tutela di interessi o beni giuridici, tanto più se, come di recente è stato acutamente posto in evidenza, la necessità urgente debba altresì leggersi, normativamente, come limite(/i) finalistico(/i) operante(/i) per evitare situazioni di maggiore illegittimità<sup>79</sup>, si può quantomeno dubitare che tali connotazioni si ataglino alla risposta normativa posta in essere per evitare la declaratoria di incostituzionalità.

Se si guarda al modello di codecisione che apre il modulo dell'ordinanza di incostituzionalità prospettata, si vede – come si è più volte ricordato – che la Corte non dichiara in prima battuta l'incostituzionalità per permettere al Parlamento di intervenire, ma, nel caso in cui tale intervento non vi fosse, è lo stesso giudice delle leggi a porre rimedio all'incostituzionalità, anche tramite interventi (fortemente) manipolativi, i quali, non solo scongiurano il vuoto normativo, derivante dalla declaratoria di incostituzionalità, ma cercano anche di introdurre una congrua, seppur con i limiti dell'intervento

<sup>78</sup> All'affermazione che si fa nel testo è, infatti, sottesa la convinzione che la necessità e l'urgenza non possono essere intese quale una «mera endiadi», un'ipotesi, cioè, «sostanzialmente unitaria», come, invece, sostenuto da A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale artt. 1-9*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli, Bologna-Roma 1977 (2011, edizione alla quale le citazioni si riferiscono), 509, bensì requisiti distinti (così, fra i molti, L. PALADIN, *In tema di decreti-legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 553, G. VIESTI, *Il decreto-legge*, Napoli, 1967, 116, A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, vol. I, CEDAM, Padova, 1997, 392; e, fra gli ultimi, D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza*, cit., 33 ss. e GIU. SERGES, *La dimensione costituzionale dell'urgenza. Studio su di una nozione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, spec. 439, al quale, peraltro, si rinvia anche per una completa disamina – p. 402 ss. – delle differenti posizioni dottrinali). Particolarmente convincente è la ricostruzione di D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza*, cit., 33, il quale afferma che «i due elementi non sono posti dalla norma costituzionale su un medesimo piano e che, anzi, il rapporto intercorrente tra loro è di tipo progressivo: solo una volta che si sia riscontrata l'esigenza di un dato intervento normativo, la sua indispensabilità per tutelare interessi e/o beni giuridici (la necessità), potrà valutarsi se esso sia anche improrogabile, ovvero che non è possibile adottarlo secondo i modi e i tempi dell'ordinario procedimento legislativo (l'urgenza)».

<sup>79</sup> GIU. SERGES, *La dimensione costituzionale dell'urgenza*, cit., 648 ss.

“giurisdizionale”<sup>80</sup>, risposta normativa, in base ai punti di riferimento offerti dal sistema normativo.

Si è già detto, infatti, che la Corte attua un metabilanciamento tra principio di garanzia costituzionale e funzione legislativa, dando prevalenza, in prima battuta, a quest’ultima, e, solo eventualmente e in seconda battuta, ossia nel caso in cui il legislatore (*recte*: Parlamento) non intervenga, al primo.

Se così stanno le cose, l’intervento posto in essere dal Governo, per il tramite della decretazione d’urgenza, pure nei casi, come quello del decreto-legge n. 162 del 2022, nei quali l’inerzia non sia imputabile a quella determinata maggioranza, è volto, non tanto a porre rimedio all’incostituzionalità, ma *a scongiurare l’intervento della Corte costituzionale*, e quindi quella prevalenza, in seconda battuta, della funzione di garanzia costituzionale su quella legislativa, peraltro in spregio alle norme sulla produzione normativa, che, come anche il giudice delle leggi ribadisce in tutte le ordinanze di rinvio a data fissa, fanno del Parlamento l’organo (ordinariamente) chiamato ad esercitare tale funzione.

Tuttavia, l’evenienza della declaratoria di incostituzionalità (anche perché il legislatore sia rimasto inerte) non può ritenersi un caso straordinario di necessità e urgenza, ma una situazione, quella cioè dell’esistenza di norme non conformi a Costituzione suscettibili di essere travolte dalla declaratoria di incostituzionalità, che (pur esprimente una patologia della legislazione) è talmente ordinaria (ossia prevedibile) dall’aver il sistema previsto il controllo di legittimità costituzionale.

Sia chiaro: che il decisore politico si adoperi per evitare la declaratoria di incostituzionalità, nelle more del relativo giudizio, non può certo ritenersi una usurpazione delle funzioni della Corte, ed anzi è auspicabile che la pronuncia di incostituzionalità costituisca l’*extrema ratio*<sup>81</sup>; ciò, tuttavia, non

<sup>80</sup> La Corte costituzionale, seppur *sui generis* – data anche la sua anima politica – è, infatti, un organo giurisdizionale, che, in quanto tale, non può completamente disfarsi delle logiche del discorso di applicazione, proprio di tutti gli organi giurisdizionali, anche costituzionali, le quali si traducono sempre nel vincolo alla previa norma, che altro non significa se non (auto)vincolo al parametro di costituzionalità (in questo senso F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali*, cit., 304.), cui la valutazione di costituzionalità deve sempre essere rivolta. Sulla necessità che la Corte operi come organo di giustizia, seppure di livello costituzionale, si veda per tutti R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. IV, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, 3033 ss.

<sup>81</sup> F. MODUGNO, *La supplenza della Corte costituzionale*, cit., 151, il quale ricorda che «la dichiarazione di incostituzionalità» è, e deve essere, «l’esito estremo di un processo riflessivo che tenga conto tanto della insostenibilità costituzionale della normativa oggetto di giudizio, quanto delle conseguenze di una eventuale dichiarazione di incostituzionalità, ma che pure salvaguardi, ad una, la libertà normativa del legislatore e la libertà interpretativa dei giudici» (p. 149); in senso analogo v. anche G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008, 257.

può che avvenire in conformità all'ordinamento costituzionale, anche rispetto alle forme e ai modi previsti dalle norme sulla produzione del diritto.

In conclusione, se la decretazione d'urgenza non può «costituire mezzo ordinario di normazione primaria» devono allora reputarsi «contrari a Costituzione tutti gli atti e i comportamenti che rendono inefficace questo precetto e che trasformano la straordinarietà in ordinarietà»<sup>82</sup>.

Nei casi, come quello del seguito normativo dell'ordinanza di rinvio a data fissa, in cui sia il Governo a porre rimedio all'incostituzionalità prospettata dalla Corte mediante la decretazione d'urgenza (e che si sia o no in prossimità della scadenza del termine è – come abbiamo visto – irrilevante), l'urgenza è evidentemente «autoprocurata» dal mancato intervento del Legislatore per le vie ordinarie, che così (non) operando – ossia non «fronteggia[ndo] situazioni di difficoltà del tutto prevedibili e ordinarie» – finisce per consentire l'«irruzione della straordinarietà»<sup>83</sup>.

Il rischio che si corre, non contrastando tale utilizzo del decreto-legge, è quello di legittimare e stabilizzare nell'ordinamento «comportamenti fraudolenti» da parte del circuito Governo-maggioranza parlamentare, molto spesso posti in essere creando ad arte una situazione emergenziale, per «approfittare dei “privilegi dell'urgenza”» e, così, «evitare volutamente di approntare rimedi ordinari, pur a fronte di circostanze altamente prevedibili»<sup>84</sup>.

## 6. La legge di conversione non è ordinario esercizio della funzione legislativa

Per legittimare il ricorso alla decretazione d'urgenza, non si può neppure sostenere, poi, che l'intervento parlamentare in sede di conversione del decreto-legge possa considerarsi un'adeguata risposta all'esigenza costituzionale che sia il Parlamento a dare seguito all'ordinanza di rinvio a data fissa, e che, di conseguenza, quanto concretamente avvenuto con il decreto-legge n. 162 del 2022 non configuri un'ulteriore distorsione del modello costituzionale del sistema di produzione normativa.

Ciò per due ordini di ragioni.

<sup>82</sup> M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale. Tendenze recenti*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, 1164.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

<sup>84</sup> GIU. SERGES, *La dimensione costituzionale dell'urgenza*, cit., 508. Rischio al quale si aggiunge quello ben più rilevante che il mancato rispetto dei rigorosi requisiti posti dall'art. 77 Cost. determini, come efficacemente rilevato da C. CHIMENTI, *Conversione dei decreti legge ed ostruzionismo parlamentare*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1971, 44, il pericolo che la decretazione d'urgenza diventi «la tomba di un altro istituto, ben più prezioso, il Parlamento».

Innanzitutto, la stessa Corte costituzionale, *espressamente*<sup>85</sup> a partire dalla sentenza n. 22 del 2012, ha affermato che la legge di conversione non costituisce «esercizio di ordinaria potestà legislativa»<sup>86</sup> e che, pertanto, «il potere di conversione del Parlamento non è configurato, nel modello costituzionale, come potere legiferante in senso proprio»<sup>87</sup>.

Qualificare, come fa la giurisprudenza costituzionale, la legge di conversione come «legge tipica a competenza predeterminata»<sup>88</sup>, vale a dire avente la competenza di stabilizzare i precari contenuti normativi del decreto-legge, è del resto pienamente rispondente alla configurazione, questa già da tempo presente nella giurisprudenza costituzionale, del decreto-legge e della legge di conversione come «una coppia di atti tra loro collegati»<sup>89</sup>, «tappe di un'unica sequenza procedimentale»<sup>90</sup>, ovverosia componenti autonome ma

<sup>85</sup> In questi termini G. SERGES, *La legge di conversione del decreto-legge e i limiti al potere di emendamento parlamentare*, in ID., *Sentenze costituzionali e dinamica delle fonti*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, 31 (già, seppur con titolo parzialmente diverso, in *Scritti in onore di Aldo Lojodice*, Bari, 2012), secondo il quale «il riconoscimento della natura “atipica” della legge di conversione poteva, infatti, leggersi sia pure in termini non del tutto persuasivi, già nella sentenza 171 del 2007».

<sup>86</sup> Così sent. n. 22 del 2012. Già nello stesso senso in dottrina: A. PACE, *Divagazioni sui decreti-legge non convertiti*, in AA. VV., *I decreti-legge non convertiti*. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nel giorno 11 novembre 1994, Giuffrè, Milano, 1996, 45.

<sup>87</sup> G. SILVESTRI, *Alcuni profili problematici dell'attuale dibattito sui decreti-legge*, in *Politica del diritto*, 1996, 350.

<sup>88</sup> Volendo ricorrere all'espressione risalente di V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, Giuffrè, Milano, 1970, 303; parla di “legge atipica”, invece, G. SERGES, *La legge di conversione*, cit., *passim*.

<sup>89</sup> F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti*, Giappichelli, Torino, 2005, 54. Come è noto, il primo passo verso il riconoscimento di questo nesso di interrelazione funzionale tra decreto-legge e legge di conversione è rappresentato dalla sentenza n. 29 del 1995, nella quale la Corte ha riconosciuto, pur se solo teoricamente, che il vizio dell'evidente mancanza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza può essere sindacato quale vizio in procedendo della legge di conversione, riconoscendo così il collegamento tra i due atti e la logica unitaria della decretazione d'urgenza. La seconda tappa è la pronuncia n. 171 del 2007, seguita “a stretto giro” dalla sentenza n. 128 del 2008, con le quali la Corte sanziona il vizio dell'evidente mancanza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza, ricorrendo, come si sa, alla disomogeneità del decreto quale figura sintomatica dell'evidente difetto dei presupposti. In queste decisioni, il giudice costituzionale chiarisce, per un verso, che riconoscere alla legge di conversione il potere di sanare «in ogni caso i vizi del decreto significherebbe attribuire in concreto al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie» e, per l'altro, che l'immediata efficacia del decreto-legge condiziona anche «l'attività del Parlamento in sede di conversione in modo particolare rispetto alla ordinaria attività legislativa», come dimostra, del resto, la particolarità del percorso parlamentare della legge di conversione.

<sup>90</sup> V. ANGIOLINI, *Attività legislativa del Governo e giustizia costituzionale*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 238.

connesse, tanto strutturalmente quanto funzionalmente, «di un'attività complessiva di normazione che ha un suo principio e una sua fine»<sup>91</sup>.

La funzione tipica della legge di conversione (convertire o no il decreto-legge) fonda la (e allo stesso tempo si regge sulla) specialità che segna il suo procedimento di formazione, il quale si caratterizza, nel suo inizio, per l'obbligo gravante sul governo di presentare il decreto alle Camere il giorno stesso dell'adozione e, una volta presentato, per il suo imporsi alle Camere, poiché la sua approvazione «non può avvenire oltre i sessanta giorni costituzionalmente previsti»<sup>92</sup>.

A tale ultimo riguardo si è detto, molto efficacemente, che «il tempo della legge di conversione non è il tempo della legge ordinaria»<sup>93</sup>.

Ciò, tanto più quando – e arriviamo così alla seconda ragione – il procedimento acceleratorio della conversione è spinto ancora più veloce dalla contestuale pratica di convertire il decreto-legge mediante un maxiemendamento accompagnato dalla questione di fiducia, ossia mediante le forme speciali (all'ennesima potenza) derivanti dal connubio tra procedimento di conversione, apposizione della questione di fiducia e maxiemendamento di origine governativo, interamente sostitutivo, peraltro, del testo da convertire<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> A. RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale. I. L'ordinazione in sistema*, Giappichelli, Torino 1993, 354.

<sup>92</sup> Così, ancora, D. CHINNI, *Decretazione*, cit., 72 e 73 (pagina, quest'ultima, dalla quale è tratta la citazione).

<sup>93</sup> Ivi, 72, il quale ricorrendo alla efficace metafora della clessidra, così scrive: «qui [nel procedimento di conversione], la clessidra vien fatta partire non appena il decreto-legge è pubblicato e la sabbia scorre senza soluzione di continuità; lì [nel procedimento ordinario], in qualsiasi momento le Camere sono padrone di fermare la clessidra e di farla ripartire (o meno) in un secondo momento». Come ricorda la stessa Corte costituzionale (sentenza n. 171 del 2007) «la presentazione del decreto per la conversione comporta che le Camere vengano convocate ancorché sciolte (art. 77, secondo comma, Cost.), e il suo percorso di formazione ha una disciplina diversa da quella che regola l'iter dei disegni di legge proposti dal Governo (art. 96-bis del regolamento della Camera e art. 78, comma 4, di quello del Senato). Il testo di quest'ultimo è così formulato: "Se l'Assemblea si pronunzia per la non sussistenza dei presupposti richiesti dall'articolo 77, secondo comma, della Costituzione o dei requisiti stabiliti dalla legislazione vigente, il disegno di legge di conversione si intende respinto. Qualora tale deliberazione riguardi parti o singole disposizioni del decreto-legge o del disegno di legge di conversione, i suoi effetti operano limitatamente a quelle parti o disposizioni, che si intendono soppresse"».

<sup>94</sup> Testo all'interno del quale *spesso poi* per intero (ovvero per larghissima parte) confluiscono i contenuti di un diverso decreto-legge non formalmente convertito, secondo quella prassi, sempre più consistente, variamente denominata dalla dottrina come: confluenza di più decreti-leggi, decreti minotauro ovvero matrioska. Sul fenomeno si vedano: A. VERNATA, *Governo e Parlamento nella produzione normativa. Evoluzioni o consolidamento di una nuova Costituzione materiale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020, pp. 69-71; C. DOMENICALI, *La prassi nella decretazione d'urgenza: le catene dei decreti minotauro durante l'emergenza sanitaria*, in L. BARTOLUCCI, L. DI MAJO (a cura di), *Le prassi delle Istituzioni in pandemia*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, pp. 45 ss.; L. SPADACINI, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale. Distorsioni del bicameralismo, degenerazione*

L'impossibilità di ricondurre la conversione del decreto-legge entro l'alveo dell'ordinario esercizio della funzione legislativa è, nei fatti, concretamente determinato, quindi, proprio dal particolare spazio che occupa, da diverso tempo, l'(ab)uso della questione di fiducia in questo procedimento.

Da una recente, dettagliata e accurata analisi<sup>95</sup> si evince che nella XVIII legislatura «in almeno un ramo del Parlamento [...] la questione di fiducia è stata posta su circa la metà dei progetti di legge di conversione, mentre in più di un quarto dei casi le leggi di conversione sono state approvate con la questione di fiducia in entrambe le Camere»<sup>96</sup>. Tanto che la questione di fiducia può a ragione considerarsi «l'elemento chiave attraverso il quale l'abuso della decretazione d'urgenza» assume un notevole «grado di pervasività» e, altresì, produce «effetti distorsivi sulla procedura legislativa bicamerale, da un canto, e su quella interna a ciascuna delle due Camere, dall'altro»<sup>97</sup>.

Non solo la tipizzazione della legge di conversione, ma, e ben più significativamente, il ricorso alla questione di fiducia (accompagnata al maxiemendamento di origine governativa), agente come «strumento di forzatura abnorme del procedimento legislativo»<sup>98</sup>, inducono a smentire che l'esercizio della funzione legislativa in sede di conversione si espliciti nella pienezza dei suoi presupposti e delle sue forme, e che sia, in definitiva, in linea con la *ratio* del rinvio al Legislatore operato dalla Corte.

La questione di fiducia, infatti, incide negativamente sulle garanzie del confronto dialettico e tutela delle minoranze parlamentare, ovverosia, in ultimo, sulla garanzia del principio democratico (di cui si è in precedenza parlato) in esso insito.

In primo luogo, essa impedisce l'emendabilità del testo da parte dei singoli parlamentari, andando così ad incidere su quel «potere di emendamento», ossia il «potere di modificare il testo di un disegno di legge mediante l'approvazione di una proposta di emendamento»<sup>99</sup>, che la stessa Corte co-

*del sistema delle fonti e inefficacia dei controlli*, Cacucci editore, Bari, 2022, 103 ss.; M. LOSANA, *A proposito della conversione in legge del decreto Cutro: nuove strategie per vecchie tentazioni?*, in questa *Rivista*, n. 2/2023, 90-99; D. CHINNI, *Di abuso in abuso. Sull'abrogare, sanare e riprodurre decreti-legge non ancora convertiti*, in F. BAILO, M. FRANCAVIGLIA (a cura di), *Bilanci e prospettive intorno ai poteri normativi del governo*, Jovene, Napoli, 2023, 1 ss.; e, se si vuole, L. PACE, *La confluenza di più decreti legge. Sui problemi costituzionali di un fenomeno di conversione apparente*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 5/2022.

<sup>95</sup> L. SPADACINI, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale*, cit., 70 ss.

<sup>96</sup> Ivi, 71.

<sup>97</sup> Ivi, 300.

<sup>98</sup> A. MANZELLA, *Post-scriptum*, in *Il Filangeri. Quaderno 2015-2016*, Jovene, Napoli, 2016, 329.

<sup>99</sup> E. SPAGNA MUSSO, *Emendamento*, in *Enc. dir.*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, 828. Come ricorda G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, CEDAM, Padova, 2009, 62 ss., la distinzione in due distinti momenti, e soprattutto la sottolineatura che con il termi-

stituzionale, seppur non senza qualche ambiguità<sup>100</sup>, ha riconosciuto come prerogativa del singolo parlamentare. Prerogativa, questa, che, aggiungendosi al potere di iniziativa legislativa e al connesso (pur se in parte distinto) potere di presentare emendamenti<sup>101</sup>, «concretizza l'attribuzione costituzionale alle Camere della funzione legislativa (art. 70 Cost.), che altrimenti resterebbe ridotta a una mera funzione di ratifica di scelte maturate altrove»<sup>102</sup>. Si vanno a svuotare, in tal modo, le «funzioni affidate all'Assemblea, alla quale è precluso in buona sostanza di incidere sulle modifiche apportate in sede di Commissione e comunque accettate dal Governo, né la stessa può operare ulteriori modifiche al disegno di legge di conversione»<sup>103</sup>.

La necessità di mantenere il testo al riparo dalle modifiche si fa ancor più pressante nel secondo ramo del Parlamento, chiamato ad esprimersi sulla conversione, perché all'esigenza di preservare l'accordo politico raggiunto si assomma quella di rispettare i tempi imposti dall'art. 77 Cost.<sup>104</sup>.

ne emendamento si identifica «la azione-voluzione in senso oggettivo cui si intende apportare un cambiamento al testo», non è privo di conseguenze per il procedimento di formazione della legge. Mediante essa, infatti, risulta evidente che la valenza procedurale dell'emendamento» non si esaurisce con la sua presentazione, ed anzi rileva massimamente proprio nel momento della decisione» (p. 66).

<sup>100</sup> Cfr. D. CASANOVA, *Il procedimento legislativo in ostaggio della questione di fiducia*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, 84.

<sup>101</sup> Riprendendo qui la ricostruzione dottrinale che distingue il primo dal potere di presentare emendamento; così SPAGNA MUSSO, *Emendamento*, cit., 928, il quale peraltro esclude che il potere di proporre emendamenti derivi dal potere di iniziativa legislativa. Dello stesso Autore si veda anche *L'iniziativa nella formazione delle leggi italiane*, I, *Il potere d'iniziativa legislativa*, Jovene, Napoli, 1958, ora in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2008, 316 ss.

<sup>102</sup> Così ord. n. 17 del 2019, *cons. dir.* 3.3. Seppur è vero che il potere di emendamento, e ancor prima quello di presentare emendamenti, possa trovare dei limiti derivanti più o meno esplicitamente dalla Costituzione (in questo senso si veda da ultimo D. CASANOVA, *Il procedimento legislativo in ostaggio*, cit., 85 ss.), questo trova il proprio fondamento costituzionale non solo nell'art. 70, esplicitamente richiamato dalla giurisprudenza costituzionale (in dottrina già in questo senso M. MANETTI, *La lunga marcia verso la sindacabilità del procedimento legislativo*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2008, 845), ma anche nell'art. 72 Cost., il quale presuppone che il testo della legge, licenziato dalla Commissione, possa essere diverso da quello iniziale e quindi frutto degli aggiustamenti prodotti mediante l'esercizio del potere di emendare (G. SERGES, *Notazioni minime a margine del conflitto tra parlamentari e Camera*, in AA.VV., *Legge elettorale e conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Nomos*, 3/2017, 34).

<sup>103</sup> L. SPADACINI, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale*, cit., 76.

<sup>104</sup> Ivi, 85 ss., dove si afferma che si è registrato il «costante superamento di fatto della discussione e della votazione degli emendamenti nell'Aula persino nel primo ramo d'esame del disegno di legge di conversione e, con ancora più frequenza, nel secondo» (p. 88). Proprio la possibilità di ricorrere alla questione di fiducia ingenera, infatti, un circolo vizioso, in forza del quale il primo ramo del Parlamento assorbe gran parte dei sessanta giorni per modificare, ad opera essenzialmente del lavoro in sede di Commissione (è bene ribadirlo!), il contenuto originario del decreto-legge, di modo che il ridotto tempo a disposizione della seconda Camera renderà necessario ricorrere alla questione di fiducia, per evitare di incorrere nella decadenza costituzionalmente prevista (ivi 88 ss.).

Nel quadro venutosi a delineare nella prassi, pertanto, la prima Camera delibera il testo con le modifiche apportate in Commissione, mentre la seconda si limita ad una mera funzione di ratifica, venendosi a determinare un surrettizio superamento del sistema bicamerale, e delle connesse caratteristiche di discussione e dialettico confronto parlamentare, in favore di un monocameralismo di fatto<sup>105</sup> (o bicameralismo alternato secondo la definizione di altri<sup>106</sup>).

Si è infatti di recente sostenuto che, oggi, il «Governo è [...] parte attiva, perché corregge, modifica, integra il proprio decreto attraverso l'attività emendativa propria o attraverso quella dei parlamentari di maggioranza, che si svolge oramai costantemente presso solo una delle due Camere – la seconda venendo chiamata a ratificare, in uno *spatium deliberandi* di pochi giorni se non ore, il testo del decreto per come approvato dalla prima – e che sfocia per lo più nella “tracotanza procedimentale” dei maxi-emendamenti su cui viene posta la questione di fiducia: l'esecutivo è, dunque, *signore del procedimento di conversione*, perché *di fatto* ne governa e condiziona lo svolgimento e i contenuti»<sup>107</sup>.

Se, pertanto, il procedimento di conversione non può oramai considerarsi «alieno rispetto all'esercizio di potere normativo del Governo»<sup>108</sup>, deve ammettersi che l'intervento parlamentare in sede di conversione del decreto-legge, tanto per gli aspetti fisiologici<sup>109</sup>, quanto (e ancor di più) per quelli patologici (da ultimo illustrati), non può essere ricondotto entro le forme dell'ordinario esercizio della funzione legislativa, volto ad assicurare il rispetto di quel principio di democraticità richiamato nelle pagine precedenti.

Alla luce delle considerazioni sinora svolte, si può senz'altro concludere nel senso che la decretazione d'urgenza, anche nel momento dell'intervento parlamentare, soprattutto per come questo è venuta caratterizzandosi nella prassi, non rispetta il modello di produzione normativa delineato dalla Costituzione.

<sup>105</sup> In tema si veda, da ultimo, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici I. MASSA PINTO, *Il “monocameralismo di fatto” e la questione della perdurante validità della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2022.

<sup>106</sup> G. TARLI BARBIERI, *L'irrisolta problematicità del bicameralismo italiano tra intenti riformistici e lacune normative*, in *federalismi.it*, 3/2019, 59 ss.

<sup>107</sup> D. CHINNI, *Di abuso in abuso*, cit., 7 s., ivi i riferimenti a P. CARNEVALE, *Forme di produzione legislativa e potere*, cit., 150, e, sulla prassi distorsiva dell'accoppiata maxi-emendamento e questione di fiducia, a G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, cit., 259 ss., e G. PISTORIO, *Maxi-emendamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Napoli 2018, *passim*.

<sup>108</sup> D. CHINNI, *Di abuso in abuso*, cit., 8.

<sup>109</sup> Ossia quelli inerenti al rapporto di presupposizione (G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto-legge*, CEDAM, Padova, 1989, 127 s.) fra decreto-legge e legge di conversione e alla funzione tipica o specializzata di cui si è detto poco sopra.

In altri termini, lo stesso intervento parlamentare, tanto per le conseguenze procedurali derivanti dalla tipizzazione riconosciuta alla legge di conversione dalla giurisprudenza costituzionale, quanto (e soprattutto) per le distorsioni derivanti dall'abuso della questione di fiducia, che non solo "strozza" la discussione e il dibattito, così riducendo a mera forma l'intervento dell'Assemblea, ma che altresì impone un monocameralismo di fatto, non è certo rispettoso del modello costituzionale di produzione normativa e con esso del metodo parlamentare di formazione della legge e del connesso principio di democraticità di cui il primo è (o almeno dovrebbe essere) espressione.

Le distorsioni nel procedimento di formazione della legge di conversione, derivanti dallo svuotamento della funzione legislativa, di cui si è qui parlato, sembrano definitivamente confermare, pertanto, che l'intervento parlamentare pare essere ben lontano da quella pienezza che dovrebbe caratterizzare quest'ultimo<sup>110</sup>, allorché – secondo la ricostruzione che si è cercato di proporre in queste pagine – questa sia la via indicata dalla Corte per porre rimedio ad una incostituzionalità prospettata.

### **7. La reazione (auspicabile) del Presidente della Repubblica e della Corte costituzionale**

Volendo prendere a prestito l'efficace titolo di un recente contributo, può dirsi che le vicende della decretazione d'urgenza possono essere raccontate come una storia che si dipana «di abuso in abuso»<sup>111</sup>, in base, però, ad un elemento che rimane costante nell'evolversi della dinamica abusiva: la tendenza dell'Esecutivo ad essere il vero *dominus* della produzione normativa e del sistema delle fonti, da intendersi anche come «una sorta di "signoria procedurale" del Governo (presunta, supposta o comunque praticata), secondo cui l'esecutivo si ritiene legittimato a infrangere gli argini procedurali, secondo le esigenze e gli obiettivi sostanziali che ritiene di dover raggiunge-

<sup>110</sup> Anzi, come mette lucidamente in evidenza G. ZAMPETTI, *Leale collaborazione versus divisione dei poteri: cronaca di un cortocircuito costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2022, 2598, in merito all'adozione del decreto-legge n. 162 del 2022, la via della decretazione d'urgenza marginalizza e svilisce la posizione del Parlamento nelle dinamiche che si innescano con l'ordinanza di rinvio a data fissa, posto che il «Parlamento [...] da che [...] era stato dalla Corte individuato quale interlocutore privilegiato sulla base dei dichiarati intenti della leale collaborazione istituzionale, nello svolgersi concreto degli eventi esso è rimasto infine privato della possibilità di portare a compimento i propri lavori già in itinere. Inoltre, se la *ratio* sottesa ai ripetuti rinvii disposti dalla Corte era la garanzia del libero confronto parlamentare nel processo di deliberazione politica, l'organo rappresentativo ha visto il proprio ruolo comunque assottigliarsi, chiamato in causa per la sola conversione del d.l. nel frattempo autonomamente adottato dal Governo secondo le procedure e i termini ristretti propri di tale sede».

<sup>111</sup> D. CHINNI, *Di abuso in abuso*, cit.

re»<sup>112</sup>. Il tutto, occorre sempre ricordarlo, con la passiva accettazione del Parlamento.

Il caso del seguito dell'ordinanza di rinvio a data fissa, come ha purtroppo mostrato il decreto-legge n. 162 del 2022, può, pertanto, rappresentare un'ulteriore ipotesi di abuso, con il rischio, anch'esso concretamente verificatosi proprio nella vicenda riguardante il citato decreto-legge, che il giudice costituzionale dimostri quell'atteggiamento di deferenza, o meglio di scarsa incisività del controllo, con le connesse conseguenze, sia sul sistema costituzionale della produzione normativa, sia sulla marginalizzazione del Parlamento nelle dinamiche della forma di governo.

Si è visto, per un verso, che, facendo applicazione rigorosa dei requisiti di cui all'art. 77 Cost., non può dirsi, in relazione ad alcuna delle ipotesi prese in considerazione, che l'attuazione dell'ordinanza di rinvio a data fissa per il tramite del decreto-legge possa integrare i requisiti della straordinaria necessità e urgenza; e, per l'altro, che le concrete modalità procedurali con le quali i decreti vengono convertiti in legge aggiungono, a quelle già insite nell'atto avente forza di legge, ulteriori ragioni di perplessità sul ricorso a tale strumento normativo.

Accettando tali conclusioni, dovrebbe riconoscersi che il seguito dell'incostituzionalità prospettata per il tramite del decreto-legge, pur ove questo fosse convertito, non sarebbe compatibile con le norme costituzionali sulla produzione normativa.

Facendo propria tale prospettiva, nell'ottica di scongiurare la formazione di un'ulteriore «prassi abusiva in tema di decretazione d'urgenza»<sup>113</sup>, è del tutto conseguente ritenere necessario il porre un argine al fenomeno. Ciò implica, necessariamente, una riflessione sullo spazio del controllo degli organi di garanzia, Presidente della Repubblica e Corte costituzionale, per un verso, e anche sulla condizione di minorità caratterizzante il vizio formale, tanto nelle valutazioni presidenziali, quanto nel giudizio di legittimità costituzionale, per l'altro<sup>114</sup>.

Innanzitutto, rispetto a tale fenomeno, la posizione di “prima linea” è o dovrebbe essere presidiata dal Capo dello Stato, in sede di emanazione dell'atto.

<sup>112</sup> M. CARTABIA, *Il Governo “signore delle fonti”?*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Giappichelli, Torino, 2011, XIII.

<sup>113</sup> P. CARNEVALE, *Forme di produzione legislativa e potere*, cit., 138.

<sup>114</sup> D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza*, cit., 396, il quale rileva che «anche il Presidente della Repubblica, come la Corte costituzionale, ha tendenzialmente portato l'attenzione sui vizi formali solo quando “sotto premevano altri motivi costituzionalmente rilevanti quantunque non indicati”».

Il «controllo severo sulla sussistenza dei presupposti *ex art. 77 Cost.*, e, più in generale, sui limiti che il decreto-legge incontra»<sup>115</sup>, potrebbe trovare agevole esplicazione in ipotesi come quelle di cui si discute, nella quale – come si è cercato di dimostrare – non solo non sussistono i requisiti di straordinaria necessità e urgenza, legittimanti l'adozione dell'atto, ma il ricorso a quest'ultimo è anche fuori dalla logica dell'ordinanza di rinvio a data fissa.

Del resto, il controllo severo, che si va qui prospettando, sarebbe in linea con l'opportunità di una, più generale, rimeditazione della motivazione che viene usualmente invocata per giustificare l'atteggiamento di prudenza del Capo dello Stato in sede di emanazione, vale a dire la necessità di evitare interferenze presidenziali sull'indirizzo politico. Detta giustificazione si fonda infatti sul presupposto – non certo in armonia con la Costituzione, pur se, purtroppo comunemente accettato nella prassi – che il decreto-legge sia strumento con cui si possa ordinariamente attuare l'indirizzo politico<sup>116</sup>.

Le motivazioni qui addotte, a favore di un più incisivo controllo presidenziale in sede di emanazione, trovano una giustificazione anche nella difficile e problematica configurabilità del rinvio della legge di conversione, per la ragione che detta eventualità potrebbe determinare la decadenza del decreto-legge<sup>117</sup>.

Come si è già anticipato, anche la Corte costituzionale, dal suo canto, dovrebbero avere (o per quanto riguarda la vicenda del decreto-legge n. 162 del 2022: avrebbe dovuto avere) un atteggiamento maggiormente rigoroso.

<sup>115</sup> Ivi, 395.

<sup>116</sup> Ivi, 394.

<sup>117</sup> Diversi autori negano, infatti, l'ammissibilità del potere di rinvio; in questo senso, fra i molti, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, CEDAM, Padova, 1976, 708; G.F. CIAURRO, *Decreto-legge*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma 1988, 14; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, CEDAM, Padova, 2009, 223. Altri, invece, pur ammettendolo, riconoscono la presenza, in questa eventualità, di «zone grigie tutte le volte nelle quali residui un periodo di tempo disponibile, seppure ristretto, prima della scadenza del termine», legando, nei fatti, la sua configurabilità al prudente apprezzamento del Presidente della Repubblica (così S.M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 238). Fra quanti, invece, ammettono tale potere, considerando l'eventuale decadenza «una difficoltà esclusivamente di ordine pratico» (così G. PITRUZZELLA, *La legge*, cit., 236): L. PALADIN, *Art. 77*, cit., 78; C. LAVAGNA, *Istituzioni*, cit., 330; I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, Giuffrè, Milano, 2011, 180 ss.; D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza*, cit., 140 ss.; P. CARNEVALE, *La decadenza del decreto-legge a seguito di rinvio alle Camere della relativa legge di conversione: un accadimento proprio ineluttabile?*, in *Rassegna parlamentare*, 2004, spec. 276 s., il quale prospetta altresì una soluzione alla decadenza derivante dal rifiuto di promulgazione, ritenendo possibile in questi casi reiterare legittimamente il decreto-legge non convertito; posizione questa che è stata poi ribadita nello scritto a quattro mani: P. CARNEVALE, D. CHINNI, *C'è posta per tre. Prime osservazioni a margine della lettera del Presidente Napolitano inviata ai Presidenti delle Camere ed al Presidente del Consiglio in ordine alla conversione del c.d. decreto milleproroghe*, in *Rivista AIC*, 2011, 15.

A chi scrive certo non sfugge la posizione scomoda in cui verrebbero a trovarsi (e in cui concretamente si sono venuti a trovare) i giudici di Palazzo della Consulta, allorché il seguito all'incostituzionalità prospettata vi sia stato, e, pur ad una valutazione sommaria dagli stessi compiuta, paia grosso modo seguire le indicazioni contenute nel provvedimento di rinvio, ma sia contenuto in un atto che è pienamente fungibile rispetto alla legge. Ciò, anche in ragione del fatto che lo stesso giudice delle leggi ha da sempre ammesso – come si è già ricordato – la piena fungibilità tra legge e atti aventi forza di legge.

Come si è cercato di mostrare in queste pagine, tuttavia, lo sbilanciamento dell'esercizio della funzione legislativa a favore del governo è tutt'altro che privo di conseguenze sul piano della legittimazione democratica dei processi di decisione politica. Questa consapevolezza dovrebbe muovere la Corte ad una scelta di coraggiosa fermezza, facendo sì che la decretazione d'urgenza si sviluppi in conformità ai requisiti di cui all'art. 77 Cost., i quali, interpretati – come dovrebbero essere – in modo stringente, impongono che la decretazione d'urgenza venga (ri)configurandosi come esercizio derogatorio delle competenze costituzionali, ossia dell'ordinario modo di produzione normativa e (di conseguenza) che il ricorso a quest'ultima debba essere (necessariamente) limitato.

L'atteggiamento di fermezza verso l'ulteriore manifestazione di abuso della decretazione d'urgenza, oggetto di questo studio, potrebbe in un qualche modo dirsi agevolato proprio dalla natura dell'atto provvisorio con forza di legge.

Una volta giunti all'udienza, e constatato che sia il decreto-legge il seguito dell'ordinanza di rinvio, la Corte potrebbe ritenere che, data la natura solo precaria dell'atto e la connessa capacità solo sospensiva della legislazione vigente<sup>118</sup>, non possano considerarsi risolte le ragioni di incostituzionalità dalla stessa prospettate.

A tale presa d'atto non potrebbe seguire l'ulteriore rinvio della trattazione in attesa della conversione in legge: tale scelta non rappresenterebbe, evidentemente, una reazione all'abuso della decretazione d'urgenza, ma anzi finirebbe per avallare il ricorso a tale strumento. La Corte, al contrario, dovrebbe riconoscere che la condizione di precarietà solo sospensiva dell'atto provvisorio non potrebbe che aprire le porte all'esame del merito della questione. Esame, questo, che per essere conseguente ai rilievi posti nell'ordinanza di rinvio sarà probabilmente destinato concludersi<sup>119</sup> con la

<sup>118</sup> Secondo l'insegnamento di F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sulle conseguenze della trasformazione del decreto-legge*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Giuffrè, Milano 1996, 467.

<sup>119</sup> Del perché non vi sia alcun obbligo si è detto *supra* (nt. 4).

declaratoria di illegittimità costituzionale, anche manipolativa, della disciplina sottoposta a scrutinio.

Non sarebbe neppure auspicabile che la Corte decidesse di contrastare in modo blando il ricorso alla decretazione d'urgenza, realizzando un ulteriore rinvio nel quale indirizzasse un monito alla maggioranza parlamentare per trasfondere i contenuti del decreto-legge in una legge parlamentare.

Ipotesi questa che, pur sembrando inverosimile anche allo scrivente (ma spesso negli ultimi tempi la creatività delle soluzioni giurisprudenziali e normative trasforma l'inverosimile addirittura in reale), deve, comunque sia, essere contrastata con convinzione, poiché, non solo determinerebbe una procrastinazione della soluzione del problema di costituzionalità, con la conseguente incisione del principio di legalità costituzionale, ma neppure darebbe un'adequata certezza sulla conclusione del procedimento legislativo, anche in ragione dell'infruttuoso spirare del primo termine concesso<sup>120</sup>.

La Corte, quindi, davanti ad un decreto-legge che dà attuazione al monito contenuto nell'ordinanza di rinvio, dovrebbe entrare nel merito e auspicabilmente, avendo prospettato un *vulnus* costituzionale della normativa sottoposta a scrutinio, dichiarare l'incostituzionalità: o nei modi dell'ablativa secca, creando cioè un vuoto normativo che dovrebbe poi colmare il legislatore, o, come sarebbe preferibile, e come si è già verificato, attraverso un intervento manipolativo, che scongiuri il vuoto normativo e appresti una disciplina in grado di dare risposta alle esigenze di rilievo costituzionale coinvolte nella disciplina sottoposta a scrutinio di costituzionalità<sup>121</sup>.

<sup>120</sup> Quanto si va affermando nel testo muove dallo stesso ordine di considerazioni già spese in dottrina sull'ord. n. 122 del 2022, che ha rinviato ulteriormente il termine fissato dall'ord. n. 97 del 2022. A. PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria*, cit., 765, ha rilevato, infatti, come, nel rinvio ulteriore della questione, la Corte non avrebbe tenuto in debita considerazione, per un verso, che «esercitando la funzione legislativa, le Camere sono del tutto autonome nel decidere se e quando approvare una legge» e, per l'altro e conseguente, che così operando si finisce per tutelare «non [...] la discrezionalità del legislatore, semmai la sua persistente inerzia» (766). Anche perché come è stato rilevato da G. ZAMPETTI, *Leale collaborazione versus divisione dei poteri*, cit., 2597, una volta che si sceglie di percorrere tale strada, vale a dire «dar peso alle scadenze e all'agenda altrui [ossia del Parlamento], a quel punto potrebbero moltiplicarsi le occasioni a sostegno delle reiterazioni del rinvio della trattazione per ragioni di opportunità».

<sup>121</sup> Non è questa la sede per entrare nella *querelle* sulla giustificazione del tasso di manipolatività delle pronunce che hanno costituito il seguito delle ordinanze di rinvio, prima fra tutte la sentenza n. 242 del 2019, sul noto caso Cappato. Ci limitiamo qui a sottolineare come paiono eccessive le critiche rivolte a tali pronunce, poiché il contenuto fortemente manipolativo può considerarsi giustificato e viene legittimato dalla stessa inerzia del legislatore, la quale permette alla funzione di garanzia costituzionale di prevalere – in un discorso analogo a quello già fatto in queste pagine – in tutta la sua pienezza su quello della discrezionalità legislativa. A chi scrive pare, poi, riduttivo ipotizzare che questioni di legittimità costituzionale, che, per i valori coinvolti e la complessità delle scelte regolative in esse implicate, spingano la Corte a richiedere l'intervento in prima battuta del legislatore, possano poi risolversi con un'ablativa secca e quindi con un atteggiamento di non curanza, del giudice delle leggi, per gli effetti di sistema derivanti dalla pura caducazione della norma.

### 8. Reagire all'atto viziato per sanzionare la prassi abusiva

Come si è già avuto modo di rilevare nelle battute iniziali di questo scritto, le considerazioni qui svolte, sui problematici profili di compatibilità a Costituzione dell'ipotesi che sia il decreto-legge ad operare il seguito dell'ordinanza di rinvio a data fissa, muovono dalla convinzione che si debba evitare lo sviluppo di un'ulteriore prassi abusiva, con le connesse conseguenze in termini di tenuta, non solo del sistema di produzione normativo, ma, e altresì, del sotteso equilibrio fra potere legislativo e quello esecutivo<sup>122</sup>.

Queste nostre considerazioni possono inserirsi, infatti, in un discorso più ampio sulla necessità di una più generale riconsiderazione del peso del vizio formale<sup>123</sup> nelle valutazioni di costituzionalità, operate dal giudice delle leggi<sup>124</sup> e, in particolar modo, dei vizi formali del decreto-legge e della legge di conversione, derivanti dalla violazione del requisito dei «casi straordinari di necessità e di urgenza» indicati dall'art. 77, secondo comma, Cost., «quali condizioni che legittimano l'adozione da parte del Governo di “provvedimenti provvisori con forza di legge”»<sup>125</sup>.

A questo tema più ampio, che in questa sede non può essere scandagliato in tutte le sue implicazioni, si vogliono (tuttavia) dedicare alcune, seppur rapide, considerazioni conclusive.

È un dato comunemente accettato che il vizio formale di legge sia oggetto di una «dequalificazione», «dequotazione» o addirittura di una «radicale neutralizzazione»<sup>126</sup>.

<sup>122</sup> P. CARNEVALE, *Giuridificare un concetto: la strana storia della “omogeneità normativa*, in *Federalismi.it, Focus «fonti del diritto»*, n. 1/2014, 12, ricorda come il privilegio di cui gode la fonte governativa, anche causato dallo «strabismo che sembra connotare il sindacato operato» dalla Corte alla stregua del requisito dell'omogeneità, «tutto incentrato sulla legge di conversione emendativa», determina attualmente «uno sbilanciamento nei rapporti fra Esecutivo e Legislativo tutto a favore del Governo normatore, di cui – credo – il nostro sistema costituzionale non abbia nessun bisogno».

<sup>123</sup> Sul vizio formale, oltre alle opere citate nel prosieguo del lavoro, si vedano almeno: F. MODUGNO, *Validità (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, 44-54; ID., *Legge (vizi della)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 1000 ss.; P. PASSAGLIA, *L'invalidità procedurale dell'atto legislativo*, cit., 22 ss. e spec. 35-56.

<sup>124</sup> È soprattutto sulla posizione di quest'ultimo che si vuole riflettere, in questa parte conclusiva, seppur la stessa attenzione, riguardo allo scostamento dal modello costituzionale della decretazione d'urgenza, è auspicabile che venga riservata – come si è detto nel paragrafo precedente – anche dal Presidente della Repubblica in sede di emanazione dell'atto.

<sup>125</sup> M. RUOTOLO, *Sui vizi formali del decreto-legge e della legge di conversione*, in questa *Rivista*, n. 3/2018, 1.

<sup>126</sup> Sono tutte espressioni di P. CARNEVALE, *Contributo ad uno studio sul vizio del presupposto soggettivo della legge*, I, *Teoria del vizi: configurazione, natura e limiti del sindacato*, Editoriale scientifica, Napoli, 2023, 182, il quale mette in evidenza come sembri «quasi delinearci un singolare itinerario di inversione della percezione della gravità del *vulnus* formale, la cui parabola, dall'originario statuto di violazione “massima” in grado di revocar in dubbio la stessa esistenza

Il vizio formale è trattato, infatti, quasi alla stregua di un «difetto di minor rilievo»<sup>127</sup>, che viene spesso colpito o se dietro ad esso si scorge un vizio sostanziale, il quale viene ad essere l'oggetto indiretto della sanzione di incostituzionalità<sup>128</sup> o «in casi di nessuna o scarsa importanza»<sup>129</sup>.

Questa condizione di minorità, che ammantava il vizio formale, non è priva di conseguenze sul sistema costituzionale ed è addirittura pericolosa, posto che le regole sulla produzione normativa sono tanto l'insieme di regole o di procedure volte a consentire la creazione del corrispondente atto normativo, quanto il «presidio di valori sistemici di democraticità, rappresentanza, sovranità popolare», «crocevia di equilibri dinamici della complessiva forma di governo»<sup>130</sup> e, con essi, dei diritti<sup>131</sup>.

Come è stato di recente rilevato, è proprio la «densità assiologica» che si cela dietro alle regole di produzione normativa, che rende, pertanto, assai discutibile la separazione delle «esigenze “formali” dell'ordinato sviluppo della nomodinamica da quelle “sostanziali”»<sup>132</sup>, poiché il mancato rispetto delle prime rischia di risolversi nell'incisione delle seconde, con l'ulteriore pericolo che la violazione si perpetui e si stabilizzi nell'ordinamento, posto che – come rileva sempre la stessa dottrina – il vizio formale «presenta una rilevante dimensione “prospettica”»<sup>133</sup>.

Si è rilevato, infatti, che il vizio formale, non prontamente sanzionato, ha una spiccata attitudine a «trasformarsi in prassi viziosa» e «a costituirsi come precedente (negativo)», presentando, in altri termini, non soltanto una «di-

dell'atto (o, comunque, di vizio protagonista del sindacato sulla legge), se non addirittura “unica”, come nella concezione panformalista di Kelsen, sembra oggi approdare verso l'estremo opposto di una ben più modesta concezione di vizio recessivo e persino gregario rispetto alla violazione sostanziale» (p. 183).

<sup>127</sup> Così, sebbene in senso critico, M. RUOTOLO, *Sui vizi formali del decreto-legge e della legge di conversione*, cit., 13, nt. 43.

<sup>128</sup> In questi termini G. ZAGREBELSKY, *Conclusioni*, in AA. VV., *La delega legislativa*, Giuffrè, Milano, 2009, 320.

<sup>129</sup> G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, I, il Mulino, Bologna, 2018, 211.

<sup>130</sup> Tutte le citazioni sono tratte da P. CARNEVALE, *Contributo ad uno studio sul vizio del presupposto soggettivo della legge*, cit., 181.

<sup>131</sup> In quest'ultimo senso si è espressa anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 171 del 2007, nella quale, proprio sanzionando con la declaratoria di illegittimità costituzionale l'assenza dei presupposti di cui all'art. 77 Cost., si è affermato che guardando alla «disciplina costituzionale che regola l'emanazione di norme primarie (leggi e atti aventi efficacia di legge) [...] non si può trascurare di rilevare che la suddetta disciplina è anche funzionale alla tutela dei diritti e caratterizza la configurazione del sistema costituzionale nel suo complesso» (*cons. dir.* 5). Come ricorda, del resto, M. MANETTI, *La lunga marcia verso la sindacabilità del procedimento legislativo*, in *Quad. cost.*, 2008, 844, non si potrebbe «negare che il principio di separazione dei poteri implica la riserva del potere legislativo alle Camere rappresentative, con precipue finalità di garanzia dei diritti».

<sup>132</sup> Così ancora P. CARNEVALE, *Contributo ad uno studio sul vizio del presupposto soggettivo della legge*, cit., 193.

<sup>133</sup> Ivi, 188.

mensione statica», ossia quella della puntuale violazione delle norme sulla produzione, realizzata dallo specifico atto-viziato, ma anche una dinamica e «proiettiva», che trasforma l'atto-vizio in «fatto-viziante», poiché il vizio formale tende a «riprodursi tutte le volte in cui viene in considerazione la norma sulla normazione originariamente disattesa»<sup>134</sup>.

È senz'altro vero che la sanzione del vizio formale – proprio perché colpisce congiuntamente sia l'atto sia la prassi viziosa – può avere un rilevante impatto ordinamentale (rispetto al quale, tuttavia, la dottrina ha variamente argomentato sulla possibilità di una sua mitigazione<sup>135</sup>), poiché, proprio per la doppia e congiunta sanzione, esprime una «valenza eccedente [...] di precarizzazione a più vasta scala della legislazione»<sup>136</sup>. Ma è proprio tale eccedenza che dà, per altro verso, alla sanzione del vizio formale una funzione educativa<sup>137</sup>, poiché proietta sulla prassi viziosa, e quindi su tutti gli atti che di questa ne sono espressione, l'ombra dell'incostituzionalità.

Conclusivamente, pertanto, la Corte, opponendosi puntualmente a singole deviazioni costituzionali, come quella di cui si è discusso in queste pagine, potrebbe salvaguardare, in generale «la legittimità dell'ordinamento»<sup>138</sup>, e, così operando, avrebbe la «straordinaria occasione per evidenziare, enfatizzandolo, il suo ruolo di custode della costituzionalità dell'ordinamento inteso come un tutto, prima ancora (e più ancora) che di giudice di casi di cui si prefigura la non conformità a Costituzione, di singolari deviazioni dal principio di legittimità costituzionale ascrivibili ad atti o fatti individuali»<sup>139</sup>.

<sup>134</sup> *Ibidem*.

<sup>135</sup> Secondo M. RUOTOLO, *I controlli esterni sul giusto procedimento legislativo. Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, 592, vi è la possibilità, infatti, di adoperare una dichiarazione di incostituzionalità solo *pro futuro*, quanto meno in quelle ipotesi in cui l'accoglimento, con i normali effetti retroattivi, possa generare una situazione di maggiore incostituzionalità. Per P. CARNEVALE, *Contributo ad uno studio sul vizio del presupposto soggettivo della legge*, cit., 192 nt. 148, invece, la Corte potrebbe fare ricorso a clausole prudenziali, come quella della *Evidenzkontrolle*.

<sup>136</sup> P. CARNEVALE, *Contributo ad uno studio sul vizio del presupposto soggettivo della legge*, cit., 190.

<sup>137</sup> In questo senso ancora *ivi*, 189, dove – in un discorso di egual tenore – si parla invece di valenza diseducativa della sua non rilevanza.

<sup>138</sup> P. CARNEVALE, *A Corte... così fan tutti? Consuetudine, convenzione e prassi nella giurisprudenza costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2023, 150 s.

<sup>139</sup> *Ivi*, 150.

### L'EFFETTO SUI GRUPPI DI CAMERA E SENATO DELLA ROTTURA TRA AZIONE E ITALIA VIVA, TRA ASIMMETRIE (REGOLAMENTARI) E SIMMETRIE (NELLA PRASSI APPLICATIVA)\*

LUCA BARTOLUCCI\*\*, NICOLA LUPO\*\*\*

#### Sommario

1. Premessa. – 2. Gli effetti alla Camera: la formazione di due nuovi gruppi “in deroga”, sulla base del parere della Giunta per il regolamento del 15 novembre 2023. – 2.1. La formazione di gruppi “in deroga” anche da parte di partiti presentatisi congiuntamente alle elezioni. – 2.2 Le ripercussioni sulla composizione dell’Ufficio di Presidenza e la sua integrazione con due nuovi segretari. – 3. Gli effetti in Senato: la mediazione proposta dal Presidente e la formazione di una nuova componente politica del gruppo misto, con la neutralizzazione delle conseguenze finanziarie. – 3.1. La scissione tra Azione e Italia Viva come caso di rottura di una coalizione elettorale, anziché come formazione di un nuovo gruppo in corso di legislatura. – 3.2. La votazione contestata sul cambio di denominazione del gruppo e l’incertezza sull’organo chiamato a valutarla. – 3.3. La disapplicazione della disposizione finale della riforma del regolamento del Senato volta a penalizzare i cambi di gruppo. – 3.4. La formazione di una nuova componente politica in seno al gruppo misto, pur nel silenzio del regolamento – 4. Conclusioni: sui movimenti del quadro partitico e la difficoltà di disciplinarli con norme di regolamento parlamentare, specie se non omogenee tra le due Camere.

#### Abstract

*The article analyses the effect on the Chamber of Deputies and the Senate of the rupture between the political parties of “Azione” and “Italia Viva”, happened in Fall 2023. The consequences of the breakdown of the agreement between the two political parties determined the end of the single parliamentary groups that, both in the Chamber of Deputies and in the Senate, had been formed at the beginning of the nineteenth legislature. The rules on groups have been put to the test following the reduction in the number of parliamentarians and, therefore, above all the new rules on the constitution of groups in the Senate, which between 2017 and 2022 provided for a much more complex discipline on the subject than in the Chamber of Deputies: in both houses of Parliament, the Committees for the Rules of Procedure were involved and in the Senate the solution was found as a result of the mediation of the President of the Assembly, with an arbitral “La Russa award”. The asymmetry in the rules has produced results that are partly different: in the Chamber of Deputies there was the constitution of two parliamentary groups “in derogation” (with the addition of two members, one from the new group and one from the majority, to the Bureau), while in the Senate “Italia Viva” remained as a group and “Azione” was constituted as a political component of the mixed group.*

#### Suggerimento di citazione

L. BARTOLUCCI, N. LUPO, *L’effetto sui gruppi di Camera e Senato della rottura tra Azione e Italia Viva, tra asimmetrie (regolamentari) e simmetrie (nella prassi applicativa)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2023. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Il presente scritto è frutto della stretta collaborazione tra i due autori. Ad ogni modo, Luca Bartolucci è autore dei §§ 3, 3.1, 3.2, 3.3; Nicola Lupo dei §§ 1, 2, 2.1, 2.2; le conclusioni, infine, sono state redatte congiuntamente.

\*\* Lecturer in Diritto pubblico presso la Luiss School of Government e dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate presso l’Università La Sapienza di Roma.

Contatto: [lbartolucci@luiss.it](mailto:lbartolucci@luiss.it)

\*\*\* Professore ordinario di Diritto delle Assemblee elettive e direttore del CESP-Centro studi sul Parlamento presso la Luiss Guido Carli di Roma.

Contatto: [nlupo@luiss.it](mailto:nlupo@luiss.it)

### 1. Premessa

Che l'accordo tra le formazioni politiche guidate da Carlo Calenda (Azione) e Matteo Renzi (Italia Viva), raggiunto all'immediata vigilia delle elezioni politiche del 25 settembre 2022, fosse destinato a una breve durata non era difficile da pronosticare. La rottura si è in effetti realizzata a meno di un anno dalle elezioni, in cui le due formazioni si erano presentate con una lista comune, corrispondente ad un contrassegno unitario, ma composito: comprendente, nella parte superiore, i simboli equidimensionati dei due partiti e, nella parte inferiore, la dizione "Calenda", in caratteri grandi, e quella "Renew Europe", più in basso e in caratteri più piccoli<sup>1</sup>. E si è realizzata, come anche qui ci si poteva immaginare, in forme plateali, con accuse reciproche tra i *leader* delle due formazioni via *social media*, e non solo, dopo mesi di polemiche più o meno striscianti.

Il riflesso di questa rottura si è evidentemente avvertito sui gruppi parlamentari unici che, sia alla Camera, sia al Senato, si erano formati all'inizio della XIX legislatura, in continuità con l'accordo elettorale (entrambi denominati "Azione-Italia Viva-Renew Europe"). Le conseguenze della rottura dell'accordo tra le due formazioni politiche si sono dunque prodotte anche all'interno del Parlamento e, in particolare, sul destino di tali gruppi, che tradizionalmente si ritengono essere la proiezione, in quella sede, dei partiti politici.<sup>2</sup> Come si vedrà, tuttavia, i percorsi e, in qualche modo, anche gli esiti sono stati parzialmente divergenti nei due rami del Parlamento, sia perché diversa era la composizione dei due gruppi (con la componente di Azione minoritaria al Senato, ma maggioritaria alla Camera), sia perché la disciplina per la formazione dei gruppi e per la mobilità parlamentare è ormai, specie dopo le novelle apportate nel regolamento del Senato nel 2017 e nel 2022, notevolmente differente.

L'applicazione di queste due discipline a un fenomeno come quello di una rottura in parti quasi eguali di un'alleanza politico-elettorale ha dato luogo a non pochi problemi interpretativi, affrontati in plurime sedute delle due Giunte per il regolamento svoltesi tra la fine di ottobre e la metà di novembre 2023, che vale la pena qui provare a ricostruire e ad analizzare criticamente. Per poi domandarsi, nella parte finale del contributo, quali indica-

<sup>1</sup> Per una analisi del contrassegno cfr. G. MAESTRI, *Italia viva e Azione, sotto il segno di Calenda e di Renew Europe*, in <https://www.isimbolidelladiscordia.it/2022/08/italia-viva-e-azione-sotto-il-segno-di.html>, 11 agosto 2022 (il quale ricorda anche come la presenza del simbolo di Italia Viva abbia garantito a tale lista l'esenzione dalla raccolta delle firme).

<sup>2</sup> Segnala correttamente il valore solo tendenziale di questa tesi tradizionale, in particolare per effetto dell'accentuazione della mobilità parlamentare e della formazione di nuovi gruppi in corso di legislatura G. LASORELLA, *Il Parlamento: regole e dinamiche. Una introduzione al diritto parlamentare*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 83 ss.

zioni possano trarsi da queste vicende, in particolare circa gli esiti problematici di riforme regolamentari con finalità assai ambiziose quanto alla razionalizzazione del sistema politico, ma condotte in sostanza da un solo ramo del Parlamento.

## **2. Gli effetti alla Camera: la formazione di due nuovi gruppi “in deroga”, sulla base del parere della Giunta per il regolamento del 15 novembre 2023**

Alla Camera, la disciplina sulla formazione dei gruppi risale, nel suo impianto, al 1971. Nel 1997, in realtà, si tentò di rivedere la disciplina dettata dall’art. 14 del regolamento per adeguarla all’adozione di un sistema elettorale prevalentemente maggioritario e uninominale, ma il tentativo fallì e ci si accontentò di introdurre, come unico elemento di novità, nel comma 5, le componenti politiche del gruppo misto<sup>3</sup>.

Diversamente da quanto vedremo essere successo al Senato, alla riduzione del numero dei parlamentari non ha fatto seguito, nella scorsa legislatura, alcuna riforma del regolamento della Camera<sup>4</sup>. Il 30 novembre 2022, nell’ambito di una serie di micro-interventi (quasi esclusivamente consistenti nell’abbassamento di soglie numeriche), è stata invero approvata una novella regolamentare che ha ridotto le soglie minime necessarie per formare un gruppo, una componente politica del gruppo misto e, nell’ambito di queste, la componente “minoranze linguistiche”, portandole – rispettivamente – da 20 a 14, da 10 a 7, e da 3 a 2. Tuttavia, piuttosto curiosamente, tale novella è destinata a entrare in vigore, al pari di altre modifiche a soglie numeriche approvate nella medesima data, soltanto a partire dalla XX legislatura.

In questo caso, si è trattato perciò di fare ancora una volta applicazione della disciplina contenuta nell’art. 14, comma 2, del regolamento della Camera per i cosiddetti gruppi “in deroga” o “autorizzati”. Una disciplina che, essendo rimasta quella del 1971, era stata sagomata sui caratteri della legge elettorale proporzionale allora vigente, ma che poi è stata variamente interpretata in modo da poter essere in qualche modo riferita a tutte le successive leggi elettorali. In base a quella disposizione, l’Ufficio di Presidenza può autorizzare la costituzione di un gruppo con meno di 20 iscritti purché questo rappresenti un partito organizzato nel Paese che abbia presentato, con il

<sup>3</sup> Cfr., per tutti, V. COZZOLI, *I gruppi parlamentari nella transizione del sistema politico-istituzionale. Le riforme regolamentari della Camera dei deputati nella XIII legislatura*, Giuffrè, Milano, 2002, spec. p. 94 ss.

<sup>4</sup> Anche alla Camera si erano registrati tentativi, nella seconda parte della XVIII legislatura, volti ad avviare un percorso di riforma regolamentare e persino, nelle parole usate dal Presidente Fico nella seduta della Giunta per il regolamento del 4 marzo 2020, a svolgere una “riflessione complessiva sulle modalità di lavoro degli organi parlamentari e sulle relative procedure”, dopo la riduzione del numero dei parlamentari.

medesimo contrassegno, in almeno 20 collegi, proprie liste di candidati, le quali abbiano ottenuto almeno un quoziente in un collegio e una cifra elettorale nazionale di almeno 300.000 voti di lista validi. Requisiti, appunto, fissati con riferimento ad una legge elettorale ormai lontana, da re-interpretare alla luce delle leggi elettorali di volta in volta vigenti e altresì, come è accaduto nella vicenda in esame, in base agli sviluppi registratisi nel sistema politico.

### **2.1. La formazione di gruppi “in deroga” anche da parte di partiti presentatisi congiuntamente alle elezioni**

Il parere approvato dalla Giunta per il regolamento della Camera il 15 novembre 2023 ha appunto integrato quello adottato all’inizio di questa legislatura, il 26 ottobre 2022, con il quale si è consentita la formazione di gruppi “in deroga” anche a forze politiche – purché evidentemente riconoscibili al momento delle elezioni e non costituite successivamente ad esse – le cui liste non avessero superato alcuna soglia di sbarramento, sempreché ad esse fosse univocamente riconducibile almeno un eletto in un collegio uninominale.

L’interpretazione adottata a inizio legislatura – allargando l’interpretazione seguita in precedenza<sup>5</sup> – ha consentito, il 27 ottobre 2022, la formazione non solo del gruppo di “Alleanza Verdi e Sinistra” (originariamente con 12 deputati), la cui lista aveva ottenuto il 3,63% dei voti, e quindi era al di sopra della soglia di sbarramento del 3% attualmente prevista dalla legge elettorale, ma altresì del gruppo di “Noi moderati” (originariamente con 9 deputati), corrispondente a una lista che aveva ottenuto lo 0,91% dei voti. Una formazione politica, quest’ultima, che perciò era rimasta al di sotto anche della soglia di sbarramento dell’1%, prevista per le liste coalizzate (al solo fine di contribuire all’assegnazione di seggi alle altre liste della coalizione), e aveva altresì ottenuto complessivamente 255.505 voti, restando quindi al di sotto della cifra di 300.000 voti validi indicati dalla lettera dell’art. 14, comma 2, del regolamento (un requisito, quest’ultimo, che curiosamente la Giunta per il regolamento ha ritenuto “superato” già dal

<sup>5</sup> Si veda in particolare l’autorizzazione alla costituzione del gruppo “in deroga” di Liberi e Uguali (con 14 deputati) deliberata dall’Ufficio di Presidenza della Camera il 9 aprile 2018, su cui cfr., ad esempio, S. CURRERI, *Alla Camera costituito, in deroga, il gruppo di Liberi e Uguali: una decisione legittima, imparziale, opportuna*, in [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info), 10 aprile 2018. In proposito, in dottrina si era provato a prospettare, in virtù della prima applicazione della legge elettorale n. 165 del 2017 e della simmetria con il divieto di costituzione di gruppi “autorizzati” previsto dalle modifiche del regolamento del Senato approvate nel 2017, l’opportunità di negare anche alla Camera ogni autorizzazione a gruppi “in deroga” (e a componenti politiche del gruppo misto al di sotto dei 10 deputati): cfr. N. LUPO, *Le nuove regole sui gruppi (ma solo al Senato)/1*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, n. 1, pp. 178-180.

parere espresso dalla Giunta per il regolamento il 16 maggio 2006, ancorché il parere fosse evidentemente riferito a tutt'altra legge elettorale), ma alla quale erano riconducibili una pattuglia di deputati eletti nei collegi uninominali (nel numero di 8, secondo la prospettazione dei richiedenti, 4 dei quali effettivamente candidati anche nelle liste di “Noi moderati”): in ogni caso un numero inferiore non soltanto alla soglia prevista per i gruppi ordinari, ma altresì a quella per la costituzione di componenti politiche del gruppo misto (pari a 10 deputati)<sup>6</sup>.

Il parere del 15 novembre 2023 ha ora integrato tale interpretazione estensiva: allargandola ulteriormente, questa volta non con riguardo all'applicazione del requisito “elettorale”, bensì relativamente alla sussistenza del requisito “partitico”, che acquista un peso più significativo. Ciò, evidentemente, al fine di consentire sia ad Azione, sia a Italia Viva, che, come si è visto, si erano presentati congiuntamente alle elezioni del 2022, di formare due gruppi separati, entrambi “in deroga” rispetto alla soglia numerica stabilita dal regolamento, rimasta fino alla fine della XIX legislatura immutata a 20 deputati.

Entrambi i pareri della Giunta per il regolamento sono peraltro stati dettati in via transitoria, con il ricorso a formule sempre più esplicite, intese a dichiarare che le interpretazioni sono state decise nella prospettiva di una revisione della disciplina dei gruppi “in deroga”: se nelle premesse del parere del 26 ottobre 2022 si restava “*in attesa di ogni valutazione specifica sull'eventuale modifica*” dell'art. 14 e dei requisiti per la formazione dei gruppi – modifica intervenuta il mese successivo, limitatamente al requisito numerico, ma destinata ad entrare in vigore solo nella XX legislatura, come si è accennato – ora invece si è specificato, nel dispositivo del parere, che esso è adottato non soltanto “limitatamente alla XIX legislatura”, ma altresì “*nelle more di una modifica* della disciplina recata dall'articolo 14 del regolamento”<sup>7</sup>. Evidentemente immaginando la predisposizione di una modifica di carattere più organico.

Il parere del 15 novembre 2023 ha ricalcato piuttosto fedelmente la fattispecie cui è destinato ad applicarsi, ossia il “caso di liste elettorali presentate unitariamente da più partiti le quali abbiano partecipato all'assegnazione

<sup>6</sup> A commento del parere della Giunta per il regolamento della Camera del 26 ottobre 2022 cfr. E. GRIGLIO, *Il rapporto tra gruppi, partiti e singoli eletti nel nuovo regolamento del Senato. Spunti di riflessione a margine dell'esperienza comparata*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2022, n. 30, pp. 55-87, spec. p. 69 ss., la quale giustamente osserva come tale interpretazione estensiva, che apre alla costituzione di “gruppi in deroga monopersonali”, appaia “chiaramente connessa al mutato quadro politico ed istituzionale derivante dalla riduzione del numero dei parlamentari” e sia volto ad assicurare, almeno ad inizio legislatura, una “sostanziale corrispondenza nella fotografia dei gruppi tra le due Camere”.

<sup>7</sup> I corsivi sono, evidentemente, aggiunti.

nazionale dei seggi”, e abbiano superato perciò la soglia di sbarramento del 3% (elemento che è ribadito, a scanso di equivoci, anche nelle righe finali del passaggio in questione). In tal caso, appunto, si è consentita la formazione di un gruppo “in deroga” non soltanto alla formazione politica complessiva, ma “anche alle diverse forze politiche che abbiano concorso alla presentazione delle predette liste, purché i rispettivi simboli e denominazioni compaiano nel contrassegno della lista unitaria”. Così, evidentemente, allargando ulteriormente le maglie di una disciplina che già era stata significativamente estesa ad inizio legislatura.

## **2.2. Le ripercussioni sulla composizione dell’Ufficio di Presidenza e la sua integrazione con due nuovi segretari**

Non da oggi, la moltiplicazione dei gruppi “in deroga”, specie di opposizione, crea una serie di ripercussioni sull’organizzazione della Camera<sup>8</sup>, e in particolare sulla composizione degli organi per i quali è previsto il requisito della rappresentatività – intesa come presenza di almeno un rappresentante per ogni gruppo – in quanto rischia di alterare, in tali organi, il rapporto tra maggioranza e opposizione, e quindi la tenuta di una qualche proporzione tra gli equilibri riscontrabili in tali organi e quelli esistenti in Assemblea<sup>9</sup>.

È questo il caso dell’Ufficio di Presidenza della Camera, nel quale è essenziale, viste le funzioni assai delicate ad esso spettanti, che siano presenti rappresentanti di tutti i gruppi. La disciplina di cui all’art. 5 del regolamento della Camera ha a cuore tale esigenza e consente allo scopo, al comma 5, ai gruppi costituiti dopo l’elezione dell’Ufficio di Presidenza, o comunque privi di un proprio rappresentante al suo interno, di “chiedere che si proceda all’elezione di nuovi segretari”.

<sup>8</sup> Le asimmetrie tra i due rami del Parlamento in materia di articolazione dei gruppi (alla fine del 2023 vi sono, inclusi i gruppi misti, 10 gruppi presso la Camera e 9 presso il Senato) si riflettono anche sulla composizione delle commissioni bicamerali, il cui numero di componenti tende paradossalmente a crescere, rispetto alle precedenti legislature, essenzialmente per questa ragione. Infatti, sebbene in seguito alla diminuzione del numero dei parlamentari si sia ridotto, solo presso il Senato, il numero delle commissioni permanenti, non solo non si è avuto lo stesso effetto sul numero e la composizione delle commissioni bicamerali, ma, al contrario, alcune di esse hanno visto aumentare il proprio numero dei componenti per garantire la rappresentanza di tutti i gruppi (si pensi al caso dell’inchiesta sui rifiuti, passata da 30 a 36 membri): con esiti evidentemente problematici specie sui senatori, chiamati ad assicurare la loro partecipazione ad un numero assai elevato di organi collegiali.

<sup>9</sup> Rilevanti ripercussioni sulla Giunta per il regolamento del Senato, ad esempio, si erano registrate nella XVII legislatura, a causa della moltiplicazione dei gruppi rispetto all’inizio della legislatura stessa, che aveva comportato cambiamenti nella composizione della Giunta nella quale non vi era più rispecchiata la proporzione tra maggioranza e opposizione presente in Assemblea. Sul punto, sia consentito un rinvio a L. BARTOLUCCI, *I gruppi parlamentari nella XVII legislatura: cause e conseguenze della loro moltiplicazione*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), n. 2, 2018, spec. pp. 24 ss.

Tuttavia, al fine di evitare che l'elezione di un ulteriore segretario di Presidenza a seguito della rottura tra Azione e Italia Viva alterasse il rapporto tra maggioranza e opposizione – determinando, in concreto, una pari presenza dei gruppi di maggioranza e di quelli di opposizione, con la conseguente assegnazione di un ruolo determinante al voto del Presidente di Assemblea (un voto che perlopiù si ritiene possibile in seno all'Ufficio di Presidenza, ma che è, a quanto sembra, raramente utilizzato in concreto) – la parte finale del parere approvato dalla Giunta per il regolamento della Camera il 15 novembre 2023 ha stabilito che contestualmente a tale elezione anche la maggioranza proceda all'elezione di un segretario aggiuntivo.

Si tratta di una disciplina in sostanza analoga a quella introdotta, “limitatamente alla XIX legislatura”, da una disposizione transitoria approvata dall'Assemblea del Senato il 1° febbraio 2023, destinata peraltro ad applicarsi – diversamente da quel che si è appena visto accadere alla Camera – ai soli “gruppi parlamentari costituiti all'inizio della legislatura”. La disciplina ora adottata pare inoltre ispirata ad un criterio simile, anche se in qualche modo simmetrico, a quello in concreto seguito, sempre alla Camera, nella fase finale della XVI legislatura, a seguito della formazione del governo Monti – supportato, come tutti i “governi tecnici”, da un'amplissima coalizione di maggioranza nei due rami del Parlamento<sup>10</sup> – allorquando, con un parere della Giunta per il regolamento del 7 dicembre 2011, si consentì all'opposizione di eleggere un ulteriore, e secondo, Segretario di presidenza.

Ad ogni modo, al di là di quest'ultimo elemento di differenziazione, è interessante rilevare come i due rami del Parlamento, che pure sono caratterizzati attualmente da discipline assai divergenti quanto alla formazione dei gruppi e alla stessa composizione dell'Ufficio/Consiglio di Presidenza, finiscano sostanzialmente per convergere per più profili – qui, nel senso dell'ampliamento della composizione dell'organo – per effetto della prassi, a sua volta sollecitata dalle evoluzioni del quadro politico-partitico: in questo caso, riguardo ad una questione sulla quale ogni disciplina regolamentare fatica a stabilizzarsi, dipendendo molto dagli assetti assunti, di volta in volta, dal quadro dei gruppi parlamentari effettivamente costituiti<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Cfr. N. LUPO, *Ancora sui “governi tecnici”, alla luce della formazione del governo Draghi*, in *Rassegna parlamentare*, 2021, n. 3, pp. 495-513.

<sup>11</sup> In particolare, può ricordarsi che riguardo alla disciplina della composizione del Consiglio di Presidenza del Senato le modifiche del regolamento si sono succedute assai numerose, senza giungere a punti di caduta stabili, tanto da essere oggetto, tra il 1988 e il 2022, di ben otto interventi riformatori. Per i più risalenti cfr. G. PERNICIARO, E. GRIGLIO, *Proporzionalità e rappresentatività nell'organizzazione parlamentare. Un caso emblematico: il Consiglio di Presidenza del Senato*, in *Rassegna parlamentare*, 2010, n. 4, pp. 893-922.

### **3. Gli effetti in Senato: la mediazione proposta dal Presidente e la formazione di una nuova componente politica del gruppo misto, con la neutralizzazione delle conseguenze finanziarie**

I riflessi in Senato della rottura tra Azione e Italia Viva si sono manifestati con qualche settimana di anticipo rispetto alla Camera e hanno toccato, in questo ramo del Parlamento, livelli di maggiore conflittualità, trovando un loro punto di caduta grazie a una soluzione di mediazione di tipo equitativo-arbitrale proposta dalla Presidenza del Senato e accettata da tutti i gruppi. Una sorta di “lodo La Russa”, che ha avuto il merito di chiudere la questione, ancorché a costo di discostarsi da qualche precedente, anche recente, e di derogare ai contenuti di una disposizione finale contenuta nella riforma del regolamento del luglio 2022.

Nulla di troppo sorprendente, in fondo. Anzi, si tratta di una soluzione che si colloca sicuramente nel solco di un percorso più chiaro rispetto alle decisioni con cui la Presidenza del Senato, nella scorsa legislatura, aveva autorizzato la costituzione del gruppo “Italia Viva-PSI” (e poi di una serie di altri gruppi: Europeisti-MAIE-Centro democratico, dal 26 gennaio 2021 al 29 marzo 2021; Uniti per la Costituzione-CAL-Alternativa-PC-Ancora Italia-Progetto SMART-IdV, dal 27 aprile 2022; Insieme per il futuro-Centro democratico, dal 29 giugno 2022), sulla base di un’interpretazione pure in questo caso piuttosto ardita del disposto regolamentare, come introdotto nel dicembre 2017, senza però che questa interpretazione fosse stata in alcun modo esplicitata negli atti parlamentari<sup>12</sup>.

Invero, la fase della costituzione dei gruppi in Senato all’inizio della XIX legislatura già aveva fatto registrare un caso “limite”: quello della costituzione del gruppo Civici d’Italia - Noi Moderati (UDC - Coraggio Italia - Noi con l’Italia - Italia al Centro) - MAIE: corrispondente ad una lista che non era arrivata alla soglia dell’1% (conseguendo al Senato lo 0,89% dei voti), ma che aveva eletto due senatori, entrambi all’uninomale (grazie alla coalizione di centro-destra). A loro si erano aggiunti tre senatori eletti nelle file di Fratelli d’Italia e un eletto all’estero, raggiungendosi, in tal modo, la soglia minima di 6 senatori per formare un gruppo, fissata dall’art. 14, comma 4,

<sup>12</sup> In dottrina, cfr., criticamente, tra gli altri, M. PODETTA, *La nuova disciplina dei gruppi al Senato tra demagogia riformista, dubbi costituzionali e distorsioni applicative*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2020, n. 1, pp. 139-209; U. RONGA, *Partiti personali e vicende dei gruppi parlamentari nell’esperienza recente*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2020, n. 12, pp. 200-237; G. MAESTRI, *Patologie nella genesi delle componenti politiche interne al gruppo misto (e dei gruppi): riflessioni dopo la riduzione dei parlamentari*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2021, n. 2, pp. 21-63; A. GUSMAI, *Alcune riflessioni sui gruppi parlamentari dopo l’entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 2020*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2021, n. 1, pp. 10-63; A. RUSSO, *Dopo la riforma: i gruppi parlamentari al Senato nella XVIII legislatura*, in [www.nomos-leattualitaneldiritto.it](http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 2021, n. 3, pp. 1-26.

del regolamento, come riformato nel 2022. Il gruppo, pertanto, si è potuto costituire solo grazie alla tradizionale strategia del “prestito” di senatori che sono stati eletti sotto il simbolo di un altro partito politico. Quindi, la costituzione di tale gruppo ha segnato un ulteriore scostamento dal rigore delle riforme regolamentari del 2017 e del 2022 e dal rispetto dei requisiti politici ivi stabiliti. Certo, il partito “Noi Moderati” si era presentato alle elezioni, anche in questo caso con un simbolo composito (nel quale comparivano i nomi di Lupi, Toti e Brugnarò) e aveva conseguito l’elezione di senatori; tuttavia, non aveva superato la soglia di sbarramento e i due senatori eletti all’uninominale non sarebbero stati sufficienti per la formazione del gruppo. Similmente al gruppo “autorizzato” formatosi alla Camera, anche al Senato, quindi, i moderati della coalizione di governo hanno trovato una loro rappresentanza in un apposito gruppo.

La vicenda ora in esame appare persino più complessa, in quanto al Senato i principali nodi interpretativi hanno riguardato non la disciplina dei gruppi “in deroga”, non più previsti – dal 2017 – in quel ramo del Parlamento, bensì: in primo luogo, la disciplina entro la quale ricomprendere la fattispecie della scissione tra Italia Viva e Azione; in secondo luogo, l’individuazione dell’organo competente a decidere le questioni di interpretazione sorte sui regolamenti interni dei gruppi parlamentari; a seguire, l’applicazione della disposizione finale da poco approvata, volta a penalizzare sul piano finanziario lo spostamento di un senatore da un gruppo ad un altro; e, infine, i requisiti per la formazione di componenti politiche del gruppo misto. La vicenda si pone quindi al crocevia di una serie di snodi cruciali per il diritto parlamentare, alla luce delle regole sulla formazione dei gruppi, così come modificate dalla riforma del regolamento del Senato del 2022.

### **3.1. La scissione tra Azione e Italia Viva come caso di rottura di una coalizione elettorale, anziché come formazione di un nuovo gruppo in corso di legislatura**

Tali questioni, in particolare, sono state dipanate in tre diverse riunioni della Giunta per il regolamento (31 ottobre, 7 e 8 novembre 2023), sulla base di due lettere ricevute dal Presidente d’Assemblea. La prima, del 19 ottobre 2023, inviata dal senatore Enrico Borghi, il quale ha comunicato che l’assemblea del gruppo da lui presieduto (originariamente denominato “Azione – ItaliaViva - RenewEurope”) aveva deliberato la variazione della denominazione in “Italia Viva - Il Centro - RenewEurope”. Lo stesso giorno, il Presidente del Senato ha ricevuto un’altra missiva dai senatori riconducibili ad Azione, con la quale si contestava la validità di tale mutamento di de-

nominazione, sulla base di due considerazioni di ordine giuridico, relative al mancato rispetto di quanto previsto nel regolamento interno del gruppo: lamentandosi, in particolare, l'adesione al gruppo da parte di un nuovo senatore e il mancato raggiungimento del *quorum* previsto per le modifiche del regolamento stesso, incluso il cambio di denominazione del gruppo, fissato nella maggioranza dei due terzi dei componenti dall'art. 16 del regolamento del gruppo.

La soluzione proposta dal Presidente del Senato si è fondata su un'interpretazione dichiaratamente estensiva dell'art. 14, comma 4, terzo periodo, del regolamento del Senato, in base alla quale i senatori appartenenti a Italia Viva possono conservare il proprio gruppo parlamentare, mentre ai senatori appartenenti ad Azione è permesso di costituire un'autonoma componente politica in seno al gruppo misto. La proposta di far ricadere il caso nell'ambito disciplinato dal terzo periodo dell'art. 14, comma 4, del regolamento, facendo leva sul riferimento alla sussistenza di una "coalizione", sembra essere il frutto di un'interpretazione estensiva, seppure – secondo il Presidente di Assemblea – compatibile con il dettato regolamentare.

Una prima questione ha pertanto ruotato intorno alla disposizione del regolamento da applicare nel caso concreto e all'interpretazione da dare al cambiamento di denominazione del gruppo. Infatti, almeno in astratto, si sarebbero potute applicare tre disposizioni: quella di una pluralità di partiti o movimenti politici che si sono presentati assieme con un unico contrassegno ed una lista unica (art. 14, comma 4, secondo periodo del regolamento); oppure quella di una pluralità di partiti che si sono presentati alle elezioni con un unico simbolo (art. 14, comma 4, terzo periodo); sia, infine, quella di gruppi nuovi, nati in corso di legislatura, con un innalzamento del requisito numerico (art. 14, comma 5). Scendendo maggiormente nel dettaglio, dalle tre disposizioni si possono far discendere quattro diverse fattispecie: quella dell'art. 14, comma 4, secondo periodo del regolamento, che disciplina l'ipotesi di costituzione di un unico gruppo per i partiti che si sono presentati in coalizione, con unico contrassegno, anche contenente più simboli (previa autorizzazione di chi ha depositato il contrassegno). Dalla disposizione di cui all'art. 14, comma 4, terzo periodo, si possono invece far discendere, a ben vedere, due distinte ipotesi alternative, finalizzate a consentire la costituzione di più gruppi per partiti che si sono presentati in coalizione alle elezioni: con la prima si permette di costituire un gruppo per ciascuna delle liste che hanno partecipato congiuntamente alle elezioni sotto un unico contrassegno; con la seconda si prevede la costituzione di più gruppi autonomi di almeno 6 senatori, purché corrispondenti ad un unico partito che ha par-

tecipato alla coalizione con il proprio contrassegno (indipendentemente, quindi, dalla presentazione di una propria lista)<sup>13</sup>.

Nell'interpretazione di una disciplina invero complessa e articolata, e dalla lettura tutt'altro che univoca<sup>14</sup>, la soluzione proposta dal Presidente, e accolta all'unanimità dai gruppi, ha in sostanza deciso di far ricadere le circostanze in esame nella seconda di tali disposizioni, considerando cioè quella tra Azione e Italia Viva come una coalizione, ancorché essa si sia presentata con una lista unica e con un unico contrassegno (seppur composito, come si è accennato). In tal caso, quindi, si è ritenuta applicabile la seconda delle ipotesi alternative che si possono far discendere dall'art. 14, comma 4, terzo periodo, del regolamento: ovvero quella in base alla quale è possibile costituire un gruppo per ciascun partito che abbia partecipato ad un'unica lista "di coalizione", con un proprio simbolo presente all'interno del contrassegno composito.

D'altro canto, sarebbero sorte diverse problematiche nel caso in cui si fosse deciso di far ricadere il caso in una delle altre due disposizioni. Infatti, il secondo periodo del comma 4 dell'art. 14 fa esplicito riferimento alla presentazione alle elezioni in forma aggregata: in questo caso, il regolamento stabilisce espressamente che la richiesta di costituzione del gruppo, che deve essere uno solo, risulti accompagnata da una dichiarazione di assenso da parte del soggetto che ha depositato il contrassegno elettorale. Quindi, al fine di mantenere un gruppo autonomo di Italia Viva, sarebbe stato necessario l'assenso del depositario del simbolo (nel caso di specie, il senatore Calenda, titolare del contrassegno, che pure si è visto ospitare i simboli di entrambe le formazioni politiche). Nel caso in cui, invece, si fosse fatta ricadere la vicenda nell'ambito dell'art. 14, comma 5, né Italia Viva né Azione avrebbero avuto i requisiti numerici per formare un nuovo gruppo in corso di legislatura. Per tali ragioni si può comprendere come mai il Presidente del Senato abbia preferito fare leva sul terzo periodo dell'art. 14, comma 4, del regolamento, ritenendolo applicabile non solo a coalizioni di liste diverse,

<sup>13</sup> Si riporta il testo dell'art. 14, comma 4, terzo periodo, del regolamento del Senato: "Ove più partiti o movimenti politici abbiano presentato alle elezioni congiuntamente liste di candidati con il medesimo contrassegno, con riferimento a tali liste, essi possono costituire un solo Gruppo, che rappresenta complessivamente tutti i medesimi partiti o movimenti politici, ovvero uno o più Gruppi autonomi, composti da almeno sei Senatori, purché corrispondenti a singoli partiti o movimenti politici che abbiano presentato il proprio contrassegno in coalizione alle ultime elezioni del Senato".

<sup>14</sup> Come si era correttamente avvertito in dottrina: cfr. G. LASORELLA, *Il Parlamento: regole e dinamiche. Una introduzione al diritto parlamentare*, cit., p. 96 s., segnalando come il tema fosse "l'interpretazione della nozione di 'partiti o movimenti politici che abbiano presentato il proprio contrassegno in coalizione'".

ma anche di liste “composite”, nel cui contrassegno compaiano simboli di partiti diversi.

Il nodo dell'inquadramento regolamentare si lega a quello degli effetti derivanti dalla decisione sul cambio di denominazione. Alcuni (in particolare, il senatore Patuanelli)<sup>15</sup> propendevano per una soluzione in qualche modo “estremistica”: a loro avviso, infatti, ove fosse stata accolta acriticamente la comunicazione del cambio di denominazione del gruppo, si sarebbe dovuto derivarne lo scioglimento dell'intero gruppo parlamentare, con la conseguente confluenza di tutti gli 11 componenti nel gruppo misto. Tale ipotesi, infatti, si sarebbe dovuta ritenere ricompresa nella fattispecie di cui all'art. 14, comma 5, del regolamento, poiché, a seguito del mutamento della denominazione, si sarebbe venuta a determinare un'interruzione nel rapporto di continuità tra contrassegno elettorale e gruppo parlamentare. Sul punto, il Presidente del Senato ha adottato un'interpretazione più elastica, e ha ritenuto che il rapporto di continuità tra denominazione del partito, contrassegno elettorale e denominazione del gruppo costituisca un requisito indefettibile solo in relazione al momento genetico della costituzione del gruppo stesso, poiché, altrimenti, si dovrebbe ritenere che, una volta assunta una determinata denominazione, risulterebbe preclusa ai gruppi qualsiasi possibilità di variazioni in materia. Anche in tale ultima opzione interpretativa, ancorché più ragionevole della precedente, sembra esserci una qualche forzatura, posto che, sebbene il gruppo possa cambiare denominazione in corso di legislatura, la Presidenza ben potrebbe allo stesso tempo verificare la permanenza di qualche elemento idoneo ad assicurare la sussistenza di un legame con il simbolo presente nella scheda elettorale<sup>16</sup>.

Tuttavia, si può notare come, in questo caso, dietro il cambio di denominazione vi fosse una variazione sostanziale della natura del gruppo, considerando che si tratta di una scissione di due forze politiche che si erano presentate insieme alle elezioni. Un elemento che invece è stato sottaciuto da chi (è questa la posizione della senatrice Fregolent e di Italia Viva)<sup>17</sup> ha sostenuto che la deliberazione concernente il mutamento della denominazione del gruppo fosse stata non soltanto assunta con la maggioranza prescritta,

<sup>15</sup> Cfr. Senato della Repubblica, Giunta per il regolamento, XIX legislatura, res. somm., 31/10/2023.

<sup>16</sup> Può farsi, in proposito, l'esempio di un mutamento della denominazione del gruppo “Forza Italia – Berlusconi Presidente – PPE”, sia alla Camera, sia al Senato e, del resto, perfettamente coincidente con i contenuti del contrassegno elettorale. La soppressione, ad esempio, delle parole “Berlusconi Presidente” – a seguito del decesso di Silvio Berlusconi – non sembrerebbe idonea a far venire meno la continuità con il contrassegno elettorale richiesto ai sensi dell'art. 14, comma 4, primo periodo, del regolamento del Senato.

<sup>17</sup> Cfr. Senato della Repubblica, Giunta per il regolamento, XIX legislatura, res. somm., 31/10/2023.

ma avesse riguardato solamente la denominazione del gruppo e non la sua composizione.

Secondo logica, occorre dunque chiedersi se, a fronte di un possibile cambio di denominazione e una scissione di fatto, il gruppo formato inizialmente sia rimasto lo stesso oppure si sia trasformato in qualcosa di nuovo. Nel momento in cui si ritiene che il cambio di denominazione non abbia avuto effetti sulla natura del gruppo, allora ben si può applicare il comma 4 dell'art. 14 del regolamento. Al contrario, nel caso in cui si fosse ritenuto di trovarsi di fronte a un "nuovo" gruppo, allora si sarebbe ricaduti nella fattispecie disciplinata dal comma 5 dell'art. 14 del regolamento, che disciplina la costituzione di gruppi in corso di legislatura, fissando i requisiti politico e numerico, quest'ultimo nella misura di almeno 9 componenti.

L'idea alla base delle riforme regolamentari del 2017 e del 2022 era, in definitiva, quella di arrivare a una corrispondenza, almeno tendenziale, tra gruppi parlamentari e partiti politici presentatisi alle elezioni<sup>18</sup>. Sia Azione sia Italia Viva sono soggetti che si sono presentati alle elezioni, seppure con un'unica lista e sotto un unico simbolo, conseguendo l'elezione di senatori e, pertanto, la soluzione adottata si può ritenere in linea almeno con lo spirito di quelle riforme, nel momento in cui si permette ad Italia Viva di rimanere gruppo e ad Azione di diventare componente politica. Forse, tuttavia, soprattutto se si considera quella avvenuta come una scissione di una lista unitaria, allora nella soluzione che si è individuata si potrebbero scorgere alcune criticità e, di conseguenza, qualche rigidità eccessiva nelle norme del regolamento rispetto a eventi sopravvenuti, superabili solo con una interpretazione estensiva e adeguatrice delle stesse, come quella che è stata qui adottata dal Presidente del Senato.

### **3.2. La votazione contestata sul cambio di denominazione del gruppo e l'incertezza sull'organo chiamato a valutarla**

Nelle sedute della Giunta per il regolamento, si è posta anche un'altra questione di diritto parlamentare, che concerne l'individuazione del soggetto competente a dirimere le questioni interpretative e applicative dei regolamenti interni dei gruppi parlamentari, in tal modo anche incidendo sulla *vexata quaestio* della natura dei gruppi parlamentari.

In particolare, la questione si è posta in relazione al mancato raggiungimento del *quorum* dei due terzi, previsto dal regolamento del gruppo, per

<sup>18</sup> Cfr. ampiamente, anche per una analisi critica di questa finalità, M. PODETTA, *Governare le Camere. Tendenze e miti delle riforme regolamentari*, Bari, Cacucci, 2020, spec. p. 290 ss., e S. CURRERI, *Le conseguenze della riduzione del numero dei parlamentari sui gruppi politici*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, n. 1, 2022, pp. 1-129 ss., spec. 10 s.

tutte le modifiche del regolamento stesso, incluso il cambio di denominazione. Nella lettera inviata dai senatori di Azione si osserva, infatti, che anche qualora si ritenesse il gruppo di appartenenza composto da undici membri, compresa la nuova senatrice<sup>19</sup>, il voto favorevole dei sette membri che hanno approvato il cambio di denominazione (inclusa la senatrice Musolino, la cui adesione al gruppo era stata contestata dalla lettera dei senatori di Azione)<sup>20</sup> non sarebbe stato sufficiente per raggiungere il *quorum* dei due terzi, corrispondente a 7,3 componenti. Si sono perciò poste una questione particolare concernente la modalità di arrotondamento decimale applicabile al calcolo dei *quorum* ma, soprattutto, una questione di ordine più generale, consistente nell'individuazione dell'organo competente a decidere su questioni di interpretazione dei regolamenti interni dei gruppi parlamentari.

Quanto alla questione del *quorum*, l'esponente di Italia Viva ha ritenuto prive di fondamento le considerazioni relative al preteso mancato raggiungimento dello stesso, poiché nell'uso comune, in caso di un valore eccedente una soglia inferiore allo 0,5, si è costantemente adottato il criterio dell'arrotondamento per difetto. Ad avviso di altri senatori, invece, nei casi in cui è prevista una maggioranza qualificata non è possibile applicare il criterio dell'arrotondamento per difetto, in quanto ciò determinerebbe di fatto l'applicazione di un *quorum* più basso rispetto a quello previsto.

Con riferimento alla questione dell'organo competente a decidere su questioni di interpretazione dei regolamenti interni dei gruppi parlamentari, il Presidente del Senato non ha mancato di rilevare che il Regolamento non presenta disposizioni che disciplinano la conformità delle deliberazioni di un gruppo rispetto al proprio regolamento interno e non sussistono precedenti del tutto conformi. A detta del Presidente del Senato, l'unico caso che presenta analogie risulta quello verificatosi nella XVIII legislatura, in relazione all'impugnazione da parte di alcuni senatori del provvedimento di espulsione nei loro confronti adottato dal gruppo MoVimento 5 stelle. Sebbene tale impugnativa fosse basata sulla pretesa violazione di una norma del regolamento interno del gruppo, i senatori espulsi dal gruppo non si sono rivolti alla Presidenza del Senato, ricorrendo invece dapprima alla magistratura ordinaria e amministrativa (che si sono dichiarate incompetenti), e successivamente hanno adito gli organi di autodichia (la Commissione Contenziosa si è a sua volta dichiarata incompetente e poi il Consiglio di garanzia

<sup>19</sup> Peraltro, anche l'ingresso nel gruppo della senatrice Musolino è stato, secondo i senatori di Azione, approvato in modo non conforme al regolamento interno, che richiede la previa proposta congiunta del Presidente e del Vice Presidente del gruppo.

<sup>20</sup> In particolare, veniva osservato che l'ingresso nel gruppo parlamentare della senatrice Musolino è stato approvato in modo non conforme al regolamento interno, che richiede la previa proposta congiunta del Presidente e del Vice Presidente del Gruppo.

ha annullato i provvedimenti di espulsione)<sup>21</sup>. Nel caso in esame, i senatori di Azione si sono invece rivolti direttamente alla Presidenza per lamentare il mancato rispetto, da parte della maggioranza dei senatori del gruppo, delle disposizioni del regolamento interno concernenti il cambio di denominazione.

Anche in questo frangente, le opinioni sono state variegata all'interno della Giunta per il regolamento. Infatti, vi è stato chi (la senatrice Fregolent)<sup>22</sup> ha sostenuto che, in ogni caso, non potesse essere la Giunta stessa ad affrontare il tema della regolarità delle votazioni di un gruppo, atteso che i partiti sono associazioni non riconosciute e gli stessi gruppi hanno natura privatistica. Ben si spiega dunque l'assenza nel regolamento del Senato di disposizioni applicabili al caso di specie, per escludere le decisioni concernenti la vita e il funzionamento di un gruppo parlamentare dalla possibile ingerenza di altri gruppi. Al contrario, vi è chi (come il senatore Parrini)<sup>23</sup> ha sottolineato come la competenza a decidere in ordine alla questione spettasse integralmente al Presidente del Senato e non agli organi di autodichia, in quanto l'oggetto della valutazione della Giunta investe una questione assai più ampia del semplice rispetto formale di un *quorum* deliberativo: è del tutto evidente, secondo questa opinione, che i gruppi parlamentari, pur possedendo una struttura di carattere formalmente privatistico, assumono una profonda rilevanza pubblicistica.

La vicenda ha riportato dunque a galla, per l'ennesima volta, l'annosa questione della natura dei gruppi parlamentari, che ha sempre oscillato tra le due posizioni estreme di chi ha li visti come organi delle Camere e di chi, al contrario, li ha considerati associazioni semplici: ambiguità che non è stata sciolta neppure dalla riforma del Regolamento della Camera del 2012, che ha inserito una definizione "ambigua" dei gruppi, qualificati al tempo stesso come "associazioni di deputati" e come "soggetti necessari al funzionamento della Camera"<sup>24</sup>. Collegata alla questione della natura dei gruppi è la capaci-

<sup>21</sup> Sul punto, cfr. D. CODUTI, *L'espulsione dal gruppo parlamentare tra autodichia delle Camere e assenza di controlli* (Nota a Corte Cass., SS.UU. civ., sent. 6 marzo 2020, n. 6458), in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), n. 3, 2020, pp. 607-631; S. CURRERI, *Il Consiglio di giurisdizione apre (inaspettatamente) al giudizio delle Camere sulle espulsioni dal gruppo politico*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2021, pp. 682 ss.; L. COSTANZO, *Prime osservazioni sulle misure espulsive dei Parlamentari dai loro Gruppi di appartenenza*, in *Rassegna parlamentare*, n. 2, 2021, pp. 337 ss. Sull'espulsione del parlamentare dal gruppo cfr. anche R. BIFULCO, *Osservazioni in tema di espulsione del parlamentare dal gruppo*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it), 29 settembre 2017, pp. 1 ss.

<sup>22</sup> Cfr. Senato della Repubblica, Giunta per il regolamento, XIX legislatura, res. somm., 31/10/2023.

<sup>23</sup> Cfr. Senato della Repubblica, Giunta per il regolamento, XIX legislatura, res. somm., 31/10/2023.

<sup>24</sup> Sul punto cfr. G.F. CIAURRO e G. NEGRI, voce *Gruppi parlamentari*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XV, Roma, Treccani, 1989, pp. 1 ss.; S. BANCHETTI, *La natura giuridica dei gruppi parla-*

tà del Presidente d'Assemblea di decidere riguardo a controversie interne ai gruppi: se si vedono questi ultimi più come “soggetti necessari al funzionamento della Camera”, allora il Presidente deve poter svolgere un proprio sindacato sul regolamento dei gruppi stessi, nel suo ruolo di “giudice” del diritto parlamentare. Al contrario, ove si privilegi la natura dei gruppi come “associazioni di deputati”, si dovrebbe propendere per un'interpretazione opposta, che faccia leva principalmente sullo spazio di autonomia dei gruppi stessi<sup>25</sup>.

Per la risoluzione della controversia, la Presidenza ha osservato che, “in assenza di un accordo tra le parti, verrebbero a determinarsi due possibili scenari: la Presidenza potrebbe assumere il compito di decidere nel merito, ovvero assumere una determinazione in via cautelare, dando seguito in via provvisoria alla deliberazione del Gruppo circa il mutamento di denominazione, in vista di un pronunciamento definitivo da parte degli organi di autodichia”<sup>26</sup>. Il Presidente ha ritenuto più corretta la seconda soluzione, affermando come non sia possibile affidare la decisione definitiva alla Presidenza del Senato, dovendo questa attendere la pronuncia degli organi

*mentari*, in *Il Parlamento della Repubblica. Organi procedure apparati*, n. 12, Roma, Camera dei deputati, II, 2008, pp. 659 ss.; A. CIANCIO, *I gruppi parlamentari. Studio intorno a una manifestazione del pluralismo politico*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 30 ss.; E. GRIGLIO, *La natura giuridica dei gruppi consiliari: dal parallelismo all'asimmetria con i gruppi parlamentari*, in *Rassegna parlamentare*, n. 2, 2015, pp. 331 ss.

<sup>25</sup> Si pensi, sul punto, alla vicenda delle due lettere al Presidente della Camera inviate nella XVIII legislatura (nell'aprile 2018) dai deputati Riccardo Magi e Stefano Ceccanti, con le quali si chiedeva al Presidente di intervenire in merito a un contrasto tra alcune previsioni dello statuto del gruppo M5S e i regolamenti parlamentari e la Costituzione. Sulla vicenda v. i contributi del n. 13 di *Federalismi.it*, 20 giugno 2018: in particolare, R. CALVANO, *La democrazia interna, il libero mandato parlamentare e il dottor Stranamore*; M. CARDUCCI, *Le dimensioni di interferenza del 'contratto' di governo e l'art. 67 Cost.*; A. CERRI, *Osservazioni sulla libertà del mandato parlamentare*; A. Ciancio, *Disciplina di gruppo e tutela del Parlamentare dissenziente*; G.L. CONTI, *Sfera pubblica e sfera privata della rappresentanza. La giustiziabilità dell'art. 67, Cost. nella sua attuazione da parte dello statuto di un gruppo parlamentare*; S. CURRERI, *Costituzione, regolamenti parlamentari e statuti dei gruppi politici: un rapporto da ripensare*; G. DEMURO, *Il diritto individuale al libero mandato parlamentare*; R. DI MARIA, *Una 'clausola vessatoria' in bilico fra la democrazia rappresentativa e la tutela giurisdizionale dei diritti*; G. GRASSO, *Qualche riflessione su statuti e regolamenti dei Gruppi parlamentari, tra articolo 49 e articolo 67 della Costituzione*; P. MARSOCCHI, *Lo status dei parlamentari osservato con la lente della disciplina interna dei gruppi. Gli argini (necessari) a difesa dell'art. 67*; C. MARTINELLI, *Libero mandato e rappresentanza nazionale come fondamenti della modernità costituzionale*; C. PINELLI, *Libertà di mandato dei parlamentari e rimedi contro il transfughismo*; S. PRISCO, *Elogio della mediazione. Statuti dei gruppi parlamentari e libertà di mandato politico nelle democrazie rappresentative. Brevi annotazioni*; C. SBAILÒ, *Presidenzialismo contro populismo: col mandato imperativo si dissolve la democrazia costituzionale, ma non basta dire 'no'*; F. SCUTO, *I pericoli derivanti da uno svuotamento dell'art. 67 Cost. unito ad un 'irrigidimento' dell'art. 49 Cost.*; N. ZANON, *La 'Rinascita' dell'articolo 67 della Costituzione e i censori delle parole*.

<sup>26</sup> Tale ultima soluzione, confortata da un precedente, sia pur non perfettamente sovrapponibile al caso di specie, risulterebbe quella a suo avviso più adatta al caso concreto. Cfr. Senato della Repubblica, Giunta per il regolamento, XIX legislatura, res. somm., 7/11/2023.

dell'autodichia e potendo perciò disporre solo in via provvisoria. La Giunta, in proposito, ha infine stabilito di “non decidere più sul quesito principale”, e cioè a chi spetti stabilire “sui regolamenti interni” delle formazioni parlamentari, avendo rilevato il raggiungimento di un accordo all'interno del gruppo che si divide.

A ben vedere, non si tratta di un punto di caduta del tutto neutrale, in quanto implica che le garanzie contenute nei regolamenti dei gruppi siano tendenzialmente superabili con l'accordo tra le parti: soluzione che, pur essendo in linea con la flessibilità del diritto parlamentare, può comunque far sorgere qualche rischio, potendo comportare la rinuncia a prestare la necessaria attenzione verso eventuali profili di illegittimità dei regolamenti dei gruppi, anzitutto per assicurare il rispetto delle prerogative garantite dalla Costituzione (e dai regolamenti parlamentari). In definitiva, anche in questo frangente viene in rilievo la natura dei gruppi parlamentari e, con essi, delle loro regole interne, che evidentemente si ritengono ancor meno cogenti di quelle dettate dal regolamento generale.

### **3.3. La disapplicazione della disposizione finale della riforma del regolamento del Senato volta a penalizzare i cambi di gruppo**

La riforma del regolamento del Senato del 2022 contiene, all'art. 7, una disposizione finale volta a penalizzare i cambi di gruppo, agendo sui contributi finanziari. A tal fine, prevede che, tenuto conto della specificità dei gruppi costituiti ai sensi dell'articolo 14, il Consiglio di Presidenza dispone la riduzione del 50 per cento del contributo proporzionale, determinato ai sensi dell'articolo 16, comma 1, primo periodo, del regolamento, nei confronti del gruppo del quale il senatore cessa di far parte, attribuendo il 30 per cento del contributo proporzionale iniziale al gruppo di destinazione. Si stabilisce anche che siano destinati al bilancio del Senato i risparmi di spesa derivanti da tale disposizione, pari normalmente al 20% del contributo, e del 50% in caso di collocazione del senatore in uscita come “senatore non iscritto”<sup>27</sup>.

Si tratta di una ulteriore innovazione volta a disincentivare i trasferimenti ad altro gruppo parlamentare, che si pone nel solco della disciplina sul finanziamento dei gruppi e dei partiti, oggetto di numerose modifiche a partire

<sup>27</sup> Su questa categoria, cfr. E. GRIGLIO, *Il rapporto tra gruppi, partiti e singoli eletti nel nuovo regolamento del Senato*, cit., spec. pp. 62 ss. Cfr. anche D. SCOPELLITI, *Il curioso caso del senatore non iscritto*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), n. 3, 2023, pp. 159 ss., D.A. AMBROSELLI, *La riforma del regolamento del Senato al vaglio della XIX Legislatura: brevi considerazioni sulla figura del senatore “apolide”, sui nuovi gruppi parlamentari in deroga e sul voto a data certa*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 34, 2022, p. 1-18, e G. AGOLINO, *Il senatore elettivo “non iscritto” ad alcun Gruppo: nota al nuovo articolo 14, primo comma, del Regolamento*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), n. 6, 2022, pp. 258 ss.

almeno dal 2012<sup>28</sup>. Secondo la disposizione richiamata, le decurtazioni previste hanno la finalità di disincentivare il fenomeno della c.d. mobilità parlamentare. La disposizione è particolarmente significativa, considerando le scarse risorse finanziarie che ormai la legge destina ai partiti politici.

In base all'interpretazione ora accolta, la decurtazione non sarà applicata in via automatica, ma demandata ad una specifica deliberazione del Consiglio di Presidenza, che sarà chiamato a valutare nel merito se il trasferimento ad altro gruppo rientri o meno tra le ipotesi che la norma mira a disincentivare. Sulla base di questo presupposto, l'intesa che si è raggiunta è nel senso di evitare le ripercussioni negative di carattere economico determinate dal mutamento nella composizione del gruppo parlamentare e si è conseguita con una particolare interpretazione della disposizione: infatti, si è ritenuto che, nella fattispecie concreta, non si possa ricomprendere il caso di senatori che si trovino ad essere pressoché obbligati ad abbandonare il proprio gruppo di appartenenza a seguito di decisioni di carattere per così dire esistenziale, assunte dalla maggioranza del gruppo, quali il mutamento di denominazione, volte ad escludere uno degli originari partiti di riferimento. Pertanto, si è stabilita la convocazione del Consiglio di Presidenza per le valutazioni di competenza, ai sensi della disposizione finale di cui all'art. 7 della riforma del regolamento del 2022, in ordine alla quantificazione dei contributi ai gruppi riconducibili alla c.d. "quota variabile".

### **3.4. La formazione di una nuova componente politica in seno al gruppo misto, pur nel silenzio del regolamento**

Le componenti politiche del gruppo misto del Senato sono un fenomeno emerso soltanto di recente nel regolamento di quel ramo del Parlamento. Prima del 2017, le componenti politiche al Senato erano riconosciute solo incidentalmente (ove si prevede, all'art. 156-*bis*, comma 1, del regolamento, la possibilità che i loro rappresentanti, al pari dei Presidenti dei gruppi par-

<sup>28</sup> Quanto al finanziamento ai partiti, si pensi al decreto-legge 28 dicembre 2013, n. 149 (recante "Abolizione del finanziamento pubblico diretto, disposizioni per la trasparenza e la democraticità dei partiti e disciplina della contribuzione volontaria e della contribuzione indiretta in loro favore"), convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 13. Quanto, invece, alla disciplina contabile dei gruppi, viene in rilievo soprattutto la riforma dei regolamenti parlamentari del 2012, con la quale, in entrambe le Camere, sul finire della XVI legislatura sono state approvate norme sulle risorse, sul regime di contabilità e sulla pubblicità della situazione patrimoniale e sulle regole interne dei gruppi parlamentari. Sul punto cfr. F. BIONDI, *Disciplina dei gruppi parlamentari e controlli sui bilanci: osservazioni alle recenti modifiche ai regolamenti di Camera e Senato*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), n. 3, 2012 e T.F. GIUPPONI, *Finanziamento dei gruppi parlamentari, autonomia contabile e regime dei controlli interni nella riforma dei regolamenti di Camera e Senato*, in *Il finanziamento della politica*, a cura di F. BIONDI e G. TARLI BARBIERI, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, p. 275 s. Più recentemente, cfr. anche E. CATERINA, *Il finanziamento privato della politica. Problemi di diritto costituzionale*, Milano, FrancoAngeli, 2022, spec. p. 200 ss.

lamentari, possano presentare una interpellanza al mese) e per la loro costituzione, ammessa di fatto nonostante un parere contrario della Giunta per il regolamento (del 30 marzo 2004), si considerava sufficiente, in via di prassi, una dichiarazione alla Presidenza<sup>29</sup>.

Tale situazione aveva portato a una proliferazione delle componenti politiche e anche per tale ragione è stato approvato il parere della Giunta del regolamento dell'11 maggio 2021<sup>30</sup>, che ha esteso alle componenti politiche in seno al gruppo misto il vincolo della corrispondenza politica previsto e applicato con riferimento ai gruppi e ne ha proceduralizzato la verificabilità attraverso la trasmissione da parte del richiedente di una autorizzazione a rappresentare il partito o movimento politico detentore del contrassegno presentato alle elezioni, mediante dichiarazione sottoscritta del legale rappresentante di tale formazione.

Con la riforma del regolamento del Senato del 2022, anche a seguito della soppressione dei gruppi "autorizzati" con le modifiche approvate nel 2017, si è introdotta una apposita disciplina delle componenti politiche del gruppo misto, stabilendosi che, per la costituzione di una componente politica, non occorra un numero minimo di senatori, essendo invece individuati requisiti qualitativi modulati sulla falsariga di quella dei gruppi<sup>31</sup>. In particolare, a inizio legislatura si è permessa – in base all'art. 14, comma 6, primo periodo, del regolamento – la costituzione di una componente politica "purché coloro che intendono aderirvi rappresentino un partito o un movimento politico, anche risultante dall'aggregazione di più partiti o movimenti politici, che abbia presentato alle ultime elezioni del Senato propri candidati con lo stesso contrassegno, conseguendo l'elezione di almeno un senatore". In corso di legislatura, invece, vi è un disallineamento quanto al requisito politico-elettorale, in quanto si è esteso il perimetro anche alle elezioni europee, prevedendo dunque che sia consentita la costituzione di componenti politiche in seno al gruppo misto che rappresentino un partito o un movimento politico, il quale nella legislatura abbia presentato alle elezioni politiche, regio-

<sup>29</sup> Cfr. in proposito G. LASORELLA, *Il Parlamento: regole e dinamiche. Una introduzione al diritto parlamentare*, cit., p. 102 s.

<sup>30</sup> Cfr. E. GRIGLIO, *Il rapporto tra gruppi, partiti e singoli eletti nel nuovo regolamento del Senato*, cit., spec. pp. 58 ss., ove si osserva che "l'intensa mobilità tra i gruppi che ha contraddistinto la XVIII legislatura, favorita dalla successione di tre governi con maggioranze inedite e coalizioni a geometria variabile, ha confermato la tendenza – già emersa nelle precedenti legislature – ad un progressivo accrescimento delle dimensioni del gruppo misto" e "nella composizione magmatica di un gruppo misto passato da 9 a 42 senatori, forte è stata la spinta alla costituzione di componenti politiche".

<sup>31</sup> Cfr. L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, IV ed., Il mulino, Bologna, 2023, p. 140.

nali o del Parlamento europeo propri candidati conseguendo l'elezione di propri rappresentanti (art. 14, comma 6, secondo periodo, del regolamento). Rispetto al parere della Giunta per il regolamento del 2021, pertanto, non solo si differenzia – sulla scia della modifica regolamentare del 2022 – il momento in cui nasce la componente politica, ma vi è anche un requisito più stringente in quanto si è richiesto in ogni caso che, oltre ad essersi presentata alle elezioni, abbia anche conseguito l'elezione di un senatore, nel caso della componente politica nata a inizio legislatura, o di propri rappresentanti anche in altri organi, nel caso della componente politica sorta nel corso della legislatura. Al contrario, nel parere del 2021, si consentiva la costituzione di componenti politiche purché rappresentassero partiti o movimenti politici che avevano presentato con il proprio contrassegno, da soli o collegati, candidati alle ultime elezioni nazionali, senza dunque che vi fosse la necessità di aver eletto qualcuno. In tal senso, la possibilità di formare componenti politiche anche in Senato si può leggere come temperamento rispetto alla soppressione dei gruppi “autorizzati” e agli ostacoli posti rispetto alla costituzione di nuovi gruppi in corso di legislatura.

Ora, la soluzione di compromesso delineata dal Presidente del Senato ha finito appunto per avvalersi di questo strumento: si è consentito ai quattro senatori riconducibili ad Azione di formare una componente politica del gruppo misto. La formazione di un vero e proprio gruppo è infatti preclusa dalla disposizione di cui all'articolo 14, comma 5, del regolamento, in base alla quale, come già ricordato, è ammessa la costituzione di gruppi in corso di legislatura a patto che rispettino non solo il requisito politico ma altresì quello numerico “aggravato”, fissato a nove senatori, e che abbiano la medesima denominazione ovvero il medesimo contrassegno del partito o movimento politico rappresentato.

#### **4. Conclusioni: sui movimenti del quadro partitico e la difficoltà di disciplinarli con norme di regolamento parlamentare, specie se non omogenee tra le due Camere**

Le rilevanti asimmetrie nei regolamenti delle due Camere in materia di gruppi parlamentari non hanno certo aiutato a stabilizzare il quadro politico. All'esito di questa vicenda, Azione corrisponde ad una componente politica del gruppo misto al Senato, mentre ha formato un gruppo autonomo (“in deroga”) alla Camera. In generale, come si era già notato, gli intenti razionalizzatori di chi riscrive i regolamenti, già di per sé non facili da raggiungere,

finiscono per essere frustrati ove questi intenti non siano perseguiti con coerenza in ambedue i rami del Parlamento<sup>32</sup>.

Anche in questa occasione, le divergenze, piuttosto radicali, in materia di regole sulla costituzione dei gruppi parlamentari hanno esplicitato effetti di tal tipo. In particolare, presso la Camera vi è una disciplina rimasta sostanzialmente inalterata dal 1971; presso il Senato, al contrario, una sofferta e analitica disciplina, introdotta nel 2017 e modificata, dopo essere stata oggetto di un'applicazione "molto estensiva"<sup>33</sup>, nel 2022, ha cercato di dettagliare specificamente le varie fattispecie.

Quella di una rottura tra due partiti politici che si sono presentati insieme alle elezioni, che hanno inizialmente formato un gruppo congiunto e che nel corso della legislatura si dividono è ipotesi che può ritenersi ricorrente nel sistema politico italiano e, pertanto, appare complicato ingabbiarla all'interno di vincoli che vietino drasticamente il ricostituirsi di due gruppi autonomi. Così, alla Camera, vi è stata la possibilità di costituire due gruppi "in deroga". Al Senato lo stesso risultato non è stato possibile, essendosi arrivati alla conservazione del gruppo, con una diversa denominazione, e alla costituzione di una nuova componente politica in seno al gruppo misto: una soluzione cui si è pervenuti grazie ad una non facile opera di mediazione svolta dal Presidente di Assemblea, che allo scopo, anche con il coinvolgimento dell'apposita Giunta, si è avvalso fino ai limiti massimi consentiti dei suoi poteri di interprete del regolamento, "arbitro" più che "giudice" del diritto parlamentare<sup>34</sup>.

La divaricazione delle regole e degli approcci regolamentari seguiti, più lasco alla Camera e più dettagliato al Senato, ha finito ad ogni modo per dare origine ad una ulteriore differenziazione nella conformazione dei gruppi nelle due Camere.

<sup>32</sup> Cfr. N. LUPO, *Riduzione del numero dei parlamentari e organizzazione interna delle Camere*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), n. 3, 2020, pp. 326 ss., spec. p. 334.

<sup>33</sup> Così G. LASORELLA, *Il Parlamento: regole e dinamiche. Una introduzione al diritto parlamentare*, cit., p. 99.

<sup>34</sup> Su tale funzione cfr., con varietà di argomentazioni, A. TORRE, *Il magistrato dell'Assemblea. Saggio sui presidenti parlamentari*, Torino, Giappichelli, 2000, spec. p. 61 ss., N. LUPO, *Il Presidente di Assemblea come "giudice" del diritto parlamentare*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, a cura di M. RUOTOLO, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, vol. III, pp. 2053-2090, spec. p. 2083 s. G. LASORELLA, *Le garanzie interne al giusto procedimento legislativo. Presidente d'Assemblea e Comitato per la legislazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, n. 2, pp. 551-571, spec. p. 554 s., G. STEGHER, *Regolamenti parlamentari: natura e funzioni. Una prospettiva di analisi comparata*, Torino, Giappichelli, 2023, spec. 83 s., e L. CIAURRO, *I conflitti di attribuzione sollevati dai singoli parlamentari*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, spec. p. 49 ss.

Parla, efficacemente, con riferimento all'esito in Senato della vicenda in esame, di una separazione consensuale, anziché giudiziale, S. BALDELLI, *I Regolamenti parlamentari e il caso della separazione tra Renzi e Calenda*, in [www.corriere.it](http://www.corriere.it), 28 novembre 2023.

Più in generale, al Senato sembra essersi ormai innescata una particolare attenzione del regolamento – quasi una ossessione, verrebbe da dire – contro il fenomeno del transfughismo parlamentare, con ripetuti tentativi, nel 2017 e nel 2022, sia di disincentivarlo, sia di escluderlo attraverso regole rigide. Questo ha portato all'introduzione di una disciplina con una serie di limiti piuttosto bizantini alla formazione dei gruppi parlamentari che, tuttavia, come i fatti della legislatura passata e di quella in corso dimostrano, è difficile riuscire ad applicare, ingabbiando un sistema partitico che, soprattutto in Italia, è in continuo movimento<sup>35</sup>. Sebbene la corrispondenza tra il quadro partitico uscito dal momento elettorale e l'assetto dei gruppi parlamentari possa essere vista come un meccanismo utile per far valere la responsabilità politica, allo stesso tempo appare eccessivo porre regole che poi non si è in grado di far rispettare a causa della fluidità del quadro partitico e dell'asimmetria tra i due regolamenti.

Le asimmetrie nei regolamenti parlamentari risultano particolarmente vistose quanto alle regole per la formazione dei gruppi parlamentari, nonché relativamente alla configurazione delle commissioni permanenti (tuttora 14 alla Camera, ridotte a 10 al Senato): divergenze in settori del tutto cruciali, che appaiono in netta controtendenza rispetto alla direzione che pare assumere, negli ultimi anni, il bicameralismo italiano<sup>36</sup>.

Da una parte, infatti, per effetto della legge n. 165 del 2017, vige il medesimo sistema elettorale nei due rami del Parlamento ed è stata anche parificata, a partire dalle elezioni del settembre 2022, l'età in cui si accede all'elettorato attivo. Le stesse procedure affermatesi nella prassi vanno in questa direzione, con quel “monocameralismo alternato” che, pur potendo considerarsi una degenerazione, mette – per certi versi – sullo stesso piano le due Camere nel procedimento legislativo, tramite una inedita divisione del lavoro<sup>37</sup>. Dall'altra parte, la *ratio* dominante della riforma del regolamento del Senato del 2017 è stata – almeno in parte – quella di avvicinare la propria disciplina

<sup>35</sup> Cfr. A. CHIARAMONTE e V. EMANUELE, *The deinstitutionalization of Western European party systems*, Londra, Palgrave Macmillan, 2022 e V. EMANUELE e A. SIKK, 'Party crashers? Modeling genuinely new party development paths in Western Europe', in *Party Politics*, n. 5, 2021, pp. 883 ss.

<sup>36</sup> Cfr. L. BARTOLUCCI, *Le nuove Camere alla sfida delle "asimmetrie" su gruppi e commissioni parlamentari*, in *Luiss School of Government, Policy Brief*, n. 25/2022.

<sup>37</sup> Sul punto, cfr. S. LEONE, *Un Parlamento per metà, tra critica e proposte*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2023, pp. 327 ss.; I. MASSA PINTO, *Il "monocameralismo di fatto" e la questione della perdurante validità della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2022, pp. 88 ss.; G. TARLI BARBIERI, *L'irrisolta problematicità del bicameralismo italiano tra intenti riformistici e lacune normative*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2019, pp. 59 ss. Cfr. anche A. MANZELLA, *Elogio dell'Assemblea, tuttavia*, Modena, Mucchi Editore, 2020, p. 21, il quale identifica quello italiano come un monocameralismo “non detto” e registra una tendenza evolutiva dei più moderni sistemi costituzionali verso un “monocameralismo temperato” (p. 30).

a quella della Camera, con un'inversione della tendenza alla progressiva divaricazione delle regole procedurali tra i due rami del Parlamento.

Dopo la riduzione del numero dei parlamentari, è stato il Senato ad adeguare il suo regolamento: laddove ha potuto, riducendo ancora le differenze (ad esempio, nell'esame della decretazione d'urgenza e mediante l'istituzione, anche in Senato, del Comitato per la legislazione), ma inevitabilmente introducendo anche modifiche che hanno divaricato i due regolamenti. Tocca quindi ora alla Camera adeguarsi, per ridurre quella distanza che rischia di originare criticità ulteriori e non giustificate nella vita del Parlamento e, più in generale, nella forma di governo.

Rimane che le nuove regole parlamentari non sono fin qui riuscite a evitare il dispiegarsi e il rinnovarsi del sistema politico e della geografia delle Assemblee, ancora fatta di partiti grandi e piccoli, fratture e scissioni in corso di legislatura, rispetto ai quali i Presidenti di Assemblea non hanno inteso portare fino in fondo l'applicazione della disciplina introdotta nel regolamento del Senato. Tanto che inizia ad apparire francamente poco utile continuare ad approvare disposizioni draconiane se quelle stesse regole, sollecitate dagli irriducibili fenomeni politici, non vengono poi fatte rispettare.



**STRETTA SUGLI IDONEI AI CONCORSI PUBBLICI, LE RECENTI E MUTEVOLI NOVELLE ALLE NORME SULLO SCORRIMENTO DELLE GRADUATORIE**

**PASQUALE IORIO\***

**Sommario**

1. Cenni introduttivi e delimitazione del piano di indagine. – 2. La norma, profili applicativi. – 3. Segue. Il regime transitorio. – 4. Segue. La dubbia esclusione di applicabilità ai concorsi del comparto Sanità e Ricerca. – 5 Corsi e ricorsi storici: il precedente introdotto nel 2017, poi abrogato. – 6. L'utilizzo delle graduatorie da parte di altre amministrazioni, il combinato disposto. – 7. Segue. La dibattuta questione dell'omogeneità della posizione richiesta. – 8. L'idoneità ad un pubblico concorso come "titolo" valutabile in altra selezione. – 9. La recente novella al comma 5-ter, dell'art. 35 del D.Lgs. n. 165/2001, non si applica agli elenchi di idonei introdotti con il decreto-legge n. 80/2021. – 10. Rilievi conclusivi.

**Abstract**

*The contribution explores the limitation on the number of suitable candidates in public competitions, introduced by recent laws, set at twenty per cent of the positions referred to in the public competition. This new discipline creates the need for an appropriate interpretative coordination between the new laws and those that governed the matter, in order to understand its real purposes.*

**Suggerimento di citazione**

P. IORIO, *Stretta sugli idonei ai concorsi pubblici, le recenti e mutevoli novelle alle norme sullo scorrimento delle graduatorie*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2023. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Funzionario Amministrativo dell'Università degli Studi di Salerno  
Contatto: [pioRIO@unisa.it](mailto:pioRIO@unisa.it)

### 1. Cenni introduttivi e delimitazione del piano di indagine

È stata una vera e propria *crociera legislativa* quella vissuta, la scorsa estate, da alcuni periodi dell'art. 35 - segnatamente del comma 5-ter - del Testo Unico del Pubblico Impiego. Dopo aver mollato i cavi di ormeggio, nel corso dei lavori di conversione del decreto-legge n. 44/2023, queste nuove disposizioni hanno iniziato a navigare in mare aperto, facendo registrare un improvviso cambio di rotta alla possibilità di attingere da una graduatoria valida nella ravvisata necessità di reclutare personale da inserire nei ruoli della Pubblica Amministrazione. Una prassi, consolidata negli anni, che rispondeva alla primaria esigenza del contenimento della spesa pubblica, consentendo di attuare i principi di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa. Dal 22 giugno al 16 agosto 2023, infatti, questa facoltà è rimasta vincolata alla sola percentuale del 20% dei candidati che avessero superato le prove. Dopo circa due mesi di navigazione, per diverse miglia giuridiche e ad una velocità di crociera di non pochi nodi, a dritta si sono intraviste numerose difficoltà create dalle nuove norme, con riflessi negativi soprattutto negli Enti Locali. Durante i lavori di conversione - con modificazioni - del decreto-legge n. 75/2023, il legislatore, attraverso alcuni emendamenti, ha cercato di porre rimedio alla stretta sugli idonei, varando dei correttivi.

L'acquisto di efficacia della recente novella, introdotta all'art. 35 del D.Lgs. n. 165/2001, facendo finalmente ingresso nel porto, completa la fase di ormeggio sulla banchina giuridica, aprendo di nuovo il portellone allo scorrimento delle graduatorie, ancorché approvate da un'amministrazione diversa da quella che ha bandito il concorso, realizzata attraverso l'evitabile indizione di nuove procedure selettive con conseguenti costi.

A legislazione vigente sono considerati idonei i candidati collocati nella graduatoria finale, dopo l'ultimo candidato vincitore, nella misura del venti per cento dei posti messi a concorso. Disposizione che, però, non si applica alle procedure di reclutamento promosse da Regioni, Province ed Enti Locali che prevedano un numero di posti messi a concorso inferiore a venti unità. Così come restano esclusi dal novero i Comuni con popolazione inferiore a tremila abitanti e le procedure per l'effettuazione di assunzioni a tempo determinato. La norma non è applicabile neppure alle selezioni per personale sanitario, socio-sanitario, educativo, scolastico e dei ricercatori, nonché del personale in regime di diritto pubblico.

Il presente lavoro, operando un opportuno coordinamento interpretativo fra la norma introdotta *ex novo* e l'ambito operante in *subiecta materia*, si propone di approfondire il contesto di tale ambito legislativo, al fine di comprendere la reale portata della disposizione nel corso della sua evoluzione giuridica.

La lettura sistemica delle disposizioni in esame consente anche di riservare ampio spazio all'analisi critica dei limiti della novella al comma 5-ter dell'art. 35 del D.Lgs. n. 165/2001, introdotta dal decreto-legge n. 44/2023 e poi modificata, alla spendibilità del "titolo" di idoneo ad un pubblico concorso in altra selezione e, infine, al precedente specifico introdotto nel 2017, successivamente abrogato.

## 2. La norma, profili applicativi

La recente novella<sup>1</sup> all'art. 35 del D.Lgs. n. 165/2001, relativo alle modalità di reclutamento del personale all'interno della pubblica amministrazione, ha previsto la sostituzione di due periodi del comma 5-ter<sup>2</sup>.

Nel corso dei lavori di conversione del decreto-legge 22 giugno 2023, n. 75<sup>3</sup> - recante disposizioni urgenti in materia di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, di agricoltura, di sport, di lavoro e per l'organizzazione del Giubileo della Chiesa cattolica per l'anno 2025 - è stata varata la seguente modifica al quarto e quinto periodo: *«Nei concorsi pubblici, a esclusione di quelli banditi per il reclutamento del personale sanitario e socio-sanitario, educativo e scolastico, compreso quello impiegato nei servizi educativo-scolastici gestiti direttamente dai comuni e dalle unioni di comuni, e dei ricercatori, nonché del personale di cui all'articolo 3<sup>4</sup>, sono considerati idonei i candidati*

<sup>1</sup>Introdotta dalla Legge n. 112/2023 di conversione, con modificazioni, del decreto-legge n. 75/2023, recante disposizioni urgenti in materia di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, di agricoltura, di sport, di lavoro e per l'organizzazione del Giubileo della Chiesa cattolica per l'anno 2025.

<sup>2</sup> Il testo del c. 5-ter, vigente fino alla data del 16.08.2023, risultava essere il seguente: *«Le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche rimangono vigenti per un termine di due anni dalla data di approvazione. Sono fatti salvi i periodi di vigenza inferiori previsti da leggi regionali. Il principio della parità di condizioni per l'accesso ai pubblici uffici è garantito, mediante specifiche disposizioni del bando, con riferimento al luogo di residenza dei concorrenti, quando tale requisito sia strumentale all'assolvimento di servizi altrimenti non attuabili o almeno non attuabili con identico risultato. Nei concorsi pubblici sono considerati idonei i candidati collocati nella graduatoria finale entro il 20 per cento dei posti successivi all'ultimo di quelli banditi. In caso di rinuncia all'assunzione o di dimissioni del dipendente intervenute entro sei mesi dall'assunzione, l'amministrazione può procedere allo scorrimento della graduatoria nei limiti di cui al quarto periodo».*

<sup>3</sup> Testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, serie generale, n. 144 del 22 giugno 2023.

<sup>4</sup> Il richiamato articolo riguarda il personale in regime di diritto pubblico: *«In deroga all'articolo 2, commi 2 e 3, rimangono disciplinati dai rispettivi ordinamenti: i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e delle Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia nonché i dipendenti degli enti che svolgono la loro attività nelle materie contemplate dall'articolo 1 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 17 luglio 1947, n.691, e dalle leggi 4 giugno 1985, n.281, e successive modificazioni ed integrazioni, e 10 ottobre 1990, n.287. 1-bis. In deroga all'articolo 2, commi 2 e 3, il rapporto di impiego del personale, anche di livello dirigenziale, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, esclusi il personale volontario previsto dal regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 2 novembre 2000, n. 362, e il personale volontario di leva, è disciplinato in regime di diritto*

*collocati nella graduatoria finale dopo l'ultimo candidato vincitore, in numero non superiore al 20 per cento dei posti messi a concorso. In caso di rinuncia all'assunzione, di mancato superamento del periodo di prova o di dimissioni del dipendente intervenute entro sei mesi dall'assunzione, l'amministrazione può procedere allo scorrimento della graduatoria degli idonei non vincitori entro il limite di cui al quarto periodo. La disposizione del quarto periodo non si applica alle procedure concorsuali bandite dalle regioni, dalle province, dagli enti locali o da enti o agenzie da questi controllati o partecipati che prevedano un numero di posti messi a concorso non superiore a venti unità e per i comuni con popolazione inferiore a 3.000 abitanti e per l'effettuazione di assunzioni a tempo determinato. Con decreto del Ministro della pubblica amministrazione, adottato previa intesa in sede di Conferenza unificata ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, possono essere stabilite ulteriori modalità applicative delle disposizioni del presente comma».*

La lettera c) del comma 1 e il successivo comma 2 dell'articolo 28-ter del menzionato decreto-legge - articolo inserito in sede referente - hanno modificato la disciplina sul limite numerico di candidati idonei nelle graduatorie dei concorsi e sullo scorrimento delle stesse.

Appare ultroneo evidenziare che l'idoneità resta, comunque, implicitamente subordinata alla essenziale condizione del conseguimento del punteggio minimo enucleato dal bando.

Le nuove disposizioni recano un chiarimento sulla determinazione della base di calcolo del limite numerico, specificano la decorrenza dell'applicazione dei due limiti<sup>5</sup> e pongono alcune esclusioni dall'ambito dei medesimi.

Si introduce, altresì, il rinvio ad una fonte secondaria per l'eventuale definizione di ulteriori modalità attuative, anche se non risulta chiarita la sfera delle materie oggetto delle possibili determinazioni del decreto ministeriale.

*pubblico secondo autonome disposizioni ordinamentali. 1-ter. In deroga all'articolo 2, commi 2 e 3, il personale della carriera dirigenziale penitenziaria è disciplinato dal rispettivo ordinamento. 2. Il rapporto di impiego dei professori e dei ricercatori universitari, a tempo indeterminato o determinato, resta disciplinato dalle disposizioni rispettivamente vigenti, in attesa della specifica disciplina che la regoli in modo organico ed in conformità ai principi della autonomia universitaria di cui all'articolo 33 della Costituzione ed agli articoli 6 e seguenti della legge 9 maggio 1989, n.168, e successive modificazioni ed integrazioni, tenuto conto dei principi di cui all'articolo 2, comma 1, della legge 23 ottobre 1992, n. 421».*

<sup>5</sup>Limiti introdotti, a far data dal 22 giugno 2023, dalla Legge n. 74/2023, di conversione - con modificazioni - del decreto-legge n. 44/2023. Testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, serie generale, n. 143 del 21 giugno 2023

La norma è in vigore dal 17 agosto 2023, giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Legge 112/2023<sup>6</sup>, di conversione - con modificazioni - del decreto-legge n. 75/2023, così come disposto dall'art. 1, comma 3, della medesima.

La recente disposizione, che pone un tetto al numero degli idonei all'esito delle delle operazioni d'esame, riguarderà solo i bandi pubblicati a decorrere dalla citata data, atteso che l'art. 28-ter della Legge di conversione, al comma 2, è molto chiaro al riguardo: «*Le disposizioni dell'articolo 35, comma 5-ter, quarto e quinto periodo, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, si applicano ai concorsi [...] banditi successivamente alla data di entrata in vigore della legge [...]*».

A mero titolo di esempio, in applicazione del citato comma 5-ter, quarto periodo, dell'art. 35 del T.U.P.I., in un concorso per 25<sup>7</sup> posti, il numero degli idonei non vincitori andrà calcolato nella misura del venti per cento: *id est* 5. Vale a dire che saranno in posizione scorribile i candidati posizionati dal numero 26 al 30.

In caso di rinuncia all'assunzione, di mancato superamento del periodo di prova o di dimissioni del dipendente intervenute entro sei mesi dall'assunzione, l'amministrazione potrà procedere allo scorrimento della graduatoria degli idonei non vincitori entro il limite di cui al quarto periodo.

Detto confine, però, non si applica alle procedure di reclutamento che prevedano un numero di posti messi a concorso inferiore a venti unità promosse da Comuni, Province, Città Metropolitane e Regioni. Così come non è applicabile agli Enti Locali con popolazione inferiore a tremila abitanti e alle selezioni per personale sanitario, socio-sanitario, educativo, scolastico (compreso quello impiegato nei servizi educativo-scolastici gestiti direttamente dai comuni e dalle unioni di comuni), dei ricercatori, nonché del personale in regime di diritto pubblico. Restano escluse dal novero anche le assunzioni a tempo determinato.

Eccezion fatta per le esclusioni dall'ambito rappresentate, la disciplina concerne tutte le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2<sup>8</sup>, del D.Lgs. n. 165/2001 e successive modificazioni.

<sup>6</sup>Testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, serie generale, n. 190 del 16 agosto 2023.

<sup>7</sup>La norma è applicabile solo alle procedure concorsuali che prevedano un numero di posti superiore alle venti unità.

<sup>8</sup>«*Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di*

La norma in esame è legata, essenzialmente, alla data di pubblicazione del bando e, in conseguenza, non riguarda le procedure concorsuali bandite prima del 17 agosto 2023, tutt'ora in essere, le cui graduatorie continueranno ad essere regolate dalla previgente normativa<sup>9</sup>.

Qual è l'iter di formazione di una graduatoria? Stando alle previsioni dell'art. 11, comma 5, del d.P.R. 487/1994<sup>10</sup> «[...] *gli esiti delle prove orali sono pubblicati al termine di ogni sessione giornaliera d'esame. Successivamente all'espletamento delle prove orali, ove previste<sup>11</sup>, la commissione effettua la valutazione dei titoli che si conclude entro trenta giorni dall'ultima sessione [...]. Nei quindici giorni successivi [...], la Commissione elabora la graduatoria finale del concorso e l'amministrazione procedente la pubblica contestualmente, ad ogni effetto legale, nel Portale e nel proprio sito istituzionale*»;

Ai sensi del successivo art. 15, commi 2 e 3, del citato d.P.R.<sup>12</sup>, la graduatoria di merito dei concorrenti viene formalizzata «[...] *secondo l'ordine dei punti della votazione complessiva riportata da ciascun candidato, con l'osservanza, a parità di punti, delle preferenze previste [...]*» e vengono, poi, «*dichiarati vincitori, nei limiti dei posti [...] messi a concorso, i candidati utilmente collocati nelle graduatorie di merito [...]*».

La costruzione della graduatoria costituisce, pertanto, la fase conclusiva del procedimento concorsuale ed è, successivamente, sottoposta all'approvazione del dirigente dell'ufficio che ha bandito il concorso. Si tratta di una procedura di amministrazione attiva, di natura costitutiva, mediante il quale la P.A. «fa proprio l'operato della commissione giudicatrice. Tale funzione di controllo globale sulle operazioni concorsuali comporta che il dirigente, cui spetta l'approvazione della graduatoria, debba essere persona diversa da chi ha eventualmente presieduto la commissione esaminatrice,

*cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI*».

<sup>9</sup> V. *infra*, par. 3.

<sup>10</sup> Come modificato dal Decreto del Presidente della Repubblica n. 82/2023 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, serie generale, n. 150 del 29 giugno 2023), recante modifiche al d.P.R. n. 487/1994, concernente il regolamento sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi. Tale norma risulta in vigore dal 14 luglio 2023.

<sup>11</sup> A tenore del c. 3-bis dell'art. 35-quater del D.Lgs. n. 165/2001 (come novellato dal decreto-legge n. 44/2023, convertito - con modificazioni - dalla Legge n. 74/2023): «*Fino al 31 dicembre 2026, in deroga al comma 1, lettera a), i bandi di concorso per i profili non apicali possono prevedere lo svolgimento della sola prova scritta*». Il citato comma prevede l'espletamento di almeno una prova scritta, anche a contenuto teorico-pratico, e di una prova orale, comprendente l'accertamento della conoscenza di almeno una lingua straniera.

<sup>12</sup> Sul punto appare utile evidenziare che i commi citati non hanno subito alcuna modifica dal Decreto del Presidente della Repubblica n. 82/2023 cui si fa riferimento nella nota precedente.

per l'evidente incompatibilità soggettiva derivante dalla posizione di chi riveste contemporaneamente la posizione di controllore e di controllato»<sup>13</sup>.

È evidente che, nell'ottica di un futuro scorrimento<sup>14</sup> da parte dell'ente che ha indetto la selezione, subordinato in via esclusiva alle fattispecie sopra evidenziate, sarà rilevante la posizione del candidato, soprattutto nella percentuale del 20 dei posti messi a concorso, ove prevista.

### 3. *Segue. Il regime transitorio*

A far data dal 22 giugno 2023, l'acquisto di efficacia della novella legislativa, introdotta all'art. 35 del Testo Unico del Pubblico Impiego, aveva posto dei limiti stringenti alla possibilità di attingere da una graduatoria valida, vincolandola alla sola percentuale del 20% dei candidati che avessero superato tutte le prove concorsuali.

Più in dettaglio la richiamata modifica, relativa alle modalità di reclutamento del personale nella pubblica amministrazione, era relativa ad un periodo aggiunto al comma 5-ter<sup>15</sup>. Nel corso dei lavori di conversione del decreto-legge n. 44/2023<sup>16</sup> era stata inserita, in coda, la seguente disposizione: «*Nei concorsi pubblici sono considerati idonei i candidati collocati nella graduatoria finale entro il 20 per cento dei posti successivi all'ultimo di quelli banditi. In caso di rinuncia all'assunzione o di dimissioni del dipendente intervenute entro sei mesi dall'assunzione, l'amministrazione può procedere allo scorrimento della graduatoria nei limiti di cui al quarto periodo*».

Detta norma, entrata in vigore dal 22 giugno 2023, giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Legge 74/2023<sup>17</sup>, di conversione - con modificazioni - del decreto-legge n. 44/2023, così come disposto dall'art. 1, comma 2.

<sup>13</sup> Il virgolettato è tratto da V. TENORE (a cura di), *Il manuale del pubblico impiego privatizzato*, EPC Editore, Roma, 2020.

<sup>14</sup> Per una puntuale disamina della normativa relativa alla validità delle graduatorie degli Enti Locali si rimanda a: P. IORIO, *Concorsi pubblici, le graduatorie degli Enti Locali conservano una efficacia biennale*, in *Amministrazione in Cammino*, ISSN 2038-3711, pubblicato in data 19 luglio 2023.

<sup>15</sup> Nella previgente versione il c. 5-ter prevedeva che «*Le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche rimangono vigenti per un termine di due anni dalla data di approvazione. Sono fatti salvi i periodi di vigenza inferiori previsti da leggi regionali. Il principio della parità di condizioni per l'accesso ai pubblici uffici è garantito, mediante specifiche disposizioni del bando, con riferimento al luogo di residenza dei concorrenti, quando tale requisito sia strumentale all'assolvimento di servizi altrimenti non attuabili o almeno non attuabili con identico risultato*».

<sup>16</sup> Recante disposizioni urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle amministrazioni pubbliche. Testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, serie generale, n. 95 del 22 aprile 2023.

<sup>17</sup> Testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, serie generale, n. 143 del 21 giugno 2023.

Anche se non chiaramente specificato dalla nuova disciplina, il limite al numero degli idonei riguardava solo le graduatorie approvate a decorrere dalla citata data, atteso che «*il principio d'irretroattività della legge esclude che una norma giuridica possa applicarsi ad atti, fatti, eventi o situazioni verificatesi prima della sua entrata in vigore*»<sup>18</sup>.

Pertanto, nella prospettiva di un successivo attingimento alla graduatoria, si palesava preminente la posizione del candidato nella limitata percentuale del 20 per cento dei posti successivi all'ultimo di quelli banditi.

Sebbene l'aliquota del suddetto limite numerico abbia dato luogo, tra i commentatori, a diverse interpretazioni, non sfuggirà, agli occhi attenti del lettore, il fondamento contenuto al comma 1 dell'art. 12 delle Preleggi al Codice Civile<sup>19</sup>: «*nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*». Da ciò discende che «*le parole non vanno esaminate in completa autonomia, bensì sistematicamente, complessivamente, l'una in forza delle altre*»<sup>20</sup>.

È evidente, per quanto detto, che il valore massimo ai candidati in possesso dei requisiti necessari a svolgere quel determinato ruolo in P.A., vada calcolato sul totale degli aspiranti che hanno preso parte alla prova orale, superandola.

A mero titolo di esempio: se all'esito del concorso per la copertura di 1 posto di istruttore amministrativo - area degli istruttori - bandito da un Ente Locale<sup>21</sup>, venticinque persone avranno superato la prova orale conseguendo almeno il punteggio minimo previsto dalla *lex specialis*, fatta eccezione per il candidato primo classificato che risulterà vincitore del concorso, risulteranno idonei, in posizione scorribile, solo 5 candidati che rappresentano proprio il 20 per cento dei posti successivi all'ultimo di quelli banditi. Ai concorrenti classificati oltre il numero 6 viene riconosciuto il solo merito di aver superato le prove, ma non sono definibili idonei per il successivo utilizzo della graduatoria.

<sup>18</sup> Il virgolettato è tratto da R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993.

<sup>19</sup> Approvato con Regio Decreto n. 262/1942.

<sup>20</sup> Il testo riportato tra le virgolette è estratto da F. CARINGELLA, *L'interpretazione del diritto*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2021.

<sup>21</sup> Con riguardo alle autonomie locali si segnalano, tra gli studi monografici e le raccolte giurisprudenziali di portata generale, senza pretesa di esaustività: F. CARINGELLA, *Manuale ragionato di Diritto Amministrativo*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2019 - F. CARINGELLA e O. TORIELLO, *Argomenti di parte speciale Diritto Amministrativo*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2021 - R. CARPINO, *Testo unico degli Enti locali commentato*, Maggioli Editore, Sant'Arcangelo di Romagna (Rn), 2018 - R. CHIEPPA e R. GIOVAGNOLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 2011 - G. DE MARZIO e R. TOMEI, *Commentario al Testo Unico sugli Enti Locali*, Cedam, Padova, 2002 - L. VANDELLI, *Il Sistema delle Autonomie Locali*, Il Mulino, Bologna, 2021.

La norma in questione continua ad applicarsi a tutte quelle procedure concorsuali bandite tra 22 giugno e il 16 agosto 2023, periodo di vigenza della stessa.

Si riducono le *chanche*, dunque, per i concorrenti alle procedure concorsuali, anche tenuto conto che l'Amministrazione potrà procedere allo scorrimento solo «*in caso di rinuncia all'assunzione o di dimissioni<sup>22</sup> del dipendente intervenute entro sei mesi dall'assunzione [...]»<sup>23</sup>.*

Una sorta di *stand by* che pone in posizione di attesa l'elenco degli idonei, privando l'Ente della possibilità di disporre della graduatorie prima che sia decorso il semestre. La scelta del legislatore era legata, probabilmente, alla consuetudine, che si va sempre più diffondendo ad opera di giovani e ambiziosi dipendenti, di dimettersi volontariamente dal servizio poco dopo l'assunzione in servizio, per la contemporanea vincita di più concorsi o lo scorrimento parallelo in altra Amministrazione dello Stato, in una categoria più elevata o, sovente, in una località più vicina alla propria residenza.

La possibilità di cedere la graduatoria ad altri enti rimane, però, immutata per quanto si dirà *infra* al paragrafo n. 6.

Certo il congelamento di un semestre per le graduatorie di che trattasi, impatta con la previsione di limiti temporali di efficacia delle graduatorie che, in ritenuta applicazione dell'art 35, comma 5-ter<sup>24</sup>, del D.Lgs. n. 165/2001 «*rimangono vigenti per un termine di due anni dalla data di approvazione. Sono fatti salvi i periodi di vigenza inferiori previsti da leggi regionali [...]»*. Questa novella legislativa introdotta dall'art. 1, comma 149, della Legge n. 160/2019 ha abbandonato la struttura formale della disciplina di mera proroga a carattere contingente e si caratterizza per aver definitivamente confermato che la vigenza delle graduatorie, ora determinata in un biennio<sup>25</sup> decorrente dalla data di pubblicazione, è un istituto ordinario delle procedure di reclutamento del personale pubblico, disciplinato da una fonte di rango legislativo e non più dal solo regolamento generale dei concorsi cui al d.P.R. n. 487/1994<sup>26</sup>. Il segmento operativo di una graduatoria,

<sup>22</sup> Per un approfondimento sul punto si rimanda a: P. IORIO, *Enti Locali, le dimissioni dal servizio a seguito di assunzione in altra Amministrazione e la dibattuta applicazione della indennità di mancato preavviso*, in *Il Diritto Amministrativo*, ISSN 2039-6937, anno XV, pubblicato in data 17.01.2023.

<sup>23</sup> Secondo quanto stabilito dall'ultimo periodo del c. 5-ter dell'art. 35 del D.Lgs. n. 165/2001, come novellato dal decreto-legge 44/2023, convertito - con modificazioni - dalla Legge n. 74/2023.

<sup>24</sup> Come modificato dall'art. 1, c. 149, della Legge n. 160/2019.

<sup>25</sup> In argomento si rimanda alla nota n. 14.

<sup>26</sup> Sulla portata di tale norma preme evidenziare che l'art. 15, cc. 6 e 7, del d.P.R. n. 487/1994 - così come modificato dal Decreto del Presidente della Repubblica n. 82/2023 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, serie generale, n. 150 del 29 giugno 2023), in vigore dal 14 luglio 2023 - dispone che le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale, ivi incluse quelle dei concorsi delle regioni e degli enti locali, rimangono vigenti per un termine di due anni dalla data di appro-

quindi, può dirsi potenzialmente vicino ai diciotto mesi<sup>27</sup> tempo in cui i candidati idonei avranno la possibilità di entrare nei ruoli della Pubblica Amministrazione.

La norma in commento era finalizzata, secondo l'ufficio legislativo del Ministero per la Pubblica Amministrazione, «a garantire una migliore qualità del personale assunto, e ciò in considerazione del fatto che i candidati collocati in graduatoria in una posizione rientrante nella quota introdotta corrisponde a quelli che hanno conseguito una valutazione finale più vicina al punteggio conseguito dai vincitori del concorso. Si tratta di una misura che va letta in un'ottica di sistema nel quale gli altri fattori da valutare sono la rapidità delle nuove procedure<sup>28</sup> concorsuali [...], frequenti (il turn over annuale medio è di circa 150.000 unità) e digitalizzate. Si tratta, pertanto, di un complesso di elementi il cui "combinato disposto" non è latore di criticità, bensì costituisce un elemento di crescita qualitativa - oltre che quantitativa - della pubblica amministrazione»<sup>29</sup>.

vazione (fatti salvi i periodi di vigenza inferiori previsti da leggi regionali). Quanto appena detto sopisce definitivamente l'animato dibattito sulla validità triennale delle graduatorie per gli enti locali, ai sensi dell'art. 91, c. 4, del D.Lgs. n. 267/2000 confermando, quindi, il termine di due anni anche per le funzioni locali, sebbene questo fosse già evidente dalla lettura del citato articolo in combinato disposto con l'art. 88 del medesimo Testo Unico, come autorevolmente evidenziato pure dalla giurisprudenza amministrativa e contabile.

<sup>27</sup> In questa considerazione non sono ricomprese le procedure di reclutamento escluse, vale a dire: a) quelle promosse da Regioni, Province ed Enti Locali che prevedano un numero di posti messi a concorso inferiore a venti unità; b) quelle bandite da comuni con popolazione inferiore a tremila abitanti; c) le selezioni per assunzioni a tempo determinato; d) i concorsi per personale sanitario, socio-sanitario, educativo, scolastico e dei ricercatori, nonché del personale in regime di diritto pubblico.

<sup>28</sup> Il rimando è all'art. 11, c. 4, del d.P.R. n. 487/1994, così come modificato dal d.P.R. n. 82/2023, a tenore del quale «le procedure concorsuali si concludono di norma entro 180 giorni dalla data di conclusione delle prove scritte. L'inosservanza di tale termine è giustificata collegialmente dalla commissione esaminatrice con motivata relazione da inoltrare alla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della funzione pubblica o all'amministrazione o ente che ha proceduto all'emanazione del bando di concorso e, per conoscenza, al Dipartimento della funzione pubblica. Le amministrazioni pubblicano sul proprio sito istituzionale il dato relativo alla durata effettiva di ciascun concorso svolto».

<sup>29</sup> Si fa riferimento alla nota cui ai Prott. UGM\_FP-0001187-A e UGM\_FP-0000499-P del 16 giugno 2023 rivolta, dal Capo dell'Ufficio Legislativo del Ministero per la Pubblica Amministrazione (Dott. Francesco Radicetti) al Capo di Gabinetto del Ministro per la P.A. (Avv. Pio Giovanni Marrone) e, per conoscenza, al Capo di Gabinetto del Ministro della salute (Prof. Arnaldo Morace Pinelli).

#### 4. *Segue. La dubbia esclusione di applicabilità ai concorsi del comparto Sanità e Ricerca*

La versione previgente della norma ha dato vita ad alcuni dubbi interpretativi circa la sua inapplicabilità ad alcune fattispecie di concorsi non espressamente riportati nella disposizione, esclusioni che oggi sono chiaramente indicate nella novella legislativa.

Sul punto appare dirimente richiamare una nota<sup>30</sup> del 16 giugno 2023, firmata dal Capo dell'Ufficio Legislativo<sup>31</sup> del Ministero per la Pubblica Amministrazione e indirizzata al Capo di Gabinetto<sup>32</sup> del Ministro per la PA (inoltrata, per conoscenza, anche al Capo di Gabinetto<sup>33</sup> del Ministro della Salute), nella quale è stato evidenziato che «[...] *la misura in argomento, benché di portata generale, non è applicabile ai reclutamenti disciplinati da misure particolari, quali quelli relativi al personale sanitario, scolastico, universitario, della ricerca dell'Istituto superiore di sanità, come pure – anche se non espressamente indicati – sono da ritenere indubbiamente esclusi dal suo ambito di applicazione anche i reclutamenti del personale in regime pubblicitario. Si è dunque dell'avviso che la misura, [...], non si estenda ai concorsi delle aziende e degli enti del Servizio sanitario nazionale, nonché del personale della ricerca dell'Istituto superiore di sanità*».

Dal tenore di quanto appena detto si addivene alla potenziale conclusione che la previgente novella all'art. 3-bis dell'art. 35 del D.Lgs. n. 165/2001 non avesse portata generale.

Trattandosi di un mero parere, tuttavia, la citata nota non ha prodotto alcun tipo di effetto nella fase applicativa.

Avendo visto luce in funzione della debolezza della base legale non è stata caratterizzata da alcun valore normativo. Per tal motivo, non integrando disposizioni, tale corrispondenza istituzionale è definibile *stricto sensu* come atto endoprocedimentale, mero chiarimento a quesiti legati alla interpretazione delle disposizioni, peraltro in una fase ove il decreto-legge era ancora in fase di conversione.

Detto altrimenti, è come se fosse stata attiva solo una atipica fase “di cognizione” della misura, senza poter - in qualche misura - far riferimento alla “produzione” intesa proprio quale insieme degli atti e dei fatti riconosciuti dal nostro ordinamento come idonei a produrre, modificare o estinguere norme.

<sup>30</sup> Cui ai protocolli nn. UGM\_FP-0001187-A e UGM\_FP-0000499-P del 16 giugno 2023.

<sup>31</sup> Dott. Francesco Radicetti.

<sup>32</sup> Avv. Pio Giovanni Marrone.

<sup>33</sup> Prof. Arnaldo Morace Pinelli.

Vieppù, essendo venuta meno l'ulteriore forma ufficiale conoscibilità, si è riscontrata anche l'assenza di una fase di pubblicità ulteriore, come ad esempio quella del portale istituzionale dell'Amministrazione.

Invero, sino a che il contenuto delle note è omogeneo rispetto alla norma non emergono grossi problemi. Al contrario, invece, nei casi in cui chiarimenti successivi alla pubblicazione della misura finiscono per condizionare (o, peggio, modificare) il contenuto sostanziale della stessa, sorge il problema della certezza del diritto quale individuazione delle conseguenze giuridiche che seguono atti o fatti posti in essere.

Essendo l'esplicito riferimento ad una semplice nota è, quindi, da escludere che tale risposta possa essere assimilata a una fonte del diritto, né primaria, né secondaria. Neppure può essere considerata affine alle circolari, dal momento che non costituiscono un obbligo interno per gli organi amministrativi. In difetto dei necessari presupposti legali, essa non può costituire neppure atto di interpretazione autentica<sup>34</sup>.

Per quanto non vincolante, la nota in parola, contribuisce senz'altro a fornire un'utile indicazione di carattere applicativo in ordine alla *ratio* sottesa alla norma nel suo periodo di vigenza con l'obiettivo primario quello di orientare i comportamenti degli interessati affidando alla loro responsabilità la messa in campo delle azioni ritenute più opportune per tutelare i propri interessi. Per tali ragioni, quindi, non può essere considerata *tamquam non essent*. Anche in considerazione della nuova formulazione della norma che esclude dall'ambito di applicazione le selezioni per personale sanitario, socio-sanitario, educativo, scolastico, dei ricercatori, nonché del personale in regime di diritto pubblico.

### 5. Corsi e ricorsi storici: il precedente introdotto nel 2017, poi abrogato

La norma sul tetto agli idonei non è nuova all'ordinamento giuridico italiano. Il precedente specifico si rinviene nel D.Lgs. 75/2017<sup>35</sup>, recante «Modifiche e integrazioni al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi degli articoli 16, commi 1, lettera a), e 2, lettere b), c), d) ed e) e 17, comma 1, lettere a), c), e), f), g), h), l) m), n), o), q), r), s) e z), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche».

<sup>34</sup>In base ai principi affermati dalla Corte Costituzionale sono interpretative «quelle norme obiettivamente dirette a chiarire il senso di norme preesistenti ovvero a escludere o a enucleare uno dei sensi fra quelli ragionevolmente ascrivibili alla norma interpretata; i caratteri dell'interpretazione autentica, quindi, sono desumibili da un rapporto fra norme tale che il sopravvenire della norma interpretante non fa venir meno la norma interpretata, ma l'una e l'altra si saldano fra loro dando luogo a un precetto normativo unitario». (cfr., *ex multis*, sentenze n. 132/2008, n. 311/1995, n. 94/1995, n. 397/1994, n. 424/1993 e n. 455/1992).

<sup>35</sup>Testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, serie generale, n. 130 del 07 giugno 2017.

L'art. 6, comma 1, lettera a), di detto decreto - entrato in vigore il 22 giugno 2017 - aggiunse al comma 3, dell'art. 35 del D.Lgs. n. 165/2001, la lettera e-bis), secondo cui era «*facoltà, per ciascuna amministrazione, di limitare nel bando il numero degli eventuali idonei in misura non superiore al venti per cento dei posti messi a concorso, con arrotondamento all'unità superiore, fermo restando quanto previsto dall'articolo 400, comma 15, del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 e dal decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 59*».

In punto di formazione delle graduatorie, quindi, dando corso agli adempimenti di legge, occorre dar conto della recente novità legislativa, relativa alla facoltà di prevedere, nel bando, un numero degli eventuali idonei, in misura non superiore al venti per cento dei posti messi a concorso, con arrotondamento all'unità superiore.

La disposizione, secondo la Direttiva n. 3 del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione Marianna Madia, emanata il 24 aprile 2018, era tesa ad assicurare «una selezione dei candidati più rigorosa e più coerente con il principio di buon andamento ed è volta a scongiurare il formarsi di graduatorie eccessivamente lunghe, formate da idonei che difficilmente potranno essere chiamati nel periodo di vigenza della graduatoria medesima e che possono bloccare la possibilità per le amministrazioni di svolgere nuovi concorsi, anche a distanza di anni, in caso di proroghe delle graduatorie»<sup>36</sup>.

Proprio questo precedente ha dato vita ad un animato dibattito sulla modalità di calcolo del 20% previsto dalla norma previgente, atteso che molti commentatori la correlavano ai posti messi a concorsi (com'era un tempo e come risulta dalle disposizioni oggi vigenti) e non al numero dei candidati che avessero superato la prova orale (previsione che continuerà ad applicarsi a tutte quelle procedure concorsuali bandite tra il 22 giugno e il 16 agosto 2023).

Del resto la norma del 2017 non imponeva un tetto massimo del 20%, ma si limitava a prevedere una mera facoltà, in capo alle amministrazioni, di definire un numero di idonei in misura non superiore alla data percentuale.

Come prevedibile, tale facoltà veniva spesso disattesa, perché troppo restrittiva, con la conseguenza di produrre risultati prossimi allo zero. Tant'è che, l'art. 1, comma 364, della Legge 145/2018<sup>37</sup> ne ha disposto l'abrogazione a decorrere dal 1 gennaio 2019, «fermo restando quanto

<sup>36</sup> *Rif.* parte II, punto 8. La direttiva, concernente Linee guida sulle procedure concorsuali, è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale, serie generale, n. 134 del 12 giugno 2018.

<sup>37</sup> Testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, serie generale, n. 302 del 31 dicembre 2018 - supplemento ordinario n. 62.

previsto dall'articolo 400, comma 15<sup>38</sup>, del testo unico di cui al Decreto Legislativo 16 aprile 1994, n. 297, e dal Decreto Legislativo 13 aprile 2017, n. 59»<sup>39</sup>.

La norma in esame, ove applicata, avrebbe consentito la possibilità di registrare un solo candidato idoneo ogni 5 posti messi a concorso, con enormi difficoltà da parte degli Enti di piccole dimensioni di prevedere in pianta organica assunzioni così ampie, idonee ad assicurare il turn-over.

Dal 17 agosto 2023 tale formulazione è ritornata vigente con la recentissima novella<sup>40</sup> all'art. 35 del D.lgs. n. 165/2001 a tenore della quale «*nei concorsi pubblici [...] sono considerati idonei i candidati collocati nella graduatoria finale dopo l'ultimo candidato vincitore, in numero non superiore al 20 per cento dei posti messi a concorso [...]*».

In questo caso, però, non si tratta più di una mera facoltà in capo alle amministrazioni, ma di uno specifico obbligo di legge.

## **6. L'utilizzo delle graduatorie da parte di altre amministrazioni, il combinato disposto**

Al fine di ricostruire correttamente la disciplina del caso concreto, risulta determinante, in primo luogo, l'individuazione del momento genetico delle norme relative allo scorrimento<sup>41</sup> delle graduatorie di cui si discute, nel tempo caratterizzate da diverse stratificazioni che spesso le vedono sovrapporsi e intersecarsi tra loro.

Per una puntuale ricognizione delle disposizioni che disciplinano l'istituto della utilizzazione delle graduatorie concorsuali, è necessario partire dall'archetipo normativo contenuto nel d.P.R. n. 3/1957, testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato.

<sup>38</sup> «*La graduatoria di merito è compilata sulla base della somma dei punteggi riportati nella prova o nelle prove scritte, grafiche o pratiche, nella prova orale e nella valutazione dei titoli. La predetta graduatoria è composta da un numero di soggetti pari, al massimo, ai posti messi a concorso, maggiorati del 10 per cento.*».

<sup>39</sup> Recante il «Riordino, adeguamento e semplificazione del sistema di formazione iniziale e di accesso nei ruoli di docente nella scuola secondaria per renderlo funzionale alla valorizzazione sociale e culturale della professione, a norma dell'art. 1, commi 180 e 181, lettera b), della Legge 13 luglio 2015, n. 107».

<sup>40</sup> Introdotta dalla Legge n. 112/2023 di conversione, con modificazioni, del decreto-legge n. 75/2023, recante disposizioni urgenti in materia di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, di agricoltura, di sport, di lavoro e per l'organizzazione del Giubileo della Chiesa cattolica per l'anno 2025.

<sup>41</sup> Per una accurata ricognizione normativa e della casistica giurisprudenziale sul tema cfr. P. IORIO, *Lo scorrimento delle graduatorie quale eccezionale all'indizione di nuovi concorsi pubblici. Norme afferenti e interpretazione del c.d. diritto vivente*, in *Osservatorio sulle fonti*, ISSN 2038-5633, n. 1/2022.

L'art. 8 prevede, infatti, la facoltà per l'amministrazione di «*conferire, oltre i posti messi a concorso, anche quelli che risultino disponibili alla data di approvazione della graduatoria [...]»*. Questo disegno normativo tipicizza l'ambito oggettivo di operatività dell'istituto, riferito alle sole ipotesi della disponibilità di posti alla data di approvazione della graduatoria o, come si precisa al comma terzo, in caso di *scoperture* generate da rinuncia, decadenza o dimissioni dei vincitori. In questo caso «*l'amministrazione ha facoltà di procedere (...) ad altrettante nomine secondo l'ordine della graduatoria stessa*».

È poi la Legge n. 3/2003<sup>42</sup> ad ampliare il perimetro oggettivo di applicazione dell'istituto dello scorrimento, estendendo la possibilità di utilizzo anche delle graduatorie approvate da enti diversi da quelli che hanno espletato il concorso.

A termini dell'art. 9, comma 1, della legge in commento «*[...] in materia di programmazione delle assunzioni, con regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, comma 2, della Legge n. 400/1988 su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono stabiliti le modalità e i criteri con i quali le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, e gli enti pubblici non economici possono ricoprire i posti disponibili, nei limiti della propria dotazione organica, utilizzando gli idonei delle graduatorie di pubblici concorsi approvate da altre amministrazioni del medesimo comparto di contrattazione*».

L'art. 3, comma 61, della Legge n. 350/2003 chiarisce, poi, che «*[...] in attesa dell'emanazione del regolamento di cui all'articolo 9 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, le amministrazioni pubbliche ivi contemplate [...] possono effettuare assunzioni anche utilizzando le graduatorie di pubblici concorsi approvate da altre amministrazioni, previo accordo tra le amministrazioni interessate*».

La evocata possibilità è stata confermata, negli anni successivi, anche dall'art. 14, comma 4-bis, del decreto-legge n. 95/2012<sup>43</sup>: «*[...] le amministrazioni pubbliche [...] che non dispongono di graduatorie in corso di validità, possono effettuare assunzioni con le modalità previste dall'art. 3, comma 61, della Legge n. 350/2003, anche con riferimento ai vincitori di concorso presso altre amministrazioni [...]»*.

<sup>42</sup> Recante «*Disposizioni ordinamentali in materia di pubblica amministrazione*».

<sup>43</sup> Convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 135/2012.

L'art. 1, comma 10-octies, del Decreto-Legge n. 162/2019<sup>44</sup> stabilisce, altresì, che *«a decorrere dal 1° marzo 2020, le amministrazioni pubblicano i bandi di mobilità [...] nel portale internet del Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri. A tale fine, con decreto del Ministro per la pubblica amministrazione, previa intesa in sede di Conferenza unificata [...], sono disciplinate le modalità di pubblicazione nel portale, [...], degli avvisi di mobilità adottati dalle pubbliche amministrazioni, dei bandi di concorso per l'accesso al pubblico impiego, delle relative graduatorie di merito e delle graduatorie degli idonei non vincitori ai quali le amministrazioni possono attingere, ai sensi dell'articolo 3, comma 61, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, nei limiti di validità delle graduatorie medesime [...]»*.

Un importante riferimento si individua, infine, nell'art. 17, comma 1-bis, del richiamato Decreto-Legge, a tenore del quale *«per l'attuazione del piano triennale dei fabbisogni di personale di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, gli enti locali possono procedere allo scorrimento delle graduatorie ancora valide per la copertura dei posti previsti nel medesimo piano, anche in deroga a quanto stabilito dal comma 4<sup>45</sup> dell'articolo 91 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267»*.

È evidente, per quanto appena detto, che il disposto normativo consente agli enti locali di disapplicare la disposizione dell'art. 91, comma 4, del D.Lgs. n. 267/2000, con la possibilità di utilizzare le graduatorie anche per la copertura dei *«posti istituiti o trasformati successivamente all'indizione del concorso»*.

Cosa emerge dal combinato disposto di queste norme con la novella apportata all'art. 35<sup>46</sup> del D.Lgs. n. 165/2001?

La scelta interpretativa che si intende proporre vede le graduatorie in corso di validità, approvate fino alla data del 21 giugno 2023, come scorribili nella loro interezza.

Questa tesi si fonda sull'assunto dettato dal principio cardine della logica temporale *“tempus regit actum”*, secondo il quale l'approvazione della graduatoria finale del concorso viene ad essere governata dalle norme vigenti nel momento in cui l'atto viene posto in essere e pubblicato (fatte salve spe-

<sup>44</sup> Convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 8/2020.

<sup>45</sup> *«Per gli enti locali le graduatorie concorsuali rimangono efficaci per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione per l'eventuale copertura dei posti che si venissero a rendere successivamente vacanti e disponibili, fatta eccezione per i posti istituiti o trasformati successivamente all'indizione del concorso medesimo»*.

<sup>46</sup> Il riferimento è alla sostituzione, nel corso dei lavori di conversione del decreto-legge n. 75/2023, del quarto e quinto periodo del c. 5-ter dell'art. 35 del D.Lgs. n. 165/2001.

cifiche previsioni di legge relative all'applicazione) data dalla quale decorre anche il termine per le eventuali impugnative.

L'art. 11 delle preleggi al Codice Civile<sup>47</sup> è molto chiaro al riguardo: «La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo [...]». Lo *jus superveniens*, pertanto, non è in grado di condizionare le norme vigenti al momento del varo dell'elenco definitivo.

A chiarirlo è pure una nota<sup>48</sup> dell'ufficio legislativo del Ministero per la Pubblica Amministrazione, «[...] la misura [...] è destinata a dispiegare i propri effetti solo con riguardo alle graduatorie dei concorsi che saranno banditi dopo l'entrata in vigore della legge di conversione del citato decreto-legge n. 44/2023<sup>49</sup> [...]».

Anche la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di esprimersi sul tema, precisando che «[...] *in tema di pubblici concorsi le disposizioni normative sopravvenute [...], non trovano applicazione alle procedure in itinere alla data della loro entrata in vigore, in quanto il principio "tempus regit actum" attiene alle sequenze procedimentali composte di atti dotati di propria autonomia funzionale, e non anche ad attività (quale è quella di espletamento di un concorso) interamente disciplinate dalle norme vigenti al momento in cui essa ha inizio*»<sup>50</sup>. Non soltanto. È stato anche enunciato il principio per cui «[...] *le suddette procedure restano soggette alla disciplina vigente al momento della loro indizione, e pertanto sono insensibili alla normativa sopravvenuta a meno che questa non preveda espressamente una propria efficacia retroattiva*»<sup>51</sup>.

Da tale considerazione discende che tutti i candidati presenti nella graduatoria finale risulteranno idonei, in posizione scorribile, fino alla validità biennale della graduatoria.

I termini della questione poggiano proprio sullo status di *idoneo* maturato in precedenza<sup>52</sup>, oggi circoscritto ai soli candidati nel novero del 20 per cento<sup>53</sup> dei posti messi a concorso, con la conseguenza, come detto *infra*, che

<sup>47</sup> Approvato con Regio Decreto n. 262/1942.

<sup>48</sup> V., *retro*, nota n. 29.

<sup>49</sup> Le norme cui si fa riferimento sono entrate in vigore il 22 giugno 2023, giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Legge 74/2023, di conversione - con modificazioni - del decreto-legge n. 44/2023, così come disposto dall'art. 1, c. 2, della citata Legge.

<sup>50</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 6 luglio 2004, sentenza n. 5018.

<sup>51</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 12 maggio 2011, sentenza n. 2858.

<sup>52</sup> Per le procedure concorsuali bandite dal 22 giugno al 16 agosto 2023 lo status di *idoneo* è limitato ai soli candidati nel novero del 20% dei posti successivi all'ultimo di quelli banditi.

<sup>53</sup> Restano escluse dall'ambito di applicazione di detti limiti le procedure di reclutamento che prevedano un numero di posti messi a concorso inferiore a venti unità promosse da comuni, province, città metropolitane e regioni. La norma non è applicabile, altresì, agli enti locali con popolazione inferiore a tremila abitanti e alle selezioni per personale sanitario, socio-sanitario, educativo, scolastico (compreso quello impiegato nei servizi educativo-scolastici gestiti direttamente dai co-

a tutti gli altri concorrenti confluiti nell'elenco finale andrà il solo merito di aver superato la prova orale, condizione peraltro non spendibile nemmeno come "titolo" in successivi concorsi.

Vale la pena ricordare che il combinato disposto tra l'art. 3, comma 61, della Legge n. 350/2003 e l'art. 9 della Legge n. 3/2003 (relativo ad una disposizione di attuazione transitoria che, di fatto, temporanea non è stata, visto il ventennio trascorso) fa riferimento proprio alla possibilità di coprire i posti disponibili «[...] *utilizzando gli idonei delle graduatorie di pubblici concorsi approvate da altre amministrazioni del medesimo comparto di contrattazione*».

Proprio perché gli idonei delle graduatorie in corso di validità conservano questo *status*, in applicazione del principio del *tempus regit actum*, le stesse sono scorribili interamente.

Del resto le due novelle al comma 5-ter dell'art. 35 del D.lgs. n. 165/2001 nulla hanno detto in merito ad una eventuale irretroattività, in piena aderenza a quanto sancito dal brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*: dove la legge volle, parlò; dove non volle, tacque. Essenziale principio che consente di desumere che ciò che non è scritto in una legge, si presume non sia stato voluto dal legislatore.

Anche perché il drastico tetto agli idonei, introdotto solo successivamente alla data in cui gli idonei sostennero gli esami concorsuali, rappresenta una concreta lesione del *favor participationis*.

Da quanto detto, ne discende che per l'eventuale utilizzo di graduatorie, i cui bandi sono stati indetti tra il 22 giugno e il 16 agosto 2023, trova applicazione il limite allo scorrimento entro il 20% degli idonei collocati nell'elenco, a partire dalle posizioni che seguono quelle dei vincitori del concorso. In conseguenza, una eventuale convenzione tra enti finalizzata all'utilizzo della graduatoria, vede quest'ultima utilizzabile fino al limite previsto.

La nuova disposizione che limita gli idonei al 20 per cento dei posti messi a concorso, invece, riguarderà solo i concorsi banditi successivamente al 17 agosto 2023, data di entrata in vigore della legge.

Come evidenziato in precedenza, restano escluse tutte le procedure di reclutamento con un numero di posti a concorso inferiore a venti unità promosse da comuni, province, città metropolitane e regioni. La norma non è applicabile, altresì, agli enti locali con popolazione inferiore a tremila abitanti e alle selezioni per personale sanitario, socio-sanitario, educativo, scolasti-

comuni e dalle unioni di comuni), dei ricercatori, nonché del personale in regime di diritto pubblico. Restano escluse anche le assunzioni a tempo determinato.

co, dei ricercatori, nonchè del personale in regime di diritto pubblico. Non sono ricomprese nel novero le assunzioni a tempo determinato.

Per quanto detto, le graduatorie degli Enti Locali con pochi posti messi a concorso o bandite da enti con popolazione esigua, sono scorribili nella loro interezza.

### **7. *Segue.* La dibattuta questione dell'omogeneità della posizione richiesta**

Con riguardo alla sostanziale corrispondenza<sup>54</sup> tra il profilo del posto da ricoprire e quello cui si riferisce la graduatoria è interessante, *in limine*, richiamare una recente pronuncia del Consiglio di Stato a mente della quale «[...] *la regola dello scorrimento [...] presuppone che vi sia identità di posti messi a concorso tra la prima e la seconda procedura, salve regole speciali come per esempio quella dell'art. 13<sup>55</sup> d.P.R. 20 dicembre 1979 n. 761, che attribuisce all'amministrazione il potere di utilizzare le graduatorie già approvate per la copertura di altro posto di primario diverso da quello messo a concorso [...]»<sup>56</sup>.*

Sul punto i giudici amministrativi della quinta sezione del Tar Campania hanno poi evidenziato che «[...] ai fini dell'applicazione del criterio dell'equivalenza non può fondatamente farsi ricorso al criterio dell'identità perfetta e assoluta tra le due professionalità in comparazione tra di loro [...] tra gli aspetti da considerare assume particolare rilevanza il contenuto specifico della figura professionale per la quale è indetto il nuovo concorso. A questo riguardo, l'identità dei profili non può essere desunta semplicemente sulla scorta della mera equivalenza dell'inquadramento e della posizione economica attribuita, ben potendo accadere che mansioni, pure ricadenti all'interno della stessa area e categoria, richiedano per il loro svolgimento

<sup>54</sup>In argomento cfr. P. IORIO, *La vexata quaestio della compatibilità dei profili part-time per le assunzioni a tempo pieno attraverso l'attingimento da graduatorie*, in *Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli Enti pubblici*, ISSN 0393-5604, pubblicato in data 30 dicembre 2022.

<sup>55</sup>«I candidati vincitori del concorso sono assegnati alla unità sanitarie locali, secondo l'ordine della graduatoria, in base alle preferenze da essi espresse in relazione ai posti disponibili messi a concorso. La destinazione di servizio nell'ambito della unità sanitaria locale è effettuata dal comitato di gestione, avuto riguardo alle esigenze funzionali dei presidi, servizi e uffici e alle preferenze espresse dagli interessati secondo l'ordine di graduatoria. L'unità sanitaria locale, in caso di rinuncia o decadenza dei vincitori, ha facoltà di procedere, entro un anno dall'approvazione dell'ultima graduatoria, ad altrettante assunzioni in servizio dei candidati idonei che non siano già stati dichiarati vincitori del concorso ed assegnati ad altra unità sanitaria locale, secondo l'ordine della graduatoria stessa. Entro tale termine ha inoltre la facoltà di procedere all'assunzione dei candidati idonei, per la copertura dei posti che successivamente al bando si siano resi vacanti, esclusi quelli di nuova istituzione. L'ultima graduatoria deve essere utilizzata, anche dopo un anno dalla sua approvazione, per il conferimento, secondo l'ordine della stessa, di incarichi per la copertura di posti vacanti o disponibili per assenza o impedimento del titolare, qualora non sia stato possibile ricoprire i posti stessi, entro tre mesi dalla vacanza o dalla disponibilità, mediante trasferimento interno o comando».

<sup>56</sup>Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 21 ottobre 2021, sentenza 7089.

competenze non equivalenti. Un utile elemento di valutazione consiste quindi nel porre a confronto le rispettive procedure concorsuali, con speciale riguardo alle prove di esame e ai requisiti di partecipazione, desumendosi dall'eventuale loro identità, come nella specie acclarato, un indice chiaramente ed univocamente deponente per l'equivalenza delle posizioni professionali poste a concorso [...]»<sup>57</sup>.

Parrebbe evidente che la comparazione tra due o più figure professionali andrebbe effettuata avuto riguardo solo ed esclusivamente all'area di inquadramento entro cui ascrivere le mansioni che il prestatore è tenuto a svolgere nell'esercizio della propria attività lavorativa. A questo riguardo, sarebbero dirimenti le previsioni del CCNL, a cui i bandi di concorso fanno espresso riferimento. Il sistema di classificazione del personale è articolato in categorie professionali cui corrispondono insiemi affini di competenze, conoscenze e capacità necessarie per l'espletamento di una gamma di attività lavorative, descritte, secondo il diverso grado di autonomia e di responsabilità, attraverso apposite declaratorie.

Ai sensi dell'art. 52<sup>58</sup> del D.Lgs. n. 165/2001, all'interno di ciascuna categoria e area tutte le mansioni sono esigibili in quanto professionalmente equivalenti fatte salve quelle per il cui esercizio siano previste specifiche abilitazioni professionali e previa, quando occorra, apposita formazione professionale.

I giudici del Tar Sardegna hanno poi rilevato che «[...] l'idoneità, per essere rilevante ed utilizzabile, deve necessariamente avere come riferimento un concorso avente contenuto "analogo"; con creazione di posizioni "appropriate" e specifiche. L'Amministrazione, con lo "strumento semplificato" acquisisce personale qualificato per le specifiche mansioni indicate nel bando, da svolgere concretamente. Non va dimenticato, infatti, che la selezione pubblica per titoli ed esami viene svolta con l'espletamento di specifiche prove, articolate e caratterizzate per settori di conoscenza, raccordate al posto da ricoprire. Con individuazione del candidato maggiormente competente nello specifico settore oggetto del bando [...]»<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Cfr. TAR Campania, sez. V, 5 marzo 2020, sentenza n. 1030.

<sup>58</sup> «Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto delle procedure selettive di cui all'articolo 35, comma 1, lettera a). L'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione».

<sup>59</sup> Cfr. TAR Sardegna, sez. I, 22 dicembre 2017, sentenza n. 806.

Proprio in relazione all'espletamento del concorso cui si riferisce la graduatoria non va sottaciuto che «[...] la norma nazionale non prevede, ai fini dell'utilizzabilità della graduatoria ancora valida, l'identità delle prove di esame [...]»<sup>60</sup>.

Per l'effetto, «[...] come rilevato da costante giurisprudenza, il presupposto imprescindibile per lo scorrimento di una graduatoria concorsuale è che vi sia sostanziale equivalenza tra la professionalità richiesta per il posto da coprire e la qualificazione degli idonei collocati nella graduatoria da cui s'intende attingere il lavoratore [...]. Il requisito dell'equivalenza è richiesto affinché sia soddisfatto l'interesse pubblico alla selezione di una figura professionale adeguata alle specifiche esigenze organizzative dell'ente, perciò esso va verificato [...] in base alle specifiche mansioni per cui era stato indetto il concorso che ha condotto all'approvazione della graduatoria e alle quali verrà destinato il lavoratore nell'ente che di tale graduatoria si avvale [...]»<sup>61</sup>.

Ulteriori argomentazioni si individuano anche in una pronuncia della Corte dei Conti. I magistrati contabili della sezione regionale di controllo per l'Umbria hanno evidenziato che «[...] il riferimento alla salvaguardia del principio di "concorsualità" ed alle correlate regole di dettaglio (parità dei concorrenti, predeterminazione dei posti e delle regole di attribuzione, ecc.), hanno portato al consolidarsi di un (ovvio) orientamento generale, condiviso da tutti, secondo cui la graduatoria dalla quale attingere deve riguardare posizioni lavorative omogenee a quelle per le quali viene utilizzata. Tanto è pacificamente ammesso con riferimento al "profilo ed alla categoria professionale del posto che si intende coprire", che devono essere del tutto corrispondenti a quelli dei posti per i quali è stato bandito il concorso la cui graduatoria si intende utilizzare [...]»<sup>62</sup>.

Sempre secondo i giudici contabili «[...] la medesima omogeneità, però, deve sussistere, [...], anche per ogni altro elemento che connota e caratterizza profondamente i posti in comparazione (quello da coprire e quelli messi a concorso), come il regime giuridico dei posti stessi, e che perciò hanno riflessi anche sulla partecipazione dei candidati e, quindi, sul numero dei concorrenti [...]. Da questo punto di vista, è innegabile che il regime a tempo pieno [...] è alquanto diverso dal regime part-time [...] Trattasi di differenza che ha una sua sicura incidenza anche sulla potenziale partecipazione al concorso [...], non potendosi aprioristicamente escludere un maggior numero di candidati in presenza di una copertura anche part-time dei posti

<sup>60</sup> Cfr. TAR Puglia, sez. III - Lecce, 29 ottobre 2019, sentenza n. 1647.

<sup>61</sup> Cfr. TAR Calabria, sez. II, 18 marzo 2021, sentenza n. 594.

<sup>62</sup> Cfr. Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per l'Umbria, 11 settembre 2013, deliberazione n. 124/2013/PAR.

banditi, e rappresenta perciò un ostacolo alla corretta applicazione dell'art. 9, comma 1, della Legge n. 3/2003, come integrato dall'art. 3, comma 61, della Legge n. 350/2003, in relazione alle disposizioni dell'art. 97, comma 3, della Carta Costituzionale [...]»<sup>63</sup>.

In tema omogeneità del regime orario è - in senso opposto - di particolare rilevanza il richiamo ad una pronuncia della prima sezione del TAR Campania nella parte in cui si rileva che «[...] non può ritenersi violato [...] il principio di equivalenza delle posizioni professionali, espressione diretta [...] dei canoni generali di buon andamento, ragionevolezza ed efficacia dell'azione amministrativa, atteso che lo specifico aspetto della modalità oraria di esecuzione della prestazione lavorativa, e cioè l'essere la stessa resa in regime di tempo pieno ovvero di tempo parziale, in presenza, quanto al resto, di un'identità assoluta di contenuti qualificanti la posizione [...], non può assumere alcuna significativa valenza discrezionale, rilevando essa solo sul piano puramente "quantitativo" afferente la diversa articolazione temporale della prestazione lavorativa ed essendo, come tale, inidonea a diversificare, sul piano qualitativo, la posizione [...] a tempo pieno da quella a tempo parziale [...]»<sup>64</sup>.

Già il TAR Liguria aveva fatto luce su taluni altri aspetti: «[...] le nozioni di profilo e categoria attengono al sistema di classificazione del personale e sono dettate dal contratto collettivo nazionale di lavoro attraverso la declaratoria dei requisiti professionali necessari per lo svolgimento delle mansioni pertinenti a ciascuna categoria e del contenuto professionale delle attribuzioni proprie dei singoli profili. L'articolazione dell'orario di lavoro non è ovviamente riconducibile alle nozioni di categoria e di profilo professionale, sicché le differenziazioni al riguardo non incidono sui requisiti di ammissione alla procedura selettiva [...]»<sup>65</sup>.

Sul punto, recentemente, è tornato TAR Campania. I giudici della terza sezione, in un giudizio che vedeva escluso dalla partecipazione ad una manifestazione di interesse per idonei a concorsi pubblici per un posto full time un candidato che proveniva da una graduatoria a tempo parziale per 18 ore, hanno chiarito che «[...] la preordinata clausola escludente dell'avviso pubblico di selezione, non trova [...] riscontro in alcuna disposizione di legge; né appare sorretta da ragioni di interesse pubblico, ponendosi piuttosto in contrasto con il principio del favor participationis nelle procedure selettive pubbliche. Invero, non è dato individuare una ragionevole differenza qualitativa e/o di profilo professionale dei candidati che, al fine del superamento

<sup>63</sup> *Ibidem*

<sup>64</sup> Cfr. TAR Campania, sez. I - Salerno, 15 marzo 2021, sentenza n. 680.

<sup>65</sup> Cfr. TAR Liguria, sez. I, 27 maggio 2020, sentenza n. 326.

dei rispettivi concorsi (tempo pieno/tempo parziale), devono possedere identici requisiti e superare prove idoneative di pari livello. Il restringimento della platea dei partecipanti si pone in contrasto con i principi di buon andamento, ragionevolezza ed efficacia dell'azione amministrativa, atteso che lo specifico aspetto della modalità oraria di esecuzione della prestazione lavorativa, e cioè l'essere la stessa resa in regime di tempo pieno ovvero di tempo parziale, in presenza di un'identità assoluta di contenuti qualificanti la posizione [...] non può fondare alcuna ragionevole differenziazione, rilevando solo sul piano puramente "quantitativo" afferente la diversa articolazione temporale della prestazione lavorativa. Non si ravvisa pertanto alcuna positiva ragione di differenziazione nelle posizioni lavorative a tempo pieno da quella a tempo parziale. In tali termini il Collegio si pone in consapevole contrasto [...] con la pronuncia della Corte dei conti sezione controllo, dell'Umbria di cui alla deliberazione n. 124/2013 la quale, ha sottolineato che, nell'utilizzo delle graduatorie dalle quali attingere, deve essere rispettato il criterio della omogeneità con riferimento non solo al profilo e alla categoria professionale del posto che si intende coprire, che devono essere del tutto corrispondenti a quelli dei posti per i quali è stato bandito il concorso la cui graduatoria si intende utilizzare, ma anche con riferimento ad ogni altro elemento che connota e caratterizza profondamente i posti in comparazione (quello da coprire e quelli messi a concorso), come il regime giuridico dei posti stessi. Sotto tale aspetto si è ritenuto che il regime a tempo pieno è diverso da quello part-time, come attesta, ad esempio, la diversità dei limiti di modifica del rapporto di lavoro. A giudizio del Collegio tale considerazione non fonda alcuna ragionevole differenziazione tra le posizioni lavorative, atteso che il profilo quantitativo riguarda solo una limitazione oraria della prestazione lavorativa, ma non smentisce il profilo della concorsualità, atteso che anche per la assunzione a tempo parziale risulta svolta una selezione di tipo corrispondente a quella per il tempo pieno. Né appare condivisibile l'argomento spiegato nelle difese [...], per cui la differenza avrebbe una sua incidenza anche sulla potenziale partecipazione al concorso della cui graduatoria la PA si è avvalsa: si deduce in tale ottica che non potrebbe escludersi aprioristicamente che, se il concorso fosse stato a tempo pieno, avrebbe visto la partecipazione di un maggior numero di candidati in quanto maggiormente appetibile rispetto ad uno part-time. L'aspetto non connota alcuna significativa differenza nella procedura concorsuale, atteso che il numero dei partecipanti ad una selezione è un fattore neutro, e non comporta una minore affidabilità della procedura stessa né una significativa differenza, tale da infrangere la omogeneità nell'utilizzo delle rispettive graduatorie. Ritiene pertanto il Collegio condivisibile il principio per cui, affinché una graduatoria possa essere utilizzata per la copertura di un posto reso di-

sponibile, è sufficiente che vi sia corrispondenza sostanziale tra le categorie professionali di inquadramento del contratto collettivo nazionale di comparto, potendosi prescindere da ulteriori elementi di dettaglio, e specialmente dall'organizzazione temporale del rapporto lavorativo. Il favor per l'utilizzo della preesistente graduatoria trova invero la sua ratio in una regola di economicità dell'azione amministrativa, correlata alla necessità di evitare inutili esborsi per l'espletamento di una nuova procedura, laddove altra amministrazione abbia già selezionato soggetti idonei a ricoprire l'identico profilo professionale, per cui i profili di omogeneità rilevanti sono costituiti dal profilo e categoria professionale, dal regime a tempo indeterminato o meno, dal titolo di studio richiesto e dal contenuto delle prove concorsuali. Ogni diversa limitazione è ingiustificatamente restrittiva della platea dei partecipanti e si sorregge solo se trova fondamento ragionevole, dovendo tale ragionevolezza essere positivamente allegata e dimostrata dall'Amministrazione. In altri termini, non è sufficiente la non irragionevolezza della prescrizione, ma occorre il *quid pluris* della dimostrazione di una positiva ragione atta a sorreggere la prescrizione, con onere a carico dell'amministrazione, che evidentemente nella specie non è stato assolto [...]»<sup>66</sup>.

A medesime conclusioni sono giunti i magistrati del TAR Sicilia: «[...] la circostanza che l'organizzazione del rapporto da instaurare sia a tempo pieno, a differenza di quello oggetto della precedente procedura (part-time), non assume rilievo; affinché una graduatoria possa essere utilizzata per la copertura di un posto resosi disponibile, è sufficiente che vi sia corrispondenza sostanziale tra le categorie professionali di inquadramento come tratteggiate del CCNL di Comparto, ben potendosi prescindere da ulteriori elementi di dettaglio, compresi il profilo, le mansioni (tutte esigibili nella categoria), l'organizzazione temporale e la durata del rapporto lavorativo [...]»<sup>67</sup>.

In una recente sentenza, sempre del TAR Campania, i giudici della quinta sezione hanno ribadito che l'affermata disomogeneità viene erroneamente addotta «[...]», atteso che nel caso di contratto di lavoro part-time, sebbene la prestazione si articoli in un numero di ore inferiore al tempo pieno [...], l'oggetto della prestazione lavorativa resta il medesimo, nulla mutando rispetto a professionalità, competenza e preparazione richieste per coprire lo specifico profilo lavorativo, fermo restando l'incidenza su un piano meramente quantitativo, afferente alla concreta articolazione temporale della prestazione. A tanto va anche soggiunto che la possibilità di mutamento in tempo pieno del rapporto di lavoro part-time (e viceversa) costituisce svi-

<sup>66</sup> Cfr. TAR Campania, sez. III, 21 novembre 2022, sentenza n. 7185.

<sup>67</sup> Cfr. TAR Sicilia, sez. II, 22 luglio 2022, sentenza n. 2363.

luppo naturale di tale figura contrattuale, legato a contingenze di tipo organizzativo e/o finanziario, che riguardano per lo più l'ente e che certamente esulano da aspetti connessi all'oggetto della prestazione lavorativa e ai requisiti richiesti per poter ricoprire quel determinato profilo professionale, nell'ambito della categoria contrattuale di appartenenza. Ciò trova conferma nella circostanza che il passaggio<sup>68</sup> da part-time a full-time concerne una mera modificazione quantitativa delle ore lavorate dedotte in contratto, senza che si verifichi novazione del rapporto lavorativo, restando identico l'inquadramento professionale e la categoria di appartenenza. Del resto, il profilo quantitativo riguarda solo una limitazione oraria della prestazione lavorativa, ma non smentisce il profilo della concorsualità, atteso che anche per la assunzione a tempo parziale risulta svolta una selezione di tipo corrispondente a quella per il tempo pieno [...]»<sup>69</sup>.

In conclusione, a mero titolo esemplificativo, si riporta lo stralcio di una pronuncia del Consiglio di Stato sulla equivalenza di taluni profili professionali: «[...] non può oggettivamente ritenersi, alla luce degli atti prodotti in giudizio, che la figura professionale di "Istruttore amministrativo-contabile", cui gli odierni appellati appartengono in qualità di idonei non vincitori del concorso svoltosi [...], non corrisponda, secondo il "criterio di equivalenza" di cui all'art. 4, comma 3, del d.l. 31 agosto 2013, n. 101 (convertito in legge n. 125 del 2013), alle figure professionali di "Istruttore amministrativo" ed "Istruttore contabile" di cui al concorso successivamente indetto [...]. In senso contrario effettivamente depongono sia l'identità della categoria e della posizione economica di riferimento ("C1"), sia il titolo di studio richiesto (diploma di scuola secondaria superiore), sia la tipologia del rapporto di lavoro messo a concorso (in entrambi i casi avente ad oggetto la stipula di un contratto di lavoro a tempo indeterminato) ed, infine, la sostanziale assimilabilità delle materie oggetto d'esame. In relazione a tale ultimo aspetto, in particolare, non appare conferente quanto puntualizzato da parte appellante, circa la presenza, tra le materie d'esame del secondo concorso, di due discipline specifiche non contemplate dal bando adottato [...]»<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> Sul punto si rimanda a P. IORIO, *La modifica del rapporto di lavoro part-time negli enti locali, dall'incremento dell'orario al regime di tempo pieno: ammissibilità e limiti*, in *Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli Enti pubblici*, ISSN 0393-5604, pubblicato in data 26 gennaio 2023.

<sup>69</sup> Cfr. TAR Campania, sez. V, 27 giugno 2023, sentenza n. 3870.

<sup>70</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 11 ottobre 2018, sentenza 5864.

Alla luce di quanto detto, quindi, le professionalità in comparazione potranno dirsi equiparate quando non viene rilevata alcuna differenza significativa rispetto alla qualifica, al titolo di studio richiesto, alla perfetta sovrapposibilità dei bandi (sia con riferimento alle prove sostenute che al punteggio massimo ad esse attribuibile) e, infine, alla corrispondenza delle mansioni da assegnare (tenendo conto sia della collocazione in ambito amministrativo-gestionale che della categoria d'inquadramento).

È evidente che «[...] in caso di rilevante differenza di contenuto sostanziale tra i posti messi a concorso e quelli indicati nelle precedenti procedure, non si fa luogo all'utilizzazione dello scorrimento della graduatoria [...]»<sup>71</sup>.

### 8. L' idoneità ad un pubblico concorso come “titolo” valutabile in altra selezione

Al termine delle operazioni d'esame, stando alle previsioni dell'art. 15 del d.P.R. 487/1994<sup>72</sup>, viene formalizzata la graduatoria di merito dei concorrenti «[...] secondo l'ordine dei punti della votazione complessiva riportata da ciascun candidato, con l'osservanza, a parità di punti, delle preferenze previste dall'art. 5<sup>73</sup>» e vengono, poi, «dichiarati vincitori, nei limiti dei posti complessivamente messi a concorso, i candidati utilmente collocati nelle graduatorie di merito [...]».

Il varo definitivo di tale ultimo atto è una prerogativa del responsabile del servizio che ha bandito il concorso. Quest'ultimo, con propria determinazione, approverà i verbali trasmessi dalla commissione esaminatrice (evidenziando che gli stessi - debitamente sottoscritti dai commissari e dal segretario - sono acquisiti agli atti d'ufficio) e, per l'effetto, confermerà la graduatoria di merito del concorso.

L'atto è immediatamente efficace<sup>74</sup> tenuto conto della previsione dell'art. 15, comma 6, del d.P.R. n. 487/1994 secondo cui «[...] le graduatorie dei

<sup>71</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 21 ottobre 2021, sentenza 7089.

<sup>72</sup> Così come modificato dal d.P.R. n. 82/2023 - pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, serie generale, n. 150 del 29 giugno 2023 - in vigore dal 14 luglio 2023.

<sup>73</sup> Per una esaustiva trattazione si rinvia a P. IORIO, *La graduatoria finale di un pubblico concorso e l'insidiosa applicazione delle preferenze previste dal D.P.R. n. 487/1994, anche alla luce delle imminenti modifiche alla norma*, in *Amministrazione in Cammino*, ISSN 2038-3711, 28 novembre 2022.

<sup>74</sup> Sul punto si cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 30 agosto 2004, sentenza 5636, nella parte in cui si specifica che «[...] Pur se le determinazioni dirigenziali rientrano nella nozione più vasta di deliberazione come riportata dall'art. 124 del T.u.e.l., non si può affermare lo stesso circa l'estensione a queste circa i limiti all'esecutività previsti dal seguente art. 134; [...] se la necessaria pubblicità dell'azione degli enti locali richiede di applicare ai provvedimenti monocratici le stesse fondamentali regole di pubblicità degli atti degli organi collegiali, ciò non vuol dire che per gli stessi valgano anche le disposizioni che riguardano il conseguimento dell'efficacia dei provvedimenti. [...] Sotto tale profilo, va rimarcato che – per il principio di legalità – solo agli atti emanati dagli organi individuati dall'art. 134

concorsi di cui al presente regolamento, ivi incluse quelle dei concorsi delle regioni e degli enti locali, sono pubblicate contestualmente sul Portale di cui all'articolo 35-ter del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e sul sito dell'amministrazione interessata. Dalla data di tale pubblicazione decorrono i termini per l'impugnativa».

Le graduatorie tengono conto dei valori riportati da ciascun candidato alle prove e dei punteggi attribuiti ai titoli, se trattasi di concorso non solo per esami. Nella sezione dei bandi rubricata "titoli vari", sovente, si scorge che le idoneità conseguite ai concorsi pubblici per la copertura, a tempo indeterminato, di posizioni funzionali di categoria pari o superiore a quella cui si concorre, sono valutabili.

Le uniche eccezioni che, talvolta, si registrano sono quelle di lasciare fuori dalla valutazione le idoneità in esito a concorsi a tempo determinato e/o conseguite in selezioni per soli titoli. Restano escluse dal novero, spesso, anche quelle conseguite in concorsi per posti di qualifica inferiore, o diversa, da quella cui si riferisce il bando.

Che peso avrà l'idoneità ad un pubblico concorso conseguita in un'altra selezione? Non rinvenendosi alcuna norma di riferimento, il valore numerico alla stessa sarà attribuito dal singolo bando che, oltre ad avere la caratteristica di concorso "per titoli ed esami", dovrà riportare una specifica previsione al riguardo.

L'art. 8<sup>75</sup> del d.P.R. n. 487/1994 stabilisce che «nei concorsi per titoli ed esami, nei casi di assunzione per determinati profili, la valutazione dei titoli è

*del T.u.e.l. si applicano le sue relative disposizioni, e non anche agli atti disciplinati dal precedente art. 124. L'art. 42 del T.u.e.l. definisce il consiglio comunale quale organo di controllo politico-amministrativo e conseguentemente rimette alle sue competenze una serie di atti programmatori, organizzatori ed in senso lato normativi ed una limitatissima serie di provvedimenti di gestione di notevole rilevanza, mentre la giunta è chiamata ad attuare gli indirizzi generali del consiglio ed a collaborare con il Sindaco – art. 48. I dirigenti invece hanno le competenze di carattere generale per l'adozione degli atti e dei provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno e che non siano ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico amministrativo degli organi di governo dell'ente. Dunque, è comprensibile che l'esecutività degli atti degli organi di governo sia subordinata ai tempi della loro pubblicazione, dato il carattere interesse collettivo da questi rivestito; le determinazioni dirigenziali costituiscono in genere la figura del provvedimento, ossia di quell'atto tipico denominato chiamato a realizzare gli interessi specifici affidati alle cure dell'amministrazione e consistenti in decisioni destinate a generare, modificare distinguere situazioni giuridiche specifiche o quanto meno a negarne la nascita, la modificazione o l'estinzione. Quindi se gli atti generali rimessi alla competenza degli organi di governo sono regolati nella loro efficacia e vigenza dall'art. 134, si comprende allora che le determinazioni dirigenziali comunali vadano anch'esse pubblicate per soddisfare le esigenze di trasparenza dell'attività amministrativa, ma non vi è alcuna regola legislativa che ne comporti l'inefficacia in pendenza di pubblicazione».*

<sup>75</sup> Come modificato dal Decreto del Presidente della Repubblica n. 82/2023 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, serie generale, n. 150 del 29 giugno 2023), recante modifiche al d.P.R. n. 487/1994, concernente il regolamento sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e

*effettuata dopo lo svolgimento delle prove orali, a condizione della previa determinazione dei criteri di valutazione. Per i titoli non può essere attribuito un punteggio complessivo superiore a 10/30 o equivalente; il bando indica i titoli valutabili ed il punteggio massimo agli stessi attribuibile singolarmente e per categorie di titoli. [...] La votazione complessiva è determinata sommando il voto conseguito nella valutazione dei titoli al voto complessivo riportato nelle prove d'esame».*

Per rendersi conto degli effetti pratici delle procedure in parola, giova principiare da un tradizionale insegnamento della giurisprudenza secondo cui il bando, *lex specialis* del pubblico concorso, è «[...] da interpretare in termini strettamente letterali, con la conseguenza che le regole in esso contenute vincolano rigidamente l'operato dell'Amministrazione, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità: e ciò in forza sia dei principi dell'affidamento e di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti, che sarebbero certamente pregiudicati ove si consentisse la modifica delle regole di gara cristallizzate [...]»<sup>76</sup>.

Tale chiarimento è di rilevante importanza sol che si consideri l'abitudine delle amministrazioni di pubblicare bandi contenenti “solo” una sintetica previsione di punteggio attribuita agli “altri titoli” valutabili, senza specificarli in maniera tassativa e rimettendo, quindi, alla discrezionalità della commissione esaminatrice la definizione dei criteri per la loro valutazione. O, ancora peggio, rimandando a vetusti regolamenti degli uffici e dei servizi, spesso neppure rinvenibili sui portali istituzionali degli enti.

In tale contesto, è semplice desumere la piena aderenza alle norme sol di quei bandi che registrano contenuti analitici e puntuali rispetto all'argomento di cui si discorre.

Una tenue indicazione alle amministrazioni, in relazione alla predisposizione della *lex specialis*, giunge da una direttiva<sup>77</sup> del Ministro per la semplificazione e la Pubblica Amministrazione del 2018. Il punto 5 evidenzia, tra l'altro, che: «[...] i titoli devono essere individuati e valutati secondo un criterio di rilevanza e di attinenza con le materie oggetto delle prove d'esame e con le funzioni che si andranno ad esercitare, cercando il giusto equilibrio tra la valorizzazione delle competenze e del merito e la necessità di non gravare eccessivamente la commissione con una attività di valutazione di titoli troppo nu-

le modalità svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi. Tale norma risulta in vigore dal 14 luglio 2023.

<sup>76</sup> Cfr, *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 10 aprile 2013, n. 1969; Tar Lombardia, sez. III, 29 febbraio 2016, n. 422.

<sup>77</sup> Direttiva del Ministro per la semplificazione e la Pubblica Amministrazione n. 3 del 24 aprile 2018, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 134 del 12.06.2018.

*merosi e di scarsa significatività, foriera peraltro di appesantimenti procedurali e di eccessive e non proficue parcellizzazioni dei punteggi [...]».*

Alla luce della recente novella al comma 5-ter dell'art. 35 del D.lgs. n. 165/2001 che, nei concorsi pubblici, considera *idonei* i soli candidati collocati nella graduatoria finale entro il 20 per cento dei posti messi a concorso, fatte salve le esclusioni dall'ambito di applicazione previste, pare evidente che il valore da attribuire al titolo conservi una valenza maggiore.

In tale contesto anche un impercettibile punteggio attribuito, ad esempio lo 0,05 ad una idoneità conseguita, può fare la differenza nella graduatoria finale.

### **9. La recente novella al comma 5-ter, dell'art. 35 del D.Lgs. n. 165/2001, non si applica agli elenchi di idonei introdotti con il decreto-legge n. 80/2021**

L'art. 3-bis del decreto-legge n. 80/2021, convertito - con modificazioni - dalla Legge n. 113/2021, ha introdotto una modalità di reclutamento del personale negli enti locali basata su elenchi di idonei definiti in esito a selezioni svolte in forma aggregata, da cui attingere previo interpello ed eventuale prova selettiva ai fini dell'assunzione, ferma restando la priorità da accordare allo scorrimento delle graduatorie vigenti di concorsi già svolti.

Nello specifico, ai sensi del comma 1, «gli enti locali possono organizzare e gestire in forma associata, anche in assenza di uno specifico fabbisogno di personale, selezioni uniche per la formazione di elenchi di idonei per l'assunzione, sia a tempo indeterminato sia a tempo determinato, nei ruoli dell'amministrazione per diversi profili professionali e categorie, compresa la dirigenza».

I rapporti tra gli enti locali e le modalità di gestione delle selezioni sono disciplinati in appositi accordi.

Il comma 3 stabilisce, poi, che «gli enti locali aderenti attingono agli elenchi di idonei di cui al comma 1 per la copertura delle posizioni programmate nei rispettivi piani dei fabbisogni di personale, in assenza di proprie graduatorie in corso di validità. Gli enti locali interessati procedono alle assunzioni, previo interpello tra i soggetti inseriti negli elenchi, ogni qualvolta si verifichi la necessità di procedere all'assunzione di personale in base ai documenti programmatori definiti dal singolo ente».

Benchè il termine "idoneo" si presti a creare un repentino collegamento con la recente novella legislativa al comma 5-ter dell'art. 35 del D.Lgs. n. 165/2001, è da escludersi l'applicabilità di quest'ultima agli elenchi degli idonei. Questo per una ragione: la nuova modalità di reclutamento del personale negli enti locali basata di cui all'art. 3-bis del decreto-legge n.

80/2021 è essenzialmente destinato a dar vita, all'esito di una selezione, ad una lista di candidati potenziali che, successivamente, prenderanno parte ad una procedura concorsuale semplificata.

È il successivo comma 4 a chiarirlo «in presenza di più soggetti interessati all'assunzione, l'ente locale procede a valutarne le candidature con le modalità semplificate di cui all'*articolo 10 del decreto-legge 1 aprile 2021, n. 44*, convertito, con modificazioni, dalla *legge 28 maggio 2021, n. 76*, per la formazione di una graduatoria di merito dalla quale attingere per la copertura dei posti disponibili. Il singolo ente interessato all'assunzione, prima di procedere, deve avviare un interpellato tra i soggetti inseriti negli elenchi per verificarne la disponibilità all'assunzione. In presenza di più soggetti interessati all'assunzione l'ente procede ad effettuare una prova selettiva scritta o orale diretta a formulare una graduatoria di merito da cui attingere per la copertura del posto disponibile».

Quest'ultima resta sottoposta alla disciplina del novello comma 5-ter dell'art. 35 del D.Lgs. n. 165/2001, secondo cui «nei concorsi pubblici, a esclusione di quelli banditi per il reclutamento del personale sanitario e socio-sanitario, educativo e scolastico, compreso quello impiegato nei servizi educativo-scolastici gestiti direttamente dai comuni e dalle unioni di comuni, e dei ricercatori, nonché del personale di cui all'articolo 3<sup>78</sup>, sono considerati idonei i candidati collocati nella graduatoria finale dopo l'ultimo candidato vincitore, in numero non superiore al 20 per cento dei posti messi a concorso. In caso di rinuncia all'assunzione, di mancato superamento del periodo di prova o di dimissioni del dipendente intervenute entro sei mesi dall'assunzione, l'amministrazione può procedere allo scorrimento della graduatoria degli idonei non vincitori entro il limite di cui al quarto periodo.

<sup>78</sup> Il richiamato articolo riguarda il personale in regime di diritto pubblico: «*In deroga all'articolo 2, commi 2 e 3, rimangono disciplinati dai rispettivi ordinamenti: i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e delle Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia nonché i dipendenti degli enti che svolgono la loro attività nelle materie contemplate dall'articolo 1 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 17 luglio 1947, n.691, e dalle leggi 4 giugno 1985, n.281, e successive modificazioni ed integrazioni, e 10 ottobre 1990, n.287. 1-bis. In deroga all'articolo 2, commi 2 e 3, il rapporto di impiego del personale, anche di livello dirigenziale, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, esclusi il personale volontario previsto dal regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 2 novembre 2000, n. 362, e il personale volontario di leva, è disciplinato in regime di diritto pubblico secondo autonome disposizioni ordinamentali. 1-ter. In deroga all'articolo 2, commi 2 e 3, il personale della carriera dirigenziale penitenziaria è disciplinato dal rispettivo ordinamento. 2. Il rapporto di impiego dei professori e dei ricercatori universitari, a tempo indeterminato o determinato, resta disciplinato dalle disposizioni rispettivamente vigenti, in attesa della specifica disciplina che la regoli in modo organico ed in conformità ai principi della autonomia universitaria di cui all'articolo 33 della Costituzione ed agli articoli 6 e seguenti della legge 9 maggio 1989, n.168, e successive modificazioni ed integrazioni, tenuto conto dei principi di cui all'articolo 2, comma 1, della legge 23 ottobre 1992, n. 421».*

La disposizione del quarto periodo non si applica alle procedure concorsuali bandite dalle regioni, dalle province, dagli enti locali o da enti o agenzie da questi controllati o partecipati che prevedano un numero di posti messi a concorso non superiore a venti unità e per i comuni con popolazione inferiore a 3.000 abitanti e per l'effettuazione di assunzioni a tempo determinato. Con decreto del Ministro della pubblica amministrazione, adottato previa intesa in sede di Conferenza unificata ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, possono essere stabilite ulteriori modalità applicative delle disposizioni del presente comma».

Gli "idonei" cui fa riferimento l'art. 3-bis del decreto-legge n. 80/2021, non vanno quindi confusi con quei candidati ad un concorso pubblico che, conseguito il punteggio uguale o superiore a quello minimo previsto, confluiscono nella graduatorie finale in posizioni non utili all'assunzione.

Anche perché, ai sensi del comma 5, «gli elenchi di idonei di cui al comma 1, una volta costituiti, sono soggetti ad aggiornamento continuo, almeno una volta all'anno, al fine di mettere a disposizione degli enti locali aderenti un numero adeguato di candidati per l'assunzione in servizio. I soggetti selezionati restano iscritti negli elenchi degli idonei sino alla data della loro assunzione a tempo indeterminato, e comunque per un massimo di tre anni».

Gli elenchi di idonei, si precisa al comma 5, una volta costituiti, sono soggetti ad aggiornamento continuo, almeno una volta all'anno, al fine di mettere a disposizione degli enti locali aderenti un numero adeguato di candidati per l'assunzione in servizio. I soggetti selezionati restano iscritti negli elenchi degli idonei sino alla data della loro assunzione a tempo indeterminato, e comunque per un massimo di tre anni<sup>79</sup>. La posizione in graduatorie non viene pregiudicata nel caso in cui il candidato declini la propria disponibilità all'assunzione in riscontro ad uno o più interPELLI attivati dagli enti locali. Il riferimento al tempo determinato, poi, parrebbe presupporre che gli idonei temporaneamente impegnati con contratti a termine con uno degli enti aderenti all'accordo continuino a rimanere iscritti nell'elenco.

Per quanto attiene agli adempimenti relativi alle richiamate selezioni la norma in commento stabilisce che gli enti possono organizzare e gestire le stesse in forma congiunta attraverso il coordinamento dei rispettivi uffici, o avvalendosi di società esterne specializzate nel reclutamento e nella selezione del personale, costituendo a tal fine uffici dedicati alla gestione delle procedure. Sempre a norma del comma 6 tali procedure possono essere anche esternalizzate. Agli enti, pure in forma aggregata, è riconosciuta ampia di-

<sup>79</sup> Con riferimento a quanto detto appare evidente l'antinomia con l'art 35, c. 5-ter, del D.Lgs. n. 165/2001 secondo cui «*le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche rimangono vigenti per un termine di due anni dalla data di approvazione. Sono fatti salvi i periodi di vigenza inferiori previsti da leggi regionali. [...]*».

screzionalità in ordine alla modalità di svolgimento delle stesse, inclusa la verifica delle competenze riconosciute ai candidati.

La validità degli elenchi, per espressa definizione della norma, non è soggetta al termine di due anni dalla data di approvazione, anche per gli Enti Locali, come previsto dall'art 35, comma 5-ter<sup>80</sup>, del D.Lgs. n. 165/2001 e confermato dall'art. 15, comma 7, del D.P.R. n. 487/1994 - così come modificato dal Decreto del Presidente della Repubblica n. 82/2023 - in vigore dal 14 luglio 2023.

In definitiva, gli elenchi di idonei costituiscono solo una sorta di “preselezione” di candidati, atteso che gli stessi hanno superato una verifica iniziale che apre le porte alle fasi successive semplificate.

Le graduatorie in corso di validità dell'Ente conservano, però, la precedenza per le medesime posizioni, soprattutto con riferimento ai posti vacanti in organico a causa del passaggio diretto di propri dipendenti presso altre amministrazioni. Nel momento in cui l'ente locale intenda avvalersi delle selezioni uniche in commento deve verificare che non vi sia alcun soggetto idoneo di precedenti procedure concorsuali interessato all'assunzione. Nel qual caso l'ente non può procedere alle assunzioni disciplinate dall'art. 3-bis del Decreto-Legge n. 80/2021<sup>81</sup>. È l'incipit del successivo comma 8 a chiarirlo: «ferma restando la priorità nell'utilizzo delle proprie graduatorie [...]».

Il medesimo comma stabilisce, altresì, che «[...] per le finalità di cui al comma 7<sup>82</sup>, gli enti locali possono procedere anche in deroga alla previsione di cui al comma 3 e, in caso di contratti a tempo determinato, ai limiti finanziari di cui all'art. 9, comma 28, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122». In altri termini, nel caso in cui gli elenchi vengano utilizzati per effettuare assunzioni finalizzate alla copertura di posti che si siano resi vacanti per la cessione ad altra amministrazione di dipendenti in mobilità, gli enti possono procedere anche senza il previo aggiornamento del piano dei fabbisogni di personale. E qualora si tratti di assunzioni a tempo definito si ha la possibilità di dar corso alla provvista di personale in deroga ai limiti finanziari alla spesa per le risorse umane con rapporto di lavoro flessibile consistenti nel limite del 50 per cento della spesa sostenuta per le stesse finalità nell'anno 2009.

Gli elenchi di idonei all'assunzione nei ruoli dell'amministrazione possono essere utilizzati per la copertura, con assunzioni a tempo indeterminato o

<sup>80</sup> Come modificato dall'art. 1, c. 149, della Legge n. 160/2019.

<sup>81</sup> Convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 113/2021.

<sup>82</sup> «*Gli elenchi di cui al comma 1 possono essere utilizzati per la copertura, con assunzioni a tempo indeterminato o a tempo determinato, dei posti che si rendono vacanti in organico a causa del passaggio diretto di propri dipendenti presso altre amministrazioni*».

a tempo determinato, dei posti che si rendono vacanti in organico a causa del passaggio diretto di propri dipendenti presso altre amministrazioni. Le procedure selettive bandite ai sensi dell'art. 3-bis del decreto-legge n. 80/2021, convertito - con modificazioni - dalla Legge n. 113/2021, sono soggette alle forme di pubblicità previste a legislazione vigente.

#### **10. Rilievi conclusivi**

Ragioni di certezza del diritto e di complessiva armonizzazione normativa inducono a confermare che nelle graduatorie finali dei concorsi pubblici, banditi a far data dal 17 agosto 2023, saranno considerati idonei i soli candidati ricompresi nella misura del venti per cento dei posti messi a concorso.

Un limite che, però, non trova applicazione alle procedure di reclutamento che prevedano un numero di posti messi a concorso inferiore a venti unità promosse da Comuni, Province, Città Metropolitane e Regioni. Così come non è applicabile agli Enti Locali con popolazione inferiore a tremila abitanti e alle selezioni per personale sanitario, socio-sanitario, educativo, scolastico (compreso quello impiegato nei servizi educativo-scolastici gestiti direttamente dai comuni e dalle unioni di comuni), dei ricercatori, nonché del personale in regime di diritto pubblico. Restano escluse anche le assunzioni a tempo determinato.

In altri termini, al netto delle esclusioni rappresentate, la disciplina riguarderà tutte le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001.

Va precisato che la norma in esame è legata alla data di pubblicazione del bando e, in conseguenza, non riguarda le procedure concorsuali pubblicate prima dell'indicata data di entrata in vigore della norma, tutt'ora in essere, le cui graduatorie continueranno ad essere regolate dalla previgente normativa.

In ragione di quanto appena evidenziato, anche alla luce della *ratio legis* sottesa alle disposizioni previgenti esaminate, va rilevato che nelle graduatorie finali dei concorsi pubblici, banditi a far data dal 22 giugno e fino a tutto il 16 agosto 2023, saranno considerati idonei i soli candidati collocati entro il venti per cento del numero di coloro i quali avranno superato tutte le prove, a partire dall'ultimo dei posti riservati ai vincitori.

In altre parole, per quelle graduatorie, rivive, con delle varianti, il precedente normativo introdotto nel 2017, poi abrogato. Per le norme introdotte al comma 5-ter dell'art. 35 del T.U.P.I., nel corso dei lavori di conversione del decreto-legge n. 44/2023, la percentuale è legata al numero dei candidati che hanno superato la prova orale e non alla mera facoltà di metterla in relazione al numero dei posti messi a concorsi.

Discorso diverso, invece, è quello relativo alla novella legislativa introdotta al medesimo articolo dalla Legge n. 112/2023, di conversione - con modi-

ficazioni - del decreto-legge n. 75/2023: nei concorsi pubblici sono considerati idonei i candidati collocati nella graduatoria finale dopo l'ultimo candidato vincitore, in numero non superiore al venti per cento dei posti messi a concorso. Un preciso obbligo di legge, quindi, che consente la possibilità di registrare un solo candidato idoneo ogni 5 posti messi a concorso, laddove non rientranti nelle esclusioni previste.

Fermo quanto detto, restano immutate le norme che consentono di effettuare assunzioni utilizzando le graduatorie di pubblici concorsi approvate da altre amministrazioni, previo accordo tra le stesse.

I limiti al numero degli idonei, introdotti con le recenti novelle legislative, avranno come conseguenza quella di assestare una battuta di arresto ad una prassi molto radicata nelle amministrazioni pubbliche che, proprio attraverso tal tipo di assunzione diretta, unica eccezione al principio costituzionale evocato dall'art. 97, avevano possibilità di operare in alternativa all'indizione di nuovi concorsi e accelerare il meccanismo di provvista del personale.

Una deroga che risponde alla primaria esigenza del contenimento della spesa pubblica (attraverso l'evitabile indizione di nuovi concorsi con conseguenti costi per le procedure selettive) e, al contempo, mira all'obiettivo di coprire tempestivamente i posti vacanti in organico, assicurando così l'attuazione dei principi di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa.

Per ragioni di completezza espositiva va anche sottolineato che, nel tempo, la succitata deroga è stata sovente abusata attraverso l'utilizzo di graduatorie in convenzione, con chiamate non pienamente ossequiose del rispetto delle posizioni in elenco, operate in nome di manifestazioni di interesse. O, ancor peggio, attraverso la "scelta" di graduatorie operata attraverso norme regolamenti predisposte *ad hoc*.

Per comprendere la reale portata normativa del nuovo limite posto al numero degli idonei viene in considerazione anche la legittima aspettativa dei soggetti utilmente collocati nella graduatoria e non.

Va subito premesso che le norme riguardanti l'utilizzabilità degli elenchi finali dei concorsi non riconoscono agli idonei alcun diritto ad essere assunti, attribuiscono alle amministrazioni la sola facoltà (indicativa, quindi, di un ampio potere discrezionale e di merito) di procedere al reclutamento attraverso lo scorrimento. In conseguenza, con tale procedura, si conferiranno agli idonei posti non coperti dopo la chiamata dei vincitori o divenuti disponibili *medio tempore*.

Sebbene la nuova norma miri a garantire una migliore qualità del personale assunto, tenuto conto che i candidati collocati rientranti nella quota introdotta rappresentano la parte che ha conseguito una valutazione finale più vicina al punteggio conseguito dai vincitori, va tenuta in debita considera-

zione anche la posizione degli “idonei”, giudicati, in via astratta, comunque meritevoli di occupare i posti per la cui copertura la selezione pubblica è stata bandita. Condizione non realizzata soltanto per insufficienza dei posti messi a concorso, ma aperta a registrare evoluzioni di prospettiva. Nella rasisata esigenza di reclutare nuovo personale, infatti, nessun ostacolo dovrebbe interpersi all’assunzione di un soggetto idoneo ad essere inserito in ruolo, anche in una amministrazione diversa da quella che ha indetto il concorso.

La norma in trattazione che va letta in un’ottica di sistema - insieme alla rapidità delle nuove procedure concorsuali, frequenti e digitalizzate - che costituisce un elemento di crescita qualitativa, oltre che quantitativa, della pubblica amministrazione.

Nella sostanza, però, l’Amministrazione che ha indetto il concorso, fatte salve quelle escluse dai rigori della norma, potrà procedere allo scorrimento solo in caso di rinuncia all’assunzione, di mancato superamento del periodo di prova o di dimissioni del dipendente intervenute entro sei mesi dall’assunzione.

Una sorta di *stand by* che pone in posizione di attesa la graduatoria, privando l’Ente della possibilità di disporre della graduatorie prima che sia decorso il semestre. Scelta legata, probabilmente, alla consuetudine, che si va sempre più diffondendo ad opera di giovani e ambiziosi dipendenti, di dimettersi volontariamente dal servizio poco dopo l’assunzione in servizio, per la contemporanea vincita di più concorsi o lo scorrimento parallelo in altra Amministrazione dello Stato, in una categoria più elevata o, sovente, in una località più vicina alla propria residenza.

Certo, il congelamento di un semestre, impatta con la previsione di limiti temporali di efficacia biennali delle graduatorie, così come previsto dall’art 35, comma 5-ter, del D.lgs. n. 165/2001.

Il segmento operativo di una graduatoria, pertanto, è potenzialmente vicino ai diciotto mesi per la stessa amministrazione che ha bandito il concorso, tempo in cui i candidati idonei avranno la possibilità di entrare nei ruoli della Pubblica Amministrazione.

Non può sottacersi, tuttavia, che è compito del legislatore tenere in debita considerazione la “posizione” di tanti giovani che, dopo mesi di accurato studio, hanno conquistato l’idoneità ad un concorso pubblico.

Sebbene questi soggetti non siano titolari di un diritto soggettivo all’assunzione, va comunque evidenziato che gli stessi sono, in qualche misura, “titolari” di una aspettativa legittima allo scorrimento della graduatoria in cui sono inseriti, soprattutto se questa opportunità s’inserisce in un campo visuale più ampio e, quindi, non circoscritto alla sola amministrazione che ha bandito la procedura e approvato la graduatoria finale.

È evidente che l'orientamento allo scorrimento rappresenta una scelta finalizzata ad esigenze che non sono correlate all'interesse del singolo (l'idoneo) alla copertura effettiva del posto, ma che rispondono all'interesse pubblico di procedere ad assunzioni avvalendosi della graduatoria di un precedente concorso, piuttosto che procedere all'avvio di uno nuovo (costoso e lungo): una scelta preordinata, in attuazione dei principi di economicità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, ad offrire uno strumento che consenta di individuare immediatamente il soggetto da assumere, rispettando nel contempo la regola inderogabile della scelta del personale mediante concorso.

Sotto il profilo della tutela giuridica dell'idoneo e la relativa pretesa al riconoscimento del diritto allo scorrimento, premesso che la compilazione e l'approvazione della graduatoria esaurisce l'ambito circoscritto al procedimento e all'attività autoritativa della P.A., la riserva di giurisdizione in materia di concorsi non estende la sua portata alla fase successiva e, in particolare, alle controversie in merito alle pretese all'assunzione sull'esito del concorso. Il sindacato sui comportamenti successivi - riconducibili alla fase di esecuzione dell'atto amministrativo presupposto - spetta, invece, alla giurisdizione ordinaria. Sicché, in via generale, l'approvazione della graduatoria segna il limite temporale oltre il quale sussiste la giurisdizione del giudice ordinario. Ove il riconoscimento del diritto, invece, sia consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento di indizione di un nuovo concorso o di una nuova selezione, la contestazione che investe l'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione, cui corrisponde una posizione di interesse legittimo, è devoluta alla cognizione del giudice amministrativo.

Nel contesto di tale ambito normativo a restare con l'amaro in bocca, in conclusione, sarà solo quella parte di concorrenti non confluita nel novero degli idonei, ma che comunque ha superato tutte le prove d'esame. Anche in questo caso i candidati sono stati giudicati abili, in via potenziale, a ricoprire i posti oggetto della selezione. Ma questa *chance* non è stata loro concessa perché il 20% previsto dalla norma è risultato saturo. Non soltanto. Questi giovani concorrenti non vedendosi riconosciuto il titolo di idoneo non potranno nemmeno utilizzare questo status come "titolo" valutabile in altra selezione.

L'unica boccata di ossigeno arriva dalle procedure di reclutamento con un numero di posti inferiore a venti unità promosse da comuni, province, città metropolitane e regioni le cui graduatorie rimangono scorribili nella loro interezza. Così come quelle dei concorsi banditi dagli enti locali con popolazione inferiore a tremila abitanti o quelle relative al personale sanitario, socio-sanitario, educativo, scolastico, dei ricercatori, nonché del personale in regime di diritto pubblico. Ad ogni buon conto va precisato, infine, che non

sono ricomprese nel novero della nuova norma nemmeno le assunzioni a tempo determinato.



LA DIRETTIVA DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI  
MINISTRI SULLA FASE PRECONTENZIOSA NEI GIUDIZI DI  
COSTITUZIONALITÀ IN VIA PRINCIPALE. PRIME OSSERVAZIONI

GIULIO SANTINI\*

**Sommario**

1. Premessa. – 2. La direttiva come direttiva. – 3. Formazione e pubblicazione della direttiva (anche alla luce dei precedenti). – 4. Presupposti e scopi della direttiva. – 5. Il dispositivo della direttiva. – 6. Conclusioni.

**Abstract**

*The article addresses, at first reading, the recent direttiva del presidente del Consiglio dei ministri of 25 October 2023 on the judicial review of regional legislation initiated by the Government. The direttiva is examined both as a political act and in terms of its contents, also in the prism of the relations between the State and the territorial autonomies.*

**Suggerimento di citazione**

G. SANTINI, *La direttiva del presidente del Consiglio dei ministri sulla fase precontenziosa nei giudizi di costituzionalità in via principale. Prime osservazioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2023. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Allievo del Corso di PhD in Diritto, Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento "Sant'Anna" (Pisa)  
Contatto: [g.santini@sssup.it](mailto:g.santini@sssup.it)

### 1. Premessa

Il 25 ottobre 2023 è apparso sulla *Gazzetta ufficiale* n. 250 il testo di un atto di grande importanza per l'attività del Governo nell'ambito del procedimento di cui all'art. 127 Cost., concernente le impugnazioni delle leggi delle Regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano, con il promovimento di un giudizio costituzionale in via principale: si tratta della direttiva del presidente del Consiglio dei ministri 23 ottobre 2023 (di seguito anche: la direttiva), adottata sulla proposta del ministro per gli Affari regionali e le autonomie, e volta alla "razionalizzazione dell'attività istruttoria del Governo".

In questo breve commento si rifletterà, in primo luogo, sulla natura di questo atto, anche alla luce dei precedenti che hanno cercato di perseguire lo stesso scopo dopo la revisione del titolo V della Costituzione e la riforma del giudizio di costituzionalità in via d'azione *ex l. cost.* 18 ottobre 2001, n. 3. Si darà poi conto del suo contenuto, vagliandolo e valutandolo con riferimento alle diverse esigenze che, nella parte motiva, si è dichiarato di voler affrontare. Si concluderà con qualche osservazione di sintesi e di contesto, tenendo anche conto dei primissimi rilievi formulati dalla dottrina.

Si deve, peraltro, precisare che questo commento non rappresenta più che una raccolta di prime impressioni e osservazioni: non soltanto sarebbe molto prematuro valutare la portata della direttiva nella sua applicazione concreta, ma, anche per quanto riguarda il commento di carattere dogmatico o sistematico, i rilievi che potranno essere formulati certamente matureranno con tempi più distesi. Nel che si giustifica pure l'essenzialità dell'apparato di riferimenti del presente lavoro, ove sono presupposte le acquisizioni della dottrina sui tratti e i caratteri del controllo delle leggi in via principale, anche nel più ampio prisma dell'organizzazione del Governo e dei rapporti tra Stato e autonomie territoriali.

### 2. La direttiva come direttiva

La natura dell'atto in commento è, come si è già detto, quella della direttiva del presidente del Consiglio dei ministri, rivolta "a tutti i ministri". Si tratta di una tipica espressione dei poteri di moderazione e razionalizzazione dell'attività di Governo espressi dall'art. 95 Cost. (sulla scorta dell'antico testo del r.d. 14 novembre 1901, n. 466, voluto da Giuseppe Zanardelli), che, oggi, è regolata in primo luogo dall'art. 5 della l. 23 agosto 1988, n. 400.

In base al diritto positivo, e, precisamente, al co. 2 di questa disposizione si ha che la direttiva può assumere due diverse facce, che si pongono entrambe in stretta connessione con l'esplicazione del ruolo costituzionale del presidente del Consiglio. Una è quella della "direttiva politica o amministrativa" indirizzata dal presidente ai ministri «in attuazione delle deliberazioni del Consiglio dei ministri», ovvero «connessa alla propria responsabilità di

direzione della politica generale del Governo» (lett. a). L'altra, invece, è legata all'obiettivo più specifico di «assicurare l'imparzialità, il buon andamento e l'efficienza degli uffici pubblici» (lett. e).

Volendo perseguire una ambizione classificatoria, per quanto attiene al testo in commento, sembra che esso debba collocarsi entro il primo genere di direttive: ciò, alla stregua di quanto suggerisce lo stesso art. 5 della legge n. 400 del 1988, quando, alla lett. b del co. 3, prevede, tra le attribuzioni del presidente del Consiglio, quella di «promuovere e coordinare l'azione del Governo per quanto attiene ai rapporti con le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano».

Il quadro normativo presupposto alla direttiva in commento è arricchito dal decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 303, in materia di organizzazione della Presidenza del Consiglio dei ministri, a mente del quale spetta al presidente il coordinamento dei rapporti con il sistema delle autonomie e la promozione di iniziative e rimedi per i casi di inadempimento e inerzia (art. 4); nonché dal decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che, all'art. 4, dettaglia il modo di esercizio delle funzioni di indirizzo politico-amministrativo degli organi del Governo.

Alla stregua di ciò, si ha che la direttiva in questione rappresenta un significativo esempio di atto di indirizzo politico-amministrativo. Quell'atto, cioè, che, senza assumere necessariamente i tratti della norma di diritto obiettivo, accede alla sfera del giuridico perseguendo una vocazione conformativa, che rappresenta, a un tempo, un momento legittimante per la posizione ordinamentale dell'organo chiamato a porlo in essere e l'autorevole estrinsecazione dei suoi poteri di riconduzione a unità e impulso rispetto all'attività di altri soggetti istituzionali. Come tale, viene a essere caratterizzato dalla libertà teleologica e, se ha i tratti della politicità, dalla tendenziale insindacabilità dinanzi agli organi giurisdizionali, almeno in tanto in quanto non incida in modo diretto (come in questo caso non incide) sulle situazioni giuridiche soggettive del soggetto privato<sup>1</sup>.

Occorre adesso riflettere se l'atto in commento abbia i tratti della direttiva interorganica ovvero intersoggettiva, posto che, nella prima *species* la direzione si accompagna all'idea di subordinazione del destinatario, mentre,

<sup>1</sup> Si veda, sul punto, quanto teorizzato, per primo, da P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, 220 ss.: ancora validissimo nelle sue prospettazioni, come conferma una più recente giurisprudenza amministrativa di legittimità (Cons. Stato, V Sez., sent. 27 luglio 2011, n. 4502). Anche dal confronto con la riflessione di Barile avrebbe preso le mosse il classico lavoro di E. CHELLI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Giuffrè, Milano, 1961, dove, con ampi riferimenti in chiave storico-sistematica, il senso della direttiva sarebbe stato individuato nella attitudine a incidere sulla discrezionalità di altri organi, riaffermando la titolarità di una funzione unificatrice; in senso conforme, e quasi contemporaneo, anche lo scritto di S. D'ALBERGO, *Direttiva*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, 603 ss.

nel secondo caso, ci si rivolge a un ente dotato di una sua distinta personalità, cui si richiede di conformarsi a un determinato indirizzo o di cooperare alla sua attualizzazione. Ci si può, del resto, domandare se la direttiva sia politica in senso stretto, collocandosi a un livello supremo dell'ordinamento, e sfugga a questa schematizzazione, avendo piuttosto la capacità di "perturbare" la separazione dei poteri<sup>2</sup>.

È appena il caso di sottolineare che non ogni atto è facilmente incasellabile in base alla sistematica di cui si è dato conto: e questo sembra essere anche il caso della direttiva in commento, la quale ha certamente una vocazione di sistema, e razionalizza l'esercizio di un potere che discende direttamente da una norma costituzionale (tra le più qualificanti per l'inquadramento della forma di Stato); ma essa, più che enunciare finalità di ampio respiro, intende, semplicemente e concretamente, assicurare un ordinato procedimento istruttorio e di interlocuzione interistituzionale.

Né è facile comprendere, per i motivi che emergono dal contenuto dell'atto, se questa direttiva sia rivolta ai ministri come capi dei rispettivi dicasteri, ovvero sia loro indirizzata nella qualità di componenti del Governo e del Consiglio dei ministri, ciò che rende più ardua la comprensione della sua natura. Infatti, non è scontato che, nell'architettura definita dalla direttiva, i ministri siano considerati alla stregua di subordinati del presidente, o quantomeno di figure soggette alla sua direzione politica in base alla preminenza giocata in Consiglio dei ministri: le disposizioni non riguardano, se non marginalmente, i lavori di quest'organo e neppure l'indirizzo politico generale espresso nei confronti delle autonomie regionali. Anzi, sembrerebbe di poter dire, per le ragioni che si vedranno in prosieguo, che, tra le ambizioni perseguite, vi è quella di garantire una efficace separazione tra la sfera della valutazione politica (rimessa al Consiglio dei ministri) e quella del merito tecnico, sul quale si deve innestare l'atto di promovimento.

Piuttosto, i ministri sembrano essere intesi nella loro veste di vertici politici delle rispettive strutture tecnico-amministrative, che sono, generalmente, scardinate rispetto alla gerarchia della Presidenza del Consiglio e che, per-

<sup>2</sup> Sulla classica distinzione tra direttive di indirizzo politico e direttive amministrative, per limitarsi a quanto apparso dopo il 1988, cfr. lo scritto di F. MERUSI, M. CLARICH, *Direttiva*, in *Enc. giur.*, XI, Enc. it., Roma, 1991. Ancora più recente è la monografia di E. CATELANI, *Contributo allo studio delle direttive interorganiche*, Giappichelli, Torino, 1999, che affronta il problema anche alla luce delle successive modifiche all'organizzazione del Governo intervenute nel corso degli anni Novanta, con il riassetto dei rapporti tra politica, amministrazione ed economia a controllo pubblico, che avrebbe fatto emergere la direttiva come strumento sempre più significativo, venuta meno, con il rapporto di subordinazione organica tra titolari del vertice politico e dirigenza amministrativa, la catena gerarchica di trasmissione degli ordini tra i due livelli. Sulla direttiva nel quadro del sistema delle fonti, cfr. A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 2011, spec. 690 ss.

tanto, possono allinearsi solo in virtù di uno sforzo conformativo di volontaria cooperazione. Con il che, emergerebbe appunto un carattere più intersoggettivo che interorganico, al netto degli apprezzamenti che pure debbono essere compiuti riguardo il tratto di indirizzo politico generale perseguito dalla direttiva.

Lo stesso carattere intersoggettivo, tuttavia, può essere revocato in dubbio a sua volta, nella misura in cui i Ministeri non godono di una distinta personalità giuridica (ciò che invece si ha per i tipici destinatari delle direttive interorganiche, quali sono, ad esempio, gli enti autonomi o le aziende partecipate rispetto ai dicasteri). E però, se la personalità giuridica è unica, e va riconosciuta in capo allo Stato, lo stesso non può dirsi con altrettanta sicurezza per quanto attiene alla soggettività, data l'attitudine di ciascun Ministero a essere centro di imputazione di situazioni giuridiche<sup>3</sup>. Nel che, si giustifica il permanere di una incertezza classificatoria.

### **3. Formazione e pubblicazione della direttiva (anche alla luce dei precedenti)**

L'adozione della direttiva, per come si può ricavare dalla sua parte motiva, ha seguito un *iter* complesso e articolato, che si è dovuto misurare con la valutazione di esigenze e istanze differenziate e con un ricco confronto interistituzionale. Il che è, del resto, ragionevole e appare opportuno nella misura in cui si tratta di un testo che, come subito si vedrà, intende essenzialmente valorizzare la portata del principio di leale collaborazione: e che, dunque, ben problematicamente avrebbe potuto sottrarsi alla sua applicazione nel proprio momento genetico. Così, si è reso in primo luogo necessario “informare” la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano (seduta del 12 ottobre 2023)<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Su tutto questo, la letteratura è peraltro piuttosto vasta e, per quanto coltivata essenzialmente da scrittori di estrazione amministrativistica, non può non tener conto del dibattito civilistico sulla scindibilità tra i concetti di personalità e soggettività: cfr., fra tutte le sintesi più recenti, G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, 2013, 88 ss.; G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2015, 150 ss.; anche più netto, D. MARRAMA, *Enti e modelli organizzativi*, in F. ASTONE et al., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 73.

<sup>4</sup> Le indicazioni offerte dal verbale della seduta non sono prive di qualche interesse. Si ha notizia di un'ampia esposizione delle finalità e del contenuto della direttiva da parte del ministro, al termine della quale «il Presidente Zaia, in nome delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano, prende atto dell'informativa e condivide assolutamente l'iniziativa. Peraltro, sottolinea, come parte in causa, che si è visto un assoluto cambiamento, anche di approccio, rispetto al rapporto tra il Dipartimento per gli affari regionali e le autonomie e le Regioni e che questo si evince dai dati statistici che sono assolutamente evidenti». Nel segno della collaborazione la replica del ministro Calderoli, che «si augura di fare sempre meglio e comunica che chiederà anche la collaborazione di tutte le altre Amministrazioni dello Stato, i cui tempi non sono sempre compatibili con il

Deve poi essere sottolineato come l'atto sia adottato sulla proposta del ministro per gli Affari regionali e le autonomie, al quale, in base alla delega di funzioni di cui al d.p.C.m. 12 novembre 2022 (art. 1, co. 1, lett. g), è stato attribuito il compito di assicurare l'esame delle leggi regionali (e delle Province autonome) ai fini dell'esercizio dell'azione *ex art. 127 Cost.* Si deve ricordare che quest'ultima viene promossa dal Consiglio dei ministri (anche a mente dell'art. 2, co. 3, lett. d della legge n. 400 del 1988), organo che, dunque, ha pure dovuto essere "informato" nella fase preparatoria della direttiva in commento (seduta del 23 ottobre 2023)<sup>5</sup>.

Sempre all'idea che si tratti di un atto strettamente collegato al momento tecnico del processo costituzionale, si collega il fatto che il provvedimento sia stato adottato "sentita" l'Avvocatura dello Stato, chiamata alla redazione degli atti di promovimento e al patrocinio della posizione governativa nei giudizi (anche) in via principale.

Prima di passare all'esame dei contenuti della direttiva, sembra anche necessario muovere alcune ulteriori considerazioni circa la pubblicazione della stessa sulla *Gazzetta ufficiale*. Ciò, sicuramente, non rappresenta una assoluta novità, ma neppure un fatto scontato, e, pertanto, deve essere oggetto di attenzione per comprenderne il significato, anche sistematico.

È noto che non tutte le direttive del presidente del Consiglio dei ministri sono soggette a pubblicazione sulla *Gazzetta ufficiale*, e non lo sono anche alcune di esse dal carattere particolarmente significativo, come quelle che disciplinano le modalità di comportamento cui dovrebbero attenersi i ministri e le diverse strutture amministrative del Governo nella "gestione degli affari correnti" conseguente all'accettazione delle dimissioni del gabinetto, in quanto «considerate destinate a regolare meri rapporti di correttezza»<sup>6</sup>.

È altrettanto noto che la legge 11 dicembre 1984, n. 839 ("norme sulla Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana e sulla *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*") dispone, all'art. 3, che, oltre ai testi da inserirsi nella Raccolta ufficiale, debbano apparire sulla *Gazzetta* «gli altri

tentativo di ottenere la non impugnativa». Donde, la presa d'atto positiva da parte della Conferenza. Su tutto, cfr. Conf. Stato-Regioni, verbale n. 19, 12 ottobre 2023.

<sup>5</sup> Si legge nel comunicato stampa del Consiglio dei ministri del 23 ottobre 2023, n. 55: « Il Ministro per gli affari regionali e le autonomie, Roberto Calderoli, ha svolto una informativa al Consiglio dei ministri sull'adozione della direttiva in materia di esame delle leggi delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano e delle questioni di legittimità costituzionale ai sensi e per gli effetti dell'articolo 127 della Costituzione, volta alla razionalizzazione dell'attività istruttoria del Governo e frutto di un lavoro congiunto della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Dipartimento per gli affari regionali e le autonomie. Il Consiglio dei Ministri ne ha preso atto».

<sup>6</sup> E. CATELANI, *Poteri del Governo in "ordinaria amministrazione" e rapporti con il Parlamento fra norme costituzionali, regolamenti parlamentari e direttive del presidente del Consiglio*, in questa Rivista, 2, 2018.

atti ed i comunicati che interessino la generalità dei cittadini e la cui pubblicità risponda ad esigenze di carattere informativo diffuso».

Sembra certamente essere il caso di questa direttiva: almeno nella misura in cui, da un lato, il suo contenuto riveste una discreta rilevanza per quanto attiene all'esercizio di una relevantissima funzione del Governo, avente valore estrinseco rispetto ai semplici rapporti interni, che è quanto ne determina il sicuro interesse pubblico; e, dall'altro, perché almeno due destinatari impliciti di questo atto, o comunque due soggetti terzi in capo ai quali esso produce delle conseguenze apprezzabili, non possono figurare nel novero dei suoi destinatari: le Regioni e Province autonome, ovviamente, e la stessa Corte costituzionale.

Bisogna anche rilevare, salvo errore, come, in questo (apprezzabile) momento notiziale, la direttiva in commento non sembra seguire il precedente (da essa, peraltro, espressamente richiamato), con il quale il Governo Prodi II, mediante direttiva del 26 giugno 2006 (c.d. "direttiva Lanzillotta", dal nome dell'allora ministra per gli Affari regionali), fissava le procedure da seguire per l'esame governativo delle leggi regionali approvate: questo atto ebbe assicurata una pubblicità informale tramite la semplice pubblicazione in rete<sup>7</sup>.

Sembra utile ricordare che anche questo provvedimento perseguiva scopi di razionalizzazione cooperativa, sia all'interno del Governo, sia nei rapporti con le Regioni, con l'istituzione di una "task-force" per l'analisi delle impugnative pendenti, l'instaurazione di confronti con le amministrazioni coinvolte, onde valutare la rilevanza dell'interesse a ricorrere (da apprezzare, gradatamente, secondo che si trattasse di censurare leggi intervenute in materie di competenza residuale regionale, concorrente o esclusiva statale) e l'avvio di percorsi conciliativi per eliminare, ove possibile, il contenzioso, attraverso correttivi di carattere ablativo, modificativo o compensativo<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Si veda su questa direttiva: S. CALZOLAIO, *Calo del contenzioso e recente prassi introdotta dalla «direttiva» del Ministro per gli Affari regionali: collaborazione, contrattazione o ritorno al controllo preventivo?*, in *Forum Quad. cost.*, 18 ottobre 2007, disponibile all'indirizzo: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); sul seguito: A. PERTICI, *Il confronto politico nel giudizio sulle leggi in via d'azione*, in G. CAMPANELLI et al. (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo della giurisprudenza nell'evoluzione degli ordinamenti*, Giappichelli, Torino, 2010, 65 ss.; E. GIANFRANCESCO, *Il giudizio in via principale oggi: prevenire è meglio che reprimere. Sì, ma come?*, in *Italian Papers on Federalism*, 1, 2013, disponibile all'indirizzo: [www.ipof.it](http://www.ipof.it). In generale, sulla concertazione tra Stato e Regioni nella fase precontenziosa, cfr. anche M.G.E. BORRONI, *La prassi della contrattazione tra Stato e Regioni nei giudizi in via principale. Quando i governi "negozano" il contenuto delle leggi: profili critici e prospettive di riforma*, tesi di dottorato, Univ. Milano, A.A. 2015/16.

<sup>8</sup> In questo senso, si determinava, meritevolmente, un modello "quasi contrattualistico", attraverso il quale un successivo intervento (legislativo) regionale poteva determinare la cessazione della materia del contendere ovvero giustificare la rinuncia al ricorso, così determinando l'estinzione del giudizio pendente. Con la problematica di un aggravio procedimentale dovuto alla necessità di una

#### 4. Presupposti e scopi della direttiva

I presupposti e gli scopi della direttiva che qui si commenta sono enunciati con ampiezza. Questo, innanzitutto, nella parte motiva, laddove si rileva la consistenza del contenzioso originato dalle azioni *ex art.* 127 Cost., la costante espressione di moniti, da parte della Corte costituzionale, sulla opportunità di prevenirlo tramite l'esercizio di una attività di leale collaborazione e concertazione interistituzionale, la positiva esperienza di altri tentativi analoghi esperiti in passato, la necessità di coordinare gli interventi per assicurare il rispetto dei termini previsti dalla Costituzione per l'impugnazione (che, lo si ricorda, sono di sessanta giorni dalla pubblicazione della legge).

In una più articolata premessa introdotta nella parte dispositiva, si rileva come la grandissima parte delle decisioni della Corte nei giudizi in via principale origini da atti di promovimento statali, e come ben rari siano, in questi casi, i dispositivi che non contengano almeno alcuni profili di accoglimento, se si eccettuano le pronunce con cui viene accertata la cessazione della materia del contendere, oppure l'estinzione del procedimento per rinuncia al ricorso: ciò che accade, di frequente, per gli interventi posti in essere dalle Regioni stesse non spontaneamente, ma «all'esito di negoziazioni tra lo Stato e la regione o la provincia autonoma interessata»<sup>9</sup>.

Si rileva, altresì, l'importanza di una concertazione preventiva, che consenta l'adozione di atti normativi regionali che abbiano già superato un vaglio politico informale nell'interlocuzione con il Governo, e che, pertanto, siano privi di quei profili che, altrimenti, costituirebbero il presupposto per una censura attraverso l'impugnazione.

Tutto questo per contestualizzare due obiettivi, nella speranza di «produrre una significativa riduzione del contenzioso costituzionale», o, nei casi in cui risulti comunque inevitabile adire la Corte, di «consentire che la relazione deliberata dal Consiglio dei ministri per l'individuazione delle norme regionali o provinciali da impugnare, dei parametri costituzionali violati e delle eventuali norme interposte contenga tutti gli elementi necessari alla

nuova delibera del Consiglio regionale, il quale, peraltro, veniva escluso dalle trattative, nelle quali erano coinvolti funzionari delle diverse Giunte. Cfr. F. DAL CANTO, E. ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2005-2007)*, Giappichelli, Torino, 2008, spec. 179 ss.

<sup>9</sup> Proprio a commento della direttiva, riflette sul carattere di "rimedio cautelativo" dell'impugnazione in via principale, per come si staglia anche nella riflessione dei diversi presidenti della Corte costituzionale, oggetto di esternazione nelle comunicazioni alla stampa, F.G. CUTTAIA, *La Direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 23 ottobre 2023: un'iniziativa per l'ulteriore rafforzamento della leale collaborazione tra lo Stato e le Regioni*, in *Federalismi.it*, 31, 2023, 29, disponibile all'indirizzo: [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

proposizione del ricorso da parte dell'Avvocatura generale dello Stato, sì da soddisfare pienamente i requisiti di ammissibilità dello stesso».

Il primo tra gli scopi esplicitati è quello di «assicurare un efficace esercizio delle attribuzioni costituzionali del Consiglio dei ministri», il quale, spesso, in ragione del frazionamento dell'istruttoria tra i diversi dicasteri, non è in grado di apprezzare esattamente i termini della questione, onde esprimere una “valutazione ponderata” che tenga conto, a un tempo, dei profili tecnici e di quelli di ordine politico e sistematico.

In secondo luogo, si vogliono «creare le condizioni per sciogliere, ove possibile, i dubbi di legittimità costituzionale delle leggi regionali e provinciali attraverso forme di coordinamento tra lo Stato e la regione o la provincia autonoma e, qualora ciò non risulti possibile, assicurare un tempo adeguato al fine di consentire un confronto politico con la regione o la provincia autonoma interessata». Il che può avvenire con l'assunzione dell'impegno, per l'ente territoriale, di modificare la propria normativa in tempo utile, assicurando peraltro che, nelle more, le disposizioni contestate non producano effetti di paventata incostituzionalità; ovvero individuando soluzioni alternative, quali la possibilità di una interpretazione costituzionalmente conforme (anche garantita dal disposto di “circolari interpretative concordate”), o la valorizzazione di parametri eurounitari che rendano irrilevante la questione di costituzionalità.

### **5. Il dispositivo della direttiva**

La parte più strettamente dispositiva della direttiva si articola in tre distinti momenti: quello dedicato alla “razionalizzazione della fase precontenziosa”; quello che fissa i “requisiti delle note ministeriali recanti proposte di impugnazione”; quello dedicato al “monitoraggio degli impegni assunti” e alle “rinunce ai ricorsi pendenti”.

Circa il primo aspetto, per garantire una efficace scansione, organizzativa e temporale del lavoro, viene innanzitutto evidenziata l'opportunità di designare un “referente unico” per ciascun ambito di competenza ministeriale (viene da pensare: anche per quanto riguarda le diverse strutture della Presidenza rette dai ministri senza portafoglio). Tale soggetto si fa interlocutore privilegiato del Dipartimento per gli Affari regionali e le autonomie (di seguito: il Dipartimento) «nella fase di valutazione dei profili di costituzionalità e di negoziazione delle possibili modifiche degli atti legislativi regionali».

Si ha poi una rigorosa definizione delle tempistiche. Immediata notificazione delle leggi regionali e provinciali, da parte del Dipartimento, «a tutti gli uffici e settori legislativi dei rispettivi Ministri, per le valutazioni di competenza»; trasmissione delle osservazioni dei diversi uffici al Dipartimento, salvo eccezioni, entro trenta giorni dalla pubblicazione delle leggi in que-

stione, oltre il quale termine (il quale, tuttavia, non per questo, almeno apparentemente, risulta altro che ordinatorio) si intende che non se ne vogliono porre; tempestivo avvio di una interlocuzione da parte del Dipartimento con gli enti territoriali interessati, con relativa, costante informazione all'Avvocatura dello Stato.

Una volta concluso questo procedimento, che non viene ulteriormente formalizzato, lasciando aperta la possibilità ai più diversi strumenti come già enunciati, si ha che ogni proposta di impugnazione, o di non impugnazione, deve essere trasmessa al Consiglio dei ministri, il quale è chiamato a deliberare, di norma, entro sette giorni dalla scadenza del termine di cui all'art. 127 Cost. Per garantire una adeguata e ponderata valutazione, le proposte del Dipartimento, di regola, devono essere trasmesse al Consiglio con almeno un giorno di anticipo.

Se, forse, è eccessivo pensare che in questo possa scorgersi l'idea di valorizzare, per quanto possibile, una informata interlocuzione nella sede del "preconsiglio", a cui partecipano i diversi responsabili dei gabinetti e degli uffici legislativi, certamente si tratta di uno sforzo apprezzabile in tanto in quanto consente di fissare con chiarezza lo spazio per una finestra di riflessione sulle acquisizioni dell'istruttoria.

Eventualmente, l'impegno assunto in senso conciliativo da parte delle Regioni o delle Province autonome si dovrebbe vestire della forma dell'"impegno" sottoscritto dal relativo presidente della Giunta, «in conformità al rispettivo ordinamento»<sup>10</sup>. E questo nelle more della «eventuale adozione di un accordo in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, ai sensi dell'art. 4 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, relativo alle modalità per l'assunzione dell'impegno da parte delle regioni e delle province autonome»: passaggio che potrebbe avere un rilievo particolarmente significativo, malgrado la vaghezza con il quale viene configurato nella direttiva.

Si deve, peraltro, ricordare che la disposizione legislativa appena richiamata prevede che gli accordi conclusi nella sede della Conferenza Stato-Regioni, «in attuazione del principio di leale collaborazione e nel persegui-

<sup>10</sup> F. POLITI, *La direttiva sulla "razionalizzazione" della procedura governativa di esame delle leggi regionali. Prime considerazioni*, in *La lettera AIC*, 11, 2023, 4 ss., disponibile all'indirizzo: [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), osserva che, con questa «formula anodina» la direttiva rimette «alla dimensione regionale la relativa disciplina»: con il che si apre una interessante prospettiva su una possibile regolamentazione, a norma di statuto o di legge regionale, delle modalità di assunzione dell'impegno e della sua cogenza, per recuperare istanze che altrimenti risulterebbero sacrificate in misura forse eccessiva: particolarmente, il coinvolgimento dei Consigli regionali e alcune garanzie per le situazioni giuridiche soggettive dei privati, laddove si dia il caso, rilevato dallo stesso Politi, in cui le leggi di cui si valuta l'impugnazione «non si limitino a disciplinare aspetti organizzativi, ma assegnino diritti o facoltà».

mento di obiettivi di funzionalità, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa» e «al fine di coordinare l'esercizio delle rispettive competenze e svolgere attività di interesse comune», «si perfezionano con l'espressione dell'assenso del Governo e dei Presidenti delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano».

Per quanto riguarda le note che sono trasmesse dalle diverse strutture ministeriali al Dipartimento, contenenti le osservazioni sulle leggi regionali, si precisa come esse non debbano soltanto indicare «soluzioni legislative idonee a fare venire meno le censure di costituzionalità rappresentate», per consentire il migliore svolgimento dell'interlocuzione precontenziosa tra il Governo e gli enti territoriali; ma anche recare tutti gli «elementi che identificano la questione di legittimità costituzionale che si propone di sollevare».

A quest'ultimo proposito, la direttiva è estremamente analitica nell'evidenziare le diverse acquisizioni della giurisprudenza costituzionale in materia di ammissibilità dei ricorsi, nella quale si è evidenziato come ogni profilo essenziale debba essere già esplicitato nella relazione ministeriale allegata alla delibera con cui il Consiglio dei ministri promuove la questione. Sono, a questo proposito, richiamate recenti pronunce della Corte costituzionale, quali le sentt. 286 del 2019<sup>11</sup>, 177 del 2020<sup>12</sup> e 42 del 2021<sup>13</sup>.

Ogni scheda, pertanto, indicando anche i precedenti giurisprudenziali rilevanti, deve individuare esattamente le norme impugnate, i parametri, una adeguata motivazione che illustri, pur sinteticamente, il merito delle censure, con la cura di evitare ogni espressione "apodittica".

Si consideri, a questo proposito, come non sia più prevista la possibilità, accordata in passato dal vecchio testo dell'art. 127 Cost., in base alla quale il Governo poteva promuovere questione «di merito per contrasto di interessi

<sup>11</sup> «Il ricorso in via principale [...] deve identificare esattamente la questione nei suoi termini normativi, indicando le norme costituzionali, e le norme ordinarie eventualmente interposte, il cui rapporto di compatibilità o incompatibilità con la disposizione impugnata costituisce l'oggetto della questione. Deve inoltre contenere una argomentazione di merito a sostegno della richiesta dichiaratoria di illegittimità costituzionale» (C. cost., sent. 23 dicembre 2019, n. 286, cons. diritto, 5.4).

<sup>12</sup> Qui la Corte rileva, sulla scorta di una solida giurisprudenza, come il ricorrente in via d'azione non debba esperire ogni tentativo per addivenire a una interpretazione costituzionalmente conforme delle disposizioni legislative, potendo «trovare ingresso, nel giudizio in via principale, anche questioni promosse in via cautelativa ed ipotetica, purché le interpretazioni prospettate non siano implausibili e siano ragionevolmente collegabili alle disposizioni impugnate» (C. cost., sent. 30 luglio 2020, n. 177, cons. diritto, 6).

<sup>13</sup> «È costante l'orientamento di questa Corte secondo cui, nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale, il ricorrente ha non solo l'onere di individuare le disposizioni impugnate e i parametri costituzionali dei quali lamenta la violazione, ma anche di proporre una motivazione che non sia meramente assertiva e che contenga una specifica e congrua indicazione delle ragioni per le quali vi sarebbe il contrasto con i parametri evocati, dovendo contenere una sia pur sintetica argomentazione di merito a sostegno delle censure» (C. cost., sent. 19 marzo 2021, n. 42, cons. diritto, 4.1).

davanti alle Camere»: ogni questione è oggi destinata alla Corte e, come tale, deve essere rivestita di un carattere tecnico-giuridico, ancorché politici siano gli apprezzamenti che possono essere compiuti circa l'opportunità di sollevarla<sup>14</sup>.

Si invitano altresì i competenti uffici a evitare qualsiasi valutazione di ordine politico (evidentemente possibile, nella logica stessa del giudizio costituzionale in via d'azione, ma rimessa alle autonome e assorbenti valutazioni del Consiglio dei ministri), per evitare di incorrere in una richiesta di adeguamento dell'istruttoria a una più stringente tecnicità delle censure, che, se del caso, dovrà accompagnarsi a una risposta fornita «con la massima sollecitudine e, comunque, entro il termine di volta in volta fissato dallo stesso Dipartimento».

L'ultimo aspetto preso in considerazione attiene ai casi in cui il Consiglio dei ministri abbia deliberato di non impugnare una determinata legge «in virtù dell'assunzione di un impegno da parte regionale o provinciale ad approvare i necessari interventi legislativi»: da questa determinazione prende avvio un procedimento di “monitoraggio”, pure rimesso alle cure del Dipartimento. Esso, progressivamente, «acquisisce aggiornamenti in merito dalle regioni e province autonome» e «con cadenza semestrale, riferisce al Consiglio dei ministri sullo stato di attuazione degli impegni assunti».

Diversamente, qualora la questione sia stata promossa, ma, prima della definizione del giudizio, siano intervenute modifiche della normativa da parte della Regione o delle Province autonome, evidentemente in senso satisfat-

<sup>14</sup> Tuttavia, non si deve dimenticare come questo atto politico del Governo (tale, *ex multis*, per C. Cost., sent. 13 febbraio 1995, n. 35) debba accedere a una adesione a profili di contestazione tecnica che i successivi scritti defensionali dell'Avvocatura dello Stato possono certamente dettagliare e specificare, ma non impostare in totale autonomia: su quest'ultimo aspetto processualistico, così importante nell'ottica della stessa direttiva, a fianco delle opere classiche sulla giustizia costituzionale, sembra assai proficuo il confronto con il recente commento di G. PALMIERI, *L'art. 127 della Costituzione*, in *La Magistratura*, 6 maggio 2022, disponibile all'indirizzo: *lamagistratura.it*; in quest'ultimo scritto sembra stagliarsi l'efficace qualificazione dell'atto di promovimento quale atto politico di (libera e insindacabile) adesione a una valutazione tecnico-giuridica. Sorge allora il dubbio, non facilmente aggirabile, se dopo la revisione dell'art. 127 Cost. le valutazioni del Consiglio dei ministri, rivolte esclusivamente alla Corte, debbano valorizzare esclusivamente profili tecnici o non possano attenersi anche a profili di merito politico. Una risposta a questo interrogativo non può, in ogni caso, non tener conto di un diverso aspetto: che il giudizio in via d'azione è un giudizio di parti, in cui il ricorso è certamente sollevato nell'interesse della Costituzione ma anche, almeno in fatto, se e solo se questo sia nell'interesse (politico) del soggetto attore. Il che determina, tra l'altro, la circostanza per cui leggi analoghe di Regioni diverse possono essere oggetto di un trattamento dispari, né questo comportamento può essere oggetto di alcuna sanzione giuridica (cfr. A. PERTICLI, *Giudizio in via d'azione*, in *Digesto disc. pubbl.*, agg. V, Utet, Torino, 2012, spec. 415). Si è espresso, in dottrina, il timore «sulle garanzie del rispetto del riparto costituzionale delle competenze (fra Stato e regioni) anche all'interno dei relativi “tavoli di concertazione” affinché tali “tavoli” non vengano a configurarsi come uno spazio decisionale interamente “politico” con il rischio di trattamenti differenziati e di tacite deroghe alla Costituzione» (F. POLITI, *La direttiva*, cit., 4).

tivo rispetto ai *desiderata* statali, il Dipartimento chiede «una dichiarazione relativa alla mancata applicazione *medio tempore* delle disposizioni impugnate»; inoltre, interpella le strutture ministeriali «circa la possibilità di procedere alla rinuncia del ricorso pendente, con celerità e, comunque, entro il termine di volta in volta indicato, al fine di evitare che la rinuncia al ricorso sia proposta nell'imminenza della data fissata per l'udienza».

Evidentemente, questo è opportuno solo in caso di esito positivo della prima verifica, nella misura in cui la declaratoria di incostituzionalità rimarrebbe indispensabile per caducare eventuali effetti comunque prodottisi nel periodo di vigenza della legge della quale si promuove il sindacato, e rispetto ai quali una posizione di acquiescenza governativa, per quanto astrattamente configurabile, è sicuramente politica, come tale riservata al livello decisionale supremo, e con ciò sottratta a procedure che non eccedono rispetto a un'orbita tecnica.

## 6. Conclusioni

È certamente molto presto per valutare la portata e gli effetti della direttiva in commento, sia dal punto di vista conformativo, sia nelle ripercussioni sulla consistenza e sui caratteri del contenzioso costituzionale in via d'azione. Non è, però, un dato irrilevante quello per cui, dall'emanazione della direttiva alla fine del 2023, risulta che il Governo non abbia ritenuto di sollevare alcuna questione di legittimità costituzionale sulle leggi delle Regioni e delle Province autonome: il che, se non altro, testimonia un certo grado di adesione allo spirito dell'atto in commento, almeno nella fase iniziale.

Si può, tuttavia, dar conto di alcuni dubbi già espressi in dottrina e di qualche altra notazione conclusiva e di contesto. Si è osservato<sup>15</sup>, e non si può non concordare, che il provvedimento è «da guardare con favore laddove mira a disciplinare procedure fin ad ora lasciate alla prassi e ad individuare soluzioni conciliative fra Stato e regioni fondate sul principio di leale collaborazione», ma occorre interrogarsi, in primo luogo, sulla sua resistenza, attesone il carattere non normativo e sprovvisto di una base legale (che non sia la mera norma attributiva di potere di cui alla legge n. 400 del 1988): il che è strutturale nella logica degli atti di indirizzo, la cui tenuta è quella dell'autorevolezza politica che viene loro riconosciuta, in uno con il credito istituzionale di cui gode chi li ha emessi.

Proprio a quest'ultimo aspetto sembra collegarsi il fatto che l'intero processo impostato dalla direttiva è, di fatto, orientato dal Dipartimento per gli Affari regionali, che è la stessa articolazione della Presidenza ad aver dato impulso al provvedimento (come, peraltro, si dichiara esplicitamente). Non

<sup>15</sup> Particolarmente da F. POLITI, *La direttiva*, cit., 3.

vi è dubbio che, nella contingenza, esso sia una delle strutture più rilevanti della Presidenza del Consiglio, anche per il ruolo che svolge nel diverso ambito dell'attuazione dell'art. 116, co. 3 Cost. in materia di autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario, ma questo potrebbe rideterminarsi in senso diverso in un futuro anche prossimo, sì che la posizione dei soggetti istituzionali non particolarmente valorizzati possa tornare a farsi valere scardinando lo schema razionalizzatore ora definito: è il caso, tra gli altri, del Consiglio dei ministri, che si trova a deliberare in base a una istruttoria molto accentrata; e della Conferenza Stato-Regioni, chiamata esclusivamente (e in via del tutto eventuale) a definire uno schema tipico di atto con il quale si esprime l'impegno delle autonomie<sup>16</sup>.

Sempre a proposito di pretermissione, si deve segnalare come, in mancanza di un coinvolgimento procedimentale della Conferenza Stato-Regioni, quei soggetti (titolari di potestà legislativa) che, nel procedimento davanti alla Corte costituzionale, potrebbero intervenire come terzi costituiti in giudizio, nei limitati casi in cui questo è consentito<sup>17</sup>, non abbiano alcuna voce nella fase precontenziosa, della quale, tuttavia, potrebbero aver interesse,

<sup>16</sup> Questo a tacere della sede parlamentare, nella quale, soprattutto in seno alla Commissione per le questioni regionali in composizione integrata dai rappresentanti delle autonomie territoriali, dovrebbe trovare spazio un confronto più sistematico, che prevenga in modo strutturale una parte significativa delle occasioni di attrito che, in qualche modo, trovano sfogo di fronte al giudice delle leggi. Sul punto, con decisione, cfr. F.G. CUTTAIA, *La Direttiva*, cit., 32 ss.: per questo autore, sarebbe di grande rilievo, anche ordinamentale, che il luogo della mediazione coinvolgesse le rappresentanze dei rispettivi corpi legislativi, piuttosto che figure di estrazione esecutiva e governativa quali quelle che possono prendere parte ai lavori del sistema delle Conferenze. Un profilo di difficoltà sarebbe certamente rappresentato dal permanere in capo al Governo di un potere discrezionale di impugnazione in via d'azione, senza previa necessità di acquisire un parere o di esperire un confronto nella sede parlamentare (o in qualsiasi altro luogo di mediazione), e questo in virtù della trasparente lettera di un precetto costituzionale. Solo con una sua "manutenzione" (correttiva o integrativa) si potrebbe definire, innovativamente, il ricorso in via principale quale rimedio estremo e necessario per far fronte a situazioni in cui una difficile o impossibile conciliazione politico-legislativa possa essere sbloccata soltanto in sede giurisdizionale. Sul punto, cfr. le ampie considerazioni *de iure condendo* di C. CARUSO, *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, spec. 395 ss., e in particolare, sul punto, le proposte di rivedere «il costante orientamento volto ad escludere l'illegittimità consequenziale nei confronti di leggi di altre Regioni *illo tempore* non impugnate ma di significato analogo a quella dichiarata incostituzionale *principaliter*» e di «inserire [...] filtri di ammissibilità alla rinuncia, per favorire l'interesse oggettivo alla pronuncia sul merito» (il che, secondo l'autore, sta nei poteri di autoorganizzazione del processo costituzionale di cui dispone la Corte). Questo, tra l'altro, allo scopo di valorizzare l'acquisizione dogmatica per cui, nel caso del ricorso sollevato dal Governo, la «volontà politica è il *motivo* dell'impugnazione, non la *ragione* o la *causa*, che invece trascende le intenzioni dei soggetti che compongono l'organo, coincidendo con l'*istanza di unità* demandata allo Stato dalla Costituzione» (corsivi dell'autore).

<sup>17</sup> E questo nel permanere di una impostazione estremamente restrittiva pur nell'ambito di una sempre maggiore "apertura" del processo costituzionale, come ricostruito, per tutti, da E. ROSSI, *L'intervento di terzi nel giudizio in via principale dopo la modifica delle norme integrative*, in *Giur. cost.*, 2, 2020, 1057 ss.

almeno, a conoscerne i termini e le acquisizioni: ciò che non sembra potersi dare, in ragione della riservatezza con la quale dovrebbe svolgersi la procedura.

Anche la cogenza dell'impegno assunto dalle Regioni può essere oggetto di qualche considerazione scettica, nella misura in cui, comunque, una efficace strategia dilatoria potrebbe semplicemente condurre al superamento del termine per l'impugnazione di cui all'art. 127 Cost., con la conseguente difficoltà ad accedere a forme alternative di sindacato da parte del livello centrale. E questo potrebbe senz'altro avvenire se si considera che non necessariamente il Consiglio regionale si deve conformare tempestivamente all'impegno assunto dal presidente della Giunta.

Nel che, si individua il vero punto debole dell'intervento in commento e anche il profilo più delicato sotto il punto di vista dei rapporti interistituzionali: non vi è, infatti, dubbio che l'organo più di tutti pretermesso nello schema delineato dalla direttiva sembra essere proprio il Consiglio regionale, il quale non viene neppure richiamato nel suo ruolo indefettibile (solo i Consigli, invero, possono modificare le leggi regionali contestate), e che certamente può rivendicare la sua posizione nei confronti del presidente della Giunta, se del caso fino alle estreme conseguenze.

Con tutto questo, da un lato non si dà una gran prova di considerazione per gli organismi che esprimono il massimo livello della rappresentanza politica delle diverse autonomie; e dall'altro si depotenzia grandemente l'efficacia della mediazione precontenziosa, che non può essere assicurata da un impegno vincolante (salvo che norme della singola Regione intervengano a definirlo come tale).

Sicché, non sembra difficile immaginare che, con una diversa sensibilità istituzionale espressa dal Governo e, particolarmente, dal Dipartimento, le impugnazioni cautelative delle leggi problematiche potrebbero tornare ad essere la regola, anche per la ristrettezza dei tempi a disposizione per compiere valutazioni più ponderate, e ferma restando la possibilità di addivenire alle soluzioni della cessazione della materia del contendere o della rinuncia al ricorso nel caso di modifiche successivamente intervenute.

In altre parole, per l'esercizio della leale collaborazione, che è il sostrato necessario della direttiva, occorre un concorso di volontà bilaterale, e anche un tratto di fiducia reciproca che non sempre si configura in concreto. A prescindere dal seguito che le Regioni hanno inteso dare alle richieste di impegno a modificare le leggi ritenute incostituzionali, onde evitare l'impugnazione o comunque una pronuncia nel merito da parte della Corte costituzionale (il che, purtroppo, non è associato a un dato statistico ufficiale e ostensibile), i livelli quantitativi del contenzioso, storicamente molto elevati, testimoniano un approccio tradizionalmente lontano da uno sforzo co-

stante di costruttiva dialettica: qualcosa di differente da un approccio, per un verso, impositivo e verticalistico o, in reazione, conformativo in ottica puramente difensiva<sup>18</sup>.

Per questo, il miglioramento degli indicatori, in chiave deflattiva, se vuole essere perseguito anche come obiettivo caratterizzante dell'indirizzo politico di governo, in relazione a un ripensamento del sistema delle autonomie che passa per una rinnovata responsabilizzazione dei livelli territoriali<sup>19</sup>, sembra doversi misurare non soltanto con la predisposizione di strumenti per il più razionale coordinamento interorganico e intersoggettivo, ma anche con una profonda e seria revisione dello spirito ad essi sotteso. In questo risiedono, ovviamente, le stesse possibilità di successo a lungo termine della direttiva che si è commentata in queste pagine.

<sup>18</sup> Di «un contenzioso che certamente per la sua mole contraddice lo spirito della leale collaborazione» parla lo stesso F.G. CUTTAIA, *La Direttiva*, cit., 32.

<sup>19</sup> In questo senso sembrano doversi inquadrare le dichiarazioni rese dal ministro Calderoli in sede di illustrazione della direttiva alla Conferenza Stato-Regioni. Egli, «nell'evidenziare che il tema è la leale collaborazione, afferma che per ottenere i risultati auspicati dall'azione di Governo è fondamentale ispirarsi al principio di leale collaborazione tra lo Stato e i diversi livelli costituzionali, a partire dalle Regioni e dalle Province autonome», che «deve, in particolare, orientare la quotidiana attività di esame della legittimità costituzionale delle leggi, [...] al fine di conseguire un contenimento del contenzioso». Cfr. Conf. Stato-Regioni, verbale n. 19, 12 ottobre 2023. Queste affermazioni si accompagnano al supporto dei dati relativi alle impugnazioni, che, nell'esperienza del Governo Meloni sono state proposte in numeri significativamente contenuti rispetto al recente passato: solo 23 ricorsi nel 2023 (lo si è detto, tutti precedenti all'emanazione della direttiva), contro i 73 del 2022 (esclusivamente del Governo Draghi), i 63 del 2021, i 96 del 2020, gli 85 del 2019.

**BREVI CONSIDERAZIONI A MARGINE DEL PROTOCOLLO D'INTESA  
TRA ITALIA E ALBANIA IN MATERIA DI MIGRAZIONE**

**FRANCESCA TAMMONE\***

**Sommario**

1. Introduzione. – 2. Il Protocollo Italia-Albania nel quadro dell'”esternalizzazione delle frontiere”. – 3. L'ambito applicativo del Protocollo. – 3.1. La natura giuridica dei centri di detenzione dei migranti. – 3.2. La giurisdizione e la legge applicabile. – 3.3. L'applicabilità del Protocollo ai «soggetti vulnerabili». – 4. L'incompatibilità del Protocollo con i diritti fondamentali, con particolare riguardo al diritto di accesso alla giustizia. – 5. Conclusioni.

**Abstract**

*This article consists of a prima facie commentary on the Italy-Albania Protocol, a deal on migration issues, concluded by Italy and Albania on 6<sup>th</sup> November 2023. The agreement stipulates that Albania will make some areas of its territory available to Italy for the construction of two detention centres aimed at the processing of migrants' international protection applications. Despite these centres will be located in Albania, they will be placed under Italian jurisdiction and financed by Italy.*

*At the time of writing, neither Italy nor Albania have ratified the agreement. However, on the one hand, the Protocol is currently under the scrutiny of the Albanian Constitutional Court; on the other hand, the Italian Government has submitted a draft for its ratification to the Parliament.*

*In this phase of uncertainty, this paper analyses the agreement and compares it with other instruments aimed at combating irregular migration in the context of the “externalisation of the borders”. Furthermore, it analyses some aspects of the agreement that appear to be in conflict with the fundamental rights of migrants.*

**Suggerimento di citazione**

F. TAMMONE, *Brevi considerazioni a margine del protocollo d'intesa tra Italia e Albania in materia di migrazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2023. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Assegnista di ricerca di Diritto internazionale presso l'Università degli Studi di Firenze.  
Contatto: francesca.tammone@unifi.it

## 1. Introduzione

Con comunicato stampa del 6 novembre 2023, la Presidente del Consiglio Giorgia Meloni ha reso nota l'avvenuta conclusione di un Protocollo d'intesa tra Italia e Albania in materia di gestione dei flussi migratori (d'ora innanzi "Protocollo")<sup>1</sup>. Nella medesima occasione, la Presidente ha precisato che quest'ultimo sarebbe divenuto la base giuridica per realizzare e gestire, a spese dell'Italia, due strutture «per la gestione dei migranti *illegali*» che, ancorché situate in Albania, sarebbero state sottoposte alla «*giurisdizione*» dello Stato italiano<sup>2</sup>.

Nei giorni immediatamente a seguire, la notizia ha fin da subito suscitato un vivace dibattito, sia con riguardo alla legittimità di simili misure rispetto all'ordinamento italiano, sia relativamente alla trasparenza del governo circa le modalità di conclusione dell'accordo<sup>3</sup>. Il Ministero degli Esteri ha infatti provveduto alla pubblicazione del testo sul proprio sito ufficiale<sup>4</sup> solo a seguito della sua diffusione da parte della stampa albanese prima<sup>5</sup>, e di quella italiana poi<sup>6</sup>. In particolare, l'allegato 2 al Protocollo, relativo dettaglio delle spese a carico dell'Italia per la sua esecuzione, era stato inizialmente diffuso dal solo sito di informazione albanese *gogo-al*<sup>7</sup>.

All'indomani della firma dell'accordo, erano poi parse particolarmente problematiche le dichiarazioni rese dal Ministro per i rapporti con il Parlamento Luca Ciriani, secondo il quale *il controllo da parte del Parlamento non sarebbe stato necessario*, alla luce dell'esistenza di due accordi di cooperazione tra Italia e Albania conclusi nel 1995 e nel 2017 (sul punto, *infra*)<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Si veda l'intervento della Presidente Meloni di lunedì 6 novembre 2023, *Dichiarazioni alla stampa con il Primo Ministro d'Albania*, disponibile, con annessa trascrizione, al link:

<https://www.governo.it/it/articolo/dichiarazioni-alla-stampa-con-il-prim-ministro-dalbania-lintervento-del-presidente-meloni#:~:text=In%20che%20cosa%20consiste%20la%20gestione%20dei%20migranti%20illegali.>

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> A. SPAGNOLO, *Sull'illegittimità del Protocollo Italia-Albania in materia migratoria*, su *SI-DIBlog*, 9 novembre 2023; Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI), *Accordo Italia-Albania, ASGI: è incostituzionale non sottoporlo al Parlamento*, 14 novembre 2023, su [www.asgi.it](http://www.asgi.it).

<sup>4</sup> Per consultare il testo sul sito ufficiale del Ministero degli Esteri, si guardi il link: [https://www.esteri.it/wp-content/uploads/2023/11/Accordo-Italia-Albania\\_compressed.pdf](https://www.esteri.it/wp-content/uploads/2023/11/Accordo-Italia-Albania_compressed.pdf).

<sup>5</sup> La versione in albanese del testo dell'accordo è stata pubblicata dal sito di informazione albanese: [https://gogo-al.translate.google/?x\\_tr\\_sl=auto&x\\_tr\\_tl=en&x\\_tr\\_hl=it&x\\_tr\\_pto=wapp](https://gogo-al.translate.google/?x_tr_sl=auto&x_tr_tl=en&x_tr_hl=it&x_tr_pto=wapp).

<sup>6</sup> Si veda, ad esempio: [https://i2.res.24o.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/ILSOLE24ORE/Online/\\_Oggetti\\_Embedded/Documenti/2023/11/07/Protocollo%20Italia-Albania%20\(2\).pdf](https://i2.res.24o.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/ILSOLE24ORE/Online/_Oggetti_Embedded/Documenti/2023/11/07/Protocollo%20Italia-Albania%20(2).pdf).

<sup>7</sup> A. SPAGNOLO, *Sull'illegittimità del Protocollo Italia-Albania in materia migratoria*, cit.

<sup>8</sup> AGI, *L'accordo sui migranti con l'Albania non passerà per il Parlamento*, 8 novembre 2023, disponibile al link <https://www.agi.it/politica/news/2023-11-06/italia-albania-accordo-gestione-migranti-23841053/>.

Contrariamente a quanto inizialmente riferito da Ciriani, lo scorso 18 dicembre il Consiglio dei Ministri ha tuttavia presentato alle Camere il disegno di legge di ratifica ed esecuzione dell'accordo (d'ora innanzi, "d.d.l.")<sup>9</sup>, come già precedentemente annunciato dal Ministro degli Esteri Antonio Tajani alla fine del mese di novembre<sup>10</sup>. Nel frattempo, in Albania, la Corte costituzionale albanese è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità del Protocollo con la Costituzione, con conseguente *sospensione* della procedura di ratifica dell'accordo<sup>11</sup>. Con pronuncia del 13 dicembre 2023, il giudice delle leggi albanese, in virtù del proprio potere di controllo di costituzionalità preventivo sugli accordi internazionali, ha infatti dichiarato la questione ammissibile e fissato la prima udienza plenaria per il 18 gennaio 2024<sup>12</sup>.

In attesa degli ulteriori sviluppi che, pertanto, senz'altro seguiranno<sup>13</sup>, è dunque possibile svolgere alcune considerazioni d'ordine giuridico *prima facie* sul testo del Protocollo e sulle principali disposizioni introdotte dal d.d.l. di ratifica per la sua attuazione. A tal fine, si tenterà anzitutto di collocare il Protocollo nel più ampio contesto degli accordi già conclusi dall'Italia con finalità di controllo dell'immigrazione irregolare (par. 2). Successivamente, si evidenzieranno le principali criticità circa il suo ambito applicativo (par. 3), nonché le preoccupazioni relative alla compatibilità con i diritti fondamentali dei migranti, con un *focus* sul potenziale contrasto con il diritto di accesso alla giustizia (par. 4). Infine, si tratteranno alcune osservazioni conclusive (par. 5).

<sup>9</sup> *Ratifica ed esecuzione del Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, fatto a Roma il 6 novembre 2023, nonché norme di coordinamento con l'ordinamento interno*, disegno di legge ordinario presentato alle Camere il 18 dicembre 2023, disponibile al link: <https://www.camera.it/leg19/126?leg=19&idDocumento=1620>. Per un primo commento del testo, v. L. MASERA, *Il Disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo tra Italia ed Albania in materia di immigrazione: analisi del progetto e questioni di legittimità*, su *Sistema Penale*, 28 dicembre 2023, al link: <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/masera-il-disegno-di-legge-di-ratifica-ed-esecuzione-del-protocollo-tra-italia-ed-albania-in-materia-di-immigrazione-analisi-del-progetto-e-questioni-di-legittimita>.

<sup>10</sup> ANSA, *Tajani annuncia ddl di ratifica sull'intesa Italia-Albania*, 21 novembre 2023, [https://www.ansa.it/sito/notizie/politica/2023/11/21/intesa-italia-albania-tajani-riferisce-alla-camera\\_cf3db7f0-cc8c-4503-943b-f824f54c7ba8.html](https://www.ansa.it/sito/notizie/politica/2023/11/21/intesa-italia-albania-tajani-riferisce-alla-camera_cf3db7f0-cc8c-4503-943b-f824f54c7ba8.html).

<sup>11</sup> A. MAGNANI, *Albania, Alta Corte sospende ratifica accordo con l'Italia sui migranti. Tajani: decisione non preoccupa*, su *Il Sole 24Ore*, 14 dicembre 2023. La Corte costituzionale albanese dovrà tuttavia pronunciarsi definitivamente sulla costituzionalità del Protocollo entro 3 mesi dal deposito del ricorso, presentato il 6 dicembre 2023 da 30 parlamentari albanesi, e cioè entro il 6 marzo 2024, cfr. Servizio studi del Senato e della Camera dei deputati, *dossier sulla Ratifica ed esecuzione del Protocollo Italia-Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, nonché norme di coordinamento con l'ordinamento interno*, 21 dicembre 2023, p. 6.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Il presente scritto è aggiornato al 30 dicembre 2023.

## 2. Il Protocollo Italia-Albania nel quadro dell'«esternalizzazione delle frontiere»

Prima di addentrarsi nell'analisi dei contenuti del Protocollo, che consta di 14 articoli preceduti da un Preambolo, è bene offrire al lettore alcune coordinate circa il *contesto* in cui è maturata la sua conclusione. Da questo punto di vista, per un verso, fa indubbiamente da sfondo «l'interesse delle Parti», espressamente richiamato nel Preambolo, «a promuovere una crescente cooperazione bilaterale in tutti i settori, anche *nella prospettiva dell'adesione della Repubblica di Albania all'Unione Europea*». Da qui, sembra possibile desumere che il governo albanese intenda cooperare con l'Italia in cambio di un decisivo sostegno di quest'ultima nell'ambito dei negoziati finalizzati al suo ingresso nell'UE. Dal momento che l'Albania ha presentato la prima richiesta di adesione ben più di tredici anni fa<sup>14</sup>, non è infatti da escludersi che quest'ultima auspichi un'accelerazione della procedura.

Per quanto riguarda l'Italia, invece, la sottoscrizione del Protocollo si inserisce in una – ormai *consolidata* – strategia di contenimento delle ondate migratorie fondata sulla cooperazione con i Paesi extra-europei<sup>15</sup>. A sua volta, quest'ultima si colloca nel quadro, più ampio, del fenomeno dell'«esternalizzazione delle frontiere»<sup>16</sup>, al quale la dottrina generalmente riconduce tutti i meccanismi che consentono, mediante il coinvolgimento di altri Stati, una gestione *extraterritoriale* dei flussi migratori<sup>17</sup>. Normalmente,

<sup>14</sup> Lo stato della procedura è consultabile al sito: <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/enlargement/albania/#accession>.

<sup>15</sup> Questa circostanza è stata già opportunamente evidenziata da più autori. V. E. TESTI, *Profili di illegittimità del Protocollo Italia-Albania*, su *Questione Giustizia*, 28 novembre 2023; A. DE LEO, *On the incompatibility of the Italy-Albania Protocol with EU asylum Law*, su *SIDIBlog*, 15 novembre 2023.

<sup>16</sup> Quest'espressione, a cui non è associata una definizione *normativa*, è largamente utilizzata nella letteratura, la cui rilevanza è ben lungi dall'esaurirsi nel contesto italiano: *Inter alia*, V. MORENO-LAX, *Assessing Asylum in Europe: Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017; V. MORENO-LAX, *The Interdiction of Asylum Seekers at Sea: Law and (mal)practice in Europe and Australia*, in *Kaldor Centre for International Refugee Law Policy Brief No 4*, 2017, al link <https://www.kaldorcentre.unsw.edu.au/publication/policy-brief-4-interdiction-asylum-seekers-sea-law-andmalpractice-europe-and-australia>; B. RYAN, V. MITSILEGAS, *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, L'Aja, Martinus Nijhoff, 2010; F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione Europea nella conclusione e nell'esecuzione di 'accordi' per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2018, 5 ss.; F. DE VITTOR, *Migrazioni, frontiere e tutela dei diritti dello straniero: il controllo dei confini nella giurisprudenza recente della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto costituzionale*, n. 2/2020, 81 ss.; A. SPAGNOLO, *Offshore law. The tension between the universality of human rights and the practice of states in the management of migration flows*, in *Biblioteca della libertà*, 2017, 127 ss.

<sup>17</sup> A. RICCARDI, *Esternalizzazione delle frontiere italiane in Libia e Niger: una prospettiva di diritto internazionale*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2020, p. 163. I meccanismi di esternalizzazione possono includere, ad esempio, «il blocco fisico e il controllo integrato della frontiera, dall'altro

l'attuazione di meccanismi di esternalizzazione è resa possibile da intese che costituiscono la base giuridica per un controllo *congiunto* o, financo, una vera e propria *delega* della gestione dei flussi (anche solo parziale) in capo agli Stati di provenienza dei migranti<sup>18</sup>. Soprattutto a partire dalla Seconda decade degli anni Duemila, intese di questo tipo sono state *promosse*, e talvolta *attuate*, anche dall'Unione Europea<sup>19</sup> e da altri Stati membri dell'UE<sup>20</sup>. Fra questi, l'Italia rientra senz'altro tra quelli che hanno più attivamente cooperato con gli Stati terzi con finalità di controllo (*rectius*, contrasto) dell'immigrazione irregolare. Alcuni esempi noti di questa prassi sono il *Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione* (2008) e il *Memorandum d'intesa* conclusi con la Libia (2017)<sup>21</sup>, l'*Accordo tecnico con la Tunisia* (2011)<sup>22</sup> e il *Memorandum d'intesa* con il Sudan (2016)<sup>23</sup>, che hanno costitui-

una politica di dissuasione a lasciare i propri Paesi di origine, supportata dalla riammissione di cittadini irregolari sempre più rapida, procedure accelerate di determinazione di diritto al soggiorno ed esternalizzazione delle politiche di impatto», v. C.L. CECCHINI, G. CRESCINI, S. FACHILE, *L'inefficacia delle politiche umanitarie di rimozione degli "effetti collaterali" nell'ambito dell'esternalizzazione con particolare attenzione al resettlement. La necessità di vie legali effettive e vincolanti*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2/2018, p. 2.

<sup>18</sup> Per uno studio monografico sugli accordi finalizzati al controllo dell'immigrazione irregolare, MG GIUFFRÉ, *The Readmission of Asylum Seekers under International Law*, Hart Publishing, 2020.

<sup>19</sup> L'esempio più recente, in tal senso, è il *Memorandum of Understanding on a strategic and global partnership between the European Union and Tunisia*, reso pubblico il 16 luglio 2023, disponibile al link: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_23\\_3887](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3887). L'accordo era già stato annunciato da una dichiarazione sui contenuti della futura cooperazione con la Tunisia presentata dal "Team Europa" (che, come reso noto dal comunicato stampa, è costituito da Ursula von der Leyen, Giorgia Meloni e dal Premier neerlandese Mark Rutte) a seguito dell'incontro con il Presidente tunisino Kaïs Saïed. Su questo tema, si segnalano F. PERRINI, *Strumenti giuridici efficaci per una cooperazione efficace: il negoziato del Team Europa con la Tunisia in quale direzione va?*, su *SIDIBlog*, 25 giugno 2023; e, sempre F. PERRINI, *Post Scriptum sul negoziato del Team Europa con la Tunisia: La firma del Memorandum di intesa*, su *SIDIBlog*, 24 luglio 2023. Un altro esempio della prassi euro-unitaria in tema di esternalizzazione è l'EU-Turkey Statement, che ha suscitato ampie critiche da parte della dottrina, v. *inter alia*, C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, su *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 10, 2016, n. 2, 405 ss.; L. MAROTTI, M. MARCHEGIANI, *L'accordo tra l'Unione europea e la Turchia per la gestione dei flussi migratori: cronaca di una morte annunciata?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2017, 59 ss.

<sup>20</sup> Da questa prospettiva, F. IPPOLITO, G. BORZONI, F. CASOLARI, *Bilateral Relations in the Mediterranean. Prospects for Migration Issues*, Edward Elgar, 2020.

<sup>21</sup> Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione, concluso a Bengasi il 30 agosto 2008, ratificato con legge del 6 febbraio 2009, n. 7 (Ratifica ed esecuzione del Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista, fatto a Bengasi il 30 agosto 2008), in *GU Serie Generale* n.40 del 18-02-2009; Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana, firmato a Roma il 2 febbraio 2017 disponibile su [www.asgi.it](http://www.asgi.it).

<sup>22</sup> Tale accordo, concluso in data 5 aprile 2011, non è mai stato pubblicato nella versione integrale, ma reso noto tramite comunicato stampa del Ministero dell'Interno (v. *Immigrazione, siglato*

to, a seconda dei casi, la base giuridica per il pattugliamento congiunto delle coste, l'intercettazione di imbarcazioni in arrivo sul territorio, rimpatri accelerati o procedure semplificate di identificazione dei richiedenti asilo<sup>24</sup>.

Come il Protocollo, tali intese sono state concluse in modalità *rapide e informali* da parte del Governo e denominate con espressioni di regola utilizzate per strumenti di natura *non giuridica* (ad es. "Memorandum", "Protocollo", "Accordo di polizia" e via discorrendo). Ciononostante, esse sono state perlopiù ritenute produttive di effetti giuridici vincolanti per le Parti, sia alla luce del contenuto dei testi che della loro prassi applicativa. Da tali elementi è infatti possibile dedurre la «sicura volontà delle Parti di obbligarsi», che, stando alla giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia, è determinante ai fini della distinzione tra trattato internazionale in senso stretto e intesa non giuridica<sup>25</sup>.

Posto che il Governo italiano ha raramente provveduto alla ratifica di tali accordi, essi sono dunque qualificabili come *accordi in forma semplificata*, e, cioè, trattati internazionali divenuti vincolanti per le Parti per il tramite della sola sottoscrizione<sup>26</sup>. Essi, peraltro, sarebbero per di più riconducibili all'art. 80 Cost., che, com'è noto, richiede che l'approvazione e l'esecuzione di alcune categorie di trattati siano previamente sottoposte allo scrutinio parlamentare<sup>27</sup>. I casi in questione avrebbero senz'altro richiesto un simile adempimento, dal momento che essi hanno implicato finanziamenti – anche ingenti – da parte dello Stato italiano, e sono dunque ascrivibili alla categoria di trattati che importano oneri per le finanze<sup>28</sup>. Gli Stati *partners* delle intese

*l'accordo tra Italia e Tunisia*, 6 aprile 2011, su: [https://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala\\_stamp/notizie/immigrazione/000073\\_2011\\_04\\_06\\_accordo\\_Italia-Tunisia.html](https://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stamp/notizie/immigrazione/000073_2011_04_06_accordo_Italia-Tunisia.html).

<sup>23</sup> Memorandum d'intesa tra il Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno italiano e la Polizia nazionale del Ministero dell'interno sudanese per la lotta alla criminalità, gestione delle frontiere e dei flussi migratori ed in materia di rimpatrio, firmato il 3 agosto 2016 a Roma, disponibile online su [www.asgi.it](http://www.asgi.it).

<sup>24</sup> Per un approfondimento, sia consentito rinviare a F. TAMMONE, *Ragion (di Stato) di diritto. profili di illegittimità degli accordi "segreti" in materia di migrazione nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n.2/2023, 171 ss., e a relativi riferimenti bibliografici.

<sup>25</sup> Corte Internazionale di Giustizia (CIG), v., ad es., *Piattaforma continentale nel Mar Egeo (Grecia c. Turchia)*, 19 dicembre 1978, par. 24; *Delimitazione marittima e questioni territoriali tra Qatar e Bah-rain (competenza e ricevibilità)/Qatar c. Bahrain*, 1 luglio 1994, par. 23.

<sup>26</sup> Sul punto, v. B. CONFORTI, M. IOVANE, *Diritto internazionale*, 2021, pp. 82 – 83.

<sup>27</sup> Secondo l'art. 80 della Costituzione: «Le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi».

<sup>28</sup> Per una panoramica degli accordi in forma semplificata in materia di migrazione e dei loro effetti per lo Stato italiano, A. SPAGNOLO *The conclusion of bilateral agreements and technical arrangements for the management of migration flows, an overview of the Italian practice*, in *Italian Yearbook of International Law*, vol. 28, n. 1/2019, 215 ss. Per una ricostruzione della prassi degli

in materia di migrazione – di regola, extra-europei – accettano infatti di cooperare in cambio di risorse, supporto economico e finanziamenti, secondo un modello da alcuni definito delle “reciprocità sbilanciate”<sup>29</sup>. In ogni caso, l’applicabilità dell’art. 80 Cost. agli accordi su questa materia, in generale, è deducibile anche laddove questi non impongano – quantomeno esplicitamente – capitoli di spesa per l’Italia. Alla luce dell’importanza che la tematica dell’immigrazione ha assunto nell’ambito delle scelte relative alla politica estera, sarebbe infatti assai arduo sostenere che essi esulino dalla – seppur oscura – categoria dei “trattati di natura politica”<sup>30</sup>. Ciononostante, lo Stato italiano si è sempre mostrato acquiescente rispetto all’esecuzione di tali accordi, legittimando implicitamente una prassi contraria sia al diritto interno che al diritto internazionale<sup>31</sup>.

Nei giorni immediatamente successivi alla firma del Protocollo, lo schema così descritto sembrava essersi ripetuto. Viste le sue modalità di conclusione, nonché l’esplicita vocazione al contrasto all’immigrazione irregolare, alcuni avevano ragionevolmente sostenuto che il Protocollo potesse costituire l’ennesimo esempio di accordo *in forma semplificata* concluso in violazione dell’art. 80 Cost.<sup>32</sup>. Da un lato, era del resto innegabile che numerose disposizioni evidenziassero la volontà delle Parti di dare effettiva esecuzione a quanto pattuito, e di realizzare, così, un trattato internazionale in senso stretto. In questo senso, deponevano anzitutto gli articoli 12, 13 e 14 del Protocollo, che fissavano, rispettivamente, modalità di indennizzo o risarci-

accordi in forma semplificata conclusi, anche in altre materie, da parte del governo italiano, M. GIANNELLI, *I trattati internazionali in forma semplificata. Dinamiche del potere estero, ruolo della giustizia costituzionale ed evoluzioni della forma di governo*, Osservatorio sulle fonti. Collana di studi, 2023.

<sup>29</sup> L’espressione è tratta dal titolo del volume di J.P. CASSARINO (a cura di), *Unbalanced Reciprocities: Cooperation on Readmission in the Euro-Mediterranean Area*, Middle East Institute, 2010.

<sup>30</sup> *Mutatis mutandis*, C. FAVILLI, *Quali modalità di conclusione degli accordi internazionali in materia di immigrazione?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 158. L’espressione “trattati di natura politica” risulta, infatti, di difficile interpretazione. Ciononostante, la dottrina ha individuato alcune categorie di trattati che, per loro natura, sono ascrivibili a tale categoria. In particolare, secondo A. CASSESE (a cura di M. FRULLI), *Diritto internazionale*, Quarta ed., 2021, p. 267, questa comprenderebbe «qualunque trattato che abbia una diretta e manifesta rilevanza per tutta la comunità statale, o per il funzionamento dello Stato-apparato, o che comporti vincoli che incidono in maniera non trascurabile sulla politica estera della Repubblica».

<sup>31</sup> Secondo l’art. 46 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, la violazione delle norme interne sulla competenza a stipulare può rappresentare causa di invalidità di un trattato, se tale violazione è *manifesta* e riguarda una norma di *importanza fondamentale*. La violazione dell’art. 80 Cost. rientra senz’altro tra le norme di importanza fondamentale per l’ordinamento interno (v. B. CONFORTI, M. IOVANE, *Diritto internazionale*, cit., pp. 84- 85. L’art. 46 della Convenzione rappresenta tuttavia una causa d’invalidità relativa, nella misura in cui lo Stato che abbia *esplicitamente* o *implicitamente* accettato la conclusione, l’entrata in vigore e l’esecuzione del trattato perde il diritto di invocarne l’applicabilità.

<sup>32</sup> A. SPAGNOLO, *Sull’illegittimità del Protocollo Italia-Albania in materia migratoria*, cit.

mento della parte albanese nei casi ivi regolati, un termine di durata del trattato (di 5 anni) e, infine, la volontà di sottoporsi ad una procedura di conciliazione in caso di controversie tra le Parti circa l'interpretazione o l'applicazione del trattato. Inoltre, ad alcuni era parso significativo che le Parti avessero testualmente concordato l'entrata in vigore del Protocollo a seguito di un mero «scambio di note», e dunque in mancanza di alcun riferimento alla ratifica<sup>33</sup>.

Quanto, invece, all'applicabilità dell'art. 80 Cost. nel caso di specie, era pacifico che il Protocollo implicasse oneri alle finanze. Pur prevedendo la cessione «a titolo gratuito» di aree albanesi (Art. 3), il testo stabiliva infatti che l'Italia si impegnavano a rimborsare all'Albania le spese di erogazione di servizi sanitari (art. 4, comma 9) e per la sicurezza delle strutture (art. 6, comma 6), e a pagare i risarcimenti del danno nel caso in cui fossero sorte controversie nei confronti dell'Albania derivanti dall'attuazione del Protocollo (art. 12, comma 2). Dall'allegato 2 al Protocollo, inoltre, risulta che l'Italia avesse già concordato con l'Albania il pagamento di una cifra forfettaria pari a sedici milioni e mezzo di euro.

Tuttavia, tali conclusioni circa la natura giuridica del Protocollo si fondavano, inizialmente, sulle già richiamate dichiarazioni di Ciriani<sup>34</sup>, prontamente smentite dall'approvazione in tempi rapidi del disegno di legge di ratifica.

A ben vedere, il controllo parlamentare attualmente in corso, a ragione invocato da più esponenti del mondo del diritto<sup>35</sup>, risultava più che doveroso. La costruzione di centri per la gestione extraterritoriale della migrazione in aree albanesi, infatti, avrebbe difficilmente potuto trovare la propria base giuridica nel trattato sottoscritto tra Italia e Albania nel 1995, privo di disposizioni specifiche in materia di migrazione, né tantomeno in quello del 2017, mai reso pubblico<sup>36</sup>.

Nondimeno, come si tenterà di evidenziare qui di seguito, il d.d.l. di ratifica, esplicitamente adottato per rispondere «all'esigenza di garantire certezza nell'applicazione delle procedure, nell'attribuzione delle competenze nonché nell'individuazione della giurisdizione e della legge applicabile»<sup>37</sup>,

<sup>33</sup> *Ibidem*. In tal senso, anche l'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione (Asgi), *Il Protocollo italo-albanese in materia migratoria prevede norme incerte ed illegittime*, 22 novembre 2023, su [www.asgi.it](http://www.asgi.it).

<sup>34</sup> V. *supra*, nota 8.

<sup>35</sup> A. SPAGNOLO, *Sull'illegittimità del Protocollo Italia-Albania in materia migratoria*, cit.; ASGI, *Il Protocollo italo-albanese in materia migratoria prevede norme incerte ed illegittime*, cit.

<sup>36</sup> A. SPAGNOLO, *Sull'illegittimità del Protocollo Italia-Albania in materia migratoria*, cit.

<sup>37</sup> *Ratifica ed esecuzione del Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria*,

non esaurisce tutte le questioni aperte dal Protocollo, né risolve il problematico contrasto tra le sue disposizioni e alcuni dei diritti fondamentali dei migranti.

### 3. L'ambito applicativo del Protocollo

Se è pur vero che il Protocollo risulta per certi versi affine ad altri accordi in materia di migrazione, esso delinea un quadro sostanzialmente «inedito» sotto il profilo contenutistico<sup>38</sup>. Qui di seguito, si tenterà pertanto di evidenziarne le peculiarità, approfondendo, in particolare, la natura giuridica delle strutture di prossima costruzione in Albania (3.1.), gli aspetti relativi alla giurisdizione e alla legge applicabili all'interno delle stesse (3.2) e agli effetti nei confronti dei soggetti vulnerabili (3.3). Nell'analisi, si terrà conto anche del d.d.l. di ratifica, seppur solo nella misura in cui sia intervenuto su tali questioni<sup>39</sup>.

#### 3.1. La natura giuridica dei centri di detenzione dei migranti

Come dichiarato dalla Presidente Meloni alla stampa, lo scopo principale del Protocollo è delineare le condizioni che consentiranno all'Italia di valutare alcune richieste d'asilo in appositi centri collocati in Albania. Al riguardo, l'art. 3 dell'accordo stabiliva che, a tal fine, l'Albania avrebbe concesso all'Italia alcune aree del territorio albanese al fine di realizzarvi due – non più precisamente qualificate – «strutture». Alla luce del solo testo dell'accordo, risultava dunque difficoltoso individuare la natura giuridica di tali centri. Al contrario, era unicamente possibile desumere che vi sarebbero stati trattenuti «cittadini di Paesi terzi e apolidi per i quali *dev'essere accertata la sussistenza o è stata accertata l'insussistenza* dei requisiti per l'ingresso, il

*fatto a Roma il 6 novembre 2023, nonché norme di coordinamento con l'ordinamento interno*, cit., p. 2.

<sup>38</sup> M. SAVINO, F.V. VIRZÌ, *Il protocollo tra Italia e Albania in materia migratoria: prime riflessioni sui profili dell'extraterritorialità*, su *ADiM Blog*, Editoriale, Novembre 2023.

<sup>39</sup> Il d.d.l. di ratifica consta di 7 articoli corredati di una relazione tecnica sui capitoli di spesa per la realizzazione del progetto. Le prime due disposizioni contengono l'autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione del Protocollo, mentre le altre forniscono un quadro normativo di dettaglio funzionale all'esecuzione dell'accordo. Nella presente analisi, ci si soffermerà, in particolare, sull'art. 3, recante norme di coordinamento finalizzate alla corretta attuazione del Protocollo, e l'art. 4, sulla giurisdizione e la legge applicabile. Non verranno pertanto approfondite le disposizioni organizzative (art. 5) né quelle finanziarie (art. 6). L'art. 7, infatti, si limita a fissare l'entrata in vigore del decreto di legge di ratifica nel giorno successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

Per quanto concerne la legge applicabile, alcuni profili riguardano la giurisdizione penale per i reati commessi dallo straniero nelle strutture albanesi e correlati aspetti procedurali (art. 4 co. 6 d.d.l.). Per questi aspetti, di competenza penalistica, si rinvia invece a L. MASERA, *Il Disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo tra Italia ed Albania in materia di immigrazione: analisi del progetto e questioni di legittimità*, cit.

soggiorno e la residenza nel territorio della Repubblica italiana» (Art. 1, lett. d Protocollo) per il periodo massimo consentito per il «trattenimento» dalla normativa italiana vigente<sup>40</sup>. Una simile lacuna rendeva difficile determinare con certezza sia la natura che la durata dei procedimenti ivi applicabili. A tal proposito, le Parti si erano infatti limitate a stabilire che sarebbero stati consentiti l'ingresso e la permanenza dei migranti in tali strutture fino a un massimo di *tremila* contemporaneamente, al fine di effettuare *procedure di frontiera* o *di rimpatrio* previste dalla «normativa italiana ed europea» e per il tempo «strettamente necessario alle stesse» (Art. 4 Protocollo, commi 1 e 3).

Il d.d.l. di ratifica, da questo punto di vista, opera senz'altro un intervento chiarificatore. In particolare, l'art. 3 co. 4 d.d.l. stabilisce che sia la struttura che sarà ubicata nel porto di Shengjin (Allegato 1, lett. A) che quella ubicata a Gjadër, nell'entroterra (Allegato 1, lett. B), saranno «equiparate» a quelle previste dall'art. 10 ter co. 1 del Testo Unico sull'Immigrazione (d'ora in avanti, "TUI"). Com'è noto, tale disposizione disciplina i cc.dd. "punti di crisi" (*hotspots*), ove viene operata una primissima identificazione dei migranti mediante le operazioni cc.dd. di *screening* (che includono, ad esempio, rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico)<sup>41</sup>.

È sempre il co. 4 dell'art. 3 d.d.l. ad aggiungere che a Gjadër sarà tuttavia presente anche una "struttura per il rimpatrio" a norma dell'art. 14 TUI, che regola, invece, i cc.dd. CPR (Centri per la Permanenza e il Rimpatrio). Questi ultimi, com'è noto, sono centri di detenzione di cittadini stranieri in attesa di esecuzione di provvedimenti di espulsione, nel momento in cui non sia possibile procedervi con immediatezza (ad esempio, a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'accompagnamento alla frontiera) o nel caso in cui sussistano rischi di fuga, necessità di apprestare soccorso o di provvedere ad ulteriori accertamenti funzionali alla procedura di espulsione<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Se si tiene conto del periodo massimo fissato dalla legge italiana anche per i non richiedenti asilo, questo potrebbe estendersi fino ad un massimo di 18 mesi, v. ASGI, *Il Protocollo italo-albanese in materia migratoria prevede norme incerte ed illegittime*, cit. Il termine di 18 mesi è appunto quello fissato dal decreto legge n. 124 del 19 settembre 2023, riguardante "Disposizioni urgenti in materia di politiche di coesione, per il rilancio dell'economia nelle aree del mezzogiorno del Paese, nonché in materia di immigrazione", il quale, in materia di trattenimento presso i Centri di permanenza per rimpatri (CPR) ha appunto esteso il periodo massimo per la detenzione amministrativa dei cittadini stranieri in attesa di espulsione, già regolata dall'art. 14 T.U. Immigrazione. Per i cittadini stranieri richiedenti asilo, invece, è applicabile l'art. 6 d.lgs. 142/2015, che prevede come termine massimo di trattenimento pari a 12 mesi.

<sup>41</sup> Art. 10ter co. 1 D.lgs. 286/1998.

<sup>42</sup> Servizio studi del Senato e della Camera dei deputati, dossier sulla *Ratifica ed esecuzione del Protocollo Italia-Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, nonché norme di coordinamento con l'ordinamento interno*, cit., p. 25.

La sussistenza di entrambe le tipologie di detenzione amministrativa è in linea con quanto dichiarato dalla Presidente Meloni lo stesso 6 novembre. Quest'ultima aveva infatti specificato che «nel porto di Shengjin, l'Italia si occuperà delle procedure di sbarco e di identificazione. Qui realizzerà un centro di prima accoglienza dove operare una prima attività di *screening*, mentre in un'altra area più interna [Gjader] si realizzerà una seconda struttura (modello Cpr) per le procedure che invece sono successive»<sup>43</sup>.

In ogni caso, sia il d.d.l. che il Protocollo non contemplano, tuttavia, la possibilità che almeno ad alcuni dei migranti venga riconosciuto il diritto di soggiornare regolarmente in Italia, con conseguente necessità di trasferimento (con notevole dispendio di denaro pubblico) dall'Albania all'Italia. L'art. 3 co. 6 d.d.l. si limita infatti – significativamente – a stabilire che si potrà provvedere al trasferimento degli stranieri in strutture situate nel territorio italiano solo in «casi eccezionali» non meglio specificati. È pertanto auspicabile che una simile lacuna venga debitamente colmata in sede di scrutinio parlamentare.

### 3.2. La giurisdizione e la legge applicabile

Il Protocollo stabilisce che le strutture da realizzarsi in Albania verranno sottoposte alla giurisdizione italiana, così come confermato dall'art. 4 co. 1 del d.d.l. Tale previsione consiste senz'altro in una novità assoluta nel quadro degli accordi implicanti misure di esternalizzazione. Da questo punto di vista, il Protocollo si differenzia anche rispetto al recente *Memorandum di intesa tra Regno Unito e Ruanda* del 14 aprile 2022<sup>44</sup>, spesso accostato al Protocollo dalla stampa nelle ultime settimane<sup>45</sup>. Benché anche tale Memorandum preveda il trasferimento di migranti del Regno Unito in Ruanda, esso prevede infatti che le procedure di disamina delle richieste d'asilo debbano avvenire secondo la legge ruandese e sotto il controllo delle autorità locali<sup>46</sup>. Il sistema delineato dal Protocollo, invece, implica la piena responsabilità dello Stato italiano per procedure eseguite da parte di autorità italiane.

<sup>43</sup> V. *supra*, nota 1.

<sup>44</sup> Il testo del Memorandum è reperibile al link: <https://www.gov.uk/government/publications/memorandum-of-understanding-mou-between-the-uk-and-rwanda/memorandum-of-understanding-between-the-government-of-the-united-kingdom-of-great-britain-and-northern-ireland-and-the-government-of-the-republic-of-r>.

<sup>45</sup> Si veda, tra gli altri, Il Fatto Quotidiano, *Migranti in Albania, la Commissione europea: "Non si applicherà il diritto Ue"*. La giurista Favilli: "Un vantaggio per i richiedenti asilo", 15 novembre 2023; M. CAIRA, *Protocollo di intesa tra Italia e Albania: le criticità*, 23 novembre 2023, su [www.mondointernazionale.org](http://www.mondointernazionale.org).

<sup>46</sup> V., in particolare, l'art. 2 del Memorandum UK-Rwanda. Per un'analisi critica dell'accordo, invece, si veda UNHCR, *UNHCR Analysis of the Legality and Appropriateness of the Transfer of Asylum Seekers under the UK-Rwanda arrangement*, 8 giugno 2022, al link: <https://www.refworld.org/docid/62a31cc24.html>.

Tuttavia, come già evidenziato *supra*, il testo del Protocollo rendeva incerti gli stessi *presupposti applicativi* di un simile modello. Risultava poi particolarmente oscura la formulazione dell'art. 4 co. 4 dell'accordo:

L'ingresso dei migranti in acque territoriali e nel territorio della Repubblica di Albania avviene esclusivamente *con i mezzi delle competenti autorità italiane*. All'arrivo nel territorio albanese, le autorità competenti di ciascuna delle Parti procedono separatamente gli adempimenti previsti dalla rispettiva normativa nazionale e nel rispetto del presente Protocollo.

In assenza di ulteriori precisazioni circa i *mezzi* a bordo dei quali i migranti avrebbero dovuto fare ingresso nel territorio albanese, il testo apriva la strada all'eventuale applicabilità del Protocollo anche agli arrivi di migranti via terra<sup>47</sup>. Tale aspetto non è marginale, soprattutto se si considera che il numero di arrivi nel territorio dell'UE lungo la c.d. "rotta balcanica" – che comporta il passaggio dei flussi migratori attraverso Paesi come Serbia, Ungheria e Croazia – è secondo soltanto a quello degli arrivi di migranti irregolari via mare lungo la rotta del Mediterraneo centrale<sup>48</sup>.

Il d.d.l. di ratifica è dunque opportunamente intervenuto sul punto, chiarendo che il Protocollo è applicabile alle sole persone *imbarcate* «anche a seguito di operazioni di soccorso, in zone situate all'esterno del mare territoriale della Repubblica o di altri Stati membri dell'Unione europea»<sup>49</sup>. La previsione per cui i migranti verranno condotti in Albania soltanto a bordo di «mezzi delle autorità italiane» (Art. 3 co. 2) intende poi fugare ogni dubbio circa l'applicabilità del Protocollo ai migranti soccorsi dalle ONG.

L'ipotesi del trasporto di migranti in Albania a bordo di *navi* italiane era in ogni caso stata considerata ed esaminata da parte della dottrina anche prima della presentazione del d.d.l. alle Camere<sup>50</sup>. Una simile eventualità,

<sup>47</sup> In questo senso, anche ASGI, *Il Protocollo italo-albanese in materia migratoria prevede norme incerte ed illegittime*, cit., p. 1.

<sup>48</sup> I dati, relativi al 2023, sono tratti dal dell'Agenzia europea Frontex, v. <https://www.frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/detections-in-central-mediterranean-at-record-level-xSzOka>.

<sup>49</sup> L'articolo 3 co. 2 del disegno di legge di ratifica è in questo senso in linea con quanto precisato anche dal Ministro Tajani nell'ambito della propria comunicazione alle Camere del 21 novembre, v. Camera dei deputati, Legislatura 199esima, Seduta del 21 novembre 2023, disponibile al link: <https://www.radioradicale.it/scheda/713891/seduta-199a-xix-legislatura>.

<sup>50</sup> E. TESTI, *Profili di illegittimità del Protocollo Italia-Albania*, su *Questione Giustizia*, cit.; A. DE LEO, *On the incompatibility of the Italy-Albania Protocol with EU asylum Law*, cit.; M. SAVINO, F.V. VIRZÌ, *Il protocollo tra Italia e Albania in materia migratoria: prime riflessioni sui profili dell'extraterritorialità*, cit.; S. CARRERA, G. CAMPESI, D. COLOMBI, *The 2023 Italy-Albania protocol on extraterritorial migration management. A worst practice in migration and asylum policies*, CEPS, 7 dicembre 2023, al link [https://cdn.ceps.eu/wp-content/uploads/2023/12/ASILE\\_Italy-Albania-](https://cdn.ceps.eu/wp-content/uploads/2023/12/ASILE_Italy-Albania-)

infatti, sollevava non pochi dubbi circa l'applicabilità del diritto dell'UE in materia di asilo, e, in particolare, della Direttiva 2013/32/UE (c.d. "Direttiva Procedure", come la indicheremo da qui in avanti), che stabilisce procedure comuni per gli Stati membri per il riconoscimento della protezione internazionale<sup>51</sup>. Lo svolgimento di procedure per l'accertamento dei requisiti per lo status di rifugiato o di protezione internazionale sembrava infatti *esulare* dal dettato dell'art. 3 della Direttiva Procedure, che impone che le domande di protezione internazionale siano presentate nel *territorio* degli Stati membri dell'UE, incluse le zone di frontiera, le acque territoriali o le zone di transito<sup>52</sup>.

I dubbi originavano, in particolare, dal testo dell'accordo, che non chiariva *quali adempimenti*, in particolare, sarebbero stati eseguiti a bordo delle navi italiane nell'immediatezza dei soccorsi. Una simile lacuna non era di poco momento, posto che le navi italiane collocate in acque internazionali sono da considerarsi parte del territorio statale sia secondo diritto internazionale che secondo l'art. 4 del codice della navigazione<sup>53</sup>. Un'eventuale presentazione della richiesta di protezione internazionale a bordo delle navi avrebbe dunque dovuto implicare l'applicabilità dell'Art. 9 Direttiva Procedure, che stabilisce che i richiedenti asilo debbano rimanere nello Stato membro in cui presentano la richiesta di protezione internazionale  *fintantoché*  l'autorità accertante non abbia preso una decisione secondo le procedure di primo grado<sup>54</sup>.

Interpellata sul punto, la commissaria europea per gli affari interni, Ylva Johansson, aveva escluso l'applicabilità del diritto dell'UE in materia di asilo al caso di specie, generando, così, ulteriore confusione<sup>55</sup>. La posizione in questione trovava peraltro riscontro nel recente parere servizio legale del Parlamento europeo, che ha *escluso* che le navi battenti bandiera di uno Stato membro dell'Unione europea possano essere considerate come parte del

MoU-Extraterritorial-Migration-Management.pdf; ASGI, *Il Protocollo italo-albanese in materia migratoria prevede norme incerte ed illegittime*, cit.

<sup>51</sup> Direttiva 2013/32/UE del Parlamento e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione).

<sup>52</sup> A. DE LEO, *On the incompatibility of the Italy-Albania Protocol with EU asylum Law*, cit.

<sup>53</sup> Art. 4 R.D. 30 marzo 1942, n. 327, modificato dal D.lgs. del 18 maggio 2018, n. 61, in G.U. 06/06/2018, n.129 (Codice della navigazione): "Le navi italiane in alto mare e gli aeromobili italiani in luogo o spazio non soggetto alla sovranità di alcuno Stato sono considerati come territorio italiano."

<sup>54</sup> A. DE LEO, *On the incompatibility of the Italy-Albania Protocol with EU asylum Law*, cit.

<sup>55</sup> Euronews, *L'accordo migratorio Italia-Albania è "al di fuori" del diritto dell'Ue, dice la commissaria Ylva Johansson*, 16 novembre 2023, <https://it.euronews.com/my-europe/2023/11/16/laccordo-migratorio-italiaalbania-e-al-di-fuori-del-diritto-dellue-dice-la-commissaria-yl>.

territorio di tale Stato *ai fini della normativa euro-unitaria in materia di asilo*<sup>56</sup>.

Secondo alcuni, dall'inapplicabilità del diritto dell'UE sarebbero comunque potute discendere conseguenze potenzialmente favorevoli per i migranti<sup>57</sup>. In tal caso, infatti, le autorità italiane avrebbero dovuto riconoscere agli aventi diritto un permesso di soggiorno *nazionale*<sup>58</sup>, sulla base della disciplina della "protezione speciale" di cui all'art. 32 co. 3 del D.lgs. 28 gennaio 2008 n. 25<sup>59</sup>, applicabile nei casi in cui le autorità italiane competenti ed esaminare le domande d'asilo non riconoscano al cittadino straniero né lo status di rifugiato né la protezione sussidiaria, ma ritengano che ricorrano i presupposti di cui all'articolo 19, commi 1 e 1.1 del D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286. Tale disposizione, così come modificata dal recente D.L. 20/2023, convertito con in legge 50/2023 (c.d. "Decreto Cutro")<sup>60</sup>, vieta l'allontanamento

<sup>56</sup> Il documento, del 9 novembre 2018, è consultabile online al link: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/publications/avis/2018/0601/EP-PE\\_AVS\(2018\)0601\\_XL.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/publications/avis/2018/0601/EP-PE_AVS(2018)0601_XL.pdf). Si vedano, in particolare, i paragrafi 46-54, con particolare riguardo al par. 52. Per un'analisi più dettagliata su questo parere, v. E. TESTI, *Profili di illegittimità del Protocollo Italia-Albania*, cit.

<sup>57</sup> ASGI, *Il Protocollo italo-albanese in materia migratoria prevede norme incerte ed illegittime*, cit., p. 13. In questo senso, depone anche l'opinione della Prof.ssa Favilli nell'ambito dell'intervista rilasciata a Il Fatto Quotidiano, *Migranti in Albania, la Commissione europea: "Non si applicherà il diritto Ue"*. La giurista Favilli: "Un vantaggio per i richiedenti asilo", 15 novembre 2023.

<sup>58</sup> A. DE LEO, *On the incompatibility of the Italy-Albania Protocol with EU asylum Law*, cit. La possibilità che gli Stati possano disciplinare una c.d. "protezione complementare" all'interno dei propri ordinamenti è espressamente contemplata dal diritto dell'UE, e, segnatamente, dall'art. 6 par. 4 della direttiva rimpatri 2008/115/CE, il quale prevede che, oltre le due forme di protezione internazionale dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria disciplinate con il sistema comune europeo dell'asilo «In qualsiasi momento gli stati membri possono decidere di rilasciare per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura un permesso di soggiorno autonomo (...) che conferisca il diritto di soggiornare a un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare».

<sup>59</sup> ASGI, *Il Protocollo italo-albanese in materia migratoria prevede norme incerte ed illegittime*, cit., p. 13.

<sup>60</sup> Decreto Legge 10 marzo 2023, n. 20, recante Disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare, convertito con modificazioni dalla L. 5 maggio 2023, n. 50 (in G.U. 05/05/2023, n.104). Occorre osservare che la riforma del dell'art. 19 T.U. Immigrazione abbia ristretto la portata applicativa della protezione speciale, abrogando il periodo terzo e quarto della disposizione, che vietavano il respingimento del cittadino straniero in ragione del rispetto del suo diritto alla vita privata e familiare. Per una ricostruzione delle modifiche normative che hanno interessato la protezione speciale, v. O. COLAMARTINO, «Non ho paura. Ma ormai vivo qui». La protezione speciale e il diritto alla vita privata e familiare nell'applicazione della giurisprudenza (con qualche spunto di riflessione sul dl n. 20/2023), su *Questione Giustizia*, 25 settembre 2023. Per un quadro ante-riforma, con un focus specifico sul divieto di allontanamento per la violazione della vita privata e familiare, M. FERRI, *La tutela della vita privata e familiare come limite all'allontanamento: l'attuazione e l'ampliamento degli obblighi sovranazionali attraverso la nuova protezione speciale per integrazione sociale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2021, 178 ss.

del cittadino straniero dal territorio italiano nel caso in cui rischi di subire una persecuzione per motivi di razza, sesso, orientamento sessuale, identità di genere, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali (comma 1), rischi di subire trattamenti inumani e degradanti o, ancora, ricorrano gli obblighi di cui all'articolo 5, comma 6, e cioè «gli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano»<sup>61</sup>. Dal momento che questi ultimi includono l'art. 10 co. 3 Cost., sulla base del quale il diritto di asilo deve essere riconosciuto ad ogni cittadino straniero che non può godere nel Paese di provenienza delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione Italiana<sup>62</sup>, non si poteva escludere che una *corretta* applicazione della protezione speciale nei casi previsti dal Protocollo avrebbe potuto addirittura risultare maggiormente favorevole ai migranti rispetto alla normativa euro-unitaria<sup>63</sup>. Com'è noto, infatti, non sono molti i Paesi di provenienza dei migranti in cui sono riconosciute le libertà democratiche previste dalla Carta costituzionale italiana.

Altri autori, invece, avevano invocato l'applicabilità del diritto dell'UE nel caso di specie, e, in particolare, dell'art. 9 Direttiva Procedure, manifestando così alcune perplessità sulla posizione assunta dalla Commissaria Johansson<sup>64</sup>.

Al momento in cui si scrive, pare che il d.d.l. abbia inteso porre fine a tale dibattito. Dal testo, sembra infatti che l'intento del Governo sia quello di dare applicazione al diritto dell'UE e al diritto italiano, analogamente a quanto avverrebbe se i centri fossero collocati in Italia<sup>65</sup>. L'art. 4 co. 1 d.d.l., infatti, in materia di legge applicabile, non solo richiama espressamente la «normativa italiana ed europea»<sup>66</sup>, ma menziona anche le norme italiane di attuazione di Direttive euro-unitarie in materia di migrazione e asilo, inclusa

<sup>61</sup> Art. 19 D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, commi 1 e 1.1. In argomento, M. BETTI, *I fondamenti unionali e costituzionali della protezione complementare e la protezione speciale direttamente fondata sugli obblighi costituzionali ed internazionali dello Stato*, su *Questione Giustizia*, 28 giugno 2023.

<sup>62</sup> N. ZORZELLA, *La riforma 2023 della protezione speciale: eterogenesi dei fini?*, su *Questione Giustizia*, 14 settembre 2023.

<sup>63</sup> In questo senso, depone anche l'opinione della Prof.ssa Favilli nell'ambito dell'intervista rilasciata a Il Fatto Quotidiano, *Migranti in Albania, la Commissione europea: "Non si applicherà il diritto Ue"*. La giurista Favilli: «Un vantaggio per i richiedenti asilo», 15 novembre 2023.

<sup>64</sup> V. M. SAVINO, F.V. VIRZÌ, *Il protocollo tra Italia e Albania in materia migratoria: prime riflessioni sui profili dell'extraterritorialità*, pp. 3-4; S. CARRERA, G. CAMPESI, D. COLOMBI, *The 2023 Italy-Albania protocol on extraterritorial migration management. A worst practice in migration and asylum policies*, cit., p. 11.

<sup>65</sup> In questo senso, anche L. MASERA, *Il Disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo tra Italia ed Albania in materia di immigrazione: analisi del progetto e questioni di legittimità*, cit.

<sup>66</sup> *Ratifica ed esecuzione del Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, fatto a Roma il 6 novembre 2023, nonché norme di coordinamento con l'ordinamento interno*, cit., articolo 4 co. 1.

la Direttiva Procedure<sup>67</sup>. Occorre poi considerare che le aree concesse in uso all'Italia dall'Albania sono equiparate alle *zone di transito*, espressamente incluse nel campo di applicazione dell'art. 3 Direttiva Procedure.

In ogni caso, è bene ricordare che l'Italia, anche nelle proprie azioni extra-territoriali, resta vincolata al rispetto dei diritti fondamentali dei migranti. Nessuna disposizione del Protocollo può infatti pregiudicare l'obbligatorietà della CEDU in relazione a quanto avverrà in Albania: l'applicazione extra-territoriale della Convenzione a tutti i casi in cui le autorità degli Stati membri esercitino un controllo effettivo, *de iure* o *de facto*, su un'area collocata al di fuori del proprio territorio è infatti ampiamente riconosciuta dalla giurisprudenza consolidata della Corte EDU<sup>68</sup>.

### 3.3. L'applicabilità del Protocollo ai «soggetti vulnerabili»

Occorre, infine, prendere in esame una delle questioni non espressamente considerate dal d.d.l., riguardante, in particolare, l'ambito di applicazione soggettivo del Protocollo.

Nell'ambito della conferenza stampa del 6 novembre, Giorgia Meloni aveva infatti dichiarato che il Protocollo non sarebbe stato applicato a minori, donne in gravidanza e i «soggetti vulnerabili»<sup>69</sup>. In questo senso si era espresso anche il Ministro degli Esteri Antonio Tajani, il quale lo scorso 21 novembre aveva affermato che: «In Albania potranno essere condotti [...] due categorie di migranti: la prima è quella dei richiedenti asilo soggetti a procedura accelerata di frontiera, quindi persone non vulnerabili, prove-

<sup>67</sup> Nello specifico, l'art. 4 co. 1 d.d.l. menziona, tra le norme applicabili, il D. Lgs. 286/1998 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero); il D.Lgs. 251/2007 (Attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta); il D.Lgs. 25/2008 (Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato) e il D.Lgs. 142/2015 (Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale).

<sup>68</sup> A tal proposito, vi è letteratura fluviale. Fra tutti, si rinvia R. PISILLO MAZZESCHI, *Diritto internazionale dei diritti umani. Teoria e prassi*, Giappichelli 2020, p. 122 ss., con opportuni riferimenti alla prassi recente della Corte EDU. Per uno studio monografico sul concetto di "giurisdizione" nella CEDU, invece, si rinvia a P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Giappichelli, 2002.

<sup>69</sup> Occorre evidenziare che, secondo l'art. 21 della Direttiva 2013/33/UE non espressamente menzionato dalla Presidente Meloni, i migranti cc.dd. "vulnerabili" includono i minori, i minori non accompagnati, i disabili, gli anziani, le donne in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le vittime della tratta degli esseri umani, le persone affette da gravi malattie o da disturbi mentali e le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale, quali le vittime di mutilazioni genitali femminili.

nienti da Paesi sicuri, o migranti che abbiano già presentato domanda di asilo, ottenendo un diniego. La seconda categoria è quella delle persone in attesa di rimpatrio dopo l'accertamento dell'assenza dei requisiti per il soggiorno in Italia»<sup>70</sup>.

Su questa circostanza, tuttavia, il d.d.l. tace. Si dovrebbe dunque dedurre che ad essere condotti in Albania saranno i cc.dd. flussi migratori *misti* di migranti, che includono la totalità dei cittadini stranieri in arrivo in via irregolare<sup>71</sup>. Questa conclusione sembra corroborata anche dall'art. 3, che prevede che le procedure di *screening* vengano portate a termine non a bordo delle navi, bensì nei centri situati nei porti albanesi (v. *supra*). Prima delle procedure di *screening*, non sarebbe infatti possibile operare una distinzione tra categorie vulnerabili di migranti e non.

Per giunta, l'art. 3 d.d.l. prevede che nelle aree del territorio albanese concesse in uso all'Italia siano equiparate alle zone di frontiera o di transito in cui può applicarsi la procedura *accelerata* di esame delle richieste di protezione internazionale<sup>72</sup>. Quest'ultima prevede, in particolare, che il richiedente asilo che presenti la domanda di protezione internazionale, nel caso in cui abbia eluso o tentato di eludere i relativi controlli, sia ascoltato dalle autorità competenti entro 7 giorni e che la decisione venga adottata entro i successivi 2 giorni<sup>73</sup>. Essa, pertanto, implica un notevole accorciamento dei tempi normalmente richiesti per l'accertamento dei requisiti per il riconoscimento della protezione.

L'applicazione delle procedure accelerate ai soggetti vulnerabili è tutt'altro che esente da criticità. L'identificazione rapida – e, dunque – sommaria dei migranti risulta del tutto inadeguata al fine di intercettare alcune *specifiche forme di vulnerabilità*, come ad esempio, quelle relative alle vittime della tratta di esseri umani. Lo status di vittima di tratta può essere accertato, infatti, solo a seguito di un'indagine approfondita della situazione individuale del migrante o della migrante, che spesso è inconsapevole della propria condizione o può aver subito un trauma che non favorisce la condi-

<sup>70</sup> Il Sole 24ore, *Tajani, nei due centri in Albania valgono norme Italia e Ue. E annuncia ddl di ratifica sull'intesa. Il ministro degli Esteri: «In centri Albania non più di 3mila migranti»*, 21 novembre 2023.

<sup>71</sup> I flussi migratori misti comprendono la totalità dei migranti irregolari in arrivo nel territorio di uno Stato, nell'ambito dei quali non è ancora stata operata una distinzione tra rifugiati, richiedenti asilo, migranti economici, minori non accompagnati e altre categorie di cittadini stranieri.

<sup>72</sup> Tale procedura è regolata dall'art. 28bis del D.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25 (Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato). Sul punto, si veda anche Servizio studi, p. 18.

<sup>73</sup> Art. 35bis, comma 3, lett. d), del d.lgs 25/2008. Per approfondimenti, ASGI, *Le nuove ipotesi di procedure accelerate e di frontiera*, 9 gennaio 2020, disponibile al link: [https://www.asgi.it/notizie/le-nuove-ipotesi-di-procedure-accelerate-e-di-frontiera/#\\_ftn3](https://www.asgi.it/notizie/le-nuove-ipotesi-di-procedure-accelerate-e-di-frontiera/#_ftn3).

visione della propria esperienza in tempi brevi<sup>74</sup>. Nondimeno, anche *altre* categorie di migranti – anch'esse vulnerabili – possono risultare ampiamente svantaggiate dall'esecuzione di procedure accelerate e/o semplificate di identificazione alla frontiera o a bordo di navi. Un esempio, in tal senso, è rappresentato dal caso dei minori non accompagnati, di recente peraltro interessati dal decreto legge n. 133 del 2023, che ha introdotto alcune novità in materia di accertamento dell'età del minore<sup>75</sup>. L'art. 5 co. 6-ter del D.L. 133/2023 prescrive, in particolare, che, in caso di *arrivi consistenti, multipli e ravvicinati, a seguito di attività di ricerca e soccorso in mare, di rintraccio alla frontiera o nelle zone di transito*, le autorità possano agire *in deroga* a quanto previsto dalla legge ordinaria, la quale prevede che, oltre a una visita pediatrica, vi siano un colloquio sociale e una valutazione neuro-psicologica<sup>76</sup>. Secondo la recente riforma, invece, per le autorità sarebbe possibile disporre «nell'immediatezza [...] rilievi antropometrici o altri accertamenti sanitari, anche radiografici, volti all'individuazione dell'età»<sup>77</sup>. In altri termini, in tal caso, l'età del minore accompagnato – determinante per riconoscergli lo status di migrante *vulnerabile* – sarebbe accertata solo per mezzo dei raggi X<sup>78</sup>.

Alla luce di tale formulazione, non si può dunque escludere che il D.L. 133/2023 non possa trovare applicazione anche ai casi che ricadono nel campo applicativo del Protocollo. Entrambi i provvedimenti, in ogni caso, possono essere ricondotti al medesimo indirizzo politico del Governo, che, semplificando e accelerando al massimo la disamina delle richieste d'asilo, si presta ad evidenti *effetti distorsivi*. In un simile contesto, è dunque auspicabile che la gestione extraterritoriale dei flussi nel territorio albanese non si risolva, nei fatti, in un aggiramento delle norme nazionali e sovranazionali che sono previste a garanzia delle categorie di migranti più svantaggiate.

<sup>74</sup> Nella medesima prospettiva, n. N. MAGUGLIANI, *The Securitisation of Migration. Leaving Protection Behind? The "hotspot" approach and the identification of potential victims of human trafficking*, in *CCJHR Working Papers Series*, n. 7/2018, 1 ss.

<sup>75</sup> In commento, D. MANDRIOLI, *Quando l'interesse superiore non è quello del fanciullo. Le novità apportate dal D.L. 133/2023 in tema di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati*, su *SIDIBlog*, 16 novembre 2023.

<sup>76</sup> Legge 7 aprile 2017, n. 47 Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati. (17G00062) (GU Serie Generale n.93 del 21-04-2017).

<sup>77</sup> D.L. 5 ottobre 2023, n. 133, recante Disposizioni urgenti in materia di immigrazione e protezione internazionale, nonché per il supporto alle politiche di sicurezza e la funzionalità del Ministero dell'interno. (23G00145) (GU Serie Generale n.233 del 05-10-2023).

<sup>78</sup> D. MANDRIOLI, *Quando l'interesse superiore non è quello del fanciullo. Le novità apportate dal D.L. 133/2023 in tema di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati*, cit.

#### **4. L'incompatibilità del Protocollo con i diritti fondamentali dei migranti, con particolare riguardo al diritto di accesso alla giustizia**

Aldilà delle questioni già sollevate, il Protocollo presenta poi diversi profili di contrasto con il diritto di accesso alla giustizia, qui inteso, in senso ampio, come inclusivo sia del diritto a un rimedio effettivo che del diritto all'equità del procedimento<sup>79</sup>. Com'è noto, infatti, i migranti sottoposti a trattenimento e a cui venga negata la richiesta di asilo devono poter esercitare il proprio diritto alla difesa, che include il diritto di scegliere e consultare un legale di fiducia.

A tal riguardo, a seguito dell'approvazione dell'accordo, sia Amnesty International<sup>80</sup> che altre organizzazioni non governative nazionali<sup>81</sup> hanno fin da subito espresso le proprie perplessità circa la legittimità del Protocollo. Si è inoltre evidenziato come l'accordo stabilisse l'applicazione di una misura detentiva in assenza di un previo controllo giurisdizionale e, soprattutto, di una disamina della situazione individuale di ciascun richiedente<sup>82</sup>.

Da questo punto di vista, il d.d.l. di ratifica ha quantomeno dissipato alcune incertezze su aspetti strettamente pratici, stabilendo quali siano le procedure applicabili e le autorità competenti alla loro esecuzione (in via esclusiva, la sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea del tribunale di Roma e l'uffici del giudice di pace di Roma, v. Art. 4 d.d.l. co. 1), nonché i termini per impugnare l'eventuale diniego di protezione (Art. 4 d.d.l. co. 4). Esso, inoltre, disciplina le modalità per il rilascio a distanza della procura speciale ai fini dell'assistenza tecnica (Art. 4 co. 2).

Tuttavia, anche alla luce delle modifiche proposte dal disegno di legge, il Protocollo pone seri problemi di compatibilità sia con l'ordinamento nazionale che internazionale<sup>83</sup>. L'art. 4 co. 5 del d.d.l. prevede, infatti, che il di-

<sup>79</sup> Su quest'interpretazione di diritto di accesso alla giustizia nel diritto internazionale dei diritti umani, R. PISILLO MAZZESCHI, *Diritto internazionale dei diritti umani. Teoria e prassi*, cit. pp. 271 – 273.

<sup>80</sup> Si vedano i comunicati del 7 novembre 2023 (al link <https://www.amnesty.it/laccordo-sulla-detenzione-in-albania-di-rifugiati-e-migranti-illegale-e-impraticabile/>) e del 20 novembre 2023 (<https://www.amnesty.it/il-protocollo-italia-albania-e-illegittimo-e-va-revocado/>).

<sup>81</sup> V. Tavolo Immigrazione e Asilo, di cui sono parte Buon Diritto, ACAT, ACLI, ActionAid, Amnesty International Italia, ARCI, ASGI, Casa dei Diritti Sociali, Centro Astalli, CGIL, CIES, CNCA, Commissione Migranti e GPIC Missionari Comboniani Italia, DRC Italia, Emergency, Europasil, Fondazione Migrantes, Forum per Cambiare l'Ordine delle Cose, Intersos, Medici del Mondo, Medici per i Diritti Umani, Medici Senza Frontiere, Movimento Italiani Senza Cittadinanza, Oxfam Italia, Refugees Welcome Italia, Save the Children Italia, Senza Confine, Società Italiana Medicina delle Migrazioni, UIL, UNIRE.

<sup>82</sup> E. TESTI, *Profili di illegittimità del Protocollo Italia-Albania*, cit., p. 7.

<sup>83</sup> In questo senso, anche L. MASERA, *Il Disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo tra Italia ed Albania in materia di immigrazione: analisi del progetto e questioni di legittimità*, cit.

fensore sia tenuto a svolgere il proprio incarico *a distanza*, potendosi recare sul territorio albanese per partecipare alle udienze o conferire col proprio assistito solo *in casi eccezionali*. Inoltre, si stabilisce che sia il responsabile italiano della struttura collocata in Albania, selezionato tra i dipendenti del Ministero dell'interno, ad adottare «le misure necessarie a garantire il tempestivo e pieno esercizio del diritto di difesa dello straniero» (Art. 4 co. 3 d.d.l.). Simili disposizioni sembrano dunque predisporre un quadro normativo *ad hoc* per le sole procedure disciplinate dal Protocollo, dando così luogo ad un doppio standard di tutela.

Nel complesso, dunque, non sembra che il d.d.l. possa mettere in discussione le valutazioni “a caldo” dei primi commentatori, secondo i quali la gestione extraterritoriale delle domande d'asilo darebbe luogo, in generale, ad una disamina delle domande d'asilo più sfavorevole e iniqua, e dunque ad un sistema discriminatorio, in palese contrasto, anzitutto, con l'art. 24 Cost.<sup>84</sup>.

Inoltre, l'esecuzione del Protocollo potrebbe certamente essere censurata anche davanti alla Corte EDU a norma degli articoli 6 e 13 CEDU (rispettivamente a tutela del diritto all'equo processo e al diritto a un rimedio effettivo). Per pronunciarsi sull'eventuale rilevanza di ulteriori disposizioni convenzionali, sarà invece necessario attendere l'attuazione in concreto del Protocollo. In questa fase, infatti, non è facile prevedere con esattezza quali potrebbero esserne le implicazioni, ad esempio, sul principio di *non-refoulement*, che nella CEDU trova copertura nell'ambito applicativo nel divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3. Né, a tal proposito, possono essere facilmente riscontrate analogie con il *Memorandum UK-Rwanda*, sul quale la Corte EDU ha già in effetti avuto modo di pronunciarsi. Nel giugno 2022, alcuni cittadini stranieri, destinatari di provvedimenti di ricollocazione in Ruanda in esecuzione dell'accordo, hanno infatti richiesto alla Corte EDU l'applicazione di misure provvisorie *ex art. 39* del Regolamento della Corte. La Corte EDU ha accolto tali rimostranze, sospendendo l'esecuzione del trasferimento, sulla base del fatto che la deportazione e la detenzione in un Paese non membro della CEDU, e che non assicura il rispetto delle adeguate garanzie procedurali nella disamina delle domande d'asilo, avrebbe esposto i ricorrenti a un rischio concreto di subire un trattamento inumano e degradante a norma dell'art. 3 CEDU<sup>85</sup>. La con-

<sup>84</sup> ASGI, *Il Protocollo italo-albanese in materia migratoria prevede norme incerte ed illegittime*, cit., p. 10.

<sup>85</sup> Corte Europea dei diritti dell'uomo, *N.S.K. v. the United Kingdom*, ricorso no. 28774/22, depositato il 13 giugno 2022, comunicato al governo il 5 aprile 2023, il quale è tuttora pendente; vedi anche due casi di richieste di misure provvisorie nei casi *R.M. v. the United Kingdom* (ricorso no. 29080/22) e *H.N. v. the United Kingdom* (ricorso no. 29084/22).

trarietà del Memorandum al principio di *non-refoulement* – a cui è riconosciuta una tutela indiretta nell'art. 3 CEDU – è stata peraltro di recente riconosciuta anche da parte della Corte suprema inglese<sup>86</sup>.

Occorre tuttavia ribadire che il Protocollo tra Italia e Albania, a differenza del Memorandum, non solo presuppone la *responsabilità delle autorità italiane* e l'*applicabilità del diritto italiano*, ma prevede anche il trasferimento verso uno Stato membro del Consiglio d'Europa. Alla luce di tali divergenze tra i due accordi, pertanto, l'orientamento della Corte EDU, anche in presenza di presupposti di fatto analoghi, potrebbe essere di segno diverso.

### 5. Conclusioni

Il Protocollo siglato tra Italia e Albania lo scorso 6 novembre in materia di migrazione suscita, in astratto, fondate preoccupazioni circa la sua compatibilità sia con l'ordinamento italiano che l'ordinamento internazionale. Benché sia necessario attendere gli sviluppi delle prossime settimane per valutarne gli effetti appieno, è senz'altro auspicabile che in questa fase il Parlamento italiano ne valuti attentamente le criticità.

In attesa della prima udienza della Corte costituzionale di Tirana, che potrebbe impedire definitivamente l'esecuzione dell'accordo da parte albanese, occorre infatti che anche le Camere considerino attentamente i rischi di un sistema di gestione delle domande d'asilo collocato al di fuori del territorio italiano, dispendioso per lo Stato e potenzialmente discriminatorio nei confronti di alcune categorie di migranti.

<sup>86</sup> In commento, V. MITSILEGAS, *The Supreme Court rules the UK-Rwanda policy unlawful*, su [www.eumigrationblog.org](http://www.eumigrationblog.org), 21 novembre 2023.