

**Rivista
scientifica
quadrimestrale**

Anno 2025/Fascicolo II

La Rivista Dirittifondamentali.it è registrata presso il Tribunale di Cassino n. 830 del 14.6.2017.

Rivista quadrimestrale inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche

ISSN 2240-9823

Comitato di direzione

Prof.ri Agata Cecilia Amato, Vincenzo Baldini, Paola Bilancia,
Giuseppe Della Monica, Stelio Mangiameli, Fabrizio Politi,
Vincenzo Tondi della Mura

Direttore responsabile

Prof. Vincenzo Baldini

Indice

F. Rinaldi - La vita che nasce, a proposito di gestazione per altri e vincoli di solidarietà: il duttile senso di umanità.....	1
E. Daly - Considerazioni sull'origine storica del modello costituzionale di ordine-potere giudiziario - prima parte -	18
F. Piergentili – A. Ruggeri – F. Vari - Verso l'introduzione dell'eutanasia <i>ope iudicis</i> ? (Note minime a margine di un'abnorme questione di legittimità costituzionale).....	36
E. Daly - Considerazioni sull'origine storica del modello costituzionale di ordine-potere giudiziario - seconda parte-	50
P. Bilancia - La vita come valore fondamentale e principio costituzionale.....	70
A. Caputo - L'annullamento delle elezioni presidenziali in Romania. Un <i>panic shot</i> a difesa della democrazia costituzionale?	92
A. Ruggeri - Note introduttive ad uno studio sulla decostituzionalizzazione della Costituzione	115
A.C. Amato Mangiameli - La vita. Valore fondamentale del diritto e della biogiuridica	142
E. Vivaldi - Assistenza sociale e LEPS: qualche passo avanti e molti dubbi da sciogliere.....	158
G.M. Napolitano - Nucleo minimo di un diritto vs Livelli essenziali delle prestazioni: la Corte ritorna sulla questione.....	184
C. Iannello - Aborto e fine vita: dalla libera scelta all'abbandono dell'individuo a sé stesso	212
M.C. Carbone - Rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso e disciplina della continuità dei vincoli affettivi nella giurisprudenza costituzionale	234

La vita che nasce, a proposito di gestazione per altri e vincoli di solidarietà: il duttile senso di umanità*

di

Francesco Rinaldi**

*Il vincolo che fa di noi dei padri
e dei figli risiede nel cuore e non
nella carne e nel sangue
(Schiller)*

Sommario: 1. Riflessioni introduttive: espansione della giuridicità nelle relazioni di *indole familiare* e rapporto tra famiglia/individuo/società. – 2. *La gestazione per altri*: tra divieti universali e interessi tutelati. – 3. Lo «stato» della giurisdizione: da Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, e Corte EDU del 10 aprile 2019 a Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79 e successive. Brevi cenni. 4. – Quale bilanciamento *post* sentenza n. 79 del 2022 Corte cost. – 5. – A proposito di *vincoli di solidarietà*. – 6. Considerazioni conclusive.

1. – La riflessione qui proposta è orientata a sollevare soltanto dubbi, ma anche ad evitare approcci tempestosi e a tenere fuori, nei limiti del possibile, il dibattito ideologico, consapevoli che, in questa materia, non esistono soluzioni facili.

Basti ricordare gli epiteti con i quali è diffusamente accolta la *gestazione per altri* o *maternità surrogata*: «abominio», «schiavitù del terzo millennio», «compravendita della genitorialità», tanto per citarne alcuni. Senza neppure omettere di considerare le numerose, possibili combinazioni di ingegneria genetica consentite dalle tecniche, talvolta disarmanti alchimie riproduttive¹.

* Lo scritto segue la *relazione* tenuta in occasione del Convegno del 24 aprile 2025, su *La vita come valore, principio costituzionale, diritto fondamentale. Aspetti complessi dell'interpretazione e dell'esperienza costituzionale*, organizzato dall'Università di Cassino e del Lazio Meridionale, Dipartimento Economia e Giurisprudenza. È dedicato alla memoria di Don Antonio Golia, parroco del mio paese, che, per la prima volta, tentò di spiegare ad un ragazzino di pochi anni cosa fosse l'«empatia»: «l'amore è empatia».

**Rtda in Diritto privato – Università eCampus

Profonda è la trasformazione della libertà e autodeterminazione dell'individuo nel contesto del diritto di famiglia, scosso dal bradisismo della disgregazione del modello familiare tradizionale, che ha prodotto destrutturazioni e ha condotto la volontà, anche nella relazione familiare, verso spazi di autonomia inesplorati².

La famiglia o, meglio, le famiglie dovrebbero tornare ad essere, sempre di più, insieme di relazioni affettive e personali, «comunità solidali», con il compito di assicurare ai loro componenti quelle cure e bisogni necessari, che la rendono luogo di socializzazione primaria, luogo di formazione della personalità dei suoi componenti e luogo di conservazione di legami biologici e non biologici³.

¹ La *realtà umana*, i *fatti di vita umana* della *maternità surrogata*, possono essere così riassunti, a titolo esemplificativo, nella *liquida* relazione familiare: una *surrogazione* omologa o eterologa, quest'ultima con ovocita proveniente da una *terza donna*, estranea alla coppia, donatrice dell'ovocita; una donna committente, una madre gestazionale (o portante), una madre genetica, un seme maschile non proveniente dalla coppia committente. Ed inoltre, circa lo *status* del generato, i figli potranno nascere: biologicamente e geneticamente da genitori di sesso diverso; da fecondazione omologa o eterologa, da genitori di sesso diverso; da maternità surrogata con mera donazione dell'ovulo, coincidendo la madre *sociale* (cioè, colei che vuole il figlio) e la *madre portante*, risultando estraneo solo l'apporto genetico, con attribuzione della maternità secondo le comuni regole della gestazione e del parto; da maternità surrogata con madre inseminata dall'uomo al quale (comunemente una coppia) si obbliga a consegnare il neonato, in tal caso, in passato prevalendo la tendenza a voler attribuire la maternità alla madre portante (anche biologica) rispetto a quella *intenzionale o sociale*, oggi, invece, manifestandosi le divergenti impostazioni nell'attribuire prevalenza alla *madre sociale*; infine, da maternità surrogata, nell'ambito della quale la *madre sociale* ha, altresì, contribuito alla generazione con il proprio materiale genetico, sorgendo questione sulla possibilità di escludere la *madre portante* dalla maternità; ancora, figli nati da coppia omosessuale, da due madri con fecondazione eterologa, figli nati da due madri con maternità surrogata (con le descritte declinazioni); e figli nati da due padri con maternità surrogata, nelle diverse articolazioni. In proposito, v. R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto*, 2, 2016, 1 ss., ma v. p. 3, il quale, muovendo da S. Pozzolo, individua cinque *combinazioni*. Quadro destinato a complicarsi, osserva l'a., nell'ipotesi di coppie omosessuali, alle cinque suindicate per le coppie eterosessuali, se ne aggiungono altre sei per le coppie omosessuali, tenendo fuori il caso del mero «acquisto di genitorialità». L'a., inoltre, muove riferimento al «caso Abramo», antica ipotesi di *surrogazione di maternità*, tratto dalla *Bibbia*, *Genesi* 16, *Sarai e Agar*: Sara, moglie di Abramo, era sterile e si accordò con il marito Abramo affinché si accostasse ad Agar, la loro schiava, «forse da lei potrò avere figli». Il passo della *Bibbia* descrive, poi, la 'rivolta' di Agar, poi rientrata. Nel successivo passo 17 è descritta la ricomposizione del rapporto sociale e familiare attraverso il rito della *circoncisione*.

² In argomento, v. F. D'AGOSTINO, *Sessualità. Premesse teoriche di una riflessione giuridica*, Torino, 2014, p. 145 ss.; sia consentito rinviare anche a F. RINALDI, *Giustizia, famiglia ed eguaglianza: due madri, due padri ed il «figlio dell'uomo»*, in questa *Rivista*, 2020, 1, p. 1401 ss.; ID., *Libertà testamentaria e patti sulle future successioni*, Napoli, 2020, *passim*.

³ Compiti, certamente, oggi più complessi da attuare, data la contemporanea composizione «nucleare» o «mononucleare» della famiglia, peraltro, sempre in misura più frequente composta

La diversificazione dei processi generativi, consentiti dai progressi raggiunti dalle tecniche di procreazione, al fine di realizzare il desiderio di genitorialità, nelle ipotesi in cui non può realizzarsi naturalmente (sterilità, infertilità della coppia; rischi di trasmissione di malattie genetiche; identità di sesso), ha determinato la disarticolazione dei rapporti di filiazione, verso nuove forme di genitorialità, non sempre da condannare aprioristicamente⁴.

Le cause di questa situazione sono molteplici e altrettanto numerose sono le domande che insorgono sul modo di intendere, oggi, la relazione tra famiglia/individuo/società⁵, a cominciare dal «sentimento di famiglia»: come sentiamo oggi la famiglia e, soprattutto, come sentono e cosa vogliono dalla famiglia le nuove generazioni? Quali modelli culturali seguire, quali valori realizzare e quali bisogni soddisfare attraverso la famiglia? Che si sta trasformando o dissolvendo? E come deve intendersi oggi il valore della maternità e della genitorialità?⁶

Si giunge, così, ad un altro interrogativo, che interessa il tema in indagine: esiste un diritto assoluto alla genitorialità?

Forse, la genitorialità, più che un diritto, è una responsabilità⁷, appunto, la responsabilità di una nascita; ed è incolore, derivi, cioè, da legami biologici o meno.

da due genitori e un solo figlio. Conseguenza, anche delle note difficoltà derivanti dalla crisi economica e occupazionale, oltre all'assenza di sistemi di *work life balance*, che siano in grado di concretizzare le esigenze di conciliazione dei «tempi di lavoro» e «tempo di cura genitoriale», onde garantire l'unità familiare, a proposito di *famiglia e Stato sociale*. Al riguardo, neppure è da omettere di valutare che, inoltre, nelle ipotesi in cui le famiglie abbiano i «mezzi» per sostenere adeguatamente i propri figli, è altrettanto frequente la loro «fuoriuscita» dalla famiglia per soddisfare all'estero esigenze di studio, che spesso si trasformano in occupazioni, così da non favorire il loro rientro in famiglia. In disparte ogni ulteriore considerazione su alcune «famiglie» che esercitano attività imprenditoriali, nell'ambito delle quali sembra registrarsi, con ogni dovuta precisazione e distinzione, forse maggiore coesione.

⁴ Cfr. E. QUADRI, *Osservazioni sulla nuova disciplina della procreazione assistita*, in *Dir. e giur.*, 2004, p. 224 ss.; ID., *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1998, p. 57 ss.; F.P. CASAVOLA, *Bioetica. Una rivoluzione postmoderna*, Roma, 2013, pp. 59-60; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, Napoli, 2020, p. 52 ss.; ID., *Stagioni del diritto civile*, Napoli, 2021, p. 85 ss.

⁵ In proposito, v. A. DE BENOIST, *Famiglia e società*, Napoli, 2013, *passim*.

⁶ In proposito, v. pure AA.VV., *Ritratto di famiglia degli anni '80*, Roma-Bari, 1981, *passim*.

⁷ Ed è un «dovere». In proposito, v. pure C. VERDE, *Tecniche procreative e (in)esistenza di un diritto alla genitorialità. Coordinate introduttive*, in *Annali SISDiC*, 2024, p. 1 ss. Nella direzione del dovere, della responsabilità, sembra muoversi, con ogni dovuta precisazione, anche la decisione

Ciò che conta sono gli affetti o, per ricordare, la potente raffigurazione di Alberto Trabucchi: il «figlio dell'uomo» nella «nudità della sua nascita»⁸.

Peraltro, com'è stato osservato, le leggi sull'affidamento, sull'adozione, sulla filiazione, sulle unioni⁹, sembrano, in effetti, manifestare una «volontà legislativa» nel senso di «non ricostruire in maniera rigida il gruppo familiare»¹⁰.

della Corte cost., 26 luglio 2023, n. 161, in *giurcost.org*, in riferimento alla legittimità della previsione che, nell'ambito della procreazione medicalmente assistita, stabilisce la irrevocabilità del consenso dell'uomo dopo la fecondazione dell'ovulo. La Corte (rel. Antonini) ha ritenuto non fondata la questione sollevata, giudicando non irragionevole il bilanciamento operato dal legislatore nel censurato art. 6, comma 3, ultimo periodo, della legge n. 40 del 2004, disposizione che consente, per effetto della crioconservazione, la richiesta dell'impianto degli embrioni non solo a distanza di tempo ma anche quando sia venuto meno l'originario progetto di coppia. Nella fattispecie concreta, la donna aveva richiesto l'impianto dell'embrione crioconservato, nonostante nel frattempo fosse intervenuta la separazione dal coniuge, il quale si era opposto ritirando il consenso precedentemente prestato, in quanto riteneva di non poter essere obbligato a diventare padre. La Corte riconosce che la norma «si è venuta a collocare al limite di quelle che sono state definite "scelte tragiche" (...), in quanto caratterizzate dall'impossibilità di soddisfare tutti i confliggenti interessi coinvolti nella fattispecie», tuttavia pone in evidenza che l'irrevocabilità del consenso è *funzionale a salvaguardare preminenti interessi*. L'accesso alla PMA comporta, difatti «per la donna il grave onere di mettere a disposizione la propria corporalità, con un importante investimento fisico ed emotivo in funzione della genitorialità che coinvolge rischi, aspettative e sofferenze, e che ha un punto di svolta nel momento in cui si vengono a formare uno o più embrioni. Corpo e mente della donna sono quindi inscindibilmente interessati in questo processo, che culmina nella concreta speranza di generare un figlio, a seguito dell'impianto dell'embrione nel proprio utero. A questo investimento, fisico ed emotivo, che ha determinato il sorgere di una concreta aspettativa di maternità, la donna si è prestata in virtù dell'affidamento in lei determinato dal consenso dell'uomo al comune progetto genitoriale». Inoltre, «se è pur vero che dopo la fecondazione la disciplina dell'irrevocabilità del consenso si configura come un punto di non ritorno, che può risultare freddamente indifferente al decorso del tempo e alle vicende della coppia, è anche vero che la centralità che lo stesso consenso assume nella PMA, comunque garantita dalla legge, fa sì che l'uomo sia in ogni caso consapevole della possibilità di diventare padre; ciò che rende difficile inferire, nella fattispecie censurata dal giudice a quo, una radicale rottura della corrispondenza tra libertà e responsabilità». Conclude, dunque, la decisione nel senso che: ove «si considerino la tutela della salute fisica e psichica della madre, e anche la dignità dell'embrione» non appare irragionevole la compressione, nella prospettiva della paternità e, dunque, della responsabilità genitoriale, della libertà di autodeterminazione dell'uomo. In materia di crioconservazione degli embrioni, particolarmente significative le riflessioni di A. LASSO, *Scelte procreative e profili giuridici della crioconservazione*, Napoli, 2024, p. 13 ss.; sia, altresì, consento rinviare a F. RINALDI, *La tutela dell'embrione nella Costituzione*, in E. BALDINI (a cura di) *La Costituzione e la sua revisione*, Pisa, 2014, p. 241 ss., ma v. p. 249.

⁸ Così, A. TRABUCCHI, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 597 ss., ma v. p. 612. Numero della prestigiosa *Rivista* che raccoglie le *Relazioni* degli autorevoli studiosi svolte al noto Convegno di studio dell'Accademia dei Lincei del 28 e 29 maggio 1982 su «*I fatti della vita materiale*». L'illustre a. ricorda il convergere delle tre azioni, con «terminologia scolastica», che è possibile distinguere nel momento della formazione del rapporto umano: *l'actio humana*, *l'actio naturae*, *l'actio iuris*.

2. – La legge n. 40 del 2004, in materia di procreazione medicalmente assistita, all'art. 12, comma 6, vieta la maternità surrogata, attraverso la previsione di un reato¹¹ e di una sanzione pecuniaria¹².

La disposizione si è arricchita, per effetto dell'art. 1, comma 1, della legge 4 novembre 2024, n. 169, della ulteriore previsione restrittiva del c.d. «reato universale»: il cittadino italiano è punito, secondo la legge italiana, se, in riferimento alla surrogazione di maternità – senza operare alcuna distinzione se altruistica o solidale e commerciale –, i fatti sono commessi all'estero.

La disposizione, sin dal suo faticoso percorso parlamentare, non ha mancato di sollevare fondate perplessità in merito alla sua validità costituzionale. Sembra utile ricordare, peraltro, che, anche prima della legge n. 40, la maternità surrogata era vietata ed il relativo contratto ritenuto nullo per contrarietà all'ordine pubblico e, in presenza di un corrispettivo, al buon costume¹³.

Il legislatore, forse, non si sarebbe dovuto limitare a porre e incrementare divieti, ma, senza esimersi dall'intervenire, avrebbe dovuto prendere almeno in considerazione le conseguenze della violazione del divieto per il generato, nel contesto degli interessi coinvolti nella vicenda procreativa da gestazione per altri¹⁴.

L'interesse degli adulti a realizzare il loro desiderio di genitorialità, compreso l'interesse del genitore d'intenzione alla relazione genitoriale con il nato. Senza mettere da parte o sottovalutare le difficoltà e le perplessità circa l'attribuzione di uno *status* – lo *status filiationis* – per contratto.

⁹ Legge n. 183 del 1984; legge n. 219 del 2012, legge n. 76 del 2016.

¹⁰ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, cit., p. 52 ss.

¹¹ Punibile con la reclusione da 3 mesi a 2 anni.

¹² Da 600.000,00 euro a 1 milione di euro.

¹³ In tal senso, si ricordi Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Foro it.*, I, 1990, p. 298 ss.: «è nullo il contratto con cui una donna consente, verso compenso, a ricevere il seme di un uomo e a portare a termine la gravidanza, rinunciando ai suoi diritti di madre». Nella fattispecie concreta, in applicazione di tale principio, è stata respinta l'«istanza di adempimento avanzata dalla coppia committente ed esclusa la possibilità di ripetere quanto pagato in anticipo a titolo di compenso per la maternità surrogata».

¹⁴ Cfr. pure G. PERLINGIERI, in ID. e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, pp. 94-116.

L'interesse del nato dal percorso o progetto di genitorialità attraverso gestazione per altri: interesse ad essere protetto in misura adeguata e a non essere oggetto di vicende negoziali, e la cui unica colpa è quella di essere nato.

Il nato, come autorevolmente osservato, è «colui che ha bisogno di protezione più di ogni altro»¹⁵.

Sull'interesse del nato cala il silenzio del legislatore, così da favorire e rendere necessario l'intervento del giudice ed aprire la porta, in questa delicata materia, a quello che è definito lo «Stato di giurisdizione» o *Staatsrecht*. Situazione, questa, non sempre da ostacolare, data la necessità di una flessibilità di soluzioni in considerazione dei rapidi mutamenti della realtà¹⁶. D'altronde, la soluzione, nel caso della maternità surrogata, di ricorrere all'adozione in casi particolari (art. 44, lett. b), legge n. 183 del 1984), al fine di costituire la relazione genitoriale tra il nato e il genitore di intenzione, è una soluzione della giurisprudenza minorile. Adozione, oggi, piena, senza, cioè, la privazione dei rapporti parentali, tra il nato e la famiglia dell'adottante, in seguito all'importante decisione della Corte costituzionale n. 79 del 2022¹⁷, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 55 della legge n. 183 del 1984 sulle adozioni, nella parte in cui richiama l'art. 300, comma 2, c.c. e, di conseguenza, priva il minore adottato dei rapporti di parentela con la famiglia dell'adottante¹⁸. La Corte si muove in linea con le previsioni normative sull'unicità dello *status filiationis* e sul diritto del figlio a crescere in famiglia e a mantenere rapporti significativi con i parenti¹⁹, declinazione pure del diritto euro-unitario alla vita privata familiare e ad avere e crescere nella propria famiglia²⁰. Certo, è ora da chiedersi, a quale famiglia ci si riferisca alla luce anche della recente, innovativa,

¹⁵ Così, G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 1, p. 499 ss.,

¹⁶ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, cit., p. 63 ss.

¹⁷ C.d. «sentenza Navarretta», dal nome del suo estensore, in *giurcost.org*. La Corte interviene su ordinanza di rimessione del Tribunale per i minorenni di Bologna.

¹⁸ Ascendenti, figli, fratelli. Dunque, per contrasto con gli artt. 3, 31, comma 2, 117, comma 1, cost. e art. 8 Convenzione EDU.

¹⁹ Cfr. artt. 315, 315 bis, comma 2, e 74 c.c.

²⁰ Cfr. artt. 8, 9 e 12 della Convenzione EDU.

decisione n. 33 del 2025 della Corte costituzionale sull'adozione da parte del *single*, che sembra segnare un forte passo in avanti verso la monogenitorialità²¹.

Il terzo interesse coinvolto nella vicenda procreativa è quello della dignità della donna: interesse a non essere coinvolta in traffici giuridici, attraverso atti di disposizione del proprio «corpo». Crea imbarazzo, quanto meno, la possibilità che la gestante, attraverso il contratto di gestazione per altri o maternità surrogata o anche utero in affitto, rinunci al legame che nasce dal parto.

3. – La decisione n. 79 del 2022 interviene all'esito di un lungo, faticoso ed articolato percorso giurisprudenziale, ancora in atto, al quale non può non essere rivolto almeno un rapido cenno.

Ci si riferisce all'acceso dialogo tra le Corti sulla trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero, che riconosce il rapporto con il genitore d'intenzione, e le relative problematiche di ordine pubblico interno e internazionale, là dove abbia ancora un senso una simile distinzione; e ci si limita a richiamare, in primo luogo, la dialettica tra la 1^a Sezione della Corte di Cassazione e le Sezioni Unite intervenute in materia²², le quali, muovendo da principi di ordine pubblico e facendo espresso riferimento alla decisione della Corte costituzionale n. 272 del 2017²³, avevano affermato che la maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna». Le Sezioni Unite diranno no alla trascrizione dell'atto di nascita formatosi all'estero; sì, invece, all'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, lett. b), legge n. 183 del 1984.

²¹ Cfr. anche la successiva nota 49. In argomento, si ricordi pure l'ulteriore questione di costituzionalità pendente dinanzi alla Corte, reg. ord. n. 193 del 2024, su ordinanza n. 4 del Tribunale di Firenze, relativa all'art. 5 della legge n. 40 del 2004, rel. Navarretta, in decisione dall'11 marzo 2025, in riferimento al divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle persone singole (nel caso di specie: richiesta di una donna di accedere alle tecniche di procreazione assistita mediante fecondazione eterologa). Alla luce pure della precedente citata decisione n. 33 del 2025, si ritiene ci si possa orientare verso la rimozione del divieto.

²² Ci si riferisce a Cass., Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *DeJure online*.

²³ In *giurcost.org*.

Successivamente, è intervenuta l'ordinanza della Sezione I della Corte di Cassazione, 29 aprile 2020, n. 8325²⁴, che rimette nuovamente alla Corte costituzionale la questione, in quanto non si ritiene soddisfatta dalle conclusioni delle Sezioni Unite del 2019, anche perché non ritenute in linea con l'orientamento della Corte EDU, con particolare riferimento alla decisione del 12 aprile 2019, *Avis consultatif* o *parere consultivo*, nel noto caso *Mennesson*, che in Francia aveva consentito di rimettere in discussione²⁵ la vicende delle piccole gemelle nate da maternità surrogata²⁶. Sull'ordinanza di rimessione n. 8325 del 2020, la Corte costituzionale si pronuncia con la nota decisiva 10 marzo 2021, n. 33²⁷, che dichiara inammissibile la questione di costituzionalità, pur rilevando un «*deficit* di tutela» nei più limitati effetti dell'adozione in casi particolari.

Coeva a questa decisione è quella del 28 gennaio 2021, n. 32, su iniziativa del Tribunale di Padova, in materia di PMA di tipo eterologo, alla quale avevano fatto ricorso coppie *same sex*²⁸.

²⁴ In *DeJure online*.

²⁵ Una simile possibilità di revisione di una decisione interna, finanche passata in giudicato, è consentita dalla ratifica in Francia e ad opera della *loi* 16.11.2016, n. 1547 (in Italia, ad oggi, non vi è stata ratifica, dunque, una simile possibilità non è prevista, vi è solo la presentazione del D.L. n. 1124 Camera dei Deputati in attesa di approvazione), del Protocollo 16 della Convenzione EDU, che prevede uno strumento, analogo al rinvio pregiudiziale previsto dall'art. 267 TFUE alla Corte di G.U.E., attraverso il quale la Corte Suprema di uno Stato, che sia parte della Convenzione Europea, può chiedere alla *Grand Chambre* un parere consultivo in merito a questioni di principio sull'interpretazione o sull'applicazione di una norma convenzionale e sui protocolli addizionali, dunque, nelle ipotesi in cui una decisione interna possa essere contraria alla Convenzione EDU.

²⁶ L'articolata vicenda si è conclusa, a circa vent'anni dalla nascita delle gemelle, divenute maggiorenni, con la decisione di *Cour de Cassation, Assemblée plénière*, 4 ottobre 2019, n. 648, in www.courdecassation.fr, che ha accolto la richiesta di trascrizione nei registri dello stato civile dell'atto di nascita validamente formatosi all'estero (in California, dove la *maternità surrogata* è ammessa). In precedenza, i coniugi *Mennesson* avevano avuto adito la Corte EDU, ottenendo la decisione favorevole del 26 giugno 2014, sul ric. n. 65192/11 (*Mennesson*) e sul ric. 65941/11 (coniugi *Labassée*), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 1122 ss. E' da aggiungere il riferimento anche alle due note decisioni della Corte EDU, rese nel caso dei coniugi *Paradiso e Campanelli c. Italia*, *Grand Chambre*, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12; e Sez. II, 27 gennaio 2015, ricorso n. 25358/12, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 729 ss.

²⁷ In *giurcost.org*.

²⁸ La Corte ha ritenuto di non poter intervenire nel porre rimedio al riscontrato vuoto di tutela, in considerazione della preminente «discrezionalità legislativa in materia». Ha, così, invitato il legislatore ad intervenire, ponendo fine al più presto alla propria inerzia ed al fine di individuare «un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti». La

La Sezione I della Corte di Cassazione fa proprie le argomentazioni della decisione n. 33 del 2021 della Corte costituzionale e, ritenendo insoddisfacente l'adozione «non piena» di cui all'art. 44, lett. b), legge n. 183 del 1984, rimette la questione alle Sezioni Unite. Queste ultime si pronunciano con la sentenza del 30 dicembre 2022, n. 38162²⁹, che conferma il diniego alla trascrizione automatica del certificato di nascita formatosi all'estero, in quanto i nati da maternità surrogata all'estero non possono essere riconosciuti attraverso tale trascrizione, ma solo attraverso l'adozione in casi particolari. Peraltro, le Sezioni Unite del 2022 condividono, in proposito, le conclusioni delle Sezioni Unite del 2019 circa l'offesa intollerabile alla dignità della donna arrecata dalla gestazione per altri.

In argomento, si ricordi pure la decisione della Corte di cassazione del 31 marzo 2021, n. 9006³⁰, che aveva affermato la validità della trascrizione di un provvedimento giurisdizionale ottenuto all'estero, che dichiarava l'adozione piena di un minore da parte di una coppia omoaffettiva.

4. – La complessità del bilanciamento tra simili interessi è evidente, anche perché può dipendere dal *comune sentire* di una comunità in quel preciso momento storico, e nel contesto di una fluida e mutevole relazione tra *favor veritatis*, *legittimitatis* e *affectionis*³¹.

A proposito di simili bilanciamenti, si ricordi anche il caso della prostituzione, che non è considerata reato in sé, a proposito di dignità e di disposizione del proprio corpo, in disparte convinzioni personali, ma è reato lo sfruttamento della prostituzione³².

Corte esorta il legislatore a prevedere congrue modalità di riconoscimento di «legami affettivi stabili del minore», ad esempio attraverso «una nuova modalità di adozione».

²⁹ In *DeJure online*.

³⁰ In *DeJure online*.

³¹ Senza nascondere una certa preferenza per quest'ultimo, in quanto espressione proprio di quel «diritto d'amore» che deve permeare le relazioni affettive familiari, per dirla con S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2017, *passim*; e con H. MARCUSE, *Eros e civiltà* (1955), Torino, 1968, *passim*, ma v. p. 168 ss., a proposito di «utopia».

³² In argomento, particolarmente interessanti le riflessioni di C. RAVAIOLI, *La mutazione femminile. Conversazioni con Alberto Moravia sulla donna*, Milano, 1975, pp. 91-105. Si ricordi anche la decisione della Corte cost., 12 giugno 2019, n. 141, in *giurcost.org*, in relazione alla questione di

Con queste riflessioni si vuol osservare che, alla domanda cosa accada ora, dopo la sentenza della Corte cost. n. 79 del 2022, cioè riconoscere il rapporto di genitorialità intenzionale attraverso la trascrizione dell'atto di nascita³³ o ricorrendo all'adozione adesso piena, la risposta dipende dal caso concreto, come pare potersi evincere alla luce di almeno alcune tra le decisioni intervenute in argomento. Ci si riferisce, in particolare, ai noti casi *Mennesson* e *Labassee*, che sembrano suggerire il ricorso ad un «controllo di culturalità», attraverso, cioè, la rimessione della scelta decisionale alla sensibilità del giurista. Così, forse, da non rendere necessario l'intervento del legislatore³⁴, che avrebbe potuto evitare di introdurre il reato universale.

Messi da parte atteggiamenti dogmatici o astratti, occorre, dunque, essere attenti alle realtà delle vicende concrete, così, ad esempio: una maternità surrogata in Canada, altruistica e solidale, potrebbe, forse, essere considerata diversa da una

costituzionalità del reato di sfruttamento della prostituzione, sollevata in relazione all'art. 41 cost. e alla libertà di iniziativa economica. La Corte pone l'attenzione sulla legittimità di limiti all'iniziativa economica e si pronuncia (rel. Franco Modugno) a favore della legittimità del reato che «la libertà sessuale è un diritto ma non giustifica il favoreggiamento della prostituzione»: oltre i casi di «prostituzione forzata», la «scelta di “vendere sesso” è quasi sempre determinata da fattori – di ordine non solo economico, ma anche affettivo, familiare e sociale – che limitano e condizionano la libertà di autodeterminazione dell'individuo. In questa materia, lo stesso confine tra decisioni autenticamente libere e decisioni che non lo sono è spesso labile e sfumato». Si tratta di «incriminazioni» rivolte a «tutelare i diritti fondamentali delle persone vulnerabili e la dignità umana. Una tutela che si fa carico dei pericoli insiti nella prostituzione, anche quando la scelta di prostituirsi appare inizialmente libera»; prosegue la Corte, «il legislatore, quale interprete del comune sentire in un determinato momento storico, che ravvisa nella prostituzione, anche volontaria, un'attività che degrada e sviscerla la persona». Inoltre, in applicazione degli artt. 2 e 3 Cost., osserva ancora che «la prostituzione, però, non rappresenta affatto uno strumento di tutela e di sviluppo della persona umana, ma solo una particolare forma di attività economica. In questo caso, infatti, la sessualità non è che una “prestazione di servizio” per conseguire un profitto»

³³ Al riguardo, pende presso la Corte altra questione di costituzionalità (reg. ord. n. 148 del 2024, in G.U. 21 agosto 2024 n. 34, su ordinanza del Tribunale di Lucca del 26 giugno 2024), in riferimento alla preclusione dell'attribuzione al nato, nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa praticata (all'estero) da una coppia di donne, dello status di figlio riconosciuto anche dalla c.d. madre intenzionale che, insieme alla madre biologica, aveva prestato il consenso alla pratica fecondativa. È denunciata la violazione del principio di eguaglianza rispetto alla trascrivibilità dell'atto di nascita formato all'estero dei nati da coppie di donne omosessuali, precisamente la discriminazione tra i nati, in Italia, in relazione alla condizione di opposizione o meno del rifiuto dell'Ufficiale dello stato civile ovvero dell'impugnazione, o meno, dell'atto formato con l'indicazione della madre intenzionale, alla luce del principio della salvaguardia del miglior interesse del minore.

³⁴ Come suggerisce G. PERLINGIERI, *In tema di ordine pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, p. 1382 ss.

surrogazione di maternità in India, dove, purtroppo, molte sono le vite disperate e allora vi è il rischio di sfruttare la disperazione umana, consentendo gestazioni per altri «a basso costo».

Se, per evitare anche il minimo dubbio di sfruttamento della donna e della disperazione umana, il prezzo da pagare è quello del divieto, allora è un giusto prezzo, ma sempre da valutare nel caso concreto e nella prospettiva del superiore interesse di protezione del generato.

Un simile rischio non c'era e non si è mai posto nel caso *Mennesson e Labassee*, nel quale i giudici, rimettendo in discussione la questione, hanno riconosciuto il legittimo rapporto di genitorialità d'intenzione, dato anche il lungo tempo trascorso di vita insieme.

5. – Nel discorso qui condotto, e nella direzione del riconoscimento del rapporto di genitorialità d'intenzione e delle relazioni parentali familiari, determinante è il ruolo svolto dal principio/dovere costituzionale di solidarietà³⁵, che identifica e protegge l'«essere umano» quale «valore unitario» in sé, che si realizza in tutte le situazioni soggettive. La solidarietà è sempre reciproca e bi o plurilaterale fra i membri della famiglia umana; ed in Costituzione non può che essere letta se non in

³⁵ Immenso è il valore normativo degli artt. 2 e 3 della nostra Costituzione. La produzione dottrinale è sconfinata, solo per citarne alcuni tra i grandi Maestri che hanno affrontato il tema: V. CRISAFULLI, *Lo spirito della Costituzione*, in Aa.Vv., *Studi per il decennale della Costituzione. Raccolta di scritti sulla Costituzione*, volume I, Milano, 1958, p. 104 ss.; AA.Vv., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, Camera dei Deputati, Roma, 1971, volume I, p. 316 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, I, 1975, p. 149 ss.; P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, p. 51 ss.; Id., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 33 ss.; P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Padova, 1999, p. 29 ss.; A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, 1989, p. 1 ss.; P.F. GROSSI, *Introduzione allo studio dei diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, p. 49 ss.; A. BARBERA, *Commento all'art. 2 Cost.*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, 1975, p. 228 ss.; R. NANIA, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989, 7 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, p. 4 ss.; L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1992, p. 533 ss.;

S. CASSESE, *I diritti sociali degli "altri"*, in *Riv. dir. sicurezza sociale*, 2015, n. 4; N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990; G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, 2017; A. SEN, *La libertà individuale come impegno sociale*, Roma-Bari, 2019; K. BAYERTZ, *Il concetto e il problema della solidarietà*, in K. BAYERTZ, M. BAURMANN, *L'interesse e il dono. Questioni di solidarietà*, a cura di P.P. PORTINARO, Torino, 2002, p. 3 ss.; J.E. STIGLITZ, *La grande frattura. La diseguaglianza e i modi per sconfiggerla*, Torino, 2016.

relazione al principio di eguaglianza e ragionevolezza, e quale strumento di «attuazione della dignità sociale» dell'uomo³⁶.

Il tema in indagine, nella sua complessità, rende, dunque, necessaria una riflessione sulla solidarietà, intesa come «vincolo per la famiglia umana»³⁷: «l'uomo, come molte specie animali, non nasce autosufficiente neppure sotto l'aspetto comportamentistico», ma «ha bisogno di altri per essere nutrito, vestito, custodito e difeso, educato», così la «solidarietà biologica diventa solidarietà etica»; e quest'ultima costituisce la «realtà sociale degli uomini»³⁸.

Nel caso del generato, si tratta di vincoli di solidarietà umana e costituzionale ancora più sentiti, in quanto *bisognoso di protezione più di ogni altro*.

Allora, in una simile prospettiva, la migliore protezione del nato potrebbe far ritenere preferibile la trascrizione dell'atto di nascita, onde evitare comunque l'alea di un procedimento di adozione, con i relativi tempi e che necessita pur sempre del consenso dell'altro genitore. Si affermerebbe, così, l'esistenza di un diritto «proprio» del generato ad essere riconosciuto figlio di entrambi i genitori, biologici e intenzionali, non rimesso a scelte altrui, né riflesso di una domanda discrezionale di adozione³⁹.

Diversamente, ci si chiede se la situazione soggettiva del generato non degradi ad una sorta di interesse legittimo nel diritto privato, con un evidente abbassamento di tutela e con alcune problematiche di compatibilità con i diritti/doveri derivanti dalla responsabilità genitoriale.

³⁶ Cfr. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino, 1972, p. 161 ss., ma v. p. 163 ss.; G. ALPA, *Solidarietà. Un principio normativo*, Bologna, 2022, v. p. 91 ss.; N. LIPARI, "Spirito di liberalità" e "spirito di solidarietà", in *Rivista trimestrale di diritto e di procedura civile*, 1997, p. 25 ss. In argomento, v. pure le riflessioni, particolarmente significative del Presidente della Corte di giustizia dell'Unione europea, K. LENAERTS, *Democrazia, Stato di diritto e solidarietà: sostenere i valori europei*, in *Questione giustizia*, 17 marzo 2025, p. 1 ss. L'illustre giurista, dopo essersi interrogato su quale sia il «valore dei valori», muove dalla considerazione che «i valori europei sono interdipendenti, nel senso che il rispetto per un valore presuppone il rispetto per gli altri», fermando la propria attenzione «sulla relazione tra tre dei valori fondanti dell'UE: democrazia, Stato di diritto e solidarietà».

³⁷ Così, G. ALPA, *Solidarietà. Un principio normativo*, cit., p. 91.

³⁸ Così, A. FALZEA, *I fatti giuridici della vita materiale*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, v. pp. 497 e 498.

³⁹ Come autorevolmente osservato da G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *Questione giustizia*, 7 giugno 2022, p. 1 ss., ma v. p. 8 ss.

Senza omettere neppure di considerare che il diritto del figlio di essere riconosciuto da entrambi i genitori può cedere solo di fronte all'accertamento in concreto di un contrario interesse⁴⁰.

Al riguardo, sarebbe interessante approfondire il problema della filiazione adulterina e incestuosa e, più in generale della filiazione c.d. illegittima, in considerazione di alcune significative decisioni della Corte costituzionale⁴¹.

La solidarietà, secondo la virtù cristiana, è «carità»⁴², che non è elemosina, ma compassione, empatia, sensibilità, ma soprattutto è – e deve essere – «pratica culturale» e sociale, espressione della capacità di identificarsi con gli altri, con le altrui sofferenze e privazioni⁴³. Naturalmente, sul presupposto inespresso che esista ancora la solidarietà e continui ad essere effettivamente praticata nella società contemporanea.

⁴⁰ In proposito, v. Cass., 27 dicembre 2022, n. 37833, in *DeJure online*, in materia di sottrazione internazionale di minori, precisamente, in un'ipotesi di violenza, ai sensi della Convenzione di Istanbul, perpetrata ai danni di una donna, che fugge con il figlio. In tale ipotesi può essere impedito il rimpatrio se il minore è esposto a situazioni intollerabili di pericolo per la sua incolumità fisica o psichica, in applicazione pure all'art. 13, lett. b), della Convenzione dell'Aja del 1980. In argomento, si ricordi anche la nota decisione di Cass. pen., 16 maggio 1996, n. 4904, in materia di sconcertanti forme di «maltrattamenti» ai danni di minori. Nel caso specifico, in applicazione dei principi della Costituzione e della Convenzione di New York del 20 novembre 1989 *sui diritti del fanciullo*, non è più ammissibile l'uso della violenza nei confronti del minore «a fini educativi». Nella fattispecie concreta si discorreva di «eccesso di mezzi violenti di correzione» di cui all'art. 571 c.p., *abuso dei mezzi di correzione o di disciplina*; e di «maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli» di cui all'art. 572 c.p. In materia di diritti fondamentali del minore «soggetto vulnerabile», v. pure Cass., ord., 1° settembre 2020, n. 18188, in questa *Rivista*, in riferimento ai diritti del minore straniero. La decisione richiama l'art. 3 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989 (ratificata dalla L. n. 176 del 1991 e richiamata dal d.lgs. n. 286 del 1998, art. 28), che pone il *best interest* del minore, in quanto «soggetto vulnerabile». Nel caso specifico, la Corte, dovendo bilanciare l'interesse del minore alla stabilità dei rapporti familiari, nonché all'aspettativa di una formazione personale presso un contesto socio-territoriale stabile, con esigenze di rimpatrio dettate dalla normativa in tema di immigrazione, accoglie il principio del c.d. «bilanciamento attenuato», al fine di affermare la prevalenza dei diritti fondamentali del minore, rispetto ai provvedimenti di rimpatrio relativi ai genitori. Ciò, là dove il rimpatrio dei genitori può arrecare danno agli interessi del minore.

⁴¹ In argomento, particolarmente significative ed attuali le riflessioni di A. PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, Milano, 1965, p. 3 ss.

⁴² Cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 33 ss.

⁴³ Cfr. L. HUNT, *La forza dell'empatia. Una storia dei diritti dell'uomo*, Roma-Bari, 2018, p. 15 ss.

Nella prospettiva habermasiana, la «crescente complessità delle forme di vita» sembra, in effetti, rendere il diritto «insostituibile» nella sua «funzione di integrazione sociale», in quanto determina la «solidarietà fra estranei»⁴⁴.

Stretto e complesso è il legame con la libertà e con la dignità: la libertà fonda e costituisce la dignità umana, che resta il limite invalicabile di ogni tecnica o pratica o progetto, anche procreativo e di genitorialità⁴⁵.

6. – Solidarietà e responsabilità genitoriale hanno in comune l'essere cura di sé e degli altri, secondo un antico *comandamento*.

Si ricordino due tragici eventi: il caso *Indy Gregory*, la piccola di 8 mesi, che ora è tra gli angeli; e il caso *Saman Abbas*, la piccola di 15 anni, che anche lei ci guarda dall'alto, perché non accettava il matrimonio imposto. Due esempi, «volontari» e «non volontari», di esercizio e d'impossibilità d'esercizio della responsabilità genitoriale: in senso «positivo», nel caso di *Indy*, la disperazione dei genitori, impotenti nei confronti degli eventi e delle decisioni delle autorità *preposte*; in senso negativo, nel caso di *Saman*, il padre e i parenti hanno *abusato* della responsabilità genitoriale e parentale, con esito nefasto⁴⁶.

In entrambi i casi, sembrano essere messi da parte, nel rapporto tra situazioni esistenziali e responsabilità genitoriale, i valori, i principi, i diritti e i doveri fondamentali della dignità e della solidarietà, che, nel caso di *Indy*, avrebbero imposto pure la pietà.

Il caso *Indy*, *Saman* e la *gestazione per altri* sembrano indicare una via comune: quella della responsabilità sociale e solidale della procreazione.

La *gestazione per altri* è un tema che divide e lascia aperte profonde fratture e perplessità: si ipotizzi il caso di una mamma più volte «surrogata», cioè che

⁴⁴ Cfr. J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat* (1992), trad. it., Milano, 1996, p. 3 ss.; al riguardo, v. D. ZOLO, *I signori della pace*, Roma, 1998, p. 49 ss.

⁴⁵ «E Dio ha coronato di gloria ed onore l'uomo libero, perché solo un uomo libero è responsabile delle proprie azioni» (così, Pico della Mirandola, *De hominis dignitate*, la citazione è tratta da F.P. CASAVOLA, *Bioetica*, cit., p. 41, alle cui fondamentali riflessioni sul tema si è fatto particolare riferimento).

⁴⁶ È di questi giorni la notizia che per tutti i familiari coinvolti è stato chiesto l'ergastolo.

partorisce per più coppie, dando alla nascita fratelli o sorelle, che non sanno, però, di esserlo. E se un giorno si incontrassero e si unissero affettivamente? Cosa accadrebbe? A proposito di ordine pubblico e responsabilità sociale della procreazione.

Si consideri anche un altro caso, questa volta reale: quello di una mamma californiana (*Michelle Reaves*), morta nel 2020 per partorire per un'altra coppia: era alla sua seconda maternità surrogata per la stessa famiglia, per aiutarla ad avere un altro figlio, così pure da dare un fratello o una sorella alla primogenita o primogenito, in quanto la coppia non era in grado di averne, un'ipotesi, dunque, di maternità surrogata altruistica e solidale.

Nell'esprimere proprie convinzioni nei confronti della gestazione per altri e degli strumenti giuridici per attuare la relazione di genitorialità d'intenzione, oltre ai suindicati rischi di relazioni inconsapevoli, sorge anche il dubbio che vi si possa ricorrere per altrettanto non accettabili ragioni di trasmissione del patrimonio genetico.

Il tema sembra, inoltre e per certi aspetti, collegarsi a quello della clonazione, della quale potrebbe rivelarsi «sostitutiva»⁴⁷.

All'inizio di questo piccolo intervento si è osservato che in materia non esistono soluzioni facili: il piano del *dover essere* o del *diritto desiderato*⁴⁸, che probabilmente è corretto individuare, nel fenomeno in indagine, proprio per ragioni di *solidarietà*, nel primario interesse al ricorso all'adozione di tanti minori in stato di abbandono⁴⁹, non è da confondere con quello dell'*essere*, del generato: la gestazione

⁴⁷ Si consideri l'esempio di una potente Casa farmaceutica o Clinica che svolge attività di ricerca: potrebbe disporre di generati a tal fine, concludendo contratti di gestazione per altri, a fronte del pagamento di ingenti somme e dell'impegno a prendersi cura del futuro del generato. Si tratta, dunque, di fenomeni che non possono non essere controllati e regolamentati.

⁴⁸ Per dirla con KANT, *Che cos'è il diritto?*, dalla *metafisica dei costumi* (1797), Parte I, *Principi metafisici della dottrina del diritto*.

⁴⁹ È di questi giorni la decisione, destinata a divenire storica, della Corte cost., 21 marzo 2025, n. 33, rel. Navarretta, in *giurcost.org*, che ammette l'adozione di minori stranieri da parte di persone singole. La Consulta ha dichiarato, difatti, l'incostituzionalità dell'art. 29-bis, comma 1, della legge n. 184 del 1983, nella parte in cui non ammette le persone singole fra coloro che possono adottare un minore straniero residente all'estero. Il passo successivo dovrebbe essere, ora, quello dell'estensione dell'adozione, senza limitazioni o distinzioni, anche da parte delle coppie omosessuali. Al riguardo, si è, altresì mosso riferimento (v. la precedente nota 21) alla

per altri impone la ricerca di giusti e congrui rimedi a tutela del *best interest* del nato, senza escludere assiomaticamente la relazione con il genitore d'intenzione, là dove meritevole.

Il complesso tema in indagine induce pure ad un'attenta rimeditazione sul significato, oggi, di *status filiationis*⁵⁰, attraverso un'attenta qualificazione e selezione dei fatti naturali e giuridici costitutivi del rapporto di filiazione, consapevoli delle conseguenze della scelta.

Come spesso accade, il valore della famiglia, del legame familiare e parentale, si apprezza quando, purtroppo, viene reciso dagli eventi. E, allora, ci troveremo, tutti, a dire che '*vorremmo avere una famiglia*' o che '*vorremmo*' poter preservare e conservare il legame parentale, con riguardo pure alla giuridicità⁵¹ del fatto⁵².

questione di costituzionalità pendente in Corte circa il divieto di accesso alle persone singole di accesso alle tecniche di PMA (reg. ord. n. 193/2024).

⁵⁰ Dallo *status* di figlio naturale a quello di generato. In argomento, restano fondamentali le riflessioni di A.C. JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, Milano, 1961, p. 9 ss.; A. PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, cit., p. 11 ss. Osserva l'illustre a.: «è evidente che per l'esigenza della certezza giuridica i fatti che rappresentano l'inserimento progressivo nell'ordinamento di una realtà che nasce fuori dalla legge, incontreranno limiti di varia natura che comprendono necessariamente, nell'unità dell'ordinamento, anche la tutela di chi li subisce. Ma tali limiti esisteranno sempre in ogni sistema giuridico, che deve necessariamente comprendere una molteplicità di situazioni giuridiche appartenenti ad una molteplicità di soggetti. Sicché l'uguaglianza sul piano giuridico potrà essere attuata solo in base al suo contenuto pratico, soggiacendo cioè alle esigenze di certezza giuridica, la sola che possa garantire alle situazioni in trasformazione giuridica, e alle altre che preesistono nella legge, la loro esistenza nella libertà»; prosegue l'a., «i concetti giuridici e la tecnica giuridica saranno sempre necessari per tradurre in certezza legale un qualsiasi principio politico che è dettato da necessità naturali o sociali».

⁵¹ La «giuridicità è nel fatto», secondo l'autorevole insegnamento di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, I, *Metodi e tecniche*, 4^a ed., Napoli, 2020, p. 112 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, 4^a ed., Napoli, 2020, p. 230 ss.

⁵² Che chiama in causa la *teoria della fattispecie*, ben potendo l'ordinamento negare effetti giuridici, cioè, non collegare al fatto alcun effetto giuridico o ridotti effetti giuridici. Si discute se un fatto sia giuridicamente rilevante solo se produttivo di effetti giuridici sulla base di una norma. In senso contrario, A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 24 ss.; ID., voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 432 ss.; ID., voce *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 941 ss. Quali fatti, poi, debbano essere o meno giuridicamente rilevanti e a quali effetti, è altro discorso. Si tratta di una scelta «interna» dell'ordinamento nel suo complesso, di una complessa valutazione necessaria affinché il fatto possa produrre effetti giuridici: ci si chiede se una simile valutazione esprima un giudizio etico, di valore, appunto, morale da parte dell'ordinamento che, nel valutare un determinato fatto umano, decide o meno di attribuirgli determinati effetti giuridici (v. A. CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 433 ss.; ID., voce *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 926 ss., ma v. p. 935 ss.).

E, poi, tra adozioni e trascrizioni, chissà come ci si sente ad essere generati senza genitori⁵³, a proposito di *intenzioni*.

Osserva Pascal: «non si dimostra la propria grandezza per il fatto di trovarsi su un estremo, ma toccando contemporaneamente i due estremi e colmando ciò che vi è tra uno e l'altro»⁵⁴.

⁵³ Si ricordi, al riguardo, il bellissimo, ma terribile, romanzo di K. ISHIGURO, *Non lasciarmi*, Torino, 2016, sulla clonazione di esseri umani, generati al fine di donare e, poi, morire: «“un giorno, forse non molto lontano, imparerai come ci si sente”. Così rimani in attesa, anche se non sai esattamente di cosa, in attesa del momento in cui comprenderai che sei davvero diversa da loro; che là fuori ci sono persone, come Madame, che non ti odiano o ti augurano alcun male, ma che tuttavia rabbriviscono al solo pensiero di una come te – di come sei venuta al mondo e perché – e che sono terrorizzate all’idea che la tua mano sfiori la loro» (p. 42, v. anche pp. 172 e 173). A un certo punto della storia, i giovani protagonisti chiedono perché nell’istituto (Hailsham), dove venivano «allevati», portassero via i loro disegni: «*per dimostrare che voi avevate un’anima*» (v. pp. 263, 264).

⁵⁴ B. PASCAL, *Pensieri*, Serie XXV, n. 575. L’opera ebbe inizio, si osserva, a partire dal 1658, edita dopo la morte del grande filosofo, nel 1670. La prima edizione italiana risale al 1784.

**Considerazioni sull'origine storica del modello costituzionale di ordine-potere
giudiziario
- prima parte -
di
Enrico Daly***

Sommario: 1. Introduzione; 2. Alle origini dell'ordine giudiziario: lo Statuto albertino e la giustizia come prerogativa regia; 3. Il controllo politico sulla magistratura nello Stato liberale: dalla legge Siccardi all'ordinamento Rattazzi; 4. Le leggi Orlando: primi tentativi di autonomia istituzionale della magistratura; 5. L'ordine giudiziario nel regime fascista: autoritarismo e continuità con lo Stato liberale.

1. Introduzione

Nella sua *Allgemeine Staatslehre*, pubblicata nel 1925, Hans Kelsen critica la tripartizione del potere dello Stato risalente a Montesquieu e, in luogo della distinzione tra potere legislativo, potere esecutivo e potere giudiziario, propone di declinare il «potere unitario e indivisibile dello Stato»¹ secondo le modalità del suo esercizio, vale a dire scomponendolo nelle sue funzioni; ma non già nelle tre funzioni classiche (legislazione, esecuzione, giurisdizione), bensì soltanto in due di esse: da un lato la *legis latio* (legislazione, *Gesetzgebung*), ovverosia la posizione, da parte dello Stato, di norme generali e astratte; dall'altro la *legis executio* (esecuzione, *Vollziehung*), vale a dire la posizione, da parte di organi dello Stato (o anche di privati cittadini, nel caso del negozio giuridico), di norme individuali e concrete. La funzione esecutiva, dunque, secondo il giurista viennese consiste proprio nel

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore, sede di Milano.

¹ H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato* (trad. it. a cura di J. LUTHER ed E. DALY), Giuffrè, Milano, 2013, p. 520.

processo di individualizzazione e di concretizzazione della norma giuridica, tale processo essendo tipico sia dell'attività di amministrazione (*Verwaltung*) sia della giurisdizione (*Rechtsprechung*)². Com'è stato rilevato, quale conseguenza di una tale sistematica viene meno «la distinzione logico-giuridica della funzione amministrativa rispetto a quella giurisdizionale»³: ancora agli inizi del Novecento, dunque, anche nella teoria kelseniana delle funzioni dello Stato si sente risuonare l'eco della concezione secondo la quale la giurisdizione, in fondo, è solo un momento dell'esecuzione, l'ordine giudiziario riducendosi, in ultima analisi, a una componente del potere esecutivo.

L'autonomia e l'indipendenza della magistratura, infatti, sono il risultato di una conquista storica relativamente recente del nostro ordinamento giuridico e, come dimostrano le vicende politico-costituzionali delle cd. democrazie illiberali, i valori dello Stato di diritto di cui all'art. 2 TUE devono essere oggetto di costante attenzione, affinché le tensioni tra magistratura e politica, fisiologiche e strutturali anche negli Stati democratico-costituzionali, non esitino in una sostanziale negazione del necessario bilanciamento (dei pesi e contrappesi) tra i poteri dello Stato, con conseguente pregiudizio per la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini e di tutti gli individui.

2. Alle origini dell'ordine giudiziario: lo Statuto albertino e la giustizia come prerogativa regia

² «L'essenza della *legislazione* si caratterizza, in linea del tutto generale, per il fatto che lo Stato in questa sua funzione stabilisce regole astratte, *generali*, mentre nella giurisdizione e nell'amministrazione dispiega un'attività *individualizzata*, assolve in modo diretto compiti concreti» (Ivi, pp. 523-524). Kelsen critica l'idea che solo la giurisdizione sia una funzione di applicazione del diritto, mentre l'amministrazione sia, per converso, un'attività essenzialmente "libera dal diritto": amministrazione e giurisdizione sono entrambe forme di applicazione del diritto, per cui «anche la funzione dello Stato denominata amministrazione può essere concepita come individualizzazione o concretizzazione di leggi e [...] non si può ammettere che esista una differenza essenziale tra l'amministrazione e la cosiddetta giurisdizione, in rapporto alla legislazione» (Ivi, p. 535).

³ L. DAGA, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, Jovene, Napoli, 1973, p. 63, nota 4. Autorevolmente in dottrina si è affermato che «la dottrina kelseniana è la negazione più perentoria e anzi la dissoluzione...naturale e spontanea, sotto l'aspetto funzionale, della teoria della divisione dei poteri» (F. MODUGNO, *Poteri [divisione dei]*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, UTET, Torino, 1966, p. 483).

Lo Statuto albertino menziona esplicitamente soltanto il potere legislativo (art. 3) e il potere esecutivo (art. 4). L'art. 68, norma la quale stabilisce che «[l]a Giustizia emana dal Re, ed è amministrata in Suo Nome dai Giudici ch'Egli istituisce», apre il capo dedicato all'“ordine giudiziario” e non già al potere giudiziario.

Lo Statuto aveva disegnato per il Regno dei Savoia una forma di governo che si ispirava alla monarchia costituzionale e al modello del “governo del Re” (*gouvernement du Roi*) istituito dalla Carta costituzionale francese del 1830 (nella quale, accanto alla *puissance exécutive* e alla *puissance législative*, si menzionava l'*ordre judiciaire*) e dalla Costituzione del Belgio del 1831 (nella quale, invece, si faceva espressa menzione del *pouvoir judiciaire*). Le convenzioni costituzionali intervenute tra gli organi supremi dello Stato, però, determinarono fin da subito l'instaurazione della forma di governo tipica della monarchia parlamentare, con la presenza, cioè di un governo di Gabinetto legato al Parlamento da un rapporto di fiducia e presieduto da un Presidente del Consiglio dei ministri e non dal Re⁴.

La discrasia⁵ tra la lettera e lo spirito dello Statuto si riverberò anche nella dottrina che si occupava dell'ordine giudiziario. Nel periodo immediatamente successivo

⁴ A Sidney Sonnino che, nel suo celebre articolo del 1897, intitolato *Torniamo allo Statuto*, invocava un ritorno alla lettera dello Statuto Albertino e al “governo del Re” contro le degenerazioni del parlamentarismo, rivelatosi, a sua opinione, un sistema incapace di affrontare le minacce del socialismo e del clericalismo, così rispondeva Lodovico Mortara, insigne processualista e studioso di ordinamento giudiziario: «La verità è che le istituzioni politiche italiane hanno sempre funzionato in conformità a quel sistema che lo scrittore [Sidney Sonnino, *ndr.*] segnala come contrario alla lettera dello statuto. Non vi fu mai un momento [...], dal 1848 in poi, nel quale si sia dubitato che il governo debba essere esercitato dal gabinetto sotto la propria responsabilità e che questa responsabilità operi di fronte al parlamento; che la maggioranza parlamentare, con la concessione o col ritiro della fiducia, determini la vita e la morte dei gabinetti; che la scelta del ministero debba essere fatta dalla corona secondo i criteri forniti dalla tendenza e dai voti del parlamento. Questa è la teoria costituzionale che ha sempre dominato in Italia; abbandonarla, potrà essere utile o dannoso; ma non potrebbe essere qualificato correttamente come un *ritorno allo statuto*. Per nessuna legge, come per quelle politiche fondamentali, è tanto vero il detto che la lettera uccide e lo spirito vivifica. Il contenuto di una carta costituzionale non sta nelle parole testuali che la compongono, ma nell'interpretazione e nella osservanza che essa ha avuto in pratica» (L. MORTARA, *Statuto, Corona e Parlamento*, in ID., *Lo Stato moderno e la giustizia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, p. 148).

⁵ La difficoltà di individuare una collocazione costituzionale del potere giudiziario nell'ambito della forma di governo vigente nell'Italia del tempo era, infatti, dovuta alla «discrasia esistente fra il diritto scritto risultante dal testo dello Statuto albertino, il quale disegnava una forma di governo qualificabile come “monarchia costituzionale pura” ed il diritto vivente risultante dalle

alla promulgazione dello Statuto, la giustizia che emana dal Re fu interpretata, in modo pressoché maggioritario, come giustizia “delegata” dal Re, vale a dire come una manifestazione del potere regio. Nell’epoca storica dell’unificazione nazionale, «di coscienza da parte della Magistratura di costituire un Potere dello Stato, con un diritto-dovere all’autonomia, non è dato parlare»⁶: la giurisdizione è concepita come una funzione dello Stato complementare all’amministrazione, entrambe le funzioni essendo riconducibili al potere esecutivo del Re⁷.

Tale concezione fu però presto incrinata⁸, tanto che Vittorio Emanuele Orlando, nel suo manuale intitolato *Principii di diritto costituzionale*, la cui prima edizione fu pubblicata nel 1889, dedicò il libro sesto dell’opera al “potere giudiziario”, giudicando un «vero errore» quell’interpretazione dell’art. 68 dello Statuto albertino che faceva della giurisdizione una «prerogativa della Corona»: «appunto perché si verrebbe a negare l’autonomia del potere giudiziario. Esso [...] ripete la sua origine non da una delegazione del potere regio, ma da quella fonte medesima da cui gli altri due poteri, e cioè l’organica attuazione della sovranità dello Stato»⁹. Nelle parole del fondatore della scienza del diritto pubblico italiano, la giustizia emana dal Re non perché l’esercizio della giurisdizione è da questi “delegato” a

famose “modificazioni tacite” introdotte in via di semplice convenzione già all’indomani della promulgazione dello Statuto [...], il quale era venuto realizzando una forma di governo tendenzialmente qualificabile come monarchia parlamentare» (A. PIZZORUSSO, *Prefazione*, in L. MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., p. 11). È però già con riguardo alla “lettera” dello Statuto albertino che si possono rilevare alcune ambiguità: l’art. 67, infatti, dispone che «[i] Ministri sono responsabili», senza specificare se verso il Re, come avviene nella monarchia costituzionale, o verso il Parlamento, com’è regola nella monarchia parlamentare: «è su questa apertura della disposizione che si fondò la possibilità, a costituzione invariata, per la forma di governo desiderata da Carlo Alberto (la monarchia costituzionale pura), di evolversi in senso parlamentare» (cfr. R. BALDUZZI [a cura di], *Diritto costituzionale*, Vita e Pensiero, Milano, 2025, p. 145).

⁶ L. DAGA, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., p. 62.

⁷ P. MAROVELLI, *L’indipendenza e l’autonomia della magistratura italiana dal 1848 al 1923*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 2.

⁸ «Fin da subito l’interpretazione delle norme statutarie avrebbe però oscillato tra una visione del potere giudiziario quale una branca di quello esecutivo, conforme all’idea dominante durante la Restaurazione, e una diversa e opposta concezione, secondo cui, rifacendosi l’intera costituzione sabauda al sistema francese, era evidente che – come nel modello matrice – fosse pienamente riconosciuta l’autonomia e l’indipendenza giudiziaria» (A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 28).

⁹ V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Barbera editore, Firenze, 1889, p. 211, § 338.

ciascun giudice, bensì perché la giurisdizione è funzione sovrana e, in quanto tale, riconducibile al «rappresentante esterno dello Stato, nella unità dei suoi poteri sovrani»¹⁰. Proprio perché funzione sovrana, la giustizia (cioè la giurisdizione¹¹) deve essere autonoma e indipendente dagli altri poteri dello Stato. L'affermazione, per lo meno in via di ragionamento astratto, dell'autonomia del potere giudiziario trova dunque, in tal modo, un fondamento costituzionale proprio nell'art. 68 dello Statuto albertino (se non nella lettera, sicuramente nello spirito della norma, per riprendere l'espressione utilizzata da Lodovico Mortara nella polemica con Sidney Sonnino)¹².

Nonostante i riconoscimenti di principio, la situazione reale nella quale operava il potere giudiziario ancora alla fine dell'Ottocento rifletteva una completa subordinazione della magistratura al potere esecutivo. Come affermato da Gaetano Mosca nel 1884, «questa teorica divisione dei poteri nella pratica poi non regge affatto»¹³. Il Governo, infatti, aveva a disposizione numerose leve da azionare per controllare l'operato dei giudici, tanto che – per utilizzare le parole dell'esimio politologo – «generalmente ciò che il Ministro vuole il magistrato fa»¹⁴. L'auspicio, dunque, è quello di una riforma generale dell'ordinamento giudiziario che tolga al Ministro della giustizia l'«arbitrio illimitato»¹⁵ da questi esercitato sui magistrati,

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Sulla corrispondenza al termine “giustizia” dell'attività che la dottrina chiama comunemente “giurisdizione” cfr. S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 219.

¹² «Pertanto la giustizia non “emana” oggi dal Re più di quel che emani da lui ogni altro potere; cioè nel solo senso che il Re è il capo dello Stato, ed in lui *formalmente* si rannoda ogni manifestazione della sovranità dello Stato. Il significato che quest'affermazione statutaria può logicamente avere in regime costituzionale, è diametralmente opposto al suo significato originario; e conforta, non annulla, il principio dell'indipendenza della funzione giudiziaria. Dappoiché vale come il dire che la giustizia è una emanazione dello Stato Sovrano, ed è quindi unica per tutto lo Stato come è unico lo Stato stesso» (F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, vol. III, Utet, Torino, 1909, p. 426, § 747). Autonomia e indipendenza della magistratura sono dunque valori riconosciuti – ripetiamo – almeno teoricamente dalla dottrina italiana di inizio Novecento.

¹³ G. MOSCA, *Teorica dei governi e governo parlamentare*, in ID., *Ciò che la storia potrebbe insegnare: scritti di scienza politica*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 244.

¹⁴ *Ivi*, p. 249.

¹⁵ *Ivi*, p. 250. Mosca aggiunge, come possibili soluzioni, che «i traslochi [dei magistrati] dovrebbero avvenire per ragioni ben determinate, e possibilmente, dietro consenso dell'interessato; le promozioni dovrebbero in gran parte essere regolate dall'anzianità; quelle

affinché le garanzie di autonomia previste in teoria non si rivelino, nella pratica, completamente illusorie.

3. Il controllo politico sulla magistratura nello Stato liberale: dalla legge Siccardi all'ordinamento Rattazzi

La principale – anzi, l'unica – garanzia di indipendenza della magistratura presente nello Statuto albertino (art. 69) è l'*inamovibilità*, dopo tre anni di esercizio, dei giudici nominati dal Re, ad eccezione di quelli di mandamento (poi pretori). Il concetto di inamovibilità si rivelò subito ambiguo, potendosi riferire sia alla sede sia alla funzione (all'epoca denominata "grado" di servizio) sia a entrambe¹⁶; e fu proprio in forza di tale ambiguità che il Governo riuscirà a controllare in modo capillare la magistratura del Regno d'Italia.

La prima legge approvata sotto la vigenza dello Statuto albertino e avente ad oggetto l'ordine giudiziario adottò un concetto lato di inamovibilità: la cd. *legge Siccardi* (legge 19 maggio 1851, n. 1186), infatti, riferì l'inamovibilità sia alla

per merito dovrebbero essere indicate al Ministro da Consigli superiori, composti dai magistrati più elevati e migliori conoscitori del personale giudiziario». Dell'"arbitrio illimitato" esercitato all'epoca dal potere politico sull'ordine giudiziario è testimonianza il famoso discorso tenuto da Giolitti nel 1897 agli elettori di Caraglio, in provincia di Cuneo: «Al Governo restano i seguenti poteri sulla magistratura. Dei pretori dispone liberamente, senza alcuna garanzia. I magistrati sono tutti nominati dal Governo; le promozioni loro dipendono per intero dal beneplacito del Governo; il Governo può negare loro qualsiasi trasferimento; è il Governo che determina le funzioni a cui ciascun magistrato può essere addetto, e che ogni anno designa i magistrati che debbono giudicare le cause civili e le penali, e li riparte fra le varie sezioni delle corti e dei tribunali; è il Governo che compone a piacer suo le sezioni di accusa presso le corti di appello e sceglie i giudici che devono, presso i tribunali, adempiere le funzioni di giudici istruttori, nel qual modo ha in mano sua l'istruzione dei processi penali e così l'onore e la libertà dei cittadini; infine il ministro guardasigilli ha il diritto di chiamare a sé e di ammonire qualunque membro di corte e di tribunale» (riportato da ultimo in R. BALDUZZI, *Politica e magistratura*, Educatt, Milano, 2021, p. 80). Il discorso di Caraglio è menzionato anche in E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Laterza, Bari, 2018, p. 4, il quale lo cita altresì nell'audizione avvenuta il 6 marzo 2025 in Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica e avente ad oggetto il Ddl. S. 1353 sulla riforma costituzionale dell'ordinamento giurisdizionale.

¹⁶ La stessa ambiguità era presente nella Costituzione francese del 1830: «*Les juges nommés par le Roi sont inamovibles*» (art. 49). La Costituzione belga del 1831, invece, specificava il concetto di inamovibilità, riferendolo sia alla funzione sia alla sede: «*Les juges sont nommés à vie. Aucun juge ne peut être privé de sa place ni suspendu que par un jugement. Le déplacement d'un juge ne peut avoir lieu que par une nomination nouvelle et de son consentement*» (art. 100).

funzione sia alla sede¹⁷, sebbene la “traslocazione” (cambiamento di sede, l’attuale tramutamento) del giudice fosse consentita, a certe condizioni, anche in caso di suo rifiuto: «[q]uando per qualsiasi circostanza un Giudice inamovibile non possa più convenientemente amministrare la giustizia nel luogo di sua residenza, e rifiuti di essere traslocato» (art. 9), in quel caso la traslocazione poteva essere decisa dalla Corte di cassazione. Quest’ultima garanzia – vale a dire la riserva di giurisdizione in ordine alla traslocazione di un giudice inamovibile – rappresentò «di certo un reale aspetto liberale della legge Siccardi»¹⁸, ma il controllo del Governo (cioè, della politica) sulla magistratura restò comunque pervasivo. L’art. 15 della legge Siccardi, infatti, stabiliva che «[l]e denunce [...] saranno trasmesse al Magistrato di cassazione per mezzo del pubblico Ministero» e il pubblico Ministero, ancorché in assenza di una precisa disposizione di legge, era considerato il rappresentante del potere esecutivo presso l’ordine giudiziario: attraverso il controllo del pubblico Ministero, il Governo era dunque in grado di esercitare un controllo preventivo su quelle denunce che avrebbero potuto portare alla traslocazione di un giudice, bloccandole anticipatamente. L’art. 10 della legge Siccardi, inoltre, stabiliva che le decisioni della Corte di cassazione aventi ad oggetto la revoca, il collocamento a riposo, la dispensa dal servizio o la traslocazione di un giudice dovessero essere trasmesse «dall’Avvocato generale al Ministro della Giustizia, acciò promuova l’analogo Decreto Reale». La deliberazione della Corte di cassazione, pertanto, era semplicemente una «“premessa legale” del decreto del Ministro»¹⁹: la riserva di

¹⁷ «I Giudici che, a termini dell’articolo 69 dello Statuto, hanno acquistato l’inamovibilità, non possono essere privati della loro carica, né sospesi dall’esercizio delle loro funzioni, né senza il loro consenso traslocati o posti in aspettativa o a riposo anche con pensione di ritiro od altro assegnamento, se non nei casi previsti da questa Legge, e secondo le forme in essa prescritte» (art. 1)

¹⁸ L. DAGA, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., p. 70. Si è altresì detto che «la legge Siccardi rappresentava un’affermazione dei principi liberali, soprattutto dove riconosceva il diritto all’inamovibilità della sede, rimettendo alla cassazione di decidere in caso di trasferimento» (P. MAROVELLI, *L’indipendenza e l’autonomia della magistratura italiana*, cit., p. 42), ancorché poi l’Autore esprima un giudizio estremamente negativo sul procedimento disciplinare previsto dalla normativa in questione.

¹⁹ L. DAGA, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., p. 71. Il Senatore Giuseppe Stara, magistrato, durante la discussione che portò all’approvazione della legge Siccardi, aveva richiamato l’attenzione sull’art. 10 della legge *de qua*, sostenendo che il potere conferito al Ministro rappresentasse un attentato all’indipendenza dell’ordine giudiziario: «qualunque sia il

giurisdizione era dunque da intendersi in senso meramente formale, la deliberazione ultima sulla traslocazione del giudice spettando, sostanzialmente, al Ministro della giustizia e al potere politico.

Dalla configurazione del procedimento disciplinare previsto dalla legge del 1851 emergeva, inoltre, una concezione burocratica e gerarchica dell'apparato giudiziario: il Primo Presidente della Corte di cassazione esercitava la sorveglianza sui giudici di cassazione; il Presidente della Corte d'Appello e il Presidente del Tribunale esercitavano la sorveglianza, rispettivamente, sui giudici del loro distretto e del loro mandamento. Su tutto l'apparato giudiziario "dominava" il Ministro della giustizia, che sembrava davvero essere il "superiore" gerarchico²⁰ di tutti i magistrati. *Ex art. 26 della legge Siccardi*, «[i]l Ministro della Giustizia esercita l'alta sorveglianza su tutti i Giudici dello Stato: può, occorrendo, chiamarli a sé, affinché si spieghino sui fatti che fossero loro imputati». Tutte le deliberazioni in materia disciplinare adottate dalla magistratura, infine, dovevano essere trasmesse al Ministro della Giustizia (art. 45)²¹, il quale era libero di dare o non dare ad esse esecuzione. La magistratura del proclamando Regno d'Italia, allo stesso

tenore delle dichiarazioni o deliberazioni del magistrato di Cassazione su questa importante e delicata materia, il potere esecutivo è pur sempre libero di contraffare alle medesime, sotto la propria responsabilità, e per conseguente di revocare e sospendere un giudice inamovibile, che il magistrato avrebbe riconosciuto innocente delle fattegli imputazioni, e rimandato assolto, o, viceversa, di mantenere in carica tal altro che lo stesso magistrato avesse chiarito meritevole di revocazione o sospensione, di dispensa da ulteriore servizio o di collocamento a riposo per fatti più o meno gravi di cui veniva imputato» (Senato del Regno, tornata del 14 maggio 1851, p. 624). Il relatore della legge, senatore Leonzio Massa Saluzzo, anch'egli magistrato, confermò che proprio quella testé riportata era l'intenzione del legislatore: la decisione del magistrato di Cassazione stabilisce la condizione legale del giudice, ma tale deliberazione deve avere un'esecuzione di fatto e tale "sentenza di fatto" «entra nella prerogativa del potere esecutivo, anzi del potere reale» (Ivi, p. 628). La legge Siccardi, dunque, viene approvata ancora vigente l'interpretazione dell'art. 68 dello Statuto albertino quale norma che individua nella giurisdizione un'articolazione del potere esecutivo del Re.

²⁰ «Era pur vero che il giudizio sull'operato del magistrato veniva attribuito alla Corte di cassazione in veste disciplinare, ma anche qui il potere di sorveglianza era strutturato in modo essenzialmente gerarchico dal superiore all'inferiore, e "superiore finale" era sempre il Ministro della Giustizia» (A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, cit., p. 34).

²¹ «Le deliberazioni dei Tribunali di prima cognizione in materia di disciplina saranno trasmesse dal Presidente al Primo Presidente del Magistrato d'appello, e dall'Avvocato fiscale all'Avvocato fiscale generale colle rispettive osservazioni. L'Avvocato fiscale generale trasmetterà al Ministro della Giustizia le deliberazioni emanate sia dal Magistrato, sia dai Tribunali di prima cognizione» (art. 45 della legge 19 maggio 1851, n. 1186).

modo di quella napoleonica, si strutturò come un esercito nel quale i giudici erano inquadrati secondo una rigida gerarchia²².

Il controllo del potere politico sulla magistratura diventò ancora più stringente con l'approvazione dell'ordinamento giudiziario: si tratta del decreto legislativo 13 novembre 1859, n. 3781 (cd. *decreto Rattazzi*, dal nome del Ministro della giustizia), testo destinato a essere in gran parte riprodotto nella legge 6 dicembre 1865, n. 2626, normativa che costituirà l'ordinamento giudiziario del Regno d'Italia. Il decreto Rattazzi venne emanato da Vittorio Emanuele II «[i]n virtù dei poteri straordinari a Noi conferiti colla legge 25 aprile 1859», la quale stabiliva che, «[i]n caso di guerra coll'Impero d'Austria, e durante la medesima, il Re sarà investito di tutti i poteri legislativi ed esecutivi, e potrà, sotto la responsabilità ministeriale, fare per semplici Decreti Reali tutti gli atti necessari alla difesa della Patria e delle nostre Istituzioni». Lo scoppio della guerra con l'Austria nel 1859 rese effettiva la summenzionata delega del Parlamento al Governo e il Ministro Rattazzi, con un preciso abuso costituzionale²³, avvalendosi dei pieni poteri, poté pubblicare il codice penale, il codice di procedura penale, il codice civile, il codice di commercio e l'ordinamento giudiziario, ancorché tali normative non rientrassero certamente tra «gli atti necessari alla difesa della Patria» da emanare, tra l'altro, «[r]imanendo intangibili le Istituzioni costituzionali» (art. 2 della legge 25 aprile 1859, n. 3345). I rapporti tra politica e magistratura nel Regno di Sardegna e, successivamente, nel Regno d'Italia saranno dunque regolati da un atto giuridico frutto di un "colpo di mano" governativo.

La novità introdotta dall'ordinamento giudiziario del 1859/1865 fu il sostanziale superamento dell'inaMOVibilità dei giudici. L'art. 199 della legge 6 dicembre 1865,

²² La gerarchia dell'ordine giudiziario è ribadita dalla legge 27 giugno 1851, n. 1207, la cd. "legge sugli stipendi": magistrati con lo stesso grado potevano percepire stipendi differenti a seconda dell'importanza della Corte o del Tribunale in cui prestavano la propria funzione. Si cominciò a parlare, all'epoca, di "alta" e di "bassa" magistratura.

²³ Sull'"abuso costituzionale" commesso dal Ministro Rattazzi cfr. L. DAGA, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., p. 74, e P. MAROVELLI, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana*, cit., p. 54-55 (nota 16), il quale nota che la legge 25 aprile 1859 «poteva autorizzare tutt'al più a prendere qualche provvedimento che servisse, a giudizio insindacabile del ministro, a difendere le istituzioni giudiziarie esistenti, non certo a modificarle nel senso di abrogare una legge che era stata regolarmente approvata dalle Camere» (Ivi, p. 55).

n. 2626²⁴ (che recepiva l'art. 103 del decreto Rattazzi) ribadiva l'inaMOVIBILITÀ del *grado*, ma aboliva, nei fatti, l'inaMOVIBILITÀ della *sede*, poiché i giudici potevano «per l'utilità del servizio essere tramutati da una corte o da un tribunale ad altra corte o tribunale, con parità di grado e di stipendio»²⁵. Ed è quasi superfluo notare che, su quale fosse l'«*utilità del servizio*», completa era la discrezionalità del Ministro della giustizia, il quale poteva conseguentemente decidere, a suo insindacabile giudizio, di tramutare un giudice da una sede prestigiosa, o semplicemente comoda, a una sede anonima o situata in zone fortemente disagiate²⁶.

L'art. 8 della legge del 1865 stabiliva che «i funzionari dell'ordine giudiziario [fossero] nominati dal Re sulla proposta del ministro della giustizia»: l'ordinamento giudiziario del Regno d'Italia affermava, nei fatti, «l'assoluto arbitrio dei Guardasigilli nel governo della Magistratura»²⁷, arbitrio che poteva esplicarsi anche in forza della disciplina legislativa dei rapporti intercorrenti tra il Ministro e il pubblico ministero. L'art. 129 dell'ordinamento giudiziario, infatti, sanciva il principio in virtù del quale «il pubblico ministero è il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria, ed è posto sotto la direzione del ministro della giustizia»: avendo, il pubblico ministero soltanto, poteri d'impulso

²⁴ «I funzionari dell'ordine giudiziario che hanno, a termini dell'art. 69 dello statuto, acquistato l'inaMOVIBILITÀ, non possono essere privati del loro grado, o sospesi, né posti, senza il loro consentimento, in disponibilità, in aspettativa o riposo, anche con pensione, salvo nei casi previsti dalla presente legge, e secondo le forme in essa prescritte» (art. 199).

²⁵ Nell'ordinamento giudiziario del 1865 compare il termine «tramutamento», tuttora utilizzato, mentre nel decreto Rattazzi del 1859 si faceva ancora uso del termine «traslocazione».

²⁶ «Il trasferimento in zona disagiata avrebbe spesso rappresentato la punizione per chi pronunciava sentenze sgradite al governo o semplicemente per il magistrato indisciplinato, tanto che sarebbe rimasto l'uso di indicare espressamente nel fascicolo personale del giudice quei casi nei quali il trasferimento non era da intendersi come misura punitiva, in modo da garantire al trasferito esente da colpe un'indennità» (A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, cit., p. 62). Vittorio Emanuele Orlando ricorda, nel suo manuale, che «suprema garanzia del magistrato è la così detta inamovibilità che gli assicura una piena indipendenza dal potere esecutivo, da cui egli non ha nulla a temere come conseguenza di avere fatto giustizia. [...] l'espressione non precisata di «inamovibilità» si poteva intendere solo inclusa quella di grado e di stipendio e non già ancora quella di residenza, di gravissimo momento pure essa, per ragioni di fatto facilmente comprensibili» (V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, cit., p. 213, § 341).

²⁷ L. DAGA, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., p. 77.

nell'esercizio dell'azione disciplinare²⁸, controllando quest'organo il Ministro della giustizia controllava, nei fatti, l'intero ordine giudiziario, quasi fosse un generale che vigila sulla disciplina del proprio esercito²⁹.

4. Le leggi Orlando: primi tentativi di autonomia istituzionale della magistratura

Tale situazione era destinata a suscitare le critiche della dottrina, viepiù propensa, come si è visto, a individuare già nello Statuto albertino la necessità costituzionale di garantire l'indipendenza e l'autonomia dell'ordine giudiziario. Per cercare di porre un freno a comportamenti che parevano essersi trasformati in un vero e proprio "costume" governativo, era stata avanzata la proposta di costituire, presso gli organi giudiziari, delle Commissioni consultive per fornire pareri al Ministro nei casi di trasferimenti dei magistrati. L'opera di lenta riforma ebbe inizio con il Regio Decreto 3 ottobre 1873, n. 1595 (cd. *decreto Vigliani*), che istituì Commissioni locali, meramente consultive, composte da magistrati, le quali avrebbero dovuto esprimere un parere non vincolante al Ministro in caso di nomine, promozioni o tramutamenti di giudici senza il loro consenso; il decreto Vigliani, che fissava un limite, per quanto minimo, alla discrezionalità del Ministro della giustizia, fu prontamente abrogato quando la Sinistra giunse al potere, poiché nessuna parte politica intendeva realmente rinunciare a un «comodo strumento di governo»³⁰ qual è, e qual era all'epoca, il controllo del potere esecutivo sull'ordine giudiziario. Il Ministro Tajani, autore del decreto abrogativo (Regio Decreto 5 gennaio 1879, n. 4686), così sentenziò: «l'indipendenza è una virtù dell'animo che quando un magistrato non la possiede, non c'è nessuno al mondo che possa dargliela»³¹. L'appello all'indipendenza dell'animo e dello spirito divenne una costante in tutti i

²⁸ «L'azione disciplinare dinanzi alle corti ed ai tribunali è promossa dal pubblico ministero, anche sull'eccitamento di chi è investito del diritto di sorveglianza» (art. 129 dell'ordinamento giudiziario del 1865).

²⁹ Ricorrente è nella normativa statutaria il termine "grado" per indicare la gerarchia dell'ordine giudiziario.

³⁰ L. DAGA, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., p. 84.

³¹ Ivi, p. 85.

casi in cui il potere politico avrebbe attentato all'indipendenza istituzionale e funzionale del magistrato.

In luogo delle abrogate Commissioni locali, il Regio Decreto 4 gennaio 1880, n. 5230 (cd. *decreto Villa*) istituì, presso il Ministero di grazia e giustizia, una Commissione nazionale consultiva, «composta di quattro consiglieri inamovibili e di un funzionario del Pubblico Ministero della Corte di cassazione di Roma» (art. 1), eletti annualmente (e rieleggibili) dalla Corte di cassazione medesima. Tale Commissione era presieduta dal Ministro di grazia e giustizia e doveva esprimere il suo parere, pur sempre non vincolante, sulle nomine e sulle promozioni dei magistrati (esclusi i Presidenti, i Procuratore Generali e gli Avvocati generali presso i collegi giudiziari, per i quali era richiesta una deliberazione del Consiglio dei ministri) nonché sul loro tramutamento. Si tratta di un organo che può essere considerato, con le dovute cautele, il lontano antesignano dell'odierno Consiglio superiore della magistratura³².

Fu in quell'epoca, infatti, che la dottrina cominciò a parlare di "autogoverno" della magistratura; l'espressione comparve per la prima volta nel 1885 nell'opera di Lodovico Mortara, autore che, distinguendo concettualmente tra l'indipendenza del singolo magistrato e l'autonomia del potere giudiziario, sostenne che «altra cosa è questa indipendenza, altra cosa l'*autonomia organica* della magistratura come potere dello Stato»³³, per garantire la quale occorrerebbe «affidare alla magistratura il governo di sé stessa»³⁴, in modo tale da assicurarne «la separazione assoluta dagli altri poteri dello Stato»³⁵: «[o]ra noi reputiamo che il sistema, il quale chiameremo di *auto-governo* della magistratura, soddisfi intanto benissimo a questo requisito

³² Il Regio Decreto 14 dicembre 1884, n. 2807 stabilì che il Presidente della Commissione consultiva non fosse più il Ministro di grazia e giustizia, ma fosse eletto dalla Commissione stessa fra i propri componenti, in questo modo conferendo alla Commissione una maggiore autonomia nei confronti delle ingerenze della politica. Il Regio Decreto 10 novembre 1890, n. 7279 modificò la composizione della Commissione consultiva, aumentando il numero dei componenti a nove (sette magistrati giudicanti e due sostituti procuratori generali della Corte di cassazione di Roma, che duravano in carica tre anni, rinnovandosi ogni anno di un terzo).

³³ L. MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., p. 65.

³⁴ Ivi, p. 125.

³⁵ *Ibidem*.

fondamentale, di rappresentare cioè il carattere sovrano della potestà giudiziaria, in relazione ai principii di diritto pubblico [...]»³⁶.

Divenuto Ministro di grazia e giustizia nel governo Giolitti, Vittorio Emanuele Orlando cercò di dare attuazione ai principi di diritto pubblico da lui teorizzati quale studioso, *in primis* proprio all'autonomia del "potere giudiziario", com'egli aveva qualificato l'ordine giudiziario nel suo manuale; con l'approvazione della legge 14 luglio 1907, n. 511, recante "Modificazioni all'ordinamento giudiziario", venne istituito presso il Ministero di grazia e giustizia un *Consiglio superiore della magistratura*, composto da 20 membri scelti tra le "alte" magistrature: 2 componenti di diritto, 9 membri eletti dai magistrati di Cassazione e 9 membri di nomina governativa³⁷.

Vittorio Emanuele Orlando definì la legge istitutiva del Consiglio superiore della magistratura quale «legge costituzionale dello Stato»³⁸, ribadendo con tale espressione la sua concezione del potere giudiziario come funzione sovrana originaria dello Stato e non già "delegata" dal Re a ogni magistrato. È stato però rilevato che, nonostante le buone intenzioni del suo creatore, «quel Consiglio superiore della magistratura finì per esercitare solo limitatissimi poteri consultivi in ordine alla carriera dei magistrati»³⁹, senza rappresentare un'istanza efficace di autonomizzazione dell'ordine giudiziario dal potere politico. Con la legge 19 dicembre 1912, n. 1311 (cd. *legge Finocchiaro-Aprile*) venne peraltro modificata la

³⁶ Ivi., p. 127 (*auto-governo* è in corsivo nel testo di Mortara). Riallacciandosi alle Commissioni consultive da poco istituite, così conclude l'illustre Autore: «Allorquando intemerati ministri della giustizia chieggono da Commissioni consultive di magistrati il controllo della loro azione, – allora quando negli schemi di riforma giudiziaria presentati alle Camere si studia costantemente di conferire a siffatto controllo l'aspetto di istituzione duratura e intangibile, a quale principio si obbedisce?» (Ivi, p. 129).

³⁷ Il Csm era formato dal primo presidente della Corte di cassazione di Roma, che ne aveva la presidenza, dal procuratore generale presso la stessa Corte, da sei consiglieri e da tre sostituti procuratori generali di Corte di cassazione, designati dalle cinque Corti di cassazione del Regno e nominati dal ministro, e da nove membri nominati con decreto Reale sulla proposta del Ministro Guardasigilli deliberata in Consiglio dei ministri e scelti tra i magistrati giudicanti e requirenti di grado non inferiore a quello di primo presidente di Corte d'appello, nonché tra i magistrati collocati a riposo, che abbiano rivestito un grado effettivo pari a quello di primo presidente di Corte d'appello.

³⁸ Bollettino Ufficiale del Ministero di Grazia e Giustizia, 1907, p. 553.

³⁹ F. BIONDI, *Il Consiglio superiore della magistratura. Organo dell'autonomia o luogo di potere?*, Il Mulino, Bologna, 2024, p. 16.

composizione del Consiglio superiore, prevedendo il legislatore che tutti i membri, ad esclusione dei due componenti di diritto, fossero di nomina governativa, scelti solamente tra i magistrati di Cassazione (venne abolita, cioè, l'elettività, ancorché a collegio ristretto, di una parte dei membri del Consiglio superiore).

Con la legge 24 luglio 1908, n. 438 (sempre facente parte del "pacchetto" delle cd. *leggi Orlando*) si stabilirono le norme sulle guarentigie della magistratura e sui provvedimenti disciplinari. L'inaMOVibilità dei magistrati venne estesa anche alla sede, per cui il tramutamento di un magistrato inamovibile poteva avvenire solo nei casi previsti dalla legge e previo parere, ancorché non vincolante, del Consiglio superiore della magistratura, che si configurava dunque come un organo consultivo del Ministro della giustizia. La giurisdizione disciplinare sui magistrati era esercitata da Consigli disciplinari⁴⁰ costituiti presso le Corti di Appello e dalla Suprema Corte disciplinare⁴¹ con sede a Roma presso il Ministero di grazia e giustizia.

L'ultimo atto del travagliato rapporto intrecciato tra politica e magistratura durante lo Stato liberale fu l'approvazione di un nuovo testo dell'ordinamento giudiziario (Regio Decreto 14 dicembre 1921, n. 1978, cd. *decreto Rodinò*), che definì una diversa composizione del Consiglio superiore della magistratura, con la presenza di membri laici («quattro professori ordinari designati dalla Facoltà giuridica di Roma fra coloro che abbiano almeno venti anni di insegnamento e non esercenti l'avvocatura» ex art. 112) e la previsione dell'elezione dei membri togati (dieci magistrati delle Corti di Cassazione o dieci magistrati equiparati) da parte di *tutta* la magistratura: innovazioni che sarebbero state raccolte e sviluppate nella Costituzione repubblicana.

⁴⁰ Il Consiglio disciplinare era composto dal primo presidente della Corte d'Appello, dal presidente di sezione più anziano, dal consigliere più anziano e da due consiglieri eletti dall'assemblea generale ed esercitava la giurisdizione disciplinare sui conciliatori, sugli uditori, sui giudici aggiunti e su tutti i magistrati che avessero il "grado" di giudice.

⁴¹ La Suprema Corte disciplinare era composta da sette magistrati e da sei senatori del Regno. I magistrati erano il presidente della Corte di cassazione di Roma (che presiedeva altresì la Suprema Corte disciplinare) e i sei magistrati giudicanti superiori di grado, o in caso di parità di grado, più anziani che facevano parte del Consiglio superiore della magistratura. I senatori erano nominati con decreto Reale dietro deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della Giustizia.

5. L'ordine giudiziario nel regime fascista: autoritarismo e continuità con lo Stato liberale

Il regime fascista riformò ben presto l'ordinamento giudiziario, potenziando, sotto ogni aspetto, «la posizione del Potere Esecutivo nel controllo della Magistratura»⁴². Con il Regio Decreto 30 dicembre 1923, n. 2786, recante “Testo unico delle disposizioni sull'ordinamento degli uffici giudiziari e del personale della magistratura” (ministro Oviglio), si ribadiva che il pubblico ministero era il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria ed era altresì posto sotto la direzione del Ministro della giustizia (art. 77). Venivano, inoltre, “recuperate” alcune norme del decreto Rodinò, quale, per esempio, la disposizione che contemplava il potere, in capo al Ministro della giustizia, di tramutare ad altra sede magistrati inamovibili «che per qualsiasi causa, anche indipendente da loro colpa, non [potessero], nella sede che occupa[va]no, amministrare giustizia nelle condizioni richieste dal prestigio dell'ordine giudiziario» (art. 172). Sia il decreto Rodinò che il decreto Oviglio prevedevano, per tale circostanza, il previo parere del Consiglio superiore della magistratura, che in epoca fascista mutò ben presto nella sua composizione: vennero infatti abolite sia la presenza di membri laici sia l'elettività dei membri togati. Il Csm del fascismo era composto da cinque membri effettivi nominati con Decreto Reale, «sentito il Consiglio dei ministri» (art. 151): un numero minore di membri, tutti scelti dal governo nell’“alta” magistratura, più facilmente controllabile, «più compromessa con posizioni di potere e più legata, per molteplici fattori, agli ambienti ministeriali e governativi»⁴³.

Per quanto riguarda i provvedimenti disciplinari, il decreto del 1923 incorporò una norma già presente nella legge Orlando sulle guarentigie della magistratura (art. 11 della L. n. 438/1908), la quale assoggettava a provvedimento disciplinare «i magistrati che mancano ai loro doveri o tengono in ufficio o fuori una condotta tale che li renda immeritevoli della fiducia e considerazione di cui devono godere o che

⁴² L. DAGA, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., p. 119.

⁴³ Ivi, p. 122.

comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario» (art. 182 del R. D. 2786/1923). Se all'epoca del ministro Orlando tale norma, preso atto del costume allora vigente, poteva essere utilizzata per sanzionare i magistrati che cercassero appoggi politici ai fini della loro carriera⁴⁴, durante il regime fascista una norma siffatta si prestava, invece, alle istanze di un controllo maggiormente stringente sugli orientamenti politici e ideologici del magistrato. L'art. 173 della L. n. 2786/1923, poi, riformulava in senso molto meno garantista un'altra norma già presente nel testo del 1908, stabilendo che, «con decreto Reale, previa declaratoria conforme della Corte suprema disciplinare», un magistrato inamovibile potesse essere dispensato dall'impiego in caso di «infermità o debolezza di mente, giudicata permanente, o per accertata inettitudine» o per «qualsiasi altro motivo» (quest'ultima è un'aggiunta fascista alla norma contenuta nell'art. 2 della L. n. 438/1908), qualora non fosse in grado di adempiere «convenientemente» ed «efficacemente» (anche quest'ultimo avverbio è stato aggiunto in epoca fascista) i doveri del proprio ufficio. Il Ministro della giustizia, dunque, confidando nella «fedeltà»⁴⁵ della Corte suprema disciplinare, poteva dispensare dall'ufficio «per qualsiasi motivo» magistrati inamovibili la cui azione non fosse stata, a giudizio del Ministro stesso, sufficientemente «efficace».

Successivamente, con il Regio Decreto-legge 30 dicembre 1926, n. 2219 (ministro Rocco), si aumentò il numero dei componenti del Consiglio superiore della magistratura (che passò da cinque a dieci), «nominati con decreto Reale sulla proposta del Ministro Guardasigilli, udito il Consiglio dei Ministri» (art.10), sottraendo, contestualmente, a tale organo la facoltà di emanare pareri su rilevanti tematiche concernenti la carriera dei magistrati, sulla quale si estese, per converso, la competenza esclusiva del Ministro della giustizia⁴⁶. Nella legge 5 giugno 1933, n.

⁴⁴ Occorre ricordare che l'art. 10 della L. n. 438/1908 stabiliva che i magistrati dovessero «scrupolosamente astenersi dal ricorrere a raccomandazioni per appoggiare o sollecitare interessi di carriera, presso i membri del Governo o presso le persone da cui tali interessi dipendono», in special modo se appartenenti all'ordine forense.

⁴⁵ Cfr. A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, cit., p. 218 ss.

⁴⁶ L'art. 14, 1° co., del Regio Decreto-legge 30 dicembre 1926, n. 2219, prevedeva che i magistrati addetti con funzioni amministrative al Ministero della giustizia potessero, anche di ufficio, essere ricollocati nel ruolo organico della Magistratura e destinati agli uffici giudiziari per

557, recante “Norme per le promozioni nella magistratura”, l’ordine giudiziario appare realmente strutturato come un esercito, i magistrati distinguendosi tra loro per “gradi”⁴⁷ all’interno di un’«organizzazione paramilitare»⁴⁸ modellata secondo criteri rigorosamente gerarchici.

Le riforme fasciste della magistratura culminarono con l’approvazione del Regio Decreto 30 gennaio 1941, n. 12, normativa che disciplina l’ordinamento giudiziario e che è tuttora, in parte, vigente. Nella sua relazione il ministro Guardasigilli Grandi affermò che «[n]on si può garantire una buona amministrazione della giustizia, se non si lascia indipendente la Giurisdizione nei suoi giudizi»⁴⁹. Il riconoscimento dell’indipendenza del giudice⁵⁰ non implicava, però, la contestuale affermazione dell’autonomia della magistratura: «questa indipendenza nel pensiero giuridico moderno non importa già che la Giurisdizione costituisca un potere autonomo nello Stato, dovendo anch’essa informare la sua attività alle direttive generali segnate dal Governo per l’esercizio di ogni pubblica funzione»⁵¹. L’indipendenza del giudice, inoltre, non si estendeva al pubblico ministero, il quale

esercitarvi le funzioni del loro grado. Tali destinazioni potevano avvenire, a giudizio del Ministro, tanto nella carriera giudicante, quanto in quella requirente, indipendentemente dalla qualifica del magistrato e senza richiedere in proposito il parere del Consiglio superiore della Magistratura (com’era invece obbligatorio in precedenza). Il 2° comma dell’art. 14, invece, prevedeva la facoltà del Ministro di coprire i posti vacanti nei vari gradi nel ruolo amministrativo del Ministero, chiamandovi altrettanti magistrati di grado corrispondente, ch’egli poteva trarre, a sua scelta discrezionale, dagli uffici giudiziari. Il Ministro della giustizia, dunque, esercitava un controllo capillare sulla magistratura non solo in forza del suo potere di procedere a tramutamenti di carattere punitivo, ma anche grazie alla possibilità di concedere, a sua discrezione, misure “premiali”. Il magistrato, quindi, non esercitava certo la sua funzione *sine spe ac metu*.

⁴⁷ L’art. 14 della L. n. 557/1933 stabilisce che «[è] ripristinato nella magistratura il grado di primo presidente e di procuratore generale di Corte d’appello, di presidente di sezione e di avvocato generale della Corte di cassazione. Tale grado corrisponde al terzo grado gerarchico, secondo la vigente classificazione del personale dipendente dallo Stato». Il terzo grado corrispondeva a quello di Generale di corpo d’armata con diritto al titolo di “Eccellenza”.

⁴⁸ Ivi, p. 125.

⁴⁹ Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi) presentata nell’udienza del 30 gennaio 1941 – XIX per l’approvazione del testo dell’«ordinamento giudiziario», § 29.

⁵⁰ «L’indipendenza funzionale, che scaturisce dall’essenza stessa dell’attività giurisdizionale, per cui vi è obbiettiva sottoposizione del giudice alla norma astratta senza intermediazione di alcun soggetto, è sempre riconosciuta, anche nei regimi assoluti» (L. DAGA, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., p. XIV). Ciò che i regimi assoluti non riconoscono alla magistratura è, invece, l’autonomia.

⁵¹ Relazioni Grandi cit., § 29.

esercitava, sotto la direzione del Ministro di grazia e giustizia, le funzioni che la legge gli attribuiva (art. 69 R.D. 12/1941). Nelle parole di Grandi, «[l]a superiorità gerarchica suprema sul Pubblico Ministero spetta esclusivamente al Ministro di Grazia e Giustizia, e ciò è più che sufficiente per imprimere all'azione di quest'organo la necessaria unitarietà di azione nello Stato e per salvaguardare gli altri interessi funzionali e quelli disciplinari che ad esso sono connessi»⁵².

Da queste brevi notazioni si evince come il regime fascista non abbia stravolto la legislazione liberale, ponendosi, anzi, quasi in continuità con essa: «gli articoli [del testo dell'ordinamento giudiziario] apparivano, cioè, una rielaborazione (aggiornata e coordinata) dell'ordinamento precedente, ma con poche novità sostanziali. A sua volta, il testo unico del 1923 non era stato, in realtà, che una sistemazione organica (con poche innovazioni in senso illiberale) della normativa pre-fascista, le cui basi risiedevano nell'ordinamento del 1865 (e addirittura in quello Rattazzi del 1859)»⁵³. Nell'ambito della disciplina dell'ordine giudiziario, la continuità della legislazione fascista con gli ordinamenti dello Stato liberale non testimonia, però, un'ispirazione liberale del regime fascista, bensì, per converso, l'«ispirazione autoritaria della legislazione liberale»⁵⁴.

Una rottura radicale con il passato non solo recente, ma anche più remoto dello Stato italiano era dunque il passo necessario che l'Assemblea costituente doveva compiere per configurare i rapporti tra politica e magistratura secondo le diverse esigenze e i nuovi criteri richiesti e imposti dal carattere democratico e costituzionale dello Stato italiano che andava sorgendo sulle macerie del regime fascista.

⁵² Ivi, §15.

⁵³ A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, cit., p. 227.

⁵⁴ M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Il Mulino, Bologna, 1980, p. 280, il quale aggiunge che «[l]a mescolanza di garanzie affermate formalmente e svuotate nella sostanza dal controllo politico sul giudice, della concezione burocratica della magistratura e di una rigida gerarchia disciplinare che fa capo all'esecutivo, sono creazioni del legislatore liberale, che si mostrano però buone per tutte le stagioni: infatti, anche il fascismo "maturo" del 1940 non dovrà fare altro che proseguire lungo una delle più solide, anche se più retrive, tradizioni del nostro ordinamento» (Ivi, p. 280-281).

Verso l'introduzione dell'eutanasia *ope iudicis*? (Note minime a margine di un'abnorme questione di legittimità costituzionale)

di

Francesca Piergentili* - Antonio Ruggeri** - Filippo Vari***

SOMMARIO: 1. Il giudizio innanzi al giudice a *quo*. – 2. La mancanza del presupposto giuridico e di quello fattuale. – 3. L'applicazione "distorsiva" del principio di uguaglianza. – 4. La questione "suicida": lo "scivolamento" verso la violazione della dignità umana in nome dell'autodeterminazione. – 5. Conclusioni.

1. Il giudizio innanzi al giudice a *quo*

Con ordinanza del 30 aprile 2025¹ il Tribunale di Firenze, nel corso di un procedimento d'urgenza *ex art.* 700 c.p.c., ha rimesso la questione di legittimità costituzionale dell'art. 579 c.p. Esso è stato impugnato nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della l. 22 dicembre 2017, n. 219, attui materialmente la volontà suicidiaria, autonomamente e liberamente formatasi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del Servizio Sanitario Nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente, quando la stessa persona per

Lo scritto è frutto di riflessione congiunta degli autori; nondimeno, i parr. 1, 4 e 5 vanno ascritti a F. Piergentili, il par. 2 ad A. Ruggeri, il par. 3 a F. Vari.

* Docente di Diritto costituzionale nell'Università Europea di Roma.

** Professore emerito di Diritto costituzionale dell'Università degli Studi di Messina.

*** Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università Europea di Roma.

¹ Pubblicata in G.U., [1ª Serie Speciale - Corte costituzionale, 20 del 14 maggio 2025](#).

impossibilità fisica e per l'assenza di strumentazione idonea, non possa materialmente procedervi o quando le modalità alternative di autosomministrazione disponibili non siano accettate dalla persona sulla base di una scelta motivata che non possa ritenersi irragionevole. Il parametro invocato è rappresentato dagli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione.

Si è richiesto, pertanto, alla Corte di riconoscere la sussistenza del «*diritto fondamentale ad autodeterminarsi nelle scelte terapeutiche in materia di fine vita, nella sua declinazione del diritto di scegliere, in modo libero, consapevole e informato, di procedere alla somministrazione del farmaco letale in modalità eteronoma e dunque da parte del personale sanitario*».²

Nell'ordinanza si riporta che la ricorrente nel giudizio *a quo* è una paziente affetta da sclerosi multipla a decorso progressivo primario, con completa tetraparesi spastica, dipendente dall'ausilio di terze persone per le attività quotidiane. L'Asl territorialmente riteneva presenti quelle condizioni al cui verificarsi la Corte costituzionale, nella nota sentenza n. 242 del 2019³, ha ritenuto illegittima la punizione dell'assistenza al suicidio prevista dall'art. 580 c.p.. Vale la pena evidenziare che la commissione multidisciplinare nominata dall'Asl aveva, dapprima, espresso un parere negativo perché la paziente non risultava essere tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale. Tuttavia, in un secondo momento, a seguito della sentenza n. 135 del 2024⁴ della Corte costituzionale, l'azienda sanitaria aveva rivisto la propria posizione, alla luce delle indicazioni fornite dalla sentenza

² Par. 1 della ordinanza di rimessione.

³ Corte cost., [sent. 22 novembre 2019, n. 242](#). Su tale pronuncia, tra gli altri, v. A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giust. ins.*, 2019, 3; E. BILOTTI, *Ai confini dell'autodeterminazione terapeutica. Il dialogo tra il legislatore e il giudice sulla legittimità dell'assistenza medica al suicidio*, in *Corr. giur.*, 4/2019, 457 ss.; F. PIERGENTILI, *Costituzione e suicidio assistito. A proposito della verifica del rispetto del presupposto del "trattamento di sostegno vitale" indicato nella sent. n. 242 del 2019 della Consulta*, in *Consulta Online*, 2024, fasc. I, 294 ss.; A. MORACE PINELLI, *In tema di morte volontaria, medicalmente assistita*, in *Dir. fam. pers.*, 2025, 280 ss.

⁴ Corte cost., [sent. 18 luglio 2024, n. 135](#). Sulla decisione v. A. RUGGERI, *La Consulta equilibrista sul filo del fine-vita (a prima lettura di Corte cost. n. 135 del 2024)*, in *Consulta Online*, 2024, fasc. 2, 931ss.; C.D. LEOTTA, *L'aiuto al suicidio del malato tenuto in vita da un trattamento di sostegno vitale: l'art. 580 c.p. torna davanti alla Corte costituzionale*, *ibid.*, 693 ss.

in merito al requisito della sussistenza di un trattamento di sostengo vitale, esprimendo parere positivo.

L'Azienda sanitaria ha comunque rifiutato di procedere alla "fase esecutiva" dell'assistenza al suicidio, sostenendo che tutti i relativi adempimenti – l'acquisto del farmaco e della strumentazione, l'individuazione del medico, ecc. – dovessero essere a carico della ricorrente. La difesa di quest'ultima ha, invece, sostenuto l'assenza sul mercato di "strumentazione medica" adeguata alla condizione della paziente per potersi suicidare (in particolare, una pompa infusoriale da attivarsi con comando vocale oppure azionabile tramite la bocca). A fronte della impossibilità di autosomministrazione del farmaco letale, la ricorrente ha richiesto in via d'urgenza l'accertamento del diritto all'autodeterminazione terapeutica mediante la somministrazione del farmaco per via endovenosa da parte di un soggetto terzo, già individuato nel medico di fiducia della ricorrente. L'autodeterminazione della paziente si considera, però, compressa dalla punibilità della condotta di colui che somministri il farmaco letale *ex art. 579 c.p.*

Vi sarebbe, secondo il Tribunale toscano, una disparità di trattamento tra pazienti: in particolare tra malati che conservano facoltà motorie (anche se limitate), che permettono l'autosomministrazione del farmaco letale, e pazienti, anche in condizioni fisiche peggiori, che non possono procedere all'autosomministrazione del farmaco letale, ai quali verrebbe negato il diritto all'autodeterminazione.

Si ammette, a tal proposito, che vi sarebbe una strada percorribile – l'unica prevista come diritto, invero, nell'attuale contesto normativo – e cioè la sedazione palliativa profonda e continua nelle condizioni previste dall'art. 2 c. 2 della l. n. 219 del 2017. Nell'ordinanza si specifica, però, che tale scelta non potrebbe essere obbligata e la paziente la rifiuta "perché non aderente alle proprie opinioni personali".

Nel corso del giudizio civile, l'Asl ha fatto sapere che, in seguito all'approvazione della l. n. 16 del 14 marzo 2025 da parte del Consiglio regionale della Toscana⁵, essa

⁵ Sull'incompetenza delle Regioni a disciplinare la materia del fine-vita v. F. VARI - F. PIERGENTILI, *Prime notazioni sulla legge regionale del Friuli-Venezia Giulia in materia di fine vita*, in *Dir. reg.*, n. 3 del 2023; F. PIERGENTILI, *Progresso tecnologico e nuove questioni costituzionali: la (in)competenza delle Regioni sul fine vita*, in *www.dimt.it*, 2023; M.G. NACCI, *Note critiche sulle*

ha richiesto all'Ente per il supporto tecnico amministrativo regionale l'avvio di una procedura urgente di acquisto di due pompe infusionali, idonee per il suicidio assistito nelle condizioni della ricorrente. Tali dispositivi, però, non sarebbero stati ancora disponibili sul mercato. Nel merito, l'Asl ha ricordato l'inesistenza del diritto invocato dalla ricorrente. L'atto di provocare la morte non potrebbe poi, in ogni caso, qualificarsi come atto medico anche alla luce di quanto previsto dal codice deontologico.

2. La mancanza del presupposto giuridico e di quello fattuale

Il Tribunale di Firenze ha ritenuto che la questione sia rilevante dinanzi al giudice civile, "quale giudice naturale dei diritti soggettivi", tenuto "a garantire la tutela e l'effettività dei diritti fondamentali". Nell'ordinanza si afferma che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 242 del 2019 non avrebbe collocato l'aiuto al suicidio nell'ambito "della mera irrilevanza penale della condotta".

Il giudice *a quo* presuppone nel suo ragionamento l'esistenza di un vero e proprio diritto soggettivo per il paziente che si trova nelle condizioni indicate dalla Consulta ad essere aiutato nel suicidio: un diritto alla morte, che andrebbe declinato non solo come suicidio (morte per mano propria), ma anche come omicidio del consenziente (morte per mano di un terzo). Nelle condizioni indicate dalla Consulta il paziente avrebbe già diritto alla morte medicalmente assistita, declinato anche nell'ordinanza con la formula "diritto di autodeterminazione del malato, comprendente anche il suicidio assistito".

Tale presupposto giuridico a fondamento dell'ordinanza del giudice *a quo* è, invero, del tutto apparente, in quanto estraneo all'ordinamento italiano, il quale non riconosce alcun diritto costituzionale alla morte. Né il suicidio assistito, né tanto meno l'eutanasia sono oggetto di un diritto costituzionale. La Costituzione italiana, infatti, come pure altre Carte dei diritti, "sono state pensate in funzione della

iniziative legislative regionali in tema di suicidio medicalmente assistito, in www.piemonteaautonomie.it, 2024; G. RAZZANO, *La legge della regione Toscana sul suicidio assistito: regionalismo differenziato «in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale», concernente i principi supremi, i diritti inviolabili e la materia penale*, in *Consulta Online*, 2025, fasc. II, 560 ss.

salvaguardia della vita, oltre che della libertà e della dignità, non già della ‘non-vita’⁶. Sono la vita e l’integrità fisica, insieme alla libertà personale, “a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona”⁷, non la morte.

La giurisprudenza costituzionale più recente in tema di fine-vita ha costantemente affermato, a partire dalla nota sent. n. 242 del 2019 – al centro della questione di legittimità che si commenta – che “dall’art. 2 Cost. discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all’individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire”. Anche nell’ord. n. 207 del 2018⁸, nella sent. n. 50 del 2022, nella sent. 135 del 2024 è sempre ribadito che “il diritto alla vita, riconosciuto implicitamente dall’art. 2 Cost. (sentenza n. 35 del 1997), nonché, in modo esplicito, dall’art. 2 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) ... è il «primo dei diritti inviolabili dell’uomo» (sentenza n. 223 del 1996), in quanto presupposto per l’esercizio di tutti gli altri»⁹. Anche nella recentissima sent. n. 66 del 2025 la Consulta ha da ultimo riaffermato che dal principio personalista di cui all’art. 2 Cost. si ricava “il preciso «dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo» (ord. n. 207 del 2018)”.

Manca, pertanto, il presupposto giuridico su cui si fonda l’argomentazione del giudice *a quo*. Ma non solo. In realtà, la questione portata alla cognizione della Corte viene (a parer nostro, artificiosamente) fatta poggiare su una circostanza di

⁶ A. RUGGERI, *La dignità dell’uomo e il diritto ad avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta Online*, 2018, II, 407. Sul punto v. anche Al riguardo v. anche E. BILOTTI, *L’efficacia delle disposizioni anticipate di trattamento*, in AA.VV., *Il diritto sulla vita. Testamento biologico, autodeterminazione e dignità della persona*, a cura di V. Verduci, Pisa, 2018, 90 s.; M. ESPOSITO, *“Morte a credito”: riflessioni critiche sul c.d. diritto al suicidio assistito*, in *federalismi.it*, 14/2024, 126 s.

Già F. CARNELUTTI, *Postilla a Tribunale di Piacenza sent. 31 luglio 1950*, in *Foro it.*, 1951, 990 s. aveva evidenziato che “la non vita non vale nulla”.

⁷ Corte cost., sent. 9 luglio 1996, n. 238.

⁸ Corte cost., ord. 16 novembre 2018, n. 207, sulla quale, v., in particolare, G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un’ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Diritti fondamentali*, I, 2019; A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l’irrocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta Online*, 2018, fasc. III, 571 ss.; A. PUGIOTTO, *L’altra quaestio del “caso Cappato”: la pena draconiana dell’art. 580 c.p.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2019.

⁹ Sent. n. 50 del 2022.

mero fatto – la mancanza di una strumentazione tecnica indispensabile per dare appagamento all'istanza della paziente che, se invece presente, l'avrebbe privata, per riconoscimento della stessa autorità remittente, di ogni ragion d'essere. Ed è, per vero, francamente singolare che una norma di legge possa essere caducata esclusivamente a causa di siffatta mancanza. Il presupposto di fatto obbliga, insomma, il giudice a sollevare la questione; egli stesso confessa, però, che la mancanza di strumentazione non gli consente di rientrare nella fattispecie prevista dall'art. 580 c.p.

Ora, non si vede come la lamentata mancanza di una strumentazione tecnologica nella situazione fattuale possa portare a sentenze additive di principio, oltretutto in una materia estremamente delicata come quella penale.

Si ricorda, inoltre, un dato fondamentale: il giudice delle leggi, a partire dal 2018, ha evidenziato l'esistenza di una circoscritta area di non punibilità penale per il reato di cui all'art. 580 c.p., affermando l'esistenza di un ampio margine del Parlamento in una materia particolarmente delicata, legata alle scelte "tragiche". Non ha previsto, però, alcun obbligo di procedere all'erogazione di prestazioni "esecutive" da parte del Servizio Sanitario Nazionale, né richiesto allo stesso di provvedere al reperimento della tecnologia richiesta per dare la morte. Tanto è vero che il giudice delle leggi, interrogandosi sul problema dell'obiezione di coscienza, ha escluso l'esistenza di un obbligo del personale sanitario di procedere all'assistenza al suicidio, chiaramente affermando che la sua "declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici"¹⁰. Il suicidio assistito non è un diritto, ma permane un reato *ex art.* 580 c.p., essendo prevista una sola circoscritta area di non punibilità per ipotesi tassativamente individuate, collegate a "situazioni inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla

¹⁰ Cfr. Corte cost. sent. n. 242 del 2019, par. 6 del *Considerato in diritto*. Sul punto v., per tutti, E. BILOTTI, *Ai confini dell'autodeterminazione terapeutica del paziente capace. Il dialogo tra il legislatore e il giudice delle leggi sulla legittimità dell'assistenza medica al suicidio*, in *Corr. giur.*, 2020, 492 ss.

morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali”¹¹.

Il coinvolgimento del Servizio Sanitario Nazionale – rammenta ora la sent. n. 66 del 2025 – è previsto “a garanzia di un disinteressato accertamento della sussistenza dei requisiti”¹² per evitare abusi a danno di persone deboli e vulnerabili: “persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita qualora l’ordinamento consentisse a chiunque di cooperare, magari per ragioni di personale tornaconto, all’esecuzione di una loro scelta suicidaria”.

La recente pronuncia ha evidenziato un rischio, che vale anche nel caso in commento: in “un contesto storico caratterizzato da tensioni sull’allocazione delle risorse pubbliche, il cosiddetto ‘diritto di morire’ rivendicato in alcune circostanze potrebbe essere paradossalmente percepito dal malato come un ‘dovere di morire’ per non ‘essere di peso’, con un grave abbassamento della sensibilità morale collettiva che tutela le persone più fragili, spesso, peraltro, «invisibili»”¹³.

3. L’applicazione “distorsiva” del principio di uguaglianza

Secondo il tribunale di Firenze l’art. 579 c.p. sarebbe in contrasto con l’art. 3 Cost. “per la irragionevole disparità di trattamento che determina tra situazioni sostanzialmente identiche”. A parità di condizioni, “il diritto all’autodeterminazione del paziente viene a essere condizionato da un fatto (possibilità di autosomministrazione del farmaco letale) del tutto accidentale, dipendente dalla condizione clinica della persona, dalle modalità di manifestarsi della malattia e dalla sua progressione”.¹⁴ Per eliminare tale contrasto andrebbe, pertanto, riconosciuta una circoscritta area di non punibilità anche nell’ipotesi di omicidio del consenziente.

¹¹ Cfr. Corte cost. sent. n. 242 del 2019, par. 2.3 del *Considerato in diritto* e ord. n. 207 del 2018, par. 8.

¹² Corte cost. sent. n. 66 del 2025, par. 7.1 del *Considerato in diritto*.

¹³ Corte cost. sent. n. 66 del 2025, par. 7.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁴ Par. 9 della ordinanza di rimessione.

È importante rilevare, però, che l'uguaglianza è lesa quando vi è il riconoscimento di un diritto costituzionale. Nel caso di specie, la discriminazione tra chi può attuare un certo comportamento e chi non è in grado di farvi luogo si fonderebbe sull'idea dell'esistenza di un diritto costituzionale al suicidio assistito. Invero, non esiste nel nostro ordinamento, come già evidenziato, un diritto al suicidio assistito, ma solo una scriminante penale. Tanto meno esiste un diritto all'eutanasia, che presupporrebbe un diritto costituzionale a darsi la morte: come evidenziato anche da F. Viganò con riferimento alla sent. n. 242 del 2019, ma con considerazioni estensibili anche alla successiva giurisprudenza costituzionale, "la *ratio decidendi* essenziale della pronuncia" non risiede in un "diritto a morire"¹⁵.

La violazione del principio di uguaglianza potrebbe essere, invece, denunciata solo a condizione che si dimostri la lesione di un diritto costituzionale, che nel caso di specie manca¹⁶. Emerge, così, non solo il carattere improprio del riferimento al principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, ma anche la confusione tra lecito materiale e diritti costituzionalmente garantiti¹⁷.

Va, oltretutto, rilevato che il caso dinnanzi al giudice *a quo* è ben diverso da quelli affrontati dal giudice delle leggi nei precedenti in tema di fine-vita, decisi con le sentenze n. 242 del 2019, n. 135 del 2024, n. 66 del 2025: non si tratta, infatti, di un processo penale sulla responsabilità dell'autore di un reato, ma di un giudizio civile sulla tutela dei diritti di una persona in vita. Dunque, di fronte a una persona ancora in vita, è richiesta alle istituzioni l'attivazione di garanzie specifiche per rendere effettivo il dovere di tutela della vita umana, ribadito nelle sue connessioni con il principio personalista anche dalla recente giurisprudenza costituzionale¹⁸. Tale dovere impone di "rispondere all'appello che sgorga dalla fragilità, in modo che una persona malata possa avvertire la solidarietà attorno a sé non a tratti, non a

¹⁵ F. VIGANÒ, *Diritti fondamentali e diritto penale al congedo dalla vita: esperienze italiane e straniere a confronto*, in *Sist. pen.*, 2023, 15 ss.

¹⁶ Cfr. sul punto A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. 207 del 2018)*, in *Consulta on line*, 2019, fasc. I, 97.

¹⁷ Su tale distinzione v. P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, II ed., Torino, 1991, 211 ss.

¹⁸ Corte cost., sent. n. 66 del 2025, par. 7 del *Considerato in diritto*.

prolungate intermittenze, ma in via continuativa, attraverso un percorso di effettiva presa in carico da parte del sistema sanitario e sociale”, attraverso la “cruciale” garanzia di “adeguate forme di sostegno sociale, di assistenza sanitaria e sociosanitaria domiciliare continuativa, perché la presenza o meno di queste forme di assistenza condiziona le scelte della persona malata e può costituire lo spartiacque tra la scelta di vita e la richiesta di morte”. Sono, poi, necessari “tutti gli strumenti tecnologici e informatici che permettono loro di superare l’isolamento e ampliare la possibilità di comunicazione e interazione con gli altri”: sono tali strumenti tecnologici che il Servizio Sanitario Nazionale ha il compito di assicurare ai pazienti. Come ricorda, ancora, la stessa Corte, “non può essere trascurato il ‘prendersi cura’ anche di coloro che, nelle famiglie o all’interno delle relazioni affettive, assistono i pazienti in situazioni particolarmente difficili e per lunghi periodi”¹⁹.

Proprio la garanzia di tale prospettiva integra un ulteriore profilo che vale a distinguere la fattispecie in esame da quella dell’assistenza al suicidio.

Vi è, infatti, una differenza significativa tra l’azione o l’omissione di un singolo volta ad agevolare i propositi distruttivi che il malato autonomamente porta a realizzazione (assistenza al suicidio) e l’azione o l’omissione di un singolo che invece direttamente cagiona la morte di un uomo (omicidio del consenziente). Tanto è vera tale distinzione che anche il legislatore non solo l’ha riconosciuta, prevedendo due diverse fattispecie di reato in due distinti articoli del codice penale, ma ha anche ritenuto di sanzionare più gravemente la seconda posizione rispetto alla prima.

Invero, solo nella seconda ipotesi, a ben vedere, entra in gioco nel bilanciamento il valore intangibile della vita di un’altra persona, che impedisce – nella maniera, in questo caso, più assoluta – di rientrare nella sfera della rivendicata disposizione del proprio corpo e della vita.

Anche nel mondo dell’etica esiste una differenza fondamentale tra azione compiuta e subita. Nel primo caso la persona conserva fino alla fine un margine decisionale

¹⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 66 del 2025, par. 7.2 del *Considerato in diritto*.

per sottrarsi, ciò che Sofia Vanni Rovighi chiamava “giudizio ultimo pratico”²⁰; nel secondo, invece, tale margine non esiste.

4. La questione “suicida”: lo “scivolamento” verso la violazione della dignità umana in nome dell’autodeterminazione

La Costituzione garantisce la salute come diritto fondamentale e interesse della comunità e, come già accennato, la stessa vita della persona, ma non la morte. Il rischio che si cela dietro la questione in commento è la legittimazione dell’eutanasia nell’ordinamento italiano, in nome di un assoluto e “tiranno” diritto all’autodeterminazione personale²¹.

Tuttavia, è lo stesso giudice *a quo* a riconoscere, in fondo, la debolezza del suo argomentare. Nell’ordinanza si legge: “è vero che la condotta materiale di aiuto al suicidio e quella di causare materialmente la morte sono diverse, tuttavia, la distinzione ... può risultare piuttosto tenue, né assume un rilievo pregnante in relazione al diritto di autodeterminazione esercitato dal malato”.

Il Tribunale rimettente riconosce, pertanto, la diversità delle condotte. L’eutanasia, a differenza del suicidio assistito, si caratterizza per il fatto che è l’intervento di un terzo a provocare intenzionalmente e in maniera diretta e determinante la morte²². Per il giudice tale differenza nella condotta materiale non avrebbe pratico significato, rientrando tutto – apoditticamente – sotto lo scudo dell’autodeterminazione. Quest’ultima finisce, così, per superare, travolgendola, anche la via che l’ordinamento già riconosce come diritto della persona nelle situazioni drammatiche e complesse collegate alla malattia inguaribile: l’accompagnamento previsto dalla l. n. 38 del 2010 sulle cure palliative e richiamato anche nella l. n. 219 del 2017. Nessun riferimento compare, infatti, nell’ordinanza sul pre-requisito per ogni scelta di fine-vita, indicato dalla Corte costituzionale in tutte le sentenze sul tema, e cioè il coinvolgimento del paziente in un percorso di

²⁰ S. VANNI ROVIGHI, *Elementi di Filosofia. La natura e l’uomo*, vol. 3, Brescia, 2022, 133 ss.

²¹ Al riguardo v. F. VARI, *Costituzione e fine vita. Riflessioni alla luce dell’insegnamento di Antonio Ruggeri*, in *Consulta OnLine*, 2019, fasc. III, 423 ss.

²² Cfr. CNB, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, 2019, in www.bioetica.governo.it, 9 ss.

cure palliative. La possibilità, riconosciuta già dal legislatore di essere accompagnati nel morire con la sedazione palliativa profonda, nelle condizioni indicate all'art. 2, c. 2, della legge del 2017 – che esprime il rifiuto di ogni logica di accanimento terapeutico sul paziente, ma anche ogni forma di morte procurata – non è accolta dalla paziente “perché non aderente alle ... opinioni personali” della stessa.

Dunque, la via consentita dall'ordinamento nel fine-vita si rifiuta per scelta personale, in nome di un'autodeterminazione assoluta. Una tale autodeterminazione non, è, però mai tutelata dall'ordinamento, a partire proprio dall'ambito medico. In esso vige il diverso principio del consenso informato, che richiede l'incontro tra medico e paziente nell'alleanza terapeutica²³.

In proposito si è giustamente affermato che “l'uomo può suicidarsi, esercitando un potere di fatto sul proprio corpo; può determinare il peggioramento o impedire il miglioramento delle sue condizioni di salute, non curandosi”; tuttavia si tratta non della “espressione di un diritto, bensì di mere facoltà di fatto”²⁴: è, infatti, “la cura a essere un diritto, mentre il rifiuto della cura è un fatto del quale i sanitari devono prendere atto”²⁵.

I limiti all'autodeterminazione hanno, invece, “senso e giustificazione”, dal punto di vista costituzionale, “se risultano serventi, a un tempo, la persona che ne è assoggettata e il consorzio sociale al quale essa appartiene, e, per ciò stesso, in ultima istanza, la Costituzione e l'etica pubblica in essa custodita e da essa promossa”²⁶: l'autodeterminazione, dunque, “va incontro a limiti, senza i quali

²³ Al riguardo v. F. PIERGENTILI, *Tutela del corpo nella normativa sui trapianti d'organo. Profili costituzionali*, Roma, 2024, 86 ss.

²⁴ M. RONCO, *Volontà anticipate e volontà attuale: quale autonomia?*, in *Autonomia e autodeterminazione. Profili etici, bioetici e giuridici*, a cura di C. Navarini, 2011, 71. Sul tema v. anche F. VARI, *Costituzione e fine vita. Riflessioni alla luce dell'insegnamento di Antonio Ruggeri*, in *Consulta Online*, 2019, fasc. III, 425.

²⁵ E. BILOTTI, F. VARI, *Suicidio assistito. Curarsi o morire? La legge deve schierarsi*, in *Avvenire*, 25 marzo 2025

²⁶ A. RUGGERI, voce *Autodeterminazione (principio di)*, in *Dig./Disc. Pubbl.*, Agg. VIII (2021), 10.

ancora una volta non vi sarebbe né persona, né società, l'una e l'altra nell'accezione costituzionale del termine"²⁷.

È interessante, a tal proposito, richiamare quanto affermato dallo stesso giudice delle leggi nella sent. n. 66 del 2025: "anche nel contesto del pluralismo etico che caratterizza una democrazia liberale, solo «una concezione astratta dell'autonomia individuale» (ordinanza n. 207 del 2018) del soggetto, nel senso etimologico di *abstractus* (ovvero tratto fuori, in forza di una visione individualistica assoluta, dal contesto sociale), può rivelarsi insensibile a questa preoccupazione: se l'autodeterminazione, infatti, è costretta o comunque condizionata dalle circostanze, allora non è più tale"²⁸. Una tale concezione dell'individuo contrasta con l'antropologia alla base della nostra Costituzione, al cui centro, come "pietra d'angolo" – per riprendere una meravigliosa espressione di Giorgio La Pira – si colloca non il singolo, come algida monade, destinata alla tragedia, ma "*l'homme situé*"²⁹. Ricordava anche la Consulta nella sent. n. 141 del 2019, a proposito del legame tra diritti di libertà e tutela e sviluppo della persona in Costituzione, che "tale valore fa riferimento non all'individuo isolato, ma a una persona titolare di diritti e doveri e, come tale, inserita in relazioni sociali"³⁰.

In questa prospettiva la stessa Corte costituzionale, pur riconoscendo un peso a nostro avviso eccessivo all'autodeterminazione³¹, ha finito per ammettere che è, così, "proprio la tutela della libertà di autodeterminazione a giustificarne, innanzitutto affinché sia genuina e responsabile, il bilanciamento con il dovere dello Stato di tutela della vita", la quale «si colloca in posizione apicale nell'ambito dei diritti fondamentali della persona» (sentenza n. 135 del 2024)".

²⁷ A. RUGGERI, *loc. ult. cit.*

²⁸ Corte cost., sent. n. 66 del 2025, par. 7 del *Considerato in diritto*.

²⁹ Al riguardo v. M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Scritti in onore di Luigi Arcidiacono*, Torino, 2011, disponibile su Internet all'indirizzo

https://www.unipd.it/scuolacostituzionale/documenti/2010/Relazione_prof_Luciani.pdf, pag. 19, nt. 61; V. TONDI DELLA MURA, *Della sussidiarietà orizzontale (occasionalmente) ritrovata: dalle Linee guida dell'ANAC al Codice del Terzo settore*, in *Rivista AIC*, 1/2018, 23; v. F. VARI, *Ancora in tema di assistenza al suicidio ed eutanasia*, in *Consulta OnLine*, fasc. II, 2025, 529.

³⁰ Corte cost. sent. n. 141 del 7 giugno 2019, par. 5.1 del *Considerato in diritto*.

³¹ F. PIERGENTILI - A. RUGGERI - F. VARI, *Verso una "liberalizzazione" del suicidio assistito? (Note critiche ad una questione di costituzionalità sollevata dal Gip di Firenze)*, in *Dir. fond.*, 1-2024.

A quanto detto va aggiunto che i riferimenti, contenuti nell'ordinanza, alle diverse eventualità e alle varie possibilità di decorso della malattia, alle differenti forme di assistenza al paziente – anche rispetto al suicidio – rimangono su un piano solamente virtuale: la questione risulta astratta, ipotetica. Il giudice si prefigura scenari ipotetici che, a nostro modo di vedere, inducono a ritenere la questione inammissibile.

Tanto ciò è vero che tale astrattezza potrebbe far sorgere dubbi anche sulla presenza in concreto di tutti i requisiti indicati per la non punibilità penale dalla Consulta. La sent. n. 135 del 2024 – decisiva, nel caso dinnanzi al giudice *a quo*, per ritenere sussistente il requisito del trattamento di sostegno vitale, dopo il primo diniego da parte della Commissione medica – richiede per integrare tale requisito che vi siano procedure “in concreto necessarie ad assicurare l'espletamento di funzioni vitali del paziente, al punto che la loro omissione o interruzione determinerebbe prevedibilmente la morte del paziente in un breve lasso di tempo”. Tali affermazioni sono oggi ribadite dalla sent. n. 66 del 2025. La circoscritta area di non punibilità penale individuata dal giudice delle leggi non si estende a pazienti che “non hanno (o non hanno ancora) la possibilità di lasciarsi morire semplicemente rifiutando le cure” ai sensi dell'art. 2 della legge 219³².

5. Conclusioni

In conclusione, l'eventuale accoglimento della questione in esame finirebbe per legittimare la piena introduzione dell'eutanasia nell'ordinamento italiano. Come ricorda la sentenza n. 66 del 2025, “la prospettiva della morte come unica via di uscita potrebbe essere frutto di un irrimediabile abbaglio”. Sarebbe bene non scordarselo.

L'apparente via di uscita si rivelerebbe in non molto tempo, una strada senza uscita: lo scivolamento una volta intrapreso, diverrebbe incontenibile, come dimostra quanto avviene negli altri Stati in cui c'è l'eutanasia. Infatti, “una volta aperta la breccia del principio della intangibilità della vita, sul presupposto del

³² Corte cost. sent. 135 del 2024, par. 7.1 del *Considerato in diritto*.

«motivo pietoso», si schiude la scivolosa china dei «passi successivi», come l'esperienza insegna. Di passaggio in passaggio a categorie affini la nozione di eutanasia si è andata sempre più dilatando... Col rischio di trasformare l'eutanasia pietosa da fenomeno individuale ed isolato a fenomeno collettivo e su larga scala e l'estrema difficoltà, per altro, di distinguere il comune omicidio dall'eutanasia»³³.

In un contesto storico caratterizzato da tensioni sull'allocatione delle risorse pubbliche, come ricorda lo stesso giudice delle leggi nella sent. n. 66 del 2025, il "diritto di morire" rivendicato in nome di un'astratta autodeterminazione personale si può trasformare – secondo quanto si faceva poc'anzi notare – in un "dovere di morire" per non "essere di peso": la conseguenza sarebbe il "grave abbassamento della sensibilità morale collettiva che tutela le persone più fragili, spesso, peraltro, «invisibili»".

È tale prospettiva, a ben vedere, come recentemente ricordato dalla Consulta, che "colliderebbe frontalmente" con il principio di uguaglianza e di pari dignità e con lo stesso principio personalista "che anima la Costituzione italiana", e che indica un preciso dovere di tutela della vita di ogni essere umano³⁴.

³³ F. MANTOVANI, *Eutanasia (voce)*, Dig. Disp. Pen., IV, Torino, 1990, 423.

³⁴ Corte cost. sent. n. 66 del 20 maggio 2025, par. 7.2 del *Considerato in diritto*.

Considerazioni sull'origine storica del modello costituzionale di ordine-potere giudiziario

- seconda parte -

di

*Enrico Daly**

Sommario: 6. La “rottura” repubblicana: la Costituzione del 1948 e la magistratura come ordine-potere autonomo; 7. Il Consiglio superiore della magistratura come organo di garanzia costituzionale; 8. Le nuove riforme del Csm e della giurisdizione disciplinare: continuità, rottura o regressione istituzionale?

6. La “rottura” repubblicana: la Costituzione del 1948 e la magistratura come ordine-potere autonomo

Subito dopo la fine della Seconda guerra mondiale fu approvato il Regio Decreto Legislativo 31 maggio 1946, n. 511 sulle (nuove) guarentigie della magistratura, in modo tale da assicurare l'indipendenza del giudice attraverso il riconoscimento dell'inamovibilità non solo del grado (come sempre avvenuto), ma anche della sede. Fu, infatti, previsto che i magistrati di grado non inferiore a giudice, a sostituto procuratore o a pretore¹ non potessero essere trasferiti ad altra sede o destinati ad altre funzioni se non con il loro consenso. Qualora, però, per qualsiasi causa anche indipendente da loro colpa, essi non potessero, nella sede da loro occupata, «amministrare giustizia nelle condizioni richieste dal prestigio dell'ordine giudiziario», allora era ammesso il trasferimento di sede o la destinazione ad altra funzione, «previo parere del Consiglio superiore della magistratura» (art. 2). Tale parere era vincolante per i provvedimenti riguardanti i

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore, sede di Milano.

¹ Erano quindi esclusi gli uditori.

magistrati giudicanti (e questa fu la vera novità introdotta dal R. D. lgs. 511/1946), meramente obbligatorio per quelli concernenti la magistratura requirente, risultando comunque un progresso l'estensione dell'inaMOVibilità anche al pubblico ministero che, ora, non esercitava più le proprie funzioni sotto la direzione del Ministro della giustizia, bensì soltanto sotto l'«alta sorveglianza» (art. 13) di questi.

Il Consiglio superiore della magistratura era «composto dal primo presidente della Corte Suprema di cassazione, che lo presiede, dal procuratore generale presso la stessa Corte, e da altri undici membri effettivi e sei supplenti, residenti in Roma» (art. 7). Era stabilita l'eleggibilità, ancorché per mezzo di elezioni indirette, sia dei componenti del Consiglio superiore della magistratura (salvo i membri di diritto) sia dei componenti della Corte disciplinare competente a irrogare le sanzioni disciplinari nei confronti dei magistrati. L'eleggibilità rappresentò una «precisa conquista democratica»², che rispondeva al contempo anche a pressanti richieste provenienti dalla magistratura.

La storia del rapporto diseguale tra potere esecutivo e ordine giudiziario definiva, in modo sufficientemente chiaro, il compito che l'Assemblea costituente doveva affrontare per raggiungere un assetto equilibrato tra i poteri dello Stato: occorreva, in primo luogo, «porre in giusta luce la posizione che spetta alla funzione giurisdizionale rispetto a quella legislativa e a quella esecutiva»³ e riconoscere «all'organizzazione giudiziaria la posizione di un potere costituito che trae direttamente la sua legittimità dalla Costituzione»⁴; era assolutamente necessario, poi, garantire una reale indipendenza del giudice attraverso il riconoscimento, in capo alla stessa magistratura, di forme di autonomia organizzativa; bisognava, infine, definire in modo chiaro la posizione di indipendenza del pubblico ministero e i rapporti di tale organo con il Ministro della giustizia. Allo stesso tempo, però,

² L. DAGA, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., p. 144.

³ Ministero per la Costituente – Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, *Relazione all'assemblea costituente*, Vol. I, Roma, 1946, p. 255. La Commissione Forti, peraltro, proponeva di eliminare «l'espressione impropria e insignificante "ordine giudiziario"» (*ibidem*), affinché, «anche sotto l'aspetto terminologico, non vi [fosse] disparità fra i tre tipi di attività dello Stato (*ibidem*)».

⁴ Ivi, p. 260.

sorgeva «il problema del rapporto fra lo Stato e questo corpo autonomo di giudici che si governano da sé»⁵: era quindi indispensabile trovare un punto di equilibrio tra forme di autonomia organizzativa della magistratura e il necessario collegamento tra l'ordine giudiziario e gli altri poteri dello Stato⁶.

Il risultato di tali bilanciamenti fu cristallizzato nel Titolo IV della Costituzione italiana, nel quale si proclama solennemente che «[l]a magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere» (art. 104, 1° co., Cost.). La magistratura, nel nostro ordinamento giuridico-costituzionale, è dunque concepita come «un ordine e un potere al tempo stesso»⁷: è un ordine dal punto di vista strutturale e organizzativo, un potere dal punto di vista funzionale⁸. Alla

⁵ P. CALAMANDREI, *Posizione costituzionale del potere giudiziario nella nuova Costituzione italiana*, riprodotta in G. D'ALESSIO, *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della "Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato" (1945-1946)*, Bologna, Il Mulino, 1979, p. 620 ss. Si tratta della relazione che Piero Calamandrei presentò il 22 maggio 1946 davanti alla Commissione Forti. Al riguardo cfr. F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Cedam, Padova, 1982, p. 86.

⁶ L'«autonomia di organizzazione non deve porre in una posizione di isolamento il potere giudiziario, il quale deve essere, invece, collegato con gli altri poteri dello Stato. In particolare, pur escludendosi qualsiasi forma di subordinazione rispetto all'esecutivo, il controllo politico del Parlamento sul regolare funzionamento della giustizia appare un'esigenza inderogabile» (Ministero per la Costituente – Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, *Relazione all'assemblea costituente*, Vol. I, cit., p. 258).

⁷ R. BALDUZZI, *Politica e magistratura*, cit., p. 74.

⁸ Sulla qualificazione della magistratura come ordine e come potere cfr. F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Giappichelli, Torino, p. 86 ss. L'Autore sottolinea che la Costituzione ha preferito utilizzare «il meno impegnativo termine "ordine", in un certo senso riduttivo del ruolo della magistratura, aggiungendo però subito, a mo' di correttivo, che tale ordine doveva essere comunque autonomo e indipendente "da ogni altro potere", per tal via riconoscendo al corpo dei magistrati, seppur in via indiretta, la medesima "dignità costituzionale" degli altri poteri» (*ibidem*). Di «ambigua definizione» discorrono N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2024, p. 19 ss., i quali affermano che la magistratura è un ordine in quanto «i magistrati non sono dei rappresentanti eletti dal popolo, ma dei funzionari» (*ibidem*), ancorché l'ordine giudiziario assuma poi incontestabilmente il ruolo di potere, «la cui posizione di indipendenza è centrale per la stessa definizione della forma di Stato» (Ivi, p. 20). La Corte costituzionale ha sottolineato «il carattere "diffuso" che tipicamente contrassegna il potere giudiziario, ciascuna componente del quale è idonea a porre in essere pronunce sulle quali la Corte di cassazione non sarebbe in grado di esercitare il proprio sindacato, se non nei casi previsti dai codici di rito e (con la sola eccezione di cui all'art. 41, primo comma, cod. proc. civ.) sempre dietro iniziativa di chi sia parte in giudizio» (Corte cost., sent. 231/1975). Sempre la Corte costituzionale, pronunciandosi in tema di legittimazione a sollevare un conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato, ha stabilito che «i singoli organi giurisdizionali, esplicando le loro funzioni in situazione di piena indipendenza, costituzionalmente garantita, sono da considerare legittimati – attivamente e passivamente – ad esser parti di conflitti di attribuzione» (Corte cost. ord. 228/1975). Il potere giudiziario, dunque, è un potere "diffuso" all'interno

magistratura, in quanto ordine-potere, sono riconosciute le garanzie dell'autonomia e dell'indipendenza. Com'è stato rilevato, «[s]i tratta non tanto di un'endiadi, bensì di due distinti valori costituzionali, strettamente interrelati, ma non per questo sovrapponibili»⁹. Esiste in Costituzione, infatti, un rapporto di consequenzialità tra il principio di imparzialità delle pubbliche amministrazioni (art. 97, 2° co., Cost.), il principio d'indipendenza del giudice e il principio di autonomia della magistratura (art. 104 Cost.). Il giudice, sia in quanto funzionario pubblico (quindi *ex* art. 97, 2° co., Cost.) sia per il suo ruolo specifico, deve essere «terzo e imparziale» (art. 111, 2° co., Cost.); «condizione essenziale per l'imparzialità-terzietà del giudice è proprio la sua indipendenza, esterna ed interna, funzionale e istituzionale»¹⁰; strumento per assicurare l'indipendenza del giudice – come si è cercato di mostrare per mezzo dell'*excursus* storico nel presente contributo – è l'autonomia dell'ordine-potere in cui il giudice è inserito, la quale dipende, strettamente, «dall'esistenza e dalle attribuzioni del Consiglio superiore»¹¹ della magistratura.

Anche il principio di unitarietà della giurisdizione, in forza del quale «giudicanti e requirenti, giudici e pubblici ministeri, sono chiamati a condividere un medesimo orizzonte di indipendenza, almeno quanto al nucleo essenziale della nozione»¹², risponde all'esigenza di regolare i rapporti tra pubblico ministero e Ministro della

dell'ordine giudiziario e, di conseguenza, «appare [...] affidato, nella sua interezza, a ciascun organo giurisdizionale, il quale, nel momento in cui si pronuncia, è il potere, non appartiene al potere» (G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 70).

⁹ R. BALDUZZI, *Notazioni introduttive per efficaci riforme del Csm, nel solco del modello costituzionale di magistratura e ordinamento giudiziario*, in ID. (a cura di), *La riforma della legislazione sul Consiglio Superiore della Magistratura. Scritti per il quarantennale dell'associazione*, Educatt, Milano, 2022, pp. 8-9.

¹⁰ Ivi, p. 9. È stato infatti notato che «[l]a natura stessa dell'attività posta in essere dal giudice postula, concettualmente, la sua indipendenza nei confronti di tutti i soggetti dell'ordinamento e, in particolare, degli altri organi dell'istituzione di cui esso stesso è a sua volta organo» (E. SPAGNA MUSSO, *Giudice [nozione]*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVIII, Giuffrè, Milano, 1969, p. 938).

¹¹ R. BALDUZZI, *Notazioni introduttive per efficaci riforme del Csm*, cit., p. 9. Si è altresì rilevato che «la tutela dell'indipendenza dell'organo decidente sotto il profilo dell'indipendenza della intera organizzazione giudiziaria configurata come potere è tipica dei soli Stati di democrazia parlamentare» (E. SPAGNA MUSSO, *Giudice [nozione]*, cit., p. 940).

¹² R. BALDUZZI, *Note sui principi di indipendenza e imparzialità della magistratura in un ordinamento democratico-costituzionale multilivello*, in *Federalismi.it*, 4/2022, p. 94.

giustizia nel senso dell'indipendenza dell'organo requirente dai condizionamenti dell'autorità politica; il principio dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost., peraltro, corrobora tale indipendenza, assumendo per il pubblico ministero lo stesso valore di garanzia che, nei confronti del giudice, è svolto dal principio di soggezione soltanto legge¹³.

Giova ricordare che l'art. 104 Cost., dopo aver proclamato l'autonomia e l'indipendenza della magistratura come organo-potere, disciplina in modo dettagliato la composizione del Consiglio superiore della magistratura; ed è proprio in virtù di tale composizione che la magistratura, nel nostro ordinamento costituzionale, può essere concepita come un ordine autonomo, ma non autoreferenziale, come un'istituzione indipendente, ma non "isolata" dagli altri poteri dello Stato: il principio di separazione tra i poteri dello Stato, infatti, non importa la "separatezza" di un potere da un altro né l'isolamento di un'istituzione particolare da tutte le altre istituzioni dello Stato¹⁴.

7. Il Consiglio superiore della magistratura come organo di garanzia costituzionale

Che il Consiglio superiore sia organo di *autogoverno* della magistratura, è espressione ormai inveterata del linguaggio ordinario, la quale pare ora essere entrata anche nel vocabolario del legislatore¹⁵. Che, però, tale qualificazione sia anche giuridicamente corretta, è tutt'altra questione. Si è sottolineato come il termine "autogoverno", già presente nell'opera di autorevoli giuristi quali Lodovico Mortara¹⁶ e Piero Calamandrei¹⁷, veicoli «un'immagine equivoca e priva

¹³ Il principio di soggezione dei giudici soltanto alla legge e il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale sono entrambe manifestazioni del *principio di legalità* (cfr. P. CALAMANDREI, *Governo e Magistratura*, in *Opere giuridiche*, Napoli, Morano, 1966, vol. II, pp. 202-203).

¹⁴ «La topografia della Carta costituzionale non ci dà dunque, sotto l'aspetto formale-organizzativo, nessuna assicurazione che il principio della divisione dei poteri sia stato recepito nella sua veste storica o tradizionale» (F. MODUGNO, *Poteri [divisione dei]*, cit., p. 484), sottolineando, inoltre, l'Autore che la separazione dei poteri non esclude, bensì richiede un coordinamento tra i poteri medesimi.

¹⁵ Il termine "autogoverno" ricorre spesso nella legge 17 giugno 2022, n. 71.

¹⁶ L. MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., p. 127. Vedi *supra*.

[...] di consistente utilità classificatoria»¹⁸, con un «significato improprio»¹⁹ nell'attuale ordinamento costituzionale: l'improprietà della qualificazione è riferibile sia al prefisso "auto-", perché il Consiglio superiore della magistratura non è organo composto unicamente di magistrati, i quali dunque non si amministrano "da sé" secondo un modello corporativo, sia al termine "governo", espressione che rinvia all'attività tradizionalmente esercitata dal potere esecutivo per perseguire la realizzazione degli obiettivi stabiliti nel programma di indirizzo politico. Per gli stessi motivi il Consiglio superiore della magistratura non può essere qualificato come organo di "governo autonomo", perché l'attività di governo, la quale comporta scelte politiche, non si addice a un organo composto, per due terzi, da magistrati indipendenti e soggetti soltanto alla legge. Né il Csm è organo rappresentativo della magistratura ordinaria nei rapporti con gli altri poteri

¹⁷ «Per liberare la giustizia dalle inframmettenze politiche non importa, del resto, variare il sistema di nomina governativa dei giudici quale vige da noi; quello che importa invece è assicurarsi che all'infuori di ogni influsso governativo e parlamentare possa svolgersi, una volta avvenuta la nomina, la loro ulteriore carriera. E questo si otterrà [...] applicando puramente e semplicemente quel sistema dell'*autogoverno della magistratura*, già ormai concretato dagli stessi magistrati nei loro congressi [...]» (P. CALAMANDREI, *Governo e Magistratura*, in *Opere giuridiche*, Napoli, Morano, 1966, vol. II, p. 218). Calamandrei aveva altresì presentato, nel maggio 1946, una relazione alla Commissione Forti sulla riforma del potere giudiziario; poco dopo, eletto all'Assemblea Costituente, presentò alla II Sottocommissione una "*Relazione sul potere giudiziario e sulla suprema corte costituzionale*" contenente una proposta in 26 articoli, da lui intesi come una "*base di discussione*". L'art. 16 della proposta, rubricato "*Autogoverno della magistratura*", conteneva quanto segue: «La magistratura, della quale fanno parte i magistrati ed i loro ausiliari di tutte le categorie specificate dalla legge sull'ordinamento giudiziario, costituisce un ordine autonomo che provvede da sé, e senza alcuna ingerenza del potere esecutivo, al proprio governo. L'autogoverno della magistratura comprende: il potere di prendere tutti i provvedimenti amministrativi sullo stato giuridico degli appartenenti alla magistratura; la giurisdizione disciplinare sui medesimi; il potere di deliberare le spese, nei limiti dell'assegnazione iscritta annualmente nel bilancio dello Stato per il funzionamento del potere giudiziario». Al riguardo cfr. A. BARBERA, *Calamandrei e l'ordinamento giudiziario: una battaglia su più fronti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2006.

¹⁸ S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, Cedam, 1964, p. 4. La Corte costituzionale, nella sent. 142/1973, aveva definito il cd. autogoverno come un'«espressione [...] da accogliersi piuttosto in senso figurato che in una rigorosa accezione giuridica». L'autogoverno, infatti, o *selfgovernment*, nasce quale «figura organizzatoria propria dell'antico diritto inglese, consistente nell'affidare, per mezzo della nomina regia, a esponenti dei gruppi privilegiati del luogo le amministrazioni locali, perché questi le dirigessero come rappresentanti della popolazione» (S. CASSESE, *Autarchia*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 325-326).

¹⁹ S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, cit., p. 5. Anche la Corte costituzionale ha stigmatizzato come "improprio" l'utilizzo della locuzione "organi di autogoverno" (sent. 16/2011).

dello Stato, come peraltro autorevolmente sostenuto²⁰, giacché il Consiglio superiore non rappresenta certo «gli interessi collettivi dei magistrati in quanto titolari degli organi giudiziari ordinari»²¹, interessi ai quali la Costituzione, peraltro, non attribuisce nessuna autonoma e specifica rilevanza. Il Csm non può essere considerato un semplice organo di alta amministrazione²², perché, se tale qualificazione burocratica risulta sicuramente appropriata per indicare organi amministrativi collocati in posizione di subordinazione gerarchica rispetto al Governo, essa stride, per converso, se riferita alla magistratura, ordine indipendente da ogni altro potere dello Stato. Anche l'attribuzione al Csm del ruolo di “vertice organizzativo” della magistratura ordinaria²³ si scontra con il

²⁰ Una volta ritenuto che il nucleo principale dei compiti del Consiglio superiore sia costituito dalle funzioni di *amministrazione della giurisdizione*, si è sostenuto che tali funzioni «possono distinguersi a loro volta in tre gruppi comprendenti rispettivamente le funzioni relative all'organizzazione del Consiglio stesso, quelle riguardanti lo *status* dei magistrati e quelle relative ai rapporti fra il potere giudiziario e gli altri poteri dello Stato» (A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Einaudi, Torino, 1990, p. 106). Con riferimento al terzo gruppo, l'Autore ha parlato di «funzioni di rappresentanza del potere giudiziario nei rapporti con gli altri poteri» (Ivi, p. 107).

²¹ S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, cit., p. 7. Con la sent. 142/1973, la Corte costituzionale ha sostenuto che non «può affermarsi, come si assume, che il Consiglio superiore rappresenti, in senso tecnico, l'ordine giudiziario, di guisa che, attraverso di esso, se ne realizzi immediatamente il cosiddetto autogoverno (espressione, anche questa, da accogliersi piuttosto in senso figurato che in una rigorosa accezione giuridica) [...]. La composizione mista dell'organo, solo in parte – anche se prevalente – formato mediante elezione da parte dei magistrati, e per altra parte, invece, da membri eletti dal Parlamento (tra i quali dev'essere scelto il Vicepresidente), oltre che da membri di diritto, tra cui il Capo dello Stato, che lo presiede, si oppone chiaramente ad una simile raffigurazione».

²² M. BESSONE, *Giudiziario e politica. Il caso del Csm*, in *Democrazia e diritto*, 6/1985, p. 155 ss., il quale ascrive al Csm, «costituzionalmente regolato come organo in posizione servente» (Ivi, p. 157), «poteri di governo amministrativo della magistratura» (Ivi, p. 161). La qualificazione del Csm come “organo di alta amministrazione” sembra essere fondata esclusivamente sulla natura amministrativa degli atti adottati dal Consiglio superiore della magistratura nell'esercizio delle sue competenze *ex art. 105 Cost.* e sulla loro sindacabilità dinanzi giudice amministrativo espressamente prevista dall'art. 17 della L. n. 195/1958.

²³ In tal senso si era espressa la “Commissione presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del Consiglio superiore della magistratura”, nominata con Dpr. 26 luglio 1990 e presieduta da Livio Paladin. La teoria di una struttura “bicefala” dell'ordine giudiziario, dotato di un vertice organizzativo (il Csm) e di un vertice funzionale (la Corte di cassazione), è stata attualmente accantonata, perché «[e]ntrambi gli organi hanno caratteristiche di *supremitas*, nel limitato senso che sono gli ultimi a pronunciarsi sulle questioni attinenti alla giurisdizione o all'amministrazione della giurisdizione, ma non possiedono alcuno di quei poteri o facoltà che normalmente ineriscono ai vertici di una struttura» (G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., p. 87).

riconoscimento del carattere “diffuso” del potere giudiziario e della capacità di ogni singolo giudice di sollevare, di fronte alla Corte costituzionale, conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato.

Il Consiglio superiore non è organo di autogoverno (o di governo autonomo) della magistratura né organo di rappresentanza o vertice organizzativo della stessa, perché non è un organo della magistratura, ma è – più propriamente – un organo dello Stato (dello Stato-ordinamento)²⁴, che svolge funzioni di *garanzia* dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura ordinaria. È la composizione stessa del Csm a rivelarne la natura di *organo di garanzia*²⁵: il Consiglio superiore, infatti, è composto per 2/3 da appartenenti alle varie categorie dell'ordine giudiziario (membri togati), eletti da tutti i magistrati ordinari, e per 1/3 da professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati dopo 15 anni di esercizio (membri laici), eletti dal Parlamento in seduta comune; ne fanno altresì

²⁴ La Corte costituzionale ha definito il Csm quale «organo di sicuro rilievo costituzionale» (sent. 148/1983). Più recentemente, la Corte dei Conti ha definito gli *organi di rilevanza costituzionale* come quegli organi che «non sono inseriti nell'apparato amministrativo dello Stato-governo, quindi non fanno capo allo Stato-amministrazione bensì direttamente allo Stato-comunità (o Stato-ordinamento)» (delibera 1/2018).

²⁵ Sulla preferibilità della qualificazione del Csm come “organo di garanzia” dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura rispetto a quella di “organo di autogoverno”, cfr. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 525, il quale sostiene che «è nettamente preferibile definire il Consiglio superiore come un “organo di garanzia costituzionale”» nonché P. A. CAPOTOSTI, *Il ruolo del giudice nella Costituzione, alla luce del pensiero di Vittorio Bachelet*, in *Nomos*, 2008, p. 112. Nel pensiero di Capotosti, la qualificazione del Csm come organo di garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura è un riflesso della sua concezione dinamica e non statica dell'equilibrio costituzionale, il quale consiste proprio nel «tenere bilanciati, senza squilibrarli, i diversi poteri, così che le connotazioni cui il loro esercizio dà vita siano da riferirsi alle condizioni politico-istituzionali, senza forzature» (R. BALDUZZI, *Piero Alberto Capotosti e l'equilibrio della Costituzione*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3/2018). Sulla qualificazione del Csm come “organo di garanzia” concorda altresì C. SALAZAR, *Il Consiglio superiore della magistratura e gli altri poteri dello Stato: un'indagine attraverso la giurisprudenza costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007: l'Autrice cerca di focalizzare «il progressivo definirsi dell'identità del Consiglio quale *organo di garanzia della autonomia e indipendenza della magistratura ordinaria*, alla luce della quale appaiono insufficienti le risalenti definizioni di “organo di alta amministrazione” [...] ovvero di “organo di governo della magistratura” [...] e persino quella cui lo stesso C.S.M. fa sovente ricorso, autoqualificandosi “organo di autogoverno della magistratura”». Nello stesso senso R. BALDUZZI, *Notazioni introduttive per efficaci riforme del Csm*, cit., p. 7, il quale ribadisce che, nel caso del Consiglio superiore della magistratura, «non di “governo” si tratta, ma di “garanzia” attraverso un'azione amministrativa caratterizzata dalla circostanza di essere svolta da un organo collegiale che riesce a “evitare tanto la dipendenza dei giudici dal potere politico, quanto la chiusura degli stessi in caste autoreferenziali” (Corte cost., sent. 16/2011)».

parte, come componenti di diritto, il Primo presidente e il Procuratore generale della Corte di cassazione nonché il Presidente della Repubblica, che presiede l'organo; il Vicepresidente del Consiglio superiore è eletto tra i membri laici dal *plenum* (dovendo perciò riscuotere il "gradimento" anche dei membri togati).

Stabilendo una composizione siffatta del Csm, il legislatore costituente ha cercato di risolvere quello che Piero Calamandrei definiva il *punctus pruriens* della riforma della giustizia, vale a dire il rapporto tra il potere legislativo ed esecutivo, da un lato, e la magistratura autonoma e indipendente, dall'altro: occorre evitare che l'ordine giudiziario si strutturasse come un "corpo separato"²⁶ dagli altri organi dello Stato e, al contempo, escludere la possibilità che la politica e, soprattutto, il potere esecutivo controllassero l'operato della magistratura, com'era stata prassi fin dagli albori dello Stato liberale. Il Consiglio superiore della magistratura fu configurato come un organo a composizione tecnica e non politica (anche i membri laici devono avere una solida preparazione giuridica, ragion per cui dovrebbero essere scelti dal Parlamento in seduta comune in forza della loro competenza e non per l'appartenenza politico-partitica), ancorché legato al potere legislativo (e cioè agli organi politici) per via della componente laica e del suo Vicepresidente. In Assemblea costituente venne respinta l'idea di inserire il Ministro della giustizia all'interno del Consiglio superiore (come richiesto da socialisti e comunisti)²⁷, per impedire intromissioni del potere esecutivo nell'autonomia dell'ordine giudiziario, e la presidenza del collegio fu affidata al Presidente della Repubblica in virtù della funzione da questi esercitata «di arbitro, di moderatore, di equilibratore»²⁸ di tutto il sistema costituzionale. La composizione del Csm, nel disegno originario del Costituente, prevedeva una partecipazione paritaria di membri laici e togati: fu un emendamento presentato da Oscar Luigi Scalfaro nella seduta pomeridiana del 25 novembre 1947 a introdurre la quota attuale di 2/3 di togati e di 1/3 di laici, affinché

²⁶ «[...] la presenza nel Consiglio di membri non tratti dall'ordine giudiziario e la particolare disciplina costituzionalmente dettata quanto alla presidenza di esso rispondono all'esigenza (che fu avvertita dai costituenti) di evitare che l'ordine giudiziario abbia a porsi come un corpo separato» (Corte cost., sent. 142/1973).

²⁷ F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, cit., p. 127 ss. I socialisti (tramite l'on. Luigi Preti) avevano proposto di affidare al Ministro Guardasigilli la Vicepresidenza del Csm.

²⁸ Atti dell'Assemblea costituente, 25 novembre 1947, p. 2458.

la magistratura, appena proclamata ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere, non vedesse poi negata la sua autonomia nella composizione di quell'organo che proprio di tale valore avrebbe dovuto essere garanzia.

Se la Costituzione repubblicana del 1948 ha istituito, com'è stato scritto, una forma di governo parlamentare razionalizzato *a tendenza equilibratrice*²⁹, di tale equilibrio costituzionale la composizione "mista" del Consiglio superiore della magistratura è, invero, un'espressione e una conferma³⁰.

8. Le nuove riforme del Csm e della giurisdizione disciplinare: continuità, rottura o regressione istituzionale?

Il governo, con l'A.C. 1917 XIX Leg., ora Ddl. S. 1353³¹, ha presentato un disegno di legge costituzionale, recante "Norme in materia di ordinamento giurisdizionale e di istituzione della Corte disciplinare", per la revisione del Titolo IV della Costituzione, i cui punti salienti possono essere così riassunti³²: 1) s'inserisce in

²⁹ P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale (Lo Stato democratico moderno)*, Jovene, Napoli, 1949, p. 246. «Quanto al significato dell'aggettivo "equilibratrice", si può oggi affermare che l'equilibrio costituzionale perseguito può essere inteso come quella situazione per cui nessun organo o potere costituzionale (che rappresenti un elemento costitutivo o un determinante fattore di condizionamento della forma di governo) esercita le proprie attribuzioni: a) impedendo l'esplicazione delle attribuzioni di altri organi o poteri costituzionali; b) creando le condizioni perché altri organi o poteri costituzionali vedano significativamente comprese le proprie attribuzioni; c) rivendicando una legittimazione separata (non soltanto distinta) e, in senso etimologico, "pre-potente"» (R. BALDUZZI [a cura di], *Diritto costituzionale*, cit., p. 165).

³⁰ Il Csm rappresenta il punto di equilibrio dell'autonomia della magistratura verso l'esterno, cioè verso gli altri poteri dello Stato; anche al suo interno, però, si ravvisa la presenza di alcuni organi equilibratori: «[u]n organo a struttura complessa, come il Csm, ha necessità di trovare molteplici equilibri al suo interno, allo scopo di non tradire la funzione di garanzia assegnatagli dalla Costituzione» (G. SILVESTRI, *Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 4/2017, p. 29). Organi equilibratori interni sono, secondo l'insigne Autore, il Presidente della Repubblica in quanto Presidente del Csm, chiamato a svolgere una funzione di moderazione all'interno del Consiglio superiore e di raccordo verso l'esterno; il Vicepresidente, organo "bifronte", che rappresenta il Consiglio presso il Presidente e il Presidente presso il Consiglio; il Comitato di Presidenza (composto dal Vicepresidente, che lo presiede, dal Primo Presidente della Corte suprema di cassazione e dal Procuratore Generale presso la Corte medesima), organo, al tempo stesso, di promozione delle attività e di esecuzione delle decisioni del Consiglio superiore.

³¹ Il disegno di legge costituzionale in questione è stato approvato, in sede di prima deliberazione, dalla Camera dei deputati il 16 gennaio 2025. Trasmesso al Senato, ora tale disegno di legge è rubricato come Ddl. S. 1353.

³² Cfr., al riguardo, N. ROSSI, *Quale separazione delle carriere vuole la maggioranza di governo? Ciò che muta sotto la crosta del déjà vu*, in *Questione Giustizia online*, 2/2024.

Costituzione la separazione delle carriere dei magistrati giudicanti e requirenti; 2) sono previsti due Consigli superiori della magistratura, entrambi presieduti dal Presidente della Repubblica, per le categorie separate di giudici e pubblici ministeri; i due Consigli superiori hanno composizione omogenea, formati per due terzi da membri togati e per un terzo da membri laici, con la sola differenza riguardante il membro di diritto (il Primo Presidente della Corte di cassazione per il Consiglio superiore della magistratura giudicante e il Procuratore generale per il Consiglio superiore della magistratura requirente); 3) viene abolita l'elettività dei componenti dei due Csm e sostituita da un sorteggio "secco" per i membri togati e un sorteggio "temperato"³³ per i membri laici; 4) l'esercizio della giurisdizione disciplinare nei riguardi dei magistrati ordinari, giudicanti e requirenti, viene sottratta ai due Consigli superiori e attribuita a un'Alta Corte disciplinare³⁴.

La proposta di revisione costituzionale è motivata dall'esigenza di attuare l'art. 111 Cost. sul cd. "giusto processo" e dall'evoluzione del processo penale italiano verso un modello accusatorio, il quale comporta una netta separazione tra l'accusa e il giudice terzo e imparziale. Se questo è l'intento, occorre rilevare che la cd. "separazione delle carriere" è già stata in gran parte realizzata dagli interventi legislativi degli ultimi vent'anni³⁵. La Corte costituzionale, inoltre, aveva già

³³ Mentre i membri togati dei due Csm vengono sorteggiati, rispettivamente, tra tutti i magistrati giudicanti e requirenti, i membri laici vengono sorteggiati da un elenco «di professori ordinari di università in materie giuridiche e di avvocati con almeno quindici anni di esercizio, che il Parlamento in seduta comune, entro sei mesi dall'insediamento, compila mediante elezione».

³⁴ L'Alta Corte disciplinare è composta da 6 laici (3 nominati dal Presidente della Repubblica e 3 estratti a sorte da un elenco compilato dal Parlamento in seduta comune) e 9 membri togati (6 magistrati giudicanti e 3 requirenti, estratti a sorte tra gli appartenenti alle rispettive categorie con almeno venti anni di esercizio delle funzioni giudiziarie e che svolgano o abbiano svolto funzioni di legittimità).

³⁵ «Se per "separazione delle carriere" dei giudici e dei pubblici ministeri si intende una netta divaricazione dei percorsi professionali e la diversità dei contesti organizzativi nei quali vengono svolti i rispettivi ruoli professionali, allora bisogna prendere atto che, a seguito degli interventi legislativi degli ultimi venti anni, la separazione si è già di fatto realizzata. In particolare la recente legge n. 71 del 2022 recante la delega di riforma dell'ordinamento giudiziario ha fatto seguire ad un netto distanziamento della magistratura dalla politica e dall'amministrazione, anche un'accentuazione estrema del processo di interna divisione del corpo della magistratura, procedendo oltre i già rigidi steccati eretti dalla riforma Castelli e realizzando il massimo di separazione possibile tra giudici e pubblici ministeri a Costituzione

ribadito che «[l]a Costituzione, [...] pur considerando la magistratura come un unico “ordine”, soggetto ai poteri dell’unico Consiglio superiore (art. 104), non contiene alcun principio che imponga o al contrario precluda la configurazione di una carriera unica o di carriere separate fra i magistrati addetti rispettivamente alle funzioni giudicanti e a quelle requirenti, o che impedisca di limitare o di condizionare più o meno severamente il passaggio dello stesso magistrato, nel corso della sua carriera, dalle une alle altre funzioni»³⁶. Qualora ritenga opportuna o adeguata o necessaria una rigida separazione delle carriere dei magistrati, il legislatore può dunque provvedere al riguardo con una semplice legge ordinaria o atto equiparato (come peraltro avvenuto con l’art. 13 della L. n. 71/2022), senza bisogno di incidere sulla Costituzione.

Si è, per converso, obiettato che la riforma costituzionale attualmente in discussione «può intendersi come il punto di approdo ultimo di una volontà già ben tracciata e visibile nella normativa pregressa, di una più netta razionalizzazione dell’organizzazione interna all’ordine giudiziario»³⁷: occorre, però, rilevare che le differenziazioni già presenti tra pubblico ministero e giudice (come le regole che limitano la mobilità tra le due funzioni) sono misure di razionalizzazione organizzativa adottate per garantire maggiore efficienza e specializzazione, ma sempre nel rispetto dell’unità dell’ordine giudiziario. La creazione di due distinti Consigli superiori della magistratura, piuttosto che “certificare” l’avvenuta separazione delle carriere, rischia invece di produrre una frattura istituzionale tra magistrati requirenti e magistrati giudicanti, capace di incidere sul principio di unità della giurisdizione: tale principio, seppur affermato in linea teorica³⁸, potrebbe venire compromesso nello svolgimento delle dinamiche istituzionali, con possibili effetti di frammentazione e indebolimento della coesione dell’ordine

invariata» (N. ROSSI, *Oltre la separazione delle carriere di giudici e pm. L’obiettivo è il governo della magistratura e dell’azione penale*, in *Questione Giustizia online*, 2/2023).

³⁶ Corte cost., sent. 37/2000.

³⁷ V. BALDINI, *Separazione delle carriere dei magistrati e altre novità costituzionali: tra moniti narrativi e pregiudizi culturali*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2025.

³⁸ Il nuovo articolo 104, 1° co., Cost. suonerebbe così: «La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere ed è composta dai magistrati della carriera giudicante e della carriera requirente».

giudiziario, esponendolo, da una parte, a logiche esterne di controllo politico o mediatico e, dall'altra, a derive neocorporative fondate su interessi di categoria più che su una visione unitaria della funzione giurisdizionale.

Il disegno istituzionale contenuto nella riforma costituzionale, peraltro, non può neppure dirsi compiutamente ispirato al modello del processo accusatorio, la cui effettiva attuazione richiederebbe piuttosto interventi mirati sul codice di procedura penale del 1988³⁹. Il Ddl. S. 1353, ad esempio, non intacca il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale sancito dall'art. 112 della Costituzione, norma che continua a rappresentare una garanzia fondamentale per l'indipendenza del pubblico ministero. Le modalità concrete di esercizio dell'azione penale sono ora invece affidate a «criteri di priorità trasparenti e predeterminati», indicati nei progetti organizzativi delle procure della Repubblica e approvati dal Consiglio superiore della magistratura, «nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge» (art 1, 9° co., L. n. 134/2021). Tutto ciò dimostra che il rafforzamento del modello accusatorio non può avvenire tramite mere modifiche di ordine costituzionale, ma esige scelte normative puntuali e coerenti sul piano processuale e ordinamentale, assolutamente compatibili con l'attuale modello costituzionale di Consiglio superiore della magistratura.

La creazione di due Consigli superiori distinti, ritenuta «necessaria in ragione della riorganizzazione dell'assetto della magistratura»⁴⁰, rischia invece di produrre un drastico ridimensionamento istituzionale di entrambi i nuovi organi di garanzia, innescando meccanismi di autoreferenzialità e di «corporativizzazione dei diversi tipi di magistrati [...], ciascuno con il proprio consiglio che assicura autonomia e indipendenza, non più all'ordine, bensì alla funzione esercitata»⁴¹. Anche nella Francia della V Repubblica, dove il pubblico ministero è «una struttura gerarchica

³⁹ Il codice di procedura penale del 1988 ha sicuramente segnato un avanzamento verso il modello accusatorio, ma è in realtà un sistema "misto", che conserva significative tracce di inquisitorialità, spesso giustificate con esigenze di efficienza, controllo di legalità o tutela della vittima. Si possono citare, all'uopo, l'imputazione coatta da parte del Gip (art. 409, 5° co., cpp.) o l'integrazione probatoria ordinata d'ufficio da giudice (art. 507 cpp.).

⁴⁰ Relazione introduttiva a A.C. 1917, XIX Leg.

⁴¹ Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica, 27 febbraio 2025, audizione del prof. Gaetano Azzariti.

che vede al vertice il Ministro della Giustizia»⁴² e l'inaMOVibilità è costituzionalmente garantita solo per i magistrati giudicanti, esiste, ancorché configurato come un organo meramente ausiliario del Presidente della Repubblica⁴³, un unico *Conseil supérieur de la magistrature*, diviso in due sezioni. Nella sezione competente per i magistrati giudicanti è presente, oltre ai magistrati della stessa categoria, anche un magistrato requirente, e viceversa; nella riforma di cui al Ddl. S. 1353, per converso, la separazione tra giudicanti e requirenti è netta, una vera e propria "separatezza": al riguardo si è rilevato che «assegnare la funzione di amministrazione della magistratura requirente a un organo prevalentemente composto da pubblici ministeri comporta che venga meno lo sguardo esterno dei giudicanti sui requirenti (e viceversa), con la conseguenza di isolare le due categorie di magistrati, rafforzandone eventuali tendenze di carattere "corporativo"»⁴⁴.

Una riforma che si propone lo scopo di contrastare il corporativismo dell'ordine giudiziario potrebbe quindi, per i motivi anzidetti, aprire scenari neo-corporativi, ingenerando, all'interno della magistratura e, di riflesso, tra i due nuovi Consigli superiori, conflitti di attribuzioni tra i poteri dello Stato che ora sono assorbiti dall'attività di "amministrazione della giurisdizione" svolta dall'unico Consiglio superiore, presieduto dal Presidente della Repubblica. La funzione moderatrice ed equilibratrice del Capo dello Stato, inoltre, ne uscirebbe indebolita: se, ora, il Presidente della Repubblica può esercitare una funzione di garanzia e di *moral suasion* che contribuisce a comporre le divergenze interne e a salvaguardare l'unità dell'ordine giudiziario, con due Consigli superiori distinti, ciascuno dotato di autonomia funzionale e deliberativa, il Presidente si troverebbe privo di strumenti

⁴² E. BRUTI LIBERATI, *Politica, giustizia e dibattito sullo statuto del Pubblico Ministero in Francia e in Italia*, in *Questione Giustizia*, 02/05/2025.

⁴³ L'art. 64 della Costituzione francese del 1958 (V Repubblica) prevede che «*Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire*» e che in questa sua attività egli sia assistito dal Consiglio superiore della magistratura, il quale è diviso in due sezioni, una competente per i *magistrats du siège* (magistrati giudicanti), l'altra competente per i *magistrats du parquet* (magistrati requirenti).

⁴⁴ Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica, 27 febbraio 2025, audizione del prof. Renato Balduzzi.

effettivi per armonizzare le scelte dei due organi, pur continuando a presiederli entrambi in senso formale. La sua figura rischierebbe quindi di ridursi a una presenza simbolica e non più influente nelle dinamiche di “amministrazione della giurisdizione”, senza poter svolgere quella funzione di raccordo istituzionale che oggi è uno degli elementi qualificanti del suo ruolo nel sistema costituzionale.

Da più parti si è altresì paventato il pericolo che la separazione delle carriere e la creazione di un Consiglio superiore *ad hoc* per i magistrati requirenti possano essere il preludio dell’assoggettamento del pubblico ministero al controllo del potere esecutivo⁴⁵. Ma, se anche tale esito fosse scongiurato, la situazione di completa “separatezza” del pubblico ministero potrebbe essere foriera di pericoli ben più gravi, perché un magistrato requirente trasformato in un “superpoliziotto” «assolutamente indipendente e rigorosamente gerarchizzato (con la polizia ai suoi ordini) costituirebbe il potere dello Stato più forte che si sia mai avuto in alcun ordinamento costituzionale dell’epoca contemporanea (e infatti non lo si è mai avuto in alcun Paese)»⁴⁶. La conseguenza di tale separazione – il frutto di un’eterogenesi dei fini – potrebbe essere la creazione di un pubblico ministero che, non dovendo più rappresentare quella “parte imparziale” teorizzata dalla dottrina, sarebbe portato a incarnare «la volontà punitiva di una società sempre più preoccupata e securitaria»⁴⁷; un esito non certo auspicato dai sostenitori della

⁴⁵ «È infatti realistico prevedere che alle prime difficoltà, ai primi attriti, al primo *casus belli* (e il giudiziario conosce inevitabilmente tali momenti) i duemila “samurai senza padrone” che comporrebbero il corpo separato dei pubblici ministeri potrebbero essere presentati come una entità da ricondurre sotto la responsabilità del potere politico al pari di quanto avviene negli Stati nei quali le carriere sono distinte» (N. ROSSI, *Separare le carriere di giudici e pubblici ministeri o riscrivere i rapporti tra poteri?*, in *Sistema penale*, 16 novembre 2023).

⁴⁶ A. PIZZORUSSO, *La Costituzione ferita*, Laterza, Bari, 1999, p. 149. Ponendosi sulla stessa lunghezza d’onda dell’Autore citato, si è affermato che «con la separazione drastica delle carriere e lo sdoppiamento dei CSM si creerebbe [...] un corpo separato ed autoreferenziale di accusatori, sempre più astretti ad un vincolo di risultato, la condanna, lontani dall’idea dell’imparziale applicazione della legge, che si addice invece ad un organo di giustizia immerso totalmente nella cultura della giurisdizione. Ciò che oggi può essere, in taluni casi, stigmatizzato come un’anomalia o una distorsione rischierebbe di diventare la regola. In altre parole, si potrebbe andare incontro ad una eterogenesi dei fini, che si configurerebbe come ipertrofia dell’accusa» (Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica, 25 febbraio 2025, audizione del prof. Gaetano Silvestri).

⁴⁷ Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica, 6 marzo 2025, audizione del dott. Claudio Castelli.

riforma costituzionale, «i cui effetti potrebbero ritorcersi contro gli stessi intenti che l'hanno ispirata»⁴⁸.

La breve ricostruzione storica effettuata nel presente contributo ha mostrato che, in Italia, la regolamentazione specifica e “a parte” del pubblico ministero ha sempre avuto come finalità il controllo dell'intera magistratura, sia requirente sia giudicante: chi controllava il pubblico ministero, infatti, controllava al contempo anche il procedimento disciplinare e, di conseguenza, la carriera di ogni magistrato. La creazione di un Consiglio superiore *ad hoc* per i pubblici ministeri, dunque, sembra, anche solo per questo aspetto, una regressione, così come regressive appaiono l'abolizione dell'elettività dei membri togati da parte di tutta la magistratura e l'istituzione di un'Alta Corte disciplinare, “innovazioni” che riportano l'orologio della Storia almeno a fine Ottocento, cioè alla situazione precedente l'emanazione delle leggi Orlando sulle guarentigie della magistratura, provvedimenti che già all'epoca furono comunque considerati rimedi insufficienti di fronte ai costumi imperanti.

Si è ritenuto che il sorteggio possa eliminare il “correntismo” presente nella magistratura, fenomeno aggregativo che esiterebbe in una politicizzazione⁴⁹ del Consiglio superiore e in una “spartizione” degli incarichi direttivi tra le correnti: tale degenerazione, infatti, potrebbe essere superata solo «rimuovendo il presupposto su cui si fonda, vale a dire l'elezione e il mandato elettorale di cui gli eletti sono investiti»⁵⁰. Il principio costituzionale di cui all'art. 107, 3° co., Cost., in forza del quale «[i] magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni» e che è stato posto a base della scelta del sorteggio “secco” per l'individuazione dei membri togati dei due Consigli superiori, non significa, però –

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Si è infatti evidenziato che «l'eccedenza di tensione politica all'interno dell'ordine giudiziario risulta all'evidenza, con l'effetto di innescare una pericolosa spirale di riduzione della fiducia sociale nella magistratura quale potere di garanzia, comunque necessaria a sostenere una credibilità di fondo nell'attività di quest'ultimo» (V. BALDINI, *Separazione delle carriere dei magistrati e altre novità costituzionali: tra moniti narrativi e pregiudizi culturali*, cit.).

⁵⁰ A. LANZI, *CSM e Giustizia. Il possibile rischio di un rapporto asimmetrico*, Mimesis, Milano, 2023, p. 36.

com'è stato efficacemente espresso –, che «uno vale l'altro»⁵¹. I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni nel momento in cui esercitano la giurisdizione; nell'esercizio di attività amministrative (cioè di "amministrazione della giurisdizione", per utilizzare l'espressione di Pizzorusso), per converso, risultano rilevanti una pluralità di fattori: dal genere alle capacità organizzative, dalla provenienza territoriale alle modalità con le quali si sono esercitate le proprie funzioni⁵². Il sorteggio avvilisce la categoria dei magistrati senza assicurare la sconfitta del "correntismo": le correnti, infatti, potrebbero ricostituirsi dopo il sorteggio o, peggio, dopo il sorteggio potrebbero formarsi – e si formerebbero quasi sicuramente – cointeressenze e agglomerati occulti, privi del carattere di pubblicità che, per lo meno, l'appartenenza a una corrente garantisce. I magistrati sorteggiati sarebbero portatori sicuri dei soli interessi della categoria di appartenenza: dal meccanismo del sorteggio rischierebbe di emergere un rinnovato corporativismo della magistratura e i Consigli superiori, più che organi di garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza dei magistrati requiranti e giudicanti, potrebbero ridursi a rappresentare semplici istanze di carattere *lato sensu* "sindacale". Il sorteggio, infatti, indebolirebbe la credibilità, la competenza e l'autorevolezza dei nuovi organi e rischierebbe di sancirne non solo la disfunzionalità, ma anche l'irrilevanza costituzionale. È molto probabile che riforme mirate⁵³, ancorché di minor cabotaggio e risonanza, realizzabili con leggi ordinarie e atti equiparati nonché attraverso l'esercizio dell'attività normativa e para-normativa del Csm, possano assicurare un graduale miglioramento della situazione, seppur nella consapevolezza, espressa dal Presidente della Repubblica,

⁵¹ N. ROSSI, *Quale separazione delle carriere vuole la maggioranza di governo?*, cit.

⁵² In questo senso si è espresso il dott. Edmondo Bruti Liberati nella sua audizione presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica: «Nessuna rappresentanza al pluralismo delle idee, che comunque rimarrà. Nessuna attenzione alla pur banale circostanza che il ruolo di gestire il corpo giudiziario e la sua organizzazione è cosa diversa dal giudicare e dall'investigare: la realtà ci mostra capi di ufficio ottimi giuristi e ottimi organizzatori, ma anche il caso di ottimi giuristi e disastrosi organizzatori».

⁵³ Quali, per esempio, l'abolizione delle cd. "nomine a pacchetto", l'introduzione del voto segreto sulle nomine per gli incarichi direttivi, la previsione di correttivi al sistema di elezione dei membri togati, etc.

che il rinnovamento non può che avvenire «anzitutto sul piano, basilare e decisivo, dei comportamenti»⁵⁴ personali.

La sottrazione della giurisdizione disciplinare ai due Consigli superiori e il suo affidamento a un'Alta Corte disciplinare, infine, rappresentano un sicuro ritorno al passato, come l'analisi storica ha chiaramente mostrato, e, in particolar modo, a una tradizione rispetto alla quale la Costituzione del 1948 si è posta, intenzionalmente e programmaticamente, come elemento di rottura. Quattro sono i "chiodi"⁵⁵ – per riprendere la metafora utilizzata da Meuccio Ruini in Assemblea costituente – ai quali è appeso il quadro delle competenze esclusive del Consiglio superiore della magistratura nel nostro attuale ordinamento costituzionale: nomine, promozioni, provvedimenti disciplinari, trasferimenti. Queste attività di "amministrazione della giurisdizione" e della "carriera" dei magistrati sono i mezzi utilizzati dal Consiglio superiore della magistratura, non il *fine* della sua azione istituzionale, «che resta saldamente ancorato alla garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza»⁵⁶ dell'ordine giudiziario.

Preliminarmente, non si può non rilevare che l'Alta Corte disciplinare andrebbe a costituire un giudice speciale per i magistrati ordinari (e solo per loro!) in un sistema costituzionale che, per converso, dei giudici speciali vieta espressamente l'istituzione (art. 102, 2° co., Cost.). Tale divieto, più che una regola alla quale si possa legittimamente derogare attraverso il ricorso a una norma di rango costituzionale, sembra esprimere – come sostenuto dalla Corte costituzionale con giurisprudenza risalente – un «principio direttivo»⁵⁷ dell'ordinamento democratico e repubblicano, affermato nell'ottica di una netta cesura, storica e istituzionale, nei confronti del precedente regime che, al contrario, dei giudici speciali aveva fatto

⁵⁴ Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella all'Assemblea plenaria straordinaria del Consiglio Superiore della Magistratura, 21 giugno 2019.

⁵⁵ «Ciò che importa è fissare nell'articolo della Costituzione, come quattro chiodi, i punti essenziali, su cui è competente il Consiglio, e nei quali non può ingerirsi il Ministro. Si noti che ormai già, di fatto, tre punti sono acquisiti: le nomine, le promozioni, le norme disciplinari, che spettano all'attuale Consiglio Superiore. Restano solo i trasferimenti a subire le possibilità di influenza del potere esecutivo» (Atti dell'Assemblea costituente, 25 novembre 1947, p. 2460).

⁵⁶ M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 1/2020.

⁵⁷ Corte cost., sent. 11 marzo 1957, n. 41.

ampio utilizzo. Il Ddl. S. 1353, inoltre, prevede che «contro le sentenze emesse dall'Alta Corte in prima istanza è ammessa impugnazione, anche per motivi di merito, soltanto dinanzi alla stessa Alta Corte»: si tratta, dunque, non solo dell'istituzione di un giudice speciale, ma anche della creazione di una "giustizia domestica" autoreferenziale e sottratta a qualsiasi controllo "esterno" di legittimità, la quale, oltre a porre evidenti problemi di equilibrio e di compatibilità costituzionale, accentua, invece che arrestare, la lamentata deriva corporativa della magistratura italiana.

In seguito alla creazione dell'Alta Corte, il procedimento disciplinare, così isolato dalle altre attività di amministrazione della giurisdizione, si avvierebbe ineluttabilmente verso una forma di «gigantismo disciplinare»⁵⁸, fenomeno che, oltre a essere una disfunzione del sistema, rappresenta altresì una deviazione dai principi costituzionali. Com'è stato rilevato, infatti, «se costitutiva della funzione giurisdizionale è la posizione di autonomia e indipendenza della magistratura nel suo insieme e del singolo magistrato in quanto tale, e se ingrediente determinante dell'indipendenza è la serenità dell'agente, un sistema disciplinare costruito e percepito come eccessivamente pervasivo non rappresenta il contesto ideale per l'attuazione di tali principi»⁵⁹.

È previsto, inoltre, che i membri togati dell'Alta Corte disciplinare vengano sorteggiati tra magistrati «con almeno venti anni di esercizio delle funzioni giudiziarie e che svolgano o abbiano svolto funzioni di legittimità» (cioè magistrati di Cassazione). Ne risultano una «visione antica»⁶⁰ della magistratura e «un omaggio al tradizionale principio gerarchico»⁶¹, che – come si è visto – ha sorretto per almeno un secolo tutta l'organizzazione, estremamente burocratizzata,

⁵⁸ G. SALVI, *L'iniziativa disciplinare: dati e valutazioni*, in *Questione giustizia*, 5/2010, p. 69 ss.

⁵⁹ R. BALDUZZI, *Alcune domande sulla giustizia disciplinare*, in L. CALCAGNO, A. CIRIELLO, G. GRASSO, *Il procedimento disciplinare dei magistrati*, Scuola superiore della magistratura, Roma, 2022, p. 117.

⁶⁰ Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica, audizione del dott. Aldo Policastro (4 marzo 2025), il quale evidenzia come la presenza di soli magistrati di Cassazione nell'Alta Corte disciplinare reintroduca la distinzione ottocentesca tra "alta" e "bassa" magistratura.

⁶¹ Audizione del dott. Edmondo Bruti Liberati presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica.

dell'ordine giudiziario in Italia e rispetto al quale la Costituzione repubblicana ha voluto segnare una discontinuità evidente, disponendo che «i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni» (art. 107, 3° co., Cost.): tale norma costituzionale, impropriamente richiamata per giustificare il sorteggio, svolge invece la funzione di assicurare l'indipendenza cd. interna del magistrato, ponendosi come una barriera giuridica alla ricostituzione di una struttura gerarchica dell'ordine giudiziario.

Il Ddl. S. 1353 sembra porsi sulla stessa lunghezza d'onda del disegno di legge costituzionale per l'istituzione del cd. premierato. Più che una revisione della Costituzione, anche la riforma del Consiglio superiore della magistratura e l'istituzione di un'Alta Corte disciplinare comportano «una “rottura” costituzionale, un radicale distacco da quell'equilibrio tra tutti i poteri costituzionali dello Stato che rappresenta il risultato più autentico del compromesso dal quale è originata la nostra Carta costituzionale»⁶². In luogo di un Consiglio superiore, quale quello attuale, frutto di un sapiente equilibrio che si manifesta nell'attività interna ed esterna dell'organo, si procede a una triplicazione degli organi di rilievo costituzionale deputati ad amministrare la “carriera” dei magistrati: una frammentazione che, piuttosto che curare le patologie del sistema, potrebbe moltiplicarne le criticità, resuscitando, nella disciplina costituzionale dell'ordine giudiziario, istituti e strumenti ispirati a modelli superati, in aperto contrasto con l'equilibrio disegnato dalla Costituzione repubblicana.

⁶² E. DALY, *Il Presidente del Consiglio dei ministri e la verticalizzazione del potere nella forma di governo parlamentare*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2024, pp. 29.

La vita come valore fondamentale e principio costituzionale

di

Paola Bilancia*

Sommario: 1. La vita come valore fondamentale e i problemi del fine vita: premesse. – 2. Le recenti problematiche relative al “suicidio assistito”. – 3. Inerzia del Parlamento e ruolo supplente dell’autorità giudiziaria... – 4. ... e del legislatore regionale. – 5. Conclusioni.

1. La vita come valore fondamentale e i problemi del fine vita: premesse

La vita umana è un valore fondamentale del costituzionalismo democratico liberale, che però non trova, nell’ordinamento costituzionale italiano, una sua “giuridicizzazione” o positivizzazione espressa in uno specifico diritto¹ o principio costituzionale fondamentale (o, per quel che vale, in uno specifico diritto costituzionale), al contrario di quanto avviene per altri valori etico-morali della massima pregnanza per la comunità nazionale come, ad esempio, l’eguaglianza o la solidarietà, che sono invece chiaramente iscritti nei primi dodici articoli della Costituzione repubblicana.

In ciò la Costituzione italiana si differenzia da altri ordinamenti giuridici, europei (e non), che riconoscono invece espressamente il diritto alla vita², ovvero la rilevanza della dignità umana³, che peraltro sono riconosciute altresì dalle Carte europee dei diritti fondamentali, che confermano così la riconducibilità di tali beni costituzionali primari nell’ambito del “nucleo duro” (o, se si vuole, del “patrimonio

* Professore ordinario di Diritto costituzionale.

¹ Sul rapporto tra valori e diritti si veda V. BALDINI, *L’attuazione dei diritti fondamentali come scelta politica e come decisione giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2011.

² Si pensi ad esempio all’articolo 15 della Costituzione spagnola, all’articolo 2 della Costituzione tedesca, o all’articolo 24 della Costituzione portoghese.

³ Il riferimento è, *in primis*, all’articolo 1 della Costituzione della Germania.

genetico”) della tradizione costituzionale comune continentale⁴. Dignità umana e vita si pongono, peraltro, in questa prospettiva, tra loro in un rapporto di stretta correlazione⁵ e, in effetti, proprio il concetto di dignità umana viene spesso utilizzato, tanto in dottrina quanto dalla giurisprudenza, come concetto “ombrello” per fare riferimento all’insieme dei diritti fondamentali che tutelano la vita umana e le scelte dell’individuo in merito alle modalità con cui la stessa deve essere condotta (o, addirittura, come si dirà, con cui essa deve avere fine⁶).

Nonostante essa non sia espressamente menzionata dalla Costituzione repubblicana, è indubbio che la vita umana sia provvista di una sua assoluta centralità nell’ordinamento costituzionale italiano, e possa essere ritenuta, in effetti, un “bene costituzionale implicito” o, meglio, un valore/principio *presupposto* dalla Carta fondamentale. Da un lato, infatti, il principio personalista di cui all’articolo 2 Cost., ponendo la persona umana (e il suo pieno sviluppo) al centro dell’ordinamento e della società, non può che riferirsi altresì alla tutela della sua vita e, del resto, se la Repubblica *riconosce* (ma non crea o istituisce) la rilevanza ontologica dell’essere umano (che precede la Costituzione), essa non può che prendere atto del valore assoluto di cui l’esistenza umana è intrinsecamente provvista. Dall’altro, il riconoscimento dei diritti fondamentali dell’essere umano presuppone, come ovvio, che la persona debba essere in vita per poterne godere, così come il pieno sviluppo della personalità dell’individuo richiede che questi sia in vita per potersi dispiegare.

La riconducibilità del diritto alla vita nell’ambito dei diritti inviolabili della persona (*rectius*, nell’ambito dei principi costituzionali fondamentali) non è pertanto (solo)

⁴ Segnatamente, l’articolo 1 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione europea dispone che “La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata”, mentre l’articolo 2 comma 1 dispone che “Ogni persona ha diritto alla vita”. L’articolo 2 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo dispone, invece, che “Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge”.

⁵ Si veda sul tema A. RUGGERI, *Dignità versus vita?*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2011.

⁶ Si veda J. LUTHER, *The judge’s power over life and death*, in *Corti supreme e salute*, n. 2, 2018, 3.

conseguenza della lettura “aperta” del catalogo dei diritti fondamentali⁷ (la vita non è un “semplice” diritto fondamentale della persona), ma discende direttamente dall’esegesi sistematica dell’articolo 2 Cost. che, tanto se singolarmente considerato, quanto se considerato come “matrice” dei diritti fondamentali, presuppone e protegge la vita come elemento coesistente e presupposto logico per la garanzia della centralità della persona umana nell’ordinamento e per l’effettività della tutela dei suoi diritti.

Per tutte queste ragioni (e per molte altre ancora che non si possono qui esaustivamente richiamare) si è detto convincentemente che il diritto alla vita – che è poi la positivizzazione (la traduzione in norma) del valore fondamentale della vita umana –, pur non essendo espressamente menzionato dalla Costituzione, integra un vero e proprio “*prius* ontologico” della Carta fondamentale, che si può ritenere implicitamente racchiuso in una molteplicità di norme super-primarie⁸.

Lo stesso vale, peraltro, per la dignità umana: nonostante la Costituzione faccia riferimento espresso alla sola “dignità sociale” (all’articolo 3 Cost.), è indubbio che la rilevanza costituzionale della dignità umana possa essere ricavata da un lato dal combinato disposto del principio personalista e del principio di eguaglianza (e dunque dagli articoli 2 e 3 Cost.), e dall’altro, in via induttiva, dai riferimenti a tale concetto nell’ambito della tutela approntata per specifici diritti individuali, come ad esempio il “senso di umanità” menzionato dall’articolo 27 Cost., o il “rispetto della persona umana” menzionato dall’articolo 32 Cost.

È in questo contesto costituzionale che deve essere calato il dibattito che si è sviluppato a partire dalla fine del secolo scorso, in Italia così come negli altri ordinamenti occidentali (e dunque nei Paesi e nelle comunità che hanno raggiunto i più elevati standard di cura della persona), sulle questioni del cosiddetto “fine vita”.

⁷ Su cui si vedano, per tutti: F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995; A. BARBERA, *Commento all’art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975.

⁸ Si veda G. DOSSETTI, *Costituzione e riforme*, in *Il Margine*, n. 5, 1995.

È noto che, grazie ai progressi compiuti dalla scienza medica e dalle tecnologie, è oggi possibile prolungare la vita dell'essere umano ben al di là di quanto poteva essere immaginato dal Costituente, attraverso la cura di molte malattie, un tempo mortali, ma anche, in alcuni casi, ricorrendo a tecnologie che permettono di mantenere le funzioni vitali in modo artificiale laddove esse si spegnerebbero invece autonomamente in assenza di un intervento "esterno"⁹. Queste nuove possibilità, messe a disposizione dalla scienza e dal progresso del nostro tempo, consentono però a volte la sopravvivenza in condizioni anche molto critiche: si pensi ad esempio alla totale dipendenza da macchinari per la propria sopravvivenza (come nel caso di respiratori), o ai casi dell'alimentazione e dell'idratazione in assenza di capacità cognitiva, o alla sopravvivenza con capacità cognitiva ma in assenza di qualsivoglia abilità fisiologica.

In questi contesti, vari ordinamenti costituzionali nazionali si sono determinati a regolare le fasi liminari dell'esistenza umana, consentendo alla persona, in alcune precise circostanze, di porre fine alla propria vita, muovendo quindi dall'assunto per cui dignità umana significa anche, inevitabilmente, dignità nella morte¹⁰. La maggior parte degli ordinamenti, tuttavia, continua a vietare espressamente, ancora oggi, ogni forma di eutanasia "attiva" o di suicidio assistito, considerando penalmente rilevanti comportamenti quali l'istigazione al suicidio e l'assistenza al suicidio¹¹.

⁹ Sulle biotecnologie e sui profili costituzionali connessi si veda, per tutti, A. BALDASSARRE, *Le biotecnologie e il diritto costituzionale*, in M. Volpi (a cura di), *Le biotecnologie: certezze e interrogativi*, Bologna, il Mulino, 2001.

¹⁰ Si veda H. KÜNG, *Della dignità del morire*, Milano, Rizzoli, 1996. Si vedano inoltre: G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014; D. NERI, *Eutanasia. Valori, scelte morali, dignità delle persone*, Roma-Bari, Laterza, 1995; A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; E. CASTORINA, *Concezioni bioetiche e principi costituzionali: il problema delle scelte di fine-vita*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, nn. 2-3, 2009; F. LOSURDO, *L'ultima scelta. dogmatiche dell'autodeterminazione e fine vita*, in *Koreuropa*, n. 12, 2018; T.O. MARTIN, *Euthanasia and modern morality (their moral implications)*, in *Jurist*, vol. 10, n. 4, 1950.

¹¹ Per un'analisi comparata della legalità (o illegalità) dell'eutanasia nei diversi ordinamenti si vedano, per tutti: J. GRIFFITHS, H. WEYERS, M. ADAMS, *Euthanasia and Law in Europe*, Oxford, Hart, 2008; N. FERREIRA, *Revisiting euthanasia: a comparative analysis of a right to die in dignity*, in *ZERP Discussion Papers*, n. 4, 2005; H. SILVING, *Euthanasia: a study in comparative criminal law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 103, 1954; M. D. SAYID, *Euthanasia: A comparison of the*

Trattasi di un tema rispetto al quale il legislatore italiano è a lungo rimasto insensibile, complice da un lato la matrice profondamente religiosa della società italiana, che si fonda storicamente su di una particolare concezione della “sacralità” della vita umana (la vita è un “dono” di Dio, che come tale non può essere nella disponibilità della persona che tale dono riceve), e dall’altro la nota incapacità del legislatore e della classe politica (specie a partire dalla fase della “Seconda Repubblica”) di farsi seriamente carico dei problemi legati alle trasformazioni della società (se non altro con modalità che consentano alla normazione di rimanere “al passo” con le grandi trasformazioni del mondo contemporaneo).

Al tempo stesso, occorre osservare che la dimensione costituzionale del diritto alla vita non è immune da influenze esterne: sia il diritto dell’Unione Europea, sia la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, hanno indicato delle coordinate ermeneutiche imprescindibili per delineare il quadro giuridico in materia di tutela della vita umana¹². L’ordinamento italiano, nel recepire tali impulsi, si è pertanto progressivamente orientato verso una lettura sistemica e multilivello dei diritti fondamentali, nella quale il diritto alla vita è sì fondante (provvisto di valore logico e ontologico), ma non “tiranno” né immune da valutazioni di proporzionalità e ragionevolezza.

In questo quadro di riferimento, è stato interpretato in senso evolutivo, in primo luogo, l’articolo 32 Cost. (che riconosce nel nostro ordinamento il diritto alla salute e il diritto a scegliere se, come e dove curarsi e, quindi, anche il diritto a rifiutare le cure).

criminal laws of Germany, Switzerland and the United States, Boston College International & Comparative Law Review, vol. 6, n. 2, 1983; H. SCHNEIDER, *Euthanasia: a comparative examination of its place within the scope of the criminal law*, in *Criminologica*, vol. 7, n. 2, 1969; A. D’ALOIA, *Eutanasia (diritto costituzionale)*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 2012.

¹² Si vedano: R. BIFULCO, *Esiste un diritto al suicidio assistito nella CEDU?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2003; U. ADAMO, *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole). Un’analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016; D. SERVETTI, *Dopo Charlie e gli altri “casi Gard”, ripartiamo da alcune domande*, in *Corti supreme e salute*, n. 1, 2018.

Se un tempo, infatti, l'articolo 32 Cost. era interpretato esclusivamente nel senso per cui l'individuo è titolare di un diritto a mantenersi in salute e alla possibilità di recuperare la propria salute nel momento in cui essa dovesse essere compromessa, esso si "sfrangia" invece, oggi, in una pluralità di posizioni soggettive di vantaggio estremamente eterogenee che vanno a presidiare la dignità umana nelle varie fasi dell'esistenza e, soprattutto, nei momenti di maggiore vulnerabilità per la persona e per la sua vita.

Dal diritto alla salute di cui all'articolo 32 Cost. è ricavabile in questa prospettiva, il diritto alla minimizzazione della sofferenza, e dunque il riconoscimento della necessità di contemperare la preservazione della vita e della salute dell'essere umano con uno stato di assenza di dolore e di patimento che sia compatibile con la sua dignità, nella prospettiva del superamento della visione assiologica per cui la sofferenza, in qualche misura, "nobilita" l'essere umano e la sua esistenza. Da qui discende, pertanto, il diritto a che sia sempre garantita un'appropriata terapia del dolore, anche con il coinvolgimento del medico di medicina generale, e il diritto alla erogazione delle cure palliative di cui alla legge 15 marzo 2010, n. 38¹³.

Dall'interpretazione evolutiva dell'articolo 32 Cost., e in particolare, del diritto di scegliere se e come curarsi, è stato ricavato altresì il diritto alla cosiddetta "eutanasia passiva", e cioè il diritto della persona che sia tenuta in vita da trattamenti terapeutici di chiedere l'interruzione delle cure (la sospensione dei trattamenti che, di fatto, la mantengono in vita). Si tratta, in questi casi, come chiarito nell'ambito di quella che è stata una vera e propria "saga" giuridica, non già di suicidio assistito, ma di esercizio del diritto di rifiutare le cure (di scegliere di non curarsi) riconosciuto dall'articolo 32 Cost.

Più precisamente, una prima serie di decisioni (di cui è emblematica quella nel celebre "caso Welby"), ha chiarito che il soggetto afflitto da patologia irreversibile, incapace di distaccarsi autonomamente dalle macchine che lo tengono in vita, può esercitare il diritto a rifiutare le cure per interrompere il trattamento, con la

¹³ Si veda F.G. PIZZETTI, *"Ai confini delle cure": la sedazione palliativa (o terminale) tra diritto di non soffrire e diritto di morire*, in P. Macchia (a cura di), *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici*, Napoli, ESI, 2012.

conseguenza che il medico che materialmente provvede al distacco va esente da responsabilità penale, nella misura in cui egli agisce per garantire l'esercizio del diritto del paziente o, se si vuole, come sua "estensione" (egli interrompe la terapia che il paziente, se potesse, interromperebbe personalmente)¹⁴.

In una seconda fase (di cui sono emblematiche, invece, le decisioni assunte dall'autorità giudiziaria nel noto "caso Englaro"), l'impostazione in esame è stata estesa altresì al soggetto affetto da patologia irreversibile, tenuto in vita da trattamenti terapeutici, e che sia altresì incapace di autodeterminarsi e di esprimere un consenso (o un dissenso) valido (ad esempio perché in stato neurovegetativo irreversibile). In questi casi, il diritto di rifiutare le cure (e, dunque, di intraprendere la via che porta alla morte) può essere esercitato dai familiari per conto del soggetto interessato (laddove questi avesse, in un tempo precedente, chiaramente indicato la propria volontà in tal senso)¹⁵.

La Corte costituzionale ha affermato, in punto, che "l'individuo può rifiutare trattamenti medici e la sua volontà consapevole deve essere rispettata anche allorquando il rifiuto riguardi terapie salvavita, e tutto ciò vale non solo nel rapporto tra Stato e cittadini, ma anche tra privati, e cioè tra il paziente e il suo medico, che dovrà attenersi alla volontà del malato come regola generale"¹⁶. Non

¹⁴ Si vedano: A. PIZZORUSSO, *Il caso Welby: il divieto di non liquet*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2007; P. VERONESI, *Sul diritto a rifiutare le cure salvavita prima e dopo il caso "Welby" - una replica*, in *Studium iuris*, n. 10, 2008; F. VIGANÒ, *Esiste un diritto a "essere lasciati morire in pace"? Considerazioni a margine del caso Welby*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 2007; V. POCAR, *Il caso di Piergiorgio Welby e il diritto di autodeterminazione del malato*, in *I diritti dell'uomo*, n. 2, 2007.

¹⁵ Si vedano: A. D'ALOIA, *Il diritto di rifiutare le cure e la fine della vita. Un punto di vista costituzionale sul caso Englaro*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2, 2009; S. CANESTRARI, F. MANTOVANI, A. SANTOSUOSSO, *Riflessioni sulla vicenda di Eluana Englaro*, in *Criminalia*, 2009; F.G. PIZZETTI, *Sugli ultimi sviluppi del caso Englaro: limiti della legge e progetto di vita*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2009; T. GROPPi, *Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2009; M. LUCIANI, *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2009; V. TONDI DELLA MURA, *I rischi della competizione regolativa e valoriale fra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del "caso Englaro")*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, nn. 2-3, 2009, 380. Sul tema si vedano anche V. CERULLI IRELLI, *In margine al caso E.: sui limiti della funzione legislativa*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2009.

¹⁶ Cfr.: Corte Cost. n. 88/1979; Corte Cost. n. 161/1985; Corte Cost. n. 307/1990; Corte Cost. n. 471/1990; Corte Cost. n. 118/1996; Corte Cost. n. 238/1996; Corte Cost. n. 257/1996.

esiste, quindi, in via generale, nel nostro ordinamento un “obbligo alla salute” o un “obbligo alla vita”¹⁷.

Il legislatore si è successivamente allineato con le più avanzate frontiere di tutela del diritto alla salute e all'autodeterminazione del paziente raggiunte dalla giurisprudenza, ed è questa, del resto, la *ratio* ispiratrice del cosiddetto “testamento biologico” (o “biotestamento”)¹⁸, introdotto con la legge 22 dicembre 2017 n. 219, e che si fonda sulla relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico (estrinsecata nel consenso informato¹⁹) nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico, come strumento per garantire il diritto di ciascuna persona di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi²⁰. Espressive di questi principi sono, ad esempio, la regolamentazione della sedazione profonda (particolarmente necessitata, in alcuni casi, per il malato terminale), così come il tendenziale rigetto per il cosiddetto “accanimento terapeutico” (e cioè l'insistenza

¹⁷ Si vedano sul tema: C. TRIPODINA, *Articolo 32*, cit.; A. ALGOSTINO, *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5, 1996; M. COSULICH, *La salute fra diritto dell'individuo e interesse della collettività: la questione della responsabilità individuale nella sanità*, 2006, disponibile su www.provinz.bz.it.

¹⁸ Si veda F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, Giuffrè, 2008.

¹⁹ Si vedano: R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Rivista AIC*, 23 aprile 2009; C. CASONATO, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in *Le Regioni*, nn. 3-4, 2009.

²⁰ Si vedano: C. TRIPODINA, *Tentammo un giorno di trovare un “modus moriendi” che non fosse il suicidio né la sopravvivenza. Note a margine della legge italiana sul fine vita*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2018; A. SANTOSUOSSO, *Questioni false e questioni irrisolte dopo la legge n. 219/2017*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2018; C. CASONATO, *Forum: la legge n. 219 del 2017, norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Introduzione: la legge 219 fra conferme e novità*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2018. Nel panorama internazionale si vedano D. VESHI, G. NEITZKE, *Advance directives in some Western European Countries: a legal and ethical comparison between Spain, France, England, and Germany*, in *European Journal of Health Law*, vol. 22, n. 4, 2015.

in cure inutili e/o sproporzionate rispetto alle esigenze e alle effettive prospettive di guarigione o agli effetti benefici attesi per il paziente).

Pur alla luce di questi considerevoli passi in avanti, rimaneva tuttavia “scoperto” il caso di quei malati affetti da gravi patologie che non lascino spazio per alcun miglioramento delle proprie condizioni psicofisiche e che causino sofferenze fisiche o psicologiche intollerabili, che siano mantenuti in vita da trattamenti di sostegno la cui interruzione non porterebbe immediatamente al decesso (vi porterebbe, invece, lentamente, ovvero con sofferenze elevate o comunque intollerabili per la persona).

Trattasi di casi particolarmente complessi anche sotto il profilo socio-culturale, per via del loro impatto sulle realtà familiari su cui essi insistono, essendo capaci di generare sofferenza e preoccupazione non solo nel soggetto interessato, ma altresì nelle persone che se ne prendono cura, che spesso si trovano a dover dedicare una gran parte della propria vita alle attività di assistenza (anche per compensare le oggettive lacune che presenta, sotto questo profilo, il sistema sanitario nazionale).

Ciò a maggior ragione in un contesto storico come quello attuale, ove si sta assistendo alla “liquefazione” della famiglia per come essa era stata storicamente conosciuta, che comporta il venir meno della “rete sociale” di assistenza familiare che aveva a lungo contraddistinto, con l’assunzione spontanea di doveri di solidarietà orizzontale da parte degli appartenenti al nucleo familiare, la società italiana (con ulteriore accentuazione, quindi, delle sensazioni di solitudine e di disagio per il paziente). Il che, a sua volta, comporta il ricorso sempre più frequente a strutture di ricovero come ad esempio gli “hospice”, che sono spesso caratterizzate da un livello di qualità della vita deteriore rispetto a quello che sarebbe garantito alla persona presso la sua abitazione.

2. Le recenti problematiche relative al “suicidio assistito”

Il tema del cosiddetto “suicidio (medicalmente) assistito” si distingue dai casi di “eutanasia passiva” che erano stati già affrontati dalla giurisprudenza a cavallo del XXI secolo (e poi, di conseguenza, dal legislatore), per via del fatto che la persona

affetta da una patologia irreversibile che causa sofferenze fisiche o psicologiche intollerabili, e che è mantenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale la cui interruzione non porterebbe immediatamente al decesso, reclama non già il diritto di rifiutare le cure (interruzione dei trattamenti), bensì il diritto a ricevere un farmaco che ponga (in via diretta) fine alla sua vita. Ci si trova, pertanto, al di fuori del perimetro del diritto a scegliere se e come curarsi riconosciuto dall'articolo 32 Cost. (per quanto evolutivamente interpretato), e si tratta invece di un vero e proprio diritto a porre fine, a determinate condizioni, alla propria esistenza, nella misura in cui la morte non sopraggiunge per via dell'interruzione di una terapia (condotta passiva), bensì per via della somministrazione di un farmaco letale (condotta attiva).

Trattasi di un diritto che ha trovato riconoscimento legislativo in altri ordinamenti occidentali, come per esempio in Spagna, Belgio, Paesi Bassi, Lussemburgo e Svizzera, ma che è ben lungi dal poter essere considerato un diritto acquisito alla tradizione costituzionale comune europea (o, per quel che vale, liberaldemocratica).

Il legislatore italiano è rimasto invece sostanzialmente inerte (nonostante diverse sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza e dalla società civile), da un lato per via della nota paralisi del Parlamento e del circuito della produzione normativa (ormai incapace di funzionare in assenza della spinta unificante esercitata dall'Esecutivo), e dall'altro, verosimilmente, per le già richiamate ragioni di convenienza elettorale, e cioè per via della volontà di evitare un intervento su di una materia altamente divisiva (e che interseca questioni etiche, morali e finanche spirituali e religiose) come quella in esame.

In ultimo, la questione è giunta, inevitabilmente, all'attenzione della Corte costituzionale, che ha dovuto, una volta di più (come spesso ormai accade), farsi carico della domanda di tutela di nuove posizioni giuridiche proveniente dalla società, in prospettiva "supplente" rispetto all'inerzia del legislatore.

Il caso è stato quello di Fabiano Antoniani ("DJ Fabo"), un uomo divenuto tetraplegico e cieco in seguito a un incidente, e ridotto a una condizione di

sofferenza insopportabile, per via, tra le altre cose, della non autonomia nella respirazione e nell'alimentazione, oltre che dei costanti e intensi spasmi e dolori. L'attivista ed esponente politico radicale Marco Cappato, forniva ad Antoniani informazioni circa le pratiche di "suicidio assistito" in Svizzera e, su sua richiesta, lo trasportava successivamente in automobile fino a una clinica in detto Paese, ove egli si sottoponeva a una procedura di suicidio medicalmente assistito (pratica lecita, come si è detto, in tale ordinamento). Cappato in seguito si autodenunciava alla Procura della Repubblica e, previa imputazione coatta disposta dal GIP²¹, veniva accusato del reato di aiuto al suicidio ex articolo 580 c.p. per aver rinforzato il proposito suicidiario di Fabiano Antoniani. E del resto, la giurisprudenza in materia aveva costantemente ritenuto, sino ad allora, che il reato di cui all'articolo 580 c.p. dovesse ritenersi integrato dalla condotta di chiunque agevoli "in qualsiasi modo" il suicidio di un altro essere umano²².

La Corte d'Assise di Milano ha tuttavia ritenuto di dover sollevare questione di costituzionalità relativamente all'articolo 580 c.p., tanto nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio, ritenendo tale norma contrastante con gli articoli 2, 13 comma 1 e 117 Cost. (quest'ultimo in relazione agli articoli 2 e 8 della CEDU secondo l'interpretazione della Corte di Strasburgo), quanto nella parte in cui dispone che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio che non incidano sul percorso deliberativo dell'aspirante suicida siano sanzionabili con la pena della reclusione da cinque a dodici anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione,

²¹ Cfr. Procura della Repubblica di Milano, Richiesta di Archiviazione del 26 aprile 2017, proc. 9609/2017 R.G.N.R., PP. MM. Siciliano e Arduini, indagato Cappato. Si veda sulla richiesta in esame P. BERNARDONI, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 5, 2017.

²² Cfr. ordinanza del G.I.P. di Milano, 10 luglio 2017, Giud. Gargiulo, Imp. Cappato. Sull'ordinanza in esame si veda P. BERNARDONI, *Aiuto al suicidio: il G.I.P. di Milano rigetta la richiesta di archiviazione e dispone l'imputazione di Marco Cappato*, in *Diritto penale contemporaneo*, nn. 7-8, 2017. Sull'interpretazione storica del reato di aiuto al suicidio si veda E. PALOMBI, *Istigazione o aiuto al suicidio*, in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972.

ritenendo tale norma contrastante con gli articoli 3, 13, 25 comma 2 e 27 comma 3 Cost.

La Corte milanese riteneva, in prospettiva generale, che dal combinato disposto del principio personalista (articolo 2 Cost.) del diritto alla libertà personale (articolo 13 Cost.), e del diritto all'autodeterminazione con riferimento ai trattamenti sanitari (articolo 32 Cost.), non possa che discendere la configurabilità, nell'ordinamento costituzionale italiano, di un vero e proprio diritto "di decidere con quali mezzi e a che punto la propria vita finirà". La Corte riteneva inoltre irragionevole che alle condotte dell'istigazione al suicidio e del mero aiuto al suicidio fosse stato riservato dal legislatore il medesimo trattamento sanzionatorio²³.

La questione è stata esaminata dalla Corte costituzionale che, in un primo momento, ha ritenuto di rinviare (di un anno circa) la propria decisione con l'ordinanza n. 207/2018, con la quale tuttavia essa ha rivolto un chiaro monito al legislatore²⁴.

La Corte ha, in particolare, ritenuto che dall'articolo 2 Cost. (e, similmente, dall'articolo 2 CEDU) discenda un obbligo per lo Stato di tutelare la vita di ogni individuo, ma che non si possa trarre da tali disposizioni il dovere speculare e contrapposto di riconoscere all'individuo il diritto di ottenere dallo Stato o da altri soggetti terzi un vero e proprio "aiuto a morire". In questa prospettiva, l'articolo

²³ Per un'ampia ricostruzione dei contenuti dell'ordinanza e delle questioni giuridiche a essa sottese si vedano: R. ROMBOLI, *In tema di istigazione al suicidio*, in *Il Foro italiano*, n. 6, 2018; A. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 giugno 2018.

²⁴ Sull'ordinanza in parola si vedano, *ex multis*: R. ROMBOLI, *In tema di istigazione al suicidio*, in *Il Foro italiano*, n. 6, 2018; G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1, 2019; C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano d'altri"*, in *Rivista di BioDiritto*, 2018; A. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 giugno 2018; A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora... (a margine di un comunicato sul caso Cappato)*, in *Consulta online*, n. 3, 2018; U. ADAMO, *La Corte è 'attendista' ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*. Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 23 novembre 2018; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, 19 novembre 2018; A. PUGIOTTO, *L'altra quaestio del "caso Cappato": la pena draconiana dell'art. 580 c.p.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4 giugno 2019; F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 5 giugno 2019.

580 c.p. serve il fine di presidiare interessi meritevoli di tutela costituzionale, e più precisamente la vita della persona umana, che secondo la Corte è da ritenersi “valore in sé”. Ciò comporta che non è irragionevole, in via generale, che il legislatore criminalizzi, attraverso l’articolo 580 anche il solo aiuto materiale al suicidio (in assenza di un rafforzamento dell’intento suicidiario dell’agente).

E tuttavia, rispetto a tale quadro costituzionale (valido in via generale), si pone come eccezionale il caso della persona che sia: (a) affetta da una patologia irreversibile; (b) sottoposta a sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili; (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale; (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli. In un caso del genere, infatti, l’assistenza di soggetti terzi per porre fine alla propria vita diviene per il malato l’unica strada percorribile per sottrarsi a un mantenimento in vita artificiale non voluto che egli ha il diritto di rifiutare ex articolo 32 Cost., in accordo con il proprio concetto soggettivo della propria dignità. Con la conseguenza che appare ragionevole, per casi siffatti, alla luce dell’articolo 3 Cost., un trattamento differenziato (rispetto alla generale illiceità dell’aiuto al suicidio).

La disparità di trattamento risulterebbe infatti evidente rispetto ai diritti riconosciuti dalla già richiamata legge n. 219/2017, e in particolare per quanto riguarda il diritto di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, anche se indispensabile per il mantenimento in vita, riconducendo peraltro espressamente alla nozione di “trattamento sanitario” l’idratazione e alimentazione artificiale. E tuttavia, il paziente afflitto da patologia irreversibile per cui l’interruzione delle terapie non cagionerebbe la morte in tempi rapidi si trova sostanzialmente costretto a subire un processo lento e carico di sofferenze per le persone che gli sono care, spesso incompatibile con una certa visione della propria dignità nella vita e nella morte.

Se così stanno le cose, allora, “il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli articoli 2, 13 e 32 comma 2 Cost., imponendogli un’unica modalità per congedarsi dalla vita,

senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive”.

La Corte non ha ritenuto, tuttavia, di poter intervenire direttamente (se non altro in un primo momento), per via del fatto che i “delicati bilanciamenti” sottesi alle questioni del fine vita in generale, e al caso di specie in particolare, devono essere operati preferenzialmente dal Parlamento, detentore del potere legislativo. La Corte ha pertanto disposto il rinvio del giudizio (di circa un anno) invitando il Parlamento a intervenire per rimuovere le ragioni dell’incostituzionalità della normativa in questione, riservandosi di valutare l’eventuale nuova legge adottata dalle Camere.

Il Parlamento, come ampiamente prevedibile, è rimasto di fatto inerte sino alla scadenza del termine assegnato dalla Consulta, nonostante fosse peraltro pendente una proposta di legge di iniziativa popolare volta a disciplinare proprio le questioni dell’aiuto al suicidio e della cosiddetta “eutanasia”.

Di conseguenza, la Corte costituzionale, preso atto dell’incapacità (o della mancanza di volontà) del legislatore di intervenire per normare la materia (come da essa richiesto), ha definito il giudizio con la sentenza n. 242/2019²⁵.

Trattasi di una sentenza manipolativa additiva con cui la Consulta ha, di fatto, “scritto” in prima persona la norma che disciplina, nel nostro ordinamento, il suicidio assistito, andando a colmare il vuoto legislativo che si sarebbe determinato nel caso in cui essa si fosse limitata ad annullare l’articolo 580 c.p. La Corte ha

²⁵ Sulla sentenza si vedano, *ex multis*, A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia insieme*, 27 novembre 2019; C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità dell’aiuto al suicidio Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, n. 2, 2019; G. RAZZANO, *Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all’inviolabilità della vita e chiama “terapia” l’aiuto al suicidio*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1, 2020; P. CARETTI, *La Corte costituzionale chiude il caso Cappato ma sottolinea ancora una volta l’esigenza di un intervento legislativo in materia di “fine vita”*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 1, 2020; F. POLITI, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle “rime obbligate”?* Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile, in *Diritti fondamentali.it*, n. 1, 2020.

pertanto statuito che l'articolo 580 c.p. è incostituzionale "nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente".

Proprio l'articolo 580 c.p., nel testo risultante dalla pronuncia in esame, ha regolato da quel momento in poi (e regola ancora oggi) la materia del suicidio medicalmente assistito nel nostro ordinamento, delimitando i confini del "delicato bilanciamento" tra il "valore della vita" (valore "in sé e per sé") e il diritto all'autodeterminazione del singolo, specie con riferimento alla percezione della dignità umana.

3. Inerzia del Parlamento e ruolo supplente dell'autorità giudiziaria...

Negli anni successivi alla sentenza n. 242/2019 si è pertanto posto il problema dell'implementazione dei principi di diritto posti dalla Consulta, in particolare con riferimento alla possibilità per il singolo individuo di pretendere dal servizio sanitario nazionale le prestazioni necessarie ai fini di garantire, nella pratica, il diritto a porre fine alla propria vita (ovviamente nei casi tassativamente individuati dalla decisione in parola).

In effetti, un'interpretazione restrittiva avrebbe potuto portare a ritenere che la Corte si fosse limitata a introdurre nell'ordinamento una "scriminante" (in senso atecnico), e cioè un'eccezione alla regola generale della punibilità dell'aiuto al suicidio, fondata sul riconoscimento (in determinate circostanze) del diritto al "suicidio assistito", senza che da ciò discenda però automaticamente la possibilità per il singolo di attivare direttamente la posizione giuridica sottostante. Il che avrebbe significato, in effetti, che sarebbe stato in ogni caso necessario un

intervento del legislatore per disciplinare le modalità di accesso alla prestazione e l'erogazione della stessa da parte del pubblico potere.

E tuttavia, la giurisprudenza di merito che si è occupata della questione si è assestata quasi immediatamente sulla posizione opposta, per cui il diritto riconosciuto dalla Consulta con la sentenza n. 242/2019 deve essere ritenuto diritto di per sé “perfetto”, e che pertanto esso possa essere direttamente azionato dall'individuo senza che sia necessario attendere, invece, l'attuazione da parte del legislatore (il che è coerente, del resto, alla *ratio* della pronuncia della Corte, che aveva inteso precisamente rimediare all'inerzia del Parlamento relativamente alla materia in questione)²⁶.

Diverse sentenze di merito hanno pertanto ritenuto che le aziende sanitarie siano destinatarie di un obbligo (giuridico e giustiziabile) di fornire ausilio a coloro i quali (in possesso dei requisiti individuati dalla Consulta) intendano procedere a suicidio medicalmente assistito. Ausilio che dovrebbe sostanziarsi, in particolare, nella messa a disposizione dei farmaci non reperibili in commercio e delle strumentazioni di uso prettamente ospedaliero (come tali non altrimenti accessibili dall'interessato).

Rimaneva ancora dubbia peraltro, in questa fase storica, la corretta interpretazione del requisito della “dipendenza del paziente da trattamenti di sostegno vitale (TSV)”, prescritto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 242/2019. Si poneva infatti il tema della perimetrazione dei confini di tale concetto, e cioè se esso debba essere interpretato in senso restrittivo, e cioè nel senso che sono trattamenti di sostegno vitale solo quelli che mantengono artificialmente in vita la persona (come ad esempio respiratori o meccanismi per l'alimentazione e l'idratazione artificiali), ovvero in senso estensivo, e cioè nel senso che sono trattamenti di sostegno vitale tutte le terapie in assenza delle quali sopraggiunge in tempi rapidi la morte.

²⁶ Si vedano sul tema: N. VETTORI, *Amministrazione e Costituzione. A proposito dell'attuazione della sentenza della Corte costituzionale sull'aiuto al suicidio*, in *Diritto Pubblico*, n. 2, 2022; E. FALLETTI, *L'accertamento dei presupposti del suicidio assistito di fronte ai giudici di merito*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 1, 2022; S. PENASA, *Il giudice al crocevia tra fattore tecnico-scientifico e complessità assiologica dei casi. Riflessioni a partire dalla giurisprudenza italiana*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3, 2021; R. MASONI, *Caso Cappato e sviluppi successivi: un “idem sentire” di idee in fase di affermazione?*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, n. 4, 2021.

La questione è stata chiarita dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 135/2024, con cui la Consulta ha precisato che devono essere ricondotte nell'ambito dei trattamenti di sostegno vitale anche quelle procedure – quali, ad esempio, l'evacuazione manuale, l'inserimento di cateteri o l'aspirazione del muco dalle vie bronchiali – che siano normalmente compiute da personale sanitario, ma che possono essere apprese anche da familiari o “caregivers” che assistono il paziente, a patto che dalla loro interruzione derivi prevedibilmente la morte del paziente in un breve lasso di tempo²⁷.

Con la medesima sentenza la Corte ha inoltre sostanzialmente confermato la correttezza delle ricostruzioni operate dalla giurisprudenza di merito con riferimento alla natura di diritto “perfetto” del diritto al suicidio assistito, invitando espressamente il servizio sanitario nazionale a intervenire prontamente ai fini di assicurare concreta e puntuale (e diretta) attuazione ai principi fissati dalle pronunce della Consulta.

In parallelo, la Corte ha altresì individuato, peraltro, il contenuto irrinunciabile del diritto alla vita (il nucleo incompressibile del valore costituzionale della vita umana), ribadendo, con la sentenza n. 50/2022 (sull'inammissibilità del quesito referendario sulla “eutanasia legale”), che non esiste, nel nostro ordinamento, un diritto generalizzato a porre fine alla propria vita. Il quadro costituzionale, e il principio di tutela della vita umana e della sua dignità, fanno sì che la Costituzione guardi “alla persona umana come a un valore in sé, e non come a un semplice mezzo per il soddisfacimento di interessi collettivi”²⁸. Da ciò deriva che la regola generale (e salvo le eccezioni di cui sopra), non può che essere quella per cui il diritto alla vita è *indisponibile*.

²⁷ Si vedano: P. VERONESI, *A primissima lettura: se cambia, come cambia e se può ulteriormente cambiare il “fine vita” in Italia dopo la sentenza n. 135 del 2024*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3, 2024; A. RUGGERI, *La Consulta equilibrata sul filo del fine-vita (a prima lettura di Corte cost. n. 135 del 2024)*, in *Consulta online*, n. 2, 2024.

²⁸ Sulla sentenza n. 20/2022 si vedano: G. RAZZANO, *La proposta di legge sulle «Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita»: una valutazione nella prospettiva costituzionale anche alla luce della sent. n. 50/2022*, in *Federalismi.it*, n. 9, 2022; C. TRIPODINA, *Sostiene ora la Corte che la libertà di autodeterminazione di morire “non può mai prevalere incondizionatamente” sulla tutela della vita*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2, 2022.

Proprio per questi motivi la Consulta ha ritenuto inammissibile, quindi, il quesito referendario in parola, argomentando che, in caso di esito positivo della consultazione, esso avrebbe potuto portare a una sostanziale “liberalizzazione” diffusa dell’omicidio del consenziente, anche in assenza di patologie contrarie al senso di dignità umana, situazione che si sarebbe posta in contrasto insanabile con il “nucleo duro” del valore della vita umana, e dunque con la rilevanza giuridica che la protezione della vita assume nell’impianto sotteso alla Costituzione repubblicana.

4. ... e del legislatore regionale

Il vuoto normativo generato dall’inerzia del legislatore statale ha aperto uno spazio per l’intervento (o, quantomeno, per tentativi di intervento) da parte del legislatore regionale, che ha cercato, in alcuni casi, di farsi carico della disciplina necessaria per una corretta ed efficace erogazione delle prestazioni necessarie per il godimento del diritto “perfetto” al suicidio assistito così come riconosciuto dalla Corte costituzionale²⁹.

E del resto, è noto che le Regioni dispongono, nella nostra forma di Stato (specie a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione del 2001), di notevoli competenze in materia di tutela della salute, in forza della competenza concorrente che a esse viene riconosciuta dall’articolo 117 comma 3 Cost. In effetti, proprio la decentralizzazione del sistema sanitario fa sì che, a ben vedere, siano *in primis* le Regioni a dover materialmente erogare le prestazioni necessarie per il suicidio assistito.

Una prima proposta di legge regionale volta a disciplinare la materia è stata discussa nella Regione Veneto nel 2024, su iniziativa del Presidente Zaia, ma è stata successivamente respinta dal Consiglio regionale (a causa del voto contrario di una parte della coalizione di maggioranza).

²⁹ Si veda A. COSTANTINI, *Il “soccorso di necessità” delle Regioni in materia di morte medicalmente assistita. I confini “penalistici” di un intervento costituzionalmente ammissibile*, in *La Legislazione penale*, n. 1, 2025.

Un secondo tentativo, intrapreso nella Regione Toscana, è invece culminato recentemente nell'approvazione della legge n. 16/2025 (che tuttavia è stata impugnata dal Governo, con giudizio a oggi ancora pendente)³⁰.

La legge regionale in parola prevede che possano accedere alle procedure relative al suicidio medicalmente assistito tutte le persone che siano in possesso dei requisiti indicati dalla Corte costituzionale con le sentenze nn. 242/2019 e 135/2024. Più precisamente, si dispone che l'interessato (o un suo delegato) possa presentare un'apposita istanza all'azienda unità sanitaria locale competente per territorio, istanza che deve poi essere tempestivamente trasmessa sia a un'apposita Commissione multidisciplinare permanente per la verifica della sussistenza dei requisiti per l'accesso al suicidio medicalmente assistito nonché per la verifica o definizione delle relative modalità di attuazione (composta da un medico palliativista con competenze ed esperienze assistenziali, un medico psichiatra, un medico anestesista, uno psicologo, un medico legale, e un infermiere), sia al Comitato per l'etica clinica.

La procedura di valutazione della sussistenza dei requisiti per l'accesso al suicidio assistito deve in ogni caso concludersi entro 20 giorni dal ricevimento dell'istanza.

Se l'esito della verifica della sussistenza dei requisiti è positivo, la Commissione multidisciplinare procede alla definizione delle modalità con cui il suicidio medicalmente assistito dovrà essere concretamente attuato, tramite l'approvazione di un protocollo, che deve poi essere sottoposto all'approvazione del Comitato etico.

La procedura si conclude entro dieci giorni dall'invio della comunicazione al soggetto interessato circa gli esiti della valutazione, ed entro sette giorni dalla comunicazione dell'approvazione del protocollo, l'azienda unità sanitaria locale assicura il supporto tecnico e farmacologico nonché l'assistenza sanitaria per la preparazione all'autosomministrazione del farmaco autorizzato.

³⁰ Sulla legge in parola si veda il recente commento di A. LO CALZO, *La legge n. 16/2025 della Regione Toscana sulla procedura di accesso al suicidio medicalmente assistito, tra inerzia del legislatore statale e assetto delle competenze legislative regionali. Osservazioni a prima lettura*, in *Questione giustizia*, n. 4, 2024.

Si precisa, inoltre, che l'assistenza è prestata dal personale sanitario su base volontaria ed è considerata come attività istituzionale da svolgersi in orario di lavoro (così evitando possibili problematiche relative all'esercizio del diritto all'obiezione di coscienza da parte del personale delle aziende sanitarie locali), e che la prestazione è gratuita per chi vi accede (come è la norma per le prestazioni erogate dal servizio sanitario nazionale).

Si specifica, poi, che le prestazioni e i trattamenti relativi al suicidio medicalmente assistito costituiscono un livello di assistenza sanitaria superiore rispetto ai livelli essenziali di assistenza (LEA) e che, pertanto, la Regione vi fa fronte con risorse proprie.

La legge regionale prevede, infine, una clausola di adattamento alla normativa statale vigente, così consentendo alle singole aziende sanitarie locali di conformare i procedimenti alla disciplina nazionale (incluse, evidentemente, eventuali nuove leggi con cui il Parlamento dovesse infine determinarsi a normare la materia in esame).

5. Conclusioni

In definitiva, il quadro relativo alla configurazione del valore fondamentale della vita umana si presenta, nell'ordinamento costituzionale italiano, decisamente "magmatico".

Alla complessità generata dalle trasformazioni politiche, economiche, sociali e culturali del nostro tempo, che hanno grandemente eroso la capacità della comunità nazionale di aggregarsi attorno a valori ampiamente condivisi, si salda sempre più la crisi della democrazia liberale e, soprattutto, della democrazia rappresentativa. A problemi sociali, culturali, scientifici e tecnologici che si fanno sempre più complessi, fanno fronte istituzioni democratiche sempre meno in grado di offrire soluzioni ponderate ed efficaci, che diano attuazione al disegno valoriale (al "progetto sociale") immaginato dal Costituente.

In un quadro di questo tipo, ove il Parlamento seguita a rimanere inerte, nonostante i richiami provenienti dalla società civile, dall'autorità giudiziaria, dalla

Corte costituzionale, e dalle istituzioni sovranazionali, è inevitabile che il sistema debba trovare delle “valvole di sfogo” che consentano di soddisfare esigenze che divengono sempre più pressanti nel tessuto sociale e culturale del Paese. Esigenze che, peraltro, sono destinate a intensificarsi ulteriormente per via dell’incremento, apparentemente inarrestabile, delle diseguaglianze che caratterizza il nuovo millennio, che va a minare alla base la capacità redistributiva dello Stato e, di conseguenza, la capacità della formazione sociale “famiglia” di continuare a svolgere la sua fondamentale funzione solidarista.

Paiono apprezzabili allora, in quest’ottica, iniziative regionali come quella della Toscana, che da un lato vanno a dare una risposta concreta ai problemi del nostro tempo, e dall’altro vanno a ricomporre, almeno in parte, la frattura tra potere giudiziario e potere legislativo evidenziatasi con le pronunce della Corte costituzionale, fornendo una sistemazione, per quanto incompleta e territorialmente confinata, a una materia nella quale, altrimenti, il diritto vigente risulterebbe interamente di derivazione (*rectius*, invenzione) pretoria. Peraltro, l’intervento serve altresì il fine, certamente più pragmatico, ma non meno rilevante, di dare un’uniformità all’azione amministrativa (delle aziende sanitarie locali) che, altrimenti, finirebbe per dover dare attuazione diretta ai principi posti dalla Corte costituzionale, con ulteriore aggravio del cortocircuito della separazione tra poteri.

Vi è peraltro da chiedersi se una soluzione di questo tipo possa essere sostenibile nel lungo periodo. Proprio la “magmaticità” del quadro sociale rende inevitabile, infatti, l’emersione futura di nuove e ancor più complesse fattispecie, che a loro volta dovranno essere affrontate con lo strumentario messo a disposizione dalla Costituzione in prospettiva “immediata” (senza l’intervento di bilanciamento politico che il Parlamento deve porre in essere nell’individuare le corrette alchimie tra principi e diritti costituzionali fondamentali).

Oggi più che mai, allora, valori “ontologici” come quello della vita umana (e della dignità dell’essere umano) pretendono, nell’ordinamento repubblicano, di inverarsi attraverso il normale circuito della democrazia rappresentativa, unico a poter

comporre una sintesi ragionevole tra le complesse problematiche etico-morali (prima ancora che politiche) che intersecano materie come quella del fine vita.

dirittifondamentali.it

L'annullamento delle elezioni presidenziali in Romania. Un *panic shot* a difesa della democrazia costituzionale?

di
Andrea Caputo*

Sommario: 1. La sentenza n. 32 del 6 dicembre 2024. – 2. L'analisi giuridica. – 3. Le considerazioni politiche. – 4. La prospettiva europea.

1. La sentenza n. 32 del 6 dicembre 2024

Il 6 dicembre 2024, con la Sentenza n. 32 la Corte costituzionale romena ha annullato, soltanto due giorni prima dello svolgimento del secondo turno, l'intero procedimento elettorale per l'elezione del Presidente della Repubblica. Al primo turno, svoltosi il 24 novembre, un inatteso *exploit* aveva consegnato il primato al candidato indipendente Călin Georgescu (22,94%), fervente nazionalista e conservatore, e un secondo posto di misura a Elena Lasconi (19,18%), europeista alla guida dell'Unione Salva Romania (USR). Pochi giorni dopo il voto, Cristian-Vasile Terheș – candidato anch'egli alle presidenziali (1,04%) – aveva presentato richiesta di annullamento delle elezioni alla Corte costituzionale, la quale però, dopo aver disposto il riconteggio delle schede, il 2 dicembre ha rigettato la richiesta e convalidato il primo turno. Tre giorni più tardi, la stessa Corte ha preso pubblicamente atto delle ulteriori rimostranze e richieste di annullamento ricevute, dichiarando contestualmente – invero con qualche ambiguità – che avrebbe potuto esaminare soltanto i ricorsi presentati dai candidati ammessi al secondo turno (Georgescu e Lasconi). Con un autentico *coup de théâtre*, il giorno dopo – il 6 dicembre – la Corte ha emesso la Sentenza n. 32, annullando il procedimento elettorale e dando mandato al governo di fissare una data per le nuove elezioni.

In applicazione dell'art. 146 lettera f) della Costituzione, che le attribuisce il compito di «assicura[re] il rispetto del procedimento per l'elezione del Presidente», la Corte è giunta unanimemente a questa decisione avendo ravvisato una grave violazione dei «principi essenziali delle elezioni democratiche»¹. Tali violazioni sono state riscontrate dalla Corte a seguito della declassificazione, decisa il 4 dicembre, delle informazioni contenute nelle *Note informative* del Ministero degli Affari Interni. Le informazioni raccolte dai servizi di intelligence romena hanno infatti messo la Corte al corrente di pesanti profili di "inquinamento" del procedimento elettorale relativi, come si legge in Sentenza, «alla manipolazione del voto degli elettori e alla distorsione delle pari opportunità fra i concorrenti elettorali, attraverso l'uso non trasparente e in violazione della legislazione elettorale delle tecnologie digitali e dell'intelligenza artificiale nello svolgimento della campagna elettorale, nonché attraverso il finanziamento della campagna elettorale da fonti non dichiarate, anche online»².

A rendersi protagonista di tali condotte fraudolente e distorsive della competizione elettorale, benché la Sentenza non lo nomini mai direttamente, sarebbe stato Georgescu. Ultra-nazionalista e filo-russo, Georgescu avrebbe infatti beneficiato di un sistema di propaganda finanziato da organizzazioni politiche straniere che, sfruttando i meccanismi delle piattaforme *social* – in particolare TikTok –, sarebbe riuscito a indirizzare il voto popolare al punto da fare di un sinistro Carneade il vincitore del primo turno delle elezioni presidenziali. Per Georgescu, dopo la Sentenza, le cose sono a dir poco precipitate. Il suo ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo è stato rigettato l'11 febbraio³; è stato arrestato con l'accusa di attentato all'ordine costituzionale e di false dichiarazioni in relazione al

*Dottore di Ricerca in Filosofia del Diritto; Ricercatore, Fondazione "Luigi Einaudi" di Torino.

¹ CORTE COSTITUZIONALE ROMENA, *Decisione n. 32*, 6 dicembre 2024, in *Nomos*, 2024, 3, p. 2.

² *Ivi*, p. 4.

³ Cfr. F. CALECA, *Romania, una democrazia che si difende. Commento a margine della sentenza Călin Georgescu v. Romania della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti Comparati*, 15 aprile 2025, <https://www.diritticomparati.it/romania-una-democrazia-che-si-difende-commento-a-margine-della-sentenza-calin-georgescu-v-romania-della-corte-europea-dei-diritti-delluomo/>.

finanziamento della campagna elettorale; la sua ricandidatura alle nuove elezioni presidenziali è stata definitivamente respinta dal Comitato Elettorale⁴.

Non è, tuttavia, il caso di intrattenersi su questo versante della vicenda. Pur senza trascurarne il contesto, di maggior interesse, in questa sede, sono piuttosto la portata politica e i profili di criticità della Sentenza del 6 dicembre. Come era ampiamente prevedibile, infatti, essa ha immediatamente scatenato un'ondata di reazioni dentro e fuori i confini romeni. Pur non del tutto senza precedenti⁵, la decisione della Corte romena solleva interrogativi e stimola riflessioni particolarmente urgenti che richiedono una speciale attenzione. Per affrontarne, sinteticamente, almeno una parte, nelle pagine che seguono si procederà attraverso tre livelli di riflessione, distinti solo per ragioni espositive: *a)* l'analisi giuridica; *b)* le considerazioni politiche; *c)* la prospettiva europea.

2. L'analisi giuridica

Anche indossando le austere lenti imposte da un'analisi che sia rigorosamente giuridica, la Sentenza del 6 dicembre della Corte costituzionale appare immediatamente come un oggetto di straordinario interesse. È chiaro che, per la magnitudine politica della questione oggetto del giudizio, in una Sentenza come questa neanche i più minuti dettagli giuridici o sottigliezze legali possono sperare di sfuggire a un esame attento e severo da parte degli studiosi di diritto. Invero, tuttavia, nel caso di specie non pare necessario sforzare troppo la vista per individuare le diverse criticità giuridiche che affliggono la Sentenza. Di seguito, una breve rassegna delle questioni più rilevanti⁶.

⁴ Già all'indomani della Sentenza della Corte costituzionale, Georgescu aveva raccolto la "solidarietà" di personaggi come Donald Trump Jr., JD Vance, Kari Lake, Tulsi Gabbard e Andrzej Duda; dopo l'arresto, anche Elon Musk si è pronunciato in sua difesa.

⁵ È noto l'importante precedente del 2016 in Austria, su cui cfr. U. HAIDER-QUERCIA, *AUSTRIA – La Corte costituzionale annulla le elezioni di ballottaggio del Presidente federale*, in *DPCE Online*, 2016, 2, pp. 455-460.

⁶ Cfr. A. SIMONCINI, *L'annullamento delle elezioni presidenziali in Romania. Luci e ombre di una decisione costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2025, vol. 45, 1, pp. 234-237.

Nel suo porsi come giudice del procedimento elettorale, la Corte di Bucarest ha optato per un'interpretazione «non restrittiva» dell'art. 146 lett. f) della Costituzione romena, fondando questa competenza speciale sulla sua funzione generale di supremo organo garante della Costituzione. Di per sé, tale interpretazione estensiva potrebbe anche non sollevare particolari complicazioni in punto di diritto. Tuttavia, è da questo argomento interpretativo che deriva uno degli aspetti più problematici del procedimento. Avocando a sé questa funzione di controllo della correttezza del procedimento elettorale, infatti, la Corte si è attribuita la facoltà di procedere autonomamente al giudizio che ha condotto all'annullamento delle elezioni in corso. Questa decisione della Corte di intervenire *ex officio* si pone, però, in aperto contrasto tanto con la normativa vigente che condiziona la sua operatività all'istanza di parte (art. 52.2 lg. 370/2004) quanto, in maniera forse persino più singolare, con le sue stesse dichiarazioni rilasciate nei giorni immediatamente precedenti al 6 dicembre.

Questa evidente forzatura non è sfuggita all'attenzione della Commissione di Venezia, prontamente intervenuta sul tema con un Report urgente pubblicato alla fine di gennaio. Come si legge nel Report, «[i]nternational standards do not impose nor prohibit in principle *ex officio* decisions of constitutional courts»⁷. Nondimeno, la Commissione integra questa iniziale apertura con alcune considerazioni di tenore critico. In primo luogo, sul piano comparativo, le ricerche mostrano «that when constitutional courts have a duty to oversee elections, such a duty does in most cases not imply the power to act *ex officio*»⁸. In secondo luogo, dal punto di vista della pratica del diritto, la *ratio* dei limiti temporali imposti agli aventi diritto per la presentazione di rimozioni e ricorsi sarebbe messa seriamente in discussione da un'eventuale facoltà delle corti costituzionali di procedere liberamente *ex officio*⁹. In terzo luogo, dal punto di vista dell'impianto giuridico e istituzionale generale delle democrazie costituzionali, la Commissione ha rilevato

⁷ EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (Venice Commission), *Urgent Report on the Cancellation of the Election Results by Constitutional Courts*, 27/01/2025, p. 8.

⁸ *Ibid.*

⁹ Cfr. *ibid.*

che «[i]t must also be borne in mind that courts, including constitutional courts, are characterised by being reactive, not agenda-setting; their power is limited by the fact that they cannot choose their cases»¹⁰.

Soprattutto quest'ultimo aspetto pare particolarmente significativo. Mettere in questione la natura reattiva del potere giurisdizionale, e in particolare della giurisdizione costituzionale, significa intervenire sull'equilibrio fondamentale tra poteri dello Stato che caratterizza l'architettura istituzionale delle democrazie contemporanee. Come è stato fatto notare¹¹, la Sentenza del 6 dicembre non è del tutto sospesa in un vuoto giuridico. Nella decisione n. 70 del 1999, la Corte di Bucarest si è pronunciata sul significato del termine "supervisione" o "controllo" contenuto nell'art. 144 lett. g) a proposito dei procedimenti referendari, chiarendo che tra le sue prerogative si deve riconoscere anche la facoltà di agire di propria iniziativa nel caso in cui, in vario modo, dovesse venire a conoscenza di violazioni delle regole o delle procedure, eventualità che, peraltro, le consente di rifiutarsi di convalidare il referendum viziato, annullando di fatto il procedimento. Benché la Sentenza del 6 dicembre non richiami espressamente questa decisione del 1999, essa costituisce senz'altro un precedente rilevante se si tiene conto del fatto che il termine allora in esame, *a veghea*, è lo stesso impiegato dall'art. 146 lett. f) in relazione ai procedimenti elettorali. Oltracciò, occorre anche considerare l'art. 3 della Legge n. 47/1992 che attribuisce alla Corte costituzionale il diritto ad un'autonoma definizione delle proprie competenze nell'esecuzione delle sue prerogative costituzionali.

A ben vedere, del resto, la Commissione di Venezia non esclude categoricamente la possibilità di procedimenti *ex officio* in materia di vigilanza sui procedimenti elettorali. Cionondimeno, la Commissione ha opportunamente precisato che «this would be an enormous power for which it would be reasonable to demand a clear

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Cfr. A. VERTEȘ-OLTEANU, D-A. CĂRĂMIDARIU, *Safeguarding Democracy. Constitutional insights from Romania's election annulment*, in DPCE, 2025, 1, pp. 139-166 (spec. p. 151).

legal basis»¹². Quand'anche tale facoltà fosse esplicitamente stabilita da un testo costituzionale, come si legge ancora nel Report, «[i]n the view of the Venice Commission, the power of constitutional courts to invalidate elections *ex officio* – if any – should be limited to exceptional circumstances and clearly regulated, in order to preserve voters' confidence in the legitimacy of elections»¹³. Ebbene, è quantomeno difficile sostenere che il summenzionato background giuridico fornisca alla Corte una *clear legal basis* per la Sentenza del 6 dicembre, tanto più se si considera che in essa non si trovano riferimenti espliciti né alla Sentenza del 1999 né all'art. 3 lg. 47/1992.

Della particolare cautela giuridica raccomandata dalla Commissione di Venezia, anzi, non pare esservi traccia nella decisione di annullare il procedimento elettorale. Leggendo la Sentenza, a dire il vero, si può rimanere sorpresi dell'esilità, che rasenta l'inconsistenza, dell'argomentazione giuridica elaborata dalla Corte oltre che della debolezza degli agganci normativi. E ciò è tanto più problematico se si considera che una simile decisione non ha precedenti nella storia romena e anzi contraddice la stessa posizione che la Corte aveva espresso soltanto ventiquattro ore prima. Come è stato notato, «[t]he unusually brief nature of its legal justification, likely influenced by time constraints, stands in contrast to the complexity and magnitude of the case. While the substantive justification for annulment aligns with democratic principles, the lack of a more detailed and methodologically structured argumentation raises concerns about the clarity and robustness of the Court's reasoning»¹⁴.

Oltre a richiedere una certa rigidità dal punto di vista delle regole giuridiche, la Commissione di Venezia, come riportato poco fa, ha anche richiamato la sussistenza di *exceptional circumstances* come condizione necessaria a giustificare la decisione di annullare un procedimento elettorale. Prima di occuparci delle questioni relative alla *substantive justification* della Sentenza – di cui si tratterà nel

¹² EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (Venice Commission), *Urgent Report*, cit., p. 8.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ A. VERTEȘ-OLTEANU, D-A. CĂRĂMIDARIU, *Safeguarding Democracy*, cit., pp. 155 s.

prossimo paragrafo –, qualche ulteriore riflessione può essere sviluppata, rimanendo sul piano dell'analisi giuridica, anche attorno a questo aspetto. Si ricorderà che la Sentenza del 6 dicembre ha fatto seguito alla declassificazione di *Note informative* fornite alla Corte dai servizi nazionali di intelligence. È da questa fonte, dunque, che la Corte ha avuto conoscenza di quei fatti che dovrebbero costituire le circostanze eccezionali invocate dalla Commissione di Venezia. Tanto il fatto che la fonte di queste informazioni sia un potere dello Stato, quanto la delicatezza politica della vicenda avrebbero dovuto suggerire una particolare cautela procedurale da parte della Corte. Nondimeno, sotto questo profilo, emergono ulteriori gravi criticità. In primo luogo, la Corte si è limitata ad affidarsi ciecamente alle informazioni ricevute, senza adottare alcun particolare standard di prova, come del resto attesta la totale assenza, nella decisione, di argomenti che colleghino i fatti menzionati all'esito delle elezioni. In secondo luogo, la Corte ha tenuto conto di tali informazioni senza coinvolgere in alcun modo nella procedura il soggetto interessato – Georgescu –, violando così il più basilare principio dell'*audi alteram partem*. L'esistenza di circostanze eccezionali, insomma, che avrebbe dovuto richiedere persino un innalzamento delle garanzie procedurali nell'accertamento dei fatti e nell'assicurare un contraddittorio, pare invece aver giustificato una patente compressione dei principi del giusto processo. E ciò, oltre ad allarmare la Commissione di Venezia¹⁵, ha esposto la Corte all'accusa d'aver agito arbitrariamente e in violazione della stessa *Rule of Law*.

Dal punto di vista di un'analisi strettamente giuridica, pertanto, la Sentenza del 6 dicembre giustifica più di qualche perplessità. È pressoché impossibile negare che vi siano state forzature anche piuttosto evidenti del sistema giuridico vigente in Romania e persino infrazioni di alcuni principi fondamentali che guidano l'operato delle giurisdizioni costituzionali nelle democrazie contemporanee¹⁶. Detto questo, l'analisi giuridica incontra il limite definito dai confini del suo campo d'indagine.

¹⁵ Cfr. EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (Venice Commission), *Urgent Report*, cit., *passim*.

¹⁶ Per un argomento a favore della giustificabilità giuridica della Sentenza, cfr. A. MERCESCU, *The Romanian Constitutional Court doing "militant democracy" (twice and more to come)*, in *Journal of Contemporary Central and Eastern Europe*, 2025, vol. 33, 1, pp. 251-261.

Per comprendere il senso delle anomalie della Sentenza, ed eventualmente per prendere posizione in merito ad esse, è indispensabile trascorrere dal piano del diritto a quello della politica.

3. Le considerazioni politiche

Le forzature e le criticità che emergono dall'analisi giuridica della Sentenza pongono interrogativi a cui il diritto stesso non sa, e non può, rispondere. Per tentare di comprendere la decisione della Corte romena è dunque necessario ampliare lo sguardo dall'analisi giuridica del contenuto della Sentenza al contesto politico in cui si è prodotta. Almeno dalla fine nel 2015 del governo Ponta – ora “convertito” al sovranismo – la politica romena¹⁷ è caratterizzata da una forte instabilità che sotto l'apparente equilibrio di un'alternanza più o meno regolare tra il Partito Social Democratico (PSD) e il Partito Nazionale Liberale (PNL) ha visto la costante crescita di un malcontento popolare, facilmente intercettato da movimenti e partiti espressione di un sovranismo populista di estrema destra. E questo processo sembra essere giunto al suo culmine con le elezioni di fine 2024. Bisogna però guardare oltre le elezioni presidenziali censurate dalla Corte e prendere in esame le elezioni parlamentari che si sono tenute l'1 dicembre 2024, cinque giorni prima della Sentenza.

L'Alleanza per l'Unione dei Romeni (AUR) di George Simion, partito di estrema destra, ha raddoppiato i suoi consensi passando dal 9% (33 deputati e 14 senatori) raccolto nel 2020 al 18% (28 senatori e 63 deputati) delle elezioni parlamentari del 2024 che gli garantisce un posto come seconda forza politica del paese. Accanto al successo di AUR, le elezioni del 2024 hanno poi segnato l'ingresso in Parlamento di due nuove forze politiche di estrema destra: S.O.S. Romania, guidato da Diana Șoșoacă (già senatrice di AUR ed eurodeputata dai sinistri precedenti¹⁸), ha

¹⁷ Per una panoramica, cfr. A. CISTELECAN, *Annotated chronology of the Romanian political scene*, in *Journal of Contemporary Central and Eastern Europe*, 2025, vol. 33, 1, pp. 181-188.

¹⁸ Nel 2021 fu persino accusata d'aver sequestrato una giornalista italiana, Lucia Goracci, che si era recata in Romania per intervistarla.

ottenuto il 7% (12 senatori e 28 deputati); il Partito dei Giovani (POT) di Anamaria Gavrilă (anche lei fuoriuscita di AUR), che ha sostenuto la candidatura di Georgescu alle presidenziali, ha ottenuto il 6% (7 senatori e 24 deputati). Nonostante il grave calo di consensi subito – in particolare dal PNL¹⁹ –, le forze moderate di PSD, PNL e UDMR sono riuscite a realizzare una coalizione di governo che dovrebbe riuscire a mantenere Bucarest su una posizione europeista e filo-atlantica. Tuttavia, il blocco delle destre ultra-conservatrici, sovraniste, populiste e filo-russe ha acquisito una forza politica senza precedenti all'interno del quadro parlamentare e minaccia l'equilibrio istituzionale del paese oltre che il suo posizionamento geopolitico. Può questo risultato elettorale aver condizionato la Corte nel prendere la decisione di annullare le elezioni presidenziali?

Che la Corte romena abbia agito sulla base di considerazioni politiche può suonare un'ipotesi allarmante, eppure ciò potrebbe fornire un'adeguata spiegazione alle forzature giuridiche che caratterizzano la Sentenza. Già un mese prima del 6 dicembre, del resto, la stessa Corte aveva fatto parlare di sé, escludendo Șoșoacă dalla competizione elettorale presidenziale in ragione del fatto che le posizioni da questa espresse in diverse occasioni pubbliche, secondo i giudici, denoterebbero un'inconciliabilità fondamentale tra la condotta politica della leader di S.O.S. Romania e l'ordine costituzionale del paese; inconciliabilità che avrebbe reso impossibile per la (ex) candidata, in caso di elezione, giurare sulla Costituzione romena. In questa decisione del 5 ottobre si possono leggere diversi virgolettati di Șoșoacă ben poco edificanti, tanto nelle forme quanto nel merito, ma nel ragionamento della Corte spicca il riferimento diretto a certe posizioni politiche. Vi si legge, in particolare, che le idee anti-europeiste e anti-atlantiste di Șoșoacă sono da ritenersi in aperto contrasto con la Costituzione romena che, secondo la Corte, ha la partecipazione al progetto euro-unitario e l'adesione all'alleanza atlantica tra i suoi più importanti fondamenti. Il posizionamento geopolitico del paese, in altre parole, è considerato dalla Corte un tratto definitorio della sua stessa identità

¹⁹ Passato dal 25% del 2020 al 13-14% del 2024.

costituzionale. La censura della Corte di Bucarest²⁰, insomma, ha apertamente invocato considerazioni di carattere politico; considerazioni non troppo dissimili da quelle che potrebbero spiegare, almeno in parte, la Sentenza del 6 dicembre.

È possibile che l'avanzata delle forze politiche di cui sia Șoșoacă che Georgescu sono diretta espressione, consacrata dall'esito delle elezioni prima presidenziali e poi parlamentari, abbia messo la Corte così tanto sotto pressione da provocare una sorta di *panic shot* da parte dei giudici? Qualsiasi risposta affrettata a questo quesito risulterebbe inadeguata. La necessaria cautela invita ad arricchire ulteriormente il campo della riflessione. Se in primo piano ci sono, ovviamente, le specificità del caso romeno, infatti, i turbamenti di Bucarest si stagliano su uno sfondo che è opportuno mettere sinteticamente a fuoco. Si tratta di guardare a quel complesso processo che ha ormai dimensioni pressoché globali e che ha preso il nome di *Democratic Backsliding*.

Con questa etichetta si fa spesso riferimento a un insieme molto eterogeneo di fenomeni, ancor più differenti tra loro se si tiene conto delle particolarità legate ai singoli contesti socio-culturali, politici e persino geopolitici in cui si manifestano. Nancy Bermeo ha parlato, in proposito, di quel processo di «state-led debilitation or elimination of any of the political institutions that sustain an existing democracy»²¹, dandone così una definizione minima che non pretende di nascondere la complessità, giacché una molteplicità di istituzioni democratiche

²⁰ È importante menzionare il fatto che sul caso di Șoșoacă la Corte non si è espressa unanimemente. La decisione è corredata della *dissenting opinion* della giudice Laura Iuliana Scântei, di cui si può qui riportare un passaggio chiave: «Il contenzioso elettorale relativo alle elezioni presidenziali è un contenzioso oggettivo e astratto e non può riguardare comportamenti, discorsi, qualifiche politiche o atti di propaganda elettorale, che sono oggetto di un contenzioso elettorale soggettivo e concreto. [...] Il compito della Corte è quello di verificare la sussistenza o meno di alcune condizioni giuridiche [...]. Per loro essenza, tali condizioni non riguardano il comportamento, le opinioni, le dichiarazioni o gli atteggiamenti della persona che propone la sua candidatura per l'elezione del Presidente della Romania alle condizioni stabilite dall'art. 27 della Lg. N. 370/2004, giacché tutti questi aspetti di natura soggettiva pertengono alla sfera della libertà di espressione dei candidati. Sanzionare la violazione dei limiti della libertà di espressione è il risultato di procedure giudiziarie stabilite dalla legge, per le quali sono competenti altre istituzioni dello stato, a seguito di una procedura giudiziaria, e non un'attribuzione espressamente riconosciuta alla Corte Costituzionale nell'esercizio della sua competenza di verificare il rispetto della procedura per l'elezione del Presidente della Romania», cfr. <https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2024/10/HOTARAREA-nr.2.pdf>, p. 18.

²¹ N. BERMEO, *On Democratic Backsliding*, in *Journal of Democracy*, 2016, vol. 27, 1, p. 5.

potrebbero esserne interessate, così come una discreta varietà di attori statuali potrebbero rendersene protagonisti. Aziz Huq e Tom Ginsburg, invece, hanno parlato di *constitutional retrogression* per distinguere dalla *authoritarian reversion* quei processi attraverso cui una liberal-democrazia costituzionale «can decay without collapsing» e trasformarsi in un «hybrid regime that is neither pure democracy nor unfettered autocracy»²².

In questa eterogenea varietà di fenomeni, la tendenza a “mettere le mani” sulle corti costituzionali risulta particolarmente diffusa tra i governi più o meno apertamente inclini a una politica illiberale, dove non persino all’autoritarismo. In un recente saggio, Sabrina Ragone ha individuato tre tipologie di «attacco all’indipendenza delle corti»²³ da parte del potere politico, distinguendo tra “forzature”, “violazioni” e “riforme” delle regole vigenti²⁴. Altrettanto recentemente, Marta Cartabia ha isolato tre modalità di intervento del potere politico sulle giurisdizioni costituzionali, classificandole secondo un ordine di gravità crescente: l’“amputazione”, l’“indebolimento” e la “cattura” delle corti costituzionali²⁵. Con questa varietà di misure e metodi, alla tendenza a “mettere le mani” sulle corti costituzionali va riconosciuto un posto di primo piano nella proteiforme strategia dei governi illiberali rivolta al graduale smantellamento della democrazia costituzionale. L’attacco alle giurisdizioni costituzionali, infatti, non soltanto incrina gravemente la tenuta della *Rule of Law* – e questo sarebbe già motivo sufficiente d’apprensione –, ma altresì mina i fondamenti stessi dell’impalcatura istituzionale della democrazia costituzionale, costruita sul principio di un potere politico costitutivamente limitato dal rispetto della legge fondamentale.

Come detto, il *Democratic Backsliding* è un processo di portata pressoché globale. Senza ampliare troppo lo sguardo, tuttavia, del fatto che i regimi illiberali

²² A. HUQ, T. GINSBURG, *How to Lose a Constitutional Democracy*, in *UCLA Law Review*, 2018, vol. 65, pp. 94 e 95.

²³ S. RAGONE, *Giurisdizioni costituzionali e politica: tendenze e crisi recenti nel diritto comparato*, in *Quaderni Costituzionali*, 2025, vol. 45, 1, p. 12.

²⁴ Cfr. *ibid.*

²⁵ Cfr. M. CARTABIA, *Le Corti e la Democrazia*, in *Quaderni Costituzionali*, 2025, vol. 45, 1, p. 83. Cartabia distingue anche tra «riforme esplicite» e «erosioni silenziose» (*ibid.*).

individuano nella giurisdizione costituzionale il proprio “nemico numero uno” si ha una conferma particolarmente evidente anche in alcuni paesi dell’Est Europa²⁶. In particolare, in Ungheria e in Polonia si è assistito negli ultimi anni a manifestazioni eclatanti di questa tendenza. *Fidesz* a Budapest e il *PiS* a Varsavia hanno a più riprese condotto attacchi anche particolarmente “violenti” contro l’indipendenza e le competenze delle rispettive giurisdizioni costituzionali ricorrendo, nel primo caso, alle riforme rese possibili dalla maggioranza parlamentare e, nel secondo caso, all’aperta violazione delle regole vigenti oltre che alla loro riforma.

Ora, la natura contro-maggioritaria della giustizia costituzionale – da sempre oggetto di profonde riflessioni – rende piuttosto facile il gioco della retorica populista che maliziosamente traduce questi interventi del potere politico sul lavoro delle corti supreme in operazioni a difesa della democrazia. Dietro la posticcia maschera indossata da sedicenti paladini della volontà popolare, tuttavia, è facile scorgere un disegno politico accentratore che non ha nulla di democratico. Il carattere contro-maggioritario delle corti costituzionali, infatti, trova la sua spiegazione proprio nel compito di ostacolare simili ambizioni autoritarie delle maggioranze di governo; è un tratto essenziale alla funzione fondamentale assegnata alla giurisdizione costituzionale: la salvaguardia della democrazia. La narrazione populista deforma questo aspetto traducendo la natura contro-maggioritaria della giustizia costituzionale come essenzialmente anti-democratica. Non si tratta di scegliere tra due punti di vista: l’immagine delle corti costituzionali

²⁶ Ci si può domandare se l’Europa orientale post-comunista possieda una qualche specificità politica che ne fa un caso da isolare all’interno della dimensione globale del *Democratic Backsliding*. Secondo alcuni autori ciò è da escludere e i casi polacco e ungherese vanno semplicemente inseriti nel contesto generale del fenomeno (cfr. I.P. KAROLEWSKI, *Towards a Political Theory of Democratic Backsliding? Generalising the East Central European Experience*, in A. LORENZ, L.H. ANDERS (a cura di), *Illiberal Trends and Anti-EU Politics in East Central Europe*, Palgrave Macmillan, Cham, 2021, pp. 301-321). Tuttavia, va certamente tenuto conto del particolare ruolo svolto dalle corti costituzionali proprio nel processo di transizione di questi paesi verso la democrazia (cfr. L. SÓLYOM, *The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy*, in *International Sociology*, 2003, vol. 18, 1, pp. 133-161). Sul tema, cfr. B. BUGARIČ, T. GINSBURG, *The Assault on Postcommunist Courts*, in *Journal of Democracy*, 2016, vol. 27, 3, pp. 69-82. Più in generale, cfr. E. BAKKE, N. SITTE, *The EU’s Enfants Terribles: Democratic Backsliding in Central Europe since 2010*, in *Perspectives on politics*, 2022, vol. 20, 2, pp. 22-37.

proposta dalla retorica populista è una distorsione funzionale alla realizzazione di progetti autoritari che passano per la disattivazione delle garanzie democratiche. Come ha scritto ancora Cartabia, insomma, la tensione tra democrazia e Costituzione non è contraddizione: «l'attacco alle Corti e alla loro indipendenza in nome della volontà del popolo sovrano non è una affermazione di democrazia; è un attacco al senso del limite al potere che è parte essenziale della democrazia costituzionale contemporanea»²⁷.

Avendo chiaro questo, è possibile che l'avanzata delle forze illiberali abbia rabbuiato a tal punto il futuro politico della Romania da spingere la Corte costituzionale a "sparare per prima" nel tentativo di salvaguardare la democrazia? Le forzature della Sentenza si spiegherebbero, in questo senso, come un prezzo pagato in termini di *Rule of Law* per proteggere l'ordine costituzionale democratico del paese (e il suo posizionamento geopolitico che, secondo la Corte, è parte essenziale di questo ordine). Agendo d'anticipo per evitare una degenerazione illiberale, allora, il rischio corso dalla Corte sarebbe quello di essersi essa stessa snaturata proprio nello sforzo di spingere il proprio compito di garanzia oltre il limite estremo dello stesso equilibrio costituzionale che si vuole proteggere.

Se la "prestazione" tipica del potere contro-maggioritario delle giurisdizioni costituzionali consiste eminentemente nel porre un freno all'azione delle forze politiche che esprimono le maggioranze di governo, bisogna riconoscere che la Sentenza del 6 dicembre della Corte costituzionale romena non rientra a pieno titolo in questa casistica. Anche senza voler spaccare il capello il quattro, è evidente che la decisione di annullare il procedimento elettorale non ha inciso su un'azione di governo della maggioranza politica, e nemmeno, a rigore, sulla correttezza delle procedure di voto – come sarebbe avvenuto nel caso di brogli elettorali –, bensì sul processo democratico di formazione della volontà popolare. In questo senso, non pare poi così azzardato sostenere che lo scarto tra una pratica contro-maggioritaria e una pratica anti-democratica sembra pericolosamente assottigliarsi.

²⁷ M. CARTABIA, *Le Corti e la Democrazia*, cit., p. 91.

Come sopra si diceva, la Sentenza del 6 dicembre fonda la decisione di annullare le elezioni su tre questioni principali: *a)* una campagna di disinformazione condotta sfruttando gli algoritmi dei Social Network avrebbe orientato i processi di convincimento degli elettori al punto da inficiare il loro diritto di votare liberamente; *b)* un candidato avrebbe beneficiato di una sovra-esposizione mediatica sulle piattaforme *social* di tale portata da violare il principio delle pari opportunità di essere eletti per tutti i partecipanti alla competizione elettorale; *c)* un candidato avrebbe rilasciato false dichiarazioni in merito al finanziamento della propria campagna elettorale. Lasciando da parte quest'ultimo punto – tutt'ora oggetto di approfondite investigazioni²⁸ –, il cuore della decisione della Corte risiede nelle distorsioni rese possibili dalle trasformazioni tecnologiche che, in misura sempre maggiore e già ampiamente consolidata, determinano uno spostamento della sfera pubblica nell'universo digitale dei Social Media. Il tema è estremamente urgente e complesso, e non a caso animatamente dibattuto sia in ambito politico che nella letteratura scientifica. Almeno in questa sede, tuttavia, non sembra necessario cimentarsi con le difficoltà della questione. La Corte costituzionale romena, infatti, con la sua decisione ha superato le asperità concettuali su cui gli studiosi si arrovellano prendendo una posizione alquanto netta: sfruttare il modo in cui i messaggi sono veicolati e si diffondono per mezzo degli algoritmi dei Social Network inficia la correttezza del procedimento elettorale alterando sia il regolare svolgimento della competizione elettorale che la libera formazione delle opinioni degli elettori, al punto che una simile condotta giustifica l'annullamento di un intero procedimento elettorale²⁹. Si tratta, evidentemente, di una mossa particolarmente arrischiata.

²⁸ Oltre al fatto che, a ben vedere, sarebbe comunque lecito domandarsi se tale violazione delle regole elettorali possa ritenersi motivo sufficiente, di per sé, per decidere l'annullamento di un intero procedimento elettorale.

²⁹ Per uno studio del ruolo dei Social Media nel successo del sovranismo populista in Romania, cfr. M. BOTAN, R. STEFUREAC, A. STANCEA, *Electoral dynamics in the age of disinformation: Understanding Romanian voter support for nationalist populist parties in the 2024 elections*, in *New Perspectives*, 2025, vol. 33, 2, pp. 103-121; S. BAGHIU, *Loony platforms politics: the Romanian far-right performance and the digital dystopia of 2024*, in *Journal of Contemporary Central and Eastern Europe*, 2025, vol. 33, 1, pp. 1-15. Per spiegare il successo di Georgescu, tuttavia, è possibile che sia

Forzare le regole per porsi su un terreno così scivoloso e controverso, infatti, espone la Corte ai virulenti strali della retorica populista, forte in questo caso di argomenti ben più fondati delle solite barbarie retoriche che la caratterizzano. D'altronde, alla riedizione del primo turno delle elezioni presidenziali (4 maggio) la schiacciante maggioranza del 40% ottenuta da Simion, leader del partito di ultra-destra AUR, doppiando l'altro candidato ammesso al ballottaggio, Nicușor Dan, lasciava presagire un epilogo a un tempo grottesco e inquietante. Le forze politiche liberali, dopo la lezione ricevuta dall'exploit poi annullato di Georgescu, si erano riorganizzate per far fronte alla deriva sovranista. La dirigenza dell'USR ha "scaricato" Elena Lasconi³⁰ per appoggiare la candidatura dell'indipendente Dan. Con questa mossa si è fatto in modo che al ballottaggio accedesse – invero per un soffio rispetto all'altro indipendente Crin Antonescu – un candidato su cui potesse convergere un ampio ventaglio di forze politiche moderate.

Dopo il roboante risultato del primo turno, tuttavia, Simion era pressoché certo della vittoria. Tanto che in un'intervista al *Financial Times* egli si è persino concesso di rilasciare dichiarazioni particolarmente forti e senz'altro preoccupanti. Annunciando la sua intenzione di nominare Georgescu come Primo Ministro, il leader di AUR ha detto: «as a president, I can change the members of the constitutional courts, the members of the secret services, so I can assure fair elections and I can be a mediator to find the majority in parliament. This is the way we can think of having him [Georgescu] as prime minister»³¹. Nemmeno la prospettiva di un'alleanza liberale a sostegno di Dan lo preoccupava. Ancora al *Financial Times*, in proposito, si diceva «not too worried»³². Del resto, il conto dei voti sembrava dalla sua parte. Con un margine di vantaggio così ampio, che si poteva ragionevolmente prevedere si sarebbe ulteriormente allargato grazie alla

necessario ampliare il campo di indagine; sul punto, cfr. E. TRIFAN, *From self-help to sovereignty: The rise of Călin Georgescu and Romania's far-right mysticism*, in *Journal of Contemporary Central and Eastern Europe*, 2025, vol. 33, 1, pp. 221-233.

³⁰ Cfr. F. BORTOLETTO, *Romania, la leader liberale Elena Lasconi scaricata dal suo partito*, in *eunews*, 10 aprile 2025, <https://www.eunews.it/2025/04/10/elezioni-romania-lasconi-usr-dan-fritz/>.

³¹ M. DUNAI, *Far-right candidate wins first round of Romania's election rerun*, in *Financial Times*, 5 maggio 2025, <https://www.ft.com/content/01a6915c-6edd-4a14-a235-e4299c99a9c7>.

³² *Ibid.*

confluenza dei voti raccolti al primo turno dalla piattaforma sovranista di Victor Ponta, Simion sentiva di avere la vittoria in tasca. Anche sommando rozzamente i voti di Dan, Antonescu e del resto dei candidati dell'ala moderata, avrebbe potuto contare su un probabile vantaggio di circa un milione di voti. A riprova di questa tranquillità, Simion era a Parigi il giorno prima delle votazioni del secondo turno.

Per certi versi, tuttavia, la vicenda romena doveva mostrare anche i limiti politici di un modo di fare così arrogantemente aggressivo e sprezzante. Due milioni di romeni in più si sono recati alle urne al secondo turno segnando un aumento dell'affluenza di dieci punti percentuali e consegnando la vittoria a Dan. Soltanto l'intelligenza politica dell'USR e la pochezza politica di Simion hanno permesso questo epilogo a sorpresa. Nonostante la Corte possa a ragion veduta meritare il plauso di aver voluto condurre un'operazione illuminata di prevenzione della degenerazione illiberale della Romania, non è stata una sentenza a "salvare" la democrazia romena. Il diritto non è uno strumento che possa di per sé risolvere situazioni così politicamente complesse³³ né, tantomeno, correggere il tiro di una volontà popolare già formatasi. La linea di condotta seguita dalla Corte, anzi, aveva generato come contraccolpo, oltre alle agitazioni popolari che si sono prolungate fino all'esclusione definitiva di Georgescu³⁴, un sensibile rafforzamento del fronte politico sovranista attorno alla figura di Simion.

Invero, l'arrischiata posizione della Corte non sembra da imputarsi *sic et simpliciter* alla *hybris* dei giudici costituzionali, come fossero colpevoli di una rottura deliberata dell'equilibrio tra poteri o persino, come Georgescu non ha mancato di

³³ D'altra parte, il diritto non è strumento che non sia suscettibile di utilizzi distorti: che i giudici abbiano agito in maniera illuminata, secondo ragioni sostanziali che possono considerarsi condivisibili, è in fin dei conti soltanto un "colpo di fortuna". La rigidità della *Rule of Law* è pensata proprio per assicurare un governo delle leggi indipendente dalle oscillazioni personali dei giudici e una sua incrinatura, pertanto, deve allarmare anche se – per puro accidente – la si ritiene un'incrinatura per il meglio. Si legga quanto ha scritto Bogdan Iancu, che indirettamente suggerisce che la sentenza del 6 dicembre parrebbe un tentativo di risolvere un problema schmittiano con uno strumento kelseniano; cfr. B. IANCU, *Militant Democracy and the Rule of Law in Three Paradoxes: The Annulment of the Romanian Presidential Elections*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2025.

³⁴ Cfr. *Romania, respinta la candidatura di Georgescu alle presidenziali. Scontri di piazza a Bucarest*, in *Il Sole 24 Ore*, 9 marzo 2025, https://www.ilsole24ore.com/art/romania-respinta-candidatura-georgescu-presidenziali-scontri-piazza-bucarest-AGM2jkOD?refresh_ce=1.

sostenere, di un tentativo di *golpe*³⁵. Le responsabilità di una situazione così compromessa, semmai, sono da attribuirsi a una classe politica che, in una trentina di anni di democrazia post-comunista, non ha saputo adeguatamente consolidare un regime costituzionale liberal-democratico. Sotto questo profilo, d'altra parte, la questione politica non può essere compiutamente trattata se non si prende in esame anche il contesto sovranazionale al cui interno la Romania ha attraversato i decenni post-sovietici. Nel prossimo paragrafo, pertanto, si guarderà al caso romeno allargando lo sguardo alla prospettiva europea.

4. La prospettiva europea

Come già accennato soprattutto in riferimento all'esclusione della candidatura di Șoșoacă, la posizione della Romania rispetto all'Unione Europea è uno degli aspetti chiave di questa complessa vicenda. Specularmente, è ovvio che i disordini di Bucarest preoccupino Bruxelles. Una sua eventuale degenerazione in senso illiberale, infatti, condurrebbe la Romania accanto a Polonia e Ungheria a complicare ulteriormente la situazione di un'area già politicamente instabile. Rispetto all'area di quei paesi che appartenevano all'Unione Sovietica, d'altronde, l'UE ha sempre occupato una posizione del tutto particolare.

All'epoca del suo innesco, il processo d'integrazione europea dovette sin da subito porsi il problema della parte orientale del continente. Di fronte all'impossibilità di includere gli stati dell'Europa orientale nei progetti delle prime comunità europee³⁶, si diffuse – almeno tra i padri fondatori di più ampie vedute – se non

³⁵ È lecito supporre, inoltre, che dopo quanto affermato il 5 dicembre, la Corte auspicasse un ricorso da parte di Elena Lasconi contro il primo turno delle elezioni presidenziali. Cfr. A. VERTEȘ-OLTEANU, D-A. CĂRĂMIDARIU, *Safeguarding Democracy*, cit., p. 153 (in nota).

³⁶ «The Eastern Bloc – ha scritto Kiran K. Patel – frequently condemned the EC as a tool of US imperialism, German militarism or global capitalism (or as a combination of all three), contradictory as that stance was», K.K. PATEL, *Project Europe. A History*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2020, p. 53. Vale la pena ricordare, tuttavia, che lo stesso Stalin, prima nel 1941 e poi nel 1943, si era dichiarato disposto a lavorare, su un piano di parità con gli Stati Uniti, all'idea di una federazione europea; cfr. W. LOTH, *The European Union as a Pan-European Project*, in ID., N. PAUN (a cura di), *Disintegration and Integration in East-Central Europe. 1919-post 1989*, Nomos, Baden-Baden, 2014, pp. 16 s. Più in generale, cfr. W. MUELLER, *The Soviet*

come vera e propria strategia almeno come mantra la dottrina del *Begin with the West*³⁷. Secondo questa impostazione, in estrema sintesi, l'evoluzione del processo d'integrazione europea avrebbe prima o poi raggiunto un livello di consolidamento tale da generare una "forza gravitazionale" in grado di attrarre a sé, cioè alla democrazia liberale, i paesi sottomessi al dominio sovietico. Chiaramente, non era possibile aspettarsi che ciò sarebbe avvenuto attraverso un processo giuridicamente semplice e politicamente perfetto; nondimeno, dopo il crollo dell'URSS, l'UE si pose effettivamente a guida – in misura e con efficacia diverse a seconda dei contesti nazionali – della transizione democratica dei paesi post-comunisti³⁸.

In quella delicata fase, l'UE ha goduto anche di una forte legittimazione ideale: analogamente a com'era stato per i sei fondatori con il sogno di realizzare una pace perpetua, per gli Stati orientali partecipare all'integrazione europea rappresentava l'agognata conquista della libertà e della democrazia dopo decenni di giogo sovietico oltre che la speranza di un certo benessere economico. Prima ancora che istituzionale, la "forza gravitazionale" dell'UE risiedeva nella volontà di chiudere con il passato autoritario per partecipare finalmente a un progetto politico radicalmente diverso. Tuttavia, oggi quel progetto politico risulta gravemente compromesso e in forte crisi di legittimità, e quella stessa capacità di traino in senso liberal-democratico pare essersi sensibilmente affievolita. Prima le politiche di *austerity* hanno svelato il volto più duro dell'UE, quello rivolto al salvataggio dell'ortodossia neoliberale sancita a Maastricht; ora il disordine mondiale ne mette a nudo anche la scarsa credibilità sul piano geopolitico. In questo modo, il progetto

Union and Early Western European Integration, 1947-1957: From the Brussels Treaty to the ECSC and the EEC, in *Journal of European Integration History*, 2009, vol. 15, 2, pp. 67-86; G. ROBERTS, *Moscow and the Marshall Plan: Politics, Ideology and the Onset of the Cold War, 1947*, in *Europa-Asia Studies*, 1994, vol. 46, 8, pp. 1371-1386.

³⁷ Cfr. S. PISTONE, *The Union of European Federalists. From the foundation to the decision on direct election of the European Parliament (1946-1974)*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 36

³⁸ Per un'utile introduzione al tema, cfr. B. PISCIOTTA, *L'Europa post-comunista dal crollo del muro di Berlino all'integrazione europea*, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, 2010, 1, pp. 77-91; sul caso romeno e le sue difficoltà, cfr. C. DALLARA, *La Romania in Europa: adesione senza integrazione? La criticità del settore giudiziario e anti-corruzione*, in *Rivista Italiana di Scienza Politica*, 2010, vol. 40, 1, pp. 83-111.

politico dell'integrazione europea, scosso già nei suoi equilibri istituzionali, ha soprattutto disperso buona parte del suo originario "capitale" ideale – o, se si preferisce, utopistico – e con esso gran parte della sua forza politica. Il susseguirsi delle crisi, in altre parole, ha fortemente compromesso l'originario impianto ideale del progetto politico dell'integrazione europea come forza civilizzatrice per il mantenimento della pace tra le democrazie europee.

Di ciò si trova conferma nelle difficoltà incontrate dall'UE nel far fronte al *Democratic Backsliding* di Polonia e Ungheria³⁹. Per contrapporsi alla degenerazione illiberale di due Stati Membri, l'UE si è scoperta priva della capacità politica necessaria ad attivare le più forti tutele a difesa dei suoi valori fondamentali⁴⁰. Oltre agli strumenti squisitamente giuridici legati all'esclusiva tutela della *Rule of Law*, per di più tendenzialmente ricollegati a questioni di carattere economico-finanziario, l'UE non ha potuto contare su un livello di credibilità politica sufficiente per porsi, di fronte ai cittadini di Varsavia e di Budapest, come "alternativa" politica in senso proprio rispetto ai governi autoritari nazionali. Tanto sul piano della liberal-democrazia quanto su quello della difesa della pace, prima l'imposizione di un

³⁹ Difficoltà particolarmente evidenti nel caso ungherese, su cui cfr. Z. SZENTE, *Challenging the Basic Values—Problems in the Rule of Law in Hungary and the Failure of the EU to Tackle Them*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV (a cura di), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 456-475; L.H. ANDERS, S. PRIEBUS, *Does It Help to Call a Spade a Spade? Examining the Legal Bases and Effects of Rule of Law-Related Infringement Procedures Against Hungary*, in A. LORENZ, L.H. ANDERS (a cura di), *Illiberal Trends*, cit., pp. 235-261. Più in generale, cfr. G. HALMAI, *How the EU can and should cope with illiberal Member States*, in *Quaderni Costituzionali*, 2018, vol. 38, 2, pp. 313-340; K.L. SCHEPPELE, *The Treaties without a Guardian: the European Commission and the Rule of Law*, in *Columbia Journal of European Law*, 2023, vol. 29, 2, pp. 93-183;

⁴⁰ La Commissione, invero, ha recentemente avviato un procedimento di infrazione contro l'Ungheria per violazione dei valori fondamentali dell'UE contenuti nell'art. 2 TUE, in particolare con riferimento ai diritti della comunità LGBTIQ+. Si tratta del primo caso in cui la Corte di Giustizia sarà chiamata a pronunciarsi direttamente a tutela dei valori *ex art. 2* (sul punto, cfr. M. BONELLI, M. CLAES, *Crossing the Rubicon? The Commission's use of Article 2 TEU in the infringement action on LGBTIQ+ rights in Hungary*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2023, vol. 30, 1, pp. 3-14.). Il fatto è significativo e l'iniziativa della Commissione indubbiamente meritoria; nondimeno, pare giustificato un certo scetticismo sulla capacità politica dell'UE di rendere operativa in concreto un'eventuale sentenza di condanna. A procedimento già iniziato, il governo di Orbán ha proposto una legge che vieta la parata del Gay Pride; cfr. M. LA ROCCA, *Ungheria, il governo approva un disegno di legge per vietare il Pride di Budapest*, in *eunews*, 17 marzo 2025, <https://www.eunews.it/2025/03/17/ungheria-governo-legge-vieta-pride-orban/>.

cappio fiscale sulle economie nazionali e poi l'inadeguatezza sul piano geopolitico hanno gravemente svelato le storture strutturali e le carenze politiche del progetto europeo; la "forza gravitazionale" è solo un lontano ricordo.

Il caso romeno, evidentemente, è ben diverso dai casi polacco e ungherese. La Corte costituzionale ha, come detto, giocato d'anticipo nel tentativo di difendere la solidità della posizione romena all'interno del progetto europeo; d'altra parte, oltre che difettare in termini di capacità politica, l'UE non avrebbe gli strumenti istituzionali per disciplinare un eventuale conflitto tra poteri all'interno di uno Stato Membro. A ben vedere, inoltre, non è da escludere un certo imbarazzo per le istituzioni europee di fronte alla necessità di fornire sostegno a un provvedimento quantomeno problematico, come ha segnalato la Commissione di Venezia, proprio sotto il profilo della *Rule of Law*, particolarmente caro all'UE come leva per porre un freno ai governi nazionali più indisciplinati. La Commissione Europea, invero, è in qualche modo corsa in sostegno della Corte romena agendo in maniera, per così dire, obliqua. Il 17 dicembre 2024, dodici giorni dopo aver recapitato alla popolare piattaforma *social* un ordine di conservazione che la obbliga a congelare i dati relativi alle elezioni nazionali in UE nel periodo compreso tra il 24 novembre 2024 e il 31 marzo 2025, la Commissione ha infatti ufficialmente avviato un procedimento contro TikTok facendo esplicitamente riferimento alle elezioni presidenziali romene. Ha detto Ursula von der Leyen: «We must protect our democracies from any kind of foreign interference. Whenever we suspect such interference, especially during elections, we have to act swiftly and firmly. Following serious indications that foreign actors interfered in the Romanian presidential elections by using TikTok, we are now thoroughly investigating whether TikTok has violated the Digital Services Act by failing to tackle such risks. It should be crystal clear that in the EU, all online platforms, including TikTok, must be held accountable»⁴¹.

In effetti, nella Sentenza del 6 dicembre la Corte ha fatto espresso riferimento al diritto europeo. Oltre ad aver richiamato la *Dichiarazione interpretativa del Codice di*

⁴¹ EUROPEAN COMMISSION, *Commission opens formal proceedings against TikTok on election risks under the Digital Services Act*, Press Release, 17/12/2024, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_6487.

buona condotta in materia elettorale approvata lo stesso giorno della Sentenza dalla Commissione di Venezia, la Corte romena ha menzionato a supporto della propria decisione il “considerando” n. 4 del Regolamento europeo in materia di trasparenza e targeting della pubblicità politica (900/2024), dove si legge che «[l]a pubblicità politica può essere un vettore di disinformazione, specie se non ne è esplicitata la natura politica, se proviene da sponsor esterni all'Unione o se è oggetto di tecniche di targeting o tecniche di consegna dei messaggi pubblicitari»⁴². Benché, invero, di scarsa valenza normativa – anche nel caso del regolamento europeo che, già in vigore, troverà applicazione soltanto a partire da ottobre 2025 (art. 30) –, tali riferimenti segnalano un tentativo di ancoraggio della protezione della democrazia costituzionale romena a un «patrimonio costituzionale europeo»⁴³ che integrerebbe la dimensione di tutela nazionale con quella sovranazionale⁴⁴. Certo, i giudici romeni possono anche accontentarsi di una ricostruzione in termini strettamente giuridici di questo «doppio piano costituzionale»⁴⁵; persino ricorrendo a un materiale normativo che non garantisce particolare solidità a tale struttura legale. Nondimeno, la tenuta di un simile ancoraggio pare dipendere da una questione politica che eccede di molto il discorso tecnico del diritto.

Il rapporto tra gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento europeo, infatti, non è semplicemente disciplinato da una rigida gerarchia delle fonti come quella che governa la struttura interna degli Stati Membri. Il pluralismo costituzionale che caratterizza lo spazio giuridico europeo dipende da un equilibrio tra pretese costituzionali non perfettamente traducibile nelle forme del diritto. La forza politica del costituzionalismo europeo è radicalmente diversa da quella propria delle costituzioni nazionali: essa non può essere resa come espressione di un momento storico di auto-comprensione politica di un popolo nell'esercizio di una sorta di sovranità democratica originaria. Parte essenziale dell'ispirazione ideale

⁴² Regolamento (UE) 2024/900 Del Parlamento Europeo e Del Consiglio del 13 marzo 2024 relativo alla trasparenza e al targeting della pubblicità politica, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202400900.

⁴³ A. SIMONCINI, *L'annullamento delle elezioni presidenziali in Romania*, cit., p. 236.

⁴⁴ Cfr. S. SASSI, A. STERPA, *La Corte costituzionale della Romania difende la democrazia liberale dalla disinformazione. Prime note sulla sentenza n. 32 del 6 dicembre 2024*, in *Federalismi.it*, 2025, 4, p. 178.

⁴⁵ *Ibid.*

del processo d'integrazione europea consisteva proprio nell'ambizione illuministica di addomesticare l'instirpabile elemento romantico che si annida nel paradigma nazionale, ma ciò non avrebbe dovuto significare anche un radicale superamento della politica; semmai, l'assenza di una narrazione fondativa forte – ben presente già ad alcuni dei padri fondatori⁴⁶ – genera sul piano sovranazionale il bisogno di un *surplus* di politica. Anche la prospettiva habermasiana del *Constitutional Patriotism*⁴⁷, che pensa un *ethos* europeo senza chiamare in causa un *ethnos* europeo, vuol fare a meno di presupposti romantici ma non può fare a meno di un discorso politico comune. Se il diritto non è il prodotto di questo discorso politico comune, bensì l'eco di un monologo istituzionale che si auto-attribuisce la capacità di imporsi sulle altre pretese di costituzionalità, tanto gli interventi europei quanto i tentativi nazionali di ancoraggio alla dimensione sovranazionale non possono che risultare gravemente compromessi sul piano della tenuta politica. Sotto questo profilo, tra il caso romeno e i casi polacco e ungherese si può riscontrare una forte affinità.

L'avanzata di forze politiche che alimentano tendenze illiberali, sul fronte interno, e spinte centrifughe, sul fronte europeo, è un'ulteriore spia dell'urgenza per l'UE di ripensare, se non persino di rifondare, il suo progetto politico. Affidare al diritto il compito di custodire la stabilità politica tra i – e all'interno dei – suoi Stati Membri rischia di rivelarsi una strategia al ribasso che non può generare di per sé alcuna "forza gravitazionale". Al contrario, anzi, tanto con interventi dall'alto quanto con ancoraggi dal basso, l'attivazione della dottrina del primato del diritto europeo potrebbe finire con l'alimentare proprio quelle tendenze illiberali e quelle spinte centrifughe. Un costituzionalismo europeo originato da un'entità così politicamente rarefatta come oggi appare l'UE è facilmente preda della retorica populista che lo interpreta come veicolo d'una indebita compressione delle

⁴⁶ Cfr. A. SPINELLI, *Lettera a Camus* (Marzo 1945), in ID., *Dagli stati sovrani agli Stati Uniti d'Europa*, La Nuova Italia, Firenze, 1950, p. 170.

⁴⁷ J. HABERMAS, *Citizenship and National Identity: some reflections of the future of Europe*, in *Praxis International*, 1996, 12, pp. 1-19; ID., *La creazione di un'identità europea è necessaria e possibile?*, in ID., *L'Occidente diviso*, Laterza, Roma-Bari, 2005, pp. 53-70. Cfr. anche F.H. LLANO, *European Constitutional Patriotism and Postnational Citizenship in Jürgen Habermas*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 2017, vol. 103, 4, pp. 504-516.

prerogative sovrane nazionali. Se dalle forme del dialogo non si vuole passare a quelle di una predica paternalistica, un doppio livello di tutela costituzionale non può fare a meno di un senso diffuso a tutti i livelli di appartenere a un orizzonte politico condiviso. Questo, del resto, è ciò che emerge dalla decisione di escludere Șoșoacă dalle elezioni presidenziali: l'importanza di un'Europa che sappia essere progetto comune. Ma la posizione espressa dai giudici – peraltro contingente – non consente di trascurare il crescente divario che si dà tra l'europeismo delle élite e l'ostilità, più che il semplice scetticismo, delle masse. Ad oggi, la cittadinanza europea non rappresenta quel dispositivo giuridico che tradizionalmente consente di prendere parte a un'impresa collettiva. L'impoliticità della dimensione sovranazionale si ripiega su sé stessa mentre il sovranismo soffia sulle braci romantiche del nazionalismo.

Dalla prospettiva europea, insomma, il caso romeno si aggiunge a quei segnali – sempre più insistenti – che avvertono l'UE della necessità di ridefinire il proprio orizzonte politico. Se vuole ancora esercitare “forza gravitazionale”, l'UE non può esimersi dallo sforzo di dotarsi di una sfera pubblica sovranazionale autenticamente politica che consenta la costruzione collettiva di un *ethos* europeo. Riprendendo le fila di quell'ambizioso progetto politico avviato nel secondo dopoguerra, e aggiornandolo al sensibile aumento di complessità cui si è assistito, a tutti i livelli, negli ultimi decenni, l'UE è oggi chiamata – tanto dalle pressioni esterne quanto dalle criticità interne – allo sforzo di politicizzare la dimensione sovranazionale. Solo assumendosi la responsabilità di legittimarsi politicamente l'UE avrà ancora una chance di proporsi, ai cittadini europei prima ancora che alle corti, come progetto politico alternativo alle bestialità liberticide e guerrafondaie dell'autoritarismo. Senza massa, del resto, non v'è gravità.

Note introduttive ad uno studio sulla decostituzionalizzazione della Costituzione*

di
Antonio Ruggeri**

Sommario: 1. La decostituzionalizzazione di tipo formale-procedimentale, specificamente in ambito regionale. – 2. La decostituzionalizzazione sostanziale e il suo carattere viepiù vistoso, per effetto della crescente espansione della materia costituzionale, non accompagnata tuttavia da una prima, essenziale disciplina di forma costituzionale: conferme dal versante dei rapporti interordinamentali (in specie, con l'Unione europea), con particolare riguardo al riconoscimento di nuovi diritti fondamentali. – 3. La decostituzionalizzazione registratasi sul fronte intraordinamentale: le testimonianze particolarmente attendibili che se ne hanno in relazione al regime dei rapporti Stato-Regioni dal quale risultano gravi e perduranti carenze, specie per ciò che attiene agli istituti di cooperazione che seguitano ad essere regolati (peraltro, solo in parte) a mezzo di discipline di rango subcostituzionale. – 4. La varia misura della decostituzionalizzazione nel passaggio da un enunciato all'altro e la parimenti varia forza normativa in senso sostanziale dagli enunciati stessi esibita, anche in ragione del linguaggio con il quale si esprimono e delle sue ora maggiori ed ora minori aperture semantiche (le indicazioni, largamente sommarie e concettualmente opache, venute dai disposti concernenti il riparto di materie e funzioni tra Stato e Regioni). – 5. La decostituzionalizzazione concernente il riconoscimento dei "nuovi" diritti fondamentali, provvisto unicamente del labile riferimento fattovi nell'art. 2 e bisognoso quindi di fare capo a documenti materialmente costituzionali, le Carte dei diritti, venuti alla luce in ambito internazionale e sovranazionale e, però, in disprezzo della loro natura e funzione, non recepiti nell'ordine interno con atti di forma parimenti costituzionale.

1. La decostituzionalizzazione di tipo formale-procedimentale, specificamente in ambito regionale

Per strano che possa per più versi sembrare, alla decostituzionalizzazione della Costituzione fa capo un grumo di questioni ad oggi largamente inesplorato; e sono – com'è chiaro – questioni di cruciale rilievo, trattandosi di stabilire fin dove possa

* Avverto che, a motivo del carattere meramente introduttivo delle notazioni qui svolte, l'apparato di note e i riferimenti di letteratura saranno ridotti all'essenziale.

**Professore Emerito di Diritto Costituzionale – Università degli Studi di Messina.

e debba distendersi la disciplina costituzionale e, più ancora, quale ne sia la effettiva *vis* prescrittiva. La circostanza, poi, per cui alcune previsioni costituzionali, per loro esplicita ammissione, possono andare soggette ad innovazioni apportate per via diversa da quella tracciata nell'art. 138 ne indebolisce oggettivamente la forza, malgrado le innovazioni stesse non si siano fin qui avute ovvero promettano di restare circoscritte nella loro portata. Insomma, la Costituzione – come si tenterà di mostrare a breve con esempi – non esprime dappertutto la medesima capacità di vincolo; e questo – com'è evidente – non è senza significato sotto più aspetti.

Occorre preliminarmente distinguere i casi di decostituzionalizzazione per l'aspetto formale-procedimentale da quelli aventi natura sostanziale, i quali poi – come si vedrà – si articolano ulteriormente al loro interno in più specie. I primi sono di sicuro i più appariscenti ma, forse, non per ciò anche i più rilevanti. La qual cosa ha una sua pronta, immediata spiegazione. Nei luoghi infatti in cui la Carta dichiara che alcuni suoi disposti possono andare incontro a modifiche in applicazione di procedure diverse da quelle indicate nell'art. 138, un qualche aggravamento si ha pur sempre; e, per questo verso, la rigidità della Carta è ad ogni buon conto fatta salva.

Non indugio nella illustrazione delle statuizioni che prevedono le modifiche in parola, a tutti note. Faccio solo l'esempio, forse, maggiormente appariscente, quello di cui all'art. 116, III c., in merito alla c.d. “differenziazione” dell'autonomia regionale¹. Ebbene, disponendo sui due piatti di una ideale bilancia i canoni previsti dall'art. 138 e quelli indicati nell'art. 116, grosso modo l'equilibrio è pur sempre assicurato, vuoi per il fatto che la legge volta a dar vita ad un regime di “differenziazione” è approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei loro

¹ In altri luoghi ho esposto le ragioni che, a mia opinione, sconsigliano di utilizzare questa etichetta, se non altro al fine di non fare confusione con l'autonomia delle Regioni speciali, usualmente appunto qualificata come “differenziata”. Preferibile sarebbe, dunque, a mio modo di vedere, discorrere piuttosto di “specializzazione” dell'autonomia *et similia*. Ciò nonostante, reputando infruttuoso contrappormi sterilmente all'*usus* culturale ormai invalso, qui pure vi darò dunque seguito.

componenti² e vuoi (e soprattutto) per il carattere pattizio della relativa disciplina, nonché per il ruolo attivo riconosciuto a beneficio della Regione interessata e, sia pure con minor rilievo, degli enti locali, cui è altresì offerta l'opportunità di far sentire la loro voce in merito all'iniziativa adottata. È vero che l'approvazione delle leggi di revisione costituzionale e, in genere, delle leggi di forma costituzionale richiede un doppio passaggio da ciascuna Camera e l'eventuale consultazione popolare; parimenti vero è, però, che, in via generale, possono aversi novità sostanziali apportate al quadro costituzionale (e, dunque, incidenti sull'autonomia) senza il fattivo coinvolgimento delle Regioni e degli altri enti territoriali, qui invece garantito. La qual cosa può, invero, far pensare che il valore di autonomia sia ancora meglio preservato in base alla procedura descritta nell'art. 116 di quanto non sia in forza dell'art. 138. Non si trascuri, comunque, la circostanza per cui le innovazioni al regime comune sono stabilite con parità di effetti per tutti gli enti regionali che ne sono governati, diversamente da quelle che si hanno per via di "differenziazione" che riguardano la singola Regione, per quanto non possa escludersi che più Regioni, specie se provviste di connotati strutturali simili, possano concordare clausole parimenti simili volte alla promozione della loro autonomia³. La "differenziazione", ad ogni buon conto, resta per sua natura

² ... che – non si dimentichi – è uno dei modi con cui possono venire alla luce le stesse leggi costituzionali. È poi vero che, per l'art. 116, non si prefigura una doppia approvazione da parte di ciascuna Camera e – ciò che più importa – non si fa parola della consultazione referendaria. Come si passa subito a dire nel testo, v'è però il compenso costituito dal modulo pattizio, assente nell'art. 138, pur laddove – si faccia caso – l'eventuale revisione costituzionale dovesse avere ad oggetto i disposti concernenti l'autonomia regionale. Si è, per vero, in passato discusso in merito alla opportunità di introdurre siffatta novità, a giudizio di alcuni sconsigliabile. Una volta però che il modulo in parola sia previsto per le procedure di "differenziazione", non vedo quale ostacolo ci sia a farlo valere anche per il caso di modifiche riguardanti non già singole Regioni bensì il regime comune a tutte, in forza di quanto disposto nel Titolo V. Occorrerebbe poi stabilire come strutturarlo; le soluzioni tuttavia non mancano: si potrebbe, ad es., ricorrere a sedi istituzionali rappresentative delle Regioni, quale la Conferenza Stato-Regioni; in via subordinata, si potrebbe pensare ad una soluzione più temperata, quale una consultazione, obbligatoria ma non vincolante, dei Consigli regionali, e via dicendo.

³ La dottrina più avvertita ha, nondimeno, giustamente escluso che possa aversi una "differenziazione" dell'autonomia per effetto di un'unica trattativa coinvolgente tutte o la gran parte delle Regioni di diritto comune. Sarebbe, infatti, palese l'aggiramento del dettato costituzionale, dal momento che la "differenziazione" è tale solo se si traduce in un regime peculiare del singolo ente che ne beneficia, distinto appunto da quello che seguita a valere per gli altri. La qual cosa, comunque, non esclude che possano darsi discipline sostanzialmente

soggetta a verifica secondo ragionevolezza, in una delle sue più qualificanti espressioni, quale congruità cioè della norma al fatto, qui costituito dalle condizioni complessive del territorio regionale quale fonte di emersione di interessi parimenti tipici. Nulla, poi, esclude che, sperimentata senza successo un'esperienza di "differenziazione", si torni quindi al regime comune. Ciò che dimostra che la modifica al dettato costituzionale può essere a tempo e soggetta a condizione, diversamente da ciò che usualmente si ha per le revisioni *ex art.* 138.

Come che stiano al riguardo le cose e senza poter ora indugiare in approfondimenti di cui è, di tutta evidenza, altra la sede, quel che è certo, perlomeno a stare alla lettera dell'enunciato costituzionale, è che la decostituzionalizzazione è innegabile per l'aspetto formale-procedimentale e parimenti innegabile è (o, meglio, *dovrebbe* essere) il compenso per l'autonomia, per il ruolo attivo riconosciuto alla Regione in occasione della messa in atto della procedura di cui all'art. 116 e, naturalmente, per i benefici sostanziali che dalla sua adozione si attendono.

Una decostituzionalizzazione formale ed eventuale si ha, poi, in relazione alla forma di governo regionale, specificamente per l'aspetto della elezione a suffragio universale e diretto del Presidente della Giunta: modulo, questo, come si sa, preferito dalla Carta (art. 122, ult. c., così come modificato con legge cost. n. 1 del 1999), senza che nondimeno sia esclusa l'adozione di un modulo diverso (in buona sostanza, il ritorno all'elezione da parte del Consiglio) ad opera dello statuto regionale, fonte essa pure bisognosa di venire alla luce con procedura aggravata nel corso del cui svolgimento l'autonomia è particolarmente garantita. Come si vede, vale qui pure quanto si diceva poc'anzi a riguardo del beneficio che si ha per l'autonomia in occasione della modifica del modello proposto dalla Carta.

Anche negli statuti speciali si rinvencono – come si sa – casi di decostituzionalizzazione per l'aspetto formale-procedimentale, in una certa misura compensati dall'approvazione a maggioranza assoluta delle leggi che innovano alla

simili per più Regioni dotate di omogeneità di caratteri strutturali. Il rischio che possa aversi una frode alla Costituzione è, però, da prendere comunque in considerazione, specie laddove dovesse aversi una graduale estensione del regime originariamente stabilito unicamente per alcune.

disciplina costituzionale⁴. Interessante, al riguardo, la previsione di cui agli artt. 9 e 10 dello statuto siciliano, modificabili dopo la loro prima applicazione con legge regionale approvata a maggioranza assoluta dei componenti l'Assemblea, salvo il caso che il Presidente della Regione sia eletto a suffragio universale e diretto (art. 41-bis). Un caso, questo, come si vede, di decostituzionalizzazione formale-procedimentale parziale ed eventuale, operata a beneficio della fonte di autonomia per antonomasia, la legge regionale.

Un minore coinvolgimento diretto della Regione è invece prefigurato dall'art. 63 dello statuto del Friuli-Venezia Giulia, a norma del quale alcune disposizioni dello statuto regionale (e, segnatamente, quelle di cui al Titolo IV, relativo a finanze, demanio e patrimonio) possono essere modificate con leggi ordinarie anche su proposta della Regione e, in ogni caso, sentita la Regione stessa. Altri casi di decostituzionalizzazione si rinvencono, poi, nell'art. 104 dello statuto del Trentino-Alto Adige e nell'art. 50, V c., dello statuto della Valle d'Aosta.

Disposizioni a finalità di decostituzionalizzazione si rinvenivano, infine, nella XI e XII disp. trans., con riferimento, rispettivamente, alla formazione di nuove Regioni senza l'osservanza dell'art. 132 Cost. (su di che è quindi intervenuta la legge cost. n. 1 del 1958) ed alla limitazione per cinque anni dall'entrata in vigore della Costituzione del diritto di voto e della eleggibilità per i capi responsabili del regime fascista. Queste previsioni, nondimeno, hanno ormai perso attualità e non giova pertanto indugiare oltre sul loro originario significato.

2. La decostituzionalizzazione sostanziale e il suo carattere viepiù vistoso, per effetto della crescente espansione della materia costituzionale, non accompagnata tuttavia da una prima, essenziale disciplina di forma costituzionale: conferme dal versante dei rapporti interordinamentali (in ispecie, con l'Unione europea), con particolare riguardo al riconoscimento di nuovi diritti fondamentali

⁴ Riferimenti con riguardo alle leggi statutarie sono di recente venuti da R. BASILE, *La forma di governo delle Regioni a Statuto speciale tra modelli normativi e prassi*, in *Dir. reg.* (www.dirittiregionali.it), 1/2024, 22 aprile 2024, 294 ss., spec. 338 ss.

Di particolare interesse è la decostituzionalizzazione sostanziale che si articola in varie specie. Diversamente dai casi di decostituzionalizzazione formale, per i quali è la stessa Carta costituzionale o altri documenti costituzionali, quali gli statuti di speciale autonomia, a stabilirla in modo esplicito, nell'assunto che farvi luogo torni a vario titolo utile ovvero si traduca in un beneficio per il valore di autonomia, la decostituzionalizzazione sostanziale, nella sua espressione maggiormente saliente, consegue ad un fenomeno di cui al tempo della Costituente non si aveva consapevolezza e risulta rimarcata da comportamenti omissivi di cui le maggiori responsabilità sono da imputare alle sedi in cui s'incarna la rappresentanza politica.

Il fenomeno è dato dalla progressiva e viepiù vistosa espansione della materia costituzionale⁵, a fronte della quale si è registrata e seguita a registrarsi l'incapacità delle forze politiche e delle istituzioni che, nel modo più immediato e diretto, vi danno voce di provvedere ad assicurare un'adeguata coltivazione del campo in cui la materia stessa si distende e radica, con negative, rilevanti conseguenze di ordine istituzionale, di cui si farà parola più avanti.

Quali, però, gli indici sufficientemente attendibili che rendono testimonianza di siffatta dilatazione?

La materia costituzionale è il frutto di una metafora teorica: *in rerum naturae* – com'è chiaro – non esiste; esistono, però, alcuni beni o interessi diffusamente avvertiti in seno al corpo sociale e dallo stesso giudicati come facenti capo alla materia in parola, ovverosia costitutivi della stessa. Si pensi, per fare solo l'esempio maggiormente indicativo, ai c.d. nuovi diritti fondamentali, ai quali, sia pure con

⁵ Ne ho più volte discusso con riguardo a varie questioni ed a finalità teorico-ricostruttive parimenti diverse, specie in relazione alla emersione di nuovi diritti fondamentali, di cui qui pure dirò per taluni aspetti di specifico rilievo per lo studio che vado facendo [tra gli altri miei scritti, v., part., *La "materia" costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2017, 12 dicembre 2017, 1 ss., nonché in AA.VV., *I generi letterari della storiografia giuridica. La produzione didattica negli ultimi due secoli (manuali, trattati, corsi e prolusioni)*, a cura di A. Lovato, Giappichelli, Torino 2019, 299 ss.].

diverso linguaggio, fa riferimento l'art. 2 della Carta⁶. L'aggancio costituzionale, a rigore, si rinviene sempre, a motivo della formidabile *vis* espansiva e della incontenibile capacità generativa di sensi posseduta dalla formula in parola; e, tuttavia, non v'è chi non veda quanto esso sia labile e, a dirla tutta, evanescente, specie se posto a raffronto con talune esplicite indicazioni risultanti da altre Carte di più fresca redazione.

Ebbene, i nuovi diritti, tanto se espressamente menzionati in un documento materialmente costituzionale recepito in ambito interno, una Carta dei diritti appunto, quanto (e soprattutto) se riconosciuti dalle sedi in cui si amministra giustizia, sono pur sempre il frutto di una "razionalizzazione" – se così la si vuol chiamare – di alcuni bisogni elementari della persona umana il cui appagamento è diffusamente considerato necessario per un'esistenza "libera e dignitosa", per riprendere qui, ancora una volta, una qualifica dalla nostra Carta specificamente riferita – come si sa – all'ambito lavorativo e, però, di sicuro dotata di generale valenza.

I diritti fondamentali – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – sono, appunto, questo: bisogni profondamente e diffusamente avvertiti dal corpo sociale. Se ci si pensa, il loro riconoscimento equivale alla traduzione giuridica di *consuetudini culturali*, tante per quanti sono i diritti, spontaneamente formatesi in seno alla comunità che, nondimeno, necessitano dell'opera del diritto per poter dispiegare i loro effetti e farsi dunque valere, nei termini peraltro segnati da condizioni oggettive di contesto non sempre a ciò benevole e a volte, anzi, palesemente avverse.

Ora, il corpo sociale non è solito interrogarsi circa le forme appropriate richieste per il riconoscimento dei diritti; ciò che solo gli importa è che quest'ultimo, in un modo o nell'altro, comunque si abbia. La mancata corrispondenza tra materia e forma costituzionale si spiega, dunque, così. Ragioni varie, tra le quali principalmente

⁶ In realtà, come si è avuto modo di far notare altrove, la "inviolabilità" dei diritti, nelle sue plurime ed articolate valenze, discende proprio dalla loro "fondamentalità", nell'accezione che si è tentato di precisare nel mio *La "fondamentalità" dei diritti fondamentali*, in *Riv. dir. comp.* (www.diritticomparati.it), 3/2023, 17 novembre 2023, 135 ss.

quella riportabile alla legge inesorabile dei numeri, non hanno fin qui consentito il ricorso alle procedure stabilite per la formazione degli atti di forma costituzionale, pur laddove – non si dimentichi – si trattava (e si tratta) di disciplinare il cuore pulsante della Costituzione, i diritti fondamentali appunto. Sta di fatto che l’“invenzione” di nuovi diritti si è avuta (e seguita senza sosta ad aversi) lungo percorsi diversi da quello tracciato nell’art. 138, giovandosi peraltro della sostanziale acquiescenza da parte del corpo sociale. Le contestazioni, infatti, laddove si sono avute, hanno riguardato il merito delle discipline positive ovvero delle pronunzie di questo o quel giudice, non pure – come si viene dicendo – delle forme apprestate per dar voce ai diritti stessi.

Occorre, poi, tener conto di alcuni dati di contesto che hanno concorso all’esito della progressiva espansione della materia costituzionale e, per ciò pure, al riconoscimento di nuovi diritti e, in genere, di beni o interessi di rilievo costituzionale. Particolare rilievo va al riguardo assegnato, per un verso, allo sviluppo delle relazioni internazionali e sovranazionali, all’accresciuta complicazione delle relazioni istituzionali in ambito interno per un altro verso, infine al ruolo viepiù marcato e vistoso giocato dalla scienza e dalla tecnologia.

Per il primo aspetto, considerevoli novità si sono registrate tanto sul versante delle relazioni internazionali quanto su quello delle relazioni in seno all’Unione europea e, per ciò stesso, degli Stati con quest’ultima.

Alle vicende, ad oggi – come si sa – confuse ed inquietanti, che si sono avute e che si hanno sul primo fronte non è qui possibile fare neppure un cenno. Quel che è certo è che il mondo è complessivamente cambiato e sta ulteriormente cambiando, senza che peraltro sia dato intravedere quali scenari si profilino all’orizzonte. Le guerre proliferano giorno dopo giorno, al punto che il compianto Papa Francesco soleva dire che è ormai in corso un nuovo conflitto mondiale “a pezzi”, che riguarda porzioni distinte del pianeta e che però coinvolge, direttamente o indirettamente, le maggiori potenze e – ciò che più importa ai fini del discorso che si viene facendo – che si riflette altresì a carico di Paesi che non ne sono investiti in modo diretto ma che ugualmente ne sono in considerevole misura riguardati,

ispecie per l'aspetto economico. È chiaro che, in una congiuntura siffatta, i diritti fondamentali, particolarmente quelli il cui godimento comporta costi considerevoli, ne soffrono. Eppure, anche in siffatto contesto, sono cresciute le pretese di tutela di nuovi diritti, specie di quelli eticamente sensibili, che attengono ai momenti cruciali dell'esistenza umana, nascita e morte⁷.

⁷ Solo per alcuni primi, essenziali riferimenti, limitati peraltro a scritti di respiro monografico, v., almeno, quanto alle esperienze d'inizio-vita, S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e, dello stesso, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Aracne, Roma 2020; S. PENASA, *La legge della scienza. Nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano 2017; L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Giappichelli, Torino 2018; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Giappichelli, Torino 2018; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, Mimesis, Milano - Udine 2020; M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2020; S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Giuffrè Francis & Taylor, Milano 2021; A. ALBERTI, *La vita nella Costituzione*, Jovene, Napoli 2021, spec. 173 ss.; A.G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, Torino 2022; P. BRUNESE, *La legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Una legge mal riuscita*, ESI, Napoli 2022, e, dalla prospettiva del diritto penale, V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Giappichelli, Torino 2019. Infine, in prospettiva bioetica, v., part., M. GENSABELLA FURNARI, *Il corpo della madre. Per una bioetica della maternità*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ) 2018, spec. 777 ss., e L. D'AVACK, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*⁴, Giappichelli, Torino 2019. Quanto, poi, alle esperienze di fine-vita, v., almeno, C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Jovene, Napoli 2004; F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, Milano 2008; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e, dello stesso, *Disposizioni di trattamento e dignità del paziente*, Aracne, Roma 2020; P. FLORES D'ARCAIS, *Questione di vita o di morte*, Einaudi, Torino 2019; G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita: una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria*, Utet, Torino 2020; G. VACCHIANO - F.V. TISO, *Il fine vita e la dignità del morire*, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 2022; G. CAMPANELLI, *Obiezione di coscienza e suicidio medicalmente assistito. Esercizi di un diritto individuale o limitazione della libertà altrui*, Giappichelli, Torino 2023; altri riferimenti in AA.VV., *L'elaborazione di un diritto a una morte dignitosa nell'esperienza europea*, a cura di T. Cerruti, Editoriale Scientifica, Napoli 2023. V., inoltre, i contributi al forum su *Proposta del Diritto gentile in materia di aiuto medico a morire* in *Biomed Journal* (www.teseo.unitn.it), 1/2023, 26 aprile 2023, nonché, nella stessa Rivista, con specifico riguardo alle particolarmente sofferte vicende del fine-vita pediatrico, gli altri al forum su *Il fine vita nel contesto pediatrico*, 1/2024, 27 marzo 2024. Con specifica attenzione alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, F. GIRELLI, *Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'elaborazione di un diritto a una morte dignitosa*, in *Dir. soc.*, 2/2023, 321 ss. Infine, in

Vistose trasformazioni, esse pure peraltro in via di svolgimento, si sono poi avute sul versante dei rapporti con le Comunità europee prima e, ora, con l'Unione, riguardando lo Stato in ciascuno dei suoi elementi costitutivi e in tutti assieme. Non a caso, si è, perciò, in altri luoghi discorso di una *sovranità condivisa* tra Unione e Stato, in forza di un riparto di competenze stabilito nei trattati ed esso stesso mobile, soggetto a mai finite oscillazioni ed evoluzioni, di cui rende eloquente testimonianza l'uso alquanto libero e, a dirla tutta, disinvolto degli strumenti di normazione, non di rado le direttive dotandosi dei contenuti propri dei regolamenti e viceversa. La stessa compresenza di due cittadinanze, nazionale ed europea, costituisce, poi, una novità di assoluto rilievo, gravida di implicazioni a largo raggio, sol che si pensi che ciascuna di esse è portatrice sia di diritti che di doveri. Ciò che, poi, maggiormente importa è la venuta alla luce di diritti fondamentali in ambito sovranazionale, dapprima – come si sa – solo *ope juris prudentiae* e, quindi, anche da parte della Carta di Nizza-Strasburgo, adottata – come pure è noto – a finalità di “razionalizzazione” dei riconoscimenti operati dalla Corte di giustizia, la cui venuta alla luce ha nondimeno dato corposo alimento ad ulteriori sviluppi degli indirizzi giurisprudenziali sia della stessa Corte dell'Unione che dei giudici nazionali, comuni e costituzionali.

Il punto è di cruciale rilievo per lo studio che si va ora facendo, tanto più poi se lo si riconsidera nel quadro di una complessiva evoluzione dei rapporti che la Costituzione intrattiene con altre Carte, ovverosia in buona sostanza dei rapporti tra le Corti che se ne fanno interpreti e garanti, sollecitate ad un costante, mutuo confronto che ha quale suo autentico *Grundwert* l'ottimale appagamento, alle condizioni oggettive di contesto, dei bisogni maggiormente avvertiti in seno al corpo sociale⁸.

prospettiva penalistica, L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Giappichelli, Torino 2008.

⁸ La ricerca della massima tutela dei diritti ha costituito (e costituisce) oggetto di un dibattito assai animato tuttora in corso, contestandosene da alcuni la stessa teorica configurazione, nell'assunto che l'appagamento di un diritto fatalmente ridondi in un sacrificio, maggiore o minore, per altri, configurazione che è invece, con non minore vigore argomentativo, caldeggiata da non pochi studiosi [riferimenti ed indicazioni di vario segno in L. CAPPUCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in

La giurisprudenza costituzionale, pur tra non rimosse incertezze e vere e proprie contraddizioni, ha da tempo preso atto di questa realtà, riconoscendo che la Costituzione e le altre Carte dei diritti “si integrano reciprocamente nella interpretazione” (sent. n. 388 del 1999 e succ.). Al di là, dunque, di ogni diverso inquadramento, operato *al piano della teoria delle fonti* e connotato da un’ordinazione

Scritti in onore di G. Silvestri, I, Giappichelli, Torino 2016, 412 ss. e, pure *ivi*, G. D’AMICO, *La massima espansione delle libertà e l’effettività della tutela dei diritti*, 706 ss.; R. BIN, in più scritti, tra i quali *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 63 ss., ma *passim*; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1/2019, 11 ss., spec. 21 ss.; l’intervista sul tema *Giudice e giudici nell’Italia postmoderna?*, a cura di R.G. Conti, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 10 aprile 2019 e in AA.VV., *Il mestiere del giudice*, a cura di R.G. Conti, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 2020, 1 ss.; *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 757 ss., spec. 764 e nt. 15, e, nella stessa *Rivista*, *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, 4/2020, spec. 866 ss.; V. SCARABBA, *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Key ed., Milano 2019, spec. 225 ss.; B. NASCIBENE, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali (cataloghi, arsenale dei giudici e limiti o confini)*, in *Eurojus* (www.rivista.eurojus.it), 3/2020, 277; A. RANDAZZO, *Il “metaprincipio” della massimizzazione della tutela dei diritti*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 2/2020, 10 giugno 2020, 689 ss.; I. ANRÒ, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 19/2020, 17 giugno 2020, 109 ss.; F. DONATI, *Tutela dei diritti e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 14/2020, 49 ss.; I. DEL VECCHIO, *La massimizzazione dei diritti fondamentali e la struttura dell’argomentazione giuridica nel costituzionalismo pluralista*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; C. CARUSO, *Granital reloaded o di una «precisazione» nel solco della continuità*, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 19 ottobre 2020, del quale v., ora, anche *La gerarchia ritrovata. Blocco di costituzionalità e sistema delle fonti nel processo di integrazione europea*, in AA.VV., *Fenomenologia della produzione normativa tra Italia ed Unione europea. Studi sulle fonti del diritto*, a cura di F. Fabrizzi e G. Piccirilli, Giappichelli, Torino 2025, 193 ss., spec. 219 s.; R. CONTI, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2020, 2 novembre 2020, spec. 588 ss.; B. NASCIBENE - I. ANRÒ, *Primato del diritto dell’Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 31 marzo 2022; AA.VV., *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nel sistema integrato di tutela*, a cura di C. Amalfitano - M. D’Amico - S. Leone, Giappichelli, Torino 2022, e *ivi* spec. G. SCACCIA, *Sindacato accentrato di costituzionalità e diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, 146 ss.; AA.VV., *I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee*, a cura di G. Lattanzi - G. Grasso - S. Lembo - M. Condinanzi - C. Amalfitano, *Quad. 11 della Scuola Superiore della Magistratura*, Roma 2022; con specifico riguardo alla materia penale, v., inoltre, utilmente, P. MAGGIO, *Giudicato penale e diritti fondamentali in area CEDU*, Giappichelli, Torino 2023, spec. 25 ss.; S. BISSARO, *Corte costituzionale e “materia penale”. I confini mobili delle garanzie penalistiche, tra Costituzione e Carte internazionali*, FrancoAngeli, Milano 2022, e, ora, V. CHIAZZI - V. SCARABBA, *La modulazione dell’applicazione delle garanzie convenzionali e costituzionali tradizionalmente collegate alla materia penale a misure formalmente non penali*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2025, 16 giugno 2025, 805 ss., spec. 807 in nt. 4. Infine, se si vuole, può vedersi anche il mio *Rapporti tra il diritto dell’Unione europea e il diritto interno (valori fondamentali e tecniche di risoluzione delle antinomie)*, Editoriale Scientifica, Napoli 2025, spec. 82 ss., ed *ivi* altri riferimenti].

delle Carte di tipo piramidale, tutte comunque soggette in maggiore o minore misura a prestare ossequio alla Costituzione⁹, una volta ambientate le relazioni tra i documenti normativi in parola *al piano della teoria dell'interpretazione*, se ne ha che il confronto tra le stesse è (e non può che essere) di *tipo culturale*, ciascuna Carta facendosi apprezzare per ciò che dice e per il modo con cui lo dice, vale a dire per ciò che è in grado di offrire al mercato dei diritti, per la bontà della propria mercanzia insomma. D'altro canto, quale senso, teorico e pratico allo stesso tempo, può mai avere la rivendica di una *primauté* della Costituzione sulle altre Carte laddove dovesse poi aversi riscontro del debito culturale che, seppur in parte, l'una ha nei riguardi delle altre, richiedendo comunque di essere intesa alla luce di suggestioni ed indicazioni venute da queste?

Di qui, dunque, la conferma che il primato – se così vogliamo seguitare a chiamarlo – è, e non può che essere *culturale*, in ragione dell'attitudine propria di ciascuna Carta di farsi valere rispetto alle altre, fermo ad ogni buon conto restando che *tutte* hanno, allo stesso tempo, bisogno di darsi mutuo sostegno ed alimento, pur se appunto in misura variabile a seconda dei casi.

Si ha, nondimeno, ancora una volta, riscontro della tendenza, che parrebbe per vero essersi ormai stabilmente radicata nell'esperienza, alla “decostituzionalizzazione” nella disciplina della materia costituzionale, persino – si faccia caso – in relazione alla sua essenza, al riconoscimento dei diritti fondamentali appunto. Per un verso, infatti, le Carte dei diritti in genere (e, tra queste, la Carta dell'Unione) sono state (e seguitano ad essere) recepite in ambito interno con legge comune, laddove – come si viene dicendo – avrebbe dovuto farsi

⁹ ... e, segnatamente, la Carta di Nizza-Strasburgo ai soli principi fondamentali, diversamente dalla CEDU, qualificata dalle famose sentenze “gemelle” del 2007 come fonte “subcostituzionale”, come tale obbligata a prestare ossequio ad ogni norma costituzionale: una condizione, questa, che – a quanto pare – sarebbe propria altresì di ogni altra Carta. In altri luoghi, ho tenuto più volte a rimarcare l'irrisolta aporia di costruzione che è insita nella ordinazione a scala di documenti normativi che condividono con la Costituzione l'essenza e, perciò, la natura e funzione di dare il riconoscimento (in senso proprio) dei diritti fondamentali; un'aporia che è, poi, resa ancora più evidente dalla circostanza che la fonte (la Carta dell'Unione) che occupa un posto maggiormente elevato dell'altra (la CEDU) è, tuttavia, tenuta, per sua stessa esplicita ammissione, ad essere intesa e fatta valere alla luce di questa, salvo il principio della miglior tutela.

utilizzo dello strumento della legge costituzionale. Per un altro verso, con specifico riferimento ai rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno, gli stessi sono fatti poggiare su una base oggettivamente ristretta e, a mia opinione, inadeguata a sorreggerli e ad assicurarne il congruo svolgimento, apprestata dall'art. 11, nel quale dottrina e giurisprudenza correnti rinvencono – come si sa – il fondamento, dal punto di vista dell'ordine interno, del primato del diritto sovranazionale. Migliore conferma di questa, dunque, non si ha, a mio modo di vedere, del sostanziale, vistoso arretramento della disciplina costituzionale rispetto alle dimensioni ormai significativamente espanse della materia costituzionale, per ciò che appunto attiene al versante delle relazioni interordinamentali. È come se il vestito fosse rimasto lo stesso ma il corpo cui si applica fosse nel frattempo vistosamente cresciuto, sì da non riuscire ormai più a starci dentro senza lacerarlo. La Costituzione vivente, della quale parte costitutiva di crescente rilievo è data dalle relazioni in parola, ha dunque, in copiosa e viepiù crescente misura, i suoi punti di riferimento positivi in discipline venute alla luce *extra moenia* e soggette ad incessante rinnovo lungo canali dei quali la Carta non ci consegna alcuna immagine. Si ha così conferma del fatto che il diritto costituzionale in senso materiale risulta solo in parte da indicazioni risultanti dalla Carta stessa, per un'altra ed ancora più corposa parte da documenti essi pure costituzionali *quoad substantiam*, non pure però *quoad formam*.

3. La decostituzionalizzazione registratasi sul fronte intraordinamentale: le testimonianze particolarmente attendibili che se ne hanno in relazione al regime dei rapporti Stato-Regioni dal quale risultano gravi e perduranti carenze, specie per ciò che attiene agli istituti di cooperazione, che seguitano ad essere regolati (peraltro, solo in parte) a mezzo di discipline di rango subcostituzionale

Per l'aspetto ora considerato, a non diversa sorte sono andati (e vanno) incontro i rapporti sul versante intraordinamentale.

Si considerino solo, con la massima rapidità, alcuni dei tratti maggiormente qualificanti ed espressivi della vicenda regionale. Ebbene, malgrado sia

sopravvenuta nel 2001 una revisione della Carta che ha in buona sostanza riscritto di sana pianta il Titolo V, i rapporti in parola, in alcune delle loro maggiori espressioni, seguitano ad essere regolati da norme di rango subcostituzionale (in lata accezione), legislative e persino di grado ancora inferiore, senza che se ne abbia un adeguato appiglio in Costituzione dal quale essi possano stabilmente tenersi. A dirla tutta, per un verso, profili di rilievo costituzionale delle relazioni in parola sono disciplinati per intero da fonti di rango non costituzionale, per un altro verso poi le pur sommarie indicazioni della Carta stessa sono andate (e seguitano ad andare) incontro a torsioni vistose, implementandosi nell'esperienza in forme irriconoscibili alla luce del disegno costituzionale.

Si pensi, ad es., agli istituti caratterizzanti il c.d. regionalismo cooperativo¹⁰. È invero singolare e francamente stupefacente che, malgrado l'ormai acclarato fallimento del modello di regionalismo garantista che a giudizio di un'accreditata dottrina¹¹ sarebbe stato fatto proprio dalla Carta nella sua originaria formulazione¹², al momento in cui si è posto mano al rifacimento del Titolo V non si sia avvertito il bisogno di fare menzione, pur se *per essentialia*, degli istituti di cooperazione. Viene da dire che la lezione della storia è, una volta di più, caduta nel vuoto... Parimenti singolare è che, non andati a buon fine i tentativi fatti in seguito di dare voce agli istituti in parola, a partire da quello di incardinare i rappresentanti delle autonomie nella seconda Camera allo scopo complessivamente ristrutturata, nei dibattiti sulle modifiche della Carta che in modo acceso e confuso si svolgono nel tempo presente nessun rilievo si dia alla riforma in parola: come se la sorte dell'autonomia su basi territoriali in genere e regionale in ispecie non sia

¹⁰ ... dei quali hanno, ancora non molto tempo addietro, discorso gli autori dei contributi ospitati da *Le Regioni*, 2/2024.

¹¹ Faccio qui, per tutti, solo il nome del mio compianto Maestro, T. MARTINES che – come si sa – ha concorso allo studio dell'autonomia regionale con contributi pionieristici che hanno in rilevante misura segnato gli sviluppi della dottrina successiva: per tutti, v., dunque, almeno il suo *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 100 ss.

¹² Questa ricostruzione, ampiamente condivisa specie nei primi decenni di esperienza repubblicana (al tempo cioè in cui non si era ancora avuta l'istituzione delle Regioni di diritto comune), poggiava essenzialmente sul dato costituito dalla mancata previsione – come si viene dicendo – degli istituti di cooperazione e rispondeva al fine dichiarato di garantire al meglio la condizione degli enti di autonomia, suscettibile di trovarsi gravemente esposta davanti ad atti statali abilitati a limitarla da formule della Carta dotate di vistosa apertura semantica.

degna di alcuna considerazione e che altre, dunque, siano le priorità meritevoli di attenzione¹³.

¹³ ... quale, ad es., quella del premierato elettivo o l'altra della separazione delle carriere dei magistrati, per un verso sottovalutando la circostanza per cui l'una riforma è un autentico salto nel buio dagli imprevedibili ed inquietanti effetti di sistema e, per un altro verso, quanto alla seconda novità, ignorandosi il dato elementare per cui a transitare dall'uno all'altro ramo è lo 0,2% dei magistrati... [sul premierato elettivo, nella ormai alluvionale lett., v., almeno, A. ALGOSTINO, *Premierato... purché Capo sia: il fascino della verticalizzazione del potere e i rischi del suo innesto in una democrazia spolitizzata*, in Riv. AIC (www.rivistaaic.it), 3/2023, 19 luglio 2023, 120 ss.; AA. VV., *Riforme istituzionali e forme di governo*, a cura di G. Pitruzzella - A. Poggi - F. Fabrizzi - V. Tondi della Mura, Giappichelli, Torino 2023; R. TARCHI, *Il «premierato elettivo»: una proposta di revisione costituzionale confusa e pericolosa per la democrazia italiana*, Editoriale, in Oss. fonti (www.osservatoriosullefonti.it), 3/2023, 5 ss.; F. FURLAN, *Il premierato elettivo è la strada giusta? La lezione di vent'anni di elezione diretta dei Presidenti di regione*, in Consulta OnLine (www.giurcost.org), 3/2023, 28 novembre 2023, 1020 ss.; i contributi che sono in *Dir. pubbl. eur. - Rass. on-line*, 2/2023; nella stessa Rivista, G. FERRAIUOLO, *La revisione della forma di governo tra noto e ignoto*, 1/2024, 265 ss.; A. LUCARELLI, *Premierato e riforme costituzionali: il mito della governabilità*, in Riv. AIC, 4/2023, 18 dicembre 2023, 296 ss.; AA.VV., *Un presidente eletto dal popolo? Obiettivi, limiti, vie praticabili del premierato*, a cura di F. Blando, Giappichelli, Torino 2024; A. POGGI, *Le «virtù» del premierato. Sistema politico e forma di governo in Italia*, Giappichelli, Torino 2024; A. STERPA, *Premierato all'italiana. Le ragioni e i limiti di una riforma costituzionale*, Giappichelli, Torino 2024; R. CALVANO, *Premierato: disfunzionalità e criticità*, in Il Mulino, 3/2024, 30 ss.; P. BECCHI, *Un premier non eletto direttamente ma con poteri effettivi*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2024, 20 marzo 2024, 301 ss.; nella stessa Rivista, P. PILUSO, *Alcune considerazioni critiche intorno al dibattito sul premierato elettivo. Tra falsi esempi e nuovi squilibri*, 3/2024, 5 settembre 2024, 1 ss.; M. RUOTOLO, *La verticalizzazione del potere. La separazione dei poteri alla prova dell'integrazione europea e di una recente proposta di riforma costituzionale*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 1/2024, 7 giugno 2024, 168 ss.; nella stessa Rivista, D. VITALE, *Il «premierato elettivo» nel prisma personalista*, 3/2024, 14 gennaio 2025, 47 ss.; i contributi che sono nello *Speciale su Osservazioni ai disegni di legge costituzionale S. 830 e S. 935 recanti disposizioni per l'introduzione dell'elezione diretta del presidente del Consiglio dei ministri*, in in Oss. cost. (www.osservatorioaic.it), 1/2024; nella stessa Rivista, S. CAFIERO, *La riforma sul «premierato» e la «tradizione parlamentare» italiana. Razionalizzazione o abbandono?*, 2/2024, 2 aprile 2024, 138 ss.; E. ALBANESI, *L'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri ed il c.d. simul simul. Della fine del libero mandato parlamentare («Après moi le déluge!»)*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 2/2025, 15 gennaio 2025, 1 ss.; L. D'ANDREA, *Il premierato elettivo, tra diritto e politica: brevi notazioni critiche*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2025, 13 febbraio 2025, 61 ss.; M. BETZU, *Il premierato e la trasfigurazione della fiducia parlamentare*, in Riv. AIC (www.rivistaaic.it), 1/2025, 4 marzo 2025, 281 ss., spec. 289 ss.; F. RANIOLO, *«Datemi una leva ...». Premierato elettivo e dinamiche politiche*, in *La citt. eur. online* (www.lceonline.it), 1/2025, 73 ss. Se si vuole, possono poi vedersi anche i miei *La riforma Meloni e le sue stranezze, al bivio tra evoluzione istituzionale ed involuzione autoritaria*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2023, 20 novembre 2023, 1009 ss., e, nella stessa Rivista, *Il premierato elettivo e la deconstituzionalizzazione della Costituzione (note minime su una spinosa questione)*, 3/2024, 17 ottobre 2024, 1157 ss.; A. MORRONE, *Sul «premierato elettivo» nei progetti di revisione costituzionale*, in Oss. cost. (www.osservatorioaic.it), 4/2025, 1 luglio 2025, 1 ss. Quanto, poi, alla riforma della magistratura e del CSM, *ex plurimis*, v. G. AZZARITI, *La separazione delle carriere dei magistrati*, in Oss. cost. (www.osservatorioaic.it), 2/2023, 4 aprile 2023, 5 ss.; G. SILVESTRI, *Separazione delle carriere: nella riforma il rischio di un'ipertrofia dell'accusa e di una eterogenesi dei fini*, in *Sist. pen.* (www.sistemapenale.it), 25 febbraio 2025; pure *ivi*, G.M. FLICK,

Si assiste, pertanto, ad una decostituzionalizzazione *quoad formam* di una porzione consistente della materia costituzionale; ed è chiaro che ciò si risolve, a conti fatti, in un danno per il soggetto debole dei rapporti di cui ora si discorre, la Regione, che avrebbe piuttosto potuto giovare del riconoscimento fatto in Costituzione della sua aspettativa di concorrere significativamente alla formazione degli atti statali dai quali quindi discendono limiti corposi per la sua autonomia.

Qui, la questione si intreccia con quella legata al modo di essere del linguaggio costituzionale, nella sua vecchia così come nella nuova formulazione. La Carta è, infatti, disseminata di espressioni linguistiche opache e, in più punti, sibilline¹⁴; ed è evidente che, sul versante dei rapporti di cui ora si discorre, chi maggiormente ne trae beneficio è il soggetto forte, lo Stato.

Si pensi, solo per fare il primo esempio che viene in mente, alle considerevoli aperture semantiche degli enunciati relativi sia agli ambiti materiali riconosciuti di competenza di questo o quell'ente ovvero congiuntamente di entrambi e sia ai

Dalla separazione delle carriere al giusto processo, 25 giugno 2025; V. BALDINI, *Separazione delle carriere dei magistrati e altre novità costituzionali: tra moniti narrativi e pregiudizi culturali*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2025, 17 marzo 2025, 189 ss.; AA.VV., *L'Alta Corte disciplinare. Pro e contro di una proposta che fa discutere*, a cura di R. Balduzzi e G. Grasso, Educatt, Milano 2025; AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il Consiglio Superiore della Magistratura, tra modello costituzionale e prospettive di riforma*, a cura di E. Malfatti e R. Romboli, e-book, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), giugno 2025; E. CASTORINA, *Riforme della "giustizia": un percorso ancora incompiuto*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2025, 9 giugno 2025, 776 ss.; nella stessa *Rivista*, G. MONACO, *Sul progetto di un nuovo assetto costituzionale della magistratura*, 23 giugno 2025, 922 ss., e I. GULLINO, *L'Alta Corte disciplinare: quale ruolo ed impatto sugli equilibri costituzionali?*, 30 giugno 2025, 992 ss.; S. MUSOLINO, *Il no alla separazione delle carriere con parole semplici: un tentativo*, in *Quest. giust.* (www.questionegiustizia.it), 30 giugno 2025; F. DONATI, *Il progetto di riforma del CSM*, Editoriale, in *Oss. fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 1/2025, 5 ss.].

¹⁴ Sul modo di essere del linguaggio costituzionale e sui problemi che ne conseguono, tra gli altri, v. G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 2/1989, 229 ss.; M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars interpretandi*, 1997, 103 ss.; AA.VV., *La lingua dei giuristi*, a cura di P. Caretti e R. Romboli, Pisa University Press, Pisa 2016; B. BARBISAN, *La più bella del mondo? Leggibilità e concretezza della Costituzione italiana*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2022, 8 giugno 2022, 142 ss., e, nella stessa *Rivista*, J. VISCONTI, *La lingua della Costituzione tra lessico e testualità*, 3/2022, 29 agosto 2022, 110 ss. Inoltre, i contributi al convegno AIC di Messina e Taormina del 27 al 29 ottobre 2022, su *Lingua linguaggi diritti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2023; L. BUFFONI, *Il metodo del diritto costituzionale. La natura e l'artificio*, Editoriale Scientifica, Napoli 2024, spec. 234 ss., e, ora, I. DE CESARE, *Il linguaggio costituzionale tra testo e interpretazione*, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 2024.

limiti concernenti l'esercizio delle pubbliche funzioni, con specifico riguardo alla produzione delle leggi.

Si dirà che la laconicità del dettato costituzionale è un fatto fisiologico, congeniale alla natura della Carta ed al suo modo di esprimersi. Senza, ovviamente, negare questo dato di comune esperienza, è pur vero tuttavia che gli svolgimenti concreti della vicenda regionale hanno portato in evidenza lacune ed imperfezioni ora più ed ora meno vistose dell'originario dettato costituzionale cui non si è stranamente posto rimedio in sede di riscrittura del Titolo V, demandandosi come sempre all'opera certosina degli interpreti, in ispecie dei giudici, la ricucitura di un tessuto costituzionale fattosi col tempo a brandelli. Le maggiori carenze – come si diceva – attengono agli istituti di cooperazione, non dandosi una pur sommaria rappresentazione nella Carta delle sedi e dei modi con cui le Regioni possono far valere le istanze facenti capo alla loro autonomia al momento in cui si confezionano gli atti statali. Ciò che ha particolare rilievo con riguardo agli atti chiamati, per un verso, a riempire di contenuti le etichette relative alle materie e, per un altro (e, forse, ancora più rilevante) verso, a dare voce ai limiti stabiliti per le manifestazioni di autonomia in genere, specie per quelle di forma legislativa.

Il cerchio così si chiude in modo perfetto, con grave pregiudizio tanto delle istanze di autonomia quanto di quelle di unità-indivisibilità dell'ordinamento che – è bene non dimenticare – è (o, meglio, *dovrebbe* essere) cosa assai diversa dalla piatta ed incolore uniformità non di rado riscontratasi per effetto dell'azione a tenaglia esercitata, da un canto, dagli organi della direzione politica e, dall'altro, dagli stessi organi di garanzia, in ispecie dalla Corte costituzionale, dimostratasi fin qui particolarmente sensibile e attenta nei riguardi delle misure varate dagli organi centrali d'indirizzo, pur laddove – ahimè – si risolvessero (e seguitino a risolversi) in una corposa alterazione delle linee portanti del modello costituzionale¹⁵.

¹⁵ Una parte assai consistente delle alterazioni in parola si deve – come si sa – alla mano dei decisori politici; non meno consistente è, però, anche quella dovuta agli stessi garanti. Non è agevole, per vero, soppesare le une con le altre. Sarebbe, ad ogni buon conto, assai interessante un raffronto tra le stesse, cui stranamente non si è ad oggi fatto ancora luogo. Per un inquadramento di ordine generale delle trasformazioni costituzionali, v., spec., V. BALDINI, *Dinamiche delle trasformazioni costituzionali*, Cacucci, Bari 2023.

Resta, nondimeno, ad oggi aperta la spinosa questione teorico-pratica concernente la determinazione della linea divisoria tra il carattere fisiologicamente contenuto e strutturalmente duttile degli enunciati costituzionali e la loro eccessiva laconicità ed opacità concettuale che – come si viene dicendo – ridonda in una sostanziale decostituzionalizzazione, ovverosia si risolve in una mediocre *vis* prescrittiva degli enunciati stessi e, per ciò stesso, in un complessivo, grave squilibrio nei rapporti tra Costituzione e politica, a tutto detrimento della prima e a beneficio della seconda, in buona sostanza lasciata libera di affermarsi al massimo delle sue potenzialità espressive, secondo occasione.

Prende così forma quell'uso congiunturale della Costituzione, di cui si è discusso in sedi diverse da questa e per esigenze ricostruttive parimenti diverse: una Costituzione che viene in modo vistoso agitata come un vessillo da questa o quella parte politica ma che, nei fatti, è strumentalmente piegata ad esigenze che sono appunto di parte, risultando peraltro non di rado sovraccaricata dagli stessi garanti di indebite valenze, ben oltre dunque di ciò che parrebbe essere oggettivamente consentito dal linguaggio costituzionale.

Sta di fatto – per ciò che ora maggiormente importa rimarcare – che una strumentazione teorica adeguata a mettere a fuoco la linea divisoria suddetta non è stata, che io sappia, ancora inventata e dubito molto che possa, peraltro, esserlo in futuro. Certo, qui pure può attingersi a quelle *consuetudini culturali* di riconoscimento diffuse e radicate nel corpo sociale, cui si è poc'anzi ad altro riguardo accennato. Non va, tuttavia, trascurata la circostanza per cui gli operatori politici dispongono di risorse formidabili alle quali attingere per condizionare in significativa misura gli orientamenti invalsi in seno al corpo sociale, fino al punto di determinarne sostanzialmente il verso e le maggiori espressioni.

È pur vero (e non può qui esser fatto passare sotto silenzio) che l'osservazione comparata di Carte costituzionali diverse dalla nostra parrebbe avvalorare l'idea che di una decostituzionalizzazione non possa propriamente parlarsi in presenza di enunciati concettualmente aperti, quali sono appunto quelli, sopra già richiamati, concernenti le materie di competenza di questo o quell'ente e i limiti ai quali va

incontro l'esercizio delle pubbliche funzioni, specie di quella di produzione normativa. Parimenti vero ed innegabile è, però, che si danno casi non infrequenti al ricorrere dei quali risulta acclarata la dipendenza concettuale degli enunciati costituzionali da enunciati subcostituzionali in genere, volti – si dice – a dare “attuazione” ai primi ma, in realtà, a motivo della evanescenza concettuale di quelli, a fissarne in buona sostanza il senso.

In congiunture siffatte, la sostanziale decostituzionalizzazione della Costituzione è, dunque, acclarata. Non può comunque negarsi che nel circolo ermeneutico ciascuno dei materiali normativi che in esso s'immettono dà agli altri e da questi, allo stesso tempo, riceve suggestioni ed indicazioni concettuali e positive; neppure, però, può revocarsi in dubbio che alcuni enunciati costituzionali, pur non alimentandosi mai parassitariamente da enunciati subcostituzionali (in senso lato)¹⁶, sono in corposa e vistosa misura debitori di indicazioni provenienti da questi ultimi.

Viene, dunque, a prendere forma un “blocco di costituzionalità” – come suole essere chiamato – che assume varie sembianze a seconda della prospettiva da cui è riguardato: *dall'angolo visuale della teoria delle fonti* o – per dir meglio – di una teoria d'ispirazione formale-astratta, qual è quella in cui si riconoscono dottrina e giurisprudenza correnti, resta fermo l'ordine gerarchico in cui si dispongono gli atti componenti il “blocco” stesso; *dall'angolo visuale della teoria della interpretazione*, di contro, l'immagine del “blocco” appare assai diversa, persino rovesciata su se stessa, una volta che risulti accertato il maggior debito *culturale* di cui la Carta è portatrice, in ispecie appunto in alcuni suoi enunciati, nei riguardi delle *norme* prodotte dagli atti adottati al fine della sua “attuazione”.

È poi pur vero che, in seno al *genus* delle norme che danno “attuazione” al dettato costituzionale, vanno diversamente considerate quelle apprestate allo scopo di darvi il *primo, diretto e necessario* svolgimento positivo rispetto alle altre che, venendo successivamente a queste, concorrono in minor misura all'attuazione

¹⁶ ... a motivo del fatto che una qualche capacità di delimitazione di sensi va pur sempre riconosciuta alla scrittura costituzionale.

stessa: norme, peraltro, le une e le altre non sempre agevolmente individuabili, ciò che in ultima istanza compete agli operatori di volta in volta chiamati a farvi luogo (e, segnatamente, ad amministratori e giudici). Sta di fatto che – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – assai di frequente prendono forma “catene” di norme strutturalmente e funzionalmente connesse, catene che poi hanno di sovente avvio in ambito sovranazionale, svolgendosi ed implementandosi quindi in ambito interno a più livelli istituzionali (centrale e periferico); e “catene” che rendono testimonianza del fatto che nel campo materiale costituzionale si ha riscontro di un affollamento di norme di varia estrazione. La qual cosa, poi, rende per la sua parte conferma della impossibilità di riproporre stancamente schemi d’inquadramento sistematico ormai logori ed invecchiati, ispirati a rigida separazione delle competenze, laddove ormai l’integrazione tra queste ultime – lo si voglia o no – risulta essere viepiù avanzata ed è, ad ogni buon conto, inevitabile.

Nell’insieme composto dalle norme in parola, nel suo fare “blocco” con le norme costituzionali, queste ultime assai di frequente non giocano – come si è venuti dicendo – ormai più un ruolo di prima grandezza che piuttosto, per quanto possa non piacere riconoscerlo, è da assegnare proprio alle discipline c.d. di “attuazione” del dettato costituzionale, non soltanto ovviamente per quantità ma anche per qualità meritevoli di una speciale considerazione.

Si coglie qui, dunque, l’essenza della parziale e tuttavia consistente decostituzionalizzazione della Costituzione; la circostanza, poi, che la “misura” della stessa dipenda dalla stessa Costituzione e dalle discipline che non l’hanno aggiornata a modo non toglie che essa appunto si abbia.

4. La varia misura della deconstituzionalizzazione nel passaggio da un enunciato all’altro e la parimenti varia forza normativa in senso sostanziale dagli enunciati stessi esibita, anche in ragione del linguaggio con il quale si esprimono e delle sue ora maggiori ed ora minori aperture semantiche (le indicazioni, largamente sommarie e concettualmente opache, venute dai disposti concernenti il riparto di materie e funzioni tra Stato e Regioni)

A rendere poi ancora più aggrovigliata la matassa è la circostanza per cui l'intensità o la misura della decostituzionalizzazione – se così vuol dirsi – non resta sempre uguale a sé stessa bensì varia da un enunciato all'altro, nonché in ragione del contesto in cui ciascuno di essi s'inscrive e produce effetti. Il che, poi, nei fatti equivale a riconoscere che la *forza normativa*, sostanzialmente intesa, della Costituzione non è eguale per tutti gli enunciati, dipendendo, oltre che dal modo con cui ciascuno di essi si esprime e dal rapporto che intrattiene con altri enunciati di forma subcostituzionale con i quali fa "sistema" o – come poc'anzi si diceva – "blocco", altresì (e in non secondaria misura) dalla situazione di fatto alla quale è, di volta in volta, destinato ad essere applicato.

È interessante notare che proprio gli enunciati comunemente considerati espressivi delle norme apicali dell'ordinamento e, perciò, qualificanti l'essenza della Costituzione, i principi fondamentali, sono quelli che esibiscono la maggiore duttilità strutturale, facendosi pertanto docilmente piegare davanti alle più vigorose e pressanti esigenze.

Faccio al riguardo solo un paio di esempi che mi paiono essere d'immediata evidenza, senza dunque indugiare in un'analisi maggiormente accurata di cui è, di necessità, altra la sede.

Riprendo, quanto al primo, per maggiore comodità, alcune indicazioni sopra date. Si torni, dunque, a considerare, solo per un momento, l'art. 5 della Carta, con il richiamo ivi fatto all'unità-indivisibilità della Repubblica ed alla promozione dell'autonomia, in ciascuna delle sue articolazioni ed espressioni e in tutte assieme. Ebbene, come si è già più volte fatto notare, non si è qui in presenza – come, invece, una nutrita schiera di studiosi ritiene – di due valori distinti o, peggio, contrapposti, bensì di un solo, internamente composito, valore che è appunto quello dell'unità nella promozione – la massima consentita dalle condizioni oggettive di contesto – dell'autonomia, ovverosia, invertendo i termini ma con identità di risultato, quello di autonomia nella unità-indivisibilità dell'ordinamento. Il valore, insomma, ha doppio volto, come Giano bifronte; se più

piace dire, consta di due elementi chiamati dalla Carta a stare in perenne equilibrio, senza che l'uno possa mai prevaricare sull'altro.

La Costituzione, tuttavia, non dice in che modo quest'equilibrio si raggiunge e come incessantemente si rinnova, trasmettendosi nondimeno integro nel tempo. La prima, diretta ed immediata specificazione concettuale e positiva dovrebbe darla al riguardo la stessa Carta costituzionale, segnatamente nel Titolo V; solo che quest'ultimo, tanto nella sua originaria formulazione quanto in quella venuta alla luce con la riforma del 2001, esibisce gravi e diffuse carenze, rimandando a sua volta, per un verso, a discipline che stanno fuori della Costituzione per le sue opportune precisazioni concettuali e, per un altro verso, alla costante messa a punto da parte di studiosi ed operatori, in ispecie dei giudici. Con riguardo all'opera prestata da questi ultimi, meritano di essere messe in particolare evidenza alcune novità di rilievo registratesi nell'esperienza, la più significativa delle quali è, a mio modo di vedere, data dallo spostamento di piano messo in atto in sede di messa a fuoco dei limiti per l'autonomia. Proprio da qui, infatti, come subito si dirà, è venuta la più significativa delle alterazioni patite dal figurino costituzionale e, per ciò stesso, la maggiore causa di squilibrio all'interno del valore di unità-autonomia. Mi riferisco, in particolare, alla conversione registratasi nei limiti stabiliti per le manifestazioni dell'autonomia, in ispecie per quelle di forma legislativa¹⁷. Ebbene, secondo modello, i limiti in parola presentavano per l'originario dettato e anche per il nuovo presentano *carattere strutturale*, sono cioè determinati in modo tale da tradursi, in primo luogo, in un... *autolimit* per la stessa disciplina statale. Così, ad es., è per i "principi fondamentali" delle leggi-quadro relative a materia di potestà concorrente o per le "norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica", quanto alle materie di potestà c.d. "piena" o primaria riconosciuta dagli statuti a beneficio delle Regioni di speciale autonomia. Di contro, nell'esperienza i limiti in parola sono stati intesi e fatti valere, in buona sostanza, come se avessero *carattere funzionale*, riconoscendosi abilitate le leggi statali a

¹⁷ Su *Lo stato delle Regioni nella legislazione* v., con questo titolo, un accurato studio di A. MORRONE, in *Le Regioni*, 1/2024, 13 ss.; pure *ivi*, altri contributi di vario segno.

circoscrivere la portata dell'autonomia e, perciò, a distendersi sopra gli ambiti materiali di spettanza regionale anche con statuizioni assai minute e dettagliate, laddove si assuma che si diano interessi nazionali meritevoli di tutela, la cui cura pertanto non possa che essere demandata alle leggi suddette.

Non si sta ora, ovviamente, a discutere della solidità teorico-positiva di siffatta esperienza ormai radicata e viepiù avvalorata dalla riscrittura del Titolo V che, pur avendo rimosso – come si sa – dalla lavagna costituzionale ogni riferimento all'interesse nazionale, ne ha ulteriormente riprodotto le sembianze, mascherandole tuttavia camaleonticamente, specie a mezzo delle competenze c.d. "trasversali", quale quella concernente la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali, bisognosi di essere uniformemente fissati per l'intero territorio della Repubblica.

D'altro canto, la conversione dei limiti nel senso appena indicato – piaccia o no – si è ormai affermata ed è sterile pertanto contestarla, pur se con buoni argomenti: sarebbe come pretendere di abbattere a testate un muro granitico... Certo si è che, per effetto dello spostamento di piano in parola, si è spianata la via per il sostanziale squilibrio nei rapporti tra Costituzione e politica, ovverosia per quell'uso congiunturale della Costituzione, cui si accennava poc'anzi, e, con esso, per l'alterazione interna al valore di unità-autonomia. E ciò, per il fatto che, qualora si fosse tenuto fermo il carattere strutturale del limite per l'autonomia, per quanto possa essere (ed effettivamente sia) incerto stabilire dove si situa il confine tra principi e regole, ovverosia si trapassa da quelli a queste, le Regioni almeno nei casi maggiormente vistosi di incisione della loro sfera di competenze avrebbero potuto ricevere tutela dal giudice delle leggi. Affermatosi, di contro, il carattere funzionale del limite, *le ragioni della politica hanno facile gioco per farsi valere sulle ragioni della Costituzione*, venendosi di conseguenza l'autonomia a trovare – come si diceva – gravemente esposta.

5. La decostituzionalizzazione concernente il riconoscimento dei “nuovi” diritti fondamentali, provvisto unicamente del labile riferimento fattovi nell’art. 2 e bisognoso quindi di fare capo a documenti materialmente costituzionali, le Carte dei diritti, venuti alla luce in ambito internazionale e sovranazionale e, però, in disprezzo della loro natura e funzione, non recepiti nell’ordine interno con atti di forma parimenti costituzionale

Il secondo esempio che mi parrebbe, al pari del primo, particolarmente istruttivo a riguardo della singolare apertura e duttilità degli enunciati relativi ai principi fondamentali è quello offerto dal riferimento fatto nell’art. 2 ai diritti inviolabili dell’uomo.

Non nego che siffatto richiamo abbia potuto tradursi in non pochi benefici per i diritti. Eppure, così come l’art. 11 ha costituito (e costituisce) un aggancio assai poco consistente per i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale, secondo quanto si è qui pure fatto notare, allo stesso modo anche l’art. 2 costituisce una coperta troppo corta, inadeguata ad assicurare congrua protezione a diritti dei quali – piaccia o no (e a me non piace) – non si è fatta e seguita a non farsi menzione nella Carta¹⁸. La circostanza, essa pure già rilevata, per cui si è data ricezione ad alcune Carte dei diritti con legge comune, laddove a mia opinione avrebbe dovuto farsi utilizzo dello strumento della legge costituzionale, ulteriormente avvalora la tesi, qui argomentata, secondo la quale proprio la parte maggiormente rilevante della materia costituzionale, quella che ne qualifica l’essenza, i diritti fondamentali, rimane soggetta a discipline perlopiù di grado subcostituzionale, comunque tenute a prestare osservanza ai principi fondamentali, discipline che peraltro esibiscono esse pure gravi e perduranti carenze, sì da obbligare gli operatori del diritto (e, segnatamente, i giudici) ad un’attività di vera e

¹⁸ Sono da tempo convinto della opportunità di un congruo aggiornamento del catalogo dei diritti fondamentali, rendendosi, anche (e soprattutto) per quest’aspetto di cruciale rilievo, per un verso, maggiormente competitiva la nostra Carta rispetto ad altre di più fresca redazione e, per un altro verso, equilibrati i rapporti, ad oggi gravemente alterati, tra legislatore costituzionale e legislatore comune da un canto, tra legislatore e giudici dall’altro (ma v. quanto se ne dice subito di seguito nel testo).

propria produzione normativa di rango costituzionale messa tuttavia in atto con strumenti di per sé inadeguati a darla.

Ad ogni buon conto, avuto specifico riguardo ai diritti inviolabili, proprio la labilità concettuale del linguaggio costituzionale sollecita a rinvenire alcuni punti sia pur relativamente fermi ai quali ancorare la ricognizione semantica del disposto contenuto nell'art. 2.

Due, in particolare, ai miei occhi appaiono essere quelli maggiormente sicuri, uno di sostanza e l'altro di metodo. Mi limito ad indicarli senza alcuno svolgimento argomentativo, anche per non ripetere cose già in altri luoghi e, sia pure molto sommariamente, qui pure dette.

Il primo è dato dal riferimento a quelle *consuetudini culturali* di riconoscimento dei bisogni elementari della persona umana, diffusamente ed intensamente avvertiti in seno al corpo sociale come appunto espressivi di diritti fondamentali, vecchi o nuovi che siano, di cui si è poc'anzi discusso.

Il secondo è dato dal c.d. "dialogo" tra le Corti, per effetto del quale prende corpo nel modo migliore quella integrazione nei fatti interpretativi della Costituzione con le altre Carte dei diritti, cui pure si è fatto cenno. Il confronto intergiurisprudenziale è, infatti, fattore sia di rinnovamento che di stabilizzazione semantica. Nel tempo lungo, tuttavia, fermo l'incessante evolvere degli orientamenti dei giudici, attraverso il "dialogo" in parola vengono ad affermarsi significative convergenze tra gli orientamenti stessi: magari, non se ne avrà l'identità e la perfetta sovrapponibilità, ciò che è peraltro naturale laddove il raffronto si abbia tra Corti che operano in ordinamenti diversi, pur se a vario titolo collegati tra di loro; e, però, il ravvicinamento di posizioni dapprima distanti e, a volte, persino contrapposte è garantito se da una parte e dall'altra si produce lo sforzo di intendersi, nella ricerca di soluzioni comunque idonee a dare appagamento – il massimo possibile alle condizioni oggettive di contesto – ai diritti fondamentali.

Ora, se si conviene, come deve convenirsi, a riguardo del fatto che uno dei principi fondamentali dell'ordinamento è quello dell'apertura al diritto internazionale e

sovrana nazionale, risultante dagli artt. 10 e 11 nel loro fare “sistema” con gli artt. 2 e 3 della Carta, componenti – si è più volte rilevato e qui pure piace ribadire – la *coppia assiologica fondamentale* dell’ordinamento¹⁹, è gioco forza concludere che è pur sempre la Carta stessa a fare da locomotiva per l’ingresso in ambito interno di materiali normativi e giurisprudenziali provenienti *ab extra*, materiali che dunque a mo’ di vagoni si agganciano a quella e si fanno portare alla sua stessa meta. Di qui, la conferma che, con il fatto stesso di riconoscere in occasione di una vicenda processuale data che *ab extra* è offerta ai diritti una tutela ancora più avanzata di quella che può venire dalla Costituzione, non si ha – se ci si pensa – alcuna menomazione per quest’ultima bensì, all’inverso, il suo ulteriore rafforzamento. E ciò, per la elementare ragione che quest’esito linearmente discende da un *nostro* principio fondamentale, quello appunto di apertura al diritto internazionale e sovrana nazionale nel suo fare “sistema” con i valori restanti, in ispecie – come si è venuti dicendo – con quelli di libertà ed eguaglianza.

Dall’apertura d’altronde discendono – com’è chiaro – limiti per la sovranità dello Stato, limiti che la stessa Costituzione giustifica in nome dei valori di pace e di giustizia tra le Nazioni; e tutti sanno che senza l’una e l’altra non possono esservi diritti fondamentali, in particolare alcuni di essi maggiormente esposti a vistosa contrazione in occasione dei fatti bellici. Altro è, però, riconoscere che possano (e, al ricorrere di talune circostanze, debbano) aversi limitazioni siffatte, altra cosa è *come* le stesse possano (e debbano) aversi.

Torna qui in rilievo la questione, dietro accennata, relativa alle forme giuste con le quali trattare la materia costituzionale, in alcune delle sue maggiori espressioni (e, tra queste, senza dubbio alcuno, v’è quella concernente i limiti per la sovranità). Rimettere per intero a discipline prive di forma costituzionale la normazione, seppur *per essentialia*, riguardante la materia stessa è, dunque, una deconstituzionalizzazione palese (e, a mia opinione, indebita), peraltro – si faccia

¹⁹ Sulle mutue implicazioni tra libertà ed eguaglianza, non può non farsi qui, una volta di più, richiamo di G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma - Bari 2009.

caso – non autorizzata in modo esplicito dalla stessa Carta che non vi fa parola alcuna.

Non si trascurino, infine, i riflessi di ordine politico-istituzionale discendenti da siffatta apertura di credito di cui beneficiano le leggi comuni, sol che si pensi ai diversi modi di essere e di operare dei rapporti tra maggioranza ed opposizioni, rispettivamente, in occasione della formazione delle leggi comuni e di quelle costituzionali, senza peraltro tralasciare di considerare la circostanza, qui pure già rilevata, secondo cui una parte cospicua delle limitazioni di sovranità poste in essere in funzione della salvaguardia dei diritti inviolabili discende in modo immediato e diretto da decisioni dei giudici, obbligati ad un innaturale ruolo di “supplenza” nei riguardi di un legislatore che mostra pervicacemente di non avere molto a cuore le sorti dei diritti, già con riguardo alle vicende cruciali della esistenza umana, nascita e morte, cui si è poc’anzi accennato²⁰.

²⁰ Sul ruolo dei giudici nelle democrazie contemporanee la letteratura è ormai incontenibile: solo per un riferimento ad uno scritto assai di recente apparso, v. M. GUGLIELMI, *I giudici nella crisi delle democrazie europee: antefatti e rischi del “nuovo fronte” italiano*, in *Quest. giust.* (www.questionegiustizia.it), anticipaz. del fasc. 1-2/2025, 4 luglio 2025.

La vita.
Valore fondamentale del diritto e della biogiuridica
di
Agata C. Amato Mangiameli*

Sommario: 1. L'uomo come unità vitale personale. – 2. Tra *bios* e *psyché* un vincolo indissolubile. – 3. La vita, il suo inizio, la sua fine, l'Io, il soggetto di diritto.

1. L'uomo come unità vitale personale

Diversamente dalle altre forme organiche viventi (animali e piante), la specie umana ha una struttura vitale specifica, caratterizzata dall'eccentricità, ovvero dal suo essere partecipe al contempo di un 'in sé' e di un 'fuori di sé', di un centro e di un al di là del centro stesso. Per via dell'eccentricità, l'uomo è costitutivamente un io-soggetto e un io-oggetto, detto in altre parole un soggetto-oggetto della cultura e un soggetto-oggetto della natura, così che ogni distinzione può diventare una mera astrazione artificiosa, poiché l'uomo è simultaneamente legato alla natura (condizionato da essa) ed è libero, cresce spontaneamente ed è costruito, è originario ed è artificiale. Ed è a partire da questa fondamentale duplicità e irrimediabile ambivalenza che l'essere umano si apre all'esperienza del mondo interno, del mondo esterno e del mondo comune. Su questa base vanno letti i termini quali vita e vivente, corpo e corporalità, sé riflessivo e sé avente, in modo da comprendere la complessa dinamica e l'ineliminabile oscillazione di un essere che è *il* suo corpo ed è anche *nel* suo corpo, atteso che è ipotizzabile una distanza

dal corpo (a dispetto dell'iniziale contraddizione) solo se in unità con questo stesso corpo e con il tutto.

Riprendendo le considerazioni di antropologia filosofica di Helmuth Plessner¹ – e in particolare il concetto di posizionalità da riferire a un uomo pensato nella sua unità psicofisica e non invece nel rigido dualismo di natura e spirito – ci si può domandare se sia possibile unire la storia dello spirito (e l'aspetto spirituale essenziale al soggetto dell'attività culturale) con la storia della natura (e cioè con l'aspetto fisiologico dell'uomo), in modo da avere una ricostruzione e un punto di vista che eviti sia gli errori dell'empirismo e sia quelli dell'apriorismo. Un interrogativo, questo, tanto più importante se si considera che è proprio dall'assenza di un unico punto di vista fondamentale che consegue una doppia verità: ora, la visione del mondo a partire dalla coscienza, e cioè l'uomo come Sé, come Io, quale soggetto di una volontà libera; ora, la visione di tipo naturalistica, e cioè l'uomo come natura, come cosa, quale oggetto del determinismo causale.

Di qui, l'alternativa: o è lo spirito, oppure è la natura a essere fioritura e risultato, origine ed esito, così che *tertium non datur*. Sempre di qui, il ripresentarsi dell'alternativa tra empirismo e apriorismo. Per un verso, l'uomo, con tutte le sue caratteristiche (corporee e spirituali), è l'ultimo livello dell'evoluzione organica nella terra, giacché la sua stessa coscienza, il suo stesso intelletto, come pure il sistema di forme della sua mente (e quindi la sua cultura) sono un prodotto naturale, ossia il risultato dei mutamenti corporali, della stazione eretta, dello sviluppo del cervello e di tanto altro ancora. Resta tuttavia imperscrutabile come da fatti corporei possano emergere dimensioni spirituali e come si giunga a quel risultato. Per l'altro verso, la storia naturale dell'uomo, al pari della natura nel suo complesso, è una costruzione dell'uomo stesso, grazie alle forme a priori della sua mente e attraverso la sua coscienza. Resta altrettanto imperscrutabile come lo

*Professoressa ordinaria di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

¹ *I gradi dell'organico e l'uomo. Introduzione all'antropologia filosofica*, trad. it., Bollati Boringhieri, Torino, 2019.

spirito creatore arrivi a una tale concreta esistenza in un essere umano e come uno spirito che sia creatore possa dipendere da mere caratteristiche fisiche dell'umano. Per superare una tale alternativa (o è lo spirito, oppure è la natura) e per ovviare al salto che si determina tra una dimensione e l'altra (nel passaggio dall'una all'altra), è importante – secondo Plessner – muovere dalla c.d. posizionalità degli esseri viventi, una posizionalità distinta, poiché sono diversi i livelli e le caratteristiche dell'organizzazione biologica.

Sono, infatti, da individuare tre principali gradi dell'organico, riconducibili a un diverso tipo di posizionalità: i) 'aperta' è quella delle piante, visto che tra queste e l'ambiente si dà una relazione immediata, ossia nessuna distinzione tra sé e il mondo esterno; ii) 'centrata' è quella degli animali, visto che la relazione che intrattengono con l'ambiente è mediata dal loro corpo e dai loro istinti, seppure privi di una piena autocoscienza; iii) 'eccentrica' è quella degli esseri umani, per quella loro capacità di riuscire a prendere una certa distanza da sé stessi, di riflettere sulla propria esistenza e di rapportarsi con il mondo in maniera mediata e allo stesso tempo consapevole. Così individuati – e al di là di alcune forme ibride – il primo grado dell'organico è tutt'uno con l'incorporamento immediato dell'organismo nell'ambiente, ovvero nella forma aperta l'individuo vegetale è solo un passaggio di un ciclo vitale complessivo. È quindi aperta quella forma che sul piano morfologico:

“si mostra nella tendenza allo sviluppo di superfici direttamente protese verso l'ambiente, verso l'esterno, cosa essenzialmente in relazione con l'assenza della necessità della formazione di un qualunque centro. I tessuti utili alla solidità meccanica, alla nutrizione, alla conduzione degli stimoli non sono 'assemblati' anatomicamente o funzionalmente da organi particolari, bensì attraversano l'organismo dal suo strato esterno al suo strato interno. In seguito alla mancanza di qualche organo centrale in cui il corpo intero sia collegato o rappresentato, l'individualità dell'individuo vegetale non risulta come costitutiva, ma solo come momento esteriore della sua forma fenomenica e dipendente dalla singolarità della

formazione fisica [...] Un grande botanico ha espressamente denominato la pianta 'dividuo''².

Al contrario, nel secondo grado dell'organico l'animale è posto in sé stesso e, più in dettaglio, conserva la sua indipendenza dal ciclo vitale nonostante vi appartenga interamente. Del resto, l'animale è:

“una cosa bisognosa per essenza, alla ricerca del proprio compimento, garantitogli come possibilità, ma alla cui realtà esso giunge solo *oltrepassando una frattura*. Con la sua indipendenza, l'animale è il punto di partenza e il punto di scatenamento dei propri *impulsi*, i quali non sono che manifestazioni dirette dell'incompiutezza primaria, dell'inserimento mediato nel ciclo vitale. Un *maximum* di chiusura corrisponde a un *maximum* di dinamismo dell'impulsività implacabile, dell'irrequietezza, della combattività. [...] La legge della forma chiusa [...] prevede l'incameramento degli organi rispetto all'esterno e contemporaneamente la loro netta differenziazione nei sistemi relativamente autonomi della circolazione, della nutrizione, della riproduzione, della trasmissione, della stimolazione ecc.”³.

E invece nel secondo grado dell'organico, ossia nell'uomo, pensato nella sua unità psicofisica, la costitutiva duplicità del vivere determina un certo tipo di relazione con il proprio interno e con il proprio esterno, sempre al di qua e al di là dell'abisso e tale da misurarsi con il proprio limite. Scrive a tal proposito già in premessa Plessner:

“l'uomo nel suo essere si distingue da ogni altro per il fatto che non è né il prossimo né il più lontano da sé stesso, eppure attraverso questa eccentricità della sua forma di vita incontra sé stesso come elemento in un mare di essere e così, malgrado il carattere affine al non essere della sua esistenza, appartiene allo stesso insieme di tutte le cose di questo mondo”⁴.

Di qui, la fondamentale diversità tra posizionalità centrica dell'animale – che esperisce il puro qui e ora, nella misura in cui esso è corporalità, si dà a sé stesso ed è in rapporto con il suo centro, ma che in ogni caso non è ancora diventato

² *Ivi*, in part. pp. 244-245.

³ *Ivi*, in part. pp. 257-258.

⁴ *Ivi*, pp. 5-6.

pienamente riflessivo – e posizionalità eccentrica dell'uomo che in quanto grado superiore, sebbene assorbito nel qui e ora, è consapevole della centralità della sua esistenza, è al contempo vincolato al corpo e all'anima, e allo stesso tempo è al di fuori di ogni legame con lo spazio e con il tempo. È una condizione del tutto particolare, di totale riflessività del sistema di vita, grazie alla quale l'uomo esperisce l'inizio delle sue azioni, sente di essere l'autore della propria esistenza, si sa libero, e nonostante questa libertà si sa confinato in una esistenza che lo inibisce e con la quale deve lottare.

“Ha sé stesso, sa di sé, è percepibile a sé stesso e per questo è un *io*, il punto di fuga, collocato ‘dietro di sé’, della propria interiorità, che, sottratto a ogni possibile realizzazione della vita a partire dal proprio centro, forma lo spettatore che sta di fronte allo scenario di questo ambito interiore, il polo soggettivo non più oggettivabile, non più trasferibile nella posizione dell'oggetto [...] perciò è essere umano”⁵.

Le ripercussioni nel diritto in generale, e nella biogiuridica in particolare, di una tale ricostruzione sono a tutti evidenti. La vita qui è il termine chiave, ed è a partire dalla vita biologica che si sviluppano le peculiarità degli organismi viventi, comprese quelle dell'ultimo grado dell'organico (ossia dell'uomo), che con la consapevolezza (l'autocoscienza) necessaria entra in relazione con il mondo interno, il mondo esterno e il mondo comune. E del resto, l'uomo come persona – come soggetto pensante, quale soggetto dell'agire spirituale e della responsabilità morale – è innanzitutto un corpo vivente che partecipa dell'intero circuito dell'esistenza e della natura, e che vi partecipa secondo le modalità di una correlazione essenziale.

Sia detto molto in breve: filosofia dell'uomo e filosofia della natura si co-appartengono, così che: senza l'una non c'è l'altra, senza l'una e senza l'altra non ci può essere alcuna teoria e alcun discorso sul soggetto di diritto.

2. Tra *bios* e *psyché* un vincolo indissolubile

⁵ *Ivi*, in part. pp. 314-315.

Diversamente dal semplice-vivente, l'uomo ha, quindi, una posizione eccentrica: è il simultaneo e indissolubile essere organismo, disporre di un corpo, essere soggetto. Dell'avvicinarsi di queste diverse dimensioni ne è prova già la molteplicità di accezioni, di sfumature e di convinzioni (antiche e moderne), presenti nel lemma vita, lemma, questo, che nella sua relazione con il pensiero – o meglio tra la molteplicità della vita e l'unità cercata dal pensiero – versa in una contraddizione assoluta ed è un mistero impenetrabile⁶.

Come ampiamente noto, nell'antica filosofia greca i significati diversi erano riassunti grazie ad almeno tre termini: vita è *bios*, vita è *zoé*, vita è *psyché*. Può essere utile riportare qui di seguito le importanti specificità di *bios* e di *zoé* e le fondamentali particolarità di *bios* e di *psyché*.

Con *bios* ci si riferisce alla vita in senso biologico, si rinvia perciò a quell'insieme di funzioni e di processi che caratterizzano gli organismi viventi. Sotto questo profilo, *bios* attiene ad aspetti quali: crescita, sviluppo, invecchiamento, decesso; e ancora: riproduzione, ereditarietà, evoluzione; e inoltre: adattamento, regolazione e interazione con l'ambiente e gli altri organismi. D'altra parte, *bios* indica il vivente nella sua individualità empirica e nei suoi vincoli temporali e spaziali, così che necessariamente è da formulare al plurale, perché diversi sono tra loro i *bioi*, e con riferimento alla condizione umana *bios* allude al modo in cui noi stessi viviamo (*quam vivimus*).

Di qui, l'uso del termine non solo per rinviare all'esistenza individuale, ma anche per riferirsi agli stili e ai modi di vivere, come pure ai mestieri, alle azioni, ai progetti, ai mezzi di sostentamento e persino alla dimora. In altri termini, *bios* rinvia a tutto ciò che costituisce la vita nella sua singolarità, una singolarità che

⁶ Così Hegel: "Nella vita, in questa unità del concetto suo nell'esteriorità dell'oggettività, nell'assoluta pluralità della materia atomistica, smarrisce addirittura tutti i suoi pensieri quel pensare che si attiene alle determinazioni dei rapporti di riflessione e del concetto formale. L'onnipresenza del semplice nella esteriorità molteplice è per la riflessione una contraddizione assoluta; e in quanto la riflessione è insieme costretta ad apprendere quell'onnipresenza della percezione della vita o a riconoscer con ciò la realtà di questa idea, essa è per lei un mistero incomprensibile, perciocché la riflessione non afferra il concetto, e non afferra il concetto come sostanza della vita" (*Scienza della logica soggettiva ossia Dottrina del concetto*, trad. it., Laterza, Bari, 1925, in part. p. 254).

nell'uomo è orientata verso finalità che la ragione sceglie liberamente e che fa dell'esistenza della persona qualcosa di unico e irripetibile.

Se è vero che *bios* è costitutivamente individuale, ha una forma plurale ed è naturalmente mortale (vita e morte, inizio e fine, lo accompagnano), altrettanto vero è che *bios* non trova in sé stesso il proprio fondamento, né per quel che attiene alla sua stessa vitalità, che chiama in causa l'altra espressione, e cioè *zoé*, e neppure per quel che riguarda il principio della sua individualità che richiama la strutturale connessione di *bios* con *psyché*.

Con *zoé* ci si riferisce alla vita considerata in modo più ampio, è la vita che si immedesima con il ciclo naturale, è per così dire quella vita condivisa tra mondo vegetale, mondo animale, mondo umano, quella vita ancora che riguarda tutte le creature del cosmo, tutte le specie, in un'unica e inclusiva dimensione, senza distinzione alcuna e senza gerarchie di valori, tra membri della specie e tra le specie medesime. *Zoé* indica pertanto la vitalità di ogni essere vivente e si distingue da tutto ciò che non è vitale, è in tal senso un singolare e conosce soltanto la distinzione vita(le)/non-vita(le), e non invece la contrapposizione vita/morte, giacché quest'ultima riguarda i singoli (viventi). Il principio della vita è contenuto in *zoé*, sia quando indica l'esistenza in senso più profondo e autentico, ad esempio *zoé* può denotare la vita eterna, la vita che era in principio, che era nel *logos*, sia quando indica la vita essenzialmente come prima e inesauribile sorgente, o come fenomeno fisico.

Le brevi differenze qui appena prospettate tra *bios* e *zoé* e i diversi gradi dell'organico, tali che il loro plurale trascende *zoé*, rendono evidente il diverso valore che *bios* può conseguire a seconda delle sue stesse appartenenze. Così, se per *zoé* la vita è una e una soltanto, per *bios* le vite hanno proprie peculiarità (e proprie fragilità), dimodoché nella dimensione umana *bios* è profondamente diverso dagli altri *bioi*, ha del resto a che vedere con le facoltà superiori dell'uomo, innanzitutto con la sua ragione e con la sua volontà, e ci parla di un'esistenza unica e irripetibile, quindi di un valore in sé, irriducibile alla specie stessa. Di conseguenza, proprio in nome del valore in sé (in altre parole, l'uomo è unico, irripetibile, irriducibile), *bios*

non può tollerare interventi che manipolano la vita e che allontanano l'umano da quelle dimensioni che gli sono più proprie.

Bios trascende zoè e, nel muovere dalla pluralità, è garanzia della decisione sul come vivere. Eppure, *bios*, che non è certo irrilevante e neppure insignificante, come già detto, non trova in sé il proprio fondamento, non può ritenersi del tutto autonomo e non è affatto la realtà ultima. È *psyché* che anima *bios*, che costituisce fondamento e principio, che è in senso proprio la realtà ultima.

Al di là della significativa polisemia e delle sue molteplici traduzioni (anima, mente, respiro, soffio vitale, spirito, e ancora altro), *psyché* rinvia in ogni caso a quell'unità psicosomatica umana, così che venendo meno il corpo, anche l'anima perde il proprio statuto ontologico. Benché incorporea, *psyché* è certo legata al corporeo: non solo, infatti, rinvia alle funzioni mentali (pensiero, percezione, desiderio, moralità), essa ricomprende pure le funzioni organiche vitali. Del resto, *psyché* è lo spirito che risiede nel corpo umano, e se in Platone coincideva con il mondo delle idee e dirigeva ogni cosa⁷, in Aristotele era causa della vita, ed era allo stesso tempo principio vitale e forma di un corpo vivente⁸. E anche nell'età moderna, quando dal punto di vista teoretico era ampiamente condivisa la distinzione tra anima e corpo, Kant osservava che non era tuttavia permesso considerarle come due sostanze diverse che obbligano l'uomo verso sé stesso in modo differente, e cioè ora con doveri verso il corpo e ora con doveri verso l'anima⁹.

⁷ "Tutte le realtà celesti, terrestri, marine, grazie ai suoi propri movimenti, i quali hanno un nome: volere, analizzare, avere cura, prender decisioni, giudicare bene e male, provar dolore e gioia, coraggio e paura, odio e amore, e tutti gli altri moti che possono essere assimilati a questi e che costituiscono i movimenti primari, guide di quelli secondari – i moti dei corpi – e determinanti in ogni cosa la crescita e la diminuzione, la separazione, e l'unione con quel che ne segue, ossia il caldo e il freddo, il pesante e il leggero, il bianco e il nero, l'aspro e il dolce" (*Leggi* X, 896e – 897a).

⁸ Già nelle prime considerazioni sull'anima, Aristotele osservava: "Per eccellenza proprio dell'anima sembra il pensare: ma se anche il pensare è una specie di immaginazione o non si ha senza l'immaginazione, ne segue che neppur esso esisterà indipendentemente dal corpo" (*Dell'anima*, I (A), 1, 403a).

⁹ *La metafisica dei costumi*, II. *Principi metafisici della dottrina della virtù*, I. *Elementi dell'etica*, Parte I, *Introduzione*, 4, (trad. it., Roma-Bari, 1983, p. 273).

È tramite *psyché* che l'uomo si riconosce e si afferma come una prima persona¹⁰, un io, e in questo suo riconoscimento è condizionato dal potere stesso di *psyché*, che in talune ipotesi potrebbe diventare particolarmente duro e smisurato (si pensi al suicidio), ma perché ciò non accada diventa necessario che *psyché* abbia cura di *bios*, poiché è sempre e soltanto tramite la realtà fisica, attraverso il corpo (più o meno dotato, più o meno considerato), che l'io si manifesta nel mondo e conquista nel mondo la sua posizione valoriale. *Bios* e *psyché*: il primo rinvia a ruoli sociali, a dimensioni politiche e a storie comuni, non è mera vita, né mera datità biologica, e in quanto tale esige un primo riconoscimento, ovvero richiede d'essere degno d'essere riconosciuto. La seconda, *psiché*, si riferisce alla vita personale, al soffio vitale del proprio corpo, un soffio questo che è a termine, si esaurisce e muore.

Bios e *psyché* sono da ritenere congiunti in un unico afflato e una stessa meta, perché la vita umana non è soltanto un concerto di nanomacchine, le proteine, che svolgono funzioni e costruiscono strutture, è piuttosto il vincolo di senso che corre tra la dimensione corporea (*bios*), al di là di ogni sua contingente necessità (*soma*), e l'affermazione dell'io (*psyché*). Scrive a tal proposito D'Agostino:

"*Bios* e *psyché* sono uniti da vincoli indissolubili, ma sottili; quando questi si ispessiscono [...] cadiamo in quelle forme di materialismo ingenuo, che vedono anche negli aspetti più raccapriccianti della natura una forma di sacralità impersonale; quando invece questi vincoli si assottigliano [...] cadiamo all'opposto in altrettanto ingenua forme di individualismo solipsistico, per le quali la volontà vuole quel che vuole [...]. Nell'uno come nell'altro caso il diritto non ha più alcuno spazio. Né meno che mai può avere alcuna funzione di salvezza di quella realtà sintetica, *bios/psyché*, alla quale ci riferiamo quando parliamo di *vita umana*"¹¹.

A ben vedere, è proprio dalla considerazione che la vita umana non può mai essere completamente appiattita alla mera natura (esterna oggettiva) – è infatti inerente

¹⁰ Ulteriori considerazioni nel mio ... *Em primeira pessoa! Natalidade e liberdade: Fundamentos do humano e do Biodireito*, in C. Brandão, D. Ferreira Lopes, S. Alves, (a cura di), *In Utroque Jure. Estudos de Direito Canônico e Teoria do Direito em Perspectiva*, Editora D'Plácido, Belo Horizonte, 2024, pp. 65 ss.

¹¹ *Il diritto e la salvezza della vita*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, II, 2000, in part. pp. 159-160.

alla dimensione dell'io – che consegue il dovere di trattare la persona come *fine in sé: agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona sia in quella di ogni altro, sempre come fine e mai semplicemente come mezzo!*¹².

D'altra parte, questa stessa massima ha una propria validità per ogni essere ragionevole, la cui natura, in quanto indisponibile, richiede che solo la sua voce fuoriesca dalle sue labbra, che non si confondano tra loro corpo e organismo, organi qualificati e organi transitori, e la cui libertà, in quanto inalienabile, conferma l'esclusiva condizione di soggetto di diritto.

3. La vita, il suo inizio, la sua fine, l'io, il soggetto di diritto

Qualcuno o qualcosa, soggetto o oggetto: la vita umana ha quali riferimenti immediati e essenziali i primi termini di queste coppie. Di qui, il particolare significato che il concetto di vita acquisisce sia rispetto al suo inizio, sia rispetto alla sua fine, che permangono (inizio e fine) letteralmente annodati. Scriveva Guardini: "La distinzione tra l'inizio della vita, la nascita e l'infanzia non significa che la vita prende le mosse da un punto di partenza poi lasciato dietro di sé, ma che questo punto di partenza accompagna la vita nel suo svolgimento. La nascita e l'infanzia sono elementi vitali nell'uomo: per l'individuo esse sono l'analogo di quello che per la storia universale sono le origini e di ciò che si venera nei miti della fondazione e nella figura degli antenati. Questo elemento agisce per tutta la vita, sino al termine definitivo"¹³.

L'inizio della vita è un evento particolarmente complesso, non solo rinvia a quella dimensione biologica che certo ci appartiene, ma anche, e innanzitutto, a quell'umano esercizio di senso tramite il quale l'io viene al mondo e si manifesta agli altri che questo mondo lo abitano già, aprendo una breccia nel *continuum* di ciò

¹² Di qui l'avvertenza kantiana: "sostenere che io, nell'uso dei mezzi per un fine, devo subordinare la mia massima alla condizione della sua validità universale di legge per ogni soggetto, è lo stesso che sostenere che a fondamento di tutte le massime delle azioni deve esser posto il soggetto dei fini, ossia l'essere ragionevole stesso, mai semplicemente come mezzo, ma come condizione limitatrice suprema nell'uso di tutti i mezzi, cioè sempre al tempo stesso come fine" (*Fondazione della metafisica dei costumi*, in Immanuel KANT, *Opere*, trad. it., Roma-Bari, Laterza, 1993, in part. pp. 72-73).

¹³ *Le età della vita. Loro significato educativo e morale*, trad. it., Vita e pensiero, Milano, 1992, pp. 73 s.

che è noto e dato per rendere possibile l'avanzare della novità, dell'inatteso, della meraviglia¹⁴. Si tratta per di più di un evento essenzialmente dialogico: si nasce sempre da qualcuna/o e per l'azione di qualcuna/o e, in questo dialogo, verso il nuovo nato, che *sì è qui* ed è *prima persona*, si ha il dovere di cura, almeno sino a quando l'età, la ragione e la legge, non gli consentano di esercitare quella libertà che è comune a tutti gli uomini.

È un dovere – quello di cura – che è il presupposto stesso della genitorialità, in quanto diventare genitore non rappresenta solamente una conseguenza dell'atto sessuale, della fecondazione, della gestazione e del parto (fasi che si rinvergono nel processo produttivo di tutti i mammiferi), ma rinvia a qualcosa di ulteriore, ovvero a quel processo unitario che lega fra loro – in una relazione che è al contempo corporea, esistenziale, morale, giuridica – un/a figlio/a, una madre, un padre.

E rinvia a qualcosa di ulteriore proprio in nome di una intuizione comune: la vita umana, anche nei suoi primi stadi, è un valore *sui generis*, che non è collocabile sullo stesso piano dei valori secondari del tipo: libertà della ricerca scientifica, interesse della nazione all'incremento della salute pubblica, interesse economico dell'industria farmaceutica. In nome di siffatta intuizione (etico-antropologica) si condivide pure l'affermazione secondo la quale “neppure contro la speranza di poter scoprire nuovi procedimenti terapeutici per gravi malattie genetiche noi sentiamo di poter mettere in gioco la vita umana”¹⁵.

Alla prassi che rimette alla discrezionalità degli utenti il compito di definire gli obiettivi degli interventi correttivi e quindi, ad esempio, ai genitori le decisioni sul patrimonio genetico dei loro bambini, è da contrapporre così la ‘moralizzazione’ della natura umana, ovvero ‘l'autocomprensione etica del genere’, da cui dipende la stessa possibilità di continuare ad intenderci come autori indivisi della nostra

¹⁴ Come scrive Arendt: “il cominciamento inerente alla nascita può farsi riconoscere nel mondo solo perché il nuovo venuto possiede la capacità di dar luogo a qualcosa di nuovo, cioè di agire. Alla luce di questo concetto di iniziativa, un elemento di azione, e perciò di natalità, è intrinseco in tutte le attività umane. Il che significa che queste attività vengono esercitate da esseri che – venuti al mondo attraverso la nascita – sottostanno al requisito della natalità” (*Vita activa. La condizione umana*, trad. it., Bompiani, Milano, 2000, in part. pp. 127 ss.).

¹⁵ J. Habermas, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, trad. it., Einaudi, Torino, 2002, p. 69.

storia di vita, di continuare a riconoscerci reciprocamente come persone che agiscono in maniera autonoma, di salvaguardare quell'idea degli uomini (soggetti di linguaggio e di azione) per cui le ragioni morali hanno un peso e incidono sulla nostra maniera di trattare anche la vita umana pre-personale¹⁶.

Ancor prima di entrare nei contesti pubblici dell'interazione, la vita umana gode di tutela giuridica, quale oggetto privilegiato di nostri doveri. In altri termini, il bimbo che sta crescendo in utero, non ancora apostrofabile nel ruolo ascrittogli di seconda persona grammaticale e non ancora soggetto di doveri e titolare di diritti, non è comunque semplicemente l'oggetto delle nostre conversazioni, è pure il destinatario autentico di una comunicazione in senso proprio e nei suoi confronti abbiamo doveri giuridici e morali *per amore di lui*. La vita pre-personale gode, cioè, di dignità ed è perciò indisponibile (ovvero non strumentalizzabile), in quanto conserva sempre un valore pieno, grazie al quale ci identifichiamo nel nostro essere uomini e ci differenziamo dagli altri esseri viventi.

E il fine-vita? Allo stesso modo dell'inizio, anche il fine-vita è un evento particolarmente complesso, non solo rinvia a quella dimensione biologica che certo ci appartiene e che condividiamo con ogni altro vivente (sia che si tratti di generazione e di crescita, sia che riguardi l'invecchiamento e il decesso), ma è anche, e innanzitutto, il congedo dal mondo da parte dell'io, di quell'io e non di altri¹⁷, un andarsene che di solito è dovuto a cause fisiologiche (legate

¹⁶ Senza infatti "l'emozione dei sentimenti morali" (obbligazione e colpa, rimprovero e perdono), senza "la libertà del rispetto morale", "la felicità dell'aiuto solidale", "lo sconforto del fallimento morale", senza "la 'gentilezza' di un procedimento incivile nel trattamento di conflitti e contrasti", dovremmo sentire come insopportabile l'universo abitato dagli uomini. "Non varrebbe più la pena di vivere in una sorta di vuoto morale". E in questo giudizio si esprime "l'impulso a preferire un'esistenza che sia degna dell'uomo rispetto alla freddezza di forme-di-vita impermeabili agli scrupoli morali" (*ivi*, p. 73).

¹⁷ Di qui la prima differenza: tra tutti gli animali, l'uomo è l'unico a non sopportare la vista di un corpo separato dal (suo) mondo. Archeologi e antropologi ce lo spiegano in vari modi. Ora, ad esempio, mettono l'accento su quei due elementi (corpo/anima materia/forza) che si affermano come parzialmente separabili nel corso dell'evoluzione culturale. Era la paura di malevoli spiriti umani disincarnati che rendeva la vista di un corpo separato dal mondo assolutamente insopportabile. Nel corpo si celava l'anima inquieta: "quando il corpo muore, la forza animatrice desidererebbe, naturalmente, la prosecuzione dell'azione e della lotta terrena per riaffermare sé stessa [...]. Se l'anima [...] ci riuscisse, cercherebbe anche di rientrare in possesso delle sue proprietà, inclusa la propria sposa, e riaffermare i propri aspetti materiali"

all'invecchiamento e a malattie) e che qualche volta invece è il risultato di una decisione, si pensi al suicidio¹⁸, al suicidio assistito e all'eutanasia. Tutte ipotesi che considerano non più sopportabile la vita e che ritengono la morte l'unica risposta possibile.

Per il nostro tema, di particolare rilievo è la differenza tra suicidio assistito ed eutanasia, quali scelte dettate da condizioni cliniche dolorose e irrecuperabili. Nel primo caso, l'atto di darsi la morte è comunque del paziente che si auto-somministra il farmaco, prescritto o anche fornito dal medico, e che decide quando e dove morire. Diverso è il secondo caso: qui l'azione o l'omissione nelle intenzioni di chi agisce (eutanasia attiva) o di chi si astiene (eutanasia passiva) sono volte a procurare la morte di un malato, le cui sofferenze l'hanno spinto a manifestare la volontà di morire. In altri termini, l'intervento o il non intervento sono immediatamente diretti al fine, che è quello di procurare la morte del consenziente, e non vanno confusi né con l'uso della sedazione terminale (per dar sollievo a sofferenze altrimenti insopportabili), né con la rinuncia all'accanimento terapeutico (ovvero il rifiuto di prescrizioni sproporzionate e inutili rispetto alla possibilità di arrestare quel processo che conduce alla fine).

(T. Taylor, *Come l'uomo inventò la morte*, trad. it., Newton Compton, Roma, 2006, pp. 36-37). Talaltra, mettono l'accento su quella esplosione creativa di arte e mito dell'*homo sapiens*, che fa sì che non sia più concepibile lo stato d'abbandono di una persona morta, fa sì che l'*altro* ne diventi il *guardiano* (notava J.P. Sartre: "ciò significa che colui che tenta di cogliere il senso della sua futura morte deve scoprirsi come preda futura degli altri", *L'essere e il nulla*, trad. it., Il Saggiatore, Milano, 1968, pp. 651 e 653), così che la cosa da fare, al contempo giusta, amorevole ed umana, diventa seppellirla anche con i suoi corredi funerari e nasconderla allo sguardo (sull'assoluta unicità dell'intelligenza e della società umane, anche a partire dallo studio delle sepolture di Neanderthal, v. I. Tattersall, *Il cammino dell'uomo. Perché siamo diversi dagli altri animali*, trad. it., Bollati Boringhieri, Milano, 2004).

¹⁸ Talvolta ritenuto il peggiore di tutti i peccati, talaltra considerato persino come la massima espressione di libertà, può essere dettato di volta in volta, ad esempio, dalla vendetta nei confronti di chi ha fatto un torto, dall'atto di fedeltà di una sposa verso il marito defunto, dalla determinazione ad usare un'arma potente contro i nemici del proprio popolo, dalla necessità di non tradire, dalla difesa dell'onore di un eroe sconfitto. M. Barbagli ricostruisce l'andamento dei tassi di suicidio in Europa, India, Cina e Medio Oriente, offrendo un'interessante ricostruzione storica attraverso la quale sottolinea le differenze culturali che intercorrono fra l'Occidente e l'Oriente. Si pensi al divieto di uccidersi posto dal cristianesimo, e all'opposto alla sati indiana e al suicidio del kamikaze (*Congedarsi dal mondo. Il suicidio in Occidente e in Oriente*, Bologna, Il Mulino, 2009).

Com'è intuitivo, le differenze qui appena accennate: suicidio assistito/eutanasia (attiva o passiva)/sedazione terminale/rinuncia all'accanimento terapeutico, non sono affatto così semplici e lineari, e del resto non potrebbero esserlo, ogni situazione ha le proprie peculiarità, ogni sofferenza ha le proprie particolarità, ogni persona vive le situazioni e le sofferenze a suo modo. Le questioni che attengono al fine vita sono decisamente ampie, c'è l'umano che incombe e si impone, non tutto può essere letto e valutato attraverso la luce del contrasto perfetto (bianco/nero) e le tante sfumature richiedono che l'argomentare sia declinato al plurale¹⁹.

Anche di qui – e nonostante la premessa che non si può essere obbligati a determinati trattamenti sanitari²⁰ e che è riconosciuto all'individuo il diritto di rifiutare la cura anche quando questa sia *life-sustaining-treatment*²¹ –, la difficoltà nel legiferare e nel dirimere le controversie che insorgono in quest'ambito, dove non di rado si tratta di compiere delle scelte tragiche.

La difficoltà di gestire la sofferenza nelle situazioni di fine vita emerge in modo evidente dagli interrogativi che vengono continuamente sollevati e che, al di là di

¹⁹ V. in tal senso S. AMATO, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla fine della vita*, Giappichelli, Torino, 2015.

²⁰ L'art. 32, comma 2, Cost., così recita: "Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana" (v. in particolare l'orientamento di MANGIAMELLI, secondo il quale l'art. 32, comma 2, "fonda non un diritto di libertà individuale di cura del quale farebbe parte anche il rifiuto delle terapie, ma un 'limite' nei confronti del potere pubblico, in quanto è affidato alla legge (e non al giudice o all'amministrazione) il potere di imporre il trattamento sanitario come obbligatorio ed è la legge che consente l'operatività degli altri poteri dello Stato" (*Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2009, n. 2-3, in part. pp. 281-282).

²¹ Così recita l'art. 1, comma 5, legge 219/2017: "ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, con le stesse forme di cui al comma 4, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento, con le stesse forme di cui al comma 4, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento. Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici. Qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza, il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica. Ferma restando la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà, l'accettazione, la revoca e il rifiuto sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico".

prime possibili definizioni, non ricevono (non possono ricevere) risposte nette. D'altra parte, le domande diventano tanto più urgenti quanto più si intensifica la sofferenza nelle situazioni di fine vita, così da ricorrere necessariamente alle cure palliative, e cioè a quell'approccio integrato di assistenza e cura del paziente (grave o terminale) che prova a sostenerlo (attraverso la somministrazione di analgesici, l'assistenza psicologica, il conforto religioso) e che lo accompagna verso la morte, quale conclusione naturale. Le domande diventano inoltre tanto più urgenti quanto più la condizione del paziente, in particolare il paziente in stato vegetativo persistente, non gli consente di esprimersi in alcun modo, visto che le capacità funzionali del cervello sono definitivamente compromesse e le possibilità di un recupero di coscienza decisamente limitate.

Come è evidente, il dibattito sulla liceità dell'eutanasia e del suicidio assistito è particolarmente acceso, e non potrebbe essere altrimenti visto che qui assumono rilievo sia il valore della dignità umana²², sia il diritto alla libertà personale²³, come pure l'interesse della collettività²⁴ e i limiti che incontra la pretesa pubblica rispetto alla situazione soggettiva tutelata. I termini richiamati (dignità umana, libertà personale, indisponibilità della vita, interesse della collettività) rappresentano insieme l'articolazione necessaria per affrontare il tema del fine vita, un'articolazione questa che vale sempre e in ogni ipotesi, anche per coloro i quali, avendo deciso liberamente di concludere la propria esistenza, non siano in grado di provvedervi autonomamente.

²² Un valore cardine, richiamato innanzitutto dall'art. 1 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, il quale dispone che "tutti gli esseri umani nascono liberi e uguali in dignità e diritti", dall'art. 1 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, che recita "la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata", dall'art. 1 della *Convenzione di Oviedo* che stabilisce: "le Parti di cui alla presente Convenzione proteggono l'essere umano nella sua dignità e nella sua identità e garantiscono ad ogni persona, senza discriminazione, il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina [...]".

²³ Tutelata con riserva di legge e di giurisdizione dall'art. 13, commi 1 e 2, Cost.: "La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge".

²⁴ Così come recita l'art. 32, comma 1, Cost.: "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti".

Le brevi considerazioni sin qui svolte inducono a ritenere che il diritto, in quanto esclusivo prodotto umano, a maggior ragione quando tocca questioni legate direttamente alla vita umana, al suo inizio e alla sua fine, deve prendere le mosse proprio da quelle dimensioni e quei caratteri che rendono diverso l'umano dagli altri esseri-nel-mondo. La già citata posizione eccentrica, in forza della quale la vita umana non è riducibile a mera vita biologica, la morte non è riducibile al mero decesso, richiede che il diritto, nel regolare i diversi aspetti dell'umano e del suo agire, si conformi a quelle leggi antropologiche fondamentali che, seguendo Plessner, possono essere così riassunte: *i)* dell'artificialità naturale, *ii)* dell'immediatezza mediata, *iii)* della posizione utopica. Leggi, queste, che ci parlano della capacità tipicamente umana di creare un ambiente artificiale, di mediare la relazione con il mondo attraverso la cultura e di essere tenacemente proiettata verso il futuro, in forza della libertà e della preveggenza²⁵.

Sia detto molto in breve e per concludere: è l'io, è l'io non oggettivabile, è la prima persona, che viene al mondo, che conduce la vita che vive, che è qui, che è oltre, e che è il soggetto di diritto!

²⁵ *I gradi dell'organico e l'uomo*, cit., pp. 332 ss.

**Assistenza sociale e LEPS:
qualche passo avanti e molti dubbi da sciogliere**
di
Elena Vivaldi*

Sommario: 1. I livelli essenziali di assistenza sociale: i nodi lasciati aperti dalla legge n. 328/2000; 2. LEPS: dalla categoria ai contenuti. Le diverse matrici dei bisogni sociali; 3. La ripartenza dell'attività programmatica e la lenta affermazione dei LEPS; 4. Regionalismo differenziato, LEP e LEPS: il precipitato della sentenza della Corte costituzionale n. 192/2024; 5. Quel che rimane da fare per la determinazione ed il finanziamento dei LEPS; 6. Riflessioni conclusive.

1. I livelli essenziali di assistenza sociale: i nodi lasciati aperti dalla legge n. 328/2000

L'espressione «livelli essenziali» compare per la prima volta nella legislazione sanitaria con il significato di *standard* uniformi di prestazione che devono essere assicurati a tutti i cittadini¹. Nel 2000, tale espressione viene utilizzata nella legge quadro sui servizi sociali, n. 328, che affida allo Stato il compito di definire i livelli essenziali delle prestazioni sociali secondo le caratteristiche ed i requisiti fissati dalla pianificazione nazionale, regionale e zonale.

La disposizione introdotta nella legge quadro ha lasciato aperti una serie di problemi applicativi, anche dopo la revisione del titolo V della Costituzione che ha assegnato al legislatore nazionale la competenza esclusiva nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, comma 2, lett. m). In primo luogo, non è dato ricavare dalla norma delle vere e

*Professoressa associata di diritto costituzionale e pubblico presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

¹ Come ricorda F. MASCI, *I livelli essenziali delle prestazioni: spunti per una ricostruzione*, Napoli, 2025, p. 56.

proprie prestazioni: mentre nel comma 2 dell'art. 22 sono individuate delle categorie di interventi che vengono connotate in rapporto ai risultati che intendono perseguire (es. gli interventi di sostegno per i minori in situazioni di disagio), nel comma 4, allorché si fa riferimento a quali *prestazioni* debbano essere disciplinate dalle leggi regionali, si indicano, genericamente, delle tipologie di servizi (es. centri di accoglienza residenziali o diurni). Conseguentemente le formulazioni utilizzate per identificare gli interventi essenziali non hanno presentato, *ab initio*, quella specificità sufficiente a renderle immediatamente esigibili. Inoltre il processo di specificazione, rinviato dalla legge quadro ad un sistema di programmazione a cascata, si è arrestato dopo l'approvazione del Piano degli interventi e dei servizi sociali 2001-2003 e fino a che la legge delega n. 33/2017, «Delega recante norme relative al contrasto della povertà, al riordino delle prestazioni e al sistema degli interventi e dei servizi sociali», non ha annunciato uno o più decreti legislativi finalizzati al «rafforzamento del coordinamento degli interventi in materia di servizi sociali, al fine di garantire in tutto il territorio nazionale i livelli essenziali delle prestazioni, nell'ambito dei principi di cui alla [legge 8 novembre 2000, n. 328](#)» (art. 1, comma 1, lett. c).

Il processo di individuazione di livelli essenziali delle prestazioni sociali (da ora LEPS) è così ripreso², riportando nel dibattito politico il tema della selezione dei bisogni sociali³ che possano elevarsi a diritti e alla loro modulazione in base a elementi qualitativi e quantitativi, che rappresentino una soglia vincolante per le autonomie territoriali. Ci troviamo, oggi, ad un punto di svolta: stiamo recuperando quel ritardo nella definizione dei LEPS che ha rappresentato «un ostacolo al pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni inerenti ai diritti sociali» e alla costruzione di garanzie efficaci sui diversi territori» per rendere effettivo il godimento di tali diritti⁴. Eppure, non vi è continuità nelle modalità attraverso cui individuare target verificabili a fronte di

² Da ultimo, F. MASCI, *I livelli essenziali delle prestazioni...* cit., *passim*.

³ E. ROSSI, *Bisogni, diritti e Costituzione*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2024, p. 305 e ss.; E. INNOCENTI, *Le categorie del bisogno, oggi*, in Fondazione Emanuela Zancan (a cura di), *Ripartire dalla Costituzione. La lotta alla povertà. Rapporto 2025*, Bologna, in corso di pubblicazione.

⁴ Corte cost., sent. 2020/2021 punto 5.1. del considerato in diritto.

bisogni comparabili per natura, struttura o tipologia; manca una coerenza di fondo tra i sistemi di allocazione delle risorse ai diversi territori per garantire le funzioni essenziali in materia sociale.

Dal canto suo, il processo di attuazione del regionalismo differenziato⁵, pur di per sé estraneo alla materia assistenza sociale, ha comunque lambito il tema che qui si intende approfondire. Vi sono, infatti, importanti connessioni tra le diverse materie o *funzioni* oggetto del riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni⁶, connessioni che impediscono di tracciare una cesura netta, ad esempio, tra l'assistenza sociale e l'istruzione⁷ o l'assistenza sociale e la tutela della salute.

L'intento delle pagine che seguono è ripercorrere le ultime tappe di un processo ultraventennale, identificare i passi avanti che sono stati compiuti a livello legislativo e giurisprudenziale e isolare i nodi critici che rimangono da sciogliere, e che ruotano tutti intorno alle procedure e agli strumenti necessari alla definizione,

⁵ Sulle criticità legate all'attuazione dell'art. 116, comma 3 Cost., sono molti i contributi che analizzano sia le questioni procedurali sia quelle sostanziali. Tra questi si rinvia alle considerazioni di S. BARTOLE, *Differenziazione e ordinamento regionale vivente*, in *Astrid Rassegna*, n. 1/2025, p. 1 ss.; M. BELLETTI, *Un percorso di riflessione per un regionalismo "differenziato-cooperativo"*, in *Diritti regionali*, 9 maggio 2023, p. 1 ss.; M. CARLI, *L'attuazione dell'autonomia differenziata*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2023, p. 6 ss.; E. CATELANI, *Le asimmetrie del regionalismo asimmetrico*, in *Rivista AIC*, 3/2023; L. DI MAJO, *Regionalismo differenziato: una questione di metodo, prima ancora del merito*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, 232 ss.; A. FERRARA, *L'autonomia differenziata alla prova dell'attuazione*, in *Federalismi.it*, 18 ottobre 2023, p. 1 ss.; S. GAMBINO, F. PUZZO, *Regionalismo differenziato, unità giuridica e diritti di cittadinanza*, in *Astrid Rassegna*, n. 9/2024, p. 1 ss.; P. GIOVARRUSCIO, *Il fondamento costituzionale del regionalismo differenziato. Omogeneità e differenziazione*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3/2023, p. 491 ss.; D. GIROTTO, *L'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario. Tentativi di attuazione dell'art. 116, comma 3 Cost. e limiti di sistema*, Torino 2019; A. LOLLO, *Prime note sul (nuovo) procedimento di attuazione del regionalismo differenziato*, in *Diritti Regionali*, n. 2/2023, p. 500 ss.; S. MANGIAMELI, *Errori e mancata attuazione costituzionale. A proposito di regionalismo e regionalismo differenziato*, *ivi*, n. 1/2023, p. 112 ss.; M. MASSA, *Sotto la spada di Damocle. Problemi costituzionali e applicativi del regionalismo differenziato in Italia*, in *Economia italiana*, n.1/2025, p. 57 ss.; S. PAJNO, *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi*, in *Federalismi.it*, n. 5/2020, pag. 94 s ss.; G. TARLI BARBIERI, *L'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.: procedure e prospettive*, in *Corti Supreme e Salute*, 1/2020, p. 125 ss.; L. VIOLINI, *Il regionalismo differenziato in bilico tra due Governi*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2019, p. 1 ss.

⁶ Sul ruolo delle Regioni di tutela di diritti sociali e sulla integrazione tra politiche si vedano, tra gli altri, T. CERRUTI, *Regioni e indirizzo politico: un itinerario tormentato. Le scelte in materia di istruzione e assistenza sociale*, Napoli, 2020; nonché A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2024.

⁷ Basti pensare al sistema integrato di educazione e di istruzione 0-6 che è finalizzato a sviluppare le potenzialità di relazione ed autonomia ma anche l'apprendimento (d. lgs. n. 65/2017).

misurabilità (anche in termini di costi) e verificabilità di ciò che viene indicato come LEPS.

2. LEPS: dalla categoria ai contenuti. Le diverse matrici dei bisogni sociali

Prima di ripercorrere gli elementi salienti del percorso di sviluppo dei LEPS negli ultimi anni e di metterne in evidenza alcuni aspetti problematici, vorrei partire dal richiamare alcuni punti fermi delineati dalla costante giurisprudenza costituzionale sulla *finalità* dell'individuazione di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti (civili e) sociali e sulla loro *forza espansiva*, per poi ricollocare queste affermazioni nella concretezza del sistema dei servizi sociali.

Sul primo punto, da ultimo la sentenza della Corte costituzionale n. 192/2024 ha affermato che lo scopo della clausola contenuta nell'art. 117, comma 2 lett. m «era assicurare, se possibile, uno standard di tutela superiore al nucleo minimo del diritto, in collegamento [...] con l'art. 3, secondo comma, Cost., che affida alla Repubblica il compito – di più ampio respiro rispetto all'erogazione delle prestazioni minime – di “rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana”». L'affermazione è supportata dal richiamo all'art. 120 Cost.: «che l'orizzonte concettuale dei LEP sia l'eguaglianza e non il nucleo minimo del diritto risulta anche dall'art. 120, secondo comma, Cost., nell'ambito del quale la garanzia dei LEP rientra nella “tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica”»⁸. La competenza legislativa esclusiva in parola, dunque, costituisce lo strumento «per il mantenimento di un'adequata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto»⁹.

La distinzione tra LEP e nucleo minimo del diritto così tracciata consente di riconoscere uno spessore alla competenza esclusiva del legislatore statale, che può

⁸ Corte cost., sent. n. 192/2024, punto 14 del Considerato in diritto.

⁹ Si veda, tra le altre, Corte cost. sentt. n. 88/2003 e n. 134/2006.

esercitare la discrezionalità sua propria, tenendo in considerazione le risorse disponibili.

Dal secondo punto di vista, la giurisprudenza costituzionale ha da subito qualificato in modo ampio la competenza dello Stato a definire i livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali, sia in *orizzontale* (rispetto ad altre materie) sia in *verticale* (rispetto alla profondità del contenuto che essa può coprire). Si è parlato, infatti, di «materia/non materia» o «materia trasversale», evidenziando come si tratti di una competenza del legislatore statale «idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle»¹⁰.

Proprio dall'attitudine a permeare le aree di competenza del legislatore regionale discendono due ordini di conseguenze. In primo luogo, la centralità del canone della leale cooperazione tra Stato e Regioni in forza del quale al legislatore statale spetta «predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione di essa, affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale impegnando le Regioni a collaborare»¹¹.

In secondo luogo, la competenza dello Stato può spingersi non solo a identificare le singole prestazioni da assicurare, ma anche «i livelli quantitativi e qualitativi delle singole prestazioni», nonché «le procedure strumentali indispensabili» a garantire l'erogazione delle stesse¹². Detto in altri termini, i LEP rappresentano «*standard minimi*» da assicurare in modo uniforme su tutto il territorio nazionale «affinché sia evitato che, in parti del territorio nazionale, gli utenti debbano assoggettarsi ad un regime di assistenza inferiore, per quantità e qualità, a quello ritenuto intangibile dallo Stato». La profondità dell'intervento statale può giungere fino alla fissazione degli «*standard qualitativi, strutturali, tecnologici*», proprio perché non

¹⁰ Corte cost., sentt. n. 125/2015, n. 111/2014; n. 164/2012; n. 192/2017.

¹¹ Corte cost., sentt. n. 169 del 2017, n. 62/2020 e n. 132/2021.

¹² Corte cost., sent. n. 231/2017, punto 9.3.1 del considerato in diritto.

può essere negata la possibilità del legislatore statale di giungere ad una più analitica ed effettiva tutela dei livelli essenziali delle prestazioni dal momento che «non è definibile, almeno in astratto, un livello di specificazione delle prestazioni che faccia venire meno il requisito della loro essenzialità, essendo questo tipo di valutazioni costituzionalmente affidato proprio al legislatore»¹³.

Se la finalità della clausola è dunque quella dichiarata all'inizio, occorre determinare in modo preciso l'oggetto dell'intervento, i destinatari, i contenuti prestazionali, nonché le risorse che sono necessarie a rendere quell'intervento. I contenuti così specificati e quantificati vanno poi messi in relazione al sistema di finanziamento della funzione/dei servizi. Le misurazioni devono poter essere anche comparate e valutate nel tempo, per capire se la garanzia costituzionale sia effettivamente rispettata.

Fatte queste premesse, vorrei tornare un passo indietro e cercare di inquadrare la complessità che caratterizza la materia assistenza sociale in modo da richiamare il livello di dinamicità che serve da un lato a definire quegli interventi «che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, al fine di conciliare l'uguaglianza tra i privati con l'autonomia degli enti territoriali»¹⁴; dall'altro la diversità di approcci che serve per definire i target qualitativi e quantitativi che incarnano il livello essenziale nonché i sistemi per monitorarne e verificarne nel tempo il rispetto¹⁵.

Nel contesto del welfare italiano, i LEPS possono essere ripartiti in base a diversi criteri. Intanto può proporsi una classificazione per *livello istituzionale* nel senso che i LEPS sono definiti dallo Stato e garantiti in tutto il territorio, ma possono aversi LEPS regionali o integrativi, offerti dalle Regioni con proprie risorse per ampliare o

¹³ Corte cost., sent. n. 134/2006.

¹⁴ Corte cost., sent. n. 192/2024, punto 14 del considerato in diritto.

¹⁵ In questo senso, I LEP definiti dal DPCM 12 gennaio 2017 sono molto precisi, nel definire aspetti quantitativi e qualitativi che connotano la singola prestazione nel contesto in cui è calata. Pensiamo, ad esempio, alla continuità assistenziale dell'assistenza sanitaria di base, che deve essere garantita per l'intera giornata tutti i giorni della settimana (art. 5); o ancora alle strutture semiresidenziali per persone con disturbi mentali e con dipendenze patologiche, che devono essere attive almeno 6 ore al giorno per almeno 5 giorni la settimana" (art. 35, comma 4, lett. a).

rafforzare l'offerta di servizi sul proprio territorio¹⁶. L'elemento di base da considerare è che la determinazione dei LEPS implica che gli enti territoriali dispongano delle necessarie risorse attraverso i canali previsti dall'art. 119 Cost.¹⁷

In secondo luogo, i LEPS possono distinguersi per forma di erogazione, che può essere *monetaria* (pensiamo ai contributi economici come l'assegno di inclusione); di *servizi* (come interventi assistenziali resi in strutture semi o residenziali) e *professionale* (pensiamo al servizio sociale professionale). Dalla decisione su come strutturare la selezione del bisogno che assurge e livello essenziale del diritto dipende la definizione dell'obiettivo da realizzare, la misurazione delle risorse che servono a garantirlo, le modalità attraverso le quali verificarlo.

In relazione ad una erogazione monetaria, ad esempio, si dovrà prestare particolare attenzione alla individuazione dei requisiti di accesso, alla loro conoscibilità¹⁸, alla procedura per poterla richiedere. La natura della prestazione influenzerà certamente le modalità attraverso le quali effettuare il monitoraggio (quante richieste in quanto tempo rispetto ai potenziali interessati? Quale la composizione del nucleo familiare?) e la verifica dei risultati che con quella misura si intendeva perseguire (in relazione alla prestazione di sostegno al reddito, ad esempio: quanto ha inciso sulla misurazione della povertà effettuata regolarmente da ISTAT?). Al contrario, relativamente ad una prestazione di servizi, gli elementi da verificare saranno di più e più complessi, richiedendo probabilmente una lettura professionale dello stato di bisogno specifico che la persona o il nucleo familiare presenta e anche una eventuale selezione di interventi e servizi che, rispetto al caso singolo, possano garantire il diritto all'assistenza sociale. In questo senso pensiamo

¹⁶ Sul punto, di recente, Corte cost., sent. n. 91/2020. Ovviamente la possibilità è preclusa nel caso in cui le Regioni siano assoggettate a Piani di rientro (si veda, ad esempio, Corte cost., sent. n. 176/2023).

¹⁷ Sulla impossibilità, per le Regioni, di sottrarre risorse che devono essere destinate a garantire le prestazioni essenziali individuate dal legislatore statale, si veda di recente, Corte cost., sent. n. 190/2022. Per un commento, C. BUZZACCHI, *La "soglia ulteriore" dei livelli essenziali e la responsabilità degli amministratori regionali: note a margine della sentenza n. 190 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2023, p. 276 ss.

¹⁸ Sul punto, con particolare riferimento al ruolo svolto dalla pubblica amministrazione, si rinvia alle considerazioni di A. PIOGGIA, *Cura e pubblica amministrazione. Come il pensiero femminista può cambiare in meglio le nostre amministrazioni*, Bologna, 2022, p. 138 ss.

a quanto stabilito all'art. 21 comma e del DPCM del 12 gennaio 2017, relativo all'aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza sanitaria, ove si stabilisce che il Servizio sanitario nazionale garantisce «l'accesso unitario ai servizi sanitari e sociali, la presa in carico della persona e la valutazione multidimensionale dei bisogni, sotto il profilo clinico, funzionale e sociale». Ma pensiamo anche alla centralità della valutazione multidimensionale del bisogno all'interno delle recenti deleghe in materia di disabilità (legge n. 227/2021) e non autosufficienza (legge n. 33/2023).

Del resto, la giurisprudenza, anche recente, ha sottolineato che la ragionevolezza di ogni intervento legislativo finalizzato a rispondere ad un bisogno sociale si basa sulla congruità tra bisogno e requisiti di accesso¹⁹: restrizioni di accesso che non tengano conto della natura e della *primarietà del bisogno* che la legge intende affrontare rendono illegittima la previsione normativa²⁰.

Ma quale bisogno? Potremmo tentare una classificazione in base all'*ambito* in cui esso si manifesta. Pur essendo tale concetto quanto mai difficile da circoscrivere – soprattutto se accogliamo una lettura dell'art. 3, comma 2 Cost. come norma che evoca la *liberazione dal bisogno*²¹ – possono individuarsi, intanto, i bisogni legati all'infanzia e all'adolescenza (all'interno dei quali possiamo far rientrare i servizi di sostegno alle famiglie); quelli connessi alla disabilità (i servizi di supporto alla vita indipendente, l'assistenza personale) o alla non autosufficienza (che ricomprendono, ad es., i servizi di assistenza domiciliare); i bisogni legati a

¹⁹ Sul punto, si veda Corte cost., sent. n. 42 del 2024, relativa al giudizio di legittimità costituzionale sulla legge regionale Toscana n. 73 del 2018, istitutiva di una misura economica a sostegno delle famiglie con figli minori con disabilità. La Corte sottolinea (come, peraltro, già fatto in altre pronunce, tra cui la sent. n. 222/2013) che il sindacato di ragionevolezza: «muove dall'identificazione della ratio della norma di riferimento e passa poi alla verifica della coerenza con tale ratio del filtro selettivo introdotto». Di conseguenza, «ove si tratti di prestazioni sociali, tanto maggiore è l'inerenza della prestazione a un bisogno essenziale della persona, tanto meno si giustifica la scelta di condizionarne il godimento a requisiti diversi ed aggiuntivi rispetto al grado di bisogno concretamente provato».

²⁰ Si veda, da ultimo, Corte cost., sentt. n. 31/2025, n. 42/2024, n. 34/2022, n. 44/2020, n. 50/2019, n. 107/2018, n. 222/2013. Sul punto, da ultimo, E. INNOCENTI, *i bisogni sociali* ... cit.

²¹ C. SALAZAR, *Sui diritti sociali e il principio di solidarietà*, *Rivista AIC*, 2024, n. 1, p. 193. Nello stesso senso, riferito alla *ratio* ispiratrice del diritto all'assistenza sociale, E. JORIO, *Diritto dell'assistenza sociale*, Milano, 2006, p. 27.

condizioni di povertà ed esclusione sociale (pensiamo a misure di sostegno al reddito, alle misure per la ricerca di un lavoro); i bisogni legati alle dipendenze (dove possono essere collocati gli interventi sociosanitari integrati); infine i bisogni legati alla condizione di migrante (pensiamo ai servizi di mediazione culturale). In tutti questi casi ci troviamo di fronte a bisogni più o meno complessi, che richiedono lo svolgimento di una serie di interazioni all'interno del complessivo sistema integrato dei servizi sociali, interazioni che possono portare a travalicare il confine dell'intervento sociale *tout court*, per abbracciare quello sociosanitario²², e che sempre più spesso confluiscono nei c.d. piani personalizzati.

Potremmo tentare, poi, una classificazione per *tipologia di intervento*: possono essere individuati LEPS che corrispondono a prestazioni rivolte ad una singola persona, altri che invece corrispondono a servizi rivolti ad una pluralità di persone (pensiamo alle strutture residenziali). Anche in questo caso, la diversità incide sulle modalità attraverso le quali definire l'obiettivo che si intende raggiungere, fissare i criteri attraverso cui verificarlo, stabilire quante risorse servono agli enti erogatori e, per quanto riguarda le prestazioni rese ad una pluralità di persone, gli assetti organizzativi del servizio. Questi ultimi assumono una valenza se possibile maggiore, dovendosi assicurare, oltre all'appropriatezza, all'efficacia e all'efficienza dell'intervento, anche che il carattere comunitario dell'intervento non ostacoli il pieno sviluppo della persona²³.

Negli ultimi anni, a queste tipologie di intervento si vanno affiancando la supervisione e il monitoraggio della qualità degli interventi resi (pensiamo alla supervisione per gli assistenti sociali e ai tentativi di sviluppo di un sistema

²² Sulle criticità che ruotano attorno all'attuazione di una efficace integrazione tra sociale e sanitario si vedano, tra gli altri, F. PARUZZO, *Integrazione socio-sanitaria e "libertà dal bisogno". Problemi di effettività*, in *Corti Supreme e Salute*, n. 3/2022, p. 615 ss.; A. PIOGGIA, *Diritto sanitario ... cit.*, pag. 215 ss.; E. ROSSI, *Il sociosanitario: una scommessa incompiuta?*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2018, p. 1 ss.; sia inoltre consentito rinviare a E. VIVALDI, *L'integrazione tra sociale e sanitario: una sfida sempre attuale*, in P. BIANCHI, E.A. FERIOLI, G. MARTINICO, C. NAPOLI (a cura di), *Scritti in memoria di Paolo Carrozza. Riflessioni dei colleghi pisani tra pensiero scientifico e ricordo*, Pisa, 2021, p. 463 ss. Sui diversi assetti regionali in materia, si rinvia a C. BUZZACCHI, S. LA PORTA (a cura di), *L'integrazione socio-sanitaria e il diritto delle Regioni. Rapporto 2022 dell'osservatorio Diritto & Innovazione Pubblica Amministrazione Bicocca*, Torino, 2022.

²³ Sul punto, sia consentito rinviare a E. VIVALDI, *Disabilità mentali e vita indipendente. Percorsi di attuazione del principio personalista*, Napoli, 2023, p. 31 ss.

informativo unitario dei servizi sociali); questi ultimi, pur mirano a garantire che le risposte erogate dal sistema abbiano determinate garanzie di qualità e di verificabilità, non agiscono in maniera diretta sui bisogni sociali delle persone. Sono certamente utili per indirizzare e legittimare l'allocazione di risorse straordinarie (penso in particolare ai finanziamenti del PNRR sulla supervisione) ma indeboliscono o allontanano la conformazione del LEPS come strumento di tutela della persona. Anche in questo caso, l'individuazione dell'obiettivo porta con sé alcune conseguenze relative alle modalità per verificarne il raggiungimento: quanti supervisori devono essere formati per raggiungere il livello essenziale? Quanti assistenti sociali supervisionati? Quanto è effettiva l'interoperabilità tra le varie banche dati che insistono nel settore delle politiche sociali e socio-sanitarie?

3. La ripartenza dell'attività programmatoria e la lenta affermazione dei LEPS

La delega contenuta nell'art. 21, comma 1, lett. c) della legge n. 33/2017 è stata attuata con il decreto legislativo n. 147/2017 che ha operato in direzione del rafforzamento del coordinamento degli interventi in materia di servizi sociali. È stato così riattivato il processo di pianificazione nazionale in ambito sociale, il quale a sua volta ha avuto un ruolo di stimolo nel processo di definizione dei LEPS.

In particolare, la disposizione richiamata ha previsto che la programmazione relativa alle politiche sociali sia oggetto di appositi Piani elaborati dalla Rete della protezione e dell'inclusione sociale: il Piano sociale nazionale, il Piano per gli interventi e i servizi sociali di contrasto alla povertà, ed il Piano per la non autosufficienza.

La Rete della protezione e dell'inclusione sociale funziona da cabina di regia²⁴ cui sono assegnati alcuni compiti cruciali: è responsabile dell'approvazione dei tre Piani, e, attraverso di essi, individua gli interventi «nell'ottica di una progressione

²⁴ La Rete, presieduta dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, coinvolge diversi livelli di governo, tra cui un componente per ciascuna delle giunte regionali e delle province autonome; venti componenti designati dall'Associazione nazionale dei comuni d'Italia. Alle riunioni partecipano, in qualità di invitati permanenti, il Ministro delegato per la famiglia e le disabilità, e un rappresentante dell'INPS; possono essere invitati altri membri del Governo, nonché rappresentanti di amministrazioni statali, locali o di enti pubblici.

graduale [...] nel raggiungimento di livelli essenziali delle prestazioni assistenziali da garantire su tutto il territorio nazionale» nei limiti delle risorse disponibili nell'ambito dei fondi cui i singoli piani si riferiscono²⁵.

Da questo momento il processo di definizione dei LEPS è ripartito, alternandosi tra disposizioni contenute nei Piani e disposizioni contenute, invece, nelle annuali leggi di bilancio: le prime di carattere più descrittivo, articolate in specie di linee-guida professionali e, in qualche caso, organizzative, la cui realizzazione viene fatta ricadere sui fondi nazionali; le seconde, più analitiche e operative, a volte supportate da specifici target quantitativi e qualitativi da raggiungere, che ricadono, in qualche caso, come vedremo, su quote vincolate di fondi perequativi nazionali (segnatamente, il Fondo di solidarietà comunale), in altri casi su quote dei fondi nazionali per il sociale.

Intanto la legge di bilancio per il 2021 (legge n. 178/2020, art. 1, comma 797) ha introdotto un LEPS specifico per il servizio sociale professionale, stabilendo un rapporto minimo di 1 assistente sociale ogni 5.000 abitanti e un obiettivo di servizio di 1 assistente sociale ogni 4.000 abitanti. Si è partiti, quindi, dal rafforzamento di un elemento infrastrutturale: la figura cardine nel processo di valutazione professionale del bisogno sociale, sopra richiamato. L'obiettivo, da perseguire anche attraverso assunzioni di assistenti sociali da parte dei Comuni e degli Ambiti Territoriali Sociali (da ora ATS), con rapporto di lavoro a tempo indeterminato in deroga ai vincoli di contenimento della spesa di personale vigenti (art. 1, comma 802) è considerato una preconditione necessaria per l'efficacia del sistema dei servizi sociali, strettamente legata a quella valutazione professionale del bisogno sociale cui ho fatto riferimento sopra. L'obiettivo in questo caso è definitivo attraverso l'individuazione di un target quantitativo verificabile e sostenuto da un incentivo economico diretto al Comune o all'ATS, la cui entità varia in ragione del

²⁵ Ai sensi dell'art. 6 del d. lgs. n. 147/2017 il Piano sociale nazionale è lo strumento programmatico per l'utilizzo delle risorse del Fondo nazionale per le politiche sociali; il Piano per gli interventi e i servizi sociali di contrasto alla povertà identifica gli interventi da finanziare con Fondo Povertà ed il Piano per la non autosufficienza è lo strumento programmatico per l'utilizzo delle risorse del Fondo per le non autosufficienze.

rapporto che in quel contesto territoriale esiste tra numero di abitanti e numero di assistenti sociali²⁶.

È in questo contesto che a luglio 2021 il Consiglio dell'Unione Europea ha approvato definitivamente il PNRR italiano, nel quale i LEPS sono uno strumento chiave per garantire l'equità nell'accesso ai servizi sociali su tutto il territorio nazionale, superando le disuguaglianze tra le diverse aree del Paese. In particolare, le disposizioni di interesse si trovano all'interno della Missione 5 (Inclusione e Coesione), Componente 2 (Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e terzo settore). L'obiettivo generale che emerge è il superamento delle debolezze strutturali del modello di welfare multilivello italiano, il rafforzamento del sistema dei servizi sociali territoriali, la garanzia dell'uniformità dei servizi essenziali e la riduzione dei divari territoriali.

Anche per la necessità di dare attuazione al PNRR, il tema dei LEPS è tornato con forza al centro del dibattito politico. È apparsa, infatti, di tutta evidenza la necessità di offrire una base uniforme ad un modello ancora fortemente disomogeneo sul piano strutturale, organizzativo ed erogativo, «non in grado, sull'intero territorio nazionale, di offrire la certezza della presa in carico di coloro che si trovano in condizioni di bisogno»²⁷. Successivamente, con decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali del 21 ottobre 2021 è stato adottato il Piano Nazionale degli Interventi e dei Servizi Sociali 2021-2023 che ha identificato alcuni interventi e servizi da garantire su tutto il territorio nazionale, quali il pronto intervento sociale, le dimissioni protette, la prevenzione dell'allontanamento familiare e la supervisione del personale dei servizi sociali. Tali interventi sono accompagnati nel Piano da una serie di schede operative in cui si descrivono, in termini molto generici e non accompagnati da obiettivi quantitativi, i contenuti associati a ogni singolo LEPS: la denominazione, gli obiettivi che si intendono raggiungere, le categorie di destinatari, le funzioni svolte, le modalità operative e di accesso, le professionalità coinvolte, le risorse necessarie, eventuali costi per il cittadino. La

²⁶ P. TORRETTA, *La legge di bilancio 2022 e l'assistenza sociale: qualche LEPS e tante 'buone intenzioni'*, in *Federalismi.it*, n. 11/2022, p. 190.

²⁷ P. TORRETTA, *La legge di bilancio 2022 e l'assistenza sociale...* cit., p. 188.

programmazione nazionale in ambito di interventi sociali, che riparte dopo venti anni esatti, muove insomma dalla necessità di colmare il vuoto di garanzie che ancora oggi indebolisce l'unità giuridica, economica e sociale del nostro Paese e l'inviolabilità del diritto all'assistenza sociale.

Il passo successivo è rappresentato dalla legge n. 234/2021 (legge di bilancio per il 2022)²⁸, che ha segnato un altro importante passo avanti, anche sotto il profilo del metodo, che pare utile evidenziare. Non solo, infatti, si ripropone una definizione ampia e generale di LEPS ma si indicano le modalità organizzative che devono contraddistinguere la loro programmazione ed erogazione; inoltre si identificano LEPS ulteriori, pur con gradi di specificità molto differenti, conferendo copertura legislativa a quelli individuati dal Piano nazionale degli interventi e dei servizi sociali 2021-2023 sopra richiamati, in relazione ai quali si chiarisce che le fonti di finanziamento sono costituite dalle risorse nazionali già destinate dallo stesso Piano, dalle risorse dei Fondi Europei e del PNRR destinate a tali scopi.

Sul primo punto, il comma 159 dell'articolo ha definito i LEPS come gli «interventi, servizi, attività e prestazioni integrate che la Repubblica assicura con carattere di universalità su tutto il territorio nazionale. L'obiettivo è garantire qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione, prevenzione e riduzione delle condizioni di svantaggio e vulnerabilità». Una definizione molto ampia, che necessita di un'importante opera di attuazione e concretizzazione perché la garanzia lì espressa sia anche esigibile.

In secondo luogo, il comma 160 ha statuito che, al fine di garantire la programmazione, il coordinamento e la realizzazione dell'offerta integrata dei LEPS sul territorio e di concorrere alla piena attuazione degli interventi previsti dal PNRR, i LEPS sono realizzati dagli ATS²⁹, che costituiscono la sede necessaria nella quale programmare, coordinare, realizzare e gestire gli interventi, i servizi e le attività utili al raggiungimento dei LEPS medesimi.

²⁸ Sul ruolo della legge di bilancio per il 2022 sui passi in avanti nella definizione di LEPS, si vedano i contributi di G.M. NAPOLITANO, *Finalmente i livelli essenziali delle prestazioni sociali? La legge di bilancio 2022 tra ambiguità e nuovi sviluppi*, in *Diritti regionali*, n. 1/2023, p. 52 ss.: e P. TORRETTA, *La legge di bilancio 2022 e l'assistenza sociale ...* cit. p. 187 ss.

²⁹ Previsti dall'articolo 8, comma 3, lettera a), della legge 8 novembre 2000, n. 328.

Dopo l'ambito definitorio, ed un richiamo alla necessità di realizzare l'uniformità di tutela attraverso l'ATS, in questo provvedimento normativo si individuano alcuni ulteriori LEPS in settori specifici dell'assistenza sociale e, al contempo, si danno indicazioni per il graduale sviluppo di altri.

Con riferimento specifico ai LEP relativi ai servizi educativi per la prima infanzia (art. 1 comma 172), sono fissate delle soglie minime da raggiungere al fine di poter considerare soddisfatti sul territorio i bisogni sottesi alle istanze di tutela sociale ad essi collegate, attraverso un incremento progressivo del Fondo di solidarietà comunale³⁰, relativamente al quale sono stabiliti, dunque, specifici vincoli di destinazione, in funzione appunto del raggiungimento di livelli essenziali delle prestazioni (o, nell'attesa della definizione di questi ultimi, di obiettivi di servizio). Tornerò sul punto.

In questo caso possiamo parlare di una definizione abbastanza puntuale dell'obiettivo, tradotto anche in risorse aggiuntive da destinare all'uopo e in obiettivi di carattere quantitativo da raggiungere. La disposizione prevede infatti che siano stanziare risorse a favore delle Regioni a statuto ordinario, nonché della Sicilia e della Sardegna, finalizzate ad incrementare il numero dei posti disponibili fino a raggiungere, entro il 2027, il livello essenziale stabilito nel 33% dei posti (incluso il servizio privato), per ciascun Comune o bacino territoriale, in base alla popolazione di età compresa fra 1 e 3 anni. Il meccanismo di finanziamento individuato prevede che i trasferimenti siano destinati in primo luogo ai Comuni con un servizio inferiore al 28,88% e, una volta portati a questa soglia i contesti territoriali maggiormente carenti, gli ulteriori stanziamenti saranno attribuiti agli altri enti territoriali, fino a quando sarà assicurata in modo uniforme la quota minima del 33% dei posti. Ciò al fine di assicurare un intervento finanziario mirato, che consenta di eliminare gradualmente gli squilibri e le disuguaglianze

³⁰ Il Fondo di solidarietà comunale è stato istituito dall'art. 1, comma 380, lettera b), della legge n. 228 del 2012 in sostituzione dell'iniziale Fondo sperimentale di riequilibrio di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 23 del 2011. Entrambi i fondi sono stati concepiti senza vincolo di destinazione in conformità alla valorizzazione dell'autonomia finanziaria disposta dall'art. 119 Cost.

nell'erogazione di tale servizio, secondo la finalità propria dell'art. 117, comma 2, lett. m.

Parzialmente diversi i casi relativi al finanziamento per incrementare il trasporto scolastico per gli alunni con disabilità, nonché quello relativo all'individuazione di specifici LEPS per la non autosufficienza. Possiamo anticipare che in entrambi gli interventi il livello di dettaglio e lo sforzo di esplicitare precisi obiettivi qualitativi e quantitativi non è stato raggiunto. Nel primo caso, l'art. 1, comma 174, prevede ancora una volta un graduale incremento del Fondo di solidarietà comunale con finanziamenti annuali ripartiti fra i Comuni, (ancora un vincolo di destinazione, dunque: tuttavia, non è stato indicato un obiettivo di servizio, ma si è rinviato ad una determinazione ministeriale il compito di definire i relativi obiettivi di servizio ed il livello essenziale da raggiungere (art. 1, comma 174).

Anche nel secondo caso, ci troviamo di fronte ad obiettivi di politica sociale enunciati attraverso formule quantitativamente non espresse né verificabili. Il comma 162 dell'art. 1 richiama a) i servizi socioassistenziali volti a promuovere la continuità e la qualità di vita a domicilio e nel contesto sociale di appartenenza delle persone anziane non autosufficienti; bi) i servizi sociali di sollievo per le persone anziane non autosufficienti e le loro famiglie; c) i servizi sociali di supporto quali la messa a disposizione di strumenti qualificati per favorire l'incontro tra la domanda e l'offerta di lavoro degli assistenti familiari. Nonostante l'attenzione che viene riservata alla tipologia di bisogno legata all'età anziana e alla non autosufficienza, non sono state definite specifiche prestazioni, né puntuali obiettivi di servizio da annoverare nei LEPS. Infatti, nel comma 167 si rinvia ad uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri il compito di determinare «le modalità attuative, le azioni di monitoraggio e le modalità di verifica del raggiungimento dei LEPS [...] per le persone anziane non autosufficienti nell'ambito degli stanziamenti vigenti». In altri termini: si stabiliscono le procedure e i criteri per l'implementazione e la verifica dei LEPS in tema di anziani non autosufficienti senza però averli definiti. Come è stato

efficacemente sottolineato, oggi questo spazio deve essere ancora riempito³¹ poiché lo stesso d.lgs. n. 29/2024 di attuazione della legge delega in materia di politiche in favore delle persone anziane (l. n. 33/2023), nel riconoscere espressamente come LEPS i servizi sopra richiamati, dispone che siano progressivamente fissate, nei limiti delle risorse disponibili, le modalità per la determinazione dei relativi obiettivi di servizio e della loro progressiva attuazione (art. 22, c. 1).

Si specifica però, e questo può rilevare sul versante del profilo qualitativo/organizzativo dei LEPS, che il Servizio sanitario nazionale e gli ATS garantiscono l'accesso ai servizi sociali e ai servizi sociosanitari attraverso i Punti Unici di Accesso aventi la propria sede operativa presso le c.d. Case della comunità. Qui operano equipe integrate composte da personale adeguatamente formato e numericamente sufficiente in grado di assicurare la funzionalità delle unità di valutazione multidimensionale della capacità bio-psico-sociale dell'individuo, anche al fine di delineare il bisogno assistenziale. Quindi, una serie di prestazioni connesse, che, come si anticipava sopra, si inseriscono in un sistema di relazioni tra servizi e strutture, in cui assumono senz'altro rilievo le diverse fasi dell'intervento e le modalità di collegamento tra le stesse, nonché l'assetto organizzativo e professionale in cui esse si collocano.

La stessa legge di bilancio contiene poi una norma di chiusura che rinvia ad un decreto ministeriale la definizione di «altri LEP negli ambiti del sociale» rientranti nelle aree di intervento indicate dall'art. 22, cc. 2 e 4, l. n. 328/2000, «nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente». Emerge dunque l'esigenza di fare sistema rispetto a quanto già definito dal Piano Nazionale per gli interventi e i servizi sociali 2021-2023 e di coprire progressivamente un'area più vasta degli interventi lì definiti come LEPS, richiamando i principi e le aree già contenute nella legge quadro, senza, purtroppo, arrivare sempre al grado di dettaglio necessario.

³¹ P. TORRETTA, *Lo sviluppo normativo dei LEPS passando (anche) per l'autonomia differenziata*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, n. 1/2025, p. 5.

4. Regionalismo differenziato, LEP e LEPS: il precipitato della sentenza della Corte costituzionale n. 192/2024

Un'altra significativa fase del percorso di sviluppo dei LEP/LEPS è rappresentata dalla legge di bilancio per il 2023 (l. n. 197/2022, art. 1, cc. da 791 a 801 bis), che si è occupata di definire una specifica procedura di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e dei correlati costi e fabbisogni standard, nelle materie di cui all'art. 116, c. 3, Cost. L'obiettivo è quello di subordinare l'attuazione dell'autonomia differenziata alla previa definizione di livelli uniformi di prestazioni³², che possano rappresentare la garanzia contro una eccessiva differenziazione nel godimento di diritti fondamentali. Anche se la materia assistenza sociale non è tra quelle interessate dall'attuazione del regionalismo differenziato, è importante far riferimento a questo ulteriore tassello, sia per l'inestricabile connessione che si gioca tra materie attigue, assegnate a competenze diverse e interessate dal processo in corso; sia perché, di recente, la Corte costituzionale è intervenuta su diverse disposizioni della legge n. 86/2024, modificativa della procedura indicata dalla legge di bilancio per il 2023 per l'individuazione dei LEP nelle materie interessate dal processo di regionalismo differenziato, ponendo alcuni principi che valgono senz'altro anche per le riflessioni che qui si propongono.

La legge di bilancio 2023 ha istituito, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, una Cabina di regia per la determinazione dei LEP³³ a cui è assegnato il compito di effettuare una ricognizione della normativa statale e delle funzioni esercitate dallo Stato e dalle regioni in materie di autonomia differenziata; analizzare la spesa storica degli ultimi tre anni sostenuta dallo Stato per queste materie; individuare le materie o ambiti riferibili ai LEP, sulla base delle ipotesi

³² Sul nesso tra la definizione di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ed il regionalismo differenziato, si rinvia alle osservazioni di L. VIOLINI, *Livelli essenziali e regionalismo differenziato: riflettendo sui nessi tra l'art. 117, II comma, lett. m) e l'art. 116, III comma della Costituzione, alla luce dei lavori del CLEP*, in *Federalismi.it*, 21 febbraio 2024, nonché G. COMAZZETTO, *La determinazione dei LEP e le prospettive della differenziazione regionale alcuni spunti ricostruttivi*, in *Amministrazione in Cammino*, 9 maggio 2024, p. 1 ss.

³³ Presieduta dal Presidente del Consiglio dei ministri e costituita dai Ministri competenti, dai Presidenti della Conferenza delle regioni e delle province autonome, dell'UPI e dell'ANCI

tecniche formulate dalla Commissione tecnica per i fabbisogni standard; determinare i LEP, nel rispetto degli equilibri di finanza pubblica e degli stanziamenti di bilancio.

La procedura così delineata ha subito modifiche importanti ad opera della legge n. 86/2024, la c.d. legge Calderoli, che ha previsto il conferimento di una delega legislativa al Governo per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, l'aggiornamento dei LEP attraverso DPCM nonché il ricorso alla procedura prevista dalla legge di bilancio per il 2023 per la determinazione dei LEP con DPCM, sino all'entrata in vigore dei decreti legislativi previsti dalla stessa legge Calderoli.

L'impianto congegnato dalla legge di attuazione dell'autonomia differenziata è stato oggetto di plurime censure da parte delle Regioni, definite dalla Corte costituzionale con la già richiamata sentenza n. 192/2024³⁴. Per quanto qui di interesse, la Corte ha dichiarato l'illegittimità delle norme in tema di LEP, richiamando alcuni elementi fondanti la garanzia espressa dall'art. 117, comma 2, lett. m che sono certamente centrali per la riflessione che qui si conduce.

Nello specifico, la declaratoria di illegittimità costituzionale ha travolto sia il conferimento della delega legislativa al Governo in quanto priva di idonei criteri direttivi, con la conseguenza che la decisione in ordine alla catalogazione delle prestazioni sarebbe rimessa nelle mani del Governo (svuotando le garanzie prevista dall'art. 76 Cost.); sia la previsione che spetta a un DPCM aggiornare i LEP

³⁴ Per un commento alla pronuncia, si rinvia alle considerazioni di E. BALBONI, *Un esigente e ambizioso manuale per l'uso dell'autonomia differenziata: una traccia culturale*, in *Astrid Rassegna*, n. 18/2024; ivi, C. BUZZACCHI, *Pluralismo, differenze, sussidiarietà ed eguaglianza: dalla sentenza n. 192 del 2024 il modello per il sistema regionale «differenziato»*; V. BALDINI, *A proposito di regionalismo differenziato e referendum abrogativo*, in *Diritti Fondamentali*, n. 1/2025, p. 1 ss.; C. NEGRI, *La forma di Stato unitaria a decentramento politico nella sentenza della Corte costituzionale n. 192 del 2024 sull'attuazione del regionalismo differenziato*, n. 4/2025; C. PINELLI, *Sulle premesse alla motivazione della decisione della Corte costituzionale sull'autonomia differenziata*, n. 18/2024; P.I. D'ANDREA, *Profili fiscali e finanziari dell'autonomia differenziata*, in *Nomos*, n. 1/2025, p. 1 ss.; A. MORRONE, *Lo stato regionale dopo la sent. n. 192 del 2024*, in *Giustizia Insieme*, 28 gennaio 2025; A. SPADARO, *La quadratura del cerchio ...o della sent. cost. n. 192/2024*, in *Diritti Regionali*, n. 1/2025, p. 1 ss.; A. STERPA, *Le due "sentenze sorelle" sul regionalismo differenziato: legge Calderoli e referendum sotto la lente della nazione*, in *Federalismi.it*, 30 aprile 2025, p. 1 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *La necessaria terzietà degli organismi tecnico-economici: commissione fabbisogni e ufficio di bilancio della sentenza costituzionale n. 192/2024*, in *Rivista AIC*, n. 2/2025, p. 1 ss.

posto che, per la Corte, «tale meccanismo risulta intrinsecamente contraddittorio e dissonante rispetto al sistema costituzionale delle fonti». La norma censurata, infatti, finirebbe per prevedere la «modifica di un atto legislativo futuro (il decreto legislativo) ad opera di un atto sostanzialmente regolamentare» (il DPCM).

Quali sono gli elementi che emergono dalla pronuncia e che sono rilevanti anche per inquadrare il processo di elaborazione del LEPS? Direi che si tratta di tre questioni fondamentali, che devono essere tenute in considerazione in questa fase di consolidamento del lungo e significativo percorso compiuto in questi ultimi anni.

In primo luogo, la Corte riconosce che ogni materia ha le sue «peculiarità e richiede distinte valutazioni e delicati bilanciamenti», pertanto «una determinazione plurisettoriale di criteri direttivi per la fissazione dei LEP, che non moduli tali criteri in relazione ai diversi settori, risulta inevitabilmente destinata alla genericità» (punto 9.2 considerato in diritto). Le distinte valutazioni e i delicati bilanciamenti richiamano la natura delle situazioni concrete che soggiacciono alle diverse tipologie di livelli essenziali concernenti i diritti civili e sociali, i quali presentano una varietà che richiede necessariamente processi definitivi e specifici strumenti di monitoraggio, misurazione e valutazione a seconda dei bisogni coinvolti³⁵ e delle diverse matrici che i LEPS presentano.

Il secondo aspetto che emerge dalla pronuncia è la valorizzazione del ruolo del Parlamento in ogni processo finalizzato alla individuazione di livelli essenziali di prestazioni, e quindi anche di LEPS: «la sede parlamentare consente un confronto trasparente con le forze di opposizione e permette di alimentare il dibattito nella sfera pubblica, soprattutto quando si discutono questioni che riguardano la vita di tutti i cittadini»³⁶. È questo il fondamento della competenza legislativa esclusiva nella materia trasversale indicata dall'art. 117, secondo comma, Cost., e di altri compiti unificanti nei confronti del pluralismo regionale, che si esplicano attraverso la determinazione dei principi fondamentali nelle materie affidate alla competenza

³⁵ Così anche P. TORRETTA, *Lo sviluppo normativo dei LEPS ... cit.*, p. 6

³⁶ Corte cost., sent. n. 192/2024, punto 4 del Considerato in diritto.

concorrente dello Stato e delle Regioni (art. 117, terzo comma, Cost.), e mediante la perequazione finanziaria a favore dei territori con minore capacità fiscale per abitante (art. 119, terzo comma, Cost.). Conseguentemente viene travolto il sistema di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni tramite DPCM, per le materie interessate dal regionalismo differenziato, ma non solo. Il principio è affermato in via generale e collegato ai fondamenti del nostro sistema regionale: la determinazione dei LEP ha il fine ultimo di «concorrere alla attuazione dei principi costituzionali e dei diritti che su di essi si radicano» in modo da essere prima di tutto «strumento di al servizio del bene comune e della società»³⁷.

In terzo luogo, un passaggio significativo è quello che riguarda il rapporto tra livello essenziale delle prestazioni e sistema di finanziamento. Secondo la Corte i LEP sono un «vincolo posto dal legislatore statale, tenendo conto delle risorse disponibili, e rivolto essenzialmente al legislatore regionale e alla pubblica amministrazione; dalla loro determinazione origina, poi, il dovere dello stesso Stato di garantirne il finanziamento»³⁸, attraverso i canali previsti dall'art. 119 Cost. La citata disposizione si muove verso l'attribuzione di una maggiore autonomia di entrata e di spesa alle Regioni e agli enti locali, nel rispetto dei principi di solidarietà e di coesione sociale, con l'obiettivo di realizzare il passaggio dal sistema dei trasferimenti fondato sulla spesa storica al sistema di attribuzione di risorse basate sull'individuazione dei fabbisogni standard, necessari a garantire il finanziamento integrale dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. L'affermazione, di per sé scontata, riporta all'attenzione un elemento forse sottovalutato, e cioè «che il regionalismo asimmetrico non può essere attuato senza che sia stato prima completato l'assetto finanziario del regionalismo simmetrico definito dalla legge n. 42/2009 e dai suoi decreti delegati»³⁹. E questo ultimo elemento induce a riflettere su quello che è l'attuale finanziamento del sistema dei servizi sociali e sulla necessità della sua revisione.

³⁷ Corte cost., sent. n. 192/2024, punto 4 del Considerato in diritto.

³⁸ Corte cost. sent. n. 192/2024, punto 14 del considerato in diritto.

³⁹ S. PIPERNO, *Si avvicina un impegnativo "tagliando" per il federalismo fiscale*, in *Welforum*, 15 luglio 2025, <https://www.welforum.it/si-avvicina-un-impegnativo-tagliando-per-il-federalismo-fiscale/>

5. Quel che rimane da fare per la determinazione ed il finanziamento dei LEPS

Come noto, la riforma costituzionale del 2001 aveva tracciato un modello di federalismo fiscale⁴⁰, al momento rimasto ancora incompiuto, improntato al superamento dell'attuale sistema di finanza derivata ad una necessaria sintesi tra autonomia finanziaria e solidarietà fra i territori. La necessità di dare attuazione a tale disegno è divenuto peraltro un impegno inserito nel PNRR⁴¹.

Oggi il finanziamento degli interventi e servizi sociali, e dei relativi LEPS, si sostiene grazie alle risorse di diversi livelli di Governo⁴²: i territori ricevono risorse da fonti esterne (Unione Europea/Stato/Regioni) a cui si vanno ad aggiungere risorse proprie assegnate agli enti locali per svolgere le proprie funzioni fondamentali, tra cui quella sociale. Le Regioni, che ricevono le quote dei fondi statali, trasferiscono tali risorse agli enti locali (mantenendo la responsabilità della relativa rendicontazione), secondo gli indirizzi contenuti nei decreti di riparto dei

⁴⁰ Sul tema, da ultimo, C. EQUIZI, *L'autonomia finanziaria regionale. Questioni problematiche*, Giappichelli, Torino, 2025.

⁴¹ Si veda la Missione 1, Componente 1, Riforma del quadro fiscale subnazionale (1.14) la cui scadenza è stata confermata nella sesta Relazione sul suo stato di attuazione presentata al Parlamento dal Ministro per gli Affari Europei lo scorso marzo.

⁴² Secondo ISTAT, *La spesa dei Comuni per i servizi sociali - Anno 2021, 2024*, p. 9 (disponibile qui: https://www.istat.it/it/files/2024/06/REPORT_SPESA-SOCIALE-COMUNI.pdf) i Comuni singoli finanziano, ad oggi, la maggior parte della spesa per i servizi sociali: al netto delle compartecipazioni degli utenti e del Servizio Sanitario Nazionale, il 51,5% delle risorse per gli interventi sociali provengono dai Comuni, mentre solo il 5,9% sono messi a disposizione dagli ATS, ossia dai Comuni associati. Fra le altre fonti di finanziamento, la più rilevante è data dai fondi regionali vincolati (o fondi delle province autonome), che coprono il 18,3% della spesa. Sommando queste tre componenti, quindi, emerge che oltre tre quarti della spesa per gli interventi e i servizi sociali territoriali è finanziata con risorse regionali o sub-regionali. I fondi statali e dell'Unione Europea arrivano a circa il 20% (il fondo nazionale per le politiche sociali fornisce la copertura al 7,8% delle risorse impiegate, il 12% gli altri fondi e le risorse dell'UE). La spesa rimanente è finanziata da altri enti pubblici (3,7%) e in minima parte dal settore privato (0,8%). A questa significativa esposizione di Comuni e Regioni si aggiunga che, sempre secondo ISTAT, dove la spesa sociale è più rilevante, è ancora più alta la quota finanziata con le risorse proprie dei Comuni e delle associazioni di Comuni (il 62% al Centro e al Nord-ovest e il 66% al Nord-est), mentre al Mezzogiorno le risorse proprie degli ATS e dei Comuni coprono quote molto minori (37% al Sud e 29% nelle Isole). Se questa è la composizione interna, permangono differenze territoriali complessive molto ampie: la spesa dei Comuni della Calabria si attesta infatti ai 37 euro pro-capite, rispetto alla media nazionale (pari 142 euro), mentre la spesa più alta è quella dei Comuni della Provincia Autonoma di Bolzano (592 euro).

diversi fondi nazionali. Possono, nel caso, decidere di sostenere determinati interventi con risorse proprie.

Da un lato, dunque, vi sono i LEPS sviluppati a partire dalla legge n. 328/2000, dal d. lgs. 147/2017 e dai Piani nazionali, che - in una logica *narrativa*⁴³ - hanno indicato le modalità attraverso i quali utilizzare i rispettivi fondi settoriali⁴⁴, descritto gli interventi e le modalità professionali più appropriate al loro svolgimento, anche attraverso schede di approfondimento o linee guida rivolte agli enti territoriali. In questo contesto pare utile rilevare che la ripartizione sui territori dei fondi nazionali in ambito sociale non avviene sulla base dell'analisi del bisogno, e quindi su criteri epidemiologici, ma - almeno per gran parte - in base alla popolazione residente: su un totale di 410 milioni di euro del Fondo nazionale delle Politiche Sociali, 405 milioni sono ripartiti tra le Regioni in base alla popolazione residente.

Dall'altro, i LEPS si calano nell'esercizio delle funzioni fondamentali dei Comuni, individuate principalmente dal d. l. n. 78/2010, art. 14, comma 27, in cui è elencata, appunto, la «progettazione e gestione del sistema locale dei servizi sociali ed erogazione delle relative prestazioni ai cittadini». In questa ottica, occorre passare da una logica *narrativa* ad una *determinista*⁴⁵ (cosa si eroga, a chi, quanto costa, tenendo conto delle diverse matrici dei LEPS sopra richiamate), appunto per consentire la definizione del fabbisogno e del costo standard, nonché il complessivo finanziamento della funzione. Queste due dimensioni devono essere coordinate.

Su punto della definizione dei costi e dei fabbisogni standard, il processo, avviato nel 2014, non è ancora stato portato a compimento, anzi: il settore dei servizi sociali è quello in cui la misurazione di livelli di servizio, fabbisogni e costi standard è risultato più controverso. Il confronto tra i livelli erogativi e di spesa si è concentrato finora sugli asili nido, mentre la misurazione del livello dei servizi

⁴³ M. CAIOLFA, *Il futuro dei Leps*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, n. 1/2025, p. 28.

⁴⁴ Peraltro, si assiste ad una proliferazione di fondi statali per il sociale, oltre a quelli legati all'attività della Rete: se prendiamo a riferimento la legge di bilancio per il 2025 (l. n. 207/2024), i fondi per il sociale ammontano a più di una ventina: un coacervo di criteri di riparto e oneri burocratici e rendicontativi che certo non facilitano l'opera di razionalizzazione che pare invece, necessaria. Su questi aspetti si veda F. PESARESI, *Tutti i fondi per il welfare sociale*, in *Welforum*, 21 marzo 2025, <https://www.welforum.it/tutti-i-fondi-per-il-welfare-sociale/>.

⁴⁵ Ancora M. CAIOLFA, *Il futuro dei Leps ...* cit. p. 28

locali ai fini dell'attribuzione del Fondo di solidarietà comunale si trova ancora oggi a uno stadio grezzo «poiché ci si limita a far dichiarare ai Comuni il numero degli utenti effettivi dei servizi sociali, senza che vengano comparati i livelli erogativi per caso, le specificità dei singoli *setting* e dei singoli *target* di bisogno»⁴⁶.

Nel frattempo, la Corte costituzionale, nella sent. n. 71/2023, con riferimento alle disposizioni della legge di bilancio per il 2022 che hanno introdotto LEPS sostenuti da risorse vincolate del Fondo di solidarietà comunale, ha rilevato⁴⁷ una pericolosa ibridazione di quest'ultimo, estranea al dettato costituzionale, sottolineando che l'119 Cost. mantiene distinte due forme di perequazione: quella diretta a colmare le differenze di capacità fiscale, senza vincolo di destinazione; quella invece puntualmente vincolata a raggiungere determinati livelli essenziali e obiettivi di servizio, che può essere diretta soltanto a determinati enti territoriali nella forma degli «interventi speciali». Proprio per questa ragione è stato istituito dall'articolo 1, comma 496, della legge n. 213/2023 (legge di Bilancio per il 2024) il Fondo Speciale Equità Livello dei Servizi (FELS), su cui grava oggi - con un orizzonte temporale limitato e con dotazioni finanziarie a cadenze differenziate a seconda delle aree di intervento delle risorse - l'incremento dei posti negli asili nido e il potenziamento del servizio di trasporto scolastico di studenti con disabilità.

6. Riflessioni conclusive

Nonostante i progressi richiamati, la piena attuazione dei LEPS presenta ancora diverse sfide, tra cui: la necessità di una definizione organica e completa a livello nazionale che tenga conto dei diversi contesti e delle diverse matrici in cui i LEPS vanno ad operare; l'allocazione delle risorse finanziarie agli enti territoriali nel rispetto dei principi e degli strumenti posti dall'art. 119 Cost., in base a costi e fabbisogni standard definiti tenendo conto della complessità del sistema in cui i primi vanno ad intervenire.

⁴⁶ L. PELLICCIA, *Quali risorse per i LEPS*, in *Prospettive Sociali e Sanitarie*, n. 1-2/2025, p. 14.

⁴⁷ Pur dichiarando inammissibile la questione per l'impossibilità da parte del Giudice delle Leggi di sostituirsi al legislatore dettando relazioni finanziarie alternative a quelle adottate dallo Stato in difformità dallo schema costituzionale. Corte cost., sent. n. 71/2023, punto 17 del considerato in diritto.

Come emerge dall'analisi condotta, ai LEPS individuati tramite la programmazione nazionale se ne sono affiancati altri che hanno trovato la loro collocazione nelle annuali manovre di bilancio. A queste disposizioni si sono aggiunti i finanziamenti mirati del PNRR, che hanno potenziato servizi e infrastrutture sociali.

Questo articolato processo, avvenuto in modo frammentario, ha portato ad annoverare, alla fine del 2024, circa sedici LEPS⁴⁸, non tutti compiutamente e quantitativamente definiti, mentre altri dovrebbero essere individuati in attuazione della legge n. 227/2021 (Delega al Governo in materia di disabilità) e della legge n. 33/2023 (Deleghe al Governo in materia di politiche in favore delle persone anziane).

Il più recente Piano Nazionale degli Interventi e dei Servizi Sociali 2024-2026 ha ulteriormente sviluppato i LEPS, non introducendone di nuovi, ma puntando a rafforzare e consolidare quelli già definiti nei piani precedenti. L'attenzione è rivolta all'attuazione dei LEPS a livello locale tramite l'accompagnamento alla piena operatività degli ATS nonché all'attivazione degli strumenti di monitoraggio (attraverso il Sistema Informativo Unitario dei Servizi Sociali - SIUSS).

Dal primo punto di vista, il Piano nazionale 2024-2026 sottolinea che è «nell'ATS che il legislatore ha individuato la dimensione territoriale e organizzativa necessaria nella quale programmare, coordinare, realizzare e gestire gli interventi, i servizi e le attività utili al raggiungimento dei LEPS». È evidente l'intento di assicurare la garanzia dei LEPS in tutti i Comuni, a partire da quelli più piccoli; intento che porterà probabilmente all'apertura di una nuova stagione di rinnovamento negli assetti organizzativi dei servizi sociali⁴⁹. Conseguentemente il Piano prevede specifici interventi per il rafforzamento della capacità amministrativa, programmatoria e gestionale degli ATS⁵⁰.

⁴⁸ F. PESARESI, *LEPS: come attuare il sistema di garanzia*, in *Prospettive Sociali e Sanitarie*, n. 1-2/2025, p. 8.

⁴⁹ Pensiamo, a titolo di esempio, al processo in corso in Veneto, con l'approvazione della legge n. 9/2024, recante, appunto «Assetto organizzativo e pianificatorio degli interventi e dei servizi sociali». Per un commento, T. VECCHIATO, *Gli ambiti territoriali sociali: criticità e potenzialità*, in *Studi Zancan*, n. 2/2024, p. 45 ss.

⁵⁰ In questo senso, si vedano anche le *Linee guida per la definizione dei modelli organizzativi omogenei degli ambiti territoriali sociali per l'attuazione dei livelli essenziali delle prestazioni*, adottate con

Dal secondo: la finalità dichiarata è quella di estendere il monitoraggio dei LEPS e introdurre strumenti per la valutazione e la programmazione regionale, realizzando i principi di semplificazione e interoperabilità tra le banche dati di amministrazioni diverse, parimenti coinvolte nell'attuazione dei LEPS (INPS, Regioni, ATS, Comuni). La costruzione di una base dati solida e completa assume particolare importanza anche perché «la definizione dei trasferimenti perequativi richiede basi informative affidabili e aggiornate e metodologie rigorose»⁵¹. A titolo di esempio, pensiamo a quanto avviene per quanto riguarda il monitoraggio reso all'interno del Servizio Sanitario Nazionale; qui opera un apposito meccanismo di verifica periodica, denominato Nuovo Sistema di Garanzia (NSG), che consente, grazie alle numerose informazioni ad oggi disponibili sul Nuovo Sistema Informativo Sanitario (NSIS), di verificare che tutti i cittadini italiani ricevano le cure e le prestazioni rientranti nei Livelli essenziali di assistenza definiti dal DPCM 12 gennaio 2017 secondo le dimensioni dell'equità, dell'efficacia e della appropriatezza. Per i LEPS manca del tutto un sistema analogo⁵², per arrivare al quale occorre portare a compimento il sistema informativo.

L'attività di consolidamento sopra richiamata va di pari passo con una maturazione nel modo di concepire, costruire e conseguentemente rendere verificabile la garanzia del soddisfacimento di un bisogno sociale ritenuto particolarmente meritevole di tutela. Come ho tentato di mettere in evidenza, i LEPS che in questi anni hanno visto la luce hanno caratteristiche strutturali molto diverse tra loro: alcuni guardano alla introduzione di puntuali prestazioni e potrebbero essere definiti LEPS di erogazione. Essi, pur rappresentando probabilmente la tipologia più semplice e conosciuta nel panorama dei servizi (in quanto incarnano in modo più immediato i diritti sociali come «diritti a

Decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il ministro della salute e con il ministro dell'economia e delle finanze il 24 giugno 2025 (disponibili qui: <https://www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/normativa/DI-del-24062025>)

⁵¹ S. PIPERNO, *Si avvicina un impegnativo "tagliando" per il federalismo fiscale*, cit.

⁵² Si noti che la legge delega n. 33/2023 prevede all'art. 4 «l'adozione di un sistema di monitoraggio dell'erogazione dei LEPS per le persone anziane non autosufficienti e di valutazione dei risultati nonché di un correlato sistema sanzionatorio», che al momento deve essere ancora attuato.

prestazione»⁵³), hanno gradi di complessità diversa e possono essere rappresentati da interventi molto differenti: dalla erogazione di una prestazione monetaria, eventualmente gestita dall'INPS, ad un servizio reso dal servizio sociale del Comune/ATS.

Possiamo poi individuare un'altra tipologia di LEPS, che mira a superare la logica della singola prestazione e lo «smistamento della persona all'interno di una gamma di contenitori» (Tar Calabria, 12 aprile 2013, sent. n. 440), per andare verso la costruzione di percorsi personalizzati di cura. In questo contesto il *processo* (come le diverse prestazioni sono legate le une alle altre) ha l'obiettivo di realizzare una concatenazione di interventi e prestazioni, che tenga insieme le diverse specializzazioni e competenze di chi prende in carico la persona, con i complessi e complessivi bisogni di quest'ultima, in un sistema che sia misurabile, anche in termini di costi, e monitorabile (*LEPS di processo*). È un'evoluzione degna di nota, in grado di rafforzare la finalità del LEPS come strumento di tutela della persona.

La complessità che si va delineando deve essere presidiata sia nel momento della definizione compiuta e generalizzata del LEPS, per la quale è stata ribadita di recente la necessità di un passaggio parlamentare, sia nel momento della determinazione di costi e fabbisogni standard, quale fase fondamentale nella realizzazione del modello di regionalismo cooperativo voluto dalla riforma costituzionale del 2001. A questo ultimo proposito, pare utile un ripensamento complessivo del mandato e del perimetro di lavoro della Commissione tecnica per i fabbisogni standard (CTFS)⁵⁴ cui è affidato un compito davvero delicato e ricco di implicazioni sostanziali.

⁵³ P. GROSSI, *Qualche riflessione per una corretta identificazione e sistemazione dei diritti sociali*, in Studi in onore di Mario Grandi, Padova, 2005, pp. 305 ss., D. MORANA, *I diritti a prestazione in tempi di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, p. 1 ss.

⁵⁴ V. TONDI DELLA MURA, *Audizione nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulla determinazione e sull'attuazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, Commissione parlamentare per le questioni regionali, plenaria, 2 aprile 2025, in *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna Online*, n. 1/2025, p. 151 ss.

Nucleo minimo di un diritto vs Livelli essenziali delle prestazioni: la Corte ritorna sulla questione**

di

Giulia Maria Napolitano*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Una breve panoramica sui LEP. – 3. Nucleo minimo di un diritto civile e sociale. – 4. Livello essenziale, livello minimo, nucleo essenziale, nucleo minimo. – 5. LEP vs nucleo minimo alla luce della sentenza n.192 del 2024. – 6. È possibile una diversa lettura del rapporto tra nucleo minimo e LEP.

1. Premessa.

Il tema del rapporto tra nucleo minimo del diritto e livelli essenziali è stato riproposto dalla recente sentenza n. 192 del 2024 della Corte costituzionale, relativa alla legge, n. 86 del 2024, recante “Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione”. Una analisi sul nucleo minimo del diritto era stata svolta da Stelio Mangiameli nel volume dedicato alla *Proprietà privata nella Costituzione*¹, in tempi in cui ancora i livelli essenziali erano del tutto estranei al testo della Carta costituzionale. Le considerazioni allora svolte non solo appaiono ancora valide e meritevoli di essere richiamate a proposito del confronto che emerge tra nucleo minimo del diritto e LEP nella pronuncia della Corte costituzionale che costituisce una preziosa occasione per una riflessione e sintesi su questo tema.

* Primo ricercatore di Diritto pubblico, ISSIRFA- CNR “Massimo Severo Giannini”.

** Il presente lavoro è destinato agli Scritti in onore di Stelio Mangiameli.

¹ S. Mangiameli, *La proprietà privata nella costituzione*, Giuffrè, 1986.

La lunghissima ed articolatissima sentenza, più di cento pagine,² 52 pronunce, di cui 14 dichiarazioni d'incostituzionalità (6 accoglimenti secchi, 5 sostitutive, 1 additiva, 2 illegittimità consequenziali), 12 inammissibilità (motivate non solo in punto di rito, ma contenenti precisazioni esegetiche), 26 dichiarazioni di infondatezza (di cui 3 interpretative di rigetto, relative ai punti qualificanti della disciplina)³, affronta, tra le tante questioni, quella delle modalità di determinazione dei livelli essenziali, che non sarà analizzata in questa sede, e quella relativa alla tutela dei diritti civili e sociali in cui richiama anche il "nucleo minimo" del diritto del rapporto con i LEP, nell'ottica del trasferimento di ambiti specifici di funzioni³ dallo Stato alle Regioni.

2. Una breve panoramica sui LEP

I LEP furono costituzionalizzati con la riforma del Titolo V, e successivamente previsti come uno degli elementi cardine della legge delega n. 42 del 2009, sul federalismo fiscale, e dei successivi decreti attuativi, ma solo per alcune materie, ed esattamente: sanità, istruzione, e assistenza sociale e trasporto pubblico locale, limitatamente alle spese in conto capitale⁴, materie in cui si concentrano il maggior numero di funzioni che incidono sui diritti sociali. A garanzia dei LEP è stato previsto un finanziamento costruito su costi e fabbisogni standard, che consentirebbe di superare un sistema di finanza derivata e quello basato sul costo storico⁵.

² A. Morrone, *Lo stato regionale dopo la sent. n. 192 del 2024*, in *Giustizia Insieme*, gennaio 2025.

³ La Corte ha sostituito la "materia" con "ambito specifico della funzione" escludendo la possibilità che sia possibile il trasferimento di una intera materia, sul punto v. le considerazioni di S. Mangiameli, *La legge regionale tra disposizioni costituzionali e ordinamento concreto*, in *Italian Papers on Federalism* 2025.

⁴ S. Mangiameli, *"Nota per il Clep n. 6 – Governo del territorio"*, segnala che legge n. 42 del 2009 e il D. Lgs. n. 68 del 2011 «non escludevano la possibilità di individuare ulteriori materie (LEP) individuate in base all'articolo 20, comma 2, della medesima legge n. 42 del 2009. Sostanzialmente l'elenco delle materie LEP è stato rimesso alla "legge statale", che "disciplina la determinazione dei livelli essenziali di assistenza e dei livelli essenziali delle prestazioni". E, tal riguardo, si prevede che "fino a loro nuova determinazione in virtù della legge statale si considerano i livelli essenziali di assistenza e i livelli essenziali delle prestazioni già fissati in base alla legislazione statale"», nota 4.

⁵ Sulle modalità di finanziamento delle materie LEP e non LEP v. S. MANGIAMELI, A. FILIPPETTI, F. TUZI, C. CIPOLLONI, *Prima che il Nord somigli al Sud*, op. cit., 325 ss.

La Corte costituzionale li ha spesso richiamati come importante elemento di coesione dell'unità nazionale indicandoli quale «fondamentale strumento per garantire il mantenimento di una adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto»⁶, più recentemente, nella pronuncia n. 192 del 2024, come espressione «di un potere attribuito dalla Costituzione allo Stato al fine di conciliare l'uguaglianza delle persone con l'autonomia degli enti territoriali»⁷, rappresentando un contrappeso rispetto alla differenziazione⁸ e una «rete di protezione»⁹, che, garantendo l'uguale godimento dei diritti civili e sociali in tutto il territorio nazionale, assicurerebbe la realizzazione del principio di uguaglianza¹⁰.

Nonostante queste previsioni, il quadro dei LEP e si presenta frammentato ed eterogeneo¹¹, con esclusione della sanità, è stato a lungo così scarno che la stessa Corte costituzionale ha denunciato il perdurante ritardo dello Stato nel definir[li]¹², anche nelle materie indicate nella legge n. 42 del 2009, così come hanno fatto la Corte dei conti¹³, la Commissione tecnica per i fabbisogni standard¹⁴ e l'Ufficio parlamentare di bilancio¹⁵.

⁶ Corte cost. sent. n. 88/2003, Con. in dir. p.to 4, sent. nn.134/2006, 10/2015. n.282/2002.

⁷ Corte cost. sent. n. 192/2024, Cons in dir. p.to 14; Sulle problematiche relative all'applicazione del principio di uguaglianza in sistemi regionali e federali si rinvia alle riflessioni svolte da S. MANGIAMELLI, *Regionalismo ed eguaglianza*, in IPOF, 2019, 1, 7 «come mostrano moltissime esperienze, non solo federali, l'uniformità del diritto non assicura di per sé il superamento dei divari, né l'uniformità di trattamento delle situazioni soggettive; e le tendenze all'unificazione possono persino aggravare divari e difformità e ledere maggiormente (o per una maggiore quantità di cittadini) le situazioni soggettive costituzionalmente garantite».

⁸ Corte cost. sent. n. 192/2024, Cons in dir. p.to 14

⁹ Corte cost. sent. n. 192/2024, Cons. in dir. P.to 14.1.

¹⁰ Su divario territoriale v. S. MANGIAMELLI, A. FILIPPETTI, F. TUZI, C. CIPOLLONI, *Prima che il Nord somigli al Sud*, Soveria Mannelli, 2020, 234

¹¹ Per una sintesi ricognizione aggiornata dei LEP v. G. ARACHI, *Audizione dell'Ufficio parlamentare di bilancio nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulla determinazione e sull'attuazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, febbraio 2024.

¹² Corte cost. sent. n. 220/2021, dello stesso tenore sentt. nn. 197/2019, 117/2018.

¹³ Così il testo presentato dalla Corte dei conti, Sezione delle autonomie nel corso dell'audizione del 27 ottobre 2021 presso la Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale.

¹⁴ Il richiamo sulla mancanza dei LEP è contenuto nelle diverse audizioni del suo Presidente G. ARACHI, nelle audizioni del 6 ottobre 2021, cit., del 25 giugno 2020, cit., del 6 giugno 2019, cit., anche L. CAVALLARI, Presidente dell'Ufficio Parlamentare di bilancio, che richiama sent. n.

Questa inadempienza ha determinato degli effetti non solo sul processo di attuazione del federalismo fiscale, che ha «valore di pietra angolare del sistema» delle autonomie¹⁶, ma anche sul piano della tutela dei diritti sociali.

Con riferimento alle materie indicate nella legge n. 42 del 2009, i primi livelli essenziali ad essere determinati sono stati i LEA, in ambito sanitario, fin dal 2001, e oggetto di revisione nel 2017¹⁷. Nell'istruzione sono stati definiti dall'artt. 15 e seguenti del Decreto Legislativo 7 ottobre 2005, n. 226, sulle *Norme generali e livelli essenziali delle prestazioni relativi al secondo ciclo del sistema educativo di istruzione e formazione*, a norma dell'articolo 2 della L. 28 marzo 2003, n. 53¹⁸.

Nell'ambito dell'assistenza sociale, la vicenda dei LEP, presenta la storia più travagliata e si connota per una estrema varietà delle modalità di finanziamento e procedure di determinazione. I primi riferimenti sono le scarse indicazioni della legge quadro sull'assistenza sociale n. 328 del 2000, e solo con la legge finanziaria 2022, n. 234 del 2021, si avvia un primo tentativo di riordino dei LEP sociali, seppure con qualche incertezza interpretativa, vengono indicati i primi LEP in

220/2021, cit. nel corso dell'audizione del 5 maggio 2022 presso la Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale(<https://www.camera.it/leg18/824?tipo=C&anno=2022&mese=05&giorno=05&view=filtere&d&commissione=62&pagina=>). Tra le altre decisioni della Corte cost. che stigmatizzano l'assenza di LEPS anche la sent. 10 aprile 2020 n. 62.

¹⁵ Così il testo presentato da A. ZANARDI nel corso dell'Audizione del 21 ottobre 2021, dell'Ufficio parlamentare di bilancio sullo stato di attuazione e sulle prospettive del federalismo fiscale, anche con riferimento ai relativi contenuti del Piano nazionale di ripresa e resilienza.

¹⁶ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Cedam, Padova, 1976, 906 che già individuava nell'autonomia finanziaria il presupposto per la realizzazione di politiche regionali, volte a garantire le «erogazioni necessarie alla soddisfazione dei bisogni pubblici» secondo determinate «scale di priorità, da determinare non già secondo criteri statici di mantenimento dello *status quo*, bensì dinamici, di sviluppo».

¹⁷ Il dpcm 29 novembre 2001 e il dpcm 12 gennaio 2017 hanno definito i LEA garantiti dal servizio sanitario nazionale in modo omogeneo ed uniforme sul territorio nazionale.

¹⁸ Per un approfondimento sui LEP in materia di istruzione si rinvia ad A. POGGI, *Definizione dei Livelli essenziali delle prestazioni nella materia dell'Istruzione e Formazione professionale: stato dell'arte e prospettive*, in *Rassegna CNOS*, 2/2010; V. CAMPIONE, A. POGGI, *Sovranità, decentramento, regole. I livelli essenziali delle prestazioni e l'autonomia delle istituzioni scolastiche*, Mulino, Bologna 2009; M. MICHETTI, *La Corte, le regioni e la materia dell'istruzione*, in *Giur. cost.*, 6/2005, 5115 ss.; D. D'ALOIA, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia di istruzione e formazione professionale alla luce della riforma del titolo V della Costituzione*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 3/2004.

materia assistenziale¹⁹. Prima di questa, gli unici ad essere definiti erano stati l'ISEE²⁰, il Reddito di cittadinanza²¹, poi sostituito dall'assegno di inclusione²², e la previsione relativa agli assistenti sociali²³. I LEP, definiti nella legge di bilancio per il 2023, sebbene siano unitariamente identificati «dagli interventi, dai servizi, dalle attività e dalle prestazioni integrate che la Repubblica assicura, sulla base di quanto previsto dall'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione e in coerenza con i principi e i criteri indicati agli articoli 1 e 2 della legge n. 328 del 2000, con carattere di universalità su tutto il territorio nazionale per garantire qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione, prevenzione, eliminazione o riduzione delle condizioni di svantaggio e di vulnerabilità», sono estremamente diversificati. È possibile suddividerli in quattro gruppi: quelli relative a servizi/interventi più strettamente connessi all'assistenza sociale garantita sul territorio esplicitamente definiti LEP (co. 170)²⁴; prestazioni in «altri ambiti

¹⁹ Si tenga conto che con la revisione costituzionale del 2001 l'assistenza sociale non è più una materia concorrente, ma ricade nell'ambito dell'art. 117, comma 4, Cost. Per una analisi approfondita sia consentito rinviare a G.M. NAPOLITANO, *Finalmente i livelli essenziali delle prestazioni sociali? la legge di bilancio 2022 tra ambiguità e nuovi sviluppi*, in *Diritti Regionali*, 1, 2023.

²⁰ L'ISEE è l'Indicatore della Situazione Economica Equivalente e rappresenta lo strumento per valutare e confrontare la situazione economica dei nuclei familiari e regolare l'accesso alle prestazioni sociali e sociosanitarie (in moneta e in servizi) erogate dai diversi livelli di governo. È stato oggetto di revisione e qualificato come livello essenziale dall'art. 5 del d.l. n. 201/2011, convertito con modificazioni dalla l. 22 dicembre 2011 n. 214 e disciplinato con dpcm 5 dicembre 2013 n. 159 (Regolamento concernente la revisione delle modalità di determinazione e i campi di applicazione dell'Indicatore della Situazione Economica Equivalente (ISEE).

²¹ Il reddito di cittadinanza è disciplinato dal d.lgs. 15 settembre 2017 n. 147 e dal d.l. 28 gennaio 2019 n. 4, convertito con modificazioni dalla l. 28 marzo 2019 n. 26. È un livello essenziale costituito da una prestazione economica erogata a certe condizioni e soggetto a determinate condizionalità. Questo è stato sostanzialmente sostituito dall'assegno di inclusione.

²² L'assegno di inclusione è stato istituito con d.l. n. 48/2023 convertito con l. n. 83/2023.

²³ Il LEP è stato introdotto con la legge di bilancio per il 2021 (l. n. 178/2020) e prevede la presenza in ogni ambito territoriale sociale (ATS) di un assistente ogni 5.000 abitanti, nella prospettiva di raggiungere un più avanzato obiettivo di servizio, pari a un assistente ogni 4.000 abitanti.

²⁴ In particolare la l. n. 234/2022 qualifica come LEPS una serie di prestazioni, già individuate come prioritarie nel Piano nazionale degli interventi e dei servizi sociali 2021-2023 (co. 170)⁷³: pronto intervento sociale; supervisione del personale dei servizi sociali; servizi sociali per le dimissioni protette; prevenzione dell'allontanamento familiare; servizi per la residenza fittizia; progetti per il dopo di noi e per la vita indipendente.

diversi dalla non autosufficienza»²⁵; prestazioni relative alla non autosufficienza (c. 162)²⁶; i servizi rivolti all'infanzia, o meglio gli asili nido, insieme al trasporto scolastico degli alunni con disabilità.

Al di fuori delle materie contemplate dalla legge n. 42 del 2009 e nonostante l'importante ruolo che i LEP rivestono, è evidente, anche dalla breve panoramica tracciata, senza pretese di esaustività, che i LEP costituiscano una varietà tale, difficilmente riconducibili a delle categorie uniche od omogenee, sebbene il riferimento costituzionale al "livello di prestazione" sembra evocare sicuramente qualcosa di misurabile e quantificabile, sia sotto il profilo economico, sia sotto quello spaziale, tanto da sembrare mutuata dal linguaggio dei "geometri"²⁷.

Da questo punto di vista, quelle considerate non necessariamente esauriscono tutte le tipologie di LEP, atteso che questi possono essere identificati anche al fuori di prestazioni in beni e servizi esistendo prestazioni che non coincidono «con la semplice erogazione di un bene o di un servizio pubblico, quanto piuttosto di una attività amministrativa conformata in un certo modo dalla legge»²⁸. Vi sono infatti LEP la cui prestazione «posta a carico della pubblica amministrazione consiste in un comportamento modale che assicuri il soddisfacimento di determinati diritti dei cittadini, quale appunto è il diritto ad una buona amministrazione»²⁹. Basti pensare

²⁵ È previsto che gli altri LEP diversi dalla non autosufficienza siano determinati con decreto ministeriale entro diciotto mesi dalla pubblicazione della legge (l. n. 234/2021, art.1, co. 169).

²⁶ Si tratta di una serie di «servizi socio-assistenziali volti a promuovere la continuità e la qualità di vita a domicilio e nel contesto sociale di appartenenza delle persone anziane non autosufficienti». Si tratta di una molteplicità di prestazioni che si possono raggruppare in: Assistenza Domiciliare Sociale (SAD) e assistenza sociale integrata con i servizi sanitari⁹³; servizi di sollievo per le persone anziane non autosufficienti e le loro famiglie, tra cui soluzioni abitative (in coerenza con gli appositi interventi del PNRR), come, ad esempio, le nuove forme di coabitazione solidale delle persone anziane; servizi che mettono a disposizione strumenti per favorire l'incontro tra domanda e offerta di lavoro degli assistenti familiari in collaborazione con i centri per l'impiego.

²⁷ Similitudine richiamata da E. BALBONI, *Essenziale: was its wesentlich?*, in *Quad. cost.*, 2015, 2, 390.

²⁸ S. MANGIAMELI, *Nota per il CLEP n. 6-Governo del territorio*, in Comitato Tecnico Scientifico con Funzioni Istruttorie per l'individuazione dei Livelli Essenziali delle Prestazioni, *Documenti preparatori*, 20.10.2023.

²⁹ Il Decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, "Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni", prevede disposizioni sulla trasparenza amministrativa quando nell'art. 1, al comma 3, dispone: "Le disposizioni del presente decreto, nonché le norme di

a un LEP come l'Isee, quelli in materia di governo del territorio³⁰ o a quelli relativi al procedimento amministrativo³¹. Questi ultimi, previsti dalla legge n. 241 del 1990, si sostanziano in «obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato, di misurare i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti»³². Non dissimili sono le disposizioni relative al governo del territorio in cui «i LEP non coincido[no] con la semplice erogazione di un bene o di un servizio pubblico, quanto piuttosto di una attività amministrativa conformata in un certo modo dalla legge»³³. La prestazione dovuta, in termini di livello essenziale, è perciò data dal modello organizzativo della PA, con i relativi costi posti a carico della finanza pubblica»³⁴, o possono essere LEP che consistono in prestazioni “negative”, che si traducono nell'obbligo di astensione per i pubblici poteri da qualsiasi intervento verso i cittadini o, infine, prestazioni che si traducono in una “performance amministrativa”³⁵ difficilmente quantificabili in termini economici³⁶.

attuazione adottate ai sensi dell'articolo 485, integrano l'individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione e costituiscono altresì esercizio della funzione di coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera r), della Costituzione”.

³⁰ Si tratta di LEP relativi all'edilizia e all'urbanistica, riferiti principalmente alla performance amministrativa e agli effetti del principio di semplificazione. Si tratta anche di LEP relativi a performance e risultati della PA, comprese prestazioni “negative” (qualora le Amministrazioni debbano astenersi dall'intervenire nella sfera privata). G. ARACHI, Audizione op cit. indica che el rapporto CLEP è stato chiarito «che in questo campo i LEP discendono da rapporti tra cittadini e Amministrazione, in cui i primi presentano un interesse rispetto all'attività procedimentale della seconda (urbanistica ed edilizia), sono qualificati rispetto alla seconda con riferimento agli interventi edilizi (ad esempio in quanto proprietari) o sono interessati al rispetto di determinati standard urbanistici. Sono stati pertanto individuati LEP nell'ambito dell'attività edilizia, della pianificazione urbanistica e degli standard urbanistici.

³¹ Legge n. 241 del 1990.

³² S. MANGIAMELI, *Nota per il CLEP n. 6*, op cit.

³³ S. MANGIAMELI, *Nota per il CLEP*, op cit.

³⁴ S. MANGIAMELI, *Nota per il CLEP*, op cit.

³⁵ S. MANGIAMELI, *Nota per il CLEP*, op cit

³⁶ G. ARACHI, *Audizione dell'Ufficio parlamentare di bilancio nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulla determinazione e sull'attuazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e*

Appare pertanto estremamente complesso cercare di fare una sintesi unica della nozione di LEP, che sono garantiti da una molteplicità di soggetti, Stato, Regioni e Comuni e sono stati definiti con modalità e procedure estremamente diverse, legate non solo alla natura degli stessi o del soggetto erogatore, ma anche alla scelta politica, ed estremamente diversi sono i sistemi di finanziamento e le procedure di monitoraggio, verifica e sanzione sulla loro attuazione³⁷.

Nonostante l'estrema varietà dei LEP, con la legge di bilancio del 2023 (l. n. 197 del 2022) viene definita una procedura unica per la loro determinazione, che ne ribadisce la funzione di garanzia per assicurare l'uniformità dei servizi e dei diritti civili e sociali su tutto il territorio nazionale e la necessaria definizione del costo e del fabbisogno standard per ognuno³⁸.

Questa impostazione è stata concretizzata attraverso un *Comitato tecnico-scientifico, chiamato ad avanzare proposte per la individuazione delle materie o ambiti di materie da includere tra i livelli essenziali delle prestazioni*", che a parziale conclusione della procedura prevista ha redatto un Rapporto tecnico (c.d. Rapporto CLEP), grazie al quale sarebbero stati identificati e proposti una serie di LEP nelle diverse materie di cui all'art. 116, comma 3, Cost. La ricognizione, effettuata ad ampio spettro, ha tenuto conto non solo dei LEP esplicitamente determinati, ma anche di

sociali, op.cit., segnala come « il CLEP ha espresso la propria preferenza per una nozione di LEP prestazionale e obbligatoria, tale da assumere una rilevanza finanziaria, che tuttavia presenta alcuni aspetti controversi. La nozione sarebbe legata a obblighi di dare, di fare e di astenersi che riguardano i pubblici poteri, sia come regolatori, sia come gestori. Tuttavia, il concetto di LEP prestazionale sembra rimandare a specifici benefici in denaro o in natura, legati soprattutto ai diritti sociali, mentre gli obblighi di dare, di fare e di astenersi, anche nel campo della regolazione, abbracciano un campo molto più ampio di interventi utili a garantire i diritti civili e sociali, consentendo l'allargamento dello sguardo anche alle diverse fattispecie sopra citate».

³⁷ Sia consentito rinviare a G.M. NAPOLITANO, *Finalmente i livelli essenziali*, op. cit.

³⁸ La legge ha previsto altresì l'istituzione di una Cabina di regia, presieduta dal Presidente del Consiglio dei Ministri, per gestire l'intero processo di definizione dei LEP. In una prima fase è stato costituito un *Comitato tecnico scientifico con funzioni istruttorie per l'individuazione dei livelli di prestazione* (cd CLEO) che ha realizzata, per ogni materia dell'art. 116, 3 c, Cost., una ricognizione della normativa statale e delle funzioni svolte dallo Stato, al fine di identificare le materie (ed ambiti di materie) cd LEP. I risultati sono stati raccolti in un Rapporto acquisito a fine 2023 dalla Cabina di Regia. Successivamente è stata avviata sia una ricognizione della spesa storica sostenuta da Stato e Regioni, nelle stesse materie, nell'ultimo triennio, per ogni materia e funzione esercitata dallo Stato, sia una prima determinazione dei LEP e dei relativi fabbisogni standard, nell'ambito degli stanziamenti di bilancio.

quelli previsti “in forma implicita”, facendo, in alcuni casi, anche riferimento alla giurisprudenza costituzionale che ne ha individuati alcuni³⁹.

Il rapporto CLEP, tuttavia «non offre nel complesso soluzioni definitive ai principali problemi sorti in relazione alla determinazione dei LEP»⁴⁰. Infatti, sebbene non abbandoni, ma anzi esprima, «la propria preferenza per una nozione di LEP prestazionale e obbligatoria, tale da assumere una rilevanza finanziaria, presenta alcuni aspetti controversi».

La nozione di LEP «sarebbe legata a obblighi di dare, di fare e di astenersi che riguardano i pubblici poteri, sia come regolatori, sia come gestori», mentre «il concetto di LEP prestazionale sembra rimandare a specifici benefici in denaro o in natura, legati soprattutto ai diritti sociali», e non tiene conto che «gli obblighi di dare, di fare e di astenersi, anche nel campo della regolazione, abbracciano un campo molto più ampio di interventi utili a garantire i diritti civili e sociali, consentendo l'allargamento dello sguardo anche alle diverse fattispecie sopra citate»⁴¹.

In questo quadro estremamente variegato la vicenda dei LEP si arricchisce con il loro ingresso nel processo di attuazione dell'autonomia differenziata. Sebbene non siano menzionati espressamente nell'art. 116, terzo comma, Cost., e manchi una loro definizione nella Costituzione, la legge n. 86 del 2024⁴², *Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione*, li prevede⁴³, accanto al rispetto dell'art. 119

³⁹ V. V. Tondi della Mura, *Non è Voltaire: le pagine bianche (e quelle grigie) del «Rapporto finale» del Comitato per l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *federalismi.it*, 26 giugno 2024.

⁴⁰ G. ARACHI op. cit.,

⁴¹ *Ibidem*

⁴² S. MANGIAMELI, *Regionalismo differenziato, divario territoriale ed eguaglianza*, in *Diritti regionali*, 4, 2024, 126 ..segnala come la legge quadro n. 86/2024 per la realizzazione dell'autonomia differenziata sia apparsa «non come l'unica percorribile, come quella “più adeguata al fine di bilanciare le esigenze di assicurare la condivisione dei contenuti con le forze politiche presenti in Parlamento, garantire l'unità dell'indirizzo del governo e un dialogo razionale con le regioni interessate” e, in questo modo, si salda un ulteriore elemento di alterazione del disegno costituzionale, che incide sull'interpretazione dell'art. 116, co. 3, Cost. L'intento è palese ed è il tentativo di controllare e condizionare politicamente ogni eventuale iniziativa».

⁴³ La l. n.86 del 2024 da attuazione alla legge di bilancio 2023 (l. n. 197 del 2023), che ai fini della completa attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione aveva previsto (art.1,

Cost., espressamente menzionato nel testo dell'art. 116 Cost., come preconditione per il trasferimento delle funzioni legislative ed amministrative dallo Stato alle Regioni, delle materie indicate nell'art. 116, comma 3, Cost., come preconditione per il riconoscimento alle Regioni ordinarie di "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia".

Questa previsione, se da un lato assolve ad una «evidente funzione garantista, [assicurata dall'art.117, secondo comma, lett. m) Cost.], finalizzato ad evitare che le condizioni giuridiche, economiche e sociali che incidono sulle libertà e sui diritti si squilibrino oltre misura in ragione delle particolari condizioni storiche del "territorio nazionale", dall'altro lega [...] strettamente la clausola di asimmetria e lett. m) dell'art. 117, co. 2, della Costituzione»⁴⁴, finendo per costituire «una preclusione politica (costituzionalmente non prevista) al trasferimento di autonomia "asimmetrica"»⁴⁵.

La legge è stata dichiarata parzialmente incostituzionale, con la sentenza n. 192 del 2024 e, per quello che qui rileva, lo sono state tutte quelle disposizioni relative alle procedure di definizione e di aggiornamento dei LEP, e in particolare quelle concernenti la delega al governo per la determinazione dei LEP e dei procedimenti connessi⁴⁶, nonché è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale in via consequenziale dei commi 791- 801-bis dell'art. 1 della legge n. 197 del 2022.

c791) che «l'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari ,di autonomia di cui all'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, relative a materie o ambiti di materie riferibili, ai sensi del comma 793, lettera c), del presente articolo, ai diritti civili e sociali che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale, è consentita subordinatamente alla determinazione dei relativi livelli essenziali delle prestazioni (LEP)». Queste disposizioni sono state dichiarate incostituzionali a seguito delle sent. n. 192/2024. La determinazione dei LEP è stata affidata (comma 793 dell'art. 1 l. n. 197/2022) - è affidata ad una Cabina di regia. V. Rapporto del comitato tecnico scientifico con funzioni istruttorie per l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni CLEP in affari regionali.it

⁴⁴ S. MANGIAMELI, *Regionalismo differenziato, divario territoriale ed eguaglianza*, in *Diritti regionali*, 1, 2024, 142.

⁴⁵ Per una analisi critica v. S. MANGIAMELI, *Regionalismo differenziato, divario territoriale ed eguaglianza*, cit., 128 e ID. Nota per CLEP n. 6 -Governo del territorio.

⁴⁶ La Corte ha dichiarato incostituzionali (Punti 9.29.3 del Considerato in diritto) la l. n. 197 del 2022, l'art. 3, comma 1, relativo alla delega al Governo per la determinazione dei LEP, e in via consequenziale le disposizioni della l. n. 86/2024 che disciplinano il procedimento di adozione dei decreti legislativi (art. 3 c. 2); il monitoraggio sulla garanzia dei LEP tramite decreti legislativi (art. 3, c. 4); l'aggiornamento dei LEP tramite DPCM (art. 3 c. 7); le disposizioni di

Allo stato attuale è stato recentemente approvato dal Consiglio dei ministri il DDL (il 29 maggio 2025), che dovrebbe indicare i principi e i criteri direttivi sulla base dei quali dovrebbero essere definiti i LEP nelle materie di cui all'art. 117, 3 comma. Questo li definisce come "prestazioni o erogazioni, anche non monetarie, ovvero degli obblighi di dare di fare o di astensione nei confronti dei privati che gravano sui poteri pubblici, anche nella loro funzione regolatoria e di gestione"⁴⁷. Non è certo né che il disegno di legge venga approvato dalle Camere, né che la formulazione rimanga la stessa. Tuttavia, esprime sicuramente la difficoltà di trovare una definizione unitaria che esprima tutte le diverse connotazioni che i LEP possono assumere.

3. Nucleo minimo di un diritto civile e sociale

Non esiste nella Costituzione un riferimento esplicito al *nucleo minimo del diritto*⁴⁸, a differenza di molte costituzioni europee, come l'art. 19.4 della Legge fondamentale tedesca (*Grundgesetz*)⁴⁹, la Costituzione portoghese⁵⁰ del 1976 (art. 18,

rinvio alla procedura di definizione dei LEP e relativi costi e fabbisogni standard della l. n. 197/2022 (art.3, commi 8,9 e 10) delle

⁴⁷ DDL Disegno di legge delega al Governo per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni approvato il 29 maggio 2025 dal Consiglio dei Ministri.

⁴⁸ Sull'utilità o meno del riferimento al contenuto essenziale la dottrina non è unanime. A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»*, in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, Cedam, 1990, 110, per il quale il richiamo al «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali «anziché costituire una caratteristica negativa del nostro ordinamento, va positivamente apprezzata», perché «implica (almeno in teoria!) che il legislatore ordinario non è autorizzato a distinguere ciò che è essenziale da ciò che non è essenziale nel contenuto di un diritto costituzionalmente riconosciuto». Diversamente per P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, op. cit., 248, sostiene che «[l]addove una costituzione dispone una regolamentazione specifica e graduata dei limiti per ogni diritto fondamentale», la garanzia del contenuto essenziale «è consigliabile [...] almeno finché non si sia in presenza di una radicata «giurisprudenza sul bene comune», che determina in modo graduato i limiti, che si «normativizza» attraverso una ponderazione differenziata e che diventa così una specifica giurisprudenza sul contenuto essenziale».

⁴⁹ La Legge Fondamentale tedesca all'art. 19, 1al primo comma prescrive che un diritto fondamentale può essere limitato solo «con una legge o in base ad una legge», al secondo comma che 2 in nessun caso un diritto fondamentale può essere leso nel suo contenuto essenziale.

⁵⁰ La Costituzione portoghese (art. 18.3) prevede che «Le leggi restrittive dei diritti, delle libertà e delle garanzie devono essere di carattere generale e astratto e non possono avere effetto

c. 3), quella spagnola⁵¹ del 1978 (art. 53, c. 1)⁵² e la Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, nell'art. 52, par. 1, secondo la quale «[e]ventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono», fra le altre cose, «rispettare il *contenuto essenziale* (corsivo aggiunto) di detti diritti e libertà».

Questa assenza, tuttavia, non ha impedito, che questa espressione, ricorresse frequentemente nella giurisprudenza della Corte⁵³, con formulazioni linguistiche differenti, spesso poco chiare, con ricostruzioni assai diverse⁵⁴, che le hanno fatto assumere una «mutevole fisionomia»⁵⁵. La Corte ha utilizzato locuzioni come «misura minima» (sent. n. 27/1998), «contenuto minimo essenziale» (sent. n.184/1993), «nucleo essenziale» (sent. n. 304/1994), «nucleo irriducibile» (sentt. nn. 252/2001, 509/2000, 309/1999⁵⁶), «contenuto minimale» (sent. n. 307/1990), «contenuto essenziale» (sentt. nn. 231/2017, 72/2020, 121/2014)⁵⁷, richiamando anche

retroattivo, né diminuire l'estensione e la portata del contenuto essenziale delle previsioni costituzionali”.

⁵¹ La Costituzione spagnola prevede che “I diritti e le libertà riconosciuti nel capo II del presente titolo sono vincolanti per tutti i pubblici poteri. Solamente per legge, che in ogni caso deve rispettare il loro contenuto essenziale, può essere regolato l'esercizio di tali contenuti e libertà”.

⁵² G. Castelli, *Alla ricerca del “limite dei limiti”: il «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali nel dialogo fra le corti*, segnala come non “sembra un caso che formule del genere si rinvenivano nelle Costituzioni di molti Paesi usciti da regimi autoritari”, in AIC, 3, 2021.

⁵³ D. MESSINEO, *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Giappichelli, 2012, 293 il quale evidenzia come il nucleo essenziale del diritto rappresenti una “elementare implicazione della centralità della persona insita nel concetto stesso di democrazia, in cui la legittimazione del potere pubblico si lega al sistema di limiti e controlli frapposti al suo esercizio”.

⁵⁴ Basti ricordare la ben nota sentenza n. 220/2021 ove la Corte precisa che i LEP «indicano la soglia costituzionalmente necessaria e costituiscono il nucleo invalicabile per rendere effettivi tali diritti». Nucleo *invalicabile* sembra qui coincidere con nucleo minimo, in quanto rende effettivo un diritto che senza quella prestazione non è più tale.

⁵⁵ D. MESSINEO, *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino, Giappichelli, 2012, 89.

⁵⁶ La Corte nella sentenza n. 309/1999, Cons. in dir, p.to 3, indica come «le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana». V. anche O. CHESSA, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 1175-1176.

⁵⁷ V. G. COMAZZETTO, *La determinazione e le prospettive della differenziazione regionale alcuni spunti ricostruttivi*, in *Forum di amministrazione in cammino*, maggio 2024; E. PESARESI, *La “determinazione dei livelli essenziali op. cit.*

la competenza statale esclusiva per la determinazione dei LEP (sent. n. 10/2010), ma sostanzialmente riferendosi al concetto di limite estremo, per la garanzia di un diritto, oltre il quale lo stesso diritto verrebbe meno⁵⁸.

Anche la dottrina mostra diverse posizioni sul «contenuto essenziale» tanto da definirlo un concetto «piuttosto vago» e «non [...] predeterminabile in astratto»⁵⁹; «non traducibile in significati univoci, oggettivi e soprattutto definitivi»⁶⁰; che «presenta contorni incerti e flessibili»⁶¹; che «non ha una misura fissa», ma «una dimensione variabile perché viene definito sempre *a posteriori*»⁶²; che, in ultima analisi, «non si saprebbe identificare»⁶³.

Al di là di tutte le letture che sono state date del “nucleo minimo”⁶⁴ di un diritto, appare in realtà assai complesso rispondere all’interrogativo su quale sia il suo contenuto “minimo”, “essenziale” o “standard”⁶⁵ e non sembra errare chi

⁵⁸ In questo senso A. MORRONE, *Lo stato regionale dopo la sent. n. 192 del 2024*, in *Giustizia Insieme*, gennaio 2025, che vede in questa differenza strutturale la possibilità di ipotizzare «una distinzione tra due tipi di garanzia dei diritti fondamentali» una finalizzata ad una garanzia minima, tale che «mancando la tutela del contenuto minimo non c’è neppure un diritto» la seconda che, invece, «implica una garanzia del diritto adeguata in ragione della natura del diritto (civile o sociale, individuale o collettivo), e del contesto di riferimento (sociale, economico, politico)».

⁵⁹ A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia cost.)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. II, tomo II, Giuffrè, Milano, 2008, 195.

⁶⁰ A. D’ALLOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 6, 2003, 1109.

⁶¹ G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, 375, nota 149.

⁶² O. CHESSA, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 1175-1176.

⁶³ M. LUCIANI, *Avvisi ai naviganti del Mar pandemico*, in *Questione Giustizia*, 2, 2020, 8.

⁶⁴ Non è questo la sede per approfondire diverse teorie elaborate per le quali si rinvia con bibl. A in G. Scaccia, *Legge e diritti fondamentali nell’art. 117 Costituzione*, *Quad. Cost.* 2003, 3, 539, note 24, 25, sulla nozione di nucleo essenziale, quale la concezione assolutistica per cui «il *Wesensgehalt* definirebbe il nucleo incompressibile di tutela di ogni diritto, individuabile in astratto, a priori e perciò sottratto ai bilanciamenti con gli interessi antagonisti» e la concezione relativistica per cui il contenuto essenziale andrebbe definito di volta in volta, in rapporto alla concreta situazione in esame e segnerebbe il punto di equilibrio tra il «valore “espresso” dal diritto ed i suoi limiti immanenti, secondo un criterio di ragionevole proporzionalità del limite».

⁶⁵ S. MANGIAMELI, *La proprietà privata e la costituzione*, Giuffrè, 1986, 56 ss.

afferma che questo rimane sconosciuto⁶⁶, o meglio indeterminato quale contenuto o oggetto della tutela costituzionale⁶⁷.

Alla mancanza di una unica definizione di contenuto e/o nucleo minimo corrisponde una giurisprudenza non omogenea, che tuttavia con uno sforzo interpretativo è possibile ricondurre a due diverse dimensioni⁶⁸. Una più orientata a valorizzare gli strumenti che tutelano la dignità degli individui⁶⁹, che si struttura con una modalità "verticale"⁷⁰ e si dispiega nei rapporti tra singoli e pubblici poteri⁷¹, e «allude ad uno spazio di libertà da questi non comprimibile»⁷². L'altra che attiene ai rapporti tra livelli istituzionali, si sviluppa su un piano orizzontale, e riguarda strettamente il riparto di competenze. Salvo che in alcune ipotesi le due dimensioni possano intrecciarsi e/o sovrapporsi al punto da far arretrare la dimensione verticale a favore del riparto delle competenze.

Oggetto della presente riflessione sarà questo particolare aspetto, in cui la questione delle competenze si intreccia con quella della tutela dei diritti⁷³, spesso riconosciuta attraverso il *contenuto (o nucleo) minimo del diritto*, che a sua volta si interseca a quella assicurata dai *livelli essenziali delle prestazioni*, al riconoscimento

⁶⁶ N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution - Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin, 1965, 59-60, secondo cui «*der Wesensgehalt des Wesensgehaltes ist unbekannt* (il contenuto del contenuto essenziale è sconosciuto)».

⁶⁷ S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella costituzione*, Giuffrè, 1986, 52.

⁶⁸ Non è possibile in questa sede fare riferimento all'ampia giurisprudenza in materia. Per una disamina approfondita si rinvia a D. MESSINEO, op. cit.

⁶⁹ In questo senso v. D. MESSINEO, op. cit. 294.

⁷⁰ D. MESSINEO, op. cit., 3

⁷¹ Sul concetto di dignità umana e suo ingresso nelle Costituzioni europee ed i richiami da parte delle Corti internazionali la dottrina è amplissima, per una efficace sintesi si rinvia a G. STANZIONE, *Processo penale e dignità dell'uomo. profili di teoria generale, teoria del processo e comparazione giuridica*, in <https://www.comparazionedirittocivile.it/data/uploads/colonna%20sinistra/1.%20teoria%20generale/stanzione-g-dignita.pdf>.

⁷² *Ibidem*

⁷³ Una riflessione sul rapporto tra tutele dei diritti e norme sulle competenze è svolta da S. MANGIAMELI, *Regionalismo ed eguaglianza*, op. cit. «può dirsi che sussista una visione complementare tra i diritti (in genere compresi quelli sociali) e le norme sulla competenza, nel senso che i diritti costituzionali, in collegamento con la distribuzione delle competenze, fondano le possibilità e gli obblighi dello Stato e da questo collegamento emergerebbe il lavoro comune (di Federazione e Stati membri) agli scopi statali e rispetto alle comunità, secondo un piano generale tracciato dalle norme sulla competenza».

dei quali il legislatore ha condizionato il riconoscimento di ulteriori e particolari forme di autonomia alle Regioni ordinarie.

4. Livello essenziale, livello minimo, nucleo essenziale, nucleo minimo.

Accanto al complesso di LEP sopra richiamato, per la verità non particolarmente ampio, ma che rappresenta le materie in cui si concentrano la quasi totalità dei diritti sociali, la Corte, nella sentenza n.192 del 2024, individua una ulteriore modalità con cui una funzione garantisce un diritto civile e sociale, riferendola, in particolare, alla garanzia del *solo* “nucleo minimo” del diritto stesso.

La Corte distingue le funzioni amministrative che integrano la tutela del nucleo minimo di un diritto e quelle che soddisfano il LEP, richiamando i lavori preparatori della l. 3 del 2001 ove fu preferita la formula⁷⁴ “livelli essenziali delle prestazioni”, rispetto a “livelli minimi di garanzia” proprio per garantire «“uniformità dei diritti fondamentali in tutto il paese” (seduta n., del 20 settembre 2000)⁷⁵ e “assicurare, se possibile, uno standard di tutela superiore al nucleo

⁷⁴ V.G. COMAZZETTO, *op cit.*, 31.

⁷⁵ V.G. COMAZZETTO, *op cit.* E. BALBONI, *Il concetto di “livelli essenziali e uniformi” come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 6 2001, 1110; R. BALDUZZI, *Titolo V e tutela della salute*, in *Sanità e assistenza dopo la riforma del titolo V*, 2002, 11-34, con riferimento alla materia sanità segnala come la formula «livelli essenziali», avrebbe avuto una evoluzione rispetto ad una legislazione sanitaria degli anni Novanta tra livelli che oscillava tra «minimi» e livelli «essenziali». “a scelta del legislatore costituzionale è infatti caduta sulla seconda opzione, che sarebbe nettamente distinguibile dalla prima in quanto connessa all’idea dell’«universalismo sostenibile», piuttosto che a quella di un «arbitrario razionamento». Sembra invece smentita dalla sent. n.192/2024 la tesi sostenuta da M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni*, in *Politica del diritto*, 3, 2002 che ritiene «più che una differenza giuridica, la distinzione tra le due locuzioni [appaia] piuttosto una ridondanza stilistica»; S. ARU, *La definizione dei LEP*, testo provvisorio della Relazione tenuta al Seminario dell’Associazione “Gruppo di Pisa” Il regionalismo differenziato tra attuazione e resistenze, Università degli Studi di Bari “Aldo Moro” – 1° dicembre 2023, il quale ritiene che «la chiave per individuare il significato da attribuire all’art. 117, c. 2, lett. m), Cost., non sta nel contrapporre la locuzione “livelli essenziali” alla locuzione “livelli minimi”, ma [...] nel rapporto che intercorre tra “livelli essenziali” e “livelli ulteriori” nelle dinamiche del rapporto tra Stato e Regioni», in quanto «“il livello essenziale costituisce il livello minimo, quando guardato dal punto di vista delle Regioni”, le quali restano tuttavia libere, se lo ritengono, di erogare ulteriori prestazioni rispetto a quelle garantite uniformemente su tutto il territorio nazionale». La Corte invece ritiene che finalità del LEP è il superamento dei “livelli minimi di garanzia” per “assicurare [...] uno standard di tutela superiore al nucleo minimo del diritto”; G.GUIGLIA *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell’evoluzione interpretativa*, Cedam, 2007, cit., 65, afferma che «sono da considerarsi essenziali quei livelli di prestazioni che

minimo del diritto”» (sentenza n. 142, cit., *Considerato in diritto* – p.to 14)⁷⁶. Con questa esplicitazione la Corte, in primo luogo, assimila il “livello minimo” al “nucleo (o contenuto) minimo”, rendendoli sinonimi e chiarisce, al contempo, la differenza tra “livello essenziale” e “livello o nucleo minimo”, spesso utilizzati indistintamente, indicando nel LEP lo strumento che assicura il godimento di un diritto fondamentale in condizioni di uniformità, mentre nel “livello o nucleo minimo” il solo godimento del diritto, ma non in modo uniforme, e ad un livello inferiore (o uguale, nel migliore dei casi) a quello che garantisce il LEP, ponendo in questo modo le basi per una lettura quantitativa del rapporto tra i due istituti.

La Corte altresì chiarisce una delle indicazioni date dal CLEP nel *Rapporto conclusivo* (p. 9-10), ai sottogruppi di lavoro, di «determinare livelli essenziali, nel senso di soglia minima, perché non si possano offrire prestazioni inferiori» e di combinarla con il criterio dell’invarianza finanziaria. I LEP «indicano la soglia di spesa costituzionalmente necessaria per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale, nonché “il nucleo invalicabile di garanzie minime” per rendere effettivi tali diritti (*ex multis*, sentenze n. 142 del 2021 e n. 62 del 2020)» si potrebbe aggiungere, in modo uniforme su tutto il territorio nazionale e in un quadro finanziariamente compatibile. In questo modo il giudice costituzionale, accogliendo

sono teoricamente in grado di tutelare la dignità di ogni individuo, consentendogli di esercitare i propri diritti – sociali e di cittadinanza – o di conquistarne la fruizione. I livelli cui allude la norma costituzionale di cui si tratta non sono, dunque, livelli minimi per qualità e quantità delle prestazioni, bensì livelli essenziali in termini di appropriatezza, efficacia ed efficienza delle stesse». Riconducono alla nozione di «livelli minimi» alla dottrina dei diritti finanziariamente condizionati A.M.BARONI *I livelli essenziali delle prestazioni tra determinazione dei fabbisogni standard degli enti locali, spending review*, in *Amministrazione in Cammino*, 15 maggio 2012, secondo cui «è necessario puntualizzare che la scelta operata da parte del legislatore in favore della locuzione “livelli essenziali” non può essere considerata come sinonimo dell’espressione “livelli minimi”: quest’ultima accezione è, infatti, sostanzialmente riconducibile alla cd. dottrina dei diritti finanziariamente condizionati, elaborata dalla stessa Corte costituzionale, secondo cui il contenuto dell’essenzialità deve essere riferito all’ammontare delle risorse disponibili, stabilite le quali è possibile determinare l’entità minima di ciascuna prestazione che gli enti pubblici sono in grado di offrire e al di sotto della quale il diritto può ritenersi violato»; D. BUTTURINI, *I livelli essenziali delle prestazioni: problemi di definizione e di finanziamento*, in F. PALERMO, M. NICOLINI (a cura di), *Federalismo fiscale in Europa. Esperienza straniera e spunti per il caso italiano*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 238.

⁷⁶ Cade in questo modo anche la teoria per cui i livelli minimi «sarebbero puramente e semplicemente vincolati alle risorse disponibili, a prescindere da valutazioni sull’adeguatezza delle prestazioni offerte» in G. COMAZZETTO. op.cit., 31.

una impostazione quantitativa del rapporto tra livello essenziale e livello o nucleo minimo, finisce per schiacciare il livello essenziale sulla nozione di “livello minimo”, la qualcosa sembra non tenere conto – come si vedrà subito oltre – della diversa natura insita nelle due nozioni adoperate.

Il rapporto tra LEP e “nucleo essenziale” (o “contenuto essenziale”) di un diritto non è stato letto in modo unanime dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Una prima ipotesi ricostruttiva aveva interpretato i due concetti come fungibili, tanto da considerare che «la competenza in tema di livelli essenziali abbia fornito ... il fondamento di diritto positivo alla garanzia del contenuto essenziale del diritto»⁷⁷.

Secondo un'altra impostazione sarebbero due entità ben distinte ma in un rapporto di genere a specie, e ciò richiederebbe la determinazione del livello essenziale non in misura superiore al contenuto essenziale, in modo da permettere una differenziazione delle Regioni basata sugli eventuali apporti finanziari che queste decidono di investire sui livelli essenziali e a non ridurre la competenza legislativa di queste ad una mera attuazione del dettato legislativo statale⁷⁸.

Una terza, infine, ha considerato le due nozioni in modo ben distinto; e, in particolare, il nucleo essenziale avrebbe una valenza giudiziale «che i giudici (comuni e costituzionali) fanno valere nei confronti della discrezionalità del legislatore, dell'azione delle amministrazioni, e dell'esercizio del potere dei privati»⁷⁹; e si tratterebbe, in tal senso, di una tutela del diritto che il singolo,

⁷⁷ Così in I.MASSA PINTO, *Contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e concezione espansiva della Costituzione*, in Dir. pubbl., 2001, 1095; C. PINELLI, *Sui “livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali” (Art. 117, co2, lett. m) Cost.*, in Dir. Pubbl., 2002., 895; M. BELLETTI, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali...alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca del parametro plausibile*, in Ist. Fed., 2003, 615.

⁷⁸ Richiamano questa tesi G. ROSSI, A. BENEDETTI, *La competenza legislative statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in Lav. pubb. amm., 2002, suppl., 32-36.

⁷⁹ Sembrano richiamare in certa misura questa tesi A. ROVAGNATI, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute: un primo esempio di attuazione della previsione di cui alla lett. m), Il comma, art. 117 Cost.*, in Le Regioni, 2003, 1162; R. BIN, *Diritti e fraintendimenti il nodo della rappresentanza*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Berti*, Napoli, 2005, 345 ss., assume in realtà una posizione intermedia per cui «i livelli minimi e livelli essenziali appaiono sfumature differenti e “progressive” di una medesima costruzione concettuale, piuttosto che nozioni opposte o completamente infungibili»; A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico*, 1083; E.

titolare di un diritto fondamentale, riceve in sede giudiziale contro soggetti titolari di un potere, in un rapporto che si sviluppa “verticalmente”.

Il LEP, invece, non necessiterebbe di alcun intervento giudiziale, sarebbe il frutto di un intervento politico del legislatore che, nell’individuare, indica altresì le risorse per finanziarlo. L’intervento giudiziale, in questo caso, non sarebbe mirato al riconoscimento del diritto, quanto all’ottenimento della prestazione, o all’eventuale indennizzo. Il LEP, inoltre, avrebbe una doppia valenza sia nei confronti del singolo, che può esigere la prestazione quando questa non sia garantita, ma soprattutto nei rapporti tra livelli istituzionali, tra centro ed enti territoriali che sono tenuti a garantirli, e nei confronti dei quali può darsi luogo all’intervento sostitutivo ex art. 120, comma 2, Cost.

5. LEP vs nucleo minimo alla luce della sentenza n.192 del 2024.

Il giudice delle leggi, nella pronuncia n. 192, elabora una definizione del livello o nucleo minimo di un diritto, solo in rapporto ai LEP e nell’ottica di tutelare il godimento dei diritti civili e sociali, che il processo di autonomia differenziata metterebbe a rischio. I LEP «implicano una delicata scelta politica, perché si tratta – fondamentalmente – di bilanciare uguaglianza dei privati e autonomia regionale, diritti ed esigenze finanziarie e anche i diversi diritti fra loro»⁸⁰, mentre il “nucleo minimo” è «un limite derivante dalla Costituzione e va garantito da questa Corte, anche nei confronti della legge statale, a prescindere da considerazioni di ordine finanziario»⁸¹.

Di conseguenza, secondo la Corte, seguendo i lavori preparatori, l’espressione “livelli essenziali delle prestazioni”, accolta in Costituzione, avrebbe lo “scopo” di

PESARESI, *La “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni” e la materia “tutela della salute”: la proiezione individuale di un concetto unitario di cittadinanza nell’era del decentramento istituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2006, 2, 1733.

⁸⁰ Sent. n.192/2024 *Cons. in diritto* p. to. 9.2

⁸¹ Sent. n.192/2024 *Cons. in diritto* p. to. 14; la Corte, citando sé stessa (sentenza n. 275 del 2016) chiarisce che nel caso del “nucleo minimo del diritto” è «la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione».

«assicurare, se possibile, uno *standard di tutela superiore* al nucleo minimo del diritto»⁸².

Nella pregressa giurisprudenza la Corte – chiamata a giudicare sulla legittimità di leggi regionali che incidevano su diritti civili o sociali, ogni qual volta veniva in gioco la differenziazione regionale di discipline che incidono su posizioni soggettive – aveva, alternativamente⁸³, posto l'accento sulla ragionevolezza del bilanciamento degli interessi operato dalla legge regionale, ovvero ricercato i confini “oggettivi” delle competenze⁸⁴ ed era intervenuta con argomentazioni differenti, di segno opposto, che «tradiscono continue sovrapposizioni e slittamenti tra il piano delle garanzie dei diritti (contro limitazioni ritenute irragionevoli o sproporzionate) ed il piano delle competenze»⁸⁵. In questo caso, la modifica dell'ordinario riparto delle competenze comporta uno slittamento da quello sulle competenze a quello dei diritti che a giudizio della Corte sembrano messi a rischio.

Nella sentenza n.192 del 2024, la Corte non è chiamata a decidere su una specifica questione relativa alla tutela di un diritto fondamentale eventualmente inciso da una legge regionale, bensì è investita di una questione molto più ampia che attiene all'attribuzione, costituzionalmente prevista, di una maggiore autonomia alle Regioni ordinarie e di come questa possa incidere nei rapporti con lo Stato e se possa rappresentare un rischio, non tanto per il godimento dei diritti civili e sociali dei singoli, bensì per l'*uguale* godimento dei diritti civili e sociali in tutto il territorio nazionale. In altre parole è chiamata a decidere come l'eventuale

⁸² Sent. n.192/2024 Cons. in dir p. to 14. (corsivo aggiunto).

⁸³ Per una ricostruzione dei due orientamenti giurisprudenziali si rinvia a D. MESSINEO, op. cit., 253 ss.

⁸⁴ Corsivi aggiunti D. MESSINEO, op. cit., 255. L'autore confronta le sent. nn. 282/2002 e 338/2003 in cui questioni del tutto simili ma vengono decise in modo opposto. Le questioni riguardavano disposizioni di leggi regionali che limitavano l'applicazione di trattamenti sanitari regolati da leggi statali. Nel primo caso la decisione della Corte «era stata imperniata sulla *necessaria efficienza* dei trattamenti terapeutici rispetto allo scopo di protezione della salute (necessaria efficienza che potrebbe essere raggiunta da qualsivoglia legislatore anche con discipline differenziate)», la seconda «è stata fondata sulla *necessaria uguaglianza* delle condizioni di godimento del diritto alla salute sul territorio nazionale, ricollegandovi l'esigenza che le strutture sanitarie erogino ovunque i medesimi regimi terapeutici», 256.

⁸⁵ D. MESSINEO, op cit., 13. L'Autore evidenzia come «gli orientamenti abbracciati dalla Corte ... tradiscono continue sovrapposizioni e slittamenti tra il piano delle garanzie dei diritti (contro limitazioni ritenute irragionevoli o sproporzionate) ed il piano delle competenze».

modifica al riparto delle competenze impatti sulla *uguale* tutela dei diritti civili e sociali⁸⁶.

Le argomentazioni della Corte, nella sentenza n. 192, cit., nel distinguere tra *nucleo minimo* e *livello essenziale*, sembrano far propri i rilievi proposti dalla Regione Piemonte per cui «la legge statale ... può individuare per i diritti una soglia di tutela diversa e *ulteriore* ⁸⁷ rispetto al *nucleo minimo*, già garantito dalla Costituzione, fissando i relativi LEP»⁸⁸ che sono individuati tramite una scelta politica.

In questa lettura i LEP e il nucleo minimo, sono entrambi finalizzati a tutelare dei diritti civili, ma sono posti in una relazione di tipo quantitativo, quasi che a una maggiore grandezza della prestazione, garantita dal LEP, corrisponda una maggiore garanzia del diritto. Questa lettura non è estranea a una parte della dottrina che ha visto nei LEP la «soglia di tutela dei diritti (superiore allo zoccolo duro)»⁸⁹ e «l'inscindibilità fra la nozione (legislativa) di "livelli essenziali delle prestazioni" e il concetto (giurisprudenziale) di "contenuto essenziale dei diritti fondamentali"»⁹⁰ tanto da considerare i «due istituti concentrici, ma di diversa estensione e caratterizzazione»⁹¹, e, di conseguenza, sono da porre in un cerchio più ampio tutte quelle prestazioni ulteriori, specifiche e differenziate, che rientrano nella competenza regionale. Questa visione quantitativa, non è nuova ed emerge

⁸⁶ La Corte afferma chiaramente: «Che l'orizzonte concettuale dei LEP sia l'eguaglianza e non il nucleo minimo del diritto risulta anche dall'art. 120, secondo comma, Cost., nell'ambito del quale la garanzia dei LEP rientra nella 'tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica'» (Sent. n.192/2024 Cons. in diritto p. to. 14).

⁸⁷ Corsivo aggiunto

⁸⁸ La Corte cost. sent n. 192/2024 Cons. in dir p. to.7.3 richiama il ricorso delle Regione Piemonte.

⁸⁹ C. PANZERA, *Mediazione politica e immediatezza giuridica dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 5-6/2013, pp. 1015-1016 così come cit. da P. TORRETTA, *La disciplina dei LEP per l'autonomia differenziata (ma non solo) al vaglio della Corte costituzionale. Note a margine della sentenza n. 192/2024*, in *federalismi.it*, 1, 2025, 180.

⁹⁰ C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra sussidiarietà e collaborazione (in margine a Corte cost. n. 10/2010)*, in *Le Regioni*, 4, 2010

⁹¹ In questo senso C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni*, cit., nota 17, 5, per approfondimenti C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali*, in *Fed. fisc.*, 2/2009 e destinato al volume AA.VV., *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, a cura di M. CARDUCCI, Torino 2010. V. anche F. PIZZOLATO, *La social card all'esame della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2/2010, spec. §§ 2-3.

anche da un documento del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali⁹², dove con riferimento ai livelli essenziali concernenti le prestazioni sociali, si affermava che «il nucleo essenziale del diritto ed il livello essenziale delle prestazioni non sono sinonimi, nonostante la concomitanza dell'aggettivo; in particolare, nel settore dei diritti sociali il nucleo essenziale può essere considerato *sinonimo di quel livello di prestazioni*⁹³ al di sotto del quale viene meno la garanzia costituzionale e che pertanto risulta essere un livello irrinunciabile [...]; di conseguenza il livello essenziale risulta essere qualcosa *in più*⁹⁴ rispetto al livello minimo del diritto»⁹⁵. L'espressione “di più” sembra proprio riferirsi ad una idea di misurazione quantitativa della prestazione e non qualitativa.

Ora, una tale impostazione solleva una serie di interrogativi tra cui anche ammettere la possibilità dell'abrogazione di un LEP, o solo parziale fino al suo nucleo minimo, quale «limite oltre il quale il legislatore, nell'opera di bilanciamento dei diritti, non può spingersi, pena la compressione della loro soglia di effettività»⁹⁶ o arrivare alla sua totale cancellazione.

Questa ipotesi non è meramente teorica, ma rimanda a delle riflessioni sulla vicenda del Reddito di cittadinanza, abrogato⁹⁷ e sostituito dall'“erede”⁹⁸,

⁹² Vedi il documento del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, *Livelli essenziali delle prestazioni nel settore dell'assistenza*, 2004, www.welfare.gov.it, pubblicato anche in *Prospett. Soc. e San.*, 1, 2005.

⁹³ Corsivo aggiunto.

⁹⁴ Corsivo aggiunto.

⁹⁵ Su questo aspetto si rinvia a E. PESARESI, *La “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni” op. cit.*; G. RIVOSECCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, in AIC, *Annuario 2018. La geografia del potere. Un problema di diritto costituzionale*, Atti del XXXIII Convegno annuale, Firenze, 16-17 novembre 2018, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 404 ss., spec. 406

⁹⁶ E. PESARESI, *La determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni*, op. cit., 1741 e I. MASSA PINTO, *Il contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e la concezione espansiva della Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, n. 31, 2001, 1095, che riporta il potere statale di determinazione dei livelli essenziali alla clausola del contenuto minimo essenziale dei diritti fondamentali, citando la giurisprudenza in materia e l'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Cfr. inoltre A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XI, 1989, p. 11, laddove afferma che in base all'art. 3, comma 2, Cost., lo Stato deve impegnarsi nell'attuazione «di un programma di intervento attivo e positivo al fine di assicurare le condizioni essenziali o minime perché ogni cittadino abbia pari chances di libertà».

⁹⁷ Il reddito di cittadinanza è stato abrogato a decorrere dal 1° gennaio 2024, ai sensi di quanto disposto dall'art. 1, comma 318, della legge n. 197 del 2022. In sostituzione, è stato introdotto l'Assegno di Inclusione per alcune categorie di nuclei familiari.

dall'assegno di inclusione, che finisce per essere una rimodulazione verso il basso della precedente prestazione, anziché una autonoma prestazione, che ha perso lo *status* di LEP, il quale invece resta riservato ai soli servizi per la definizione dei percorsi personalizzati e ai sostegni in essi previsti (nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente).

Mentre questa lettura dei LEP non presenta particolari complessità, invece sorgono alcune difficoltà nel caso dei c.d. «diritti fondamentali incompiuti»⁹⁹, o semplicemente per quelli che richiedono «l'intervento attuativo del legislatore in carenza del quale la tutela costituzionale finirebbe per rimanere priva di effettività»¹⁰⁰ e, infine, qualora questi si traducano nella semplice apposizione di «determinati vincoli all'azione dei pubblici poteri, o anche (in) attività e comportamenti dovuti da parte dei pubblici poteri»¹⁰¹, perché in via di principio in questi casi i LEP non sono valutabili in modo quantitativo, bensì qualitativamente.

Queste difficoltà appaiono così evidenti che parte della dottrina è arrivata a considerare che «devono essere esclusi i diritti che non sono suscettibili di un determinazione economica, dunque essenzialmente le libertà negative» e che «la determinazione di livelli (riguarderebbe), dunque, solo diritti di prestazione»¹⁰²

Tuttavia, questa posizione non si giustifica affatto, proprio in quanto la determinazione dei livelli è rimessa alla discrezionalità del legislatore e questo resta libero di configurare le “prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale” non solo secondo canoni economici, ma anche in base a criteri giuridici, per cui – come ha ammesso pure la

⁹⁸ Questa espressione è usata dalla Corte costituzionale nella pronuncia n. 31/2025 Cons. in .dir 14.3, proprio nel raffrontare le due misure.

⁹⁹ V. BALDINI, *Che cosa è un diritto fondamentale*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2016, 53 ss.

¹⁰⁰ *Ibidem* L'autore precisa che «si tratta di quei diritti che «non trovano immediatamente nella formula costituzionale una precisa ed univoca consistenza sostanziale ...; quanto diritti che abbisognano necessariamente di una disciplina attuativa di tipo procedimentale (o procedurale in senso stretto)»

¹⁰¹ S. MANGIAMELI, *Regionalismo differenziato*, op. cit., 141.

¹⁰² S. SCACCIA, *Legge diritti fondamentali*, op cit.548, che aggiunge «i relazione ai quali lo scrutinio di costituzionalità è andato nel tempo strutturandosi su tre elementi di giudizio: a) la considerazione della gradualità necessaria per l'attuazione dei diritti (...); la necessità di rispettare il limite delle risorse finanziarie del bilancio; c) il riconoscimento delle generali insindacabilità delle scelte allocative del legislatore, con il limite della irragionevolezza»

Corte costituzionale – certi istituti giuridici possono «assurgere alla qualifica di 'prestazione', della quale lo Stato è competente a fissare un livello essenziale a fronte di uno specifico diritto di individui, imprese, operatori economici e, in genere, soggetti privati»¹⁰³.

Si aggiunga che la tesi in questione, che esclude dalla fissazione dei LEP i diritti che necessitano solo di una tutela che si limiti alla semplice astensione da una azione da parte dei pubblici poteri, senza necessitare di alcuna prestazione economica o intervento materiale, attenendosi ad una ricostruzione quantitativa del rapporto tra LEP e nucleo minimo, finisce per perdere di vista la sostanziale diversità ontologica che separa i due istituti, che emerge pure da altre considerazioni svolte nella pronuncia n. 192 del 2024.

6. È possibile una diversa lettura del rapporto tra nucleo minimo e LEP?

La Corte nella pronuncia n. 192 del 2024 – come si è già accennato – argomenta la differenza tra nucleo minimo del diritto e LEP in base alla diversa funzione che questi assolvono: il primo esprime «un limite derivante dalla Costituzione e va garantito, ... anche nei confronti della legge statale, a prescindere da considerazioni di ordine finanziario», il secondo è «un vincolo posto dal legislatore statale, tenendo conto delle risorse disponibili, e rivolto essenzialmente al legislatore regionale e alla pubblica amministrazione».

Se la finalità del nucleo minimo è identificata nella funzione di garanzia dei diritti fondamentali, la finalità del LEP è «di bilanciare uguaglianza dei privati e autonomia regionale, diritti e esigenze finanziarie e anche i diversi diritti fra loro» ma, precisa la Corte, «in collegamento (per quel che riguarda i diritti sociali) con l'art. 3, secondo comma, Cost.»¹⁰⁴, garantendo l'uniforme *godimento e tutela* dei diritti fondamentali.

¹⁰³ Corte cost., sentenza n. 203 del 2012.

¹⁰⁴ La Corte richiama (*Cons dir.* p.to14) i lavori preparatori della legge cost. n. 3 del 2001 dove evidenzia che "l'inciso «livelli minimi di garanzia» (contenuto nel testo unificato della I Commissione della Camera) fu sostituito dall'Aula con la formula attuale («livelli essenziali delle prestazioni»), proprio per assicurare «uniformità dei diritti fondamentali in tutto il paese» (seduta n. 774 del 20 settembre 2000).

È proprio il riferimento all'art. 3 Cost. che rappresenta la chiave di volta per comprendere, al di là delle similitudini lessicali, come il nucleo essenziale del diritto e il LEP siano istituti completamente differenti, che inappropriatamente vengono accostati, sovrapposti, confusi o confrontati. Per fare chiarezza, il LEP non è uno strumento di tutela dei diritti, e il suo orizzonte concettuale» appare essere «l'eguaglianza e non il nucleo minimo del diritto»¹⁰⁵, tanto che la Corte arriva, sulla base dell'art. 120, comma 2, Cost., a vedere nei LEP una forma di «tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica»¹⁰⁶.

L'ordinamento italiano costruito su un sistema multilivello, affida l'effettività della garanzia dei diritti all'ente territoriale titolare della relativa competenza, e solo nel caso in cui il legislatore statale ritenga utile garantire una tutela uniforme [si](#) ricorrerà allo strumento del LEP. Non per caso il richiamo ai LEP, non è presente nella prima parte della Costituzione, relativa ai diritti costituzionali della persona (diritti di libertà, diritti sociali, diritti economici e diritti politici), ma nella parte seconda, relativa all'ordinamento della Repubblica e, in particolare, nel Titolo V, relativo all'organizzazione degli enti territoriali. Il LEP nasce, pertanto, dall'esigenza «di conciliare l'uguaglianza delle persone con l'autonomia degli enti territoriali, che nel 2001 risultava accresciuta», per effetto della riforma costituzionale¹⁰⁷.

Nucleo essenziale di un diritto e LEP sono quindi così differenti, sebbene condividano un lessico simile, che la Corte conclude: «la distinzione tra LEP e nucleo minimo del diritto consente di non svuotare di senso la competenza di cui all'art. 117, secondo comma, lettera *m*), Cost.: infatti, se i due concetti coincidessero, tale norma attribuirebbe al legislatore statale il mero compito di esplicitare un vincolo già derivante dalle norme costituzionali sui diritti»¹⁰⁸.

Anche la dottrina ha osservato che sovrapponendo le due nozioni si rischierebbe «un ulteriore fraintendimento e, cioè, quello di investire una legge

¹⁰⁵ Corte cost sent. n.192 del 2024 *Cons. in dir.* p. to. 14

¹⁰⁶ Corte cost. sent. n. 192/2024, *Cons in dir.* p.to 14.

¹⁰⁷ Cfr. anche: Corte cost. sentenza n. 282/2002 e sentenza n. 83/2003.

¹⁰⁸ Corte cost. sent. n. 192/2024, *Cons. in dir* p. to. 14.

statale (nella migliore delle ipotesi) di un compito, quello di esplicitare il 'significato' della Costituzione, che non può essergli proprio e che, invece, deve riposare sugli organi posti a garanzia dei diritti»¹⁰⁹.

Il "nucleo minimo" di un diritto sociale o civile, pertanto, o meglio la tutela della prestazione che lo garantisce, «non può che essere il frutto di operazioni ermeneutiche che in ultima istanza spettano agli organi giurisdizionali: dai giudici comuni alla Corte costituzionale»¹¹⁰ e sarebbe assicurato sulla base dell'art. 24 Cost., in base al quale tutti possono agire per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi (art. 24 Cost.).

L'intervento del giudice, tuttavia, è stato anche letto in chiave sanzionatoria per la mancata definizione dei LEP da parte del legislatore (una sorta di contraltare all'art. 120 Cost., che si attiva per l'inerzia del legislatore regionale), che attiverebbe «un controllo di costituzionalità sulla "lacuna" legislativa, nella misura in cui sia possibile individuare un livello minimo inderogabile di prestazione che possa essere oggetto di accertamento giudiziale»¹¹¹. Così argomentando, però, le due nozioni si sovrapporrebbero di nuovo, perché significherebbe che la mancata previsione di una prestazione, come livello essenziale, non sia frutto della scelta politica del legislatore, ma una menomazione del diritto medesimo, e – seguendo il linguaggio della Corte – più specificamente del nucleo minimo.

Ciò non toglie che una eventuale tutela in sede giurisdizionale del LEP appare possibile, non per ottenere il riconoscimento del diritto, bensì del livello e degli standard uniformi della prestazione correlata, una volta che questa è stata definita legislativamente a livello nazionale¹¹². E non è privo di significato che l'eventuale

¹⁰⁹ M. LADU, L. SPADACINI, *La nozione costituzionale di livello essenziale delle prestazioni tra potestà normativa e autonomia, finanziaria delle Regioni*, in IPOF, 2, 2023.

¹¹⁰ M. LADU, L. SPADACINI, *La nozione costituzionale di livello essenziale delle prestazioni tra potestà normativa e autonomia, finanziaria delle Regioni*, in IPOF, 2, 2023

¹¹¹ V. ONIDA, *Diritti sociali e politiche sociali*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, n. 16/2006, p. 2 s., cui aderisce G. GUIGLIA, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Padova, 2007, 60 s.

¹¹² La giurisprudenza amministrativa sui livelli essenziali conferma l'esigibilità e l'azionabilità del diritto alle prestazioni fondato sull'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost.: cfr. Cons. St., sez. III, 2 gennaio 2020, n. 1; Cons. St., sez. III, 7 febbraio 2022, n. 860; Cons. St., sez. III, 12 aprile 2022, n. 2728; Cons. St., sez. III, 20 aprile 2022, n. 2979. V.

intervento in sede giurisdizionale, per ottenere il livello essenziale della prestazione può essere evitato attraverso l'esercizio del potere sostitutivo. Infatti, il LEP gode altresì della tutela assicurata dall'art. 120, c. 2, Cost., che autorizza l'esercizio del potere sostitutivo del Governo, nei confronti dell'ente territoriale che non esercita la sua competenza, per la «tutela» dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

Nonostante ciò, occorre sottolineare come il “nucleo minimo” (o meglio la prestazione che garantisce il diritto) godrebbe di una tutela diversa e ben maggiore rispetto all'inottemperanza al LEP, che si estrinseca nella salvaguardia giurisdizionale del diritto, nei confronti della legge sia che disponga qualcosa, sia che non disponga affatto, e questa tutela si impone tanto sul legislatore statale, che su quello regionale, senza che sia possibile alcun condizionamento o compressione del diritto, godendo questo altresì di una capacità espansiva propria che non fa riferimento all'esistenza di standard uniformi e/o di limiti finanziari. Infatti, il nucleo minimo esprimerebbe una *garanzia* del diritto, e non una gradazione di una prestazione LEP e neppure una prestazione ridotta al *minimo* o limitata dalle risorse disponibili; il nucleo minimo, in definitiva, si sostanzierebbe in una prestazione che garantisce un diritto fondamentale e senza la quale il diritto verrebbe meno e, soprattutto, lo garantisce nella *sua interezza*, non al *minimo* o in modo frazionato.

La questione, pertanto, riprendendo quanto evidenziato da Mangiameli a suo tempo, a proposito del diritto di proprietà, *non è sul contenuto “essenziale”, “minimo” o “standard”, ma molto più semplicemente sulla nozione dei diritti civili e sociali accolta in Costituzione, o se si vuole, sul loro contenuto, senza aggettivazioni*¹¹³.

Qualora si voglia provare a definire cosa sia il frequente richiamo nella giurisprudenza della Corte al “nucleo minimo di un diritto civile e sociale” appare attuale ancora quanto sintetizzato da quella dottrina, per la quale i diritti costituzionali rappresentano «il riconoscimento all'interno dell'ordinamento di una attribuzione di potere al singolo per la soddisfazione di interessi individuali giuridicamente tutelati».

¹¹³ S. MANGIAMELI, *La proprietà privata*, op. cit. 60.

Sotto questa luce l'utilizzo dell'espressione *nucleo minimo del diritto* non solo appare poco soddisfacente, ma soprattutto fuorviante – come si è visto – in rapporto ai LEP; mentre non appare improprio il confronto sulla tutela delle relative prestazioni. È evidente, infatti, che il confronto non è tra diritti e LEP, ma semmai tra le prestazioni che assicurano i diritti e quelle che soddisfano i LEP.

Il *nucleo minimo* (*rectius*: la prestazione che garantisce il diritto), prescinde, quindi, da valutazioni sull'adeguatezza o ampiezza delle prestazioni offerte, che invece sono garantite dal LEP; il *nucleo minimo* esprimerebbe la prestazione *minima* che consente la realizzazione di quel diritto, senza la quale il diritto medesimo non sarebbe garantito, e ciò a prescindere dal costo della prestazione, ma soprattutto a prescindere dal rilievo che nel territorio nazionale la prestazione minima potrebbe avere. La diversità delle prestazioni dovuta al contesto territoriale, ai cambiamenti dell'assetto economico, storico e politico, infatti, non possono modificare il contenuto del diritto ma possono, al massimo, influire sulle modalità di esercizio di questo¹¹⁴, e ciò porta a interrogarsi se, una volta riconosciuta in sede giurisdizionale la funzionalità di una prestazione regionale rispetto al nucleo minimo di un diritto, sia possibile ottenere una prestazione corrispondente in un'altra Regione che non contempli questo tipo di prestazione.

Nulla a che vedere con il livello *essenziale* della prestazione che esprimerebbe una gradazione della prestazione medesima e consentirebbe di offrire una tutela dei diritti civili e sociali rapportata ad «una valutazione (ovviamente non priva di vincoli) del legislatore che li determina»¹¹⁵ e coerentemente *vincolata* alle risorse disponibili, che «ne costituiscono un *prius* logico e cronologico indiscutibile», ma soprattutto garantiscono «uno standard uniforme delle prestazioni relative ai diritti in tutta Italia, tenendo conto delle risorse disponibili»¹¹⁶.

¹¹⁴ S. MANGIAMELI, *La proprietà privata*, op. cit. p. 94

¹¹⁵ G. COMAZZETTO, op. cit. p. 31.

¹¹⁶ Corte cost. sent. n. 192 del 2024 *Cons. in dir* p. to.14. La definizione della prestazione LEP è il frutto di una scelta politica del legislatore nazionale che ne definisce la *misura* o la *modalità* e la quantità di risorse necessarie, sulla base di un costo standard. Come la Corte ha più volte ribadito è una competenza che disciplina «specifiche prestazioni delle quali la normativa statale definisc[e] il livello essenziale di erogazione» (Corte cost. sentt. nn. 248 e 181 del 2006; 383,285,279, 120 del 2005; 423 e 16 del 2004).

L'espressione nucleo minimo di un diritto dovrebbe pertanto sempre riferirsi non al diritto bensì alla prestazione che quel diritto garantisce. Qualora invece fosse riferibile al diritto finirebbe per fare di questo qualcosa di misurabile, di costruito per stratificazioni successive e sempre più ampie e al contempo frazionabile, insomma farebbe del diritto qualcosa che è invece completamente estraneo alla sua natura¹¹⁷.

¹¹⁷ Ciò non esclude, peraltro, che si possano avere prestazioni che garantiscano il nucleo minimo di un diritto civile e sociale, ma non qualificata dal legislatore come LEP. Ne è un esempio proprio il trasporto scolastico di uno studente disabile, richiamato dalla Corte, e qualificato come tale solo con la pronuncia n. 275/2016 e in corso di qualificazione come LEP solo sei anni più tardi, con la legge n. 234/2022 (sia consentito, sul punto, rinviare a G.M. NAPOLITANO, *Finalmente i livelli essenziali*, op. cit.).

Aborto e fine vita: dalla libera scelta all'abbandono dell'individuo a sé stesso

di

*Carlo Iannello**

Sommario: 1. Premessa. - 2. L'autodeterminazione individuale rispetto alle cure: la confusione provocata dalle sentenze della Corte costituzionale sul consenso informato. - 3. L'articolo 32 Cost. come tutela radicale dell'autonomia individuale. - 4. Il contesto socio-economico della libertà di autodeterminazione. Dalla libera scelta all'obbligo

1. Premessa

Da una prospettiva giuridica e, in particolar modo, costituzionalista, le questioni attinenti alle pratiche abortive e a quelle del fine vita sono strettamente connesse all'autodeterminazione terapeutica. Quando si discorre di autodeterminazione non si deve far riferimento a un diritto generico, capace di trasformare i desideri in diritti, che, è bene ribadire, è del tutto assente dal nostro ordinamento costituzionale¹. Ci si riferisce, invece, più specificamente, all'autonomia individuale con riguardo alle cure mediche. Il fulcro di tale autodeterminazione (o autonomia) è rappresentato dall'articolo 32 Cost. che tutela la salute come «fondamentale

* Professore associato di Istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".

¹ S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2009, p. 1 ss.; L. ANTONINI (a cura di), *Il traffico dei diritti insaziabili*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2007, Id., *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in F. D'AGOSTINO, *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, Giuffrè, Milano, 2012

diritto dell'individuo» (oltre che come interesse della collettività e come diritto sociale alle cure, ma qui interessa la dimensione di libertà attribuita alla salute dalla sua qualifica in termini di diritto fondamentale). Pertanto, questa disposizione è la sede naturale della Costituzione in cui affondano le radici dell'autonomia di ciascuna persona con riferimento alla propria salute in ambito medico.

Questo lavoro si propone pertanto, innanzitutto, di confutare una pigra quanto diffusa interpretazione per la quale l'autodeterminazione terapeutica si configura come un nuovo diritto, «sintesi» di diversi diritti costituzionali. La ricostruzione che si propone fa emergere, al contrario, come l'articolo 32 della Costituzione debba assumere un ruolo non solo centrale ma anche esclusivo nella configurazione di tale diritto, proprio perché concepito per attribuire una piena garanzia all'esplicazione dell'autonomia individuale in ambito medico. Le interpretazioni alternative rischiano di diminuire il grado di tutela della persona in ambito medico.

In secondo luogo, il lavoro cala questa autodeterminazione (o autonomia individuale), ricostruita sulla base del diritto costituzionale vigente, nel contesto in cui concretamente si esercita. Qui il quadro diventa estremamente problematico e a tinte fosche, perché dobbiamo oramai fare i conti con una realtà sociale, economica e culturale che non solo comprime in modo inusitato ogni forma di autonomia individuale ma che condiziona così fortemente l'individuo per cui la libertà finisce col trasformarsi nel suo contrario, in una scelta senza alternative, cioè in una paradossale libertà obbligatoria. Le pratiche dell'interruzione volontaria di gravidanza e del fine vita si discostano così dall'idea originaria sulla cui base erano nate, frutto di un mondo in cui esisteva un'altra cultura della libertà e di tutela dell'autonomia individuale, finendo per allontanarsi sensibilmente dal concetto settecentesco e novecentesco di libertà. Queste pratiche, nel contesto attuale, stanno infatti diventando espressione di una inaccettabile cultura dello scarto, di cui oramai si rintracciano sempre più indici di diritto positivo, che finiscono per dare corpo a una tragica «tanatopolitica». Il contesto sociale, culturale ed economico diventa sempre più refrattario alla piena estrinsecazione dell'autonomia

individuale e le libertà individuali si allontanano sempre di più dall'idea di emancipazione (individuale e sociale) al cui scopo erano state concepite dai costituenti, trasformandosi in una nuova forma di coartazione che svela il sostanziale abbandono dell'individuo a sé stesso. I casi dell'interruzione della gravidanza e del fine vita ne stanno diventando esempi paradigmatici.

2. L'autodeterminazione individuale rispetto alle cure: la confusione provocata dalle sentenze della Corte costituzionale sul consenso informato

Come ho osservato anche in altri scritti su tale argomento², per comprendere appieno il significato dell'autodeterminazione rispetto alle cure, da una prospettiva costituzionale, occorre eliminare la confusione introdotta da una acritica, quanto ricorrente, lettura di questo diritto.

Nel corso degli ultimi 15 anni si è affermato un erroneo modo di intendere, da parte della riflessione costituzionalista, l'autodeterminazione terapeutica. Tale autodeterminazione è stata, infatti, impropriamente sganciata dalla sua sede naturale, l'art. 32 Cost., per essere ricostruita, in sede interpretativa, come un «nuovo» diritto costituzionale, sulla falsa riga (o, sarebbe meglio dire, in pedissequa applicazione) della interpretazione che la giurisprudenza costituzionale ha dato, in due diverse occasioni, del diritto al consenso informato. Con l'effetto, come si vedrà, di confondere il quadro e di rendere molto meno forte la tutela di questo inafferrabile e poco utile «nuovo» diritto.

Si è così consolidata, in modo per lo più acritico, una interpretazione che trova il suo più evidente sostegno in una lettura, non corretta, di alcune decisioni della giurisprudenza costituzionale, soprattutto perché tali sentenze sono state arbitrariamente estrapolate dal loro contesto, cioè dai casi, particolarissimi, per la cui soluzione erano state rese. Non era né utile né opportuno che le relative conclusioni fossero generalizzate, come effettivamente accaduto: si trattava di decisioni su casi concreti, peraltro davvero singolari, non certo di statuizioni

² C. IANNELLO, *Salute e libertà. Il fondamentale diritto all'autodeterminazione individuale*, Editoriale Scientifica, 2023, con prefazione di Luigi Manconi; Id., *La libertà di cura e il suo pieno fondamento costituzionale nell'art. 32 Cost.*, DPERonline, vol. 21, n. 1, gen. 2024.

contenenti precetti generali e astratti da applicare anche al di fuori del caso di specie.

Mi riferisco alle sentenze del 2008 e del 2009 con cui la Consulta ha annullato due diverse leggi, una della regione Puglia e una della provincia autonoma di Trento, che avevano dettato una disciplina del consenso informato con riferimento all'uso di sostanze psicotrope da parte degli adolescenti³. La questione era stata posta all'attenzione della Consulta dal Governo che aveva impugnato le leggi in via principale. Il ragionamento del giudice costituzionale verteva, quindi, sull'interpretazione dell'art. 117 della Costituzione e sulla ripartizione delle competenze legislative tra lo Stato e le regioni in tema di tutela della salute.

In queste decisioni l'obiettivo pratico che la Corte costituzionale intendeva perseguire era quello di evitare una inammissibile frammentazione legislativa in una materia così delicata come quella del consenso informato. Frammentazione che era, tuttavia, resa ampiamente possibile dalla lettera dell'art. 117, III comma, che, improvvidamente, nel 2001, aveva attribuito (tra le tante amenità) anche la «tutela della salute» alla potestà concorrente delle regioni. Una legge sul consenso informato è un chiaro corollario della «tutela della salute». Questo il motivo per cui la Consulta aveva bisogno di ricostruire il consenso informato in modo originale, cioè come una situazione giuridica che non fosse fondata in via esclusiva sul solo diritto alla salute, proprio per poter sottrarre alle Regioni la disciplina di tale materia, nonostante la chiara attribuzione alla potestà concorrente regionale della materia «tutela della salute».

La realizzazione di tale obiettivo rendeva necessario separare il consenso informato dalla «tutela della salute», cioè ricostruire il relativo diritto come una «sintesi» tra preesistenti diritti costituzionali. Attribuendo ad esso una struttura più complessa, che non si esauriva nella sola tutela della salute, diventava agevole sottrarre la relativa disciplina alla potestà normativa regionale. Questo appare il modo corretto per leggere le due decisioni sul consenso informato. Esse utilizzano, quindi, un «artificio» interpretativo quando ricostruiscono il consenso informato addirittura

³ Cfr. Corte Cost. n. 438 del 2008 e Corte Cost. n. 253 del 2009.

come un «nuovo» diritto costituzionale, sintesi dell'autodeterminazione di cui all'art.13 Cost., della salute di cui all'art. 32 Cost. e dell'art. 2 Cost, il cui riferimento non è mai fuori luogo in tema di diritti. Lo scopo cui mirava tale opzione interpretativa è evidente ed è bene ribadirlo: dare a questo diritto una struttura più articolata che non si esaurisse nel solo diritto alla salute, in modo da sottrarlo all'attrazione che, in assenza di tale artificio, la competenza regionale in tema di «tutela della salute» (III comma dell'art. 117) avrebbe esercitato, inficiando così la copertura costituzionale alle leggi regionali in tema di consenso informato.

Si è trattato, con tutta evidenza, di una ricostruzione strumentale all'obiettivo pratico che si intendeva raggiungere, proprio in virtù della forza attrattiva esercitata dal diritto di cui all'art. 13 Cost. e dal richiamo ai diritti inviolabili, di cui all'art. 2 Cost., cioè diritti di cui non si è mai dubitato che la relativa «tutela» spettasse allo Stato.

Pare il caso di sottolineare, a conferma di quanto osservato, che prima di queste sentenze il tema del consenso informato era pacificamente ricondotto, nel nostro ordinamento costituzionale, in cui esiste uno specifico articolo dedicato al diritto alla salute (art. 32 Cost.), proprio nell'ambito di questa disposizione⁴.

Queste sentenze, pertanto, sarebbero dovute restare confinate al caso di specie da cui hanno avuto origine e quindi utilizzabili esclusivamente per le questioni attinenti ai rapporti tra Stato e regioni in tema di salute.

Invece ad esse è toccata ben altra sorte: quella di rappresentare il paradigma intorno al quale è stato costruito non solo il consenso informato, come si può

⁴ Cfr. il noto 'caso Massimo' deciso da Corte di Assise di Firenze, 18 ottobre 1990, in *Il Foro Italiano* 1991, II, p. 236 ss. che condannò un chirurgo per il reato di omicidio preterintenzionale per aver praticato un intervento in presenza di un espresso dissenso della paziente., ZATTI P., *Il diritto a scegliere la propria salute* (in margine al caso San Raffaele), in *Nuova rassegna giurisprudenza civile*, 2000, II, p. 1 ss.; P. ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009; MORANA D., *A proposito del fondamento costituzionale per il «consenso informato» ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sentenza n. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 4971; ID., *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2015; ID., *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 2002; R. BALDUZZI, D. PIRAS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 4953 ss. In ordinamenti in cui tale diritto non esiste, invece, è coerente che si richiami la libertà personale come fondamento del consenso informato.

evincere dalla legge n. 219 del 2017, ma anche il più generale tema del governo del corpo in ambito medico. Infatti, in una pluralità di studi successivi, il diritto all'autodeterminazione terapeutica è stato ricostruito in modo esattamente identico a come la Consulta aveva abbozzato il diritto al consenso informato⁵. Ecco che questo nuovo diritto, «sintesi» tra diversi diritti costituzionali, è diventato il nuovo e generale paradigma del governo del corpo in ambito medico con cui affrontare, di conseguenza, le questioni bioetiche più controverse, dall'aborto al fine vita.

In conclusione si può osservare che un diritto di autodeterminazione terapeutica come sintesi dei due citati diritti costituzionali è una costruzione non solo erronea ma anche dannosa

È erronea perché, per quanto riguarda la salute individuale, che l'articolo 32 Cost. fosse la sede dell'autodeterminazione individuale rispetto alle cure è conforme alla più fedele interpretazione della citata disposizione costituzionale ed è anche acquisizione che la dottrina e la giurisprudenza hanno raggiunto sin dalla fine degli anni Settanta⁶.

Dannosa perché questa operazione (che costruisce un diritto come «sintesi» di due diversi diritti costituzionali) una volta che fuoriesce dal suo preciso scopo di politica giurisdizionale (dare torto alla regione nonostante una chiara attribuzione costituzionale di competenza in materia di tutela della salute) ha come effetto collaterale quello di ridurre la stessa consistenza dell'auto-determinazione della persona rispetto alle cure⁷.

La sintesi che si produce è, infatti, tra una dimensione soggettiva di salute (autodeterminazione), ricavata dall'art. 13 Cost., e una oggettiva, ricavata dal 32 Cost. Questa interpretazione finisce con il trasformare, in modo inammissibile, il

⁵ A. CARMINATI, *L'affermazione del principio costituzionale di autodeterminazione terapeutica e i suoi possibili risvolti*, in *Giurisprudenza penale Web*, 2019, p. 1 ss.; L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019.

⁶ S. P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1979, p. 900 ss.; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, *Diritto e Società*, 1980, p. 769 ss.; MODUGNO F., *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione (A proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Diritto e Società*, 1982, p. 303 ss.; PEZZINI B., *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, *Diritto e Società*, 1983, I, p. 21 ss.

⁷ Cfr. C. IANNELLO, *Salute e libertà*, cit., 175 e ss.

significato dell'articolo 32 Cost. facendo riemergere la nozione di salute di stampo pre-costituzionale, intesa come integrità fisica (mentre è noto che la nozione costituzionale di salute faccia riferimento a uno stato di benessere che integra corpo e psiche e che ha quindi una irriducibile dimensione soggettiva). Se la salute intesa come integrità fisica va «bilanciata», cioè sintetizzata, con l'autodeterminazione individuale, non è affatto detto che tale bilanciamento sia favorevole alla tutela dell'autonomia individuale, impropriamente affidata a una disposizione costituzionale (art. 13 Cost.) che non prevede alcun limite espresso alla sua compressione. Questo aspetto sarà meglio chiarito nel prossimo paragrafo.

3. L'articolo 32 Cost. come tutela radicale dell'autonomia individuale

L'attenzione rivolta all'autodeterminazione terapeutica e al ruolo (improprio) interpretato dalla libertà personale in ambito medico, ha eclissato l'attenzione sull'articolo 32 Costituzione. Pare quindi il caso di ricordare che tale articolo rappresenta una vera e propria rivoluzione rispetto a tutta la tradizione del costituzionalismo moderno, sia di quello settecentesco che di quello novecentesco. Non solo è una disposizione che ha dato ingresso in Costituzione a una concezione estremamente moderna di salute, cioè la salute come diritto di libertà (senza trascurare le altre declinazioni del concetto, quella tradizionale della salute intesa come tutela della salute pubblica e della salute intesa, in senso novecentesco, come diritto sociale alle cure), ma è il solo articolo che pone un chiaro limite al potere di limitare il diritto sancito⁸.

Si tratta di un controlimite sostanziale al potere, declinato in termini personalistici e non solo liberali, come nell'art. 4 della dichiarazione dei diritti del 1789, secondo cui "La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri: così, l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che

⁸ G. GEMMA, Sterilizzazione e diritti di libertà, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1978, p. 254 ss.; M. LUCIANI, *Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XI, Roma 1989, p. 1 ss. D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 2002 che discorre di libertà di salute.

assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti. Tali limiti possono essere determinati solo dalla Legge”.

Una clausola di carattere generale in realtà mai osservata dagli ordinamenti liberali, che si sono sempre sentiti legittimati a limitare i diritti in funzione di un semplice interesse collettivo, anche in assenza della effettiva produzione di un danno ad altri⁹.

Se l'art. 4 della dichiarazione del 1789 richiedeva che la limitazione dei diritti potesse essere disposta con legge, solo nella misura in cui l'esercizio del diritto da limitare pregiudicasse i diritti di altri, l'art. 32 della Costituzione del 1948, come osservato, si appropria di questo schema, ma lo veste con gli abiti propri del personalismo cattolico.

L'art. 32 Cost. è, infatti, un presidio a tutela della persona umana, che impedisce la strumentalizzazione dell'individuo per un interesse collettivo, come era accaduto durante le esperienze totalitarie del secolo passato. Se la realizzazione della persona umana è diventata la missione del nuovo Stato, la sua strumentalizzazione per la realizzazione di interessi ultra individuali è diventata del tutto inammissibile. Di conseguenza, la limitazione del diritto alla salute individuale in tanto è costituzionalmente possibile in quanto vi sia un «doppio» beneficio¹⁰, non solo per la collettività ma anche per lo stesso soggetto che subisce la limitazione. Ed è questa, a ben pensarci, la grande novità dell'articolo in questione. Al danno ad altri di cui discorre l'art. 4 della Dichiarazione del 1789 si sostituisce l'idea del «doppio» beneficio, per il singolo e per la collettività. Una rivoluzione copernicana. Inoltre, coerentemente, questo articolo è anche il custode più prezioso dell'autonomia individuale, in virtù di un'altra novità in tema di limitazione dei

⁹ Specie durante il dominio del positivismo giuridico ottocentesco in cui i diritti individuali erano considerati autolimitazioni dello Stato. Cfr. ROMANO S., *La teoria dei diritti pubblici soggettivi*, in *Primo Trattato di diritto amministrativo italiano*, Società editrice libraria, Milano, 1900.

¹⁰ Cfr. Corte cost. n. 258 del 1994, fra le tante, per la quale l'obbligo in materia di salute deve tendere «non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare

lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale»

diritti, ossia la previsione di un limite invalicabile per lo stesso potere (per la legge, ossia per il sovrano democratico). Infatti, il controlimite posto dalle ultime parole del secondo comma («In nessun caso la legge può violare il rispetto dovuto alla persona umana») tutela, in modo radicale, la persona e la sua autonomia, facendo assurgere l'autonomia del singolo rispetto alle cure mediche a limite insuperabile, cioè incomprimibile. Anche una legge impositiva di un trattamento sanitario, per essere conforme alla costituzione, deve lasciare un margine di autodeterminazione all'individuo, nel senso che la sanzione per l'inadempimento non può essere draconiana, eliminando di fatto ogni possibilità concreta di esplicazione dell'autonomia individuale nel caso concreto¹¹.

Se, invece, il governo del proprio corpo in ambito medico non è più sussunto nel solo articolo 32 della Costituzione, ma in una più ampia e vaga nozione di autodeterminazione terapeutica, che di questo diritto alla salute fa «sintesi», è evidente che si perde gran parte della tutela che l'articolo 32 offre all'autonomia individuale rispetto alle cure. Una sintesi, infatti, deve necessariamente lasciar fuori qualcosa, altrimenti non è buona sintesi. Nel caso dell'autodeterminazione terapeutica, questa sintesi lascia fuori proprio la parte più innovativa dell'art. 32 Cost., cioè la tutela piena e invalicabile dell'autonomia individuale. Se nella ricostruzione corrente dell'autodeterminazione terapeutica è l'articolo 13 Cost. che presidia la sfera interiore dell'individuo, è chiaro che all'art. 32 Cost. non resta che il compito, residuale, di tutelare l'integrità fisica, con una inutile quanto

¹¹ Cfr. sul punto, per tutti, F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione (A proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, cit., p. 303 ss., che sul controlimite del «rispetto della persona umana» ipotizza la individuazione di un diritto di obiezione di coscienza, volto a limitare il potere autoritativo di ingerenza nel corpo. Un diritto di obiezione di coscienza rispetto ai trattamenti sanitari obbligatori per ragioni etiche, religiose, filosofiche, ecc. Sul controlimite veda, inoltre, D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., p. 200 ss., ove si rileva che «l'espressione utilizzata nell'art. 32 Cost. introduce un limite molto più penetrante e più incisivo di quello inizialmente contenuto nel progetto di Costituzione, che poneva il divieto di pratiche lesive della dignità umana» (ivi, p. 202). In particolare, M. LUCIANI, *Salute, I) Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XI, Roma 1989, p. 10, acutamente nota che «il rispetto della persona umana coincide con il rispetto della libertà di scelta del singolo, che solo può fissare le modalità e il disegno di essere persona, non essendovi in Costituzione un'immagine preconfezionata della personalità umana imposta all'individuo».

paradossale inversione dei ruoli. Sulla scia di un «doppio movimento»¹² da tempo presente tra queste due nozioni (libertà personale e salute), si assiste a un trasferimento di significati dall'art. 32 Cost. al 13 Cost. e viceversa. La libertà personale, da sede propria della tutela dell'*habeas corpus*, cioè dell'inviolabilità fisica, finisce per diventare la sede dell'autodeterminazione. Il «fondamentale diritto» alla salute, cioè il cardine dell'autodeterminazione in ambito medico, finisce, correlativamente, per diventare la sede della tutela dell'integrità fisica. Nell'auto-determinazione terapeutica la salute, pertanto, torna ad avere, come fu in passato, una declinazione oggettiva, come tutela dell'integrità fisica. La salute «individuale» (non solo quella pubblica, si badi) rischia così di diventare nuovamente, come è stato prima della Costituzione repubblicana, un interesse collettivo, espressione di un «dovere», ponendosi in tal modo le basi per una coartazione della volontà individuale costretta a cedere rispetto agli interessi superiori della collettività, ossia per nuove forme di strumentalizzazione della persona. Si tradisce così la lezione di Aldo Moro, a cui si deve questo articolo, il quale chiarì in assemblea Costituente che non possiamo non renderci conto che la salute individuale rappresenti una questione di libertà¹³.

L'articolo 32 Cost., inoltre, prevede uno statuto molto più garantista rispetto a quello offerto dall'art. 13 Cost, in quanto in base a quest'ultima disposizione una limitazione della libertà personale non trova alcun limite invalicabile. Non è cioè previsto alcun controlimite al potere. Un'intromissione statale nella sfera della libertà individuale, in base all'articolo 13 Cost., è pienamente discrezionale. Anche la sussistenza di un mero interesse pubblico può essere causa giustificativa della limitazione della libertà personale, cosa che non può avvenire con riferimento alla compressione della libertà di cura. Quest'ultima, come osservato, può essere legittimamente compressa solo nel caso in cui sussista un duplice beneficio, quindi

¹² Da tempo A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Cedam, Padova, 2016, p. 67 discorre, a tale proposito, di un «doppio movimento».

¹³ Aldo Moro, nel dibattito svoltosi nella Commissione per la Costituzione, sulla disposizione destinata a diventare l'art. 32 della Costituzione, affermò che la tutela della salute poneva «un problema di libertà individuale che non può non essere garantito dalla Costituzione» (A. MORO, Commissione per la Costituzione, 28 gennaio 1947).

anche per la stessa persona cui si rivolge l'obbligo, fermo restando che «il rispetto della persona umana», che non può, «in nessun caso», essere violato, significa, è bene ribadirlo, che la stessa legge che obbliga deve lasciare un margine di libera autodeterminazione all'individuo¹⁴.

Possiamo pertanto concludere questa prima parte della riflessione osservando che l'autonomia individuale rispetto alle cure mediche è pienamente contemplata ed esaustivamente disciplinata dall'art. 32 della Costituzione. L'idea di autodeterminazione rispetto alle cure che da esso si evince è coerente con lo spirito che animava i costituenti i quali, consapevoli che il micidiale connubio tra nichilismo e tecnicismo, che aveva dato vita alle tragedie della seconda guerra mondiale e alle sue derive antiumane, non era affatto uno spettro che si potesse considerare superato, vollero costruire un edificio statale che potesse porre argine alla minaccia del suo ritorno¹⁵. Per questo elaborarono un'idea di autodeterminazione rispetto alle cure così ampia e così fortemente tutelata. Perché essa è in armonia con un progetto costituzionale che mette al centro la persona umana, la cui piena realizzazione diventa la nuova missione dello Stato costituzionale. Ecco perché la Costituzione pullula di diritti sociali; perché la missione del nuovo Stato è quella di emancipare le persone dai bisogni materiali. Ma anche di renderla pienamente capace di contribuire alla vita politica del paese. Per questo l'altra gamba del nuovo Stato è la promozione della cultura, non a caso inserita tra i principi fondamentali. Solo attraverso una rete solidaristica efficiente, la cultura e la garanzia di istituzioni educative in grado di rendere abili i cittadini all'esercizio del pensiero critico, si potrà ottenere la loro partecipazione attiva alla vita civile e culturale del paese e costruire il contesto idoneo affinché la loro

¹⁴ Cfr. sul punto, per tutti, F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione (A proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, cit., p. 303 ss., che sul controlimite del «rispetto della persona umana» ipotizza la individuazione di un diritto di obiezione di coscienza, volto a limitare il potere autoritativo di ingerenza nel corpo.

¹⁵ In tema cfr. RODOTÀ S., *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ, M. TALLACHINI (a cura di), *Ambito e Fonti del biodiritto*, in *Trattato di biodiritto* diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Vol. I, Giuffé, Milano, 2010, pp. 169 ss.

autonomia individuale, che è il fine stesso di uno Stato personalista, possa essere concretamente esercitata.

4. Il contesto socio-economico della libertà di autodeterminazione. Dalla libera scelta all'obbligo

L'idea innovativa del nuovo Stato personalista è stata quella di conciliare l'idea di libertà e quella di eguaglianza, nella consapevolezza che solo l'emancipazione dal bisogno può consentire un autentico esercizio della propria autonomia individuale. La legge n. 194 del 1978 sull'interruzione volontaria di gravidanza è nata, pertanto, in un periodo in cui i diritti di libertà e i diritti sociali erano strettamente connessi. Questa legge, infatti, si è preoccupata di garantire alla donna il diritto a una maternità cosciente e responsabile in un contesto in cui libertà ed eguaglianza erano strettamente legate e lo Stato si preoccupava di fornire prestazioni di carattere sociale per sottrarre le persone alla costrizione dell'indigenza. La legge lascia alla donna la libertà di porre termine alla gravidanza nell'ambito di un contesto che le consente di effettuare una libera (quanto eventualmente tragica) scelta sulla prosecuzione o sull'interruzione della gravidanza.

Allo stesso modo, l'idea di una libertà paradossale che può giungere sino ad abbracciare la fine dell'esistenza ha cominciato ad affermarsi in questo stesso periodo, verso la fine degli anni Settanta, cioè proprio quando il progresso tecnologico è riuscito a tenere in vita le persone, superando dei limiti naturali, prima invalicabili, attraverso macchinari volti a consentire respirazione assistita e nutrizione artificiale. In questo stesso periodo, pertanto, le cure mediche sono diventate più invasive, riuscendo a superare i dati della naturalità del processo morte, tenendo in vita persone che altrimenti sarebbero andate incontro a morte certa. Il processo della morte, pertanto, è entrato nel dominio delle scelte tecniche dell'equipe medica e la volontà del soggetto curato, in alcuni casi anche incapace di esprimerla, si è progressivamente annichilita di fronte al nuovo tecno-potere medico. Nel medesimo periodo l'attenzione della sociologia si è soffermata sulla

trasformazione del concetto di morte nella nostra società, in cui la morte è diventata un accadimento che ha abbandonato il luogo di vita privato, l'abitazione domestica, dove si è svolta per millenni, e si è trasferita nei luoghi pubblici degli ospedali, al riparo dallo sguardo e dalle attenzioni della comunità degli affetti¹⁶. In un tale contesto, si è affermata l'idea di una riappropriazione da parte della persona del processo del morire, come istanza di riumanizzazione della morte. Nel campo del diritto e della filosofia sono stati pubblicati moltissimi studi volti a ridare la signoria sull'evento morte alla persona, sottraendola al controllo asettico del potere medico¹⁷. L'idea del fine vita che si è affermata in questo periodo è anch'essa fondata sulla autonomia individuale rispetto alle cure, intesa come libertà di sottrarre la propria esistenza dal dominio tecnico e disumano/disumanizzante dell'equipe medica. In questo senso è nata come una istanza di liberazione individuale da un controllo sui corpi sofferenti, diventato pubblico, altamente invasivo e sottratto al dominio del morente.

Queste libertà che interferiscono con la vita e con la morte, quella di interrompere la gravidanza e quella di morire (che ha iniziato nei medesimi anni il proprio percorso di riconoscimento giurisprudenziale, attraverso la 'scoperta', da parte dei tribunali, del rifiuto di cure, anche salvavita, come nel caso dei testimoni di Geova) sono libertà che si sono affermate quando la rete solidaristica era probabilmente al suo momento di maggiore espansione, cioè verso la fine degli anni Settanta.

Una rete solidaristica efficiente, fatta di diritti sociali e di presidi di cura gratuiti e dignitosi, aiuta certamente, in questi momenti tragici dell'esistenza, a realizzare una scelta che sia il più possibile libera e autentica, perché offre alla persona che si trova nel dramma della scelta un'alternativa vera, fondata sulla solidarietà sociale.

¹⁶ ARIÈS P., *Storia della morte in Occidente: dal medioevo ai giorni nostri* (ed or.: *Essais sur l'histoire de la mort en occident: du Moyen Age à nos jours*, 1975), Bur, Milano, 2013, I edizione digitale; N. ELIAS, *La solitudine del morente*, Il Mulino, Bologna, 1985, passim. GORER G., *The Pornography of death*, in *The Encounter*, 1955.

¹⁷ JONAS H., *Il diritto di morire* (1978), Il Melangolo, Genova, 1997; MODUGNO F., *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione (A proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, *Diritto e Società*, 1982, p. 303 ss.; D'ALOIA A., *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della "fine della vita"*, in *Politica del diritto*, 4/1998, p. 601 ss.

La sua decisione individuale può essere così considerata effettivamente frutto della sua autonomia individuale, proprio perché alla persona è offerto un percorso alternativo.

Oggi occorre calare queste libertà individuali in un contesto sociale caratterizzato dalla radicale crisi dei diritti sociali e dall'affermarsi di un tecno-potere che pretende di governare direttamente la vita sociale ed economica ed anche quella individuale delle persone, attraverso il condizionamento delle loro scelte di vita, da quelle del consumo fino a quelle più intime.

Le dinamiche che hanno riguardato la tenuta del *welfare state* non sono senza effetto sulle stesse libertà individuali.

La destrutturazione dello Stato sociale dovuto alla piena affermazione delle politiche neoliberali, a partire dagli anni Ottanta fino ad oggi, ha pesato molto sul concetto di libertà, interferendo in modo sensibile sulla stessa idea di autodeterminazione e di autonomia individuale.

La drastica riduzione dello Stato sociale ha rappresentato, infatti, il terreno su cui si è innestata una nuova concezione della libertà, che possiamo definire neoliberale. Una vera e propria trasformazione (o forse sarebbe meglio dire un capovolgimento) dell'idea costituzionale di libertà e dei suoi risvolti pratici.

La libertà è così diventata la 'libertà' del diseguale di effettuare una scelta. Poiché il neoliberalismo postula che il mercato, o meglio la logica sottesa al mercato competitivo, cioè il principio concorrenziale, diventasse il regolatore dell'intera società, l'idea di libertà si riduce (come quella di giustizia¹⁸) a un concetto estremamente ridotto rispetto a quello elaborato dal costituzionalismo, sia da quello autenticamente liberale di fine settecento, sia da quello a contenuto (anche) sociale, cui fa ampio riferimento la Costituzione. Nel contesto neo-liberale, la libertà non è più un presidio né dell'emancipazione individuale, né dell'emancipazione sociale, cioè non è più uno strumento per garantire il

¹⁸ F.A VON HAYEK, *Legge, legislazione, libertà. Critica dell'economia pianificata*, il Saggiatore, Milano 1994.

perfezionamento della persona umana, ma una facoltà che si estrinseca sul mercato, attraverso il mero scambio privatistico¹⁹.

In particolare, la libertà neoliberale ha poco dell'idea negativa di libertà settecentesca, intesa come assenza di costrizioni, non solo da parte del potere pubblico, ma della società in genere. Uno spazio di libertà necessario alla realizzazione della propria autodeterminazione individuale. Libertà borghese, certamente, libertà solo negativa, ma pur sempre legata all'idea dell'emancipazione individuale, rispetto all'oppressione proveniente dalla società feudale che l'affermazione delle libertà negative doveva contribuire a eradicare. Come è stato giustamente messo in luce, "Il neoliberalismo sembra accogliere, esasperandoli, i tratti negativi del pensiero liberale, accantonando nel contempo tutto ciò che di positivo, progressista e critico si poteva riconoscere al suo interno"²⁰.

La libertà neoliberale, inoltre, è ancora più lontana dal paradigma del costituzionalismo novecentesco, che, come osservato, lega inscindibilmente la libertà all'eguaglianza, inserendola a pieno titolo nella dinamica di emancipazione sociale e del pieno sviluppo della persona umana e di questa diventa espressione.

Intesa alla maniera neoliberale, non è più un corollario dell'eguaglianza²¹, tagliando al contrario i ponti con questo principio.

Il concetto di libertà, cioè, si disancora dall'idea che la persona, per esercitare consapevolmente una scelta, deve vivere in un contesto (sociale ma anche politico e culturale) che gli consenta effettivamente di far valere, consapevolmente, la propria autonomia individuale.

La libertà diventa una mera scelta privatistica dell'individuo isolato di fronte ad un mondo governato come un'impresa.

Crollato il contesto solidaristico e venuti meno i presidi sociali e politici volti a garantire l'eguaglianza, che potevano permettere all'individuo un esercizio responsabile della libertà (cioè consapevole e coerente con la sua interiore idea di

¹⁹ In questo paragrafo riporto delle osservazioni già svolte in C. Iannello, *Lo Stato del potere. Politica e diritto ai tempi della post-libertà*, Meltemi, Milano, 2025.

²⁰ O. Giolo, *Il diritto neoliberale*, Jovene, Napoli, 2020, p. 98.

²¹ M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in "Diritto e Società", 1980, p. 769 e ss.

autonomia individuale), la stessa libertà individuale ha finito per perdere il suo senso originario. Non si è posta più in un rapporto di strumentalità né con l'emancipazione (né individuale né sociale), né tantomeno rispetto alla realizzazione della persona umana.

In questo modo, la libertà neoliberale si è trasformata nel suo contrario, cioè in una nuova forma di assoggettamento "volontario", proprio perché il contesto neoliberale lascia l'individuo isolato di fronte "all'immensità dell'economia"²² e a una società conformata alla competizione esasperata, privato del ruolo protettivo (e di custode della stessa libertà) che, nello scorso secolo, ha svolto lo Stato sociale.

La libertà è così uscita dal contesto costituzionale novecentesco nel quale si era affermata e in cui il pubblico si era fatto custode della realizzazione della persona umana, per essere trasformata nel suo contrario.

La negazione dell'uguaglianza (corollario del dominio della competizione economica) è diventata così la condizione necessaria per lasciare l'individuo privo di protezione di fronte al potere diseguale e smisurato dell'impresa e del mercato.

La libertà si è trasformata in una forma di assoggettamento al dominio dell'economico in un mondo che non offre alternative²³.

La libertà, in questo contesto, è diventata quella di accettare condizioni di lavoro inumane, la libertà di passare a un mercato libero dell'energia (che infatti, alla fine, si trasforma in obbligo), la libertà di affittare un appartamento ai prezzi stabiliti dal mercato (potendo al massimo, ricorrendone i requisiti, ricevere un *bonus* per coprire una parte di quel prezzo), la libertà di provvedere a una pensione o a una polizza sanitaria privata (potendoselo permettere), poiché quelle garantite dallo Stato sono insufficienti. Gli esempi potrebbero moltiplicarsi.

In un mondo forgiato sul paradigma dell'impresa, la stessa libertà di autodeterminazione o, meglio, l'autonomia individuale, vedono trasformato profondamente il loro significato. Questa dinamica si ripercuote anche sui diritti

²² N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari 2004, p. 28.

²³ O. GIOLO, *Il diritto neoliberale*, cit., p. 99. Cfr., in tema, E. DE LA BOÉTIE, *Discorso sulla servitù volontaria* [ed. or. 1576], La Vita Felice, Milano 2015. Per una lettura critica di tale testo cfr. G. CAPPELLI, Gros populas. *La Boétie como malentendido sintomático*, in "Res publica", 22, 2019, pp. 31 e ss.

fondamentali e cambia lo stesso senso cui siamo stati abituati ad attribuire ad alcune questioni legate al governo del corpo, come le pratiche interruttrive della gravidanza e quelle di fine vita.

La stessa libertà di morire, infatti, che negli ultimi anni si sta imponendo a macchia d'olio in tutto il mondo occidentale (come quella di abortire, che si è giunti persino a costituzionalizzare in Francia²⁴), non rappresenta più la manifestazione di un'idea di piena sovranità dell'individuo su sé stesso, coerente, pertanto, con lo scopo di salvaguardare l'autonomia individuale fino agli ultimi istanti dell'esistenza. Non sono più pratiche che si realizzano per restare coerenti con la propria autonomia individuale, ma in quanto costretti dalla necessità.

L'autonomia individuale deve dunque fare i conti con quanto accade concretamente nelle società, che un tempo avremmo definito avanzate, in cui le procedure di fine vita vengono progressivamente aperte anche a coloro che non si possono genuinamente autodeterminare, come i malati mentali, i minori, o addirittura, offerte dai servizi sociali come 'soluzione' per i problemi delle persone disabili che vivono in situazione di difficoltà²⁵. Ha destato scalpore, a questo proposito, un recente sondaggio svolto in Canada in cui un terzo degli intervistati si è manifestato favorevole all'eutanasia per i senza tetto e per i poveri²⁶. In realtà, si tratta di un dato tragicamente coerente con una tendenza di fondo che sta pervadendo le nostre società.

Se questa è la tendenza in corso, ci si incammina su un piano del tutto diverso da quello volto all'affermazione dell'autonomia individuale sul proprio corpo ed appare difficile allontanare lo spettro evocato dal tristemente noto libro scritto da un giurista, Karl Binding, e da un medico, Alfred Hoche, dal titolo «La

²⁴ Il 4 marzo 2024, il Parlamento francese ha approvato, con 780 voti favorevoli e 72 contrari, una legge costituzionale che inserisce un capoverso all'articolo 34 della Costituzione, dal seguente tenore: "la legge determina le condizioni alle quali si esercita la libertà garantita alla donna di ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza".

²⁵ G. MENOTTI, *"Anziché l'ascensore le diamo l'eutanasia". Paura per i disabili in Canada*, Il Foglio, 6.12.2022.

²⁶ Avvenire, Suicidio assistito, un terzo dei canadesi favorevole per poveri e homeless, 29 maggio 2023, <https://www.avvenire.it/vita/pagine/suicidio-assistito-un-terzo-dei-canadesi-favorevole-per-poveri-e-homeless>

liberalizzazione della soppressione della vita senza valore», ad inizio Novecento, in cui si teorizzava la soppressione di vite, indipendentemente dalla loro autodeterminazione, in quanto ritenute inutili per la società.

Anche il tema dell'interruzione di gravidanza sta assumendo connotazioni molto particolari che l'allontanano dalle battaglie per l'emancipazione femminile della fine degli anni Sessanta e dell'inizio degli anni Settanta. Pare opportuno osservare che non si riesce più a garantire il diritto a una maternità cosciente e responsabile, come previsto dalla legge n. 194 del 1978, che si preoccupa della creazione di un contesto solidale per aiutare la donna, lasciando giustamente alla donna una scelta che possa qualificarsi effettivamente libera. La legge n. 194 del 1978 è frutto di un'altra epoca, in cui si legavano inscindibilmente libertà ed eguaglianza. Non è un caso che sia coeva a quella che istituisce il Servizio Sanitario Nazionale improntato al principio universalistico. Nel contesto attuale una donna che si confronta con la difficoltà di diventare madre senza mezzi economici, in assenza di una rete solidaristica pubblica, viene a trovarsi in una condizione di non libertà, in cui è spinta ad assoggettarsi a una necessità determinata dalla sua condizione di indigenza.

L'interruzione di gravidanza rischia così di trasformarsi in una tragica presa d'atto della assenza di alternative; una sorta di necessaria via di fuga per sfuggire a condizioni di vita che sarebbero ancora più gravose. Si può citare, da ultimo, come ulteriore indice di tendenza verso una deriva che poco a che fare con la tutela di un'autentica autonomia individuale, l'emendamento approvato dal parlamento inglese il 17 giugno 2025, che modifica l'Abortion act del 1967 e depenalizza l'aborto anche quando realizzato al di fuori dei limiti imposti dal diritto vigente, cioè oltre la ventiquattresima settimana (ma anche oltre questo termine se in presenza di un grave pericolo per la salute della madre). Si depenalizza così una pratica (che probabilmente non si può più nemmeno chiamare abortiva) anche nella misura in cui essa possa essere realizzata quando il feto potrebbe avere una vita autonoma ed essere, eventualmente, dato in adozione. Cosa a che fare tutto ciò con la tutela di libertà individuali è davvero difficile da comprendere.

Un altro indice della deriva in corso è rappresentato dalla costituzionalizzazione dell'interruzione di gravidanza, avvenuto recentemente in Francia, che ha davvero poco delle proclamazioni dei diritti di un tempo, ma lascia molto perplessi, pure chi parte da posizioni liberali²⁷, cioè favorevoli alla piena estrinsecazione dell'autonomia individuale della donna.

Innanzitutto, la costituzionalizzazione dell'aborto in un ordinamento come quello francese non ha alcun effetto pratico, perché le donne francesi possono farvi ricorso dal 1975, in base a una legge che consente loro di esercitare pienamente la libertà di scelta.

Ma non è questo il punto.

Ciò che colpisce è proprio la costituzionalizzazione in sé di un tale diritto, che può essere qualificato non solo "infelice" (come nel caso del fine vita²⁸), ma anche divisivo.

Infelice, perché chi vi ricorre lo fa con grande sofferenza.

Divisivo, perché non tutta la società lo accetta, essendo fortemente legato a profonde questioni di carattere etico e religioso.

Diritti di questo tipo, come anche quelli inerenti il fine vita, proprio per questo carattere divisivo, non possono fondare il patto sociale e non si prestano alla loro cristallizzazione in Costituzione.

Questi temi sono, infatti, regolamentati da leggi che devono effettuare delicati bilanciamenti, tra cui anche quello riferito all'obiezione di coscienza del personale sanitario.

Non è un caso che quello francese ne rappresenti l'unico esempio al mondo. Ma pare, tuttavia, di trovarsi di fronte solo a un inizio se la tendenza in corso non si invertirà. Possibile che, con la medesima logica, si proceda anche alla costituzionalizzazione dell'eutanasia. L'inserimento in costituzione di un tale

²⁷ cfr. C. IANNELLO, *Salute e libertà. Il fondamentale diritto all'autodeterminazione individuale*, Editoriale scientifica, Napoli 2023, *passim*

²⁸ cfr. M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in "Rivista Italiana di Medicina Legale", vol. 2, 2016, p. 555 e ss.

diritto è un indice utile per indagare la tendenza di fondo che sta dominando le società occidentali.

Altra cosa, dal significato costituzionale ben diverso, ossia unificante, sarebbe stata la costituzionalizzazione di un diritto che affermasse la piena signoria sul proprio corpo, in cui tutti i cittadini potrebbero riconoscersi e ognuno potrebbe attuarlo conformemente alla propria idea di autonomia individuale. Il diritto di piena signoria sul proprio corpo comprende, infatti, anche l'aborto e il fine vita (che ne sono applicazioni parziali ed eticamente problematiche), ma non si esaurisce certo in essi.

Ma un tale diritto sarebbe in contraddizione con la tendenza di fondo che si registra nelle nostre società e che può essere riscontrata in molti ordinamenti esteri²⁹, nei quali, come osservato, sono state allargate le maglie che consentono l'accesso alle pratiche eutanasiche, oltre i limiti originariamente previsti, a malati mentali, a depressi o ai minori, cioè in casi in cui manca una piena autodeterminazione del malato.

Queste libertà, in un tale contesto, si trasformano nel loro contrario, cioè nella negazione della libertà. Rischiano, in altri termini, di diventare la cartina di tornasole dell'abbandono dell'individuo che si trova in condizioni di vulnerabilità³⁰, in assenza di un sistema di protezione sociale in grado di offrire aiuto alle donne in difficoltà o cure al malato, nel rispetto della loro dignità. Diventano cioè pseudo libertà, aprendo la strada a una sorta di tanatopolitica³¹, come era stato messo in evidenza da Giorgio Agamben che, a proposito dell'eutanasia, nel lontano 1995, scriveva: "nella prospettiva della biopolitica moderna, essa si colloca piuttosto all'incrocio fra la decisione sovrana sulla vita

²⁹ Cfr. Redazione, *Eutanasia per i malati mentali in Canada*, Il Foglio, 10.09.2022; M. PALMIERI, *Belgio. Per la depressione? C'è l'eutanasia. La triste vicenda di Shanti De Corte*, in *L'Avvenire*, 13.10.2022.

³⁰ Cfr. The National Post, *One third of Canadians fine with prescribing assisted suicide for homelessness*, 16 maggio 2023 (<https://nationalpost.com/news/canada/canada-maid-assisted-suicide-homeless>) in cui si riportano i risultati di un sondaggio per il quale un terzo dei canadesi sarebbe favorevole al fine vita per i senza casa.

³¹ Cfr. G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 1995, p. 157.

uccidibile e l'assunzione della cura del corpo biologico della nazione, e segna il punto in cui la biopolitica si rovescia necessariamente in tanatopolitica"³²

Così si può arrivare persino a discorrere della 'libertà' di prestare (dietro compenso) il proprio corpo come incubatore di un bambino perché costretti dall'indigenza.

Insomma, la libertà si risolve nel suo contrario³³: nella necessità di assoggettarsi alla volontà di un potere economico, divenuto anche sociale, che nega l'eguaglianza e che pone l'individuo di fronte alla scelta di aderire "volontariamente", per mancanza di alternative. Una libertà che si fonda sulla diseguaglianza non è libertà, ma una nuova retorica: la "retorica della libera scelta"³⁴.

È la post-libertà, cioè il contrario della libertà. Una nuova forma di "libertà obbligatoria", perché l'individuo è solo apparentemente posto di fronte ad una scelta; in realtà, non la può esercitare perché non ci sono alternative³⁵.

Si deve inoltre considerare l'invasione della tecno-economia, attraverso l'intelligenza artificiale, nelle nostre vite. Attraverso gli algoritmi si pretende oramai di 'governare'³⁶ non solo le scelte individuali di consumo, ma anche quelle sociali e persino le più intime, attraverso un processo che è anche causa di importanti effetti antropologici. Solo un uomo deprivato del suo senso critico, quindi di una reale capacità di autodeterminarsi, potrà essere efficacemente governato dai numeri. Una tecno-economia che ha pertanto la necessità di cancellare le caratteristiche essenziali della nostra umanità (che da sempre

³² Ibidem

³³ M. DE CAROLIS, *Il rovescio della libertà. Tramonto del neoliberalismo e disagio della civiltà*, Quodlibet, Macerata, 2017, passim.

³⁴ O. GIOLO, *Il diritto neoliberale*, Jovene, Napoli, 2020, p. 109. Cfr., su questo aspetto, R. H. THALER, C. R. Sunstein, Nudge. *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su danaro, salute, felicità. L'edizione definitiva*, Feltrinelli, Milano, 2022.

³⁵ O. GIOLO, *Il diritto neoliberale*, cit., p. 108 "nell'ottica neoliberale, la scelta è tendenzialmente riconosciuta come legittima se convalida l'asservimento, come illecita se lo contesta". Cfr. G. PRETEROSSO, *Teologia politica e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2023, p. 207, secondo il quale i meccanismi neoliberali solo "illusoriamente creano spazio per la libertà, perché generano in realtà controllo e passivizzazione".

³⁶ S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Luiss University Press, Roma, 2019

caratterizzano la nostra civiltà), a cominciare dallo spirito critico³⁷, per farci vivere in un universo conformistico, nel quale gli input generati dagli algoritmi non incontrino alcuna resistenza. Si realizza in questo modo un'adesione volontaria ai desiderata del potere tecnico-economico che non passa più nemmeno per la costruzione legata a una (pseudo) scelta priva di alternative.

Il problema che abbiamo oggi di fronte è, quindi, profondamente diverso da quello che avevano i costituenti nel 1948. In quel momento si riteneva, giustamente, che fosse possibile costruire un nuovo umanesimo per combattere il nichilismo che aveva originato le tragedie della guerra e che non si dava, giustamente, per sconfitto. La funzionalizzazione dello Stato allo sviluppo della persona umana e la salvaguardia della sua autonomia, che in campo medico assume un carattere assoluto, ne erano gli strumenti.

Oggi ci troviamo, invece, di nuovo di fronte a forze che vogliono annullare i valori umanistici, incarnate da una tecno-economia in grado di condizionare le scelte individuali, che hanno conquistato uno spazio immenso e che stanno compromettendo le fondamenta della nostra civiltà.

Per cui, da un lato, occorre chiedersi come si possa ridare valore alla autonomia individuale, in un mondo in cui la tecno-economia sta corrodendo i presupposti perché i cittadini possano liberamente autodeterminarsi. Dall'altro lato, occorre individuare le strade per contrastare la deriva antiumana verso cui siamo condotti, nella consapevolezza che il dettato della Costituzione è più attuale oggi che nel 1948. Il problema, immenso, che abbiamo di fronte è quello di trovare le strade per renderlo nuovamente effettivo.

³⁷ S. ISOLA, *A fin di bene. Il nuovo potere della ragione artificiale*, Asterios, Trieste, 2023.

Rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso e disciplina della continuità dei vincoli affettivi nella giurisprudenza costituzionale

di

Maria Cristina Carbone*

Sommario: 1. Contesto e questioni in esame – 2. La disciplina costituzionale dei legami affettivi alla prova della giurisprudenza – 3. I prodromi: la sentenza della Corte costituzionale n. 170/2014 e il suo seguito processuale – 4. Rettificazione anagrafica di sesso e continuità del vincolo a seguito della legge sulle unioni civili – 5. La sentenza n. 66/2024. La persistenza del vincolo nell'ambito della differenziazione tra matrimonio e unione civile – 6. Alcuni profili problematici della costruzione argomentativa operata dalla Corte – 7. Brevi conclusioni interlocutorie.

1. Contesto e questioni in esame

La progressiva diffusione, nella prassi, di forme di convivenza alternative al modello matrimoniale tradizionale costituisce innanzitutto un fenomeno sociale che solo in un momento successivo ha trovato riflesso e disciplina sul piano giuridico. La forza di tale evoluzione, radicata nelle dinamiche della vita quotidiana, ne fa oggi uno dei temi più rilevanti e significativi per l'ordinamento costituzionale. Si tratta di una trasformazione non contingente, ma strutturale, che incide sul tessuto della vita associata e impone una revisione degli strumenti concettuali e normativi attraverso cui il diritto ha storicamente definito la nozione di famiglia¹.

* Dottoressa di ricerca in Diritto costituzionale. Docente a contratto di Istituzioni di Diritto pubblico e Diritto dei servizi sociali presso l'Università di Torino.

¹ In proposito, si vedano, nella letteratura più recente, le acute riflessioni di M. SESTA, *Il diritto di famiglia a cinquant'anni dalla riforma: tra codice e leggi speciali*, in *Fam. e dir.*, 2025, 521; ID., *Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge sul divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1177; C. RIMINI, *Il matrimonio ha ancora una funzione sociale?*, in *Fam. e dir.*, 2025, 545; G. OBERTO, *Nuove famiglie e vecchi regimi*, *ivi*, 561; E. AL MUREDEN, *Uguaglianza tra coniugi e solidarietà post-coniugale a*

Queste nuove formazioni affettive, affermatesi con diffusività crescente come forme alternative di unione e prive del vincolo formale del matrimonio, non si riducono a semplici aggregazioni occasionali, ma presentano elementi sostanziali comparabili a quelli della famiglia matrimoniale: la stabilità della comunanza di vita, l'intensità del legame, la libera e consapevole autodeterminazione dei *partner* nell'assumere un progetto duraturo di convivenza². L'impossibilità di accedere all'istituto matrimoniale non elide, dunque, la dimensione relazionale e solidaristica di tali legami, che si collocano in tensione con l'impianto originario della Costituzione, segnatamente con l'art. 29, che definisce la famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio". La rigidità semantica di tale formulazione, espressione di un preciso contesto storico e culturale, è oggi sottoposta a una pressione crescente, tanto culturale quanto giuridica, in relazione all'esigenza di garantire effettiva tutela ai diritti fondamentali³.

Di fronte a questa metamorfosi, la dottrina⁴, non soltanto – tradizionalmente – quella privatistica ma in misura crescente quella costituzionalistica, è impegnata in

cinquant'anni dalla Riforma del '75, ivi, 585; M. DOGLIOTTI, *La condizione del minore dalla Riforma del 1975 ad oggi: percorsi, attualità, prospettive*, ivi, 609; L. GARLATI, *Le relazioni familiari nell'esperienza giuridica italiana tra otto e novecento. Storia di disuguaglianze e asimmetrie tra diritti riconosciuti e negati*, in G. La Rocca - E. Bilotti - V. Piccinini, (a cura di), *Le relazioni giuridiche familiari tra natura e storia. Prospettive culturali e questioni aperte*, Torino 2024, 3; N. LIPARI, voce *Famiglia (evoluzione dei modelli sociali e legali)*, in *Enc. dir., I tematici*, IV, *Famiglia*, diretto da F. Macario, Milano, 2022, 417 (ora pubblicata anche in N. LIPARI - S. PATTI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Milano, 2024, 33); U. SALANITRO, *Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 563.

² In proposito, si vedano, senza pretese di esaustività, G. ERAMO PUOTI, *La regolamentazione delle coppie conviventi tra interventi normativi e soluzioni giurisprudenziali*, in *Famiglia*, 2024, 59; M. RINALDO, *La parità tra i modelli familiari. Un obiettivo lontano per la convivenza di fatto*, in *Dir. fam. e pers.*, 2023, 1877; A. LORENZETTI, *La tutela giuridica delle "nuove famiglie": lo stato dell'arte sulla condizione delle persone LGBT nelle relazioni familiari*, in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri, III*, Napoli, 2021, 2405; L. CONTE, *Le unioni non matrimoniali*, in AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, Napoli 2014, 43.

³ La letteratura sul punto è, oramai, fittissima. Oltre a rinviare alle note successive, si richiamano, per tutti, A. RUGGERI, *Un ossimoro costituzionale: la "famiglia monoparentale" (implicazioni di ordine istituzionale ed al piano della teoria della Costituzione)*, in *Federalismi*, n. 10/2025, iv; R. BIN, *L'interpretazione della Costituzione in conformità delle leggi. Il caso della famiglia*, in *Famiglia e diritto*, n. 5/2022, 514; nonché IDEM, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Lavoro e diritto*, n. 1/2001, 9.

⁴ Tra la vastissima letteratura, si citano A. RUGGERI, *Famiglia e Costituzione: un modello aperto e in progress?*, in *Consulta Online*, 2025, 670; R. AMAGLIANI, *Principi costituzionali in materia di famiglia*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, Milano 2015, 625; B.

un'opera ermeneutica volta a coniugare la fedeltà al dettato costituzionale⁵ con la necessità di assicurare protezione a forme familiari che, pur estranee al modello matrimoniale, incarnano le medesime istanze di solidarietà, dignità e realizzazione della persona. La questione, dunque, trascende l'ambito della politica legislativa e investe direttamente il sistema delle garanzie costituzionali, sollecitato a rimodulare le proprie categorie per includere realtà sociali ormai consolidate.

PEZZINI, *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la costituzione italiana*, in B. Pezzini (a cura di) *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Napoli, 2008, 91; ID., *Matrimonio e convivenze stabili omosessuali. Resistenza del paradigma eterosessuale nel diritto comunitario e difficoltà del dialogo con le legislazioni nazionali (nonostante la Carta dei diritti)*, in DPCE, 2001, 1519. Sul matrimonio come istituzione radicata entro un diritto privato di interessi indisponibili e sulla nozione minima di matrimonio si vedano A. RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013. Vedasi, inoltre, con differenti accenti, le considerazioni di M.R. MARELLA, *Il diritto di famiglia nella società contemporanea. Teoria e metodo*, Napoli, 2025, 91; I. TARDIA, *Il diritto delle famiglie nel pluralismo delle formazioni familiari e delle relazioni affettive*, Napoli, 2025, *passim*; V. BARBA, *La famiglia nell'ordine giuridico: concetto e rilevanza*, in *Dir. fam. pers.*, 2024, 746; G. D'AMICO, *Riflessioni sulla famiglia (recte: sulle famiglie) come fattispecie*, in *Famiglia*, 2023, 771; E. BILOTTI, *Un nuovo diritto della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2022, 1040; AA.VV., *Dalla famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia fondata sulla procreazione?*, a cura di E. Bilotti - M. Sesta, in *Fam. e dir.*, 2022, 1038; G. DE CRISTOFARO, *Nuovi modelli familiari, matrimonio e unione civile: fine della partita?*, in *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, Atti del Convegno 27-29 settembre 2018 - Catania, a cura di U. Salanitro, Pisa, 2019, 152; G. PERLINGIERI, *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi*, in F. Romeo (a cura di), *Nuovi modelli familiari e autonomia negoziale*, Napoli, 2018, 79; G. FREZZA, *I "modelli" familiari*, in P. Perlingieri - S. Giova (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Napoli, 2018, 413; G. DI ROSA, *L'attuale valenza (interna) del (tradizionale) rapporto tra famiglia e matrimonio nel quadro della cosiddetta pluralità delle forme familiari*, in *Jus-online*, 2/2015; M.R. MARELLA - G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Roma-Bari, 2014; A. NICOLUSSI, *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 169.

⁵ In generale, sui metodi di interpretazione costituzionale e senza pretese di esaustività si vedano: V. BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali*, Napoli, 2015; M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, 48; E.W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, Costituzione, democrazia*, trad. it. Milano, 2006; M. DOGLIANI, *Interpretazione (voce)*, *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, 3179; R. GUASTINI, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2006, 743; A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2006; A. BALDASSARRE, *Miseria del positivismo giuridico*, in *Studi in onore di G. Ferrara*, Torino, 2005, 201; A. POGGI, *L'"intenzione del costituente" nella teoria dell'interpretazione costituzionale. Spunti per una sua definizione alla luce della dottrina americana dell'"original intent of the farmers"*, in *Diritto pubblico*, n. 1/1997, 161; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980; V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma) (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, 209; P. BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze, 1951.

Un impulso decisivo a tale processo proviene dal diritto sovranazionale e dalla relativa elaborazione giurisprudenziale. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, agli artt. 7 e 9, riconosce tanto il diritto al rispetto della vita familiare quanto la libertà di contrarre matrimonio e di costituire una famiglia, senza circoscrivere tali nozioni entro schemi rigidamente eterosessuali né subordinandole al requisito formale del matrimonio, quando sia riscontrabile una convivenza stabile e orientata a costituire un "luogo degli affetti". In parallelo, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, attraverso l'interpretazione evolutiva della Corte di Strasburgo, ha progressivamente ampliato la portata degli artt. 8 e 12, legittimando una visione pluralistica delle forme familiari che include anche le coppie omosessuali⁶. In questa prospettiva, i diritti alla vita familiare, declinati in accezioni plurali, assumono la funzione di assi portanti di un orientamento che non concepisce la famiglia come realtà monolitica, ma come ambito aperto di

⁶ Giova evidenziare che fino alla nota decisione *Schalk and Kopf c. Austria* (Corte EDU, 24 giugno 2010, in *Corr. giur.*, 2011, 573), l'inquadramento delle unioni di fatto – tanto eterosessuali quanto omosessuali – entro l'alveo della nozione convenzionale di "famiglia" apparisse tutt'altro che pacifico. Tale incertezza interpretativa trovava giustificazione, da un lato, nella formulazione testuale dell'art. 12 CEDU, il quale, già a partire dalla rubrica, fa espresso riferimento esclusivo all'istituto matrimoniale e, dall'altro, nella costruzione logico-sistematica della norma, che sembra configurare il "diritto di costituire una famiglia" come diritto derivato e inestricabilmente connesso al diritto di contrarre matrimonio. In questa lettura tradizionale, dunque, la famiglia tutelata dalla Convenzione si riduceva sostanzialmente alla famiglia legittima, ossia a quella fondata sul vincolo matrimoniale. Il quadro esegetico ha tuttavia subito una svolta di rilievo con l'introduzione della Carta di Nizza, oggi Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che ha scelto consapevolmente un diverso registro linguistico e normativo. L'art. 9 della Carta, significativamente, non si limita a riprodurre la formulazione convenzionale, ma opera una scomposizione semantica e concettuale di notevole portata: nella rubrica vengono evocati congiuntamente il diritto di sposarsi e il diritto di fondare una famiglia; nel corpo della disposizione, tuttavia, essi sono declinati come situazioni giuridiche soggettive autonome, dotate di una distinta consistenza. L'interprete si trova così legittimato a riconoscere che il diritto a creare una famiglia non si esaurisce necessariamente nel diritto al matrimonio e, dunque, può vivere e trovare tutela anche al di fuori del paradigma matrimoniale. È in tale contesto che si colloca il fenomeno, di grande rilievo teorico e pratico, di un'interazione feconda tra le diverse fonti europee di tutela dei diritti fondamentali, che ha consentito alla giurisprudenza di Strasburgo di arricchirsi delle suggestioni provenienti dall'ordinamento dell'Unione Europea. L'evoluzione successiva della *case law* della Corte EDU conferma, invero, un progressivo ampliamento della nozione di "vita familiare" (art. 8 CEDU) e un atteggiamento sempre più marcato a favore della protezione delle unioni non matrimoniali. Vedasi sul punto, da ultimo M.C. BARUFFI, *Il cammino europeo della famiglia: la circolazione degli status familiari*, in *Fam. e dir.*, 2025, 533; A. FIGONE, *La convivenza: evoluzione giurisprudenziale e normativa*, in *Fam. e dir.*, 2025, 597; S. PATTI, *La famiglia: dall'isola all'arcipelago?*, (già in *Riv. dir. civ.*, 2022, 507 ss.) ora in N. Lipari e S. Patti, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Milano, 2024, 22.

espressione della dignità personale e dell'autonomia individuale, volto alla stabilità dei rapporti e alla continuità della vita comunitaria.

Un ulteriore contributo proviene dal diritto comparato. Parallelamente a quanto avvenuto in Italia con la legge n. 76 del 2016, diversi ordinamenti europei hanno introdotto discipline innovative, come la *Lebenspartnerschaftsgesetz* in Germania, poi estesa ad Austria e Svizzera, che offre un modello paradigmatico di riconoscimento delle unioni registrate. Pur non equiparandole integralmente al matrimonio (il legislatore tedesco ha consapevolmente evitato di adottare tale denominazione, nonostante la sostanziale omogeneità di molte disposizioni) queste soluzioni si collocano su un piano di tutela giuridica idoneo a valorizzare il principio di uguaglianza sostanziale e a dare attuazione al diritto all'autodeterminazione nelle relazioni affettive.

2. La disciplina costituzionale dei legami affettivi alla prova della giurisprudenza

Nell'attuale contesto di progressiva trasformazione delle unioni affettive e di ridefinizione dei modelli familiari, la Corte costituzionale ha assunto un ruolo di rilievo. In tali materie, infatti, il suo intervento non si limita al controllo di conformità delle leggi alla Costituzione, ma incontra la più complessa esigenza di colmare squilibri normativi e di garantire, al contempo, l'effettività dei diritti fondamentali radicati nella dimensione più intima e relazionale della persona, espressi nei legami affettivi e identitari che qualificano l'esperienza familiare.

In questo senso, la giurisprudenza costituzionale ha progressivamente ridefinito i parametri di riferimento in materia di relazioni affettive e filiazione.

Con la sentenza n. 138 del 2010⁷ la Corte, pur ribadendo l'impossibilità di una interpretazione dell'art. 29 Cost. che includesse anche le unioni omosessuali, ha

⁷La sentenza in esame ha suscitato, per molteplici ragioni, un'attenzione dottrinale particolarmente intensa ed è stata oggetto di valutazioni tra loro eterogenee. Le diverse letture si sono concentrate ora su singoli passaggi, ora su specifiche affermazioni, generando apprezzamenti o critiche che variano a seconda del profilo considerato. Per tutti si rinvia a R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in *Rivista AIC*, n. 3/2011, 1 e alla bibliografia ivi citata e F. DAL CANTO, *Le coppie*

riconosciuto a queste ultime il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ai sensi dell'art. 2 Cost.

Nella sentenza 162 del 2014⁸, in materia di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, si è escluso che la derivazione genetica costituisca un presupposto indefettibile per il riconoscimento di una formazione familiare. Tale affermazione ha segnato un distacco dal paradigma tradizionale fondato sull'elemento biologico.

Successivamente, con la sentenza n. 272 del 2017⁹, riguardante l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità, è stato poi attribuito rilievo giuridico alla genitorialità sociale, affermando che il vincolo di cura, di responsabilità e di progetto educativo può assumere valore costitutivo dell'esperienza familiare, al pari, se non in misura maggiore, del mero legame di sangue. Si è così affermata una nozione più ampia e dinamica dell'istituto familiare, capace di includere relazioni fondate sulla effettività dei rapporti e non soltanto sulla dimensione genetica.

omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla "aspirazione" al matrimonio al "diritto" alla convivenza, in *Rivista Aic*, 2 luglio 2010.

⁸ Con note di V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Diritti Fondamentali*, n. 2/2014, 1; A. CARIOLA, *Quel che resta e quel che impedisce: la vicenda dell'assegno divorzile nel contesto delle nozioni di famiglia e convivenza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, 1; C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *www.confronticostituzionali.eu*, 2014; G. D' AMICO, *La sentenza sulla fecondazione "eterologa": il peccato di Ulisse*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2014, 663; A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in *Forum Costituzionale*, 2014; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015, 1; A. RUGGERI, *La sentenza sulla fecondazione "eterologa": la Consulta chiude al "dialogo" con la Corte EDU*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2014, 659; C. TRIPODINA, *Il 'diritto al figlio' tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2014, 2593; L. Violini, *a Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2014, 1.

⁹ S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di 'obiter dicta' da prendere sul serio)*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2018, 1; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme. Verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 1/2018; A. SCHILLACI, *La Corte costituzionale e la conservazione dello 'status filiationis' acquisito all'estero: (molte) luci e (poche) ombre, tra verità biologica e interesse del minore*, in *Diritti Comparati*, 18 gennaio 2018.

Un ulteriore consolidamento si è registrato con la sentenza n. 221 del 2019¹⁰, nella quale la Corte ha chiarito che nella Costituzione non è rinvenibile alcun divieto per le coppie omosessuali di generare o accogliere figli. La Consulta ha inoltre escluso l'esistenza di dati scientifici o empirici idonei a dimostrare un pregiudizio, sotto il profilo educativo o dello sviluppo della personalità, per i minori cresciuti in contesti omogenitoriali. Ne risulta evidente che il limite al riconoscimento giuridico non discende dal dettato costituzionale, ma dall'assenza di un intervento legislativo adeguato.

Questa carenza è stata ribadita con la sentenza n. 32 del 2021¹¹, nella quale, pur dichiarando inammissibili le questioni di legittimità degli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004 e 250 cod. civ., che non consentono al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa, praticata da una coppia dello stesso sesso l'attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale, la Corte aveva rilevato un *vulnus* di tutela rispetto alla posizione dei minori per la mancanza di una disciplina che consenta di riconoscere il rapporto di filiazione con la madre intenzionale, accanto a quello con la madre biologica. In tale passaggio emerge con chiarezza la tensione tra la forza espansiva dei principi costituzionali e la rigidità di un quadro normativo rimasto ancorato a modelli oramai superati.

La traiettoria è giunta a un punto di svolta con la recente sentenza n. 68 del 2025¹², che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8 della legge n. 40/2004, nella parte in cui non consentiva il riconoscimento dello *status filiationis* della madre intenzionale nei casi di fecondazione eterologa praticata all'estero da

¹⁰ B. LIBERALI, *La legge n. 40 del 2004 di nuovo alla Corte costituzionale: una svolta decisiva (ma forse non ancora definitiva) nella ricostruzione di un possibile "diritto a procreare"?*, in *Studium iuris*, n. 5/2020, 534; C. TRIPODINA, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è "incoercibile". La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5/ 2019, 2622.

¹¹ M. CALDIROLI, *La genitorialità intenzionale e l'interesse del minore: un vuoto di tutele intollerabile*, *Consulta online*, n. 3/2021, 1047.

¹² A. RUGGERI, *'Stop and go' della Consulta in tema di procreazione medicalmente assistita e di famiglia (noterelle a prima lettura di Corte cost. nn. 68 e 69 del 2025)*, in *Federalismi*, n. 16/2025, 213; A. SCHILLACI, *Un quadro sempre più nitido: la Corte costituzionale e l'omogenitorialità femminile*, in *Diritti Comparati*, n. 2/2025, Anticipazione.

una coppia di donne. Con questa pronuncia si è introdotto, nell'ordinamento interno, il riconoscimento della doppia maternità, pur con la significativa limitazione che la possibilità sia circoscritta ai nati da procedure realizzate fuori dai confini nazionali. Ne deriva il rischio di effetti discriminatori indiretti, in ragione della diversa capacità economica delle coppie di accedere a percorsi procreativi all'estero.

La progressione della giurisprudenza costituzionale restituisce l'immagine di un Giudice chiamato a operare ai margini del proprio spazio di legittimazione, in un equilibrio non semplice tra la tutela dei diritti fondamentali e il rispetto del ruolo del legislatore.

In questa prospettiva¹³, necessariamente solo accennata, si colloca la sentenza n. 66 del 22 aprile 2024¹⁴, con la quale la Corte costituzionale è ritornata, a distanza di un decennio dalla pronuncia n. 170 dell'11 giugno 2014¹⁵, sul tema degli effetti

¹³ Valga rammentare, come ricorda la stessa Consulta, le ulteriori sentenze nelle quali la Corte costituzionale si è fatta interprete della sensibilità sociale in tema di relazioni affettive: ha incluso il convivente di fatto nell'impresa familiare (Corte cost., n. 148/2024); in materia di adozione dei maggiorenni, la Corte è intervenuta sulla differenza di età tra adottante e adottando per adattare l'istituto a nuovi legami familiari (Corte cost. n. 5/2024); con riferimento all'adozione legittimante è intervenuta per consentire che non si recidano i legami del minore con la famiglia di origine, destinati a pregiudicare la consapevolezza delle proprie radici e l'identità personale dell'adottando (Corte cost. n. 183/2023); circa l'ordine da darsi ai cognomi dell'adottato maggiorenne, nel riconoscimento del suo pregresso vissuto e del diritto all'identità della persona (Corte cost. n. 135/2023); in materia di adozione del minore in casi particolari ha riconosciute relazioni tra adottato e parenti dell'adottante (Corte cost. n. 79/2022).

¹⁴ La sentenza è stata annotata da P. BIANCHI, *La Corte torna su matrimonio e unioni civili. Ribadisce ma non convince*, in *Blog lecostituzionaliste*, settembre 2024; P. MEZZANOTTE, *L'illegittimità costituzionale dello scioglimento automatico dell'unione civile a seguito del mutamento di sesso. Nota a Corte cost. sentenza n. 66 del 2024*, in *Osservatorio AIC*, n. 5 del 2024, p. 168 ss.; B. LIBERALI, *Sulla trasformazione del rapporto di coppia a seguito di rettificazione di sesso dieci anni dopo: la parola (ancora) alla Corte costituzionale*, in *Blog di Diritti comparati*, 8 maggio 2024; E. BILOTTI, *La Corte costituzionale e la differenza tra il matrimonio e l'unione civile: rapporti distinti che condividono la "sostanza familiare"?*, nota a Corte Cost. 24 aprile 2024, n. 66, in *Fam. e dir.*, 2025, 123; E. BELLISARIO, *Rettificazione di sesso e scioglimento imposto dell'unione civile: il rimedio della Consulta*, in *Accademia*, 2024, 491; S. SULMICELLI, *La rettificazione di attribuzione di sesso e «l'obiettivo eterogeneità» del matrimonio e delle unioni civili. La timida evoluzione di un modello (oramai) isolato*, in *DPCE online*, 18 luglio 2024.

¹⁵ Su tale decisione, si vedano i commenti di P. BIANCHI, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: divorzio imposto, incostituzionale ma non troppo*, in *Quaderni Costituzionali*, 2014, I, 669; T. AULETTA, *Mutamento di genere e disciplina del rapporto di coppia*, in *Corr. giur.*, 2014, 8-9, 1041; V. BALDINI, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente (breve note a Corte costituzionale, sent. n. 170/2014)*, in *Diritti Fondamentali*, n. 2/2014, 1; C. BATTIATO, *Transgender e*

caducatori automatici conseguenti alla sentenza di rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso.

Con tale decisione, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 26, della legge 20 maggio 2016, n. 76 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze)¹⁶ nella parte in cui stabiliva che la rettificazione anagrafica determinasse lo scioglimento automatico dell'unione civile, anche nel caso in cui le parti avessero manifestato congiuntamente la volontà di contrarre matrimonio.

La pronuncia offre, tuttavia, una soluzione non perfettamente sovrapponibile alla disciplina che regola la speculare condizione dei coniugi i quali, ai sensi dell'art. 31, comma 4 *bis*, d.lgs. n.150/2011, aggiunto dall'art. 7 d.lgs. n. 5/2017, possono manifestare, nel giudizio di rettificazione anagrafica, la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non farne cessare gli effetti civili e, quindi, di "convertire" l'unione matrimoniale in unione civile¹⁷.

scioglimento coatto del rapporto coniugale: quando i casi di scuola diventano realtà, in Osservatorio AIC, 2014; V. BARBA, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*, in Fam. e dir., 2014, 865; R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in Foro it., 2014, II, 2680; S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*, *ivi*, 2685; A. LORENZETTI - A. SCHUSTER, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l'astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela concreta del matrimonio della persona trans*, in Nuova Giur. Civ. Comm., n. 1/2014, 1139; F. BIONDI, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio imposto*, in Quaderni Costituzionali, 2014, I, p. 667; A. D'ALOIA, *Il divorzio obbligato del transessuale è incostituzionale?*, *ivi*, n. 3/2014, 149. In argomento, si veda anche F. SAITTO, *Finché "divorzio imposto" non vi separi. Famiglia, rettificazione di sesso e scioglimento ex lege del matrimonio*, in A. Schillaci, *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Roma, 2014, 170.

¹⁶ Tale norma aveva, fin dalla sua promulgazione, sollevato dubbi di costituzionalità in dottrina, evidenziati da S. TROIANO, *sub art. 1, commi 26-27*, in AA.VV., *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017 e da M. RATTI, *Commento all'art. 1, comma 26 e comma 27 della legge sulle unioni civili, Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano, 2017, 1200. Vedasi altresì C.P. GUARINI, *Vicende estintivo-costitutive di "matrimonio" e "unione civile" a seguito di rettificazione anagrafica di sesso*, in AA.VV., *Unioni civili e convivenze di fatto*, a cura di M. Gorgoni, Rimini, 2016, 136.

¹⁷ Di conseguenza, la Corte ha dichiarato anche l'illegittimità costituzionale dell'art. 70-octies, comma 5, del DPR 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127), aggiunto dall'art. 1, comma 1, lettera t), del d.lgs 5/ 2017, recante «Adeguamento delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e

Il presente contributo si propone, dunque, di ricostruire i tratti essenziali della vicenda del cosiddetto “divorzio imposto”¹⁸ e della correlata disciplina delle unioni civili, sviluppatesi nel tempo attraverso una sequenza di interventi giurisprudenziali e, in seguito, mediante un adeguamento legislativo. Si tratta di un tema circoscritto, nato in un ambito puntuale e solo apparentemente marginale, che nel corso degli anni ha assunto progressiva rilevanza sistematica, fino a offrire l’occasione per una più ampia riflessione sul diritto delle formazioni familiari e sulle modalità di riconoscimento giuridico dei legami stabili. L’evoluzione futura dipenderà dal modo in cui il legislatore, e in parte anche i giudici comuni e la stessa Corte costituzionale, vorranno recepire i mutamenti del sentire sociale; resta comunque il fatto che anche la scelta di non intervenire può costituire una modalità di esercizio della discrezionalità legislativa, che si colloca, a sua volta, nelle dinamiche complessive del sistema.

3. I prodromi: la sentenza della Corte costituzionale n. 170/2014 e il suo seguito processuale

La fattispecie da cui ha tratto spunto la sentenza del 2014 riguardava una coppia sposata di cui un coniuge aveva intrapreso un percorso di transizione e a seguito della sentenza di rettificazione dell’attribuzione di sesso si era proceduto alla corrispondente variazione nell’atto di nascita. Di conseguenza, a margine degli atti di matrimonio era stata apportata l’annotazione relativa alla “*cessazione degli effetti del vincolo del matrimonio*” come prescritto dall’art. 4, L. 164/1982.

La legge a quel tempo vigente poneva, dunque, il soggetto interessato (e di conseguenza il suo coniuge) nella condizione di dover scegliere tra due interessi costituzionalmente garantiti: il riconoscimento della propria identità sessuale o il mantenimento del rapporto coniugale, senza alcuna possibilità di preservare la

annotazioni, nonché modificazioni ed integrazioni normative per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell’articolo 1, comma 28, lettere a) e c), della legge 20 maggio 2016, n. 76».

¹⁸ Per una ricostruzione della vicenda v. S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 163.

volontà effettiva della coppia di proseguire, nonostante la transizione di uno dei due membri, il comune progetto di vita.

All'epoca della pronuncia non era ancora stata approvata la l. 76/2016 e, pertanto, nel nostro ordinamento mancava una qualsivoglia forma di tutela per le formazioni familiari omosessuali.

Si tratta di un aspetto non secondario, perché proprio l'assenza di una legge sulle unioni civili ha rappresentato e ha orientato l'argomentazione della Corte in continuità con la pronuncia 138/2010¹⁹.

La Corte, pur ritenendo fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2 e 4, l. n. 164/1982, ha escluso, quali parametri di riferimento, tanto l'art. 29 Cost. quanto la normativa convenzionale (artt. 8 e 12 CEDU).

Questo approccio argomentativo, caratterizzato, anche simbolicamente, dall'esclusione dei parametri che direttamente evocano la "famiglia" quale formazione sociale tipica, rappresenta un elemento di continuità con la giurisprudenza successiva.

L'esegesi dell'art. 29 Cost. è sostanzialmente imperniata sulla volontà storica del Costituente, la quale può evincersi non già dalla sola formulazione letterale ma anche dai lavori preparatori che offrono l'idea e la considerazione dell'istituto familiare cristallizzata all'epoca di redazione del testo costituzionale²⁰.

Al netto della problematicità di tale approccio²¹, all'interprete non residua alcuno spazio per (ri)plasmare, attualizzandola, la disposizione (di cui pure viene riconosciuta una qualche duttilità) senza scivolare in un'inammissibile interpretazione creativa. Pertanto *"la nozione di matrimonio presupposta dal costituente è quella stessa definita dal codice civile del 1942 che stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso"*²².

¹⁹ Per i commenti si rinvia alla nota 7.

²⁰ Si veda V. BALDINI, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente (brevi note a Corte costituzionale, sent. n. 170/2014)*, in *Diritti Fondamentali*, 15 settembre 2014, nonché, IBIDEM, *Riflessioni a caldo sulla sentenza n. 8097/15: il giudice della nomofilachia smentisce la Corte costituzionale in tema di matrimonio tra omosessuali?*, 27 aprile 2015.

²¹ Si rinvia alla nota 5.

²² Cons. in diritto, 5.2.

L'esclusione delle norme convenzionali, invece, si appunta, curiosamente, sull'assenza di uniformità normativa a livello europeo in tema di diritto a contrarre matrimonio. Parimenti non pertinente è sembrato alla Corte il riferimento agli artt. 3 e 24 non potendosi configurare un "diritto" della coppia non più eterosessuale a restare unita nel vincolo matrimoniale e, dunque, una conseguente violazione del diritto di difesa. L'esclusione dei menzionati parametri, dunque, impedisce la possibilità di permanenza del rapporto come "matrimonio" poiché l'avvenuta transizione pone la coppia al di fuori del paradigma eterosessuale.

Tuttavia, il venir meno dell'eterosessualità non può automaticamente comportare la trasformazione di un vincolo stabile e duraturo, per anni assistito dalla massima tutela ordinamentale, a mero *ménage* di fatto *"poiché ciò equivarrebbe a cancellare, sul piano giuridico, un pregresso vissuto, nel cui contesto quella coppia ha maturato reciproci diritti e doveri... che ... non sono per ciò solo sacrificabili"*²³.

Pertanto, nel ragionamento del giudice, l'illegittimità del "divorzio imposto" si appunta, come era già accaduto nella sentenza n. 138 del 2010, sul parametro dell'art. 2 Cost. che tutela anche l'unione omosessuale *"intesa come stabile convivenza tra due persone tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia"*.

Orbene, appurato il diritto della formazione sociale composta da due persone dello stesso di ottenere *"nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge, il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri"*, la Corte ha risolto la questione specifica sottoposta alla propria attenzione relativa al bilanciamento tra l'interesse dello Stato a non modificare i modelli familiari e la scelta della coppia di continuare il rapporto di coniugio nonostante il mutamento di sesso di uno dei due invitando il legislatore a *"introdurre una forma alternativa (e diversa dal matrimonio) che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano di assoluta indeterminatezza"*²⁴.

²³ Cons. in diritto, 5.1.

²⁴ Cons. in diritto, 5.6.

Pertanto, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 L. n. 164/1982 *"nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che comporta lo scioglimento del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, la cui disciplina rimane demandata alla discrezionalità di scelta del legislatore"*²⁵.

I giudici costituzionali hanno, dunque, optato per una sentenza additiva di principio²⁶ che, se da un lato detta, appunto, un principio generale cui il legislatore dovrà rifarsi nel riempire di contenuti la lacuna riscontrata, dall'altro non restituisce una regola immediatamente applicabile rispetto al caso da decidere, poiché una decisione manipolativa avrebbe prodotto l'esito di sostituire al divorzio *ex lege* un divorzio a domanda di parte con conseguente vulnerazione del paradigma assoluto dell'eterosessualità del matrimonio sancito dall'art. 29 Cost.²⁷.

In maniera singolare, la Corte, lungi dal limitarsi a espungere dall'ordinamento la norma impugnata, compie un'operazione più sottile: essa individua un principio costituzionale che deve orientare il legislatore, chiamato a predisporre un meccanismo normativo idoneo a consentire la trasformazione del matrimonio in una diversa forma giuridica di unione, laddove intervenga la rettificazione anagrafica del sesso di uno dei coniugi e permanga la volontà di entrambi di proseguire il legame di coppia.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ C. LAVAGNA, *Sulle sentenze additive della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, 1970, II, 1131; C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro It.*, 1970, 153; F. MODUGNO – P. CARNEVALE, *Sentenze additive, "soluzione costituzionalmente obbligata" e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del "verso" della richiesta addizione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/1990, 519; E. GROSSO, *Sentenze costituzionali di spesa "che non costino"*, Torino, 1991; A. ANZON DEMMING, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1992, II, p. 3199 ss.; G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996. Infine, proprio con precipuo riferimento alla sentenza 170/2014, A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito dell'originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170/2014)*, in *Consulta online*, 2014 (13 giugno 2014).

²⁷ Si vedano ancora V. BALDINI, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente (brevi note a Corte costituzionale, sent. n. 170/2014, cit. e R. ROMBOLI, La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice, cit.*

L'elemento peculiare risiede nel fatto che la Corte, pur riconoscendo un *vulnus* costituzionale, non giunge a censurare in sé la norma denunciata, ossia la previsione di scioglimento automatico del matrimonio conseguente alla rettifica di sesso, ma, paradossalmente, ne afferma addirittura la necessità costituzionale. Tale disciplina, infatti, viene considerata coerente con il dettato dell'art. 29 Cost., il quale ancora concepisce la famiglia come società fondata sul matrimonio tra persone di sesso diverso.

Tuttavia, pur muovendo da questo riconoscimento, la Consulta ha ritenuto che la regola della diversità di sesso tra i coniugi non potesse operare in maniera assoluta e insensibile rispetto ad altre esigenze di pari dignità costituzionale. In particolare, essa ha dovuto misurarsi con il problema di fondo: come conciliare l'interesse generale, connesso alla preservazione di un modello matrimoniale tradizionalmente inteso, con il diritto fondamentale all'autodeterminazione di genere di uno dei coniugi, che non può essere coartato o svuotato mediante l'automatica dissoluzione del vincolo coniugale. La questione, in altri termini, non riguardava solo la disciplina delle unioni civili o del matrimonio, ma toccava il cuore della dignità personale, poiché la transizione di genere non può essere condizionata da un sacrificio totale della dimensione giuridica e relazionale che aveva trovato nel matrimonio la sua espressione più compiuta.

L'incostituzionalità viene, invece, rinvenuta non nella presenza della regola, bensì nella sua incompiutezza: nella lacuna legislativa consistente nell'assenza di un meccanismo di "continuità giuridica" che consenta alla coppia di trasfondere il proprio rapporto in un istituto diverso, idoneo a garantire la tutela dei diritti e doveri reciproci.

L'asimmetria che ne deriva ha posto il giudice rimettente in una posizione particolarmente delicata e complessa. Egli si è trovato, infatti, a dover decidere se attenersi rigidamente alla disciplina positiva, dichiarando sciolto il matrimonio della persona transessuale, con ciò accogliendo la natura meramente dichiarativa della pronuncia costituzionale; ovvero se, al contrario, valorizzare il principio di fondo affermato dalla Consulta e, riconoscendo l'intollerabilità di una privazione

totale di tutela per la coppia, sospendere la piena applicazione della regola, ammettendo la prosecuzione del vincolo coniugale pur a dispetto della regola della diversità di sesso.

Come efficacemente evidenziato, la pronuncia ha determinato un *“doppio effetto paralizzante”*²⁸, non potendo il giudice *a quo* applicare la norma dichiarata incostituzionale né il principio espresso dalla Corte costituzionale, in attesa dell'intervento legislativo²⁹. Di fatto, dunque la pronuncia, astrattamente considerata, non pareva in grado di produrre alcun effetto costitutivo nel giudizio *a quo*.

Invero, nell'ottica di una *“giustizia sostanziale”*, il giudice rimettente ha reputato in via eccezionale la persistente efficacia del matrimonio della persona transessuale, optando per una lettura *“auto applicativa e non meramente dichiarativa”* della sentenza costituzionale, sul presupposto che l'incostituzionalità riguardasse non già l'automatismo nello scioglimento del matrimonio bensì l'impossibilità di conservare il *“grado di protezione costituzionale dell'unione ancorché non più matrimoniale”*, con non pochi punti di incongruenza con il giudicato costituzionale³⁰. In particolare, con la pronuncia Cass. civ., 21 aprile 2015, n. 8097³¹,

²⁸ P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014*, in www.forumcostituzionale.it.

²⁹ B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, 15 giugno 2014, in www.articolo29.it, propone una soluzione transitoria nel senso che gli artt. 2 e 4 della legge 164 del 1982 avrebbero prodotto gli effetti propri dello scioglimento solo a seguito dell'entrata in vigore di una disciplina legislativa che rendesse possibile la conversione del matrimonio in una convivenza tra persone omosessuali registrata.

³⁰ V. BALDINI, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente (brevi note a Corte costituzionale, sent. n. 170/2014)*, cit.

³¹ Tale decisione è stata pubblicata su *Corr. giur.*, 2015, 1048, con nota di S. PATTI, *Divorzio della persona transessuale e protezione dell'unione “ancorché non più matrimoniale”*; in *Giur. it.*, 2015, 1812, con nota di B. AGOSTINELLI, *Sopravvenuta identità di sesso e sopravvivenza del matrimonio (sub condicione)*; in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, 777, con nota di M. AZZALINI, *Dal “divorzio imposto” al matrimonio “risolutivamente condizionato”: le bizzarre ed inique sorti del matrimonio della persona transessuale*. Su tale pronuncia vedasi anche L. BOZZI, *Se il matrimonio è eterosessuale e il “divorzio imposto” è incostituzionale. La Cassazione alla ricerca di una (impossibile?) soluzione: il matrimonio “a tempo”*, *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, II, 520; C.P. GUARINI, *Tra “divorzio imposto” e “matrimonio a tempo”. Osservazioni a margine delle sentenze n. 170 del 2014 della Corte costituzionale e n. 8097 del 2015 della Corte di cassazione, I sezione civile*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016, 6; B. PEZZINI, *Oltre il “caso Bernaroli”: tecniche decisorie, rapporti tra principi e regole del caso e vicende del paradigma eterosessuale del matrimonio*, in *GenIus*, 1/2015, 83; P. VERONESI, *Per una discussione sulla sentenza n. 8097/2015*, *ivi*, 94; G.P. DOLSO, *Un matrimonio a tempo per il “transessuale tardivo”*:

la Suprema Corte ha ritenuto che i coniugi, pur divenuti dello stesso sesso, potessero continuare a godere dei diritti e restare gravati dagli obblighi derivanti dal vincolo matrimoniale originariamente contratto, seppur con un limite temporale: fino a quando il legislatore non avesse introdotto una disciplina idonea a consentire la continuità del rapporto attraverso un'altra forma di convivenza giuridicamente riconosciuta.

In altre parole, secondo la Corte di cassazione, l'ordinamento può senz'altro tollerare che non si conservino come matrimoniali unioni che, a seguito del mutamento di sesso di uno dei coniugi, non siano più fondate sull'indefettibile paradigma dell'eterosessualità *ex art. 29 Cost.*; ciò che invece risulta costituzionalmente intollerabile è che tali unioni omosessuali vengano private *“del nucleo di diritti fondamentali e doveri solidali propri delle relazioni affettive sulle quali si fondano le principali scelte di vita e si forma la personalità sul piano affettivo e relazionale”* e tanto, non solo alla luce dell'art. 2 Cost. ma anche dell'art. 8 CEDU, che la Cassazione in qualche modo *“recupera”* come parametro di giudizio.

Tale principio *“costituzionalmente inderogabile”* comporta, in attesa dell'intervento del legislatore, la *“rimozione degli effetti della caducazione automatica del vincolo matrimoniale sul regime giuridico di protezione dell'unione”* con conseguente conservazione dello statuto matrimoniale. Tale opzione ermeneutica, precisa la Corte, non vale a sancire l'estensione del modello coniugale *ex art. 29 Cost.* alle coppie omosessuali, trattandosi piuttosto di una conservazione dello statuto dei diritti e dei doveri discendenti dal matrimonio, risolutivamente condizionata all'entrata in vigore di una legge a tutela delle unioni omosessuali³².

considerazioni sul *“seguito”* della sentenza 170 del 2014 della Corte costituzionale, ivi 96; G. PARODI, *Interessi non bilanciabili e decisioni d'incostituzionalità meramente dichiarative. Il séguito nel giudizio a quo della sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale*, ivi, 109; R. ROMBOLI, *La Corte (di cassazione) dei miracoli: una norma dichiarata incostituzionale che può risuscitare a seguito dell'auspicato intervento del legislatore*, ivi, 120; A. RUGGERI, *Il “controcanto” stonato della Cassazione alla Consulta, a riguardo del matrimonio del transessuale*, ivi, 126; C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell'additiva di principio sul “divorzio imposto”*, in *Forum quad. cost.*, 18 settembre 2015.

³² Rievocando la soluzione preconizzata dalla Prof.ssa B. Pezzini. Si vedano gli scritti citati alla nota 29.

4. Rettificazione di sesso e continuità del vincolo a seguito della legge sulle unioni civili

Come anticipato, il quadro normativo vigente al momento della sentenza n. 170 del 2014, privo di una regolamentazione sulle unioni civili, costringeva il soggetto interessato, e con lui il *partner*, a una scelta radicale: tutelare il riconoscimento della propria identità sessuale oppure conservare la dimensione giuridica del rapporto di coppia, senza possibilità di continuità. Una simile alternativa si poneva in evidente tensione con i principi costituzionali, poiché implicava il totale sacrificio di uno dei beni giuridici coinvolti.

È in questo contesto che il legislatore, con la legge n. 76 del 2016, è intervenuto introducendo l'istituto dell'unione civile e prevedendo che, in caso di rettificazione anagrafica di sesso di uno dei coniugi, fosse assicurata la continuità giuridica del rapporto mediante la sua traslazione dal paradigma matrimoniale a quello dell'unione formalizzata tra persone dello stesso sesso.

Questa soluzione normativa non rappresenta soltanto un adempimento reso necessario dalle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale, ma costituisce anche un passaggio rilevante nello sviluppo del sistema delle fonti, in cui il legislatore nazionale ha mostrato attenzione al confronto con la Corte costituzionale e con le corti sovranazionali³³.

³³ Su tutti Corte EDU *Fedotova e altri c. Russia* del 21 luglio 2021 (con commento di N. PALAZZO, *Un diritto alle unioni registrate per coppie dello stesso sesso? Analisi di una recente sentenza della Corte EDU*, in *DPCE Online*, vol. 55, 2023, 2347); Corte EDU, 21 luglio 2015, *Oliari e altri c. Italia*, ricc. n. 18766/11 e n. 36030/11 (sulla quale vedasi L. PALADINI, *Corte europea dei diritti dell'uomo (Quarta Sezione), sentenza del 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia. L'inerzia del Parlamento italiano in tema di unioni civili al cospetto della Corte di Strasburgo*, in *DPCE Online*, vol. 23, 2015, 343); Corte EDU, *Hämäläinen c. Finlandia*, 16 luglio 2014 (sulla quale si veda il commento di P. DUNNE, *Marriage dissolution as a pre-requisite for legal gender recognition*, in 73 *The Cambridge Law Journal* 506 (2014)). Più di recente la Corte di Strasburgo nella pronuncia 22 novembre 2022, D.B. e altri c. Svizzera, ha affermato che: "La Cour rappelle d'emblée que l'intérêt supérieur de l'enfant comprend inter alia l'identification en droit des personnes qui ont la responsabilité de l'élever, de satisfaire à ses besoins et d'assurer son bien-être, ainsi que la possibilité de vivre et d'évoluer dans un milieu stable (...). Pour cette raison, le droit au respect de la vie privée de l'enfant requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre l'enfant et le parent d'intention (...). Dès lors, la marge d'appréciation des États est limitée s'agissant du principe même de l'établissement ou de la reconnaissance de la filiation (...). La Cour estime également que l'intérêt de l'enfant ne peut pas dépendre de la seule orientation sexuelle des parents".

Il legislatore ha infatti predisposto una disciplina articolata in più disposizioni coordinate.

In primo luogo, è stato previsto che, nel corso del procedimento volto alla rettificazione di attribuzione di sesso, i coniugi possano, mediante dichiarazione congiunta resa personalmente in udienza, manifestare la volontà, nell'ipotesi di accoglimento della domanda, di trasformare il vincolo matrimoniale in un'unione civile, potendo contestualmente effettuare le dichiarazioni accessorie relative al cognome ed al regime patrimoniale (art. 31, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 150/2011, come introdotto dall'art. 7, d.lgs. n. 5/2017).

Inoltre, si chiarisce che, qualora tale volontà sia stata espressa nel corso del giudizio, il tribunale, con la sentenza di rettificazione, deve ordinare all'ufficiale dello stato civile³⁴ del comune di celebrazione del matrimonio, ovvero di trascrizione se il matrimonio è stato contratto all'estero, di procedere all'iscrizione dell'unione civile nel registro apposito, nonché di annotare le eventuali dichiarazioni relative al cognome ed al regime patrimoniale (ancora art. 31, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 150/2011, come introdotto dall'art. 7, d.lgs. n. 5/2017).

Infine, il legislatore ha completato l'impianto normativo disponendo che, a seguito della comunicazione della sentenza di rettificazione, l'ufficiale dello stato civile proceda all'iscrizione dell'unione civile nel registro dedicato, provvedendo altresì alle annotazioni accessorie (art. 70-*octies*, comma 5, d.P.R. n. 396/2000, aggiunto dall'art. 1, comma 1, lett. t, d.lgs. n. 5/2017).

Questa sequenza normativa evidenzia l'intento di predisporre un complesso regolatorio organico, nel quale la rettificazione anagrafica di sesso non determini più, come accadeva in passato, la dissoluzione automatica e irreversibile del vincolo matrimoniale, ma ne consenta la conversione in una diversa forma giuridica, idonea ad assicurare la continuità del rapporto di coppia. Si configura così un meccanismo di "continuità funzionale" del legame, che, pur passando da un istituto all'altro, mantiene la dimensione relazionale e solidaristica ritenuta

³⁴ Sul ruolo dell'ufficiale di stato civile nella fattispecie, vedasi R. CALVIGIONI, *La rettificazione di sesso nell'unione civile*, in *Fam. dir.*, 2021, 871.

meritevole di tutela tanto dalla Costituzione quanto dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tale risultato è reso possibile da un procedimento semplificato che, a seguito della rettificazione, permette agli stessi soggetti già coniugati di costituire un'unione civile.

Diversamente, la disciplina applicabile all'ipotesi in cui la rettificazione anagrafica sia chiesta da uno dei componenti di un'unione civile appare meno coerente e lascia emergere profili problematici. In questo caso, infatti, a differenza di quanto previsto per la trasformazione del matrimonio in unione civile, il legislatore non ha introdotto un procedimento che consenta ai partner, ove lo intendano, di convertire automaticamente la loro unione in matrimonio. La legge n. 76 del 2016 si limita a stabilire che *"la rettificazione di attribuzione di sesso determina lo scioglimento dell'unione civile tra persone dello stesso sesso"* (art. 1, comma 26), senza contemplare ipotesi di prosecuzione del vincolo in diversa forma. Neppure il d.lgs. n. 5 del 2017 ha provveduto a colmare tale lacuna, lasciando ferma una disciplina che incide in maniera significativa sulla sfera esistenziale dei soggetti interessati. La conseguenza è che, una volta pronunciato lo scioglimento dell'unione civile, da ritenersi automatico con il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione, i partner non dispongono di alcun meccanismo volto a garantire la continuità istituzionale del legame. L'unica via praticabile resta quella della costituzione *ex novo* di un rapporto coniugale nelle forme previste dal Codice civile, mediante la celebrazione del matrimonio. In tal modo, tuttavia, il passaggio da un istituto all'altro non si configura come una trasformazione regolata dall'ordinamento, ma come un'interruzione seguita da un'eventuale ricostituzione, priva di tutela per l'intervallo temporale che intercorre tra lo scioglimento dell'unione e la celebrazione del matrimonio³⁵.

È proprio in questo intervallo temporale che si manifesta con particolare evidenza una criticità. Qualora, infatti, uno dei *partner* muoia dopo lo scioglimento

³⁵ Si veda in proposito F. AZZARRI, *Il termine finale di efficacia dell'unione civile tra persone non più dello stesso sesso, "o sia L'inutile precauzione"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, I, 1114; ID., voce *"Unioni civili (diritto civile)"*, in *Enc. dir. I Tematici*, IV, *Famiglia*, diretto da F. Macario, Milano, 2022, 1348.

dell'unione civile ma prima della celebrazione del matrimonio, l'altro risulta definitivamente privato dei diritti successori e previdenziali che, fino al momento della rettificazione, gli spettavano *ex lege* (art. 1, commi 17 e 21, l. n. 76/2016). Analoga vulnerabilità si determinerebbe, tuttavia, anche qualora sopravvenissero altre evenienze, come una malattia grave o circostanze idonee a incidere sul piano patrimoniale o personale, che rendano particolarmente rilevante la continuità della protezione giuridica. Il quadro che ne emerge evidenzia un profilo di irragionevolezza perchè mentre ai coniugi eterosessuali è garantita, in caso di rettificazione anagrafica, la prosecuzione del rapporto in forma diversa (unione civile), tale garanzia non è riconosciuta alle coppie unite civilmente. Si determina così un trattamento deteriore che incide sulla piena esplicazione della personalità individuale e, in particolare, sull'effettivo esercizio del diritto all'identità di genere³⁶.

Di fronte a tale vuoto di tutela, la giurisprudenza di merito ha cercato, con esiti non sempre convergenti, di attenuare la rigidità della disciplina vigente. In alcune pronunce si è fatto ricorso a un'interpretazione analogica, costituzionalmente orientata, dell'art. 70-*octies*, comma 5, d.P.R. n. 396/2000, al fine di consentire la conversione dell'unione civile in matrimonio a seguito della rettificazione di sesso di una delle parti³⁷. In un'altra fattispecie, segnata dal mutamento di sesso, avvenuto in tempi diversi, di entrambi i coniugi, il tribunale ha disposto che l'ufficiale di stato civile sospendesse ogni annotazione relativa al matrimonio fino al passaggio in giudicato di entrambe le sentenze di rettificazione³⁸. La soluzione, certamente peculiare, mirava a preservare la validità del vincolo coniugale, consentendo di ripristinare formalmente il requisito della diversità di sesso solo una volta definitive entrambe le decisioni, così da procedere allora alla rettifica dell'atto matrimoniale. Si tratta di un espediente che rivela, tuttavia, la difficoltà

³⁶ Si vedano in proposito le riflessioni di B. LIBERALI, *Alla ricerca del fondamento costituzionale dell'identità di genere: il transessualismo e il non binarismo fra diritto alla salute, dignità umana e identità personale*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2024, 1.

³⁷ Trib. Brescia, 17 ottobre 2019, commentata da R. CALVIGIONI, *La rettificazione di sesso nell'unione civile*, cit.

³⁸ Trib. Grosseto, 3 ottobre 2019.

per il giudice di fronteggiare la materia in assenza di una normativa compiuta, costringendolo a soluzioni di carattere creativo e non prive di profili problematici sul piano della coerenza sistematica. Non è mancato, infine, un precedente in cui la questione di legittimità costituzionale della disciplina dello scioglimento imposto dell'unione civile sia stata direttamente sollevata³⁹. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 269 del 2022, ne ha tuttavia dichiarato l'inammissibilità per difetto del requisito della rilevanza, osservando che il giudice a quo non aveva fornito elementi idonei a dimostrare la concreta incidenza della norma nel giudizio e, conseguentemente, la fondatezza della domanda attorea⁴⁰.

5. La sentenza n. 66/2024. Continuità del vincolo nella persistenza della differenziazione tra matrimonio e unione civile

Con la sentenza n. 66 del 22 aprile 2024⁴¹, la Corte costituzionale ha scrutinato la disciplina introdotta dal legislatore del 2016, dichiarandone l'illegittimità costituzionale. La decisione non ha, però, fatto leva su un vizio di irragionevolezza derivante dalla disparità di trattamento fra matrimonio e unione civile. Il Giudice delle leggi ha, infatti, escluso che le due figure possano essere poste su un piano di necessaria equivalenza, rilevando come il vincolo matrimoniale rappresenti un istituto distinto e non immediatamente assimilabile all'unione civile. Da ciò la conseguenza che non vi è alcun obbligo costituzionale di assicurare un trattamento identico nei confronti dei due istituti.

Nondimeno, la Corte ha osservato come il legislatore, nell'adottare la legge n. 76 del 2016, abbia intenzionalmente modellato l'unione civile sulle coordinate del matrimonio, recependone numerosi profili disciplinari. In tale scelta la Consulta ha ravvisato una significativa operazione di "mimesi normativa", testimoniata, tra l'altro, dalla previsione di cause impeditive alla costituzione del vincolo, dall'attribuzione di obblighi reciproci di assistenza morale e materiale, di

³⁹ Trib. Lucca, 14 gennaio 2022, n. 31 pubblicata in G.U. del 6 aprile 2022, n. 14.

⁴⁰ Si veda, in proposito, G.U. RESCIGNO, *Sul passaggio da matrimonio a unione civile e da unione civile a matrimonio a causa del mutamento di sesso*, in *Giur. cost.*, n. 6/2022, 2968.

⁴¹ In argomento, B. LIBERALI, *Sulla trasformazione del rapporto di coppia a seguito di rettificazione di sesso dieci anni dopo: la parola (ancora) alla Corte costituzionale*, cit..

coabitazione e di contribuzione ai bisogni comuni, dall'introduzione di un regime patrimoniale legale, dal riconoscimento di diritti successori e dalla spettanza delle indennità di lavoro al *partner* superstite. Particolare rilievo assume, inoltre, la cosiddetta "clausola di equivalenza", la quale dispone che alle parti dell'unione civile si applichino, salvo le norme del Codice civile non espressamente richiamate e la disciplina in materia di adozione dei minori, le disposizioni previste per i coniugi.

Al di là di tali convergenze, la Corte ha tuttavia ribadito la "differente copertura costituzionale" dei due istituti⁴². Il matrimonio trova infatti un radicamento espresso nell'art. 29 Cost., che ne riconosce il ruolo fondativo della famiglia; l'unione civile, per contro, è stata collocata nell'ambito dell'art. 2 Cost.⁴³, quale specifica formazione sociale ove si svolge la personalità dell'individuo. Su questa distinta matrice assiologica la Corte ha innestato la propria argomentazione, richiamando anche la persistenza di differenze normative: dall'assenza di pubblicazioni, e dunque della possibilità di opposizione preventiva, alla necessaria maggiore età per la costituzione dell'unione, fino alla disciplina dello scioglimento, caratterizzata da maggiore snellezza procedurale, mancanza di una fase intermedia di separazione personale e più rapida produzione di effetti⁴⁴.

Alla luce di tali elementi, la Corte ha affermato che, pur producendo l'unione civile effetti in parte analoghi a quelli del matrimonio, essi non risultano perfettamente coincidenti né di pari estensione, rendendo le due fattispecie obiettivamente eterogenee. In questa prospettiva, la Consulta ha escluso che sia irragionevole la scelta legislativa di consentire la trasformazione "in continuità" del matrimonio in unione civile in caso di rettificazione di sesso di uno dei coniugi, negando, per converso, la possibilità di una simile opzione per le unioni civili. La

⁴² *Consi. in diritto*, n. 3.1.1. Coerentemente, anche nella più recente pronuncia n. 148 del 25 luglio 2024 la Consulta ha nuovamente affermato che "il matrimonio, inteso quale unione tra persone di sesso diverso, è riconducibile all'art. 29 Cost. (sentenze n. 66 del 2024, n. 170 del 2014 e n. 138 del 2010); invece, le convivenze di fatto, al pari delle unioni civili, appartengono alle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., all'interno delle quali l'individuo afferma e sviluppa la propria personalità (sentenze n. 269 del 2022, n. 170 del 2014 e n. 138 del 2010)".

⁴³ Collocandosi nel solco dei precedenti.

⁴⁴ *Cons. in diritto*, n. 3.1.3.

celebrazione del matrimonio richiede, infatti, una rinnovata manifestazione della volontà coniugale attraverso lo scambio solenne delle promesse dinanzi all'ufficiale di stato civile, ciò che ne giustifica la non equiparabilità rispetto alla diversa fattispecie.

L'incoerenza dell'impianto normativo è stata piuttosto ricondotta alla mancata tutela sostanziale dei diritti inviolabili garantiti dall'art. 2 Cost. Lo scioglimento automatico dell'unione civile in caso di rettificazione di sesso determina, infatti, l'estinzione immediata di un rapporto giuridicamente riconosciuto, senza che l'ordinamento predisponga strumenti idonei a garantirne la continuità⁴⁵. In questa prospettiva, il Giudice ha posto in rilievo la condizione particolarmente gravosa in cui si trova il soggetto chiamato a scegliere tra la piena realizzazione della propria identità di genere, con la conseguente perdita delle tutele giuridiche connesse al pregresso *status*, e la conservazione di quelle garanzie, a prezzo però della rinuncia all'affermazione della propria identità. Un simile bivio determina una compressione sproporzionata della dignità della persona, traducendosi in una limitazione non giustificabile della libertà di autodeterminazione.

La tutela dei diritti inviolabili esige che entrambe le istanze ricevano adeguata protezione, senza che l'una debba essere sacrificata all'altra. Da ciò discende la necessità che l'ordinamento predisponga strumenti idonei a scongiurare soluzioni di continuità nella protezione dei legami giuridici di coppia, colmando la lacuna determinata dall'inerzia legislativa e assicurando una transizione capace di salvaguardare, insieme, il diritto all'identità e quello alla conservazione del pregresso *status* relazionale.

Dinanzi all'accertamento di una lesione grave e attuale di un diritto fondamentale, la Corte costituzionale non ha ritenuto di percorrere la via, ormai consolidata, dell'"inammissibilità accompagnata da monito", formula prudenziale spesso impiegata per sollecitare l'intervento del legislatore senza incidere direttamente su ambiti ritenuti di riserva politica. Né ha scelto di replicare la soluzione già sperimentata nel 2014, allorché, di fronte all'impossibilità di una

⁴⁵ Cons. in diritto, n. 4.

pronuncia manipolativa pienamente soddisfattiva, aveva fatto ricorso alla tecnica della decisione additiva di principio, riconoscendo la fondatezza della questione ma demandando al legislatore il compito di tradurre in norme la regola affermata in via generale. In questa occasione la Corte ha optato per una soluzione manipolativa di carattere “operativo”, volta a colmare la lacuna di tutela con effetti immediati nei rapporti giuridici. Non si è trattato della creazione di un istituto del tutto nuovo, ma dell’individuazione di una delle soluzioni ritenute “adeguate”, ossia idonee a inserirsi nell’ordinamento in modo coerente con la logica perseguita dal legislatore. La scelta si distingue dalla tecnica dell’additiva di principio, che si limita ad affermare la regola costituzionale rinviando al legislatore il compito di tradurla in disciplina positiva. Nel caso di specie, invece, la Consulta ha individuato essa stessa la modalità applicativa, garantendo l’effettività immediata della protezione costituzionale⁴⁶.

La soluzione si è tradotta nell’introduzione di un termine di sospensione automatica dello scioglimento dell’unione civile in caso di rettificazione di sesso di uno dei *partner*. In tal modo, il vincolo è destinato a sopravvivere, in via eccezionale e per un tempo rigidamente circoscritto, anche dopo l’avvenuta rettificazione anagrafica. Per un arco temporale massimo di centottanta giorni, decorrenti dal passaggio in giudicato della relativa sentenza, il rapporto giuridico continua dunque a produrre effetti, pur essendo divenuto formalmente incompatibile con il

⁴⁶ In molte sentenze della Corte costituzionale (n. 138 e n. 46 del 2024, n. 95 e n. 28 del 2022, n. 233 e n. 222 del 2018 la Consulta afferma che «una volta accertato un *vulnus* a un principio o a un diritto riconosciuti dalla Costituzione, non può essere di ostacolo all’esame nel merito della questione l’assenza di un’unica soluzione a “rime obbligate” per ricondurre l’ordinamento al rispetto della Costituzione, ancorché si versi in materie riservate alla discrezionalità del legislatore - qual è, tipicamente, quella della determinazione della risposta sanzionatoria a ciascun illecito penale -, risultando a tal fine sufficiente la presenza nell’ordinamento di una o più soluzioni “costituzionalmente adeguate”, tratte da discipline già esistenti, che si inseriscano nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore: soluzioni che consentono a questa Corte di porre rimedio nell’immediato al *vulnus* riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela degli interessi tutelati dalla norma incriminatrice incisa, ferma restando la possibilità per il legislatore di individuare, nell’esercizio della propria discrezionalità, una diversa soluzione nel rispetto dei principi costituzionali». In proposito, si veda, tra gli altri, D. MARTIRE, *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate. Il fine giustifica i mezzi. Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 6/2020, 1.

paradigma normativo che sorregge l'unione civile. La misura, lungi dal configurare un nuovo modello relazionale, risponde all'esigenza di preservare la continuità delle situazioni giuridiche già maturate e di consentire ai *partner*, ormai di sesso diverso, di contrarre matrimonio entro il termine prefissato, così che il vincolo coniugale subentri senza soluzione di continuità a quello civile. Per dare attuazione a tale soluzione, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 26, della legge n. 76 del 2016, nella parte in cui prevedeva lo scioglimento automatico dell'unione civile a seguito della rettificazione anagrafica del sesso, senza contemplare la possibilità che il giudice, su istanza congiunta delle parti, disponesse la sospensione degli effetti dissolutori fino alla celebrazione del matrimonio, e comunque per un periodo non superiore a centottanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione. Un analogo intervento è stato compiuto nei confronti dell'art. 70-*octies*, comma 5, d.P.R. n. 396/2000, relativo alle annotazioni dello stato civile: anche tale disposizione è stata dichiarata incostituzionale nella parte in cui non prevedeva l'obbligo di registrare la sospensione del vincolo disposta dal giudice, così da assicurarne l'opponibilità ai terzi e la piena efficacia sino alla celebrazione del matrimonio. Diversa è invece la valutazione compiuta sull'art. 31, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 150/2011, relativo alla rettificazione anagrafica del sesso. Tale norma è stata ritenuta conforme a Costituzione, nella parte in cui attribuisce al Tribunale il potere di ordinare, con la sentenza di accoglimento della domanda di rettificazione, l'iscrizione dell'unione civile qualora le parti abbiano manifestato la volontà di costituirla. In questo caso, la Consulta non ha ravvisato una lacuna lesiva, ma piuttosto una coerente proiezione della tutela della libertà personale, in quanto la disposizione consente la ricostituzione di un vincolo giuridico secondo forme corrispondenti all'identità di genere riconosciuta al soggetto.

6. Alcuni profili problematici della costruzione argomentativa operata dalla Corte

Il carattere qualificante della pronuncia non si esaurisce in un atto di stimolo al legislatore, ma si colloca nella scelta di adottare una decisione immediatamente efficace sul piano sistemico. Con tale opzione, la Corte ha inteso ribadire la centralità dei principi di effettività della tutela dei diritti fondamentali⁴⁷ e di continuità della protezione giuridica, sconsigliando che il soggetto, nel passaggio dall'unione civile al matrimonio, restasse privo di riferimenti normativi e dunque esposto a un *deficit* di garanzia costituzionale.

Elemento essenziale dell'argomentazione è rappresentato dal limite temporale dei centottanta giorni entro cui deve essere celebrato il matrimonio; un termine che evita che la sospensione si traduca in una forma atipica di convivenza giuridicamente riconosciuta tra persone di sesso diverso al di fuori del modello matrimoniale. In mancanza della celebrazione entro il termine prescritto, o qualora essa intervenga tardivamente, l'unione civile deve intendersi sciolta *ex tunc*, ossia dal momento in cui la rettificazione di sesso è divenuta definitiva.

La logica della descritta soluzione si lascia, allora, cogliere con immediatezza. La sopravvivenza temporanea dell'unione civile non costituisce riconoscimento di una fattispecie autonoma, ma strumento funzionale a consentire il passaggio regolato del vincolo alla forma matrimoniale⁴⁸. Non si tratta, pertanto, di un ampliamento strutturale dell'istituto dell'unione civile, né di una sua trasformazione in una nuova tipologia relazionale, ma di una misura eccezionale, circoscritta e condizionata, concepita come un "ponte giuridico" capace di evitare che la rettificazione di sesso di una delle parti determini un'interruzione improvvisa del rapporto tutelato dall'ordinamento.

In altri termini, la temporanea tolleranza di un'unione civile "eterosessualizzata" *ex post* non esprime l'intento di legittimare ulteriori modelli di legami eterosessuali alternativi al matrimonio, ma risponde all'esigenza di

⁴⁷ Sul principio di effettività in termini generali vedansi E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2018, 19 e 211; ID., voce "Diritti inviolabili e responsabilità civile", in *Enc. Dir.*, Ann. VII, Milano, 2014, 375.

⁴⁸ Sull'atipicità di un'unione civile tra persone di sesso diverso si veda B. LIBERALI, *Sulla trasformazione del rapporto di coppia a seguito di rettificazione di sesso dieci anni dopo: la parola (ancora) alla Corte costituzionale*, cit.

scongiurare un vuoto di protezione. Infatti, senza tale meccanismo, il soggetto che abbia intrapreso il percorso della rettificazione di sesso si troverebbe privato delle garanzie connesse al pregresso status e, con esse, della continuità dei diritti e dei doveri reciproci. La Corte ha dunque inteso assicurare che, nel passaggio dall'unione civile al matrimonio, non si determini una soluzione di continuità idonea a compromettere le esigenze di stabilità, certezza e sicurezza giuridica che devono accompagnare la dimensione affettiva e solidaristica delle formazioni sociali riconosciute.

La protrazione eccezionale del vincolo trova giustificazione unicamente nella sua funzione strumentale a consentire il passaggio verso il matrimonio e, soprattutto, nella sua collocazione entro un arco temporale rigidamente delimitato, strettamente funzionale ad assicurare la continuità della protezione costituzionale dei rapporti di coppia. In questa prospettiva, la Corte ha escluso che potesse configurarsi una trasformazione automatica e diretta dell'unione civile in matrimonio, mediante una disciplina semplificata analoga a quella che, al contrario, consente il passaggio dal matrimonio all'unione civile.

Alla base di tale asimmetria è sottesa una persistente differenza tra i due istituti, differenza che la Corte ha inteso preservare per evitare che la propria opera ermeneutica fosse percepita come veicolo di un'equiparazione integrale.

Si tratta di un'impostazione che, tuttavia, non è immune da rilievi. Se ci si limita a considerare la disciplina della coppia, lasciando sullo sfondo i profili più complessi legati alla filiazione e all'adozione, la distanza tra matrimonio e unione civile risulta oggi ridotta e le differenze si collocano prevalentemente su un piano formale, senza incidere sulla comune natura di istituti fondati sulla comunione di vita, sull'affettività e sulla libera assunzione di responsabilità reciproche.

Sono queste, del resto, le differenze che la stessa Corte ha ritenuto dirimenti per escludere la piena sovrapponibilità dei due modelli. Nell'unione civile, infatti, non è previsto un obbligo di fedeltà né viene esplicitato un dovere di collaborazione nell'interesse della famiglia, obblighi che rimarrebbero propri del matrimonio. Inoltre, lo scioglimento dell'unione civile può avvenire attraverso una semplice

dichiarazione unilaterale di volontà, senza la necessità di presupposti oggettivi. Tali elementi distintivi, tuttavia, se analizzati in prospettiva sistematica, rivelano una portata più limitata di quanto appaia. La maggiore semplicità nello scioglimento trova infatti la sua ragione nella mancata considerazione (nell'elaborazione della normativa) della presenza di figli, circostanza nella quale anche il matrimonio, dopo le recenti riforme, conosce oggi forme di cessazione del vincolo accelerate e semplificate, attraverso l'istituto del cosiddetto "divorzio breve"⁴⁹.

Invero, a seguito della recente riforma del processo di famiglia, è oggi possibile giungere allo scioglimento del matrimonio in tempi assai ridotti, grazie alla conversione automatica della separazione in divorzio, resa possibile dal cumulo delle due domande in un unico procedimento, previsto dall'art. 473-bis.49 c.p.c.⁵⁰.

A completamento di tale quadro, la Corte ha richiamato ulteriori differenze, di rilievo secondario sul piano sistematico, quali l'assenza di formalità preliminari per la costituzione dell'unione civile, la mancanza di un meccanismo di opposizione

⁴⁹ Nell'ultimo decennio, si è assistito all'introduzione ad opera del d.l. n. 132/2014, convertito nella legge n. 162/2014, della negoziazione assistita in materia matrimoniale e della possibilità della separazione e del divorzio avanti l'ufficiale dello stato civile, quindi alla riduzione, con la legge n. 55/2015, dei termini per la proponibilità della domanda di divorzio da tre anni a sei o dodici mesi, a seconda che la separazione sia consensuale ovvero giudiziale, infine, all'ammissione in via pretoria, nell'ambito del procedimento di cui all'art. 473-bis.51 c.p.c., della domanda congiunta e cumulata di separazione e di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, come affermato da Cass., 16 ottobre 2023, n. 28727, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2024, p. 200, con nota di A. MORACE PINELLI, *La Corte di cassazione apre al riconoscimento degli accordi della crisi coniugale, intesa quale fenomeno unitario che abbraccia separazione e divorzio* e in *Fam. e dir.*, 2024, p. 13, con nota di F. DANOVI, *La Cassazione conferma l'ammissibilità del cumulo di separazione e divorzio su domanda congiunta*. Come osserva lo stesso F. DANOVI, *Un processo unitario per la giustizia familiare e minorile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023, p. 479, in "questa prospettiva di celerità ed efficienza la logica perseguita dalla riforma è quella di eliminare ogni fase o incombente processuale che possa rallentare l'esito del giudizio".

⁵⁰ La possibilità di instaurare contemporaneamente procedimenti di separazione e di divorzio nonché di disporre la riunione, qualora siano già contemporaneamente pendenti tra le stesse parti dinanzi alla medesima autorità giudiziaria (art. 473-bis.49 c.p.c.), si prefigge l'obiettivo di «dimezzare i procedimenti in materia, con considerevole risparmio di energie processuali e certa riduzione dei tempi per la definizione dell'intero procedimento divorzile (potendo essere emessa all'esito dell'unico procedimento sentenza di divorzio)» (così la Relazione della Commissione Luiso, 24.5.2021, V, 5, disponibile al sito internet www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUIISO_relazione_finale_24mag21.pdf). In senso critico, si vedano M. PALADINI, *Cumulo di domande di separazione e divorzio*, in *La nuova giustizia familiare e minorile*, a cura di M. Bianca – F. Danovi, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 1197.

preventiva e la circostanza che l'unione civile possa essere contratta solo da soggetti maggiorenni, mentre, per effetto di un retaggio storico, il minore ultrasedicenne può essere autorizzato a contrarre matrimonio. Anche questi scostamenti, tuttavia, non incidono sulla struttura sostanziale dei due istituti e non appaiono sufficienti a giustificare una disciplina difforme nell'ipotesi di cambiamento di sesso, soprattutto se valutati alla luce dei principi di eguaglianza e ragionevolezza costituzionalmente rilevanti.

Neppure appare dirimente l'argomento tradizionalmente richiamato, secondo cui il matrimonio sarebbe stato concepito dal legislatore come istituto funzionalmente orientato alla procreazione e alla formazione di un nucleo comprendente figli, mentre l'unione civile costituirebbe soltanto una formazione sociale fondata sulla solidarietà e sull'eguaglianza tra *partner*. Una simile impostazione risulta oggi riduttiva, sia perché non considera l'ampiezza delle elaborazioni giurisprudenziali maturate nel tempo, sia perché trascura la progressiva ridefinizione del concetto stesso di famiglia operata alla luce dei parametri sovranazionali⁵¹.

Invero, la Corte di cassazione ha esteso in modo consolidato la portata dell'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983, in materia di adozione in casi particolari, anche alle coppie omosessuali, superando la tradizionale impostazione che circoscriveva l'idoneità genitoriale al solo modello eterosessuale⁵². Principi di

⁵¹ Si rinvia alle brevi considerazioni introduttive e alla letteratura ivi citata.

⁵² Si veda, su tutti, Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Fam. e dir.*, 2023, 408, con *Nota introduttiva* di M. SESTA, 427, e commenti di G. RECINTO, *Le "istruzioni" per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità*, 430; M. DOGLIOTTI, *Maternità surrogata e riforma dell'adozione piena. Dove va la Cassazione? E che farà la Corte Costituzionale? Commento a Cass., SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162 e a Cass. 5 gennaio 2023, n. 230, 437*; A. SPADAFORA, *Irriducibilità del totalitarismo "minoricentrico"?*, 456. In tale rilevante sentenza si legge che: "L'orientamento sessuale della coppia non incide sull'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale (Cass., Sez. I, 2 giugno 2016, n. 12962; Corte cost., sentenza n. 230 del 2020). La giurisprudenza ha in più occasioni chiaramente respinto la tesi che l'omosessualità sia una condizione in sé ostativa all'assunzione e allo svolgimento dei compiti genitoriali. Lo ha fatto, in particolare, negando che l'orientamento sessuale abbia una qualche incidenza sulle decisioni in merito all'affidamento dei figli (Cass., Sez. I, 11 gennaio 2013, n. 601) o sulla valutazione dell'idoneità affettiva e della capacità educativa di chi abbia presentato domanda di adozione del figlio del proprio o della propria partner (Cass., Sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962, cit.), nonché nel confutare che contrasti con l'ordine pubblico internazionale un provvedimento giurisdizionale straniero che dichiari l'adozione piena di un minore da parte di una coppia formata da due uomini (Cass.,

ancor maggiore rilievo sono stati affermati dalla Corte costituzionale. Con la sentenza n. 33 del 2021, la Consulta ha evidenziato che, nelle relazioni filiali sviluppatesi all'interno di una coppia omoaffettiva, i legami instaurati tra il minore e i genitori sociali costituiscono componenti essenziali dell'identità del bambino, inscindibilmente connessa al contesto affettivo in cui egli cresce. La Corte ha così riconosciuto dignità giuridica alla comunità affettiva in quanto tale, indipendentemente dal sesso dei *partner* che la compongono, chiarendo che l'orientamento sessuale non è di per sé rilevante ai fini della capacità di assumere responsabilità genitoriali.

Tale principio è stato ribadito in successive decisioni, fino alla recentissima e già richiamata sentenza n. 68 del 2025, la quale ha affermato che “[l]’orientamento sessuale, infatti, «non evoca scenari di contrasto con principi e valori costituzionali» (sentenza n. 32 del 2021), né «incide di per sé sull’idoneità all’assunzione di responsabilità genitoriale» (sentenza n. 33 del 2021). Un’inidoneità genitoriale, in sé, della coppia omosessuale è stata costantemente esclusa da questa Corte che, in linea anche con la giurisprudenza di legittimità in materia di accesso alla PMA (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 22 giugno 2016, n. 12962), ha già avuto occasione di affermare che «non esistono neppure certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l’inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore» (sentenze n. 32 del 2021 e n. 221 del 2019; nello stesso senso, sentenze n. 79 del 2022 e n. 230 del 2020)”.

Sez. Un., 31 marzo 2021, n. 9006, cit.). Lo ha ribadito ammettendo il riconoscimento e la trascrizione, nel registro dello stato civile in Italia, di un atto straniero, validamente formato, nel quale risulti la nascita di un figlio da due donne a seguito di procedura assimilabile alla fecondazione eterologa, per aver la prima donato l'ovulo e la seconda condotto a termine la gravidanza con utilizzo di un gamete maschile di un terzo ignoto (Cass., Sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599). Più nello specifico, estendendo in via ermeneutica la nozione di impossibilità, di cui all'art. 44, primo comma, lettera d), della legge n. 184 del 1983, che viene riferita all'impedimento giuridico, oltre che a quello di fatto, la giurisprudenza ordinaria ha valorizzato alcune specificità dell'adozione in casi particolari, ampliandone il raggio applicativo. Facendo leva sulle due finalità sottese all'istituto – quella volta a tutelare l'interesse del minore a preservare rapporti già instaurati e quella diretta a risolvere situazioni di giuridica impossibilità di accedere all'adozione “ordinaria” –, la giurisprudenza ha utilizzato l'adozione in casi particolari anche nel caso del minore frutto di progetti gestazionali dell'unione civile realizzati all'estero”.

Alla luce di quanto sin qui osservato, la differenziazione nel contenuto e nelle modalità di esercizio dei diritti spettanti ai *partner* di un'unione civile rispetto a quelli dei coniugi sembra oggi riconducibile, in ultima analisi, al solo dato "estrinseco" della diversità di sesso. È questo l'elemento che continua a sorreggere l'idea di un nucleo essenziale del matrimonio costituzionalmente protetto dall'art. 29 Cost., e che, proprio in quanto tale, non può essere esteso ad altre forme di convivenza. Una lettura di questo tipo implica che la disciplina differenziata non si giustifichi per la presenza di tratti sostanziali propri del matrimonio, ma solo per la preservazione del suo carattere eterosessuale, assunto come dato non superabile dell'interpretazione costituzionale⁵³.

Invero, nella prospettiva della Corte, matrimonio e unione civile sembrano disegnati non più come istituti paralleli e teleologicamente distinti, bensì come vincoli di differente intensità ovvero figure concentriche. L'unione civile, "cerchio minore", racchiude gran parte dei tratti qualificanti del matrimonio, ma non li esaurisce. Da ciò discende che è possibile "ridurre" un matrimonio ad unione civile, ma non viceversa, consolidando una gerarchia implicita che già la sentenza n. 138 del 2010 aveva posto a fondamento di un sistema a "doppio binario"⁵⁴.

Eppure, le unioni civili, nella loro concreta disciplina, condividono con il matrimonio i tratti essenziali della stabilità del vincolo e della reciprocità di diritti e doveri, come elementi distintivi del matrimonio rispetto alle semplici convivenze *more uxorio*. Ciò rende evidente come, nell'attuale assetto normativo, le unioni civili si avvicinino sempre più alla funzione del matrimonio, configurandosi non come istituti teleologicamente disomogenei, ma come varianti di un medesimo paradigma giuridico-familiare⁵⁵. Ne è testimonianza una recentissima pronuncia

⁵³ Sul punto, si vedano le riflessioni di V. BARELA, *Rettificazione del sesso: effetti sugli istituti del matrimonio e dell'unione civile*, in *Comp. e dir. civ.*, 1/2018, 1.

⁵⁴ Nel senso di matrimonio e unioni civili come due binari normativi distinti vedasi B. PEZZINI, *Le unioni civili in Parlamento*, in I.F. Cortés, B. Pezzini, D. Ferrari, F. Bilotta, M.R. Marella, *L'amore ai tempi della legge sulle unioni civili. Progresso o regresso?*, in 5 *About Gender* 141 (2016).

⁵⁵ Come osservato in dottrina da F. AZZARRI, voce "*Unioni civili (diritto civile)*", cit., 1330, appare legittimo "chiedersi se il dualismo istituzionale a cui è pervenuto il nostro ordinamento sia davvero costituzionalmente doveroso, o almeno costituzionalmente difendibile, oppure se non

della Corte di cassazione⁵⁶ la quale, affermando che l'autoresponsabilità deve percorrere la relazione di coppia dal primo momento fino alla fine, sottolinea espressamente che tale principio riguarda indistintamente il matrimonio o l'unione civile.

L'impostazione della sentenza, solleva, dunque, alcuni spunti di riflessione ulteriori. Se la distinzione si riduce alla diversità di sesso dei *partner*, occorre chiedersi quale interesse costituzionalmente rilevante giustifichi la permanenza di un regime separato. La tutela peculiare che la Corte continua a riconoscere al matrimonio non sembra, dunque, potersi appuntare su distinzioni materiali specifiche insuperabili, quali la stabilità, la solidarietà o l'assunzione di responsabilità reciproche, comuni anche alle unioni civili, bensì sulla preservazione formale di un paradigma eterosessuale. Resta allora aperto il problema se un tale fondamento possa ancora sottrarsi al vaglio critico dei principi di eguaglianza e di non discriminazione di cui all'art. 3 Cost., i quali richiedono che ogni differenziazione sia sorretta da una giustificazione sostanziale e non meramente formale⁵⁷.

In questo contesto, l'automatica conversione dell'unione civile in matrimonio, a seguito della rettificazione anagrafica di sesso di uno dei *partner*, avrebbe potuto rappresentare uno sviluppo coerente con la *ratio* di garantire continuità affettiva e giuridica. Non sarebbe stata intaccata, infatti, la presunta essenzialità del carattere eterosessuale del matrimonio, poiché la rettificazione conduce proprio alla configurazione di una coppia eterosessuale. Pertanto, la preclusione opposta dalla Consulta all'automatismo della trasformazione si presenta come un aggravio

disveli, alla base un più o meno recondito pregiudizio sulla minor dignità dell'esperienza di vita della coppia omosessuale".

⁵⁶ Cass., 16 luglio 2025, n.19617, in *DeJure.it*, secondo la quale: "L'autoresponsabilità deve percorrere tutta la storia della vita matrimoniale e non comparire solo al momento della sua fine: dal primo momento di autoresponsabilità della coppia, quando all'inizio del matrimonio (o dell'unione civile) concordano tra loro le scelte fondamentali su come organizzarla e le principali regole che la governeranno, alle varie fasi successive, quando le scelte iniziali vengono più volte ridiscusse ed eventualmente modificate, restando l'autoresponsabilità pur sempre di coppia".

⁵⁷ In senso critico, si veda P. BIANCHI *La Corte torna su matrimonio e unioni civili. Ribadisce ma non convince*, in *Blog lecostituzionaliste*, settembre 2024, cit.

procedurale non giustificato, che impone alla coppia una dilazione temporale e un ulteriore passaggio burocratico privo di effettiva necessità sistemica⁵⁸.

7. Brevi conclusioni interlocutorie

Il tema degli effetti della rettificazione anagrafica di sesso sui legami giuridici di coppia ha rappresentato, negli ultimi anni, un terreno significativo per misurare la capacità del sistema costituzionale di assicurare equilibrio tra diritti fondamentali e disciplina positiva. La progressiva elaborazione giurisprudenziale ha evidenziato l'esigenza di garantire continuità e stabilità alle relazioni, evitando che l'esercizio del diritto all'identità di genere si traduca in un sacrificio irragionevole di altre tutele. In questa direzione, le decisioni della Corte costituzionale hanno progressivamente ridisegnato il rapporto tra istituti formalmente distinti, muovendo verso un comune denominatore fondato sulla dimensione relazionale e sulla responsabilità reciproca.

In tale quadro si colloca, da ultimo, la sentenza n. 66 del 2024, che, con la tecnica della sospensione temporanea dello scioglimento dell'unione civile, ha inteso preservare la continuità delle garanzie nel passaggio dall'unione al matrimonio. Una soluzione che non introduce nuove tipologie di vincolo, ma che assicura protezione nei momenti di transizione, confermando che i rapporti affettivi, quale che sia la loro veste giuridica, non possono restare privi di riconoscimento.

Resta tuttavia il profilo problematico della logica del "ponte": la sopravvivenza temporanea dell'unione civile eterosessualizzata non è configurata come ipotesi autonoma, ma solo come fase strumentale in vista del matrimonio. In questo modo, l'unione civile continua a essere letta in chiave subordinata, all'interno di un impianto a "doppio binario" che riafferma la centralità del vincolo coniugale quale modello paradigmatico di convivenza giuridicamente riconosciuta.

⁵⁸ In proposito, E. BELLISARIO, *Rettificazione di sesso e scioglimento imposto dell'unione civile: il rimedio della Consulta*, cit., 491 osserva che lo scopo delle pubblicazioni è già svolto e raggiunto dalle dichiarazioni espresse in udienza nel giudizio di rettificazione del sesso di cui il giudice darà conto nella sentenza di rettifica, che l'ufficiale di stato civile provvederà ad annotare sull'atto di unione civile. Inoltre, poiché le parti erano già civilmente unite, l'assenza di impedimenti al matrimonio è scontata.

Ne risulta il quadro di un diritto costituzionale della famiglia in evoluzione, nel quale si intrecciano elementi di apertura verso una concezione più inclusiva delle formazioni sociali ed elementi di continuità con la tradizione che ha posto il matrimonio al centro del sistema. Una dialettica che non si esaurisce nella singola pronuncia, ma che appare destinata a segnare il percorso futuro della disciplina dei legami stabili nella società contemporanea.

dirittifondamentali.it