

**Rivista
scientifica
quadrimestrale**

Anno 2025/Fascicolo III

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

V. Baldini – EDITORIALE. L'ETERNA TRANSIZIONE E LA DEMOCRAZIA INCOMPIUTA...Storie di ordinaria degenerazione della politica.....	I
A.Giannelli - Gli interessi orizzontali nella fase di esecuzione dei contratti pubblici: tra illusioni e incertezze normative.....	1
S. Grieco - Sulla ricorribilità per Cassazione della “nuova” sentenza ex art. 420 quater c.p.p. Nota a corte di Cassazione, Sezioni Unite Penali, sentenza n. 5847/2025.....	29
A.Formisano - La comunicazione digitale dei garanti costituzionali nell’era dell’incertezza. Rischi e possibili prospettive di riequilibrio.....	49
A. Ruggeri - Appunti per uno studio su anziani e Costituzione.....	69
G. Maestri - Riflettori sulla Valle d’Aosta: norme elettorali mutate a iter avviato (o quasi)e tutela dei diritti di elettorato (e degli interessi di chi presenta le liste).....	85
E. Colletti - L’era dei neurodiritti: il ruolo del giurista.....	107
N.P. Barbuzzi – G. Fontana - La salvaguardia della dimensione privata nell’epoca dell’“always on”: riflessioni sulle matrici normative del «diritto alla disconnessione».....	122
F. Mucci - Never again. UNESCO sites of memory, between cultural heritage protection and prevention of gross violations of human rights.....	147
G. Donato - Tutti i fuori sede sono uguali, ma alcuni sono più uguali degli altri: un confronto tra i fuori sede in Italia e all’estero.....	173
G. Monaco - Libertà di corrispondenza, accesso ai messaggi contenuti nei dispositivi digitali e “autorità giudiziaria”.....	188

A. Ruggeri - Stato di diritto, separazione dei poteri e ruolo del giudice (note minime su una vessata questione).....	207
--	------------

EDITORIALE

L'ETERNA TRANSIZIONE E LA DEMOCRAZIA INCOMPIUTA...Storie di ordinaria degenerazione della politica...

di

Vincenzo Baldini*

1. Provare a ragionare della democrazia come contesto culturale e come principio costituzionale¹, appare impresa non poco ardua in tempi, come questi, segnati a una sorta di atarassia politica nella comunità accompagnata da una buona dose di indifferenza, sul piano della prestazione di consenso elettorale. Del resto, il tema della crisi della democrazia² è ormai da tempo oggetto di dibattito scientifico e nell'orizzonte europeo si stagliano, pericolose, le sagome di un autoritarismo politico³, oppure si preconizza in dottrina il tempo della post-democrazia⁴ o della democrazia non politica⁵.

Qui, vuol provarsi a farlo rinvenendo la *occasio* nelle affermazioni di un esponente politico di primo piano -qualche giorno fa riportate da alcuni organi di stampa- secondo cui la libertà è a rischio quando l'“estrema destra” è al Governo e che i

¹ E. W. Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip* (1987), ora anche in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, p. 67 ss.

² Sul punto, cfr. A.Voßkuhle, *Über die Demokratie in Europa* (2012), ora anche in Id., *Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte*, Berlin, 2012, p. 48 ss.

³ Per gli specifici riferimenti si rinvia ancora a A.Voßkuhle, *Die Verteidigung von Europa, Demokratie und Verfassungsstaatlichkeit in Zeiten der Krise und des Populismus*, in Id., *Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte*, cit., p. 9 ss.; ivi, anche *Rechtsstaat und Demokratie*, p. 200 ss.

⁴ C. Crouch, *Postdemokratie*, Frankfurt am Main, 2008, part. p. 91 ss. (sul ruolo dei partiti politici); nonché Id., *Postdemokratie revisited*, 12. Aufl., Berlin, 2021, part. p. 234 ss. (sugli sviluppi della Post-democrazia).

⁵ D. Michelsen, F. Walter, *Unpolitische Demokratie*, Berlin, 2013, part. p. 179 ss., sulla perdita di centralità del Parlamento come sede di decisione politica.

provvedimenti assunti in materia di sanità e spesa pubblica valgono a produrre “propaganda e odio”. Non vale, qui, esprimere ulteriori commenti sull’infimo livello da tempo raggiunto dal confronto politico, interessa invece molto di più sottolineare come la democrazia in Italia viva una fase di strutturale transizione, di durata ormai ultratrentennale, iniziata con l’avvento dei nuovi partiti in surroga di quelli tradizionali, travolti da una crisi profonda originata dalla vicenda giudiziarie di Tangentopoli.

2. La transizione è, per natura, una condizione intermedia nel passaggio da una situazione ad un’altra, un fenomeno passeggero che include, sovente, un processo di trasformazione o di riassetto, il cui ultimo approdo sta nella creazione di un nuovo ordine. Nondimeno, da noi la fase della transizione politica non si è mai conclusa in primo luogo perché difetta il termine ultimo necessario costituito dal reciproco riconoscimento delle forze politiche in campo, che concorre a rendere più compiuto e maturo l’esercizio della democrazia⁶.

La dialettica tra partiti politici, che alimenta e struttura il dibattito democratico nel flusso del più generale pluralismo comunicativo non si articola, in questo contesto, in un leale confronto di idee e programmi di segno diverso, tuttavia nel comune riconoscimento della legittimazione al confronto ed al governo del Paese delle forze politiche. Tale dialettica tende piuttosto a narrazioni mirate sistematicamente alla delegittimazione dell’avversario, che, in quanto reo -a dire del politico di turno- di

⁶ Sulla nozione di regime politico come principio unitario che connota lo Stato da un punto di vista essenziale, cfr. in particolare V. Gueli, *Il regime politico*, in Id., *Scritti vari*, I, Milano, 1976, p. 391 ss., part. p. 392. Nello specifico, sul ruolo dei partiti politici secondo la Costituzione, cfr. per tutti V. Crisafulli, *I partiti nella Costituzione*, in AA. VV., *Studi per il XX anniversario dell’Assemblea Costituente*, vol. 2 (Le libertà civili e politiche), Firenze, 1969, p. 107 ss. che non panca di sottolineare criticamente (p. 142) l’avanzata di un “radicalismo democratico” causalmente connesso all’espandersi del ruolo dei partiti. In fine, C. Mortati, *Note introduttive a uno studio sui partiti politici nell’ordinamento italiano*, in AA.VV., *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, vol. II, Padova, 1957, p. 113 ss., che valorizza il ruolo dei partiti di cerniera tra lo Stato comunità e le istituzioni di governo. Secondo, l’A., in particolare, “il carattere democratico impresso allo Stato esige ... che si attui un criterio organizzativo, non solo dell’apparato autoritario ma dell’intera struttura sociale, che consenta la costante comunicazione dei cittadini con gli organi di direzione politica, ed assicuri le condizioni che consentano un’eguale, effettiva e consapevole partecipazione dei singoli alla cosa pubblica” (p. 119).

attentare ai valori e principi essenziali dello Stato costituzionale⁷, a minacciare le libertà costituzionali etc. è percepito nella sostanza come un nemico da combattere. Una siffatta percezione si riflette senz'altro nei moti scomposti di un'aggressione verbale sistematica, nel linguaggio poco consono al confronto, nella specialità all'offesa anche personale. Un impegno, insomma, unicamente mirato a demolire ogni legittimazione dell'altro partito a occupare l'agone politico, alimentando nell'elettore e nell'intera comunità sociale la paura dell'avvento di una maggioranza ostile ai diritti costituzionali e nient'affatto garante dell'integrità del processo democratico.

3. A ben vedere, tuttavia, proprio l'incapacità di superare, o la volontà congenita di non andare oltre, un tale infimo livello di lotta a rappresenta una seria e concreta minaccia all'esistenza di un confronto pluralistico tra partiti e, così, all'effettiva integrità dello Stato costituzionale democratico. La condizione reale di un siffatto pluralismo di posizioni ed opinioni politiche, che la Carta costituzionale afferma come presupposto necessario della democrazia (artt. 1, 17, 18, 21, 49 Cost.) è tra quelle la cui sussistenza e permanenza non viene a dipendere da una regolazione giuridica né quest'ultima può essere in grado di garantirla. Essa appare piuttosto la risultante spontanea di condotte e atteggiamenti, di cittadini e forze politiche, che soli incrementano il reciproco affidamento e la fiducia dei primi nella portata rappresentativa delle seconde. I partiti sono chiamati così a organizzare il pluralismo di interessi nel contesto sociale traducendolo in proposte politiche strutturate sottoposte al confronto dialettico e, in fine, alla decisione popolare.

La centralità dei partiti nel sistema di democrazia rappresentativa sancito in Costituzione, appare di tutta evidenza sia per ciò che concerne il funzionamento della forma di governo, sia anche per l'incidenza sulla forma di Stato⁸.

⁷ Sui valori costituzionali, per la dottrina italiana cfr. in particolare A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 639 ss.; in senso critico verso i valori costituzionali, nella dottrina tedesca cfr. soprattutto E. W. Böckenförde, *Zur Kritik der Wertebegründung des Rechts* (1990), ora anche in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, p. 67 ss.

⁸ C. Mortati, *Note introduttive a uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, cit., p. 114.

Le funzioni dei partiti non si esauriscono, dunque, nella “presentazione di alternative elettorali” (ord.za 79/2006) ma sono “preordinate ad agevolare la ... realizzazione di linee programmatiche” che le stesse formazioni politiche “sottopongono al corpo elettorale, al fine di consentire una scelta più chiara e consapevole anche in riferimento ai candidati” (Corte cost., sent. n. 1/2014).

La pratica della sistematica delegittimazione del partito-nemico, per un verso, ha l'effetto di opacizzare le virtù costitutive del processo democratico risalenti al pluralismo politico, nella misura in cui di fatto finisce per dislocare il confronto dalla sede politica (quali programmi per quali obiettivi) a quella del diritto costituzionale (tutela delle libertà, emarginazione di partiti anti-sistema⁹). D'altro verso, essa attende a pericolose semplificazioni del quadro rappresentativo mirando ad escludere dal novero delle forze legittimate al confronto democratico partiti che godono di largo consenso politico.

Quella del difetto di riconoscimento e della delegittimazione sistematica è un'arma a doppio taglio, che - come la vicenda di AfD in Germania, può causare un esito addirittura opposto a quello sperato, incoraggiando il consenso elettorale verso partiti ritenuti anti-sistema.

4. Quello appena descritto non è l'unico effetto di rimbalzo costituzionale della perenne transizione democratica in cui versa il sistema politico. Un' ulteriore, evidente conseguenza sta nella impossibilità di procedere a riforme condivise della Legge fondamentale, come documenta la revisione del Titolo V della Costituzione e come confermano, peraltro, le ultime vicende connesse alla proposta revisione della forma di governo e dell'ordine giudiziario. In principio, il procedimento di cui all'art. 138 Cost. consente di realizzare la revisione con il voto favorevole, nelle Assemblee rappresentative, della sola maggioranza di governo. Senza volersi qui soffermare sull' espressa regolazione del procedimento di revisione organica o completa della Costituzione come previsto in alcune Carte costituzionali europee,

⁹ Sul ruolo dei partiti politici come organi di raccordo con la base sociale, v. per tutti R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2024, XXV ed., p. 52 ss.

che include segmenti peculiari ed ulteriori di aggravamento rispetto al procedimento di revisione ordinaria (scioglimento delle Camere ed elezioni di nuove Camere, richiesta di maggioranze più consistenti per l'approvazione definitiva del testo, referendum di ratifica)¹⁰, non può essere sottaciuto come tale regolazione valga a qualificare, tipizzandola, la funzione di revisione organica.

Alla luce di quanto detto, il procedimento sancito dall'art. 138 Cost., se bene si attaglia all'obiettivo di realizzare con la revisione specifici adattamenti del testo costituzionale preservandolo, in tal modo, nella sua integrità assiologica e nell'aspettativa di durata¹¹, meno congruente appare per il fine di una riforma ampia od organica della Costituzione, come quella relativa alla forma di Stato regionale e/o alla forma di governo. Nondimeno, in una condizione di sistematica, reciproca delegittimazione delle forze politiche le modifiche costituzionali si realizzano, ormai, unicamente con il voto parlamentare favorevole della sola maggioranza di governo, per cui il passaggio referendario, previsto come eventuale e facoltativo dalla Carta repubblicana del '48, diventa ormai una costante procedimentale necessaria a compensare, sul piano della legittimazione democratica, il non largo consenso parlamentare. Non è un caso, del resto, che in una fase della storia della nostra Repubblica, connotata da un dilagante attivismo mirato nel campo delle riforme costituzionali si è avvertito il bisogno di prevedere, con legge costituzionale¹², uno procedimento di revisione in deroga a quello ordinario ex art. 138 Cost., ritenuto più congruente, secondo le aspettative

¹⁰ Sul punto, si rinvia a quanto diffusamente e compiutamente argomentato in M.C. Carbone, *Problematiche di una revisione organica della Costituzione nell'ordinamento italiano*, Bari, 2019, part. p. 123 ss.

¹¹ "La revisione ... adatta alle nuove esigenze l'una o l'altra norma ... senza alterare le linee fondamentali dell'insieme.": C. Mortati, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in AA.VV., *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, p. 379 ss. In tema, v. anche E. Crosa, *Variazioni su un tema di V.E. Orlando: funzione costituente, legge costituzionale, garanzia, previsione della Costituzione*, in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, Padova, 1957, p. 465 ss., part. p. 484 ss.

¹² È la l. cost. n. 1/1997.

democratiche, ad una modifica riguardante l'intera Parte Seconda della Carta repubblicana del '48¹³.

5. Tra le conseguenze della transizione democratica incompiuta è anche quella consistente nel fatto, oggettivo e incontestabile, di una progressiva disaffezione dei cittadini alla vita politica, di una grave sfiducia nella capacità rappresentativa dei partiti politici che si traduce, nell'esito concreto, anche in una forte astensione dal voto ad ogni tornata elettorale.

Una democrazia nella quale si realizza un forte scollamento tra elezione e partecipazione popolare, in cui si reca al voto poco più (o poco meno) del 50% degli aventi diritto e in cui, a volte, si viene eletti ad importanti cariche istituzionali con basse percentuali (20%, 25%) di consenso, è una democrazia solo in parvenza o, meglio, quest'ultima finisce per trasfigurarsi risolvendosi unicamente in una tecnica di decisione.

Ma concludere nel senso di rilevare un generale disinteresse dei cittadini per la politica prova troppo. Alla disaffezione per una politica dei partiti ed attraverso i partiti fa da contraltare una peculiare vivacità che si registra tra gli utenti dei *social*, presenti ed attenti su ogni vicenda (nazionale e internazionale) che investa questioni di ordine politico, alla ricerca anche di un contatto diretto con chi ricopre cariche istituzionali e/o politico-rappresentative. In questo senso, si assiste ad un processo di trasformazione della partecipazione democratica (*), veicolata sempre di più nella forma privilegiata della partecipazione individuale e non organizzata. È forse il dato più significativo nella direzione di confermare la descritta sfiducia nel sistema dei partiti in generale e nella sua effettiva capacità di operare quale medio sociale di ordinazione della domanda politica.

Queste condizioni di *defaillance* non si superano con il ricorso a norme giuridiche recanti divieti (di disinformazione politica) o introduttive di obblighi di

¹³ Va tenuto conto che nel corso della cd. Prima Repubblica, era radicata la prassi di ricercare per ogni revisione costituzionale, da parte della maggioranza parlamentare di governo, l'avallo quanto meno del più forte partito di opposizione.

partecipazione, puntualmente assistiti da sanzioni, penali o amministrative, per la loro inosservanza. Esse reclamano piuttosto un'approfondita analisi su ruolo dei partiti nell'era contemporanea, sulla loro capacità di coagulare consenso corrispondendo ad istanze ed aspettative del pluralismo sociale. Tanto, deve indurre ad un complessivo ripensamento del senso specifico della democrazia rappresentativa e della funzione che essa è in grado di realizzare, tanto più in un contesto nel quale la razionalità della decisione politica richiede competenze tecniche particolari ed è non di rado dislocata su livelli sovranazionali i cui percorsi decisionali restano tuttora coperti da un velo di opacità.

6. Sarebbe il tempo, sul piano interno, di porre fine alla transizione democratica e di favorire, con il reciproco riconoscimento dei partiti, una più leale cooperazione, soprattutto sul versante dei temi costituzionali, quantunque nel rispetto delle diversità di orientamento politico di ciascuno essi. Ciò richiede, tuttavia, una sorta di rivoluzione, dell'etica politica comune e della morale individuale di chi è chiamato a ruoli di guida di compagini partitiche per scongiurare il rischio connesso ad un assolutismo dell'etica del potere e tornare a coltivare un'etica della responsabilità. Tale rivoluzione deve rendersi nell'azione concreta dei partiti riconoscibile alla comunità dei cittadini per avere la forza di consentire un recupero di fiducia da parte di questi ultimi nell'intero sistema politico rappresentativo.

Una siffatta condotta di responsabilità -va detto in conclusione- rientra tra quei presupposti di fatto che -come si è detto all'inizio- lo stesso Stato costituzionale democratico non è in grado di garantire. Essa deve maturare prima nelle coscienze e poi nei fatti di chi svolge attività politica, deve orientare l'azione di governo e favorire il pieno rispetto dei diritti fondamentali. Senza di ciò, la fase della transizione democratica è destinata a non avere mai fine e, con essa, il rischio di una prevalenza delle istanze populiste che recano rigurgiti di autoritarismo politico.

Gli interessi orizzontali nella fase di esecuzione dei contratti pubblici: tra illusioni e incertezze normative

di

Annalaura Giannelli*

Sommario: 1. Premessa: il cono d'ombra relativo alla fase di esecuzione dei contratti pubblici – 2. Il “debutto” dei cd. interessi orizzontali – 3. Segue. Gli interessi orizzontali in fase di esecuzione: tra tutela della sostenibilità e rischi di neutralizzazione – 4. Segue. Gli interessi orizzontali in fase di esecuzione: tra tutela della sostenibilità e rischi di neutralizzazione – 5. Il rinnovo del contratto collettivo in corso di esecuzione del contratto. – 6. Conclusioni.

1. Premessa: il cono d'ombra relativo alla fase di esecuzione dei contratti pubblici

Almeno fino agli anni '70, ossia fino al momento in cui il diritto europeo ha cominciato a interessarsi in modo massiccio al settore delle commesse pubbliche, ha prevalso l'idea secondo cui la disciplina pubblicistica in materia di contratti passivi dovesse ispirarsi ad un unico obiettivo: quello di consentire all'amministrazione di “comprare bene”¹. Questo approccio viene evocato

**Professoressa ordinaria di diritto amministrativo presso l'Università Magna Graecia di Catanzaro.*

¹ S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, Padova, 1937, 14, ove si argomenta l'estraneità della fase dell'esecuzione al diritto amministrativo propriamente inteso affermando che il carattere pubblico dell'attività negoziale rileva solo sul fronte interno della fattispecie, ossia sul fronte delle decisioni di spesa e di individuazione del contraente assunte in via unilaterale dall'amministrazione.

parlando di “logica contabilistica”, espressione che richiama il tuttora vigente regolamento di contabilità generale², nel quale, per l'appunto, il *focus* della disciplina si appunta sulla soddisfazione delle esigenze di acquisto del contraente pubblico, piuttosto che sugli obiettivi di salubrità dei mercati interessati dall'attività negoziale pubblica.

La concorrenza, in altre parole, rappresenterebbe – secondo questo approccio – un mezzo a servizio di un fine ulteriore, quello dell'efficienza della spesa pubblica.

Da tale premessa è scaturita una serie di conseguenze in tema di stabilità del rapporto negoziale.

La prima consiste nel tendenziale disinteresse rispetto alle implicazioni anti-concorrenziali di eventuali interventi modificativi, in fase esecutiva, ispirati alla volontà di adeguamento della fattispecie pattizia alle sopravvenute esigenze del contraente pubblico. Se, infatti, la ragion d'essere del diritto dell'evidenza pubblica viene identificata con la tutela dell'interesse negoziale dell'amministrazione è ovvio che le modifiche post-aggiudicazione, laddove siano idonee a massimizzare tale interesse, non possano considerarsi *contra ius*. Esse, al contrario, dovranno essere considerate opportune e financo doverose proprio nella misura in cui consentano al contratto di durata di adeguarsi alle mutevoli esigenze del committente pubblico. Di qui l'idea per cui l'appalto pubblico, a differenza della omonima fattispecie civilistica, sia caratterizzato da una strutturale modificabilità su impulso del committente.

La tesi del contratto pubblico come “contratto in marcia”³ è entrata irrimediabilmente in crisi nella seconda metà del secolo scorso.

Le ragioni del suo tramonto sono molteplici. Sul fronte nazionale è progressivamente affiorata la consapevolezza che il contratto pubblico è vincolante con pari forza per entrambi i protagonisti del rapporto. Lo *ius variandi* pubblico,

² Regio decreto del 23 maggio 1924, n. 827, «Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato».

³ E. PRESUTTI, *Contratto d'appalto per la esecuzione di opere pubbliche; risoluzione in danno dell'Amministrazione per la inadempienza di questo*, in *Riv. dir. pubb.*, 1912, pt. II, 195.

pertanto, può riconoscersi solo nelle ipotesi previste dalla legislazione ovvero scaturenti da puntuali clausole negoziali.

A tale presa d'atto si è accompagnato il cambio di paradigma relativo alle finalità ispiratrici della legislazione sull'evidenza pubblica: il diritto europeo, a partire dagli anni '70, ha, infatti, cominciato a interessarsi massicciamente del fenomeno dei contratti pubblici, promuovendo l'idea per cui la predisposizione di regole efficienti non risponda all'esigenza di preservare gli interessi negoziali dell'amministrazione quanto piuttosto all'obiettivo di tutelare gli operatori economici attivi sul mercato delle commesse pubbliche, garantendo loro la possibilità di confrontarsi in condizioni di effettiva parità.

La tensione tra la logica contabilistica e quella pro-concorrenziale deve essere esaminata a partire dagli spunti che, sul punto, fornisce l'ordinamento europeo.

La disciplina in materia di contratti pubblici è stata affrontata in modo organico, ossia relativo sia al settore dei lavori che a quello dei servizi e delle forniture, solo con le prime direttive unificate, datate 2004⁴. Queste ultime, invero, trascuravano del tutto la fase dell'esecuzione, ivi compreso, ovviamente, il profilo relativo all'ammissibilità delle iniziative di modifica.

La disciplina si concentrava pressoché esclusivamente sulla fase di gara, sulla scorta dell'idea per cui in tale fase si esaurirebbero i profili inerenti al tema della imparzialità nell'assegnazione delle commesse.

La fase post-gara, di contro, veniva considerata priva di implicazioni sul piano del rispetto del principio di concorrenza e, dunque, scarsamente rilevante sul piano pubblicistico.

Nella direttiva 2004/18/CE, dedicata agli appalti nei settori ordinari, compariva un solo articolo sulla fase di esecuzione: l'art. 26, che consentiva alle stazioni appaltanti di inserire nei bandi o nei capitolati d'oneri condizioni di esecuzione dell'appalto ispirate a valutazioni di tipo ambientale o sociale. Non si trattava, dunque, di una norma autenticamente dedicata alla fase post-gara, quanto

⁴ Direttiva 2004/18/CE relativa ai settori ordinari e direttiva 2004/17/CE relativa ai settori speciali.

piuttosto di una norma relativa alla selezione del contraente, sia pure “proiettata” sulle successive modalità di esecuzione delle prestazioni appaltate.

La sottovalutazione della fase di esecuzione, da parte del legislatore europeo, scaturiva da due premesse.

La prima era di tipo assiologico, e consisteva nell’idea per cui le norme sulla contrattualistica pubblica fossero ispirate al solo obiettivo della salvaguardia della *par condicio* tra le imprese operanti nel settore delle commesse pubbliche, non certo alla regolamentazione dei rapporti negoziali di cui le amministrazioni si rendano partecipi in veste di committenti. Tra la fase di gara e quella di esecuzione vi sarebbe, in altre parole, una netta cesura: soltanto la prima necessiterebbe di una disciplina speciale, ossia non corrispondente al diritto comune dei contratti, in ragione delle implicazioni pubblicistiche proprie di questa fase.

La seconda premessa concerneva l’idea per cui le vicende inerenti alla fase di esecuzione, in quanto successive al perfezionamento del vincolo contrattuale, non fossero mai idonee a compromettere “retroattivamente” l’imparzialità della selezione del contraente privato. In altre parole, le modifiche post stipula, in quanto cronologicamente afferenti alla fase negoziale, venivano sbrigativamente considerate prive di attitudine anticoncorrenziale.

Questo approccio è stato ben presto smentito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁵, la quale ha puntualizzato come le cd. modifiche essenziali (su cui cfr.

⁵ Corte di giust., 29 aprile 2004, *Commissione v. CAS Succhi di Frutta*, C-496/99, in *Racc.*, 2004, 3801 ss. La vicenda controversa aveva a oggetto un appalto aggiudicato dalla Commissione europea per la fornitura di confetture e succhi di frutta destinate alle popolazioni del Caucaso, remunerata con la fornitura di derrate di frutta. La modifica apposta riguardava il tipo di frutta corrisposta dalla Commissione: il pagamento, infatti, era avvenuto, di comune accordo tra le parti, in derrate di pesche, benché negli atti di gara fosse prevista la fornitura di mele e arance. A dolersi della sostituzione della frutta corrisposta e ad innescare il contenzioso era stata un’impresa che aveva inutilmente partecipato alla gara e che riteneva la rinegoziazione elusiva del principio di concorrenzialità degli affidamenti pubblici. La Commissione europea, in veste di stazione appaltante, ha articolato le proprie difese facendo perno sull’irrelevanza economica della modifica apposta, dalla quale si dovrebbe inferire la non anti-giuridicità della stessa. L’entità delle partite di pesche conferite era stata, infatti, quantificata applicando coefficienti economici tali da garantire la piena corrispondenza con il valore di mercato delle derrate di mele e arance originariamente previste nel contratto. La Corte di giustizia non ha accolto le prospettazioni della Commissione, puntualizzando come il dato decisivo non risieda nel grado di incidenza della stessa sul sinallagma, quanto sull’impatto determinato dalla modifica

infra) presentino concreti rischi per l'imparzialità degli esiti della selezione del contraente, rischi da ponderare nell'ambito di una valutazione da operarsi caso per caso e, soprattutto, in un'ottica di prognosi postuma. In questa prospettiva le modifiche non apponibili, perché *essenziali*, sarebbero quelle che introducono elementi di novità che, se fossero stati originariamente previsti negli atti di gara, avrebbero potuto indurre ulteriori operatori economici a partecipare alla gara medesima o, in alternativa, avrebbero potuto determinare un diverso esito della competizione.

Questi approdi giurisprudenziali sono stati presto recepiti dal diritto positivo.

Le direttive del 2014⁶ prendono espressamente in considerazione la realtà delle modifiche apposte in corso di esecuzione del contratto pubblico, fornendo spunti orientati alla volontà di individuare una regola che rappresenti il bilanciamento tra due contrapposte esigenze: la tutela della concorrenza (che rischia di essere compromessa da una indiscriminata revisionabilità del contratto) e il bisogno di adattare i contenuti dei contratti di durata alle inevitabili sopravvenienze che possano interferire in modo significativo con gli interessi negoziali coinvolti nel contratto.

Tale punto di equilibrio, come anticipato, è stato trovato nella positivizzazione del parametro della essenzialità, il quale, tuttavia, presenta un innegabile carattere generale, che dischiude ampi spazi a disposizione dell'elaborazione giurisprudenziale, cui tuttora è rimessa la semantizzazione di questo ambiguo concetto.

2. Il "debutto" dei cd. interessi orizzontali

sull'imparzialità della selezione del contraente. La sentenza Succhi di Frutta ha inaugurato un filone piuttosto rigoroso, nell'ambito del quale la Corte si è mostrata propensa a riconoscere il "potenziale inquinante" delle modifiche rispetto all'imparzialità dell'aggiudicazione, potenziale che non necessariamente si associa ad un'incidenza della modifica di volta in volta scrutinata in senso incrementale rispetto al prezzo riscosso dal contraente privato.

⁶ Cfr. l'art. 72 della direttiva 2014/24/UE nonché, in termini sostanzialmente identici, l'art. 43 della direttiva 2014/23/UE.

Il quadro si è progressivamente complicato in conseguenza dell'affermarsi degli obiettivi delineati dall'Agenda 2030, con la quale si è avviato un processo di integrazione degli "interessi orizzontali" nel quadro della legislazione sulla contrattualistica pubblica⁷. Tra questi, i più rilevanti sono, come noto, la sostenibilità ambientale e sociale, declinati in chiave strumentale rispetto al più generale obiettivo della promozione di un modello di sviluppo che aspira ad integrare anche istanze di tipo etico.

La presenza di questi nuovi interessi nell'arena degli interessi presi in considerazione dalla normativa sui contratti pubblici impone una riflessione approfondita, soprattutto quando, con riferimento alla fase di esecuzione, si affronta lo studio di istituti caratterizzati da una disciplina che si discosta dal diritto civile, come nel caso della revisione dei prezzi e delle modifiche contrattuali in generale.

I primi studi dedicati ai temi in questione hanno evidenziato come l'emersione degli interessi orizzontali non sia stata accompagnata da una consapevolezza adeguata circa la necessità di garantire la concreta attuazione dei principi ad essi collegati⁸. In altre parole, l'introduzione di tali obiettivi si è spesso limitata a enunciazioni formali, senza l'introduzione di regole idonee a consentire una effettiva verifica della loro realizzazione durante le diverse fasi del ciclo contrattuale.

Solo recentemente è emerso con maggiore chiarezza il problema della mancanza di un "guardiano" della sostenibilità, ossia di un apparato di regole orientate a controllare che i principi di sostenibilità ambientale e sociale trovino effettivo riscontro anche nella fase di selezione del contraente.

⁷ Cfr. S. VALAGUZZA, *Governare per contratto*, Napoli, 2018; A. MALTONI, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio "mandatory-rigido" ad uno di tipo "funzionale"?*, in *Ceridap*, 2023, 3; E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, 2021; ID., *I contratti pubblici tra obiettivi di sostenibilità e finalità concorrenziali: alla ricerca di nuovi equilibri*, in *Persona e amministrazione*, 2022; F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'agenda ONU 2030*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, 243 ss.; F. DE LEONARDIS, *L'uso strategico della contrattazione pubblica: tra GPP e obbligatorietà dei CAM*, in *Riv. quad. amb.*, 2020, n. 3, 66.

⁸ E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici*, cit., 467 ss.

Questa carenza rischia di compromettere la coerenza tra gli obiettivi di sostenibilità dichiarati in sede legislativa e professati anche nella documentazione di gara e le reali pratiche adottate durante l'esecuzione del contratto.

Continua, pertanto, a prevalere il tradizionale atteggiamento che vede nella fase di gara il centro gravitazionale degli interessi pubblicistici coinvolti nel fenomeno della contrattualistica pubblica. La fase di aggiudicazione viene, in altre parole, ancora considerata come il momento cruciale in cui vengono formulati i principi e le regole per tutelare gli interessi orizzontali, mentre la fase di esecuzione viene ritenuta meno rilevante agli occhi dello studioso di diritto amministrativo. Il che, purtroppo, spiana la strada a una sostanziale "neutralizzazione" dei principi e delle regole sanciti dal diritto positivo per la tutela degli obiettivi sociali e ambientali coinvolti nelle iniziative contrattuali dei soggetti pubblici.

3. Segue. Gli interessi orizzontali in fase di esecuzione: tra tutela della sostenibilità e rischi di neutralizzazione

I rischi connessi all'assenza di strumenti di *enforcement* per le "regole di sostenibilità" risultano particolarmente concreti laddove si ponga mente ad una circostanza non revocabile in dubbio: il fatto che per il committente pubblico risulti poco "conveniente", e in astratto anche poco conforme alla logica del risultato (almeno laddove declinata in termini "assolutizzanti"), rilevare e "reagire" a eventuali inadempimenti relativi a obblighi di carattere sociale o ambientale.

In altri termini, occorre prendere atto di come, in concreto, i committenti pubblici siano poco propensi a interrompere anzitempo un rapporto negoziale in cui, in ipotesi, le prestazioni siano eseguite a regola d'arte, ma venga violata la clausola sociale o un'altra previsione di matrice contrattuale volta a perseguire obiettivi ecologicamente virtuosi.

Si tratta di una circostanza che riflette le difficoltà di conformare la condotta negoziale del committente pubblico a obiettivi potenzialmente in conflitto tra loro:

l'interesse pubblico alla corretta e celere esecuzione del contratto e quello a garantire (anche mediante una meticolosa e, giocoforza, *onerosa* attività di monitoraggio) l'effettività delle regole di sostenibilità ambientale e sociale.

Esiste, in altre parole, il concreto rischio che entrino in conflitto gli interessi negoziali della parte pubblica (cd. interessi pubblici in senso soggettivo) e gli interessi orizzontali (interessi pubblici in senso oggettivo), che invece si appuntano sulla salvaguardia di obiettivi sociali e ambientali che trascendono la causa in concreto del singolo contratto.

La tensione tra interessi pubblici in senso soggettivo e interessi pubblici in senso oggettivo è una costante nel diritto dei contratti pubblici, che assume sfumature molto rilevanti proprio nella fase esecutiva, durante la quale, per le ragioni anzidette, la "tolleranza" rispetto alle violazioni delle regole di sostenibilità rischia tuttora di essere, per il committente, la strada economicamente più efficiente.

In questa prospettiva meritano di essere esaminati due temi specifici rispetto ai quali il pericolo in questione si manifesta con particolare intensità.

Il primo concerne il controllo, in corso di esecuzione del contratto, sul rispetto del piano di riassorbimento presentato dall'appaltatore in sede di gara: all'indomani dell'aggiudicazione è tangibile il rischio di una inosservanza degli impegni assunti, rischio rispetto al quale l'ordinamento non predispone adeguati strumenti di verifica e sanzione. La disciplina attuale, in altre parole, risulta lacunosa nel garantire che tali piani siano effettivamente rispettati nel tempo.

Il secondo tema concerne l'ipotesi, tutt'altro che remota, dell'aumento dei costi della manodopera derivante dal rinnovo del CCNL in corso di esecuzione, con conseguenti pretese di revisione del prezzo previsto nel contratto stipulato.

In entrambi i casi il problema che si pone è quello di gestire la tensione tra due istanze confliggenti: da un lato, la necessità di garantire stabilità e certezza nelle relazioni contrattuali (*pacta sunt servanda*, anche a tutela dei terzi non aggiudicatari), dall'altro l'esigenza di riconoscere al contratto in corso di esecuzione un adeguato grado di adattabilità alle mutate condizioni (al fine di

tutelare la continuità del rapporto e l'esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto).

4. Il rinnovo del contratto collettivo in corso di esecuzione del contratto

Il rinnovo del contratto collettivo rappresenta una sopravvenienza che pone questioni interpretative complesse, non solo durante la fase di esecuzione, ma anche in quella di gara.

In particolare, si tratta di un aspetto che coinvolge la verifica di anomalia e il controllo sui costi della manodopera, attività che, sebbene formalmente collocate nella fase pubblicistica di selezione del contraente, hanno ripercussioni sistematiche anche in fase di esecuzione. Sul punto è fondamentale comprendere, innanzitutto, come si effettua il controllo sui costi della manodopera in fase di gara, per poi valutare se lo sforzo di controllo messo in atto nella procedura comparativa si accompagna a un regime di adeguato monitoraggio in fase di esecuzione. Fino al primo correttivo al Codice del 2016⁹ la verifica sui costi della manodopera in corso di gara avveniva solo nell'ambito del sub-procedimento di controllo dell'anomalia, che era (e tuttora è) di natura eventuale, e aveva (e ancora ha) come obiettivo l'accertamento della congruità e affidabilità dell'offerta nel suo complesso, in un'ottica prognostica rispetto all'obiettivo della corretta esecuzione delle prestazioni dedotte in appalto.

Di contro, questa verifica non si concentrava su singole voci di prezzo e risultava spesso incompleta.

In questo contesto è intervenuto il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, che, modificando il co. 10 dell'art. 95 del Codice del 2016, ha imposto alle stazioni appaltanti di verificare sempre e necessariamente il rispetto dei costi della manodopera prima dell'aggiudicazione, anche per le offerte inferiori alla soglia di anomalia. La portata innovativa di questa norma risiede nel fatto che essa riconosce al controllo sui costi della manodopera una funzione autonoma rispetto a quella

⁹ D. lgs. 18 aprile 2016, n. 56.

sull'anomalia, garantendo che le offerte valutate siano conformi ai minimi salariali e contributivi previsti dalla contrattazione collettiva. Ciò a tutela di interessi che trascendono la dimensione endo-negoziale della corretta esecuzione delle prestazioni appaltate, e che consistono nella tutela del diritto dei lavoratori alla giusta ed equa retribuzione.

Nella prassi, tuttavia, le ricadute della novella legislativa sono state alquanto circoscritte, probabilmente, a causa del fatto che essa individuava, quale parametro di riferimento del controllo, i minimi salariali retributivi di cui alle tabelle ministeriali. Il che (trattandosi di valori economici medi) ha impresso al controllo medesimo connotati di intrinseca flessibilità.

Ad ogni modo, quel che merita di essere evidenziato è il fatto che tale controllo riguardi non solo la capacità dell'impresa di stimare correttamente i costi, ma anche la sua capacità di rispettare gli obblighi retributivi e contributivi durante l'esecuzione del contratto, dal momento che un importo incongruo può, con ogni evidenza, concretizzare un rischio di inadempimento totale o parziale.

Queste considerazioni sul diverso orientamento teleologico della verifica sui costi della manodopera, da un lato, e della verifica sulla anomalia dell'offerta, dall'altro, originariamente sviluppate in relazione al d.lgs. n. 50/2016, risultano ancora attuali sotto la vigenza del d. lgs. n. 36/2023.

Rispetto a quest'ultimo a venire in rilievo sono gli articoli 11 e 102, con riferimento alla verifica dei costi della manodopera, e l'art. 110 dedicato, invece, alla verifica di anomalia. Il principale tratto di discontinuità, rispetto alla disciplina anteriore al codice del 2023, risiede nel fatto che il codice vigente impone di condurre la verifica dei costi della manodopera alla luce dei contenuti normativi e retributivi del CCNL indicato negli atti di gara – o di quello equivalente scelto dall'operatore economico – e non più dei minimi salariali retributivi di cui alle tabelle ministeriali.

In questo mutato contesto il Consiglio di Stato ha puntualizzato come «La verifica sui costi di manodopera si caratterizza per il carattere vincolato dell'attività e mira alla comprova del rispetto dei minimi salariali e contributivi inderogabili, come

fissati dalla contrattazione collettiva, in una logica che sostanzialmente opera in modalità on/off a tutela delle maestranze.

E' evidente, peraltro, che l'analisi sui costi per la manodopera indicati in gara non sottintende unicamente la verifica della capacità dell'impresa di stimare correttamente la presumibile spesa per tale fattore di produzione (e dunque la congruità della stima in sé considerata), ma, in termini sostanziali, la capacità dell'impresa di assolvere agli obblighi retributivi e contributivi durante il rapporto contrattuale, talché un importo incongruo non è solo il frutto di un'analisi errata, ma la spia di un potenziale rischio di non correttezza in fase esecutiva (in questo senso, è mutuabile la logica sottesa al subprocedimento di verifica dell'anomalia)»¹⁰.

L'approdo, dunque, è chiaro, e consiste nel segnare una differenza netta tra il carattere vincolato della verifica sui costi della manodopera e quello, eminentemente discrezionale, del controllo di anomalia.

Al contempo la pronuncia correttamente evidenzia come la differente tecnica di esecuzione dei due tipi di valutazione non implichi una differenza assoluta sul piano delle rispettive funzioni. Entrambe le valutazioni, infatti, sono utili a disvelare il rischio di scarsa affidabilità dell'operatore selezionato, con la sola – ma non trascurabile – differenza che il controllo sui costi della manodopera non esaurisce il proprio scopo in tale potenziale disvelamento, trovando piuttosto la propria *ratio* principale e caratterizzante nella garanzia di effettività del principio costituzionale di tutela del diritto dei lavoratori ad una retribuzione equa.

Tanto premesso circa i punti di contatto e di divergenza tra i due tipi di controllo occorre, a questo punto, concentrarsi sulle conseguenze, circa le sorti della verifica di anomalia e di quella relativa ai costi della manodopera, laddove esse siano in corso al momento del rinnovo del CCNL indicato in sede di offerta dall'operatore economico. L'interrogativo, sul punto, concerne l'applicabilità del principio del *tempus regit actum* o, in alternativa, la necessità di valutare, nel corso di ciascuno dei

¹⁰ Cons. St., sez. V, 8 gennaio 2025, n. 126.

due tipi di controllo sopra citati, i costi del lavoro derivanti dalla nuova tornata di contrattazione collettiva.

In merito le posizioni della giurisprudenza amministrativa¹¹ sono sostanzialmente univoche nel riconoscere come la verifica di anomalia, così come quella sul costo della manodopera, non possa prescindere dalle variazioni retributive ascrivibili all'adozione di un nuovo CCNL. Ciò per la semplice ragione per cui il nuovo CCNL è destinato a trovare applicazione al personale impiegato nell'appalto, il che renderebbe inutile effettuare verifiche che utilizzino parametri obsoleti.

Sottostante a questa posizione vi è, senza dubbio, anche l'idea della prevedibilità dei rinnovi contrattuali, punto su cui, tuttavia, lo scenario sembra più problematico di quanto non risulti dalle sentenze che si sono occupate del tema.

Se è vero, infatti, che il rinnovo in sé è una circostanza prevedibile per un operatore di media diligenza, lo stesso non vale sempre e comunque per l'entità dello stesso e per le circostanze concrete su cui il rinnovo interviene. Ciò dovrebbe indurre il giudice a valutazioni caso per caso, e, sul fronte procedimentale, dovrebbe consentire alle stazioni appaltanti di accogliere giustificazioni che contengano elementi di novità relativi ai contenuti dell'offerta (purché strettamente circoscritti alla necessità di adeguamento alla sopravvenienza).

Il tema del rinnovo del contratto collettivo non si pone, ovviamente, solo con riferimento all'ipotesi della sua sopravvenienza nel lasso di tempo intercorrente tra la presentazione dell'offerta e il compimento del controllo di anomalia o del controllo sui costi della manodopera. Assai più frequente è l'ipotesi in cui il rinnovo del CCNL sopravvenga nel corso della fase di esecuzione, cui specificamente è dedicato il presente contributo.

Ebbene, il punto di partenza per esaminare questa ipotesi, e più in generale il problema delle sopravvenienze in fase di esecuzione del contratto, risiede nella consapevolezza dell'impossibilità di attingere alla disciplina civilistica e, segnatamente, all'art. 1664 c.c., dedicato al contratto di appalto tra privati.

¹¹ Cons. St., sez. V, 12 novembre 2024, n. 9042; id., sez. V, 15 gennaio 2024, n. 453; id., sez. V, 7 luglio 2023, n. 6652; di segno diverso, cfr. la più risalente Cons. St., sez. III, 27 marzo 2014, n. 1487.

Ciò sulla base di un semplice criterio ermeneutico della specialità: il tema delle sopravvenienze in corso di esecuzione del contratto tra amministrazioni aggiudicatrici e operatori economici è trattato da norme puntualmente dedicato alle fattispecie pubblicistiche, e questo rende non pertinenti le regole dettate dal codice civile¹².

Prendendo le mosse da questa premessa occorre concentrarsi sulla disciplina dei contratti pubblici, per comprendere se quest'ultima prenda espressamente in considerazione l'ipotesi in esame ovvero se, rispetto ad essa, occorra cimentarsi in una attività interpretativa che prenda le mosse da norme non puntualmente dedicate al caso del sopravvenuto rinnovo del CCNL.

In questa prospettiva le scelte di diritto positivo mostrano un andamento ondivago. Limitando l'analisi retrospettiva alla normativa interna dell'ultimo quarto di secolo ci si avvede, infatti, di una serie di ripensamenti, che danno contezza sia della complessità delle implicazioni sottese all'ipotesi in esame sia dell'assenza di vincoli europei.

Il codice del 2006 prevedeva, per gli appalti di lavori, il sistema del prezzo chiuso (eccezion fatta per le compensazioni legate a oscillazioni dei materiali da costruzione) e, al contempo, la regola della obbligatoria previsione della clausola revisionale per gli appalti di servizi e forniture.

Con il successivo codice del 2016 è stata introdotta una norma generale dedicata alle modifiche in corso di esecuzione, che si occupava anche (ma, ovviamente, non solo) della revisione dei prezzi, stabilendo che la stessa fosse facoltativamente prevedibile nei documenti di gara in clausole chiare precise e inequivocabili. In tutti i tre settori ordinari, dunque, la predisposizione di una clausola revisionale veniva considerata alla stregua di una mera facoltà, il cui mancato esercizio non era sindacabile in sede giurisdizionale. Il tutto in coerenza con un approccio che guardava con prudenza alle ipotesi di modifica del contenuto negoziale, in quanto

¹² Anac, parere n. 37 del 13 settembre 2022; Cons. St., sez. III, 19 giugno 2018, n. 3768; id., sez. III, 25 marzo 2019, n. 1980.

portatrici di una potenziale svalutazione degli esiti delle dinamiche concorrenziali attivate in fase di gara.

Dal 2016 ad oggi lo scenario è cambiato.

Il periodo pandemico e la crisi geopolitica tuttora in atto hanno contribuito all'affermazione di un nuovo paradigma di riferimento, nel quale il totem dell'intangibilità del contenuto negoziale ha ceduto il passo ad una più realistica presa d'atto della necessità di non sottovalutare l'esigenza di adattamento del contenuto negoziale (e dunque di preservazione del contratto) a fronte delle sopravvenienze che fisiologicamente occorrono nei contratti di durata.

Di questo rinnovato approccio, che coinvolge tanto gli appalti pubblici quanto le fattispecie civilistiche, dà conto con puntualità e approfondimento sistematico la relazione della Corte di Cassazione, la quale individua nell'articolo 2 della carta costituzionale la premessa assiologica del *favor* che l'ordinamento riserva (o *riserverebbe* a seconda della prospettiva adottata dal lettore) ai rimedi manutentivi in luogo di quelli demolitori.

Il diritto positivo riflette questa rinnovata sensibilità. Il d.l. 27 gennaio 2022, n. 4 ristabiliva, infatti, per gli appalti di servizi e forniture, l'obbligatorio inserimento nella documentazione di gara della clausola revisionale¹³.

Il d.l. sopracitato ha anticipato il contenuto dell'attuale codice dei contratti, che riproduce e "stabilizza" - all'art. 60 - l'obbligatorietà della clausola revisionale, stabilendo un regime di limiti variabili a seconda del settore di afferenza del contratto di volta in volta considerato.

La norma in questione può risultare deludente per chi in essa cerchi risposte puntualmente dedicate al problema dell'incremento del costo del lavoro in corso di esecuzione del contratto.

Questa delusione, peraltro, risulta particolarmente giustificata laddove si ponga mente al fatto che la legge delega da cui è scaturito il d.lgs. n. 36/2023, espressamente menzionava, tra le circostanze legittimanti la revisione, la

¹³ La disciplina relativa al settore dei lavori è tradizionalmente più articolata: cfr. l'art. 1 *septies* del d.l. 25 maggio 2021, n. 73; l'art. 26 del d.l. 17 maggio 2022, n. 50 e l'art. 29 del d.l. n. 4/2022.

variazione del costo derivante dal rinnovo dei CCNL sottoscritti dalle associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicabili in relazione all'oggetto dell'appalto. Cionondimeno il codice, anche dopo le sopramenzionate novelle, non dedica alcuna espressa previsione a questa ipotesi, tutt'altro che infrequente.

La ristabilita obbligatorietà della clausola revisionale ripropone il tema delle conseguenze del mancato inserimento della clausola.

Sul punto le soluzioni astrattamente possibili sono due.

La prima consiste nella tesi dell'illegittimità del bando per difetto della clausola in questione, con conseguente onere di immediata impugnazione da parte delle imprese che, in caso di vittorioso esito della procedura di gara, potrebbero avere interesse a rivendicare la revisione del prezzo in senso incrementale. Si tratta, tuttavia, di una lettura poco garantista per le imprese attive nel mercato delle commesse pubbliche e, soprattutto, poco coerente con il nostro sistema di giustizia che, come noto, pretende la attualità e concretezza della lesione determinata dall'atto impugnato in capo al ricorrente.

Più persuasiva è la seconda opzione, ossia quella che postula l'eterointegrazione del contratto.

Questa tesi è già stata formulata sotto la vigenza del codice del 2006, che parimenti prevedeva l'obbligatorietà della clausola revisionale, ed oggi trova pieno riscontro sia in giurisprudenza sia nelle delibere Anac¹⁴. In questa prospettiva non vi sono, pertanto, oneri di immediata impugnazione, dal momento che la lacuna del bando viene sanata dal meccanismo etero-integrativo, pienamente coerente con la natura imperativa della norma che prevede l'obbligatorietà della clausola revisionale.

Di contro, nella diversa (e meno verosimile) ipotesi in cui nel bando venga espressamente esclusa l'operatività del meccanismo revisionale la conseguenza che si verrà a profilare non potrà che essere la nullità della clausola in questione, in quanto contrastante con una norma imperativa¹⁵.

¹⁴ Cfr. del Anac 8 maggio 2024, n. 222; Tar Lazio, sez. III *quater*, 7 luglio 2022, n. 9267; Tar Sicilia, 18 ottobre, n. 3088; Tar Lazio, sez. III, 10 ottobre 2022, n. 12810.

¹⁵ Tar Lazio, sez. IV, 21 aprile 2022, n. 4793.

Le considerazioni sinora svolte discendono dall'accettazione di un presupposto di partenza, il quale tuttavia è tutt'altro di pacifico: il fatto che la variazione del costo del lavoro derivante dal rinnovo del CCNL possa essere considerata alla stregua di una *particolare condizione di natura oggettiva* (come richiesto dal co. 2 dell'articolo sopracitato, ossia l'art. 60 del codice vigente).

Sul punto, invero, le posizioni della giurisprudenza non sono univoche.

Il punto di vista prevalente è quello che ritiene che il rinnovo del CCNL rientri nell'alea imprenditoriale dell'operatore economico e che, quindi, tale circostanza non possa fungere da idoneo presupposto della revisione.

Questa posizione, tuttavia, sta cominciando a conoscere qualche incrinatura¹⁶, con riguardo alle ipotesi in cui la parte svantaggiata riesca a dimostrare il carattere straordinario dell'entità dell'aumento introdotto dal nuovo contratto collettivo. In coerenza con la accresciuta sensibilità per i rimedi manutentivi si sta, in altre parole, facendo strada la tesi che non esclude in termini assoluti e pregiudiziale l'eccezionalità del rinnovo, optando piuttosto per una valutazione da operarsi caso per caso e con specifico riferimento alla portata effettivamente innovativa e imprevedibile dei contenuti del nuovo contratto.

Se, infatti, in astratto l'eventualità del rinnovo non può dirsi di per sé eccezionale¹⁷, occorre considerare che l'attributo della eccezionalità in molti casi può essere ragionevolmente riferito alla *portata* della modifica introdotta per effetto del

¹⁶ Tar Campania, sez. I, 13 giugno 2024, n. 3735, che equipara il rinnovo del CCNL alla «sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti», annoverata tra le fattispecie legittimanti la modifica in corso di esecuzione dal co. 1, lett. c), n. 2 dell'art. 120 del vigente codice dei contratti pubblici. I giudici, in particolare, hanno affermato che tra le disposizioni legislative o regolamentari «vi debbano rientrare i contratti collettivi nazionali di lavoro, in ragione della loro inderogabilità e per la natura che rivestono (dall'art. 2 del d.lgs. n. 40/2006 che, modificando l'art. 360 c.p.c., ammette al n. 3 il ricorso per Cassazione per violazione di norme dei contratti accordi collettivi nazionali di lavoro, la dottrina giuslavoristica ne ha finanche desunto la riconducibilità alle fonti di diritto)».

¹⁷ Cons. St., sez. VII, 26 giugno 2024, n. 5659, in cui si riscontra come nella fattispecie controversa il rinnovo fosse prevedibile in virtù di una serie di circostanze tra cui il fatto che la gara fosse stata bandita «a molti anni di distanza dal precedente rinnovo contrattuale ed allorquando comunque la fase acuta della pandemia era ormai in regressione, in uno scenario, quindi, in cui un operatore economico diligente avrebbe potuto immaginare in prospettiva un progressivo incremento del costo del lavoro nel corso di un appalto di durata pluriennale qual è quello per cui è causa».

rinnovo. Il caso paradigmatico, rispetto a questo profilo, è rappresentato dal rinnovo del CCNL delle cooperative sociali per il periodo 2023-2025, che ha portato ad un'eccezionale e non prevedibile alterazione delle condizioni normative e soprattutto retributive previste dalla fonte collettiva (nella versione del 2020).

In ogni caso, la riconducibilità dell'ipotesi del rinnovo negoziale nel perimetro oggettivo di applicazione della normativa sulla revisione dei prezzi deve essere criticamente considerata anche con riferimento all'opzione alternativa possibile: quella secondo cui il rinnovo andrebbe considerato alla stregua di una delle «circostanze imprevedibili» disciplinate dall'art. 120, co. 1, lettera c), del d. lgs. n. 36/2023.

Questa ricostruzione è stata, nel recente passato, prospettata dalla giurisprudenza, la quale, prima dell'entrata in vigore del codice del 2023, doveva approcciarsi al tema del rinnovo del CCNL in corso di esecuzione in un contesto in cui, come si è visto, l'ordinamento non prescriveva l'obbligatoria formulazione della clausola revisionale negli atti di gara.

Nell'odierno contesto, invece, l'interprete deve confrontarsi con il delicato problema della qualificazione del rinnovo del contratto collettivo in termini di elemento legittimante la revisione dei prezzi ai sensi dell'art. 60 del codice ovvero come circostanza imprevedibile idonea a giustificare l'adozione di una modifica ai sensi dell'art. 120 del medesimo codice.

L'alternativa non è priva di conseguenze concrete e, come di seguito si avrà modo di riferire, tutt'altro che di semplice trattazione.

Le conseguenze dell'adozione di una prospettiva anziché dell'altra risiedono nei differenti limiti quantitativi dell'“intervento” possibile sul contenuto negoziale e, segnatamente, sull'entità del corrispettivo a carico del committente pubblico.

In tema di revisione dei prezzi, infatti, l'articolo 60, come modificato dal recente decreto correttivo¹⁸, delinea, per ciascun settore di afferenza del contratto considerato, un regime caratterizzato da un duplice limite percentuale: uno relativo

¹⁸ D. lgs. 31 dicembre 2024, n. 209.

all'entità della revisione e l'altro relativo alla "porzione" di prezzo su cui la revisione è destinata ad operare.

Di contro, per le sopravvenienze che costituiscono circostanze imprevedibili per la stazione appaltante, l'articolo 120¹⁹ pone soltanto il divieto di incrementi di prezzo superiori al 50%.

Ecco che, dunque, il corretto inquadramento del rinnovo del CCNL nel complesso panorama delle sopravvenienze rappresenta un problema di evidente concretezza. La sopracitata lettera c) del primo comma dell'art. 120 include, tra le sopravvenienze idonee a determinare una modifica soggetta al regime e ai limiti dello stesso articolo 120, le «esigenze derivanti da nuove disposizioni legislative o regolamentari o da provvedimenti sopravvenuti di autorità o enti preposti alla tutela di interessi rilevanti». Il dubbio che, al cospetto di questa norma, si profila riguarda pertanto la possibilità di considerare il rinnovo del contratto collettivo alla stregua di una *soppravvenienza normativa*. Opzione, quest'ultima, tutt'altro che assurda laddove si consideri che l'articolo 360 c.p.c. – nella versione novellata nel 2006²⁰ – ammette il ricorso per Cassazione per violazione di norme dei contratti collettivi di lavoro, in ragione, per l'appunto, della riconosciuta natura di fonti del diritto dei CCNL.

Cionondimeno la riconduzione del rinnovo contrattuale ad una ipotesi di modifica *ex art. 120* del d. lgs. n. 36/2023 non convince per un dato di natura sistematica, ossia in ragione del fatto che la presenza di una norma puntualmente dedicata alla revisione del prezzo impone, per converso, di ritenere che la norma generale in tema di modifiche (l'art. 120 del vigente codice dei contratti) debba riguardare soltanto le modifiche aventi ad oggetto il contenuto delle prestazioni diverse dal pagamento del corrispettivo economico²¹. L'incremento del costo del lavoro, derivante dal rinnovo del CCNL, in quanto circostanza idonea ad incidere sull'entità del prezzo di aggiudicazione, deve, pertanto, di essere considerata alla stregua di una fattispecie di possibile revisione del prezzo.

¹⁹ Cfr. il co. 1 lett. c) e il co. 2.

²⁰ D. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

²¹ Tar Lombardia, sez. I, 10 marzo 2022, n. 239; Cons. St., sez. V, 1 ottobre 2024, n. 5690.

Questa conclusione, tuttavia, dischiude ulteriori e altrettanto delicati problemi di inquadramento, che concernono la natura delle situazioni soggettive coinvolte nelle dinamiche revisionali e le conseguenze processuali di tale inquadramento.

Sotto questo profilo la posizione più convincente è quella che condiziona la natura delle situazioni giuridiche coinvolte alla formulazione della clausola revisionale. In concreto, se la clausola revisionale neutralizza i margini di apprezzamento discrezionale del committente pubblico il giudice munito di giurisdizione rispetto alle pretese revisionali deve essere il giudice ordinario, giacché in tali ipotesi sostanzialmente si rivendica l'esecuzione di una prestazione già dettagliatamente prevista nel contratto. Di contro, laddove la clausola revisionale sia formulata in modo da lasciare al committente margini di apprezzamento in merito all'applicazione della revisione, le posizioni implicate andrebbero a configurarsi in senso pubblicistico (ossia come interessi legittimi pretensivi e, sul fronte del committente, in termini di potere) con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva. Sul punto convergono anche le posizioni dottrinali più autorevoli, che in modo convincente parlano della revisione come «focolaio pubblicistico»²² inserito in un contesto caratterizzato dalla pariteticità come quello della fase esecutiva.

La qualificazione pubblicistica della fattispecie revisionale (nei casi in cui la formulazione della clausola deponga in questo senso) determina anche conseguenze ulteriori rispetto a quelle in punto di giurisdizione. Le conseguenze in questione concernono il dovere, per le amministrazioni destinatarie di istanze di revisione, di intraprendere un procedimento amministrativo destinato a concludersi con l'adozione di un provvedimento. Il che implica, per evidenti ragioni sistematiche, che l'eventuale mancata conclusione espressa del procedimento in questione possa dar luogo all'instaurazione, per iniziativa del contraente privato titolare della pretesa alla revisione, di un giudizio avverso il silenzio²³.

²² GOISIS – PANTALONE, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici come condizione per l'attuazione del PNRR, tra principi eurounitari e vischiosità normative nazionali*, in *Dir. amm.*, 1, 2023, 97 ss.

²³ Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 10 agosto 2023, n. 2629.

5. Il controllo sul rispetto del piano di riassorbimento

L'incremento del costo della manodopera non è l'unica ipotesi che costringe l'interprete a confrontarsi con il problema del bilanciamento, in fase di esecuzione, tra obiettivi di sostenibilità sociale e di razionale gestione delle sopravvenienze. Lo stesso problema si pone con riguardo al tema del controllo, più o meno stringente, da compiersi circa l'effettiva osservanza, da parte dell'appaltatore, del piano di riassorbimento presentato in sede di gara in ossequio alla clausola sociale.

La prima definizione di piano di riassorbimento si rinviene nelle Linee guida Anac n. 13, (approvate con delibera n. 114 del 13 febbraio 2019), par. 3.5, laddove si dispone che «La stazione appaltante prevede, nella documentazione di gara, che il concorrente alleggi all'offerta un progetto di assorbimento, comunque denominato²⁴, atto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico). La mancata presentazione del progetto, anche a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, equivale a mancata accettazione della clausola sociale con le conseguenze di cui al successivo punto 5.1. Il rispetto delle previsioni del progetto di assorbimento sarà oggetto di monitoraggio da parte della stazione appaltante durante l'esecuzione del contratto».

In linea di continuità con lo scenario previgente si colloca il d. lgs. n. 36/2023, che all'art. 102, rubricato «*Impegni dell'operatore economico*» dispone:

²⁴ Il tema della necessità di allegare un progetto di riassorbimento è stato esaminato dal parere del Consiglio di Stato del 21 novembre 2018, n. 2703 relativo allo schema delle Linee guida Anac relative alla disciplina delle clausole sociali. Secondo il Consiglio di Stato «tale piano di compatibilità dovrebbe anche rendere esplicito quale concreta condotta l'aggiudicatario intenda adottare per rispettare l'obbligo nei confronti dei lavoratori interessati, condotta che dovrebbe coincidere con la formulazione di una vera e propria proposta contrattuale». Queste indicazioni non sono state recepite nelle Linee guida, che prevedevano soltanto l'allegazione di «un progetto di assorbimento, comunque denominato».

– al primo comma, che nei bandi, negli avvisi e negli inviti le stazioni appaltanti, tenuto conto della prestazione oggetto del contratto, richiedano agli operatori economici di assumere l'impegno di garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato;

– al secondo comma, che l'operatore economico indichi nell'offerta le modalità con le quali intende adempiere quegli impegni. Il medesimo articolo prescrive altresì che la stazione appaltante verifichi l'attendibilità degli impegni assunti con qualsiasi mezzo adeguato, anche mediante le modalità proprie della verifica di anomalia, solo nei confronti dell'offerta dell'aggiudicatario.

Mettendo a confronto il testo delle Linee guida Anac con quello del vigente articolo 102 del codice dei contratti pubblici ci si avvede di una importante discontinuità, riconducibile a due elementi.

Il primo concerne il fatto che l'articolo 102 non menziona più espressamente il piano di riassorbimento. Il secondo riguarda la mancata previsione, da parte del medesimo articolo, di puntuali obblighi di verifica, in corso di esecuzione, sull'effettivo rispetto dell'impegno assunto in sede di gara sul piano della stabilità occupazionale.

Il nuovo codice, alla luce dei due predetti elementi di novità, sembra, pertanto, adottare un approccio più morbido in tema di cogenza della clausola sociale ed *enforcement* della stessa all'indomani della stipula.

Questa affermazione merita di essere contestualizzata, e in particolare messa in relazione con un ulteriore elemento: il fatto che già con riferimento alla fase di gara la giurisprudenza abbia chiarito come gli impegni in tema di riassorbimento non debbano travalicare i limiti di compatibilità con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e organizzazione definitiva del nuovo assuntore.

Questa elasticità è funzionale alla tutela di una pluralità di obiettivi, primo fra tutti quello del buon andamento e del risultato: se, in ipotesi, fosse imposto all'appaltatore di assumere tutte le unità di personale già in forze all'appaltatore

uscente si assisterebbe ad una lievitazione dei costi a carico dell'aggiudicatario, con conseguenti rischi sul piano dell'adempimento a regola d'arte delle prestazioni dedotte in contratto.

A ciò si aggiunge anche una considerazione, forse meno intuitiva, in merito alla tutela degli interessi dei lavoratori coinvolti. In merito si è osservato come l'ipotesi di una obbligatoria riassunzione di tutti i lavoratori impiegati nella commessa conclusa avrebbe quale effetto paradossale quello di "legare" il lavoratore non già ad una struttura aziendale bensì ad un contratto di appalto «il che disincentiverebbe l'assunzione a tempo indeterminato (...) ad onta delle politiche giuslavoristiche moderne che promuovono (o dovrebbero promuovere), invece, la stabilità occupazionale»²⁵.

Questa flessibilità (che, sia detto per inciso, riguarda anche le clausole sociali dettate dai contratti collettivi), se da un lato è necessaria a presidio degli interessi sopra richiamati, dall'altro rischia di trasformarsi in arbitrio laddove non adeguatamente presidiata.

Invero l'affermazione che precede non è pacifica come si potrebbe essere indotti a ritenere. Ad essa, infatti, si sono a lungo contrapposte le posizioni delle Istituzioni europee, e segnatamente della Commissione e della Corte di giustizia, le quali hanno ritenuto che gli obblighi ambientali e sociali potessero, al massimo, consistere in condizioni particolari di esecuzione (cfr. l'attuale art. 113 del codice dei contratti pubblici), ma, di contro, non potessero precludere le prospettive di partecipazione alla gara degli operatori economici interessati alla commessa. In altre parole, secondo la prospettiva soprarichiamata, le stazioni appaltanti in sede di gara potrebbero pretendere solo la formale accettazione della clausola sociale, mentre la verifica sul suo effettivo rispetto sarebbe interamente demandata alla fase di esecuzione.

Questa ricostruzione non convince, per una serie di ragioni.

In primo luogo, perché postula una strutturale debolezza degli interessi sociali rispetto a quelli che tradizionalmente popolano lo spazio decisionale a disposizione

²⁵ Tar Puglia, sez. II, 13 gennaio 2025, n. 31.

dei compratori pubblici. Il tutto sulla scorta di una visione pan-concorrenziale che sta mostrando la propria crescente inadeguatezza.

Inoltre, la tesi in esame rischia di creare effetti iniqui proprio sul piano della competizione concorrenziale. Ritenendo che ai fini della partecipazione alla gara sia sufficiente la formale accettazione degli obblighi di natura sociale l'effetto che rischia di determinarsi è quello di una sottovalutazione, in sede di predisposizione dell'offerta, dei costi che l'assunzione degli obblighi medesimi comporta. Ciò a discapito, ovviamente, della effettiva sostenibilità finanziaria dell'offerta e, dunque, in definitiva della sua serietà.

A ben vedere il rischio appena prospettato è analogo a quello che si rintraccia con riferimento agli obblighi assunzionali di donne e lavoratori giovani (cfr. l'art. 57 del codice dei contratti). Dal momento che la sostenibilità e il rispetto di tali obblighi viene verificato solo in fase di esecuzione gli operatori economici possono essere tentati di assumere gli obblighi *de qua* in sede di partecipazione alla gara, senza ponderare adeguatamente l'impatto degli obblighi medesimi sull'organizzazione aziendale e sulla economicità dell'offerta in concreto sottoposta alla stazione appaltante.

Rispetto a questa linea di pensiero, tutta orientata a relegare in fase di esecuzione il rilievo degli obblighi sociali, la legislazione degli ultimi anni ha introdotto significative novità, prima fra tutte l'obbligo di presentazione in sede di gara del piani di riassorbimento, grazie al quale nella fase di selezione del contraente emerge una "momento" di valutazione relativa alla effettiva serietà e concretezza degli impegni di ordine sociale che l'offerente assume nella prospettiva della aggiudicazione della commessa.

Invero, il vigente articolo 102 del codice dei contratti pubblici non menziona espressamente il piano di riassorbimento, che, invece, compariva nel corrispondente articolo del codice del 2016. La disposizione vigente stabilisce che per i fini di tutela della stabilità occupazionale «l'operatore economico indica nell'offerta le modalità con le quali intende adempiere quegli impegni» e al contempo che la stazione appaltante in sede di gara verifica nei confronti

dell'aggiudicatario «l'attendibilità degli impegni assunti con qualsiasi adeguato mezzo, anche con le modalità di cui all'articolo 110» ossia con le modalità del controllo di anomalia.

Il mancato riferimento al piano di riassorbimento si presta a letture differenti. Si può, infatti, ragionevolmente ritenere che la norma vigente non abbia sul punto recato innovazioni decisive, da momento che l'indicazione delle modalità di assunzione degli impegni sociali di fatto consisterebbe con il contenuto caratterizzante del cd. piano di riassorbimento. In alternativa si può affermare che il codice non pretende più la produzione in sede di offerta del piano di riassorbimento, "accontentandosi" della indicazione delle modalità di adempimento degli obblighi sociali imposti dalla normativa vigente. Pertanto, in assenza di una previsione negli atti di gara che imponga agli offerenti di presentare un "vero e proprio" piano di riassorbimento, a carico degli operatori economici sussisterebbe un onere di allegazione meno gravoso di quello risultante dal codice del 2016²⁶.

Sul punto sarà la giurisprudenza a dover indicare cosa esattamente debba intendersi per esplicitazione in sede di gara delle modalità di adempimento degli obblighi sociali. L'auspicio non può che consistere nell'affermazione di una linea interpretativa orientata a riconoscere e garantire l'effettività della clausola sociale di riassorbimento e, per essa, la dignità intrinseca dei cd. interessi orizzontali. Ciò al fine di superare la situazione odierna che, come si è accennato, è caratterizzata dal fatto che gli obblighi di riassorbimento del personale uscente risultano, nel quadro degli interessi sociali, quelli meno presidiati e, pertanto, più facilmente eludibili in fase di esecuzione.

Basti, in proposito, mettere a confronto l'impegno al riassorbimento con gli altri impegni di carattere sociale. Per gli obblighi di equo trattamento, infatti, opera il meccanismo sostitutivo di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 11 del codice dei contratti pubblici, che si traduce nella necessità, per le stazioni appaltanti, di valutare con prudenza il contratto collettivo da indicare in sede di gara. Ciò per la semplice

²⁶ Cfr. sempre Tar Puglia, n. 31/2025.

ragione per cui nel caso in cui venga indicato un contratto inappropriato il giudice del lavoro potrà riconoscere ai lavoratori coinvolti nella commessa l'applicazione di un contratto più garantista, con il rischio di un incremento del costo della manodopera tale da compromettere l'equilibrio del sinallagma e la regolare esecuzione delle prestazioni.

Per gli obblighi di occupazione promozionale, ad esempio quelli previsti in favore di giovani e donne dall'Allegato II. 3 al codice (richiamato dall'art. 57 del codice medesimo), prevede l'irrogazione di penali in caso di mancata osservanza.

In questo contesto l'assenza di specifiche regole destinate a contrastare la violazione, in fase di esecuzione, degli obblighi di riassorbimento risulta particolarmente rilevante sul piano del difetto di coerenza del sistema normativo nel suo complesso. Ciò è corroborato dall'idea, autorevolmente rappresentata in dottrina, secondo cui l'inosservanza degli obblighi in questione non potrebbe determinare la risoluzione del rapporto per inadempimento²⁷. L'osservanza degli obblighi sociali, infatti, non può essere assimilata alla mancata esecuzione delle prestazioni contrattuali, circostanza che pare l'unica in grado di giustificare il ricorso al rimedio risolutorio.

La persistente lacuna sul piano degli strumenti di *enforcement* relativi agli obblighi di riassorbimento invero si accompagna a qualche timida apertura sul piano della possibilità di inserire valutazioni sociali, anche in punto di stabilità occupazionale, nella predeterminazione dei criteri di assegnazione dei punteggi in sede di offerta. Sul punto tradizionalmente si registrano posizioni di segno contrario, riassunte nella Relazione alle Linee guida Anac n. 13, nella quale si affermava che «Attesa la difficoltà di definire criteri di valutazione del "progetto di assorbimento" che rispondano ai requisiti di cui all'articolo 95, co. 6, del codice dei contratti pubblici,

²⁷ CARUSO E., *I contratti pubblici tra obiettivi di sostenibilità e finalità concorrenziali*, cit., 298. Ma, *contra*, si vedano le già richiamate Linee guida Anac n. 13, in cui si afferma che «Viceversa, traendo spunto anche da quanto affermato in chiusura dalla Commissione speciale, in merito al fatto che le problematiche maggiori si pongono nei casi di accettazione formale della clausola sociale, che però porta al suo mancato rispetto in sede di esecuzione del contratto, il progetto viene considerato quale obbligo contrattuale il cui corretto adempimento deve essere valutato durante l'esecuzione del contratto, applicando nei casi di inadempimento i rimedi consentiti dal contratto e dalla legge».

ripresi dalle Linee guida n. 2 – Offerta economicamente più vantaggiosa – e il rischio che criteri di valutazione dell’offerta basati sul numero dei lavoratori che saranno riassorbiti in applicazione della clausola sociale possano essere di ostacolo a processi di efficientamento dell’operatore entrante, l’Autorità non ritiene opportuno inserire la valutazione del progetto dell’ambito dell’offerta economicamente più vantaggiosa».

Questa posizione di generalizzata chiusura non pare del tutto condivisibile. Non è in discussione il fatto che l’autonomia imprenditoriale non possa essere conculcata da previsioni premianti che di fatto neutralizzino le *chance* di utile partecipazione alla gara in funzione di elementi non direttamente attinenti alla qualità tecnica dell’offerta. Cionondimeno tali prospettive possono essere gestite facendo ricorso allo scrutinio di proporzionalità, che tradizionalmente trova il proprio ambito elettivo di applicazione proprio nel sindacato sul contenuto e sul “peso specifico” dei vari parametri in cui si articola il criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

La giurisprudenza recente, invero, mostra qualche apertura rispetto alla valorizzazione degli impegni di carattere sociale anche in sede di assegnazione dei punteggi. I giudici amministrativi²⁸ sembrano inclini a riconoscere che gli impegni sociali possano determinare l’assegnazione di punteggi premiali a condizione che sussista un apprezzabile legame di funzionalità tra il contenuto dell’impegno assunto e la qualità delle prestazioni oggetto della commessa.

Il caso più emblematico, in tal senso, è rappresentato dall’ipotesi in cui la conservazione delle risorse umane e del loro inquadramento, assicurata in sede di offerta, sia funzionale alla migliore esecuzione dell’appalto» in ragione del fatto che «l’Amministrazione (...) trovava utile non modificare la composizione delle squadre che avevano prestato la propria attività nel corso del precedente periodo di esecuzione».

²⁸ Tar Campania, sez. I, 20 settembre 2023, n. 5155 (ma, dello stesso avviso, già Cons. Stato, parere del 21 novembre 2018, n. 2703 sulla bozza di Linee guida Anac in tema di clausola sociale).

La prudenza di queste posizioni, incentrate sul test di “funzionalità”, nasce da un obiettivo concreto e condivisibile: quello di non affidare le commesse pubbliche in forza di valutazioni del tutto sganciate dalle caratteristiche oggettive dell’offerta e calibrate solo in funzione di considerazioni di carattere soggettivo (ossia riferite all’organizzazione aziendale dell’offerente).

Questo rischio, tuttavia, non deve essere contrastato attraverso una impostazione rigida e assolutizzante, che neghi il rilievo degli elementi soggettivi o che, come nel caso della giurisprudenza sopra richiamata, si cimenti in una poco stringente disamina sulla strumentalità tra elemento soggettivo ed elemento oggettivo.

Più persuasiva, sebbene ancora priva di riscontri nel panorama giurisprudenziale, risulta l’idea per cui il crescente rilievo degli interessi orizzontali comporti il superamento dell’alternativa netta, in sede di assegnazione dei punteggi alle offerte in gara, tra elementi di valutazione soggettivi ed elementi oggettivi. Tale alternativa, infatti, sottintende una primazia dei secondi sui primi, sulla scorta del convincimento, non più attuale, della tendenziale estraneità degli interessi orizzontali rispetto all’ambito degli interessi direttamente coinvolti nei processi decisionali che conducono alla selezione del contraente. Questo assunto, tuttavia, riflette un’impostazione assiologica non coerente con le scelte del diritto positivo, che annovera gli interessi orizzontali nell’arena degli interessi pubblici ad apprezzamento necessario.

6. Conclusioni

La funzione strategica della contrattualistica pubblica viene unanimemente riconosciuta come punto di arrivo di un percorso evolutivo caratterizzato dal superamento dell’egemonia, culturale e valoriale, della concorrenza.

Questo approdo, tuttavia, è tutt’altro che assoluto o definitivo. Non solo perché non sono prevedibili i contenuti e, soprattutto, l’ispirazione delle iniziative di riforma che, con ogni probabilità, caratterizzeranno i prossimi decenni (nei quali, come noto, dovranno essere adottate nuove direttive europee in tema di *public*

procurement). Ma soprattutto perché gli obiettivi strategici che l'ordinamento ascrive alla contrattualistica pubblica tuttora scontano un grave deficit di effettività proprio a causa della persistente sottovalutazione della fase di esecuzione.

Questo dato, che nel presente contributo si è tentato di dimostrare con riferimento ai temi della sostenibilità sociale, testimonia come l'orientamento finalistico delle norme sulla contrattualistica pubblica non abbia subito il radicale riposizionamento che gli interpreti per lo più rappresentano.

Il cono d'ombra che tradizionalmente ha interessato la fase di esecuzione del contratto si è diradato solo in parte e con riferimento a quelle evenienze che, pur collocandosi nella fase post-stipula, rischiano di rappresentare una sorta di "smentita" degli esiti concorrenziali della gara.

In altre parole, la fase di esecuzione è stata considerata e "normata" nei limiti in cui ciò è risultato necessario per presidiare l'effettività delle regole pro-concorrenziali relative alla fase di affidamento della commessa.

Di contro, gli interessi orizzontali, presentati come principale elemento di discontinuità nel contesto valoriale in cui si colloca l'attività negoziale dei soggetti pubblici, sono rimasti confinati in un'area caratterizzata dall'assenza di strumenti di monitoraggio e "reazione" in grado di garantire agli interessi medesimi pari dignità rispetto agli interessi pubblici finora considerati come primari: quello contabilistico e quello pro-concorrenziale.

Le direttrici lungo cui, auspicabilmente, dovranno muovere i futuri interventi di riforma sembrano, dunque, quelle della concretizzazione e dell'inveramento della visione strategica della contrattualistica pubblica, superando, una volta per tutte, la stagione della "mitologia" e dei totem culturali.

Sulla ricorribilità per Cassazione della “nuova” sentenza ex art. 420 *quater* c.p.p. Nota a corte di cassazione, Sezioni Unite Penali, sentenza n. 5847/2025

di
Sarah Grieco*

Sommario: 1. Premessa. Le peculiarità della sentenza ex art. 420 *quater* c.p.p. nel quadro del nuovo processo *in absentia* della riforma Cartabia - 2. La *quaestio* al vaglio della Corte e i precedenti giurisprudenziali - 3. Gli argomenti a sostegno della immediata ricorribilità. - 4. I presupposti dell'impugnazione: l'estensione del sindacato di legittimità e la legittimazione e l'interesse al ricorso - 5. Note a margine della decisione. Un passo in avanti nel solco dei principi di efficienza del processo e del controllo di legalità processuale della decisione.

1. Premessa. Le peculiarità della sentenza ex art. 420 *quater* c.p.p. nel quadro del nuovo processo *in absentia* della riforma Cartabia

Il decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 150 ha fortemente innovato il sistema processualpenalistico, mirando a modificare, in maniera significativa, la dinamica del processo nelle sue diverse fasi e variabili¹.

Si è trattato di «una riforma ampia, organica e di sistema»², il cui filo conduttore è rappresentato, per stessa ammissione del legislatore, dalla necessità di garantire [l'] «efficienza del processo e della giustizia penale»³.

* Avvocata, Assegnista di ricerca Scuola Superiore Meridionale, Napoli.

¹ Come è noto, il decreto legislativo in parola è stato adottato in attuazione della delega legislativa approvata con legge 27 settembre 2021, n. 134.

² Cfr. *Relazione Illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*: «Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari», in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*, 19 ottobre 2022, n. 245, supplemento straordinario n. 5, p. 177

Tra i vari interventi realizzati trova uno spazio di rilievo anche il cd. processo *in absentia*, vero e proprio «misuratore di pressione del grado di permeabilità dei principi espressione del giusto processo nel sistema»⁴ e che, più di altri istituti, risente delle «temperie del momento e delle influenze sovranazionali»⁵.

La riforma è stata ispirata «all'esigenza di una complessiva rivisitazione e rimodulazione della normativa precedente al duplice scopo di rendere più efficiente il processo, evitando che la sua celebrazione sia vanificata dalla attivazione di rimedi per il caso in cui l'imputato non ne abbia avuto effettiva conoscenza, ed a quello di adeguare la normativa interna alle indicazioni e ai principi elaborati dalla giurisprudenza europea, ed in particolare al riconoscimento in termini di diritto soggettivo della possibilità per l'imputato di essere presente nel processo che lo riguarda, ai fini dell'esercizio delle prerogative riconosciutegli dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo»⁶.

Con un deciso passo in avanti, rispetto ai timidi tentativi degli anni precedenti⁷, il legislatore ha inteso ovviare alle censure mosse dalla Corte EDU⁸ la quale, a più riprese,

ss. Cfr. *Relazione su novità normativa "La riforma Cartabia"*, Ufficio del massimario - Servizio penale, 2023, p. 11.

³ *Relazione Illustrativa*, cit., p. 182.

⁴ G. VARRASO, *Il "nuovo" processo in assenza dell'imputato*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO (a cura di), Cedam, Milano, 2023, p.571.

⁵ G. NEGRI, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Giappichelli, Torino, 2012, p.84-85.

⁶ Cfr. *Relazione su novità normativa "La riforma Cartabia"*, cit., p. 93. In merito alle disposizioni della legge delega n. 134/2021 sul processo in assenza, si v., fra gli altri, S. QUATTROCOLO, *Presenza e assenza dell'imputato nel processo: nuove linee di tendenza nella riforma in corso*, in *Studi in onore di Roberto E. Kostoris*, P.P. PAULESU, M. DANIELE, S. SIGNORATO, M. BOLOGNARI, A. BOLDRIN (a cura di), Giappichelli, Torino, 2022, p. 77-96; ibidem, *Partecipazione al processo e contraddittorio*. In onore di Mario Chiavario, in *www.laegislazionepenale.eu*, 19 ottobre 2020, p. 107 ss.; G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in *Sistema Penale*, 15 ottobre 2021, p. 12. Per una panoramica generale del "prodotto finito" (il d.lgs. n. 150/2022) cfr., *ex plurimis*, L. KALB, *La nuova disciplina del processo in assenza dell'imputato: la ricerca di una soluzione equilibrata per il superamento di problemi ancora irrisolti*, in *La riforma Cartabia*, G. SPANGHER (a cura di), Pacini Giuridica, Pisa, 2022, p. 337 ss.; P. SPAGNOLO, *La nuova fisionomia del processo in assenza. I presupposti in Il procedimento penale tra efficienza, digitalizzazione e garanzie partecipative*, M. CAIANIELLO, M. GIALUZ, S. QUATTROCOLO (a cura di), in *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, G.L. GATTA, M. GIALUZ (diretto da), vol. I, Giappichelli, Torino, 2024, p.295 -311; D. TRIPICCIÓN, *Processo in assenza*, in *La riforma del sistema penale. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 [c.d. Riforma Cartabia]*, in *attuazione della legge delega 27 settembre 2021, n. 134*, A. BASSI e C. PARODI (a cura di), Giuffrè, Milano, 2022, p. 151 ss.; G. VARRASO, *Il "nuovo" processo in assenza dell'imputato*, cit., p.571 ss.; G. MANTOVANI, *"Riforma Cartabia": per chi è il processo in absentia*, in *Legislazione penale*, 30 maggio 2023.

⁷ Invero, il legislatore italiano già nel 2005, con un primo parziale intervento, aveva provveduto a riformare l'art. 175 c.p.p. riconoscendo, all'imputato, la possibilità di essere rimesso in termini per impugnare la sentenza di condanna pronunciata nei suoi confronti, salva la prova che egli abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento e abbia, volontariamente, rinunciato a comparire ovvero a proporre impugnazione od opposizione. Più radicale è stata la modifica

aveva sanzionato il sistema italiano di valutazione dell'assenza. Imperniato su "indici di conoscenza" del processo, interpretabili alla stregua di vere e proprie presunzioni, gli stessi si mostravano distonici rispetto alla garanzia dell'equo processo, predicato dall'art. 6 CEDU, oltre che con l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale⁹, "accontentandosi" della sola conoscibilità del procedimento ai fini della sua celebrazione e gravando l'interessato di un onore probatorio difficile da vincere, per potere ottenere quella *fresh determination of the merits of the charge*¹⁰, imposta, appunto, dai giudici di Strasburgo.

Invero, già prima dell'ultimo intervento di riforma, il giudice di legittimità aveva "aperto" a diverse interpretazioni "ortopediche" della normativa interna vigente, in grado di rendere le disposizioni coerenti con le indicazioni provenienti dai giudici di Strasburgo¹¹. In particolare, veniva affermato che, affinché un processo, svoltosi in assenza, potesse considerarsi conforme all'art. 6 della CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, era indispensabile che l'imputato ne avesse avuto conoscenza effettiva. Si riteneva, perciò, insufficiente la sola informazione circa l'esistenza di un'indagine penale, dal momento che, la consapevolezza del processo, poteva essere garantita solo dalla conoscenza di un provvedimento formale di *vocatio in*

introdotta dalla legge n. 67 del 2014, con la quale è stato abolito il processo in contumacia, prevedendo la sospensione del processo per il caso in cui l'imputato sia rimasto assente. Tuttavia, il sistema di valutazione dell'assenza era imperniato su indici di conoscenza del processo che, ove interpretati come vere e proprie presunzioni, riproponevano le medesime dinamiche censurate dalla giurisprudenza europea, salvo rimedi sussidiarie successivi di natura restitutoria. Sul punto cfr. C. CONTI, *Processo in absentia a un anno dalla riforma: praesumptum de praesumpto e spunti ricostruttivi*, in *Diritto penale e procedura*, 2015, p.467 ss.

⁸ Corte EDU, 2.2.1985, *Colozza c. Italia*; Corte EDU 18.5.2004, *Somogyi c. Italia*; Corte EDU, 10.11.2004, *Sejdovic c. Italia*, poi, in parte, confermata da Gr. Ch., 1.3.2006, *Sejdovic c. Italia*; Corte EDU, 9.6.2005, *R.R. c. Italia*. Si veda, in proposito, la ricostruzione puntuale di tali pronunce operata da A. PROCACCINO, *Informazione e consapevolezza dell'imputato per la presenza al suo processo. Suggestioni europee e problemi nazionali*, in *Legislazione penale*, 16 febbraio 2022. Più in generale sullo «Statuto europeo del processo in assenza» v. S. QUATTROCOLO, *Partecipazione al processo e contraddittorio*, in www.laegislazionepenale.eu, 19 ottobre 2020, p.112 ss. la quale ricostruisce gli approdi della Corte europea dei diritti dell'uomo e, in particolare, il cd. «test trifasico» per saggiare la compatibilità della disciplina interna con il diritto alla partecipazione al proprio processo, sancito implicitamente dall'art. 6 §§ 1 e 3 CEDU (si veda il *leading case* Corte EDU 12.2.1985, *Colozza c. Italia*, § 27).

⁹ Sul punto v. la sentenza della Corte costituzionale n. 192/2023, massima n. 45793, in cortecostituzionale.it, secondo cui il «diritto dell'imputato di presenziare al processo ha natura di diritto fondamentale, garantito dagli artt. 111 Cost. e 6 CEDU, innanzitutto attraverso la pienezza del contraddittorio. Il diritto partecipativo dell'imputato è, d'altronde, funzionale all'esercizio della c.d. autodifesa, che è distinta e ulteriore rispetto alla difesa tecnica». Cfr. anche Corte costituzionale, sentenza n. 65/2023, massima 45451, in cortecostituzionale.it.

¹⁰ Corte EDU 18.5.2004, *Somogyi c. Italia*, cit.

¹¹ S. QUATTROCOLO, *Presenza e assenza dell'imputato nel processo: nuove linee di tendenza nella riforma in corso*, cit., p. 81, sottolinea la lettura «trasformativa» del tenore letterale dell'art. 420 bis, offerta dalle Sezioni unite.

iudicium, contenente l'indicazione dell'accusa formulata, nonché della data e del luogo di svolgimento del giudizio¹².

Del pari, le Sezioni Unite escludevano che gli indici di conoscibilità del processo, indicati dall'art. 420 *bis* c.p.p., potessero essere interpretati alla stregua di presunzioni, dal momento che una tale interpretazione «non potrebbe mai essere consentita perché in violazione delle disposizioni convenzionali quali interpretate dalla Corte EDU»¹³.

Recependo gli approdi di «un'opera compiuta, granitica e priva di crepe»¹⁴, quale è quella compiuta dalla giurisprudenza di legittimità¹⁵, e in linea con le spinte internazionali, in particolare con la direttiva UE 343/2016¹⁶, la legge n. 134 del 27 settembre 2021 ha rimodellato i presupposti del processo in assenza ponendovi, a fondamento, non più la conoscenza legale, o presunta, del *procedimento* da parte dell'imputato, bensì quella concreta ed effettiva del *processo*, assicurata, a monte, attraverso un rinnovato sistema di notificazioni e, a valle, dal controllo che il giudice è chiamato ad effettuare in ordine alla reale consapevolezza dello svolgimento del processo¹⁷.

Oltre al superamento del sistema degli indici di conoscibilità, la riforma ha avuto il pregio di superare, definitivamente, l'ambiguità della conoscenza del procedimento, con il rischio di attribuire rilevanza a fatti o atti di una fase «embrionale» (quali l'arresto in flagranza o la dichiarazione/elezione di domicilio), «distanti – per tempi e per contenuti – da una *vocatio in iudicium*»¹⁸, con il rischio di «imbrigliare l'imputato nella spirale evolutiva del procedimento penale sin dal primissimo contatto»¹⁹.

Come sostenuto dalla *Relazione del Massimario* della Cassazione, «il criterio direttivo fondamentale, che permea tutta la riforma del cd. processo in assenza, è quello secondo

¹² Cass. pen., Sez. U, sentenza n. 28912 del 28 febbraio 2019, *Innaro*, Rv. 275716 - 01.

¹³ Cass. pen., Sez. U, sentenza n. 23948 del 28 novembre 2019, *Ismail*, Rv. 279420-01. In dottrina, a tale proposito, F. ALONZI, *L'interpretazione delle Sezioni Unite dei presupposti per procedere in assenza dell'imputato*, in *Diritto penale e procedura*, 2021, p.808 ss.

¹⁴ A. MANGIARACINA, *Alla ricerca di un nuovo statuto per l'imputato assente*, in *Sistema penale*, 1 dicembre 2022, p. 1.

¹⁵ Sulla forte «impronta pretoria» rinvenibile nelle direttive della legge delega, v. F. CENTORAME, *Verso un nuovo processo penale in assenza in Discrimen*, 2 febbraio 2022, p.12. Per una critica a tale tendenza del legislatore, v. P. FERRUA, *Il giusto processo tra governo della legge ed egemonia del potere giudiziario*, in *Diritto processuale penale*, 2020, p. 5.

¹⁶ In particolare il considerando n. 33 della Direttiva 2016/343/UE, sancisce espressamente che «[i]l diritto a un equo processo è uno dei principi fondamentali di una società democratica. Il diritto degli indagati e imputati di presenziare al processo si basa su tale diritto e dovrebbe essere garantito in tutta l'Unione».

¹⁷ L' art. 1, co. 7 lett. a) e b) della Legge 134/2021 stabilisce che ai fini della celebrazione del processo, in difetto della partecipazione fisica dell'imputato all'udienza, non ci si può basare sulla conoscenza, da parte sua, dell'esistenza del procedimento; al pari, la consapevolezza in ordine alla sola accusa rivoltagli non basta, qualora la stessa non sia accompagnata dalle indicazioni di tempo e di luogo della celebrazione del processo

¹⁸ E. DEI CAS, *Il processo all'imputato assente, tra recepimenti giurisprudenziali e morse efficientistiche* in *Archivio penale*, n.1/2024, p.4

¹⁹ G. NEGRI, *Il processo nei confronti dell'imputato "assente" al tortuoso crocevia tra svolgimento e sospensione*, in *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, D. PAULESU (a cura di), Torino, 2015, p. 201.

il quale in tanto il processo può procedere pur in mancanza dell'imputato, in quanto vi sia la certezza che egli ne abbia effettiva conoscenza e che la sua mancata partecipazione ad esso sia frutto di scelta volontaria»²⁰.

Il legislatore delegato ha dato attuazione, a tali indicazioni, attraverso una riscrittura degli artt. da 419 a 420 *sexies* del codice di rito.

In questo contesto si colloca l'"inedita" previsione, contenuta nell'art. 420 *quater* c.p.p., che introduce la sentenza di non doversi procedere per mancata conoscenza del processo da parte dell'imputato, con la quale viene disciplinata l'ipotesi in cui non ricorrano i presupposti per procedere in assenza e le ulteriori ricerche dell'imputato, disposte dal giudice, abbiano dato esito negativo.

Viene, così, decretata la fine della sospensione del processo, in vigore fin dalla legge n. 67 del 2014. Quest'ultima, lo si ricorderà, imponeva la necessità di disporre nuove ricerche ogni anno, finendo così per lasciare "in una sorta di limbo" tutti i processi nei quali non era possibile procedere in assenza.

La novella ha, evidentemente, coniugato lo scopo deflattivo con quello di far recuperare efficienza al sistema, dal momento che tale pronuncia definisce il procedimento, evitando che lo stesso rimanga pendente e che il giudice, ogni anno, debba disporre nuove ricerche dell'imputato.

La trasformazione dell'assenza impeditiva, da causa di sospensione del processo a fattispecie di improcedibilità, si allinea con la soluzione adottata per i cd. "eterni giudicabili", ovvero gli infermi, ai sensi dell'art. 72 *bis* c.p.p., *ex lege* n. 103 del 2017²¹. Quella adottata con l'art. 420 *quater*, tuttavia, costituisce una soluzione *sui generis* che presenta alcuni nodi problematici, legati alla natura stessa della sentenza.

Prevalentemente ritenuta una sentenza "in rito", che prescinde da ogni accertamento di merito, ha un'efficacia preclusiva limitata, in quanto destinata ad essere revocata, sia pure entro determinati limiti temporali indicati nella sentenza stessa, quando la persona, nei cui confronti è stata emessa, viene rintracciata ai sensi dell'art. 420 *sexies*.

La sua definitività è, infatti, ancorata al decorso di un termine stabilito *ad hoc* dal legislatore, individuato nel decorso del doppio dei termini di prescrizione previsti dall'art. 157 c.p. Nel mentre, la pronuncia determina la sospensione della prescrizione, secondo l'art. 159, ultimo comma, c.p., come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 150 del 2022²². La *ratio* è quella di evitare che l'imputato si sottragga, dolosamente, al processo, al solo scopo di far maturare i termini di prescrizione del

²⁰ Relazione su novità normativa "La riforma Cartabia", cit., p. 94.

²¹ Peraltro, proprio in relazione all'art. 72 *bis* c.p.p. la Corte costituzionale ha "ampliato" il concetto di infermità, dichiarando l'illegittimità costituzionale del medesimo art. 72 *bis*, comma 1, nella parte in cui si riferiva al solo stato «mentale» dell'imputato, anziché al suo stato «psicofisico»; cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 65/2023, in *cortecostituzionale.it*. Per un commento alla pronuncia sia consentito rinviare a S. GRIECO, *Disabilità fisica e consapevole partecipazione dell'imputato al processo*, in *Sistema penale*, fasc.2/2024.

²² Sul punto, la Cassazione ha, recentemente, precisato che «la sospensione del procedimento nei confronti dell'imputato assente, ai sensi dell'art. 420 *quater* c.p.p., determina l'aumento di durata della sospensione della prescrizione, ai sensi degli artt. 159, comma 7 e 161, comma 2, c.p., nella misura massima di un quarto del termine ordinario di cui all' art. 157, comma 1, c.p.»; cfr. Cass. pen., Sez. II, sentenza n. 6209 del 29 gennaio 2025, in *CED Cassazione*.

reato; ciò ad eccezione delle sentenze che non diventeranno mai irrevocabili perché i reati sono imprescrittibili.

Incerto anche lo *status* assunto dalla persona nei cui confronti è pronunciata la sentenza. Da un lato, nella *Relazione illustrativa* si legge che, poiché la pronuncia definisce il processo, il soggetto nei cui confronti è emessa «non è più imputato e il fascicolo va specificamente archiviato»; dall'altro, l'art. 420 *quater*, comma 7, c.p.p. prevede che, durante il tempo delle ricerche, le misure cautelari, custodiali e reali, non perdono efficacia, dando vita all'inedita figura del ricercato, nemmeno indagato e/o imputato, in aperta deroga al principio di strumentalità di cui all'art. 300 c.p.p. La sentenza poi, al pari dell'ordinanza, va inserita nel C.E.D. – Centro di elaborazione dati in modo da consentire una più agevole localizzazione dell'imputato da parte delle forze dell'ordine, in ragione della modifica apportata all'art. 143 *bis*, comma 1, disp. att. c.p.p.

Del pari, il provvedimento pare assumere la veste di sentenza nella parte in cui definisce il procedimento con un proscioglimento, seppure *sui generis*, e, ad un tempo, di provvedimento interlocutorio, in quanto dispone la prosecuzione delle ricerche nei confronti del proscioltto, contenendo, altresì, la *vocatio in iudicium* ad udienza fissa e predefinita, in ipotesi di rintraccio²³, oltre a prevedere la possibilità di prosecuzione del processo dinanzi al medesimo giudice per lo svolgimento di atti (istruttori) urgenti²⁴.

Tale ambiguità, circa la natura della pronuncia, si riverbera anche nella determinazione degli strumenti rimediali. Il legislatore si è limitato a prevedere, *apertis verbis*, la

²³ A. MANGIARACINA, *Alla ricerca di un nuovo statuto per l'imputato assente*, cit., p. 11. Così descrive la sentenza in parola la Corte costituzionale: «attesa la forma-contenuto della sentenza di cui all'art. 420-quater cod. proc. pen., recante sia una pronuncia di improcedibilità virtualmente conclusiva, sia una *vocatio in iudicium* a udienza predefinita per il caso di rintraccio dell'imputato, se ne sottolinea la "natura bifronte"; ambivalenza destinata tuttavia a sciogliersi con il decorso del tempo, in quanto, ai sensi dei commi 3 e 6 dello stesso art. 420-quater, nel momento in cui per tutti i reati oggetto di imputazione sia superato il termine previsto dall'art. 159, ultimo comma, del codice penale (cioè il doppio del tempo necessario a prescrivere il reato), senza che la persona nei cui confronti è stata emessa sia stata rintracciata, la sentenza di non doversi procedere diviene irrevocabile. Pertanto, ove non si tratti di un reato imprescrittibile, la sentenza di improcedibilità per mancata conoscenza da parte dell'imputato è idonea a definire il processo in modo irreversibile»: cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 192/2023, in *cortecostituzionale.it*.

²⁴ Severe critiche sono state mosse a tale previsione da F. CENTORAME, *Verso un nuovo processo penale in assenza* in *Discrimen*, 2 luglio 2022, p. 14 ss. la quale ha osservato come la possibilità di assumere prove non rinviabili, mentre si giustificava nell'ipotesi di sospensione del procedimento prevista in caso di assenza dalla legge del 2014, in cui si determinava una mera interruzione dell'*iter* procedimentale, appare distonica nel caso previsto dall'art. 420 *quinquies*, riformulato dal d.lgs. n. 150 del 2022. L'intervento di una sentenza di non doversi procedere determina la conclusione (sia pure in termini precari) del processo e preclude una decisione nel merito. Si è, altresì, ritenuta non praticabile l'assimilazione di tale situazione a quella disciplinata dall'art. 346 c.p.p. che consente, in mancanza di una condizione di procedibilità che può ancora sopravvenire, lo svolgimento degli atti di indagine necessari per acquisire prove non rinviabili. A differenza di questa, la situazione contemplata dal nuovo art. 420 *quinquies* attiene ad un'ipotesi in cui l'azione penale è già stata esercitata ed in cui la condizione di procedibilità è costituita dalla perenzione del processo.

sentenza di proscioglimento ex art. 420 *quater* “inappellabile”²⁵, a differenza di quanto stabilito, ad esempio, per la sentenza di non luogo a procedere ex artt. 425 e 554 *quater* c.p.p., individuando, come anticipato, la sola ipotesi di revoca all’art. 420 *sexies* c.p.p., che, però, è testualmente ancorata all’unico – fisiologico – presupposto del rintraccio della persona, nei cui confronti è stata emessa, entro il limite temporale, individuato dal comma 3 dell’art. 420 *quater*.

Pare, quindi, che non sia stato previsto un meccanismo specifico volto alla verifica della legittimità dei presupposti per l’emissione della sentenza ex art. 420 *quater* c.p.p., specie prima del decorso del termine di prescrizione del reato.

In questo contesto si colloca il contrasto giurisprudenziale, sorto fra le sezioni semplici della cassazione, relativo alla possibilità di interporre ricorso per cassazione nei confronti della sentenza di non doversi procedere ex art. 420 *quater* c.p.p. anche prima del decorso del termine di cui all’art. 159, ultimo comma, c.p.p.

2. La *quaestio* al vaglio della Corte e i precedenti giurisprudenziali

Con la decisione in commento, le Sezioni Unite hanno risolto, in termini affermativi, la questione di diritto, sorta appena un anno prima.

Ripercorrendo, per sommi capi, l’*iter* processuale che ha imposto l’intervento delle Sezioni Unite, l’ordinanza di rimessione della Terza Sezione, la n. 23056/2024²⁶, trae origine dal ricorso per cassazione, proposto dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Genova, avverso la sentenza, emessa dal Giudice per l’udienza preliminare del medesimo Tribunale, ai sensi dell’art. 420 *quater* c.p.p., per mancata conoscenza del processo da parte dell’imputato.

Il Procuratore contestava la violazione dell’art. 420 *bis* e dell’art. 420 *quater* c.p.p., ritenendo sussistenti le condizioni per la dichiarazione di assenza, dal momento che l’imputato, nel corso delle indagini, aveva nominato un difensore di fiducia, eleggendo domicilio presso di questi. Successivamente, il difensore di nomina fiduciaria rinunciava al mandato e veniva designato un difensore di ufficio. All’udienza preliminare l’imputato non era comparso e il giudice, rilevata l’insussistenza delle condizioni per procedere in sua assenza ai sensi dell’art. 420 *bis* c.p.p., nella formulazione introdotta dalla L. n. 67/2014, aveva disposto la notifica “a mani”, rinviando il processo ad altra udienza. Anche alla successiva udienza l’imputato non si era presentato e il giudice, dato atto delle vane ricerche, aveva disposto la sospensione del processo secondo le previsioni dell’allora vigente art. 420 *quater* c.p.p., fissando la nuova udienza e ordinando nuove ricerche, ai sensi dell’art. 420 *quinquies*, comma 1, c.p.p. A tale ultima udienza, successiva all’entrata in vigore del D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, il giudice applicava la “nuova” disciplina e, sentite le parti, pronunciava sentenza di non doversi procedere per mancata conoscenza della pendenza del processo.

²⁵ art. 420 *quater*, comma 1.

²⁶ Cass. pen., Sez. III, ordinanza n. 23056 del 2 aprile 2024 in *CED Cassazione*.

In vista dell'udienza fissata per la discussione del ricorso, assegnato alla Terza Sezione della Suprema Corte, il difensore d'ufficio dell'imputato chiedeva confermarsi la sentenza impugnata, facendo leva, in particolare, sull'orientamento giurisprudenziale fatto proprio anche dalle Sezioni unite²⁷, secondo cui la mera nomina di un difensore di fiducia non è sufficiente, ai fini della dichiarazione di assenza. La difesa sottolineava come, peraltro, la rinuncia al mandato, da parte del precedente difensore, fosse pervenuta a soli due giorni di distanza dalla data fissata per l'udienza preliminare; tale circostanza era indicativa proprio della mancanza di contatti tra l'avvocato e il suo cliente, con la conseguenza che non poteva dirsi certa la conoscenza del processo da parte di quest'ultimo.

La Terza Sezione, in origine assegnataria del ricorso, rilevava l'esistenza di un contrasto in seno alla giurisprudenza di legittimità in ordine alla ricorribilità per cassazione della sentenza ex art. 420 *quater* c.p.p., nella formulazione introdotta dalla riforma Cartabia.

Un primo indirizzo, rappresentato da due arresti della Suprema Corte²⁸, escludeva che detta sentenza potesse essere oggetto di ricorso per cassazione, fintantoché non fosse spirato il termine previsto dall'art. 159, ultimo comma, c.p.²⁹. Ciò in ragione del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione (cfr. art. 568, comma 1, c.p.p.)³⁰, nonché della revocabilità della pronuncia e della sua natura sostanzialmente interlocutoria, con conseguente esclusione dell'operatività della garanzia di cui all'art. 111, comma 7 Cost., riguardante i soli provvedimenti giurisdizionali aventi natura decisoria e capaci di incidere, in via definitiva, su situazioni di diritto soggettivo³¹.

²⁷ Cass. pen., Sez. U., 26 settembre 2024, n. 5847, cit., p. 2.

²⁸ Cass. pen., Sez. II, sentenza n. 50426 del 26 ottobre 2023, S.J., rv. 285686-01; Cass. pen., Sez. II, sentenza n. 11757 del 9 febbraio 2022, *Levi*, non massima. Per un commento G. ACCATINO, *La Corte di cassazione afferma la natura non decisoria della sentenza di non doversi procedere per mancata conoscenza della pendenza del processo da parte dell'imputato*, in *Cassazione penale*, fascicolo 5/2024, p. 1577 ss. Dopo un breve *excursus* sul nuovo art. 420 *quater* c.p.p., l'Autrice passa in rassegna le argomentazioni addotte dai giudici di legittimità, sottolineando come, la citata conclusione, prestava il fianco a più di un'obiezione, quantomeno nella parte in cui escludeva, per la pronuncia *de qua*, l'operatività dell'art. 111, comma 7 della carta costituzionale che ammette "sempre" il ricorso per cassazione per violazione di legge avverso le sentenze e i provvedimenti in materia di libertà personale.

²⁹ L'art. 159, ultimo comma, c.p. è stato oggetto di intervento da parte del legislatore contestualmente alla modifica dell'art. 420 *quater* c.p.p. ad opera della riforma Cartabia. Esso stabilisce che, quando è pronunciata la sentenza di cui all'art. 420 *quater* c.p.p., il corso della prescrizione rimane sospeso sino al momento in cui è rintracciata la persona nei cui confronti è stata pronunciata, ma in ogni caso non può essere superato il doppio dei termini di prescrizione di cui all'art. 157 c.p.

³⁰ Sulla valenza oggettiva e soggettiva del principio di tassatività delle impugnazioni cfr. Cass. pen., Sez. I, sentenza n. 6584 del 28 febbraio 2000, rv. 215377.

³¹ Cass. pen., Sez. U., sentenza n. 25080 del 28 maggio 2003, *Pellegrino*, rv. 224610-01, secondo cui la garanzia costituzionale dell'impugnabilità delle sentenze di cui all'art. 111, comma 7, Cost, riguarderebbe, appunto, solo «i provvedimenti giurisdizionali che abbiano carattere decisorio e capacità di incidere in via definitiva su situazioni giuridiche di diritto soggettivo producendo, con efficacia di giudicato, effetti di diritto sostanziale e processuale sul piano contenzioso della composizione degli interessi contrapposti».

Seguendo il ragionamento della Corte, la sentenza ex art. 420 *quater* c.p.p., «totalmente nuova, da tratti peculiari»³² non contiene alcun accertamento di merito, trattandosi di un atto di impulso processuale e «*come tale insuscettibile di passare in giudicato*»³³, *connotato* dalle sole disposizioni relative alla prosecuzione delle ricerche e una *vocatio in iudicium*, destinata ad avere efficacia in caso di rintraccio dell'imputato. Argomento centrale, sui cui si poggia l'orientamento restrittivo adottato, sta, dunque, nella revocabilità della sentenza e nella persistenza, fino al superamento del termine in cui tale revocabilità è possibile, dei già accennati “effetti anomali” (quali la potenziale prosecuzione del processo dinanzi al medesimo giudice per svolgere atti istruttori urgenti e la conservazione di efficacia delle misure cautelari personali e reali adottate), che la distinguono da altri provvedimenti in rito e ne dimostrano la provvisorietà.

Di qui l'impossibilità di sussumere la sentenza ex art. 420 *quater* c.p.p. nel novero delle pronunce *latu sensu* decisorie, con conseguente non ricorribilità per cassazione fino all'irrevocabilità della stessa, in ossequio al principio di tassatività dei mezzi di impugnazione di cui all'art. 568, comma 1, c.p.p. Ad eventuali errori commessi nella sentenza di non doversi procedere avrebbe potuto, comunque, sempre a parere della Corte, farsi rimedio attraverso il meccanismo della revoca del giudice che l'ha pronunciata ex art. 420 *sexies* c.p.p., similmente a quanto avviene in ipotesi di rintraccio.

Un opposto orientamento, in consapevole dissenso dal primo, veniva, invece, espresso dalla Sezione quinta della Cassazione, con sentenza del 2024³⁴ nonché da ulteriori pronunce che, però, si limitavano a constatare l'arresto giurisprudenziale in corso, senza sviluppare ulteriori argomentazioni³⁵.

Secondo la tesi meno restrittiva, la sentenza ex art. 420 *quater* sarebbe ricorribile in cassazione per violazione di legge, quantomeno in relazione allo specifico “segmento” della determinazione della durata delle ricerche dell'imputato. La pronuncia, infatti, rivestirebbe, almeno in parte, natura “decisoria” in quanto atta a concludere il processo, sul presupposto della mancata conoscenza dello stesso da parte dell'imputato. Nel testo di legge, infatti, si fa menzione, espressamente, alla “riapertura” del processo (pertanto conclusosi), così come, nella *Relazione illustrativa* al decreto legislativo attuativo della riforma Cartabia, si legge che la pronuncia “definisce” il procedimento, sicché il destinatario della medesima non è più imputato e il fascicolo va specificamente archiviato per un più agevole recupero.

La funzione di definizione del processo legittimerebbe, pertanto, la ricorribilità per cassazione, a prescindere dal possibile esito alternativo della sua revoca. Ad essere invocato anche il combinato disposto degli artt. 111, comma 7 Cost e 568, comma 20 c.p.p., secondo cui il ricorso per cassazione è ammesso avverso le *sentenze*, non

³² Cass. pen., Sez. III, ordinanza n. 23506 del 10 giugno 2024, in CED Cassazione.

³³ Cass. pen., Sez. U., sentenza n. 25080 del 28 maggio 2003, cit.

³⁴ Cass. pen., Sez. V, sentenza n. 20140 del 23 febbraio 2024, *Stojanovic*, rv. 28676-01. In dottrina v. A. MANGIARACINA, *La sentenza di non doversi procedere e la revoca. in Il procedimento penale tra efficienza, digitalizzazione e garanzie partecipative*, cit., p. 323 e 327.

³⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. II, sentenza n. 2342 del 24 novembre 2023, *Hoxha*, non massima; Cass. pen., Sez. V, sentenza n. 809 del 28 settembre 2023, *Lleshi*, non massima.

altrimenti impugnabili, salvo, quelle sulla competenza, che possono dar luogo a conflitto di giurisdizione o di competenza a norma dell'art. 28 del codice di rito; dovendosi intendere, per *sentenze*, i provvedimenti dal contenuto decisivo e incidenti su diritti di libertà, patrimoniali e sulla pretesa punitiva dello Stato. La sentenza in oggetto conterebbe almeno «un segmento decisivo dotato di immediata e concreta ricaduta sui diritti delle parti»³⁶, consistente nella determinazione del tempo di ricerca dell'imputato, da cui deriva, poi, l'eventuale irrevocabilità della pronuncia. Ammettere il ricorso, almeno per questi casi, sarebbe, allora, conforme ai superiori principi costituzionali e convenzionali, sanciti dagli artt. 111 Cost e 6 CEDU, in materia di ragionevole durata del processo e di efficienza della giurisdizione.

Non apparirebbe, invece, convincente la tesi per la quale, ad eventuali errori commessi nella sentenza di non doversi procedere, potrebbe porsi rimedio attraverso il meccanismo di revoca, ad opera dello stesso giudice che l'ha pronunciata, atteso l'atteggiarsi "atipico" proprio della suddetta revoca, a mezzo decreto (senza contraddittorio), che, ai sensi dell'art. 420 *sexies* c.p.p., si limita alla sola ipotesi di recezione dalla polizia giudiziaria della relazione di notificazione della sentenza.

L'ordinanza di rimessione della Terza Sezione, di fatto, aderendo a tale secondo indirizzo, proponeva un'ulteriore interpretazione della norma che "apriva" ad una ricorribilità per cassazione non limitata alla sola violazione di legge ma estesa a tutti i motivi previsti dall'art. 606, comma 1, del codice di rito. Ad essere valorizzato è l'art. 606, comma 2, c.p.p. che stabilisce il diritto ad impugnare tutte le sentenze definite dalla legge come "inappellabili", come, appunto, quella di non doversi procedere per mancata conoscenza del processo da parte dell'imputato³⁷.

Al tempo stesso, poiché il provvedimento ex art. 420 *quater* determinerebbe la perdita della qualifica di imputato, impedire al pubblico ministero di poter interloquire sui presupposti per l'adozione della sentenza non appare giustificabile alla luce dei principi di legalità, obbligatorietà dell'azione penale e di ragionevole durata del processo. Si tratta di presidi posti a garanzia dell'accertamento del fatto storico³⁸, che non può essere ostacolato dall'adozione di provvedimenti irragionevoli, non altrimenti sindacabili, o subire sospensioni ingiustificate³⁹.

³⁶ Cass. pen., Sez. II, ordinanza n. 23506 del 10 giugno 2024, in *CED Cassazione*.

³⁷ L'art. 420 *quater*, comma 1, c.p.p. definisce espressamente "inappellabile" la sentenza.

³⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 111 del 1993, in *cortecostituzionale.it*; L. CARLI, *La "verità processuale" nella giurisprudenza della corte costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, n. 1, p. 243; P. GAETA, *Il "sapere per la verità": inerzia probatoria delle parti e poteri del giudice del dibattimento*, in *Questione giustizia*, 1993, n. 3, p. 557.

³⁹ In questa direzione la Corte evidenzia che sarebbe singolare che, avverso l'ordinanza che disponeva la sospensione del processo ai sensi del previgente art. 420 *quater* c.p.p., fosse consentito il ricorso in cassazione per denunciare l'abnormità funzionale del provvedimento (Cass. pen., Sez. II, sentenza n. 2291 del 27 ottobre 2015, *Harca*, rv. 265775-01) e non altrettanto possa dirsi per la sentenza di non luogo a procedere, pronunciata ai sensi della medesima norma. Del pari, la Cassazione evidenzia come, in altri casi, il legislatore attribuisca al pubblico ministero il diritto di interloquire con la corte sulla legittimità della sospensione del processo disposta dal giudice (ad es. l'art. 71, comma 3, c.p.p., 464 *quater*, comma 7, 479, comma 2, c.p.p.).

Neppure può ritenersi ostativa la riconosciuta revocabilità della sentenza, in ragione del fatto che «non è predicato che per ciò solo esclude l'impugnabilità»⁴⁰: basti pensare alla sentenza di non doversi procedere, pronunciata all'esito all'udienza preliminare, e a quella predibattimentale (artt. 428 e 554 *quater* c.p.p.), entrambe espressamente appellabili. Nel caso della sentenza ex art. 420 *quater*, attesa la previsione espressa di inappellabilità, non sarebbe ragionevole escludere anche la possibilità di ricorso per cassazione.

Di qui la decisione della Terza Sezione di rimettere il contrasto interpretativo alle Sezioni Unite, con formulazione del seguente principio di diritto: *“Se la sentenza di non doversi procedere pronunciata ai sensi dell'art. 420-quater c.p.p. possa essere impugnata con ricorso per cassazione anche prima della scadenza del termine previsto dall' art. 159, ultimo comma, c.p.»*.

3. Gli argomenti a sostegno della immediata ricorribilità

Investite della *quaestio iuris*, le Sezioni Unite hanno ricostruito, nel dettaglio, gli opposti orientamenti maturati, sul punto, in seno alla Cassazione.

Esaurita la ricostruzione dei precedenti giurisprudenziali, il Supremo Collegio, in primo luogo, ribadisce la generale ammissibilità del ricorso per cassazione avverso le sentenze cd. “processuali”, ossia aventi “incidenza solo sul rito”, secondo quanto già affermato sia sotto la vigenza del codice del 1930⁴¹, sia dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di rito. Già in passato⁴², infatti, era stata sancita la portata generale della garanzia di impugnabilità delle sentenze di cui all'art. 111, comma 7, Cost., confermata, indirettamente, proprio dall'esplicita esclusione delle sentenze sulla competenza, altrimenti da ricomprendere tra quelle ricorribili.

Prima di affrontare il cuore della questione controversa, i giudici di legittimità chiariscono i tratti essenziali del nuovo istituto nei termini che seguono.

Si tratta di una pronuncia definitiva “di fase” come, peraltro, affermato anche dai lavori preparatori che, sul piano dei contenuti, possiede gli elementi formali della sentenza (di cui richiama, nel contenuto, gli artt. 426 e 546 c.p.p.), pur presentando alcune particolarità che hanno indotto la dottrina⁴³ e la Corte costituzionale⁴⁴ a definirla come un provvedimento “bifronte”. La stessa, infatti, chiude una fase processuale, quella del rinvio a giudizio e della fissazione dell'udienza preliminare, esauritasi per la mancata

⁴⁰ Cass. pen., Sez. III, ordinanza n. 23506 del 10 giugno 2024, in *CED Cassazione*.

⁴¹ Cfr. Cass. pen., Sez. U., sentenza n. 2477 del 6 dicembre 1991, *Paglini*, rv. 189397-01; Cass. pen., Sez. U., sentenza n. 1475 del 24 novembre 1984, *Alamia*, rv. 167854-01. Risolvendo un contrasto sul punto, la Corte aveva affermato che il provvedimento del giudice di appello di restituzione degli atti al pubblico ministero, per violazione del principio di correlazione fra accusa e sentenza (previsto dal combinato disposto degli artt. 477, 519 del codice di rito del 1930), «avendo natura composta di sentenza e di ordinanza», doveva ritenersi soggetto a ricorso per cassazione, in virtù della regola generale fissata dall'art. 111 Cost. e 190, secondo comma, del codice di procedura del 1930.

⁴² Cass. pen., Sez. U., sentenza n. 29529 del 25 giugno 2009, *De Marino*, rv. 244108-01.

⁴³ A. MANGIARACINA, *Alla ricerca di un nuovo statuto per l'imputato assente*, cit., p. 11.

⁴⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 192/2023, in *cortecostituzionale.it*.

formazione del contraddittorio, e, contemporaneamente, ne innesca una nuova, quella delle ricerche dell'imputato e della *vocatio in iudicium*, idonea a riaprire il processo esaurito.

È un provvedimento destinato ad essere revocato nell'eventualità (esclusiva) del rintraccio dell'imputato, con la notifica, a mani, della sentenza che contiene la *vocatio in iudicium* e con una relata di notifica che documenta la comunicazione della pendenza del processo; revoca prevista come automatica e consentita solo fino alla data indicata come conclusiva delle ricerche. A tale scopo, tra i contenuti obbligatori della sentenza, compare l'ordine, alla polizia giudiziaria, di procedere alle ricerche, al fine di notificare al destinatario l'avviso per l'udienza preliminare, a data fissa, davanti al medesimo giudice e per il medesimo processo. Nella sentenza deve, inoltre, essere indicata la data fino alla quale le ricerche dovranno continuare, ai fini del rintraccio dell'imputato. Il superamento di tale termine impedisce la revocabilità della sentenza e la ripresa del processo, facendo venir meno l'efficacia delle eventuali misure personali e reali emesse, il mantenimento dei poteri istruttori riguardanti le prove non rinviabili oltre alla competenza, in materia cautelare, del giudice procedente.

Le Sezioni Unite, pur definendo la sentenza «interlocutoria», «suscettibile di revoca» e dalla «natura strumentale» (per la presenza al suo interno della *vocatio in ius*), sottolineano l'attività decisoria che il giudice è tenuto a compiere nell'emanazione della stessa, con i possibili «inciampi» per possibili violazioni di legge. Il presupposto della pronuncia è, infatti, l'accertamento, anche fondato su elementi indiziari, della insussistenza delle condizioni per dichiarare l'assenza dell'imputato.

Da qui le argomentazioni, «sia di ordine sistematico che di ordine logico-giuridico»⁴⁵, della Corte, a sostegno dell'indirizzo interpretativo che consente l'immediata ricorribilità per cassazione della sentenza di non doversi procedere, per mancata conoscenza del processo da parte dell'imputato.

Procedendo per ordine. Viene, innanzitutto, posto l'accento sulla centralità, tra i rimedi impugnatori, acquisita dal principio del controllo di legalità processuale, esercitato dalla Corte di cassazione, con la trasposizione, all'art. 568, 3 comma del codice di rito del 1988, del precetto costituzionale sancito dal settimo comma dell'art. 111 Cost⁴⁶.

Trattandosi di un principio di rilievo costituzionale⁴⁷, prima ancora che ordinamentale⁴⁸, la sottrazione della sentenza *ex art. 420 quater c.p.p.* al vaglio di legalità dell'organo deputato all'esatta osservanza della legge, non trova giustificazione alcuna. Ed invero la sentenza, a prescindere dalla sua precarietà, si connette ad una sicura attività decisoria, in quanto riposa sulla valutazione di determinati presupposti per la sua adozione. Tale valutazione, tuttavia, può trovare origine da violazioni di legge che risulterebbero, incongruamente, prive di formale rimedio.

In tal senso, il Collegio fa riferimento a tre casi specifici.

⁴⁵ Cass. pen., Sez. U., n. 5847 del 29 settembre 2024, p.10.

⁴⁶ Cass. pen., Sez. U., sentenza n. 29529 del 25 giugno 2009, cit.

⁴⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 395/2000, in *cortecostituzionale.it*. Si sottolinea come il presidio costituzionale di controllo di legalità sul giudizio assicuri un «diritto al processo in cassazione».

⁴⁸ F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, Milano, 2023.

Il primo. La sentenza potrebbe essere emessa in relazione ad un reato erroneamente ritenuto imprescrittibile. In questo caso, la stessa non diventerebbe mai irrevocabile (non potendo decorrere il termine di prescrizione) e, al tempo stesso, resterebbe immutabile, non essendo consentito *ex lege* né l'appello, né, nell'ottica del primo orientamento, il ricorso per cassazione.

Analogamente, è da dirsi rispetto alla sentenza *ex art. 420 quater* c.p.p., erroneamente emessa nei confronti di imputato, già dichiarato latitante. In detta ipotesi, l'art. 420 *bis*, comma 3, c.p.p. prevede, *apertis verbis*, che possa, comunque, procedersi in assenza. Ove non si ritenesse ammissibile il ricorso per cassazione, ancora una volta, il processo si troverebbe in una stasi patologica, in quanto poggiata su di una valutazione erronea, senza il sistema fornisca un rimedio per uscire dall'*empasse*.

Lo stesso accadrebbe nell'ipotesi, tutt'altro che peregrina, di sentenza *ex art. 420 quater* recante un errato calcolo del tempo necessario a prescrivere. Un simile falla avrebbe un'influenza diretta sulla eventuale futura irrevocabilità, per cui sarebbe irrazionale sottrarla all'immediato sindacato del giudice di legittimità.

Le Sezioni Unite, convergono con il secondo orientamento anche circa l'inadeguatezza, come possibile rimedio all'inappellabilità e non ricorribilità per cassazione, della revoca della sentenza, ipotizzato dal primo orientamento, essendo, ordinariamente, contemplata non già per emendare patologie processuali, quanto, unicamente, per ripristinare il rapporto processuale, nell'ipotesi di fisico reperimento dell'imputato, secondo l'unica sequenza procedimentale legittimamente individuata dall'art. 420 *sexies* c.p.p. A differenza della disciplina previgente, che consentiva la revoca dell'ordinanza di sospensione nei casi di prova certa della conoscenza del processo o comunque connessi ad una pronuncia di merito, la revoca "atipica", introdotta con la riforma, come più volte sottolineato, prevede come "unico fatto", cui consegue l'obbligo per il giudice di revocare con decreto la sentenza, il rintraccio dell'imputato con notifica a mani della sentenza, contenente la *vocatio in iudicium*, e conseguente relata di notifica che documenti la "comunicazione" della pendenza del processo.

La suprema corte, a sostegno della tesi della immediata impugnabilità della sentenza, passa, poi, in rassegna una serie di previsioni normative in cui la ricorribilità per cassazione è espressamente prevista, pur a fronte di provvedimenti di natura non decisoria. Il riferimento è alle ordinanze di sospensione del giudizio, disseminate nel codice di rito, che incidono sulla immediata prosecuzione del processo e sulla sua ragionevole durata o che anticipano una definizione alternativa dello stesso e che, pertanto, richiedono un controllo immediato nell'interesse delle parti; in special modo della parte pubblica. Ad essere valorizzati sono gli istituti di cui agli art. 3, comma 2 e 479, comma 2 relativi alla sospensione del processo per questioni pregiudiziali, all'art. 71, comma 3, c.p.p. sulla capacità dell'imputato di partecipazione cosciente al processo, all'art. 721 c.p.p. per la specialità dell'estrazione. Ad essere menzionata è anche l'ordinanza di sospensione del giudizio per messa alla prova dell'imputato *ex art. 464 quater*, comma 7, c.p.p.

4. I presupposti dell'impugnazione: l'estensione del sindacato di legittimità e la legittimazione e l'interesse al ricorso

Stabilita la possibilità di ricorrere per cassazione, avverso le sentenze pronunciate ai sensi dell'art. 420 *quater* c.p.p., le Sezioni Unite, lungi dal limitarsi soltanto a rispondere al quesito posto dal rimettente, si premurano di porre due ulteriori precisazioni, in ordine ai presupposti oggettivi e soggettivi del ricorso.

In primo luogo, la Corte accoglie la lettura estensiva ammessa dall'ordinanza di remissione, dichiarando ammissibile l'impugnazione del provvedimento non solo per il vizio di violazione di legge ma per tutti i casi indicati dall'art. 606, comma 1, c.p.p. Depone, in tal senso, sia il dato normativo, racchiuso nel secondo comma dell'art. 606 comma 2 c.p.p., che una considerazione di ordine logico-sistemico. Invero, se la sentenza ex art. 420 *quater* implica un accertamento di merito sulla sussistenza dei presupposti, sia giuridici che fattuali, da cui dedurre la non conoscenza del processo da parte dell'imputato, la relativa valutazione della correttezza dell'operato del giudice - slegato, com'è, dopo la riforma dagli indici presuntivi di mancata conoscenza (cfr. *par. I*), per operare in concreto e caso per caso - deve estendersi anche a vizi diversi da quello di violazione di legge e, in particolare, al vizio di motivazione⁴⁹. In caso contrario si assisterebbe ad un rimedio impugnatorio incompleto.

Le valutazioni operate dal giudice saranno espresse in apposita motivazione, nella quale egli darà conto degli elementi considerati e del percorso logico seguito per ritenere che l'imputato abbia avuto effettiva consapevolezza del processo; al di là ed oltre quella "negligenza informativa dell'imputato" la quale non potrà, di per sé, assurgere a prova della conoscenza del "processo", con la conseguente volontà di sottrarsi, così come chiarito dalla giurisprudenza⁵⁰. Sta proprio nel rigore di tale valutazione, la quale dovrebbe essere ispirata al criterio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", la garanzia di effettività del nuovo sistema.⁵¹

Le Sezioni Unite, inoltre, chiariscono come, legittimate al ricorso, sono tutte le parti, pubblica e private. Oltre al pubblico ministero, anche la parte civile, è portatrice, seppure entro i confini di cui all'art. 576 c.p.p., dell'interesse alla sollecita celebrazione del processo. Una diversa conclusione pregiudicherebbe il diritto delle vittime ad ottenere un processo per l'accertamento dei fatti, con il conseguente risarcimento dei

⁴⁹ P. DELL'ANNO, *Vizio di motivazione e controllo della cassazione penale*, Cedam, Milano, 2015.

⁵⁰ Cfr., da ultimo, Cass. pen., Sez. II, sentenza n. 9942 del 12 marzo 2025, *BS.*, in www.cortedicassazione.it; cfr. anche Cass. pen., Sez. VI, sentenza, n. 44089 del 23 ottobre 2024, *El Abbasi*, rv. 287298-01; Cass. pen., Sez. V, sentenza n. 378154 del 18 settembre 2024, *B.*, rv. 287018-01. Tali sentenze si inseriscono nel contesto della discussione sulla rescissione del giudicato ex 629 *bis* che, tra le specifiche circostanze, contempla anche la mancata conoscenza del processo da parte dell'imputato. Si chiarisce che, alla base dell'esperibilità del rimedio, non vi più l'incolpevole mancata conoscenza del processo. Se l'imputato non ha agito diligentemente per informarsi sul processo, questo di per sé non implica che egli non fosse a conoscenza del giudizio.

⁵¹ V. A. MANGIARACINA, *Alla ricerca di un nuovo statuto per l'imputato assente*, cit., p. 8.

danni patiti, che la normativa sovranazionale riconosce in relazione ai reati più gravi⁵². Contravvenendo ad alcuni recenti indirizzi giurisprudenziali⁵³, la Corte rileva come non vi siano preclusioni neppure per l'imputato il quale potrebbe essere interessato, non solo alla corretta indicazione del tempo necessario a prescrivere o ad ingiuste dilazioni del processo, ma anche, e soprattutto, ad ottenere una sentenza non meramente processuale, ma di proscioglimento nel merito che ne riconosca, formalmente, l'innocenza, fino a tale momento solo presunta.

È proprio con riferimento al diritto di difesa dell'imputato che si rinviene, forse, il punto più interessante della sentenza. Le Sezioni Unite, disattendono il ragionamento secondo il quale, la mancata conoscenza del processo da parte dell'imputato, comporterebbe, automaticamente, l'impossibilità, per lo stesso, di conferire specifico mandato ad impugnare tale sentenza, quanto meno al difensore d'ufficio. La Corte rileva, infatti, come, l'attuale previsione di cui all'art. 581, comma 1 *quater*, c.p.p., *post* modifiche operate dalla legge Nordio n. 114/2024⁵⁴, non rappresenti un ostacolo in tal senso, difettando proprio la condizione necessaria per l'applicazione dell'istituto: la conoscenza della pendenza del processo da parte dell'imputato e, dunque, la formale dichiarazione di assenza. Non essendo stato l'imputato dichiarato, tecnicamente, "assente", il difensore d'ufficio non dovrà munirsi di uno specifico mandato ad impugnare la sentenza, pronunciata ai sensi dell'art. 420 *quater* c.p.p.

D'altronde, evidenza (seppur implicitamente) la Corte, il mancato riconoscimento del potere di impugnazione, da parte dell'imputato, si tradurrebbe in un'evidente (e ingiustificabile) disparità di trattamento tra accusa e difesa, con la lesione, per quest'ultima, del proprio diritto al giusto processo, di cui è titolare.

Di qui l'affermazione del principio di diritto sopraindicato: «La sentenza di non doversi procedere pronunciata ai sensi dell'art. 420-*quater* c.p.p. può essere impugnata da tutte le parti con ricorso per cassazione, proponibile per tutti i motivi di cui all'art. 606,

⁵² Cfr. Corte EDU 18.03.2021, *Petralia c. Italia*. Vedi anche Corte costituzionale, n. 192/2023, in *cortecostituzionale.it*.

⁵³ Cass. pen., Sez. II, sentenza n. 11109 del 17 gennaio 2024, *Niang*, non mass.; Cass. pen., Sez. V, sentenza n. 42643 del 19 settembre 2023, *Manzi*, non mass.

⁵⁴ Per un commento sulle novità introdotte dalla riforma Nordio nel campo delle impugnazioni (con l'abrogazione dell'art. 581, comma 1 *ter* e la modifica del successivo comma 1 *quater*), circa le problematiche interpretative e gli impatti sulla disciplina processuale penale, in termini di tutela dei diritti degli imputati e deflazione del sistema giudiziario cfr., fra gli altri, G. BIONDI, *L'art. 581, commi 1-ter e 1-quater, c.p.p., tra (frettolosi) interventi legislativi correttivi e questioni rimesse alle Sezioni unite*, in *Sistema penale*, 7 agosto 2024; M. GIALUZ, *Le novità della "manovra Nordio" 19 settembre 2023, in materia processuale: quando l'ideologia rischia di provocare un'eterogenesi dei fini*, in *Sistema penale*, 22 luglio 2024. L'A. mostra perplessità «rispetto ad un ordinamento che, dopo aver riformato l'assenza per assicurare che si proceda solo nel caso in cui l'imputato sia a conoscenza del processo, finisce per consentire a questi di disinteressarsi del tutto del suo processo». A. PULVIRENTI, *La Riforma Nordio (l. n. 114/2024) in tema di impugnazioni: note problematiche*, in *Legislazione penale*, 8 febbraio 2025, invece, pone l'accento sulla dubbia "tenuta costituzionale" del nuovo artt. 581 comma 1 *quater* rispetto al principio costituzionale sancito dall'art. 3 comma 1 Cost. per la differenziazione posta tra il difensore di fiducia e quello d'ufficio circa l'onere di munirsi del mandato ad impugnare.

comma 1, c.p.p., anche prima della scadenza del termine previsto dall'art. 159, ultimo comma, c.p.».».

Sulla scorta della stessa, il ricorso è stato ritenuto ammissibile, deciso nel merito e rigettato, attesa l'insussistenza della denunciata violazione, per due ordini di considerazioni così riassumibili: a) nel sistema delineato dalla novella introdotta dal D.lgs. n. 150/2022 (cd. riforma Cartabia) può procedersi in assenza solo se consti la conoscenza, da parte dell'imputato, del "processo", in particolare della *vocatio in ius*, e non del "procedimento" (segnatamente della fase delle indagini preliminari), e la mancata comparizione dello stesso sia frutto di una scelta volontaria di non parteciparvi; b) la negligenza informativa dell'imputato - che non abbia mantenuto i contatti con il proprio difensore e si sia reso di fatto irreperibile - non può costituire, di per sé, prova della volontaria sottrazione alla conoscenza della pendenza del processo.

5. Note a margine della decisione. Un passo in avanti nel solco dei principi di efficienza del processo e del controllo di legalità processuale della decisione

La decisione in commento costituisce un approdo pienamente condivisibile per colmare il vuoto interpretativo, nato in sede di regime impugnatorio, sulla innovativa sentenza "di non doversi procedere" ex art. 420 *quater* c.p.p., con un deciso superamento delle precedenti letture restrittive, ancorate al criterio dell'irrevocabilità formale⁵⁵.

La pronuncia restituisce, infatti, centralità alla funzione sostanziale della partecipazione e del diritto al rimedio.

Del resto, sarebbe stato, quantomeno, "eccentrico" che una sentenza, comunque idonea, in prospettiva, al passaggio in giudicato, non fosse presidiata da alcun possibile rimedio impugnatorio fino alla definitività della stessa. A maggior ragione considerando che, in vista della durata massima della sospensione della prescrizione, quest'ultima può addivenire anche a distanza di molti anni dall'evidenza del *vulnus*, con la ripresa delle ricerche ad opera della polizia giudiziaria ed un evidente pregiudizio, sia in termini deflattivi che di efficienza del sistema.

Sotto il profilo costituzionale, la possibilità di esercitare un controllo immediato sulla sentenza ex art. 420 *quater* c.p.p. da parte della Cassazione, oltre a ripristinare il presidio costituzionale di controllo immediato di legittimità sulle decisioni giudiziarie, sancito dall'art. 111, comma 7 Cost., e ribadito dall'art. 568, comma 2 del codice di rito, si pone in piena sintonia coi principi di efficienza e di ragionevole durata del processo, in quanto volto a sanare pronunce irragionevolmente dilatorie. Inserendosi nel solco tracciato dall'art. 111, commi 2 e 7 della carta costituzionale, infatti, viene, adeguatamente, valorizzata la centralità del contraddittorio, nella fase decisoria, e l'effettività del diritto all'impugnazione, quale strumento centrale ed immediato di garanzia contro le patologie processuali, senza dover attendere l'irrevocabilità della

⁵⁵ Di formalismi ormai recessivi parla A. MALACARNE, *Le Sezioni Unite sulla ricorribilità per cassazione della sentenza ex art. 420-quater c.p.p.*, in *Sistema Penale*, 17 febbraio 2025, secondo cui la decisione «riporta al centro la funzione sostanziale della partecipazione e del diritto al rimedio, svincolandola da formalismi ormai recessivi».

sentenza, con il sensibile aggravio in termine di costi, anche temporali, che questo comporta per tutte le parti coinvolte; specie nei casi in cui il giudice abbia, erroneamente, ravvisato l'insussistenza di un'assenza "giustificata" o di una mancanza di conoscenza effettiva del processo da parte dell'imputato.

Il principio, affermato dalle Sezioni Unite, è in linea anche con l'art. 117 Cost. in quanto recepisce, appieno, l'evoluzione giurisprudenziale ispirata ai parametri convenzionali - di cui agli artt. 6 della CEDU e 14 del *Patto internazionale sui Diritti Civili e Politici*⁵⁶ - che impongono una lettura sostanzialista del diritto alla partecipazione e alla difesa tecnica⁵⁷. È ormai radicata, infatti, la convinzione che «il diritto dell'imputato di presenziare al processo ha natura di diritto fondamentale, garantito dagli artt. 111 Cost. e 6 CEDU, innanzitutto attraverso la pienezza del contraddittorio. Il diritto partecipativo dell'imputato è d'altronde funzionale all'esercizio della c.d. autodifesa, che è distinta e ulteriore rispetto alla difesa tecnica»⁵⁸. Se questo è l'attuale approdo delle Corti interne ed internazionali, l'ordinamento nazionale ha il preciso obbligo di implementare una disciplina che contenga una modalità di definizione del processo per mancata conoscenza dello stesso, fondata su elementi fattuali e non meramente presuntivi⁵⁹, idonei a comprovare, come volontaria, l'assenza dell'imputato al suo processo.

L'ampliamento dell'ambito impugnatorio non risponde solo ad esigenze di coerenza sistemica, interna ed internazionale, ma, soprattutto, ad imperativi di effettività della tutela giurisdizionale, contribuendo a rafforzare il modello del "giusto processo", anche nella sua dimensione dinamica e procedurale.

La Corte, con una scelta ermeneutica, orientata alla massima tutela delle prerogative difensive – come dimostra anche il diritto ad impugnare accordato anche al difensore d'ufficio, non munito di specifico mandato - sottolinea gli effetti immediatamente lesivi che la sentenza ex art. 420 *quater* c.p.p. può produrre, essendo idonea a precludere la

⁵⁶ Art. 14, comma 3, PIDCP: « Ogni individuo accusato di un reato ha diritto, in posizione di piena eguaglianza, come minimo, alle seguenti garanzie: (...) d) ad essere presente al processo ed a difendersi personalmente o mediante un difensore di sua scelta; nel caso sia sprovvisto di un difensore, ad essere informato del suo diritto ad averne e, ogni qualvolta l'interesse della giustizia lo esiga, a vedersi assegnato un difensore d'ufficio, a titolo gratuito se egli non dispone di mezzi sufficienti per compensarlo». Il Patto internazionale è stato adottato a New York il 16 dicembre 1966, reso esecutivo con L. 25 ottobre 1977, n. 881 ed entrato in vigore per l'Italia il 15 dicembre 1978. È noto come la nuova veste dell'art. 111 Cost. abbia riversato, nella nostra carta costituzionale, i principi già presenti sul versante delle norme pattizie internazionali, che proprio la riforma costituzionale del '99 aveva inteso recepire.

⁵⁷ Corte EDU, 2.2.1985, *Colozza c. Italia*, cit.; Corte EDU 18.5.2004, *Somogyi c. Italia*, cit.; Corte EDU, 10.11.2004, *Sejdovic c. Italia*, cit.

⁵⁸ Corte costituzionale, n. 192/2023, in *cortecostituzionale.it*. Sul diritto alla partecipazione effettiva e al controllo di legittimità cfr. anche **Corte costituzionale, n. 317/2009** in *cortecostituzionale.it*.

⁵⁹ Cass. pen., Sez. U., n. 23948 del 28 novembre 2019, *Ismail*, cit., in cui la Corte decretava l'inidoneità della sola elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio a costituire un presupposto per la dichiarazione di assenza. La sostanziale mancanza di reali contatti col difensore fiduciario, infatti, non consentiva di ritenere effettiva l'instaurazione del rapporto professionale, e, dunque, certa, la conoscenza del processo.

prosecuzione del processo e a cristallizzare una valutazione giudiziale circa l'effettiva conoscenza del procedimento.

In questo quadro, la possibilità di ricorrere in cassazione, per garantire il controllo di legalità sulla pronuncia, oltre a costituire una conseguenza necessaria della riforma stessa, si pone, potenzialmente, a tutela di tutte le parti del processo che, in caso contrario, vedrebbero frustrato il loro interesse.

Come visto, ad avere concreto interesse alla censura della pronuncia ex art. 420 *quater*, emessa in difetto dei relativi presupposti, possono essere sia il pubblico ministero, come accade in molti casi giudiziari, per la sua qualifica di garante della legalità anche del processo, sia le parti private. La pubblica accusa vede rafforzato il suo interesse «alla regolare ed immediata prosecuzione del processo e della sua ragionevole durata, o anche al fine di garantire un immediato controllo nei confronti di provvedimenti che anticipano una definizione alternativa rispetto a quella perseguita». La parte civile, che è portatrice dell'interesse alla sollecita celebrazione di un processo in grado di accertare i fatti di cui è vittima, trae massimamente vantaggio dall'anticipazione del vaglio di legittimità dell'operato del giudice.

L'imputato, pur essendo formalmente "invisibile" al processo, conserva l'interesse reale ad impugnare, per evitare inutili dilazioni, prescrizioni o dichiarazioni ingiuste. Peraltro è utile precisare come, diversamente che in passato, il giudice dichiara di non doversi procedere, per mancata conoscenza della pendenza del processo, senza, prima, verificare se ricorrono i presupposti per l'immediato proscioglimento ex art. 129 c.p.p.; ragion per cui la decisione di rito ex 420 *quater* prevale sempre sull'assoluzione nel merito⁶⁰. Ma la persona sottoposta al processo conserva anche la capacità tecnica (grazie alla modifica normativa di agosto 2024 sull'art. 581, comma 1 *quater* c.p.p.); nel caso, ad esempio, di errato calcolo del tempo di durata delle ricerche, direttamente connesso al tempo necessario a prescrivere.

Peraltro, il legislatore ha voluto favorire al massimo l'impugnativa per l'imputato, ove ne sussistano i presupposti, come emerge dal passaggio motivazionale in cui si chiarisce che, anche per il difensore d'ufficio, è possibile ricorrere per cassazione avverso la pronuncia *de qua*. La mancanza di una simile precisazione avrebbe potuto generare qualche dubbio sulla legittimità costituzionale della norma: richiedendo il mandato ad impugnare⁶¹, infatti, si sarebbe finiti per escludere, dai legittimati al ricorso, il solo difensore d'ufficio⁶².

Altro merito è quello di aver "sdoganato" la funzione di effettiva modalità di definizione alternativa del processo della sentenza di non doversi procedere ex 420 *quater*, sgomberando il campo da dubbi di sorta. Viene sancita, definitivamente, la

⁶⁰ G. ACCATTINO, *I più recenti approdi delle sezioni unite sulla ricorribilità per cassazione della sentenza ex art. 420-quater c.p.p.* in *Cassazione Penale*, fasc.6, 2025, p. 1810.

⁶¹ Sul punto si rammenta che, per effetto delle modifiche introdotte dalla legge 114/2024, a far data dal 25 agosto 2024, mentre il difensore di fiducia dell'imputato assente è esonerato dall'obbligo di deposito dello specifico mandato ad impugnare, tale obbligo permane in capo al difensore d'ufficio, stante il più labile rapporto con l'imputato.

⁶² G. ACCATTINO, *I più recenti approdi delle sezioni unite sulla ricorribilità per cassazione della sentenza ex art. 420-quater c.p.p.*, cit., p.1815.

natura di un provvedimento che «definisce, e dunque conclude, il processo iniziato con l'esercizio dell'azione penale e la richiesta di fissazione dell'udienza preliminare, sul presupposto della mancata conoscenza della pendenza del processo da parte dell'imputato»⁶³.

In estrema sintesi, le implicazioni della decisione sono molteplici: anticipa il vaglio nomofilattico su provvedimenti che, pur formalmente definitivi, incidono, in modo sostanziale, su situazioni giuridiche soggettive; evita la dilatazione irragionevole dei tempi di accertamento del vizio; non da ultimo, introduce un elemento di chiarezza interpretativa che agevola l'uniforme applicazione della norma da parte degli uffici giudiziari di merito.

In conclusione, la sentenza n. 5847/2025 contribuisce a ridefinire il perimetro della tutela processuale nella fase di instaurazione del giudizio, rafforzando la funzione nomofilattica della Corte di cassazione e offrendo una lettura costituzionalmente orientata del sistema delle impugnazioni.

Il diritto alla difesa – inteso come diritto a un controllo effettivo, tempestivo e concreto sulle decisioni pregiudizievoli⁶⁴ – ne esce indubbiamente rafforzato, non essendo sacrificabile sull'altare di esigenze deflative o di mera economia processuale. Pena: lo svuotamento dell'intero impianto garantistico del processo penale.

Proprio in tema di diritto di difesa, del quale il diritto all'impugnazione è sicura espressione⁶⁵, sarebbe da chiedersi, atteso l'interessante passaggio in cui si riconosce, anche al difensore d'ufficio, il diritto di impugnare il provvedimento, sebbene non dotato di specifico mandato, se tale specifica possa rappresentare uno spunto di riflessione per il legislatore per espungere, definitivamente, dall'ordinamento, l'istituto dell'art. 581, comma 1 *quater*⁶⁶, abrogando la suddetta previsione, ovvero l'onere, per il difensore d'ufficio, di munirsi di uno «specifico mandato ad impugnare ... contenente la dichiarazione o l'elezione di domicilio dell'imputato», «rilasciato dopo la pronuncia della sentenza». Oltre all'asimmetria di poteri impugnatori tra accusa e difesa, si porrebbe fine al grave squilibrio tra l'imputato che, all'inizio del giudizio di primo

⁶³ Relazione illustrativa al D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, p.100.

⁶⁴ Per un approfondimento sul "conflitto" tra diritto e durata, ovvero tra la tutela garantista (impugnabilità) e l'obbligo di efficienza (rispetto dei tempi) d'impugnazione cfr. S. MOCCIA, *Il diritto all'impugnazione tra garanzia e ragionevole durata*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 2016, p. 1417 ss.

⁶⁵ C. TRABACE, *Troppe ombre sulla nuova assenza dell'imputato in appello*, in *Processo Penale e Giustizia*, 2024, p.1300 ss.

⁶⁶ La differenziazione voluta dalla Riforma Nordio, in base alla quale, mentre l'ammissibilità dell'impugnazione del difensore d'ufficio (dell'imputato assente) continua a essere subordinata alla capacità di quest'ultimo di entrare in contatto con l'assistito e di farsi rilasciare un valido mandato *ad hoc*, l'impugnazione del difensore di fiducia, indipendentemente dal fatto che l'imputato sia stato giudicato in presenza o in assenza, è stata "deformalizzata" (nel senso che è stata "sganciata" da fonti di legittimazione ulteriori rispetto al "normale" mandato difensivo preesistente alla sentenza oggetto del gravame), poggia sulla differente posizione, in senso peggiorativo, del difensore d'ufficio, in rapporto alla capacità di contatto e di dialogo con il proprio assistito. In assenza di un mandato fiduciario, è più elevato il rischio di dispendiose iniziative impugnatorie *post iudicatum*, potenzialmente idonee a vanificare l'esito del giudizio ordinario.

grado, nel pieno esercizio dei suoi diritti, decida, coscientemente, di non partecipare, personalmente, al processo e di avvalersi dell'assistenza di un difensore d'ufficio, e la posizione (privilegiata) riservata all'imputato assente, assistito da un difensore di fiducia, in evidente attrito con il principio di uguaglianza sancito dall'art.3 Cost⁶⁷.

⁶⁷ Per un approfondimento, in chiave critica, sul tema cfr. A. PULVIRENTI, *La Riforma Nordio* (l. n. 114/2024) in tema di impugnazioni: note problematiche, cit.; v. anche C. TRABACE, *Troppe ombre sulla nuova assenza dell'imputato in appello*, cit., 1304; F. TRIBISONNA, *L'inammissibilità "de plano" del ricorso per cassazione privo di uno specifico mandato ad impugnare: una lettura estensiva non priva di insidie*, in *Processo penale e giustizia* n. 3/2024, p.719.

**La comunicazione digitale dei garanti costituzionali nell'era dell'incertezza.
Rischi e possibili prospettive di riequilibrio**
di
Aniello Formisano*

Sommario: 1. Considerazioni introduttive e scopo dell'indagine – 2. Il Presidente della Repubblica: dalla discrezione costituzionale alla *moral suasion* digitale – 3. La trasformazione della comunicazione della Corte costituzionale nell'era dei *social media*: criticità, opportunità e proposte – 4. Conclusioni

1. Considerazioni introduttive e scopo dell'indagine

Negli ultimi decenni il sistema costituzionale italiano è stato attraversato da una condizione di instabilità politica pressoché permanente, caratterizzata da frequenti crisi di governo, crescente frammentazione partitica e difficoltà del Parlamento ad esprimere indirizzi politici costanti nel tempo. In tale contesto, gli organi di garanzia – il Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale – sono stati chiamati non solo ad esercitare le proprie prerogative tradizionali, ma anche a ridefinire le modalità di esercizio delle stesse, assumendo ruoli di supplenza o di riequilibrio nei confronti del circuito politico¹.

Con riguardo al capo dello Stato, oltre alla suggestiva metafora della fisarmonica di Giuliano Amato², una simile tendenza espansiva è stata avvertita già da tempo da

* Dottore di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

¹ R. ROMBOLI, *Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, in M. LUCIANI – M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997, pp. 333 ss., il quale qualifica entrambi "custodi" o "garanti" della Costituzione registrando delle profondissime diversità dei presupposti, degli strumenti e degli effetti della loro azione.

² Espressione coniata da G. AMATO, *Dal garantismo alla democrazia governante*, in *Mondoperaio*, n. 6/1981, pp. 17 ss.; negli stessi termini si v. G. PASQUINO, *L'elasticità della Presidenza della Repubblica*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2013, pp. 111 ss. Discorrono di fisarmonica anche riguardo alla Corte costituzionale A. RUGGERI, *Tutela dei diritti fondamentali e ruolo "a fisarmonica"*

Philippe Lauvaux e Armel Le Divillec, i quali evidenziano come i due pilastri interpretativi delle vicende politiche siano stati i partiti e il capo dello Stato italiano, che indiscutibilmente dispone di diritto e di fatto del «*des pouvoirs les plus larges et les moins contestés*»³. Dal 1989 in poi⁴, con l'indebolimento del sistema dei partiti, questo dualismo si è manifestato⁵ a tal punto da portare a un mutamento di fatto della forma di governo italiana definita nei termini di una “forma di governo parlamentare a correttivo presidenziale”⁶. È emersa, infatti, la fisionomia di un Presidente della Repubblica che assume le vesti non più di semplice “regista” ma di “protagonista” del copione per l'assenza di un chiaro indirizzo politico nazionale⁷.

Quanto detto emerge con il Governo Draghi in cui, in linea con la designazione dei governanti nelle precedenti legislature⁸, troviamo una continua espansione dei poteri del capo dello Stato che, a causa dell'*impasse* politico costante, da eccezionale diventa

dei giudici, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale, in *Diritti Fondamentali*, n. 2/2018, pp. 1 ss.; D. SCOPELLITI, *Il canale giurisdizionale per il riconoscimento dei diritti: tra crisi della rappresentanza e supplenza nei confronti della politica*, in *Diritti Fondamentali*, n. 2/2022, pp. 28 ss.

³ P. LAUVAUX – A. LE DIVELLEC, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, 2015, p. 823. Secondo gli Autori, sebbene sul piano formale i poteri del Presidente della Repubblica, esercitati con controfirma ministeriale, siano propri del capo dello Stato in un parlamentarismo monista (al riguardo gli Autori riportano gli esempi delle due figure presidenziali delineate dalla Carta della IV Repubblica francese 1946 e la legge fondamentale di Bonn del 1949), sotto il profilo sostanziale gli atti del Presidente della Repubblica sono espressione di un *pouvoir propre*. In particolare, gli Autori evidenziano come, rifacendosi all'esperienza tedesca del Presidente del Reich nella Repubblica di Weimar, il potere proprio del capo dello Stato non deriva dall'assenza della controfirma, essendovi stati casi in cui l'esercizio dei poteri presidenziali propri del capo dello Stato sia stato accompagnato dalla controfirma ministeriale. Il potere proprio dipende dal fatto che la controfirma, qualora richiesta, sia dovuta, al netto di un utilizzo illegale o manifestamente abusivo. Ne deriva quindi che il “potere proprio”, pur essendo ancorato alla regola della controfirma, non dà luogo a una competenza condivisa/concorrente.

⁴ Sul punto S. CECCANTI, *La Presidenza forte tra “gronchismo” e gollismo. Gronchi per una pratica “gollista” delle istituzioni con l'intento di aprire al centro-sinistra? Tra legittimità costituzionale sostanzialmente rispettata e fallimento politico*, in *Forum Quaderni costituzionali*, n. 1/2023, pp. 165-166, il quale evidenzia come già una forma di “scuricchiolo” delle virtualità dualiste era emersa durante la Presidenza Gronchi.

⁵ Sul punto M. DUVERGER, *Le système politique français*, Paris, 1996, il cui merito è di utilizzare il metodo combinatorio per spiegare il funzionamento delle istituzioni.

⁶ Al riguardo si v. P. LAUVAUX – A. LE DIVELLEC, *Les grandes démocraties contemporaines*, cit., p. 942.

⁷ La metafora del passaggio del Presidente della Repubblica da regista a protagonista del copione è utilizzata da G. ZAGREBELSKY, *La democrazia dall'alto*, in *La Repubblica*, 25 febbraio 2021.

⁸ S. CECCANTI – S. CURRERI – G. PASSARELLI, *La designazione dei governanti*, in *Federalismi*, n. 19/2017, pp. 2 ss.

ordinaria⁹. Infatti, il Presidente della Repubblica¹⁰, dopo il fallimento dell'esplorazione a termine semi-vincolata affidata al Presidente della Camera, ha nominato come Presidente del Consiglio un tecnico, Mario Draghi, persona di sua fiducia. Abbiamo avuto, quindi, un esecutivo che si è sorretto sulla designazione e sulla fiducia riposta da parte del capo dello Stato¹¹.

Così come il Presidente della Repubblica, anche con la Corte costituzionale emerge una simile tendenza: nei momenti in cui si realizza una situazione di inefficienza del sistema politico ecco che la Corte espande il proprio ruolo, cercando di supplire all'inerzia del legislatore. Ciò è avvenuto specialmente attraverso la proliferazione ed evoluzione delle proprie tecniche decisorie che permettono alla Corte di penetrare sempre di più nel campo materiale tradizionalmente considerato di esclusiva competenza del legislatore. Un simile ampliamento delle tecniche decisorie ha portato la Corte ad assumere un ruolo che si è discostato sempre più dall'immagine kelseniana del legislatore negativo¹², in base alla quale il Tribunale costituzionale dovrebbe limitarsi ad applicare soltanto la Costituzione formale. Orbene, questa supplenza svolta dalla Corte, pur se "non richiesta e non gradita"¹³, pone il rischio che la Consulta possa sostituirsi

⁹ G. CAVAGGION, *La formazione del Governo*, Torino, 2020, pp. 99 ss., laddove afferma come il "correttivo presidenziale" trova evidenti riscontri nell'azione costante del Presidente della Repubblica in questioni che lambiscono attività tipicamente espressive dell'indirizzo politico di governo; S. CECCANTI, *La forma di governo: la scelta semi-presidenziale senza alternative praticabili, come e perché*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 30 maggio 2013.

¹⁰ Lo stesso N. LUPO, *Un (primo) settennato intenso, nello snodo tra Italia e Unione europea*, in D. PARIS (a cura di), *Il primo mandato di Sergio Mattarella. La prassi presidenziale tra continuità ed evoluzione*, Napoli, 2022, p. 185, evidenzia come la rielezione del Presidente della Repubblica Mattarella possa accentuare le tendenze ad una forma di governo a "correttivo presidenziale". Secondo l'Autore, la rielezione del Presidente Napolitano renderebbe questa prassi non più eccezionale.

¹¹ Sul punto si v. A. MORRONE, *Il Presidente della Repubblica in trasformazione*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, pp. 2 ss., il quale con riferimento ai governi "del Presidente" sottolinea come la dottrina «declina il tipo talora riferendosi a governi scelti dal Presidente, talora a governi che godono di una doppia fiducia, talora a esecutivi che hanno soprattutto la fiducia del Capo dello Stato»; più di recente M. PODETTA, *La sovraesposizione del Presidente Mattarella nella gestione delle crisi di governo durante il suo primo mandato*, in *Costituzionalismo*, n. 2/2022, pp. 91 ss.

¹² H. Kelsen, *On the Nature and Development of Constitutional Adjudication*, in L. VIX (edited by), *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, 2015, pp. 45-46; F. MODUGNO, *La Corte costituzionale italiana oggi*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, Padova, 1985, p. 571, secondo il quale il principio di costituzionalità non è solo un limite negativo, ma anche positivo, ossia indicativo degli scopi, degli obiettivi e dei programmi che la Costituzione delinea per gli organi costituzionali in genere.

¹³ Il pensiero è stato espresso nel corso della conferenza stampa del 2 aprile 2004 dal Presidente Zagrebelsky, con riguardo al faticoso compito cui la Corte si è trovata obbligata a far luogo per

direttamente al legislatore, fenomeno denunciato dalla dottrina nei termini di “suprematismo giudiziario”¹⁴.

Una simile tendenza è emersa nelle stagioni delle crisi in cui il Giudice delle leggi ha utilizzato l’argomento della straordinarietà e dell’emergenza economica per limitare i diritti fondamentali.

Si pensi all’evoluzione della giurisprudenza costituzionale nel periodo della crisi economica e dell’avvento della *governance europea*¹⁵. Con l’avvento della crisi economica la Corte ha assunto un atteggiamento sempre più teso a salvaguardare il risanamento economico¹⁶. Infatti, in molte sue pronunce si è posta spesso in contrasto con l’indirizzo politico del legislatore, invocando talvolta il “carattere straordinario e urgente della situazione economica” per salvaguardare i tagli della spesa pubblica; altre volte si è limitata a invocare genericamente l’argomento dell’emergenza per comprimere i diritti sociali¹⁷; in altre occasioni, ancora, ha negato simili scelte in

rimediare alle non poche carenze esibite dal nuovo Titolo V (accessibile al seguente link <http://www.issirfa-spglio.cnr.it/>).

¹⁴ In tal senso si v. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi*, 12/2021, pp. 170 ss.

¹⁵ E. CHELLI, *Prefazione*, in G. D’ORAZIO (a cura di), *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, 1981, p. 15, il quale afferma che proprio durante una crisi economica la Corte costituzionale «sviluppa il proprio ruolo e la propria vocazione [...] come sede di compensazione di conflitti sociali non mediabili e non risolubili attraverso i normali congegni di formazione della volontà politica»; mentre per M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, p. 176, i limiti delle «capacità di supplenza del giudiziario» si manifestano «proprio nei momenti di crisi». In senso critico al confluire delle regole della *governance europea* nella Costituzione italiana si v. M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell’Unione europea*, Napoli, 2016; ID., *Democrazia e potere economico*, in *Rivista AIC*, 3/2018, pp. 252 ss.

¹⁶ Sulla riforma dell’art. 81 Cost. si v. R. BIFULCO, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell’Unione. A proposito della riforma costituzionale sull’equilibrio di bilancio*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012, p. 6, secondo il quale «il limite all’indebitamento [...] serve a tutelare anche le generazioni future da un onere che, in alcuni casi, può divenire gravosissimo». Per una evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul tema della c.d. giustiziabilità del principio di equilibrio di bilancio a seguito della legge costituzionale n. 1/2012 di modifica dell’art 81 della Costituzione, si v. M. BENVENUTI, *La Corte costituzionale*, in F. ANGELINI – M. BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica. Atti del Convegno (Roma, 26-27 aprile 2012)*, Napoli, 2012, pp. 378 ss.; M. LUCIANI, *Laterna magika. I diritti “finanziariamente condizionati”*, in M. LUCIANI – N. LUPO – C. BERGONZINI (a cura di), *Il bilancio dello Stato*, Napoli, 2022, pp. 31 ss.; G. RIVOCCHI, *Il bilancio nel diritto pubblico italiano*, in *Nomos*, n. 1/2021, pp. 3 ss.; G. SCACCIA, *L’equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, pp. 1 ss..

¹⁷ Per una analisi dei profili giurisprudenziali si v. D. MORANA, *I rapporti tra Parlamento e Corte costituzionale nella garanzia dei diritti sociali*, in *Amministrazione in Cammino*, 20 luglio 2015; G. RIVOCCHI, *L’armonizzazione dei bilanci degli enti territoriali: orientamenti e prospettive alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi*, n. 17/2016, pp. 2 ss.

considerazione del nucleo incompressibile dei diritti sociali in base al quale è «la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»¹⁸.

Altro esempio emblematico è la saga Cappato sul fine vita, in cui la Corte – dinanzi a un vuoto normativo in tema di aiuto al suicidio – ha esercitato una funzione supplente rispetto al Parlamento¹⁹. La Corte ha adottato una tipologia decisoria bifasica tesa a rispettare la discrezionalità del Parlamento mediante una valorizzazione della leale collaborazione “istituzionale”. L'incapacità del Parlamento di fornire risposte celeri nel termine assegnato dalla Consulta²⁰ ha portato, infatti, il Giudice delle leggi a svolgere un ruolo di supplenza attraendo a sé una serie di competenze trascendenti le sue funzioni a causa “dell'abulia del legislatore”²¹.

L'instabilità politica, insieme all'ampliamento delle funzioni degli organi di garanzia, ha determinato un incremento delle attività comunicative sia da parte della Corte costituzionale che del capo dello Stato. Ciò si è manifestato in una maggiore frequenza nell'utilizzo e nella diversificazione degli strumenti comunicativi, inclusi quelli non convenzionali come comunicati stampa, conferenze pubbliche, interviste e *social media*, con l'obiettivo di comunicare sia con altri organi costituzionali sia con l'opinione pubblica. Questo cambiamento pone questioni complesse. Da un lato, il ricorso a strumenti comunicativi “*extra ordinem*” può favorire la trasparenza, la comprensibilità

¹⁸ Corte cost., sent. n. 275/2016; Corte cost., sent. n. 152/2020. Sul punto D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in Osservatorio AIC, n. 1/2018; ID. (a cura di), *La salute tra i diritti e nei territori. Questioni Costituzionali nel rapporto Stato-Regioni*, Torino, 2025.

¹⁹ A. MORELLI, *La voce del silenzio. La decisione della Corte sull'aiuto al suicidio e il «perdurare dell'inerzia legislativa»*, in *Diritti Fondamentali*, n. 1/2020, pp. 746 ss.; F. POLITI, *La sentenza 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e la fine delle “rime obbligate”? Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile*, ivi, pp. 661 ss.; A. RUGGERI, *Autodeterminazione versus vita, a proposito della disciplina penale dell'omicidio del consenziente e della sua giusta sottrazione ad abrogazione popolare parziale (traendo spunto da Corte cost. n. 50 del 2022)*, in *Diritti Fondamentali*, n. 1/2022, pp. 464 ss.

²⁰ Corte cost., ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019. Per R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ID. (a cura di), *Rileggendo gli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019). A Roberto Romboli dai suoi allievi*, Torino, 2020, p. 107, «se il nuovo tipo di decisione tendeva ad instaurare un dialogo con il legislatore, dobbiamo prendere atto che la finalità non è stata raggiunta».

²¹ R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2019, p. 760; E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, ivi, p. 785; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019, pp. 251 ss.; L. FERRARELLA, *Prove di comunicazione della Corte costituzionale*, in *Questione giustizia*, n. 4/2020, pp. 167 ss.

e, in ultima analisi, la legittimazione democratica di organi che, per loro natura, non sono elettivi. Dall'altro lato, un uso eccessivo o improprio della comunicazione pubblica rischia di incrinare la neutralità che tradizionalmente caratterizza i garanti costituzionali, esponendoli a dinamiche di conflitto politico o, nel caso della Corte, al pericolo di un'indebita ricerca di consenso.

Lo scopo del lavoro è valutare se e in che misura questa trasformazione comunicativa rifletta un naturale adattamento del modello costituzionale alle nuove esigenze della società dell'informazione, oppure se si traduca in una forma di "suprematismo comunicativo"²² capace di minare i tradizionali equilibri tra discrezione, riservatezza e legittimazione.

2. Il Presidente della Repubblica: dalla discrezione costituzionale alla *moral suasion* digitale

Il disegno costituzionale del 1948 concepiva e metteva in risalto il carattere garantista del capo dello Stato quale organo neutrale rispetto all'attività di indirizzo politico. I canali comunicativi formali previsti dalla Carta – messaggi alle Camere (art. 87 Cost.) e messaggi motivati di rinvio delle leggi (art. 74 Cost.) – apparivano sufficienti ad assolvere al compito di "voce istituzionale" del capo dello Stato. Il modello presidenziale delineato nel dopoguerra era dunque improntato a una sostanziale riservatezza: il Presidente doveva agire più attraverso gesti istituzionali che attraverso parole rivolte all'opinione pubblica.

Tuttavia, a partire dagli anni '70-'80, con le presidenze Leone e soprattutto Pertini, si è progressivamente consolidata l'idea di un Presidente non più meramente silente, ma capace di parlare direttamente ai cittadini e di interpretare la propria funzione anche in chiave comunicativa. Si sono accresciute quelle tipologie di attività informali del Presidente della Repubblica²³ che si estrinsecano in incontri, comunicazioni,

²² Espressione coniata prendendo spunto dal celebre saggio di A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, cit., pp. 251 ss. Simile espressione mette in risalto i potenziali effetti distorsivi sul versante della comunicazione che può assumere l'espansione delle funzioni della Consulta.

²³ Per A. BALDASSARRE – C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, Bari, 1985, p. 260, il «potere di esternazione» consiste nella possibilità del Capo dello Stato di rendere pubblica la sua opinione attraverso qualsiasi forma egli ritenga opportuna (interviste, lettere, telegrammi, discorsi non ufficiali, ecc.); L. PALADIN, *Il Presidente della Repubblica*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXV, Milano, 1985, p. 221, il quale considera le esternazioni in termini di "facoltà", prive di effetti giuridici, ma con «una incidenza nei rapporti politico costituzionali spesso superiore a quella degli stessi poteri formali». In argomento, M.C. GRISOLIA, *Le esternazioni*, in A. RUGGERI (a cura

dichiarazioni, lettere, *tweet*, comunicati e note ufficiali, di cui non vi è traccia nella nostra Costituzione.

Il Presidente della Repubblica realizza così una forte persuasione nei confronti degli organi destinatari dell'indirizzo politico come Camere e Governo, ma anche nei confronti della stessa Corte costituzionale²⁴. In particolare, l'opera di *moral suasion* del Presidente è andata ben oltre questa forma di dialogo istituzionale, rivolgendosi direttamente all'opinione pubblica e intervenendo su vicende e fatti al centro del dibattito costituzionale o attraverso un dialogo diretto con soggetti o con esponenti della società civile²⁵. Un dialogo grazie al quale cerca di colmare la distanza tra Costituzione

di), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Torino, 2002, p. 193, la quale osserva che «la dichiarata elasticità e fluidità che da sempre caratterizza la figura presidenziale le hanno così permesso di adattarsi a nuove prassi e convenzioni che hanno dilatato il ruolo presidenziale, investendo, per le inevitabili e già denunciate contaminazioni, anche il potere in esame, il quale, per giudizio unanime, si è spinto ben oltre i limiti segnati in passato».

²⁴ Con riferimento all'influenza presidenziale sulla Corte costituzionale, le valutazioni del capo dello Stato – scaturite da un sommario esame del testo normativo – si collocano sul piano dei rapporti politici tra Camera e Governo, senza preludere il successivo controllo di costituzionalità che spetterebbe, in via esclusiva, alla Corte costituzionale. Si v. G. SCACCIA, *La funzione presidenziale di controllo sulle leggi e sugli atti equiparati*, in A. BALDASSARRE – G. SCACCIA (a cura di), *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo. Atti di convegno di Roma del 26 novembre 2010*, Roma, 2012, p. 133. In tal senso si può rinvenire una conferma di questa tendenza dall'analisi della sentenza della Corte costituzionale n. 262/2009, che ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune norme della legge n. 124/2008 sulla sospensione dei processi penali verso le più alte cariche dello Stato (il c.d. Lodo Alfano), nei confronti del quale il capo dello Stato in sede di promulgazione ha esternato la sua valutazione negativa attraverso i comunicati rispettivamente del 2 e 23 luglio 2008. In merito ai commenti relativi a questo comunicato si v. A. SPERTI, *Sul comunicato della Presidenza della Repubblica che ribadisce le ragioni della promulgazione del "lodo Alfano"*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 5 maggio 2009. Complessivamente le esternazioni del Presidente della Repubblica, le quali rivelano un orientamento particolarmente restrittivo su questa prassi, sono risultate anticipatorie rispetto all'orientamento giurisprudenziale poi accolto dalla Corte (ex multis Corte cost., sent. n. 22/2012).

²⁵ Sul punto si v. M. GORLANI, *Libertà di esternazione e sovraesposizione funzionale del Capo dello Stato*, Milano, 2012; D. CHINNI, *Sulle esternazioni del Presidente della Repubblica al tempo dei new media. Spunti a partire dalla prassi del Presidente Napolitano*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2010, pp. 1921 ss.; G. DELLEDONNE – L. GORI, *Le presidenze della Repubblica rilette dal Quirinale. Potere di esternazione ed esigenze di continuità istituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2021, pp. 323 ss., che sottolineano come la tecnica del richiamo ai predecessori costituisca il modo di cui l'attuale capo dello Stato si serve per veicolare indirettamente all'opinione pubblica la propria posizione rispetto a temi di stringente attualità istituzionale; G. BOGGERO, *La difesa della libertà di espressione e i riflessi sulla comunicazione istituzionale del Presidente della Repubblica nel primo mandato di Sergio Mattarella*, in D. PARIS (a cura di), *Il primo mandato di Sergio Mattarella. La prassi presidenziale tra continuità ed evoluzione*, cit., pp. 344 ss.; M. FERRARA, *Una road map internazionale per l'uscita dal conflitto russo-ucraino: la geopolitica del Quirinale nei discorsi del secondo mandato Mattarella*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2022, pp. 587 ss.

e politica oltre a rinsaldare la fiducia tra istituzioni e cittadini²⁶. Ovviamente questa maggiore responsabilità implica un duplice rischio: il primo è che il capo dello Stato risulti in qualche modo più esposto all'opinione pubblica e che la critica e l'influenza che questa esercita possano trasformarsi in uno strumento coercitivo indiretto per delegittimarlo e sanzionarlo²⁷; il secondo è che questo potere di *moral suasion* del Presidente della Repubblica possa in qualche modo realizzare un canale di legittimazione ulteriore rispetto al dettato costituzionale²⁸. Tutto ciò dipende dall'uso che ne fanno i vari Presidenti che si susseguono²⁹, il che finisce per enfatizzare in modo particolare la "personalizzazione" della figura del Presidente della Repubblica³⁰.

Emblematico in tal senso è il ruolo della comunicazione assunto dal Presidente della Repubblica nella fase della formazione del Governo Conte I. Si ricorderà che nella formazione del Governo Conte I il capo dello Stato cercò di risolvere la crisi facendo ricorso spesso alla comunicazione pubblica per rendere edotti i cittadini della necessità di formare un governo. Questa espansione dell'attività comunicativa fu dovuta anche a un atteggiamento improntato non sulla leale collaborazione istituzionale tra Presidente e

²⁶ A. RUGGERI, *Notazioni introduttive*, in ID. (a cura di), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, cit., pp. 35-36; V. LIPPOLIS – G.M. SALERNO, *La Repubblica del Presidente*, cit., pp. 179-180.

²⁷ M. VOLPI, *Intervento al seminario "Contesto politico, forma di governo e relazioni fra gli organi costituzionali"*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2018, pp. 3 ss.; contra C. NEGRI, *La moral suasion del Presidente della Repubblica nella forma di governo italiana*, Torino, 2018.

²⁸ G. SCACCIA, *Il settennato Napolitano fra intermediazione e direzione politica attiva*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2013, p. 10, il quale discorre di una sorta di legittimazione "plebiscitario-carismatica".

²⁹ Per una ricostruzione dell'esternazione presidenziale in termini di "potere", si v. G. D'ORAZIO, *Sul nuovo corso delle esternazioni presidenziali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2/1983, pp. 429 ss.; M. DOGLIANI, *Il potere di «potere di esternazione» del Presidente della Repubblica*, in M. LUCIANI – M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997, pp. 221 ss.; A. I. ARENA, *L'esternazione del pubblico potere*, Napoli, 2019; G. FILIPPETTA, *Le esternazioni del Capo dello Stato tra controfirma ministeriale e "sindacato" parlamentare*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, pp. 3218-3243; M. GORLANI, *Potere di messaggio ed esternazioni presidenziali*, Milano, 1986; T. MARTINES, *Il potere di esternazione del presidente della Repubblica*, in G. SILVESTRI (a cura di), *La figura ed il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1985, pp. 135 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Note sul cosiddetto potere di esternazione del Capo dello Stato*, in *Studi in onore di Ignazio Scotti*, Roma, 1992, pp. 153 ss.

³⁰ Personalizzazione già rilevata da E. CHELI, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia costituzionale*, in ID. (a cura di), *La riforma mancata. Tradizione e innovazione nella Costituzione italiana*, Bologna, 2000, p. 63; L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit., p. 240, per il quale «l'eterogenea natura e la grande complessità delle funzioni presidenziali concorrono inoltre a far comprendere il noto fenomeno della "personalizzazione" del potere, che non ha mancato di differenziare le une dalle altre Presidenze del periodo repubblicano: nel senso che ogni Presidente si è ritagliato il suo ruolo – entro le generiche previsioni costituzionali – secondo le caratteristiche umane e politiche della propria personalità».

partiti politici ma sulla logica del conflitto³¹. La situazione culminò con il caso Savona, quando i partiti di maggioranza annunciarono pubblicamente il nome di Savona come Ministro dell'Economia e delle Finanze prima di presentarlo al capo dello Stato. A ciò si aggiunse l'imposizione del dilemma "O Savona o morte" lanciato dal Segretario federale della Lega sulle piattaforme *social*, come *ultimatum* rivolto al Quirinale³². Il Presidente della Repubblica spiegò alla stampa le ragioni del rifiuto di nominare il Prof. Savona, connesse alla delicatezza del ruolo istituzionale rivestito dal Ministro dell'Economia e delle Finanze, incarico che avrebbe potuto compromettere la stabilità economica e finanziaria dell'Italia e la sua partecipazione al processo di integrazione europea. Subito dopo le dichiarazioni del Presidente della Repubblica, alcuni esponenti politici continuarono a seguire la linea del conflitto istituzionale fino a giungere alla richiesta di messa in stato d'accusa del capo dello Stato. L'uso della comunicazione del Presidente sul caso Savona fu molto osteggiato dalla dottrina in quanto i rapporti tra Presidente della Repubblica e forze politiche si sarebbero potuti porre in contrasto con due principi non scritti ma ribaditi dalla Corte costituzionale in relazione all'attività comunicativa del Presidente: riservatezza e leale collaborazione³³.

La moderazione e la discrezione, come afferma la stessa Corte con riferimento al Presidente della Repubblica nella sentenza n. 1/2013³⁴, sono principi cui il Presidente dovrebbe attenersi nella propria comunicazione politica al fine di rafforzare la fiducia di cui gode presso l'opinione pubblica. Tuttavia, detta sentenza va contestualizzata in

³¹ Da più parti è stato sottolineato come la formazione del Governo Conte I abbia messo in discussione buona parte delle norme non scritte – consuetudini, convenzioni e regole di correttezza costituzionale – solitamente regolative di questi profili della forma di governo, anche dal punto di vista comunicativo: sul punto C. PINELLI, *Appunti sulla formazione del Governo Conte e sulla fine della riservatezza*, in Osservatorio AIC, n. 2/2018; G. AZZARITI, *L'abbandono delle regole non scritte*, ivi; M.C. GRISOLIA, *Contesto politico, forma di governo e relazioni tra gli organi costituzionali*, ivi; Q. CAMERLENGO, *La forma di governo parlamentare nella transizione dal primo al secondo esecutivo Conte: verso un ritorno alla normalità costituzionale?*, in Osservatorio AIC, n. 5/2019, pp. 13 ss.

³² *Governo, scontro su Savona. Salvini: "Non tratto più, o si parte o si vota"*, in La Repubblica, 26 maggio 2018.

³³ G. AZZARITI, *L'abbandono delle regole non scritte*, cit., pp. 2 ss.

³⁴ Corte cost., sent. n. 1/2013, punto 8.3 del Cons. dir. Sul punto S. GIANELLO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 1/2013: l'occasione per riflettere sulla responsabilità e sul ruolo del Presidente della Repubblica nell'ordinamento costituzionale italiano*, in Rivista AIC, n. 3/2013; E. FURNO, *La responsabilità del Presidente della Repubblica dopo la sentenza n. 1/2013 della Corte costituzionale*, Torino, 2014; M.C. GRISOLIA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2013: un nuovo tassello nella ricostruzione giurisprudenziale della figura e del ruolo del Capo dello Stato nel nostro sistema costituzionale*, in Forum Quaderni costituzionali, 5 febbraio 2013; A. SPERTI, *Alcune riflessioni sul ruolo del Presidente della Repubblica e sulla sua responsabilità dopo la sentenza n. 1 del 2013 della Corte costituzionale*, in Forum Quaderni costituzionali, 22 febbraio 2013.

relazione alla situazione politica del momento e va letta come una corrispondenza biunivoca. Non si può chiedere e pretendere che la riservatezza e la leale collaborazione istituzionale vengano rispettate solo dal capo dello Stato e non dai partiti politici, dovendo necessariamente essere rispettate da entrambi. In quell'occasione, una volta venuta meno la riservatezza della comunicazione, il Presidente della Repubblica agì per garantire il rispetto dei principi e doveri costituzionali per non abdicare alle proprie prerogative. Perseguì il suo obiettivo di formazione del Governo senza cedere a imposizioni al fine di evitare la possibile fuoriuscita dell'Italia dalla zona euro con tutti i rischi connessi ai risparmi dei cittadini.

3. La trasformazione della comunicazione della Corte costituzionale nell'era dei *social media*: criticità, opportunità e proposte

Per lungo tempo la Corte costituzionale italiana è rimasta fedele all'idea che il Giudice delle leggi dovesse “parlare solo attraverso le sentenze”. Si trattava di una scelta non scritta, ma coerente con la funzione di “legislatore negativo” recepita dalla dottrina italiana del dopoguerra: il compito della Corte era limitarsi a verificare la compatibilità delle leggi con la Costituzione, evitando ogni forma di esposizione mediatica o di legittimazione esterna.

Questo modello di riservatezza istituzionale ha garantito a lungo l'autorevolezza della Corte, preservandone il carattere tecnico e sottraendola al rischio di conflitto politico. Tuttavia, le trasformazioni del contesto politico e mediatico – dal declino del sistema dei partiti alla centralità assunta dai *media* digitali – hanno reso progressivamente insufficiente un simile atteggiamento di silenzio.

A partire dagli anni duemila, la Corte ha iniziato a sviluppare una prassi comunicativa più articolata, dapprima in forma prudente (attraverso conferenze stampa annuali o comunicati sporadici), poi in maniera sempre più sistematica.

Sul ruolo mediatico che la Corte svolge³⁵, la dottrina distingue tra attività istituzionali *stricto sensu* e attività istituzionali *lato sensu*, ossia attività libere che

³⁵ S. PAJNO, *La Corte “mediatica”: aspetti positivi e profili problematici di una trasformazione in atto*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2020, pp. 137 ss.; A. SPERTI, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in *Diritto e società*, n. 4/2019, pp. 735 ss.; P. CARNEVALE – D. CHINNI, *To be or not to be (online)? Qualche considerazione sul rapporto fra web e organi costituzionali*, in AA.VV., *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta online*, 2020, pp. 279 ss.; G. D'AMICO, *Comunicazione e persuasione a Palazzo della Consulta: i comunicati stampa e le «voci di dentro» tra tradizione e innovazione*, in *Diritto e società*, n. 2/2018, pp. 237 ss.; P. PASSAGLIA, *Qualche osservazione sulla comunicazione pubblica della*

ciascun giudice può fare o non fare (partecipazione a convegni, *podcast* della Corte, dichiarazioni rese alla stampa, viaggi nelle carceri o nelle scuole)³⁶ nonché le c.d. esternazioni dei Presidenti della Corte rese alla stampa o in convegni e seminari che rappresentano il collegio di cui fanno parte³⁷.

Il crescente ricorso della Corte a strumenti comunicativi informali pone la questione se la sua legittimazione possa maturare non solo attraverso le decisioni giurisdizionali, ma anche al di fuori del processo. Una simile prospettiva, se da un lato apre alla possibilità di rafforzare il legame di fiducia³⁸ con la società, dall'altro rischia di scivolare verso una forma di legittimazione ulteriore³⁹ o, nei casi di passi falsi, di delegittimazione⁴⁰. Del resto, la Corte non è una monade isolata: come ogni istituzione

Corte costituzionale, in G. CONTI – P. MILAZZO (a cura di), *La crisi del Parlamento nelle regole della sua percezione*, Pisa, 2017, pp.109 ss.

³⁶ Sul punto si v. F. COVINO, *La comunicazione della Corte attraverso il viaggio nelle carceri tra esigenze di “publicness” e confronto con il Legislatore*, in *Forum Quaderni costituzionali*, n. 1/2023, pp. 132 ss. Come ricorda V. STELLA, *Dalla Corte costituzionale sempre più trasparenza ma nessun “Viaggio” tra i familiari delle vittime*, ivi, p. 10, è stato Valerio Onida il primo a visitare le carceri.

³⁷ M. BUQUICCHIO, *Contributo allo studio delle esternazioni del Presidente della Corte costituzionale*, Bari, 2000; P. PASSAGLIA, *Qualche osservazione sulla comunicazione pubblica della Corte costituzionale*, in G. CONTI – P. MILAZZO (a cura di), *La crisi del Parlamento nelle regole della sua percezione*, Pisa, 2017, p. 109; S. ALOISIO, *Materiale per uno studio della prassi delle esternazioni del Presidente della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, pp. 3169 ss.; L. D'ANDREA, *La Corte commenta se stessa (attraverso le conferenze stampa del suo Presidente)*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni*, Torino, 1994, pp. 377 ss.

³⁸ Il rapporto tra comunicazione e fiducia è stato ben sottolineato negli atti del convegno D. STASIO, *Corte costituzionale e opinione pubblica. Genesi, forme, finalità*, in *Forum Quaderni costituzionali*, n. 1/2023, pp. 21-22; A. SAITTA, *La comunicazione istituzionale del giudice delle leggi come pedagogia costituzionale*, ivi, p. 53, il quale osserva come il consenso vada inteso come espressione di mera legittimazione giuridica e non della società; N. LUPO, *Qualche ipotesi alla base della nuova stagione comunicativa della Corte costituzionale*, ivi, pp. 43 ss.; M.C. GRISOLIA, *Corte costituzionale ed opinione pubblica: un “cambio di passo” oramai necessario?*, ivi, p. 48; G. SOBRINO, *Genesi, forme e finalità dell'attuale rapporto tra la Corte Costituzionale e l'opinione pubblica: contributo alla discussione*, ivi, p. 95.

³⁹ I rischi di una possibile degenerazione della comunicazione della Corte – che potrebbe trasformare la “fiducia” in una forma di legittimazione esterna al processo – sono stati efficacemente messi in evidenza da R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e opinione pubblica. Genesi, forme, finalità*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2023, pp. 45 ss., il quale osserva che se un organo giurisdizionale – sia pure sui generis come la Corte – cerca la sua legittimazione al di fuori del processo, snatura sé stesso e si avvicina “pericolosamente” alla fisionomia degli organi politici. Dello stesso avviso è anche A. RUGGERI, *Corte costituzionale e pubblica opinione (note minime su una questione di cruciale rilievo ad oggi insoddisfacentemente risolta)*, ivi, p. 33, il quale evidenzia come il rischio si è concretizzato già in realtà e come “l’iperpoliticizzazione” della Corte va spezzata senza alcun indugio prima che sia troppo tardi.

⁴⁰ A. RUGGERI, *Corte costituzionale e pubblica opinione (note minime su una questione di cruciale rilievo ad oggi insoddisfacentemente risolta)*, cit., p. 31; S. AGOSTA, *La conferenza stampa sull’inammissibilità*

costituzionale, subisce l'influenza delle trasformazioni della società dell'informazione e della transizione digitale del lavoro, delle amministrazioni e delle stesse istituzioni, che inevitabilmente ne condizionano anche i modelli comunicativi.

Accanto alla ricostruzione pessimista e degenerativa⁴¹ che se ne è data, si devono ravvisare molteplici aspetti positivi⁴² che la nostra Corte, calata nel contesto mediatico⁴³, produce⁴⁴. Il Giudice costituzionale, ad esempio, con i comunicati stampa può risolvere il problema delle fughe di notizie⁴⁵, essendo «portato a spiegare le ragioni delle decisioni attraverso un'opera di semplificazione e di chiarificazione dei "tecnicismi" delle pronunzie, che rende comprensibile anche ai non giuristi la portata delle proprie decisioni; per altro verso, però, non può prescindere dagli stessi "tecnicismi", quanto meno nella misura in cui questi sono necessari per la stesura della motivazione»⁴⁶.

del referendum abrogativo in tema di omicidio del consenziente: un terrarium di studio per i futuri rapporti tra Corte ed opinione pubblica, in *Forum Quaderni costituzionali*, n. 1/2023, p. 60.

⁴¹ Sul punto varie sono state le affermazioni critiche della dottrina che hanno messo in particolare evidenza come attraverso la comunicazione la Corte abbia acquisito una nuova forma di legittimazione politica. Secondo quest'ordine di idee la comunicazione attiene, cioè, al processo di legittimazione sia della Corte costituzionale sia della sua attività, di tutta la sua attività, funzionale e istituzionale (A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, cit., p. 275; in questi termini anche M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, pp. 408 ss.; rischio paventato anche da D. CHINNI, *La comunicazione della Corte costituzionale: risvolti giuridici e legittimazione politica*, in *Diritto e società*, n. 2/2018, pp. 255 ss.; G. SOBRINO, «Uscire dal Palazzo della Consulta»: ma a che scopo? E in che modo? La "rivoluzione comunicativa" della Corte nell'attuale fase della giustizia costituzionale, in *Federalismi*, n. 15/2020, pp. 206 ss.).

⁴² In particolare si ricordi la conferenza convocata al termine del giudizio di ammissibilità su 8 referendum da G. AMATO, *Conferenza stampa del Presidente della Corte costituzionale Giuliano Amato sul giudizio di ammissibilità degli 8 referendum*, 16 febbraio 2022, disponibile all'indirizzo <https://www.cortecostituzionale.it/>, dove afferma come «Abbiamo ritenuto giusto ripristinare un'usanza che c'era stata in anni molto lontani che prevede, dopo impegni di questo tipo che hanno un risultato plurimo che desta forte interesse nell'opinione pubblica e quindi in voi [giornalisti] che dovete informare, di fare una conferenza stampa nella quale spieghiamo quello che abbiamo fatto, cosa che secondo me è sempre utile quella, dopo decisioni importanti o meno importante, di spiegare»; gli aspetti positivi sono messi ben in risalto da D. STASIO, *Il senso della Corte per la comunicazione*, in *Questione giustizia*, n. 4/2020, pp. 156 ss.

⁴³ P. COSTANZO, *Con l'emergenza, decolla la Corte 2.0*, in *Consulta online*, n. 1/2020.

⁴⁴ Sul punto S. PAJNO, *La Corte "mediatica": aspetti positivi e profili problematici di una trasformazione in atto*, cit., pp. 150 ss.

⁴⁵ Sul ruolo della trasparenza assunto dai comunicati stampa si v. A. SPERTI, *Alcune riflessioni sul complesso rapporto tra corti, media ed opinione pubblica*, in *Forum Quaderni costituzionali*, n. 1/2023, pp. 127 ss.

⁴⁶ S. PAJNO, *La Corte "mediatica": aspetti positivi e profili problematici di una trasformazione in atto*, cit., pp. 137 ss.

Considerati i possibili rischi dell'uso di forme di comunicazione informale all'opinione pubblica, cosa dovrebbe fare la Corte? È necessario che torni a parlare solo con le proprie sentenze?

Tornare all'idea secondo cui la Consulta "parla solo con le proprie sentenze" sembra uno scenario certamente poco auspicabile in quanto significherebbe vanificare tutti gli aspetti positivi che sono stati individuati. Quello che andrebbe fatto è evitare l'eccesso; risulta necessario, per utilizzare le parole della Consulta, un uso morigerato, prudente, ragionevole ed equilibrato delle esternazioni.

La moderazione e la discrezione, come afferma la Corte con riferimento al Presidente della Repubblica, sono le parole d'ordine che la stessa Corte deve seguire nella propria comunicazione al fine di rafforzare quel (pienamente legittimo) sostegno da parte dell'opinione pubblica attraverso una migliore conoscenza dell'attività svolta. Si tratta, quindi, di un'opera di "mediatizzazione" ben commisurata alla natura propria di un organo costituzionale, chiamato ad operare in condizioni di trasparenza e che si realizza attraverso un flusso di conoscenze dall'interno verso l'esterno.

La Corte, in sostanza, deve cercare di far capire ai cittadini che cosa materialmente fa, quali sono i suoi compiti e quali sono le decisioni che prende. Sembra appunto che stia procedendo in questa direzione, come dimostra la duplice modifica delle Norme integrative, sia con riferimento all'introduzione degli *amici curiae*⁴⁷, sia alla modalità di svolgimento dell'udienza pubblica con la possibilità di estendere il contraddittorio a seguito del decreto del 30 maggio 2022⁴⁸: un rito più snello e più orale può

⁴⁷ Con riferimento alla modifica delle Norme integrative sull'ammissione degli *amici curiae* e sull'apertura della Corte costituzionale alla società civile, si sono registrate in dottrina posizioni sia favorevoli che contrarie a questa innovazione. Tra le voci critiche si v. M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, cit., pp. 402 ss. Sul tema anche A. RUGGERI, *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustizia insieme*, 24 gennaio 2020; M.C. GRISOLIA, *Editoriale. Le modifiche alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2020, pp. 5 ss.; A. VUOLO, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative*, in *Federalismi*, n. 16/2020, pp. 407 ss. Sulle aperture della Corte all'opinione pubblica esprime criticità A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, cit., pp. 271-272.

⁴⁸ Si fa riferimento, oltre alla modifica delle Norme integrative sull'ammissione degli *amici curiae*, anche al decreto 30 maggio 2022 con il quale il Presidente della Corte costituzionale è intervenuto sullo svolgimento della discussione orale dinanzi al Giudice delle leggi, introducendo un'estensione delle facoltà del giudice relatore. Questo potrà formulare specifici quesiti, ai quali i difensori risponderanno oralmente nell'udienza pubblica. Poiché la durata complessiva è normalmente di quindici minuti (ai sensi dell'art. 10, comma 3, delle Norme integrative), la produzione di un numero rilevante di quesiti scritti potrebbe indirizzare sensibilmente gli interventi degli avvocati. Sul punto si v. G. D'AMICO, *Una nuova (e più utile)*

indubbiamente contribuire ad impostare, fin dall'inizio, una formula meno paludata di dialogo tra i difensori delle parti e la Corte⁴⁹.

L'obiettivo non semplice è riuscire a spiegare ai non addetti ai lavori il contenuto delle proprie pronunce. La Corte ha cercato di farlo sia attraverso i comunicati stampa sia con le note concernenti l'agenda dei lavori sia tramite quella attività che va sotto il nome di "pedagogia costituzionale"⁵⁰.

Inoltre, nel far comprendere ai cittadini la propria attività, la Corte deve perseguire la neutralità informativa⁵¹. Nel realizzare questo compito, la Corte deve seguire tre coordinate: rispetto, trasparenza e fiducia⁵². La necessità di discrezione e moderazione induce a riflettere che non è auspicabile né l'eccesso di attivismo⁵³ né l'eccessiva

dinamica per le udienze davanti alla Corte costituzionale, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2022, pp. 604 ss.; L. PESOLE, *La valorizzazione della collegialità nella "nuova" udienza pubblica della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, n. 27/2023, pp. 67 ss.

⁴⁹ Al riguardo si v. F. VIGANÒ, *La Corte costituzionale e la sua comunicazione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2023, pp. 18 ss.

⁵⁰ In particolare, si pensi a tutte quelle occasioni — come la pubblicazione sul sito ufficiale della Corte costituzionale dei *podcast* della Corte o gli incontri di studio durante i quali i giudici parlano delle proprie decisioni — che rientrano nella cosiddetta "pedagogia costituzionale". Sulla pedagogia costituzionale si v. S. PAJNO, *La Corte "mediatica": aspetti positivi e profili problematici di una trasformazione in atto*, cit., pp. 150 ss.; A. SAIITA, *La comunicazione istituzionale del giudice delle leggi come pedagogia costituzionale*, cit., pp. 53 ss.

⁵¹ Di neutralità informativa ne parla S. PAJNO, op. cit., p. 189; la neutralità della comunicazione della Corte è affermata da D. STASIO, *Il senso della Corte per la comunicazione*, cit., p. 162; negativo al riguardo è A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, cit., pp. 270 ss., sia con riferimento al comunicato stampa, sostenendo «come un ricercatore esperto saprebbe, nonostante il contenuto del comunicato stampa o dell'agenda dei lavori, come arricchire i dati conoscitivi e, quindi, come portare allo scoperto ciò che un comunicato nasconde» e sia con riferimento alle esternazioni dei pensieri dei giudici della Corte.

⁵² La trasparenza è stata avvertita anche dalla dottrina con riferimento alla modifica delle Norme integrative e l'introduzione dell'istituto dell'*amicus curiae*. Sul punto si v. P. RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, in *Federalismi*, n. 2/2020; A.M. LECIS COCCO ORTU, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere esperti amici curia dalla porta principale*, in *Diritti Comparati*, 23 gennaio 2020; M. D'AMICO, *Gli amici curiae*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2020, pp. 122 ss.; A. RUGGERI, *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, cit.; P. COSTANZO, *Brevi osservazioni sull'amicus curiae davanti alla Corte costituzionale italiana*, in *Consulta online*, n. 1/2019, pp. 120 ss.; A. SPERTI, *Alcune riflessioni sull'apertura della Corte alla società civile nella recente modifica delle Norme integrative*, in AA.VV., *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta online*, 2020, pp. 33 ss.

⁵³ Al riguardo si v. G. BERGONZINI, *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione partecipazione contraddittorio*, Napoli, 2021, pp. 285 ss.

astensione nell'esplicazione pubblica⁵⁴. Nel primo caso, come rilevato dalla dottrina nel discorrere di "suprematismo giudiziario"⁵⁵, il rischio è che l'attivismo istituzionale finisca per riflettersi anche sul piano comunicativo, dando luogo a forme di vero e proprio "suprematismo comunicativo"; con riferimento al secondo, un'eccessiva astensione non sembra auspicabile poiché, arroccandosi nella propria torre d'avorio⁵⁶, la Corte finirebbe per apparire troppo distante e lontana dai cittadini, mentre ricercare un collegamento con l'opinione pubblica⁵⁷ nello spiegare il significato delle proprie decisioni realizzerebbe una quotidiana forma di rilegittimazione della propria attività⁵⁸.

Non è, pertanto, auspicabile tornare al paradigma concettuale secondo cui "la Corte può parlare solo attraverso le sentenze" visto che la rivoluzione digitale e la diffusione dei tanti mezzi di comunicazione pongono la necessità di un dialogo con la società civile. Tuttavia, forse proprio il cambio di paradigma in base al quale la Corte non parla solo attraverso le proprie sentenze, ci porta a svolgere una riflessione. Rifiutare l'idea che la Corte debba parlare solo attraverso le proprie sentenze deriva dal fatto che forse queste non riescono ad essere intelligibili ai cittadini⁵⁹. Se pensiamo alla *ratio* dei comunicati stampa, lo strumento più emblematico della comunicazione della Corte, questi vengono adottati per rendere intelligibili le decisioni ai cittadini, poiché il

⁵⁴ I rischi sono ben evidenziati da S. AGOSTA, *La conferenza stampa sull'inammissibilità del referendum abrogativo in tema di omicidio del consenziente: un terrarium di studio per i futuri rapporti tra Corte ed opinione pubblica*, cit., p. 61.

⁵⁵ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, cit., pp. 251 ss.

⁵⁶ O anche ad una casa di riposo ("Villa Arzilla") come affermò l'allora Ministro Pier Carlo Padoan. Al riguardo si v. N. LUPO, *Qualche ipotesi alla base della nuova stagione comunicativa della Corte costituzionale*, cit., p. 45, il quale ricorda tale definizione data in occasione della sentenza della Corte costituzionale n. 70/2015 dall'allora Ministro Pier Carlo Padoan. Quest'ultimo in interviste apparse sul Corriere della Sera e su La Repubblica in data 23 maggio 2015, affermò, tra l'altro, che il «Presidente della Corte costituzionale è introdotto come uno "tra i più potenti d'Italia, ma non lo conosce nessuno».

⁵⁷ A. SAITTA, *La comunicazione istituzionale del giudice delle leggi come pedagogia costituzionale*, cit., p. 54.

⁵⁸ L. ELIA, *Intervento*, in P. PASQUINO – B. RANDAZZO (a cura di), *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti)*, Milano, 2009, pp. 125 ss.

⁵⁹ La complessità del linguaggio adoperato dalla Corte è stata messa in evidenza da N. LUPO, *Qualche ipotesi alla base della nuova stagione comunicativa della Corte costituzionale*, cit., p. 44; G. TIEGHI, *Corte costituzionale e dovere di sperimentazione comunicativa in udienza. Riflessioni aggiornate sul dialogo con i Giudici*, in *Forum Quaderni costituzionali*, n. 1/2023, pp. 106 ss.; M.C. GRISOLIA, *Corte costituzionale ed opinione pubblica: un "cambio di passo" ormai necessario?*, cit., pp. 84-85.

linguaggio delle pronunce è decisamente tecnico e spesso di difficile comprensione anche per gli addetti ai lavori⁶⁰.

Pertanto, la Corte potrebbe, al fine di evitare tutti i rischi indicati dalla dottrina sull'uso dei comunicati stampa⁶¹, lavorare sul linguaggio delle proprie decisioni⁶². Sicuramente non si tratta di un compito semplice⁶³. Tuttavia, stare al passo con i ritmi della società dell'informazione in cui viviamo significa anche questo: fare lo sforzo di adottare un linguaggio capace di coniugare la chiarezza e la precisione tecnica con la semplicità e la sinteticità al fine di rendere maggiormente intelligibile il proprio operato non solo tramite strumenti indiretti (comunicati, interviste e conferenze stampa) ma fondamentalmente anche con le sue stesse pronunce che rappresentano e devono restare il principale veicolo utilizzato dalla Corte per parlare e dialogare con la società⁶⁴. In tal senso, uno studio serio sul linguaggio potrebbe garantire che le sentenze diventino e restino lo strumento cardine che la Corte usa per parlare ai cittadini⁶⁵.

Una simile attenzione al linguaggio, che valorizza la chiarezza e l'intelligibilità, rappresenta, invero, un problema generale che si pone non solo per i giudici costituzionali ma in generale per tutti i giudici. La chiarezza e sinteticità possono

⁶⁰ Come sottolinea anche la giornalista G. MERLO, *La comunicazione della Consulta: tra opportunità per il futuro e ipotesi di riforma*, in *Forum Quaderni costituzionali*, n. 1/2023, p. 13, dove afferma come «per tecnicità e approfondimento, una sentenza della Corte costituzionale non è facilmente comprensibile nemmeno al giornalista più formato».

⁶¹ Un rischio, in particolare, è stato messo in luce da A. RUGGERI, *Corte costituzionale e pubblica opinione (note minime su una questione di cruciale rilievo ad oggi insoddisfacentemente risolta)*, cit., p. 31, il quale evidenzia un rischio di scollamento tra comunicato e decisione; C. SALAZAR, *La Corte costituzionale tra le maglie della rete: qualche considerazione*, in *Forum Quaderni costituzionali*, n. 1/2023.

⁶² Questo aspetto è già stato evidenziato anche presso altre Corti supreme, che hanno adottato le c.d. tecniche del *plain language* nella redazione dei propri atti. Sul punto si v. D.A. STRAUSS, *The Plain Language Court*, in *Cardozo Law Review*, 2016, pp. 651 ss.; B.A. GARNER, *Judges on Effective Writing: The Importance of Plain Language*, in *Michigan Bar Journal*, 1994, pp. 326 ss.; L. TUCKER, *This week at the Court: in Plain Language*, in SCOTUSblog, 2011, accessibile al link <https://www.scotusblog.com/>.

⁶³ In tal senso si v. R. ZACCARIA, *Il linguaggio del legislatore e della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2023, pp. 151 ss.; analogamente la complessità delle sentenze della Corte costituzionale veniva già messo in evidenza da R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e opinione pubblica. Genesi, forme, finalità*, cit., p. 68; U. DE SIERVO, *Relazione del Presidente Ugo De Siero sulla giurisprudenza costituzionale nel 2010*, disponibile al seguente link <https://www.cortecostituzionale.it/>, nella parte in cui afferma, con riferimento alle decisioni della Corte, che «occorre riconoscere che il linguaggio giuridico con cui di necessità esse sono scritte non rende sempre agevole la loro esatta comprensione».

⁶⁴ In tal senso si veda A. RUGGERI, *Corte costituzionale e pubblica opinione (note minime su una questione di cruciale rilievo ad oggi insoddisfacentemente risolta)*, cit., p. 30.

⁶⁵ In tal senso M. C. GRISOLIA, *Corte costituzionale ed opinione pubblica: un "cambio di passo" ormai necessario?*, cit., pp. 50-51.

divenire un mezzo per garantire una maggiore forma di legittimazione della Corte e dei giudici⁶⁶.

D'altronde, affermare che la giustizia è amministrata in nome del popolo italiano non significa anche questo? Non significa forse che la giustizia si rivolge al popolo e non solo agli operatori di diritto ed è nel popolo che vede i suoi principali destinatari?

Nel *Conseil constitutionnel* per molti anni è stato adottato uno stile decisionale semplificato con una motivazione assertiva e decisioni articolate in una serie di “considerato che” separati da punto e virgola⁶⁷. Indubbiamente, sebbene l'esigenza di maggiore chiarezza e semplicità rappresenti un modo per dare maggiore legittimazione alla Corte, allo stesso modo sussiste il rischio che uno stile totalmente semplificato, insieme a una motivazione stringata e poco convincente, possa mettere in discussione la legittimazione della Corte⁶⁸.

Forse per realizzare un attento bilanciamento tra le due opposte esigenze, ossia quella della semplificazione e della completezza, un correttivo facilmente praticabile potrebbe essere quello di snellire la parte in fatto delle decisioni, che quasi sempre viene ripetuta nella parte in diritto, o anche di suddividere i “considerato in diritto” in vari paragrafi titolati come già avviene in molte Corti sovranazionali⁶⁹.

4. Conclusioni

L'analisi condotta mostra come la rivoluzione comunicativa dei garanti costituzionali non sia un fenomeno episodico, ma un mutamento strutturale del modello costituzionale italiano. Il Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale, pur con funzioni e natura diverse, condividono la necessità di esprimersi oltre i canali formali previsti dalla Carta, adattandosi a una società segnata dalla velocità dei flussi informativi e dalla richiesta di trasparenza immediata.

⁶⁶ In particolare si vedano i lavori svolti dal gruppo di lavoro sulla chiarezza e la sinteticità degli atti processuali del Ministero di giustizia (MINISTERO DI GIUSTIZIA, *Breviario per una buona scrittura*, 2018, accessibile al seguente link <https://www.federnotizie.it/>). L'importanza di un linguaggio giuridico chiaro nelle decisioni era già stata sottolineata da P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1959; V. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Rivista del diritto commerciale*, n. 1/1911, p. 942.

⁶⁷ Sul punto si v. F. VIGANÒ, *La Corte costituzionale e la sua comunicazione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2023, pp. 28 ss.

⁶⁸ G. D'AMICO, *Comunicazione e persuasione a Palazzo della Consulta: i comunicati stampa e le «voci di dentro» tra tradizione e innovazione*, cit., p. 243.

⁶⁹ N. ZANON, *Su alcune questioni e tendenze attuali intorno alla motivazione delle decisioni della Corte costituzionale, tra forma e sostanza*, in M. LOSANA – V. MARCENÒ (a cura di), *Come decide la Corte dinanzi a questioni «tecniche»*. *Incontri sulla giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2020, pp. 24 ss.

Se questo mutamento ha permesso di rafforzare la trasparenza e di ridurre la distanza tra istituzioni e cittadini, ha al tempo stesso reso più fragile il confine tra garanzia e politica. Nel caso del Presidente, la *moral suasion* rischia di trasformarsi in protagonismo; nel caso della Corte, la pedagogia comunicativa può sfociare in un “suprematismo comunicativo”, in quanto tramite i comunicati tende a legittimare il proprio operato, andando oltre la forza delle sue sentenze. La sfida non è scegliere tra silenzio e intervento, ma definire le modalità con cui i garanti devono esprimersi: con sobrietà, chiarezza e misura, affinché la comunicazione non si trasformi in strumento politico.

L'elemento comune che spinge entrambi gli organi ad abbandonare la tradizionale riservatezza è la condizione di instabilità politica. Quando il Parlamento non riesce ad esprimere indirizzi stabili e i governi si susseguono senza solide maggioranze, i garanti si trovano costretti a intervenire con maggiore intensità. A ciò si aggiunge la trasformazione del contesto mediatico e digitale, che rende difficile per istituzioni di rilievo costituzionale sottrarsi a un dialogo costante con l'opinione pubblica⁷⁰ con il rischio che si giunga a un “abbandono delle regole non scritte”⁷¹.

In sintesi, l'inefficienza del potere politico spinge la Corte costituzionale a diventare un vero e proprio attore politico portandola sempre più ad ottenere una forma di consenso popolare⁷². Infatti, poiché la Consulta nel supplire all'inerzia del legislatore emette sentenze che «hanno necessariamente un impatto più o meno importante sulla vita della *polis* (la società)», è ovvio che debba dare conto e rendere edotta la collettività del contenuto delle proprie decisioni «per evitare che questo sfugga alla generalità dei cittadini o sia manipolato oppure strumentalizzato»⁷³. È palese, quindi, che la Corte, più che di legittimazione nello svolgere questo compito che sconfina dal suo ruolo, necessita non tanto di un'ulteriore forma di legittimazione ma di una sempre maggiore

⁷⁰ G.U. RESCIGNO, *Prassi, regolarità, regole, convenzioni costituzionali, consuetudini costituzionali, consuetudini giuridiche di diritto pubblico*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018, pp. 2 ss.; A. SAITTA, *Prassi, convenzioni, consuetudini costituzionali e gli organi di governo nella realtà costituzionale: un dibattito tra costituzionalisti*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014, pp. 2 ss.

⁷¹ G. AZZARITI, *L'abbandono delle regole non scritte*, cit., pp. 3-4.

⁷² A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica*, cit., spec. pp. 268 ss.; L. D'ANDREA, *La Corte commenta... se stessa (attraverso le conferenze-stampa del suo Presidente)*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, p. 380.

⁷³ R. MANNHEIMER – P. PASQUINO, *Bravo Amato, la conferenza stampa sui referendum utile e necessaria*, in *Il Riformista*, 22 febbraio 2022.

fiducia da parte della società in cui opera⁷⁴. Proprio il dare conto ai cittadini delle proprie scelte ha spinto la Consulta a tenere la tanto discussa conferenza stampa sull'inammissibilità del referendum sull'omicidio del consenziente, allo scopo di rendere comprensibili a tutti le proprie scelte anche a causa del linguaggio "esoterico"⁷⁵ adoperato spesso nelle proprie decisioni.

Tanto il caso Savona quanto quello Cappato, specialmente con riferimento alla conferenza stampa sul referendum relativo all'eutanasia, insegnano che lo "spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale"⁷⁶, il quale dovrebbe caratterizzare il rapporto tra i garanti della Costituzione e il Parlamento, è messo a dura prova quando vi è un'instabilità politica. In una simile situazione di instabilità, l'intervento risolutore del capo dello Stato si riverbera automaticamente anche sull'operato della Corte costituzionale. Finché non viene formato un Governo, persiste un'incapacità di legiferare a cui la Corte cerca di supplire.

Per concludere, l'evoluzione delle prassi tendenti a esasperare i poteri del capo dello Stato dipende dalla situazione di instabilità politica. Pertanto, non dovrebbero esserci pericoli reali, visto che questi eventi rappresentano situazioni prettamente eccezionali e patologiche. Il problema si pone quando l'*impasse* politico da eccezionale diventa ordinario, consolidando anche certe prassi "eccezionali"⁷⁷.

Ai lettori non sfuggirà come il recente dibattito politico ruoti attorno a questa domanda cruciale: come garantire un governo stabile senza compromettere gli equilibri della nostra architettura costituzionale? Alla questione "premierato sì o premierato no" non si può rispondere in termini semplificati: ciò che davvero conta è comprendere in che modo una simile riforma possa incidere sul complesso sistema di pesi e contrappesi che regge l'"orologio costituzionale". Ogni intervento che tocchi la forma di governo deve, dunque, essere accompagnato da una riflessione altrettanto profonda sul ruolo che

⁷⁴ S. AGOSTA, *Linguaggio della Corte costituzionale e consenso (a margine di una recente tendenza in tema di comunicazione con l'opinione pubblica)*, in *Rivista AIC*, n. 2/2023, pp. 40 ss.

⁷⁵ M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, cit., p. 407.

⁷⁶ Corte cost., ord. n. 207/2018, punto 11 del Cons. dir.

⁷⁷ G. ZAGREBELSKY, *La democrazia dall'alto*, cit., laddove evidenzia come il passare ad un esercizio non più eccezionale una *tantum* indurrebbe a "un cambio di paradigma costituzionale" con un governo dall'alto che nasce con la fiducia del capo dello Stato. Questo stato di cose «non è cosa buona per la democrazia, ma è ottima per l'oligarchia».

i custodi – Presidente e Corte – sono chiamati a svolgere, affinché la loro funzione resti quella di garanti della Costituzione e non supplenti della politica⁷⁸.

⁷⁸ Tra i recenti lavori che ricostruiscono il dibattito sulla riforma del premierato si v. ex multis V. BALDINI, *La democrazia pluralista nei mutamenti dell'esperienza contemporanea*, in *Diritti Fondamentali*, n. 2/2024, pp. 66 ss.; L. D'ANDREA, *Il premierato elettivo, tra diritto e politica: brevi notazioni critiche*, in *Diritti Fondamentali*, n. 1/2025, pp. 61 ss.; A. ALGOSTINO, *Premierato... purché Capo sia: il fascino della verticalizzazione del potere e i rischi del suo innesto in una democrazia spolticizzata*, in *Rivista AIC*, n. 3/2023, pp. 120 ss.; A. LUCARELLI, *Premierato e riforme costituzionali: il mito della governabilità*, in *Rivista AIC*, n. 4/2023, pp. 296 ss.; si vedano anche i contributi pubblicati su *Rassegna Diritto Pubblico europeo-online*, n. 2/2023 "Forum - Elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri".

Appunti per uno studio su anziani e Costituzione*

di
Antonio Ruggeri**

Sommario: 1. Il silenzio della Costituzione a riguardo della condizione degli anziani e la tutela a questi nondimeno offerta dai principi fondamentali della Carta (in ispecie, le sue implicazioni al piano delle dinamiche delle norme che specificamente li riguardano nel tempo e del rilievo dalle stesse posseduto nelle esperienze processuali). – 2. I “gradi” diversi di vulnerabilità degli anziani e il complessivo trattamento a questi riservato nella legislazione più recente (e, specificamente, dal decreto legislativo n. 29 del 2024), con particolare attenzione al campo della salute. – 3. Il bisogno che si faccia luogo ad un ampio ed articolato processo di produzione giuridica coinvolgente più operatori, istituzionali e non, in vista della ottimale implementazione delle previsioni del decreto legislativo del 2024.

1. Il silenzio della Costituzione a riguardo della condizione degli anziani e la tutela a questi nondimeno offerta dai principi fondamentali della Carta (in ispecie, le sue implicazioni al piano delle dinamiche delle norme che specificamente li riguardano nel tempo e del rilievo dalle stesse posseduto nelle esperienze processuali)

A prima impressione, parrebbe che l’Assemblea Costituente abbia mostrato scarsa attenzione alla condizione giuridica delle persone anziane. Il lemma “anziano” non figura in modo esplicito neppure una volta: di “anzianità” si discorre solo all’art. 98, con riferimento ai pubblici impiegati eletti alle Camere che non possono essere

* Intervento all’incontro di studi su *L’armonia intergenerazionale come prerequisito per una società giusta, in cui siano tutelati i diritti delle persone meno produttive*, Messina 11 ottobre 2025. Avverto che, per le limitate esigenze di questa trattazione, l’apparato di note e i riferimenti di lett. sono qui ridotti all’essenziale.

** Emerito di Diritto costituzionale – Università di Messina.

promossi se non appunto per “anzianità”: un riferimento, questo, che – com’è di tutta evidenza – è privo d’interesse al fine della ricostruzione che ora si avvia. Di “vecchiaia” si parla, poi, in merito al diritto dei lavoratori ad avere assicurati, in questa stagione della loro esistenza, “mezzi adeguati alle loro esigenze di vita” (art. 38). Null’altro, dunque.

In effetti, a valutare con un certo distacco il significato complessivo della reticenza esibita dai redattori della Carta, non ci si può trattenere dal manifestare una certa delusione per com’è maturata questa vicenda. La lacuna obiettivamente c’è ed è vistosa; ed a farla apparire tale è il raffronto con altri documenti materialmente costituzionali, tra i quali la Carta dei diritti dell’Unione europea, che non mancano di fare esplicita menzione della condizione delle persone in parola (la Carta appena richiamata, all’art. 25), senza peraltro tacere i richiami che al riguardo si rinvencono in documenti privi di valore normativo che nondimeno testimoniano una diffusa e crescente sensibilità nei riguardi delle persone stesse, accompagnata dall’impegno assunto da istituzioni e formazioni sociali di vario genere a svolgere prestazioni al loro servizio¹.

Non consola, ad ogni buon conto, constatare che anche altre categorie di soggetti fragili e bisognosi di cure siano parimenti rimaste prive di esplicito riscontro nella legge fondamentale della Repubblica. Nel caso nostro si tratta di una fascia di persone che, per ragioni varie (tra le quali, l’innalzamento dell’età media principalmente conseguente ai progressi fatti dalla scienza e dalla tecnologia, specie in ambito medico), si fa sempre più larga e, già solo per ciò, appare dunque essere particolarmente meritevole di specifica, congrua considerazione².

¹ Si pensi, per fare ora solo un riferimento al riguardo, all’intesa siglata nel marzo scorso dalla Pontificia Accademia per la Vita e dall’Ufficio regionale europeo dell’OMS volta a dar vita ad iniziative sulla base della *Carta dei diritti degli anziani e dei doveri della comunità*, messa a punto nel 2020 da una Commissione istituita dal Ministro della salute per la riforma dell’assistenza socio-sanitaria alla popolazione anziana.

² ... secondo quanto è, peraltro, rimarcato in scritti di vario segno e orientamento: part., oltre che in quelli di cultori di diritto, in altri di sociologia, medicina (nelle sue varie articolazioni interne e, specificamente, in quelli di gerontologia), economia, e via dicendo (utili indicazioni, *ex plurimis*, in AA.VV., *Essere anziani oggi. Riflessioni su invecchiamento e morte*, a cura di F. Mazzucchelli, FrancoAngeli, Milano 2019; V. ANDREOLI, *Una certa età. Per una nuova idea della vecchiaia*, Solferino, Milano 2020; V. CAPPELLATO - B. GARDELLA TEDESCHI - E. MERCURI, *Anziani*.

D'altronde, venendo viepiù appagata l'esigenza diffusa di raggiungere lo stadio ultimo della vita, se ne hanno plurime e rilevanti implicazioni di vario genere, specie al piano economico-finanziario, dovendo le persone attive in ambito lavorativo addossarsi l'onere di assicurare il sostegno ad un numero crescente di persone inattive (non si trascuri inoltre al riguardo la condizione di coloro che sono inabili al lavoro, specie per invalidità³).

La lacuna costituzionale, dunque, c'è; e, per ciò che può valere il mio punto di vista, sarebbe stato (e sarebbe) bene colmarla, sia pure con indicazioni *per essentialia*, conformemente alla vocazione del dettato costituzionale, per sua natura contenuto e bisognoso quindi di ricevere il suo opportuno svolgimento ad opera di atti diversi di normazione, a partire ovviamente dalla legge, quale strumento di prima e diretta attuazione costituzionale⁴.

Ad ogni buon conto, riconoscere l'esistenza della lacuna suddetta non equivale di certo a dire che la Carta resta in tutto silente in merito alla condizione delle persone in parola. Soccorre, infatti, pur sempre la formidabile *vis* qualificatoria dell'esperienza di cui sono dotati i principi fondamentali della Carta, la cui attitudine a distendersi per l'intero ordinamento risulta ormai acclarata e, con essa,

Diritti, bisogni, prospettive. Un'indagine sociologica e giuridica, Il Mulino, Bologna 2021; F. MIELE, *Anziani, salute e società. Politiche di welfare, discorso pubblico e cura quotidiana*, Il Mulino, Bologna 2022; AA.VV., *Un diritto gentile per la persona anziana*, a cura di A. Fusaro e M. Piccinni, Pacini Giuridica, Pisa 2024; F. DI BLASI, *Anziani digitali. La risposta della tecnologia a una popolazione che invecchia*, Armando Editore, Roma 2024; L. PASQUALOTTO - A. LASCIOLI, *La vita di qualità nelle RSA e nelle case di riposo. Strumenti di progettazione e valutazione*, Carocci, Roma 2024; V. PAGLIA, *L'Età Grande: la nuova legge per gli anziani*⁴, Edizioni LSWR, Milano 2025. Richiamo infine un interessante convegno a carattere interdisciplinare, svoltosi da ultimo a Messina il 30 settembre e 1° ottobre 2025, su *Il futuro dell'anziano. Prospettive umanistiche*).

³ Sulla condizione dei disabili, in termini generali, *ex plurimis* v. D. PICCIONE, *Costituzionalismo e disabilità. I diritti delle persone con disabilità tra Costituzione e Convenzione ONU*, Giappichelli, Torino 2023, e C. SAGONE, *La tutela della disabilità secondo il modello bio-psico-sociale*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 1/2023, 11 gennaio 2023, 225 ss.; nella stessa *Rivista*, con specifico riguardo alla disabilità in guerra, v., poi, V. CHABERT, *La tutela della disabilità in guerra: una prospettiva di diritto internazionale*, 22/2025, 13 agosto 2025, 75 ss. Infine, A. CHIAPPETTA, *'Investire' sul dettato costituzionale: la tutela delle persone con disabilità tra l'incessante pungolo del giudice delle leggi e l'occasione del PNRR*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 2/2025, 14 agosto 2025, 100 ss.

⁴ Faccio qui richiamo di una nota indicazione teorica di F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, I e II, Giuffrè, Milano 1970, che ha nondimeno alimentato un fitto ed animato dibattito, in merito al quale nulla può qui dirsi.

l'idoneità a produrre effetti di speciale rilievo, due dei quali ai miei occhi appaiono particolarmente meritevoli di considerazione ed attengono al piano delle vicende della normazione l'uno, a quelle delle esperienze giudiziali (e, segnatamente, a quelle della giustizia costituzionale) l'altro.

Giusta la premessa per cui gli anziani sono, in genere, persone tendenzialmente fragili e bisognose di attenzioni, con le precisazioni che nondimeno di qui a breve si faranno, se ne ha che i primi riferimenti costituzionali per essi valevoli sono quelli offerti dagli artt. 2 e 3 della Carta, in ispecie per ciò che attiene al riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo e all'eguaglianza, qui specificamente rilevante nella sua declinazione sostanziale.

Ora, è bensì vero che la Costituzione ha quale asse portante la persona umana⁵, ogni persona *ut sic*, più ancora però – com'è chiaro – le persone maggiormente vulnerabili ed esposte⁶, tra le quali senza alcun dubbio vi sono appunto in numero

⁵ Sul principio personalista, v., almeno, A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino 1997, spec. 43 ss.; G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della persona*, in Ass. Cost. (www.associazionedeicostituzionalisti.it), 14 marzo 2008; A. MORELLI, *Il principio personalista nell'era dei populismi*, in Consulta OnLine (www.giurcost.org), 2/2019, 18 luglio 2019, 359 ss., e, dello stesso, *Persona e identità personale*, in Biolaw Journal (www.biodiritto.org), Special issue, 2/2019, 19 dicembre 2019, 45 ss.; R. TREZZA, *La tutela della persona umana nell'era dell'intelligenza artificiale: rilievi critici*, in Federalismi (www.federalismi.it), 16/2022, 15 giugno 2022, 277 ss.; V. BALDINI, *La Costituzione della persona e il costituzionalismo del mondo globale. Aspetti problematici di una tensione già esistente tra Costituzione della libertà ed esercizio del potere pubblico*, in Dir. fond. (www.dirittifondamentali.it), 2/2023, 21 giugno 2023, 289 ss.; C. PANZERA, *Titolarità dei diritti fondamentali e società democratica*, in Consulta OnLine (www.giurcost.org), 2/2023, 19 giugno 2023, 463 ss. Infine, volendo, anche il mio *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in Federalismi (www.federalismi.it), 17/2013, 28 agosto 2013, spec. 4 ss.

⁶ Sul concetto di vulnerabilità, nelle sue plurime articolazioni ed espressioni, in prospettiva bioetica, v., part., gli studi di M. GENSABELLA FURNARI, tra i quali *Vulnerabilità e cura. Bioetica ed esperienza del limite*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ) 2008; *Il paradosso della vulnerabilità*, in *Medicina e Morale* (www.medicinaemorale.it), 4/2022, 9 dicembre 2022, 425 ss. e *Lineamenti di una bioetica della cura. Ripensando l'esperienza della pandemia*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2023. Da varie prospettive e per esigenze teorico-ricostruttive parimenti diverse, v., inoltre, R. CONTI, *Diritti fondamentali, soggetti vulnerabili: tappe e obiettivi di un articolato "cammino" interno*, in Quest. giust. (www.questionegiustizia.it), 8 febbraio 2014; V. LORUBBIO, *La tutela dei soggetti vulnerabili*, in DPCE online (www.dpceonline.it), 2020, 20 aprile 2020, 661 ss.; B. PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Giappichelli, Torino 2021; P.F. BRESCIANI, *Chi sono i "vulnerabili" che l'art. 579 c.p. deve proteggere?*, in AA.VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, in *Forum di Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 1/2022, 45 ss.; B. MAGRO, *A proposito di tutela delle "altre" situazioni di vulnerabilità da tutelare: un raffronto tra Corti*

consistente gli anziani. Come si vedrà poi a momenti, si danno forme e gradi diversi di vulnerabilità delle persone di cui qui si discorre, con riflessi immediati per ciò che attiene alla loro tutela, particolarmente intensa in relazione ai gradi più elevati.

Può dirsi, dunque, in via generale provata la protezione offerta dai principi fondamentali appena richiamati alle persone suddette. È bene, poi, tener presente che i valori fondamentali di libertà ed eguaglianza, la cui prima ed immediata trascrizione positiva si rinviene appunto nei disposti sopra citati, compongono – piace a me dire⁷ – la *coppia assiologica fondamentale* dell’ordinamento, risultandone pertanto una “copertura” di considerevole ampiezza e consistenza sotto la quale possono trovare alloggio le norme volte a dare la *prima, diretta e necessaria* specificazione-attuazione al dettato costituzionale. In particolare, le norme che si fanno cura della condizione di persone particolarmente bisognose, sotto vari profili (di salute, di carattere economico e sociale in genere, ecc.), sono garantite, per effetto della “copertura” di cui sono provviste, nei riguardi di altre norme sopravvenienti che portino ad un abbassamento della protezione offerta alle persone in parola o, addirittura, a privarle *in toto* della stessa.

Soccorre al riguardo il principio della ragionevolezza⁸, in una delle sue maggiormente qualificanti espressioni, quale congruità cioè della norma al “fatto” (qui, alla condizione di persone particolarmente vulnerabili), che osta in via di principio ad innovazioni positive *in peius*, salvo il verificarsi di situazioni obiettive di emergenza che obblighino i componenti la comunità, compresi dunque i soggetti vulnerabili, ad andare incontro a sacrifici, pur sempre però essi stessi conformi a

costituzionali, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 28 aprile 2022; P. SCARLATTI, *I diritti delle persone vulnerabili*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022, e, dello stesso, *Soggetti deboli, Costituzione ed istanze della vulnerabilità*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 1/2023, 30 aprile 2023, 266 ss.

⁷ Ne ho ripetutamente discusso: tra gli altri miei scritti, di recente, in *Note introduttive ad uno studio sulla decostituzionalizzazione della Costituzione*, in *Diritti fondamentali* (www.dirittifondamentali.it), 2/2025, 8 luglio 2025, 140.

⁸ Raggiugli a riguardo del rilievo dallo stesso assunto, specie nelle esperienze di giustizia costituzionale, possono aversi da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁷, Giappichelli, Torino 2022, 143 ss. e 154 ss.; v., inoltre, in termini generali, R. BIN, *Ragionevolezza, eguaglianza e analogia*, in *Lo Stato*, 20/2023, 323 ss.

ragionevolezza. È chiaro che alcune persone che versano in una condizione di estremo bisogno non possono essere chiamate a far fronte a gravi emergenze, ciò che comporterebbe una intollerabile incisione per la loro dignità e la stessa sopravvivenza. Ad ogni buon conto, la regola è quella sopra succintamente indicata: per un fisiologico svolgimento della vita di relazione e delle dinamiche ordinamentali, non può in via di principio ammettersi un abbassamento del livello delle prestazioni offerte a persone meritevoli di speciale protezione⁹, recandosi altrimenti un *vulnus* grave e palese ai valori di libertà ed eguaglianza, nel loro fare “sistema”¹⁰.

Di qui, l’inversione dell’onere della prova in generale valevole per l’avvicendamento delle norme nel tempo, presumendosi non già – come si ha usualmente – la validità delle norme sopravvenienti, salva la dimostrazione del contrario in sede giudiziale, bensì l’invalidità di norme che comportino l’abbassamento di cui si è venuti dicendo. Se, poi, si danno condizioni complessive di contesto che inducono a tener ferma la regola della presumibile validità delle discipline positive in vigore è questione che richiede di essere accertata di volta in

⁹ Un riferimento ai “livelli essenziali delle prestazioni” relative ai diritti civili e sociali si rinviene – come si sa – nell’art. 117, II c., lett. m) Cost.; e, perlopiù, se ne discorre a riguardo del riparto delle competenze Stato-Regioni, specie in vista della “differenziazione” dell’autonomia, ex art. 116, III c. Ad oggi stranamente non approfondita resta la micidiale questione teorico-pratica concernente le vicende nel tempo delle discipline normative sui “livelli”, particolarmente per il caso che contingenze varie obblighino al loro abbassamento, comunque bisognoso di conformarsi a ragionevolezza [in tema, tra gli altri, G. COMAZZETTO, *I livelli essenziali delle prestazioni tra processi di differenziazione ed esigenze di eguaglianza*, Jovene, Napoli 2024; F. MASCI, *I livelli essenziali delle prestazioni: appunti per una ricostruzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2025; G. CASILLI, *L’epifania del regionalismo differenziato (e dei LEP): primum uniformare deinde differenziare*, in AA.VV., *In nome di quale democrazia? Come ridefinire la struttura costituzionale del potere in Italia e in Europa*, a cura di S. Barbareschi, M. Ladu e A. Lauro, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), fasc. spec. 1/2025, agosto 2025, 175 ss., e, pure *ivi*, A. DOMINICI, *La centralità teorico-pratica dei livelli essenziali delle prestazioni nel quadro dei rapporti attuali tra Stato e Regioni*, 187 ss.; R. BIN, *Regionalismo differenziato: i nodi son venuti al pettine*, Editoriale, in *Le Regioni*, 1/2025, spec. 9 ss., e, nella stessa *Rivista*, L. VIOLINI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sent. 192/2024 e il richiamo al lavoro istruttorio del CLEP: da dove si può ripartire?*, 71 ss.; E. VIVALDI, *Assistenza sociale e LEPs: qualche passo avanti e molti dubbi da sciogliere*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 2/2025, 23 luglio 2025, 158 ss., e, pure *ivi*, G.M. NAPOLITANO, *Nucleo minimo di un diritto vs Livelli essenziali delle prestazioni: la Corte ritorna sulla questione*, 2 agosto 2025, 184 ss.].

¹⁰ A riguardo dei modi con cui i valori fondamentali in parola si compongono in unità significativa, v., sopra tutti, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma - Bari 2009.

volta alla luce appunto della situazione di fatto in cui le pratiche di normazione puntano a farsi valere. Quella appena indicata, d'altronde, è appunto solo una presunzione che, però, com'è chiaro, possiede un intrinseco, considerevole rilievo. Le notazioni appena svolte (e, di tutta evidenza, bisognose di ben altro svolgimento argomentativo di quello qui consentito) avvalorano l'idea, già altrove rappresentata in relazione a vicende pure assai diverse da quelle di cui ora si discorre, secondo cui il vero parametro della validità di norme giuridiche in genere e legislative in ispecie non è costituito *solo* da altre norme di rango superiore alle prime (e, segnatamente, da norme costituzionali) bensì è dato *anche* (e soprattutto) dal "fatto", nel suo complessivo e non di rado complesso modo di essere¹¹. Per dir meglio, il parametro è dato da materiali normativi e fattuali, reciprocamente frammisti in modi continuamente cangianti, sol che si consideri che non soltanto mutano assai di frequente le situazioni di fatto ma muta anche il parametro pur laddove sembri restare inalterato. Come si è, infatti, argomentato da un'accreditata dottrina, la Costituzione è perennemente in "moto", ovvero sia è soggetta a continua evoluzione, caricandosi di significati diversi con il mutare stesso della cornice fattuale in cui s'inscrive ed opera¹². Il rapporto tra norma e fatto è sempre di

¹¹ Dei modi con cui il "fatto" incide sulla composizione delle norme in sistema e specificamente rileva nelle esperienze di giustizia costituzionale si tratta già nel mio *Fatti e norme nei giudizi sulle leggi e le "metamorfosi" dei criteri ordinatori delle fonti*, Giappichelli, Torino 1994, e quindi in altri scritti.

¹² Del "moto" della Costituzione discorre M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in Riv. AIC (www.rivistaaic.it), 1/2013, 1° marzo 2013; della "evoluzione" della stessa, v., poi, A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in Quad. cost., 3/1998, 343 ss. Si spiega, d'altronde, in questa luce il noto fenomeno delle "modifiche tacite" della Costituzione, come sono usualmente chiamate, in merito alle quali, *ex plurimis* e di recente, v. S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e costituzione vivente*, in Riv. AIC (www.rivistaaic.it), 1/2019, 23 marzo 2019, 34 ss.; AA.VV., *Mutamenti costituzionali*, a cura di A. Mangia - R. Bin, in Dir. cost., 1/2020; M. CALAMO SPECCHIA, *La Costituzione tra potere costituente e mutamenti costituzionali*, in Riv. AIC (www.rivistaaic.it), 1/2020, 17 febbraio 2020, 266 ss.; Y.M. CITINO, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021 e, della stessa, *I materiali fattuali costituzionali nella forma di governo italiana tra vecchie e nuove tendenze*, in Riv. Gruppo di Pisa (www.gruppodipisa.it), 2/2021, 21 maggio 2021, 40 ss.; A. MANGIA, *Mutamento costituzionale e dogmatica giuridica*, in Lo Stato, 19/2022, 61 ss.; V. BALDINI, *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, Cacucci, Bari 2023, e *La democrazia pluralista nei mutamenti dell'esperienza contemporanea*, in Dir. fond. (www.dirittifondamentali.it), 2/2024, 26 maggio 2024, 66 ss.; E. OLIVITO, *La retorica delle modifiche*

mutua alimentazione, nessuno dei due termini della relazione potendo comunque fare a meno dell'altro, condizionandosi pertanto in varia misura a vicenda a seconda della capacità d'incidenza di cui ciascuno di essi risulta provvisto ed a seconda dei casi nella loro obiettiva consistenza.

2. I “gradi” diversi di vulnerabilità degli anziani e il complessivo trattamento a questi riservato nella legislazione più recente (e, specificamente, dal decreto legislativo n. 29 del 2024), con particolare attenzione al campo della salute

Si accennava poc'anzi alla circostanza per cui possono darsi “gradi” diversi di vulnerabilità in seno ad una stessa categoria di persone che ne sono affette. In realtà, se ci si pensa, ciò si deve al mescolamento o alla sovrapposizione di più forme di vulnerabilità, ovverosia, in buona sostanza, di più categorie di vulnerabili. Si pensi, ad es., agli anziani che siano anche malati o versino in stato di particolare bisogno economico, e via dicendo. Anche l'età, ad ogni buon conto, non è

tacite e il diritto costituzionale esistenziale. Un'ipotesi di studio preliminare, in Costituzionalismo (www.costituzionalismo.it), 2/2023, 19 ottobre 2023, 26 ss., e, della stessa, *amplius, L'incudine e il martello. Itinerari del pensiero su permanenza e mutamento in un ordine costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2024, spec. l'ultimo cap.; M.P. IADICICCO, *Modifiche tacite della Costituzione e rigidità costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2023; A. MORELLI - A. RUGGERI, *La Costituzione, le sue trasformazioni, la sua scienza: profili metodico-teorici*, Editoriale Scientifica, Napoli 2024, spec. la parte II. Altri riferimenti possono, poi, aversi dai contributi al conv. AIC di Brescia del 27-28 ottobre 2023 su *Le dinamiche della forma di governo nell'Italia repubblicana*, Editoriale Scientifica, Napoli 2024. Infine, se si vuole, anche il mio Editoriale dal titolo *Fino a che punto possono tenersi distinte le vicende della forma di governo da quelle della forma di Stato?*, che è in *Federalismi* (www.federalismi.it), 24/2024, 9 ottobre 2024, IV ss. Un'incidenza notevole è al riguardo giocata, per un verso, da ragioni di contesto, non di rado e in significativa misura cangianti e, per un altro verso, dal linguaggio costituzionale, dove più dove meno, aperto e talora sibillino, per non dire palesemente oscuro [su ciò, v., part., 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 svoltosi a Messina e Taormina dal 27 al 29 ottobre 2022, su *Lingua linguaggi diritti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2023. Sulla scrittura della Costituzione, da ultimo, L. BUFFONI, *Il metodo del diritto costituzionale. La natura e l'artificio*, Editoriale Scientifica, Napoli 2024, spec. 234 ss., e I. DE CESARE, *Il linguaggio costituzionale tra testo e interpretazione*, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 2024. Nella dottrina anteriore, v., almeno, 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., e AA.VV., *La lingua dei giuristi*, a cura di P. Caretti e R. Romboli, Pisa University Press, Pisa 2016].

indifferente, tant'è che la disciplina vigente distingue tra "anziani" e "grandi anziani", annoverando tra i primi gli ultrasessantacinquenni e tra i secondi gli ultraottantenni (art. 1, D.L.vo n. 29 del 2024 che ha dato seguito alla delega di cui alla legge n. 33 del 2023¹³). Il maggior rilievo è, nondimeno, dato alla *summa divisio* tra persone autosufficienti, ovverosia in grado di autodeterminarsi e di compiere le "attività fondamentali della vita quotidiana", e persone che invece risultano in tutto o in parte menomate al riguardo, poco importando il fatto anagrafico in sé e per sé considerato. A questa categoria di persone il decreto legislativo sopra richiamato – come si vedrà – fa particolare riferimento, recependo peraltro talune indicazioni al riguardo venute da più parti¹⁴.

Se ne ha che possono, dunque, essere evocati in campo più parametri costituzionali, tra i quali con centralità di posto quello di cui all'art. 32, che vanno ad aggiungersi a quelli di cui agli artt. 2 e 3, nelle mutue implicazioni che tra di essi s'intrattengono.

Questa varia articolazione interna della categoria degli anziani e conseguente graduazione della "copertura" costituzionale offerta alle norme che vi fanno riferimento ha riflessi immediati al piano della tutela che specificamente si apprezza nel corso delle vicende processuali, e segnatamente nelle operazioni di "bilanciamento" tra interessi costituzionalmente protetti poste in essere dai giudici, le quali non di rado coinvolgono persone a vario titolo vulnerabili; e si tratta allora di stabilire a quale o quali di esse accordare prioritaria considerazione. Ebbene, l'essere anziano può avere rilievo laddove siffatta qualità si cumuli ad altra causa di vulnerabilità, quale ad es. quella di essere in precarie condizioni di salute; ed è chiaro che anche con riguardo a ciò, occorre poi distinguere a seconda del tipo o grado di malattia e di altri fattori ancora.

¹³ A commento, v., part., V. PAGLIA, *L'Età Grande: la nuova legge per gli anziani*⁴, cit.

¹⁴ ... tra gli altri, dal Comitato Nazionale per la Bioetica che in un documento risalente al gennaio 2006 su *Bioetica e diritti degli anziani* ha con vigore caldeggiato un mutamento di prospettiva da parte del servizio sanitario in atto orientato verso la cura (*cure*) anziché l'aver cura (*care*) della persona. Dello stesso Comitato, v., poi, il parere del luglio 2010 su *Le condizioni di vita della donna nella terza e quarta età: aspetti bioetici nella assistenza socio sanitaria*.

Se n'è avuto conferma, ancora non molto tempo addietro, in occasione della pandemia da covid-19, laddove l'esiguità dei posti disponibili presso le strutture sanitarie ha obbligato a drammatiche scelte in ordine all'assistenza da prestare a persone bisognose di cure, scelte in occasione della cui adozione si è di sicuro tenuto conto della gravità della malattia che aveva colpito un numero considerevole di persone ma anche, a parità di condizioni di salute, appunto, dell'età.

Senza ora approfondire un esame che, di necessità, rimanda a sedi specifiche per il suo adeguato svolgimento, è sufficiente rilevare che la disciplina legislativa venuta di recente alla luce e riguardante la categoria di persone di cui qui si discorre opportunamente ne tratta facendo richiamo ai contesti in cui l'anzianità produce variamente effetti, uno dei quali è ovviamente quello della salute ma – come si viene dicendo – non è il solo.

Così, se, per un verso, è dato giustamente rilievo alla prevenzione, specie attraverso *screening* oncologici, vaccinazioni, la conoscenza delle misure adeguate ad evitare incidenti domestici, ecc., per un altro verso si fa parola delle iniziative volte a favorire l'invecchiamento attivo e l'osservanza di uno stile di vita sano e operoso. S'inscrive in questo quadro la previsione di cui all'art. 6 del decreto legislativo sopra richiamato che mira ad impegnare le persone anziane in attività socialmente utili e di volontariato, promuovendo altresì lo scambio intergenerazionale.

Sul punto la normativa in parola ripetutamente ed opportunamente insiste, già a partire dall'art. 1, nel quale, al fine di porre rimedio allo stato di solitudine in cui molti anziani versano, si prefigura la coabitazione solidale domiciliare (*senior cohousing*) e la coabitazione intergenerazionale (*cohousing intergenerazionale*). Soluzione, quest'ultima, che va messa in particolare evidenza, avvalorando l'idea che non soltanto i giovani o, come che sia, i non anziani possono rendersi utili a persone ormai pervenute alla terza età ma anche queste ultime possono offrirsi a beneficio dei primi, in ispecie mettendo a loro disposizione i frutti di esperienze di vita maturate con gli anni, di cui quelli possono variamente giovare. Assai opportuno a me pare essere al riguardo il riferimento fatto dal decreto sopra cit.

alla trasmissione da una generazione all'altra del "patrimonio storico e culturale, anche di carattere linguistico, dialettale e musicale, attraverso la memoria delle tradizioni popolari locali" [(art. 6, lett. c)], che va purtroppo scemando progressivamente, nonché al ruolo che possono giocare le istituzioni scolastiche, specie recuperando le persone anziane maggiormente a rischio di isolamento e di emarginazione. Non poco rilievo è, inoltre, da riconoscere al disposto di cui all'art. 6, II c., lett. d) che prefigura l'adozione di misure volte a far luogo ad un'adeguata "educazione finanziaria" degli anziani al fine di evitare il fenomeno, come si sa non poco diffuso, delle truffe a loro danno.

Il maggiore rilievo è, nondimeno, da assegnare alle iniziative volte alla cura della salute, sovente – come si sa – negli anziani assai precaria, tra le quali sono da annoverare quelle riguardanti la promozione degli strumenti di sanità preventiva e di telemedicina, sì da offrire l'opportunità a quanti hanno necessità di assistenza sanitaria di fruirne senza doversi allontanare dal proprio domicilio (art. 9), nonché di ricevere cure palliative, laddove siano non autosufficienti, malati cronici, affetti da patologia evolutiva con prognosi infausta (art. 32), e di potersi giovare di *caregiver* familiari (art. 39)¹⁵.

Non si trascurino, infine, i disposti della disciplina in parola volti a favorire, per un verso, i rapporti con gli animali da affezione e, per un altro verso, le attività sportive, di svago e turistiche, anche sotto forma di soggiorni di lungo periodo in strutture ricettive a prezzi vantaggiosi, nonché la socializzazione tra persone anziane autosufficienti e persone non autosufficienti.

¹⁵ Sulla tutela della salute e il ruolo che può essere al riguardo giocato dalle autonomie territoriali (e, segnatamente, da quelle regionali), v., ora, AA.VV., *La salute tra i diritti e nei territori. Questioni costituzionali nel rapporto Stato-Regioni*, a cura di D. Morana, Giappichelli, Torino 2025.

Con specifico riguardo alle persone ultraottantenni non autosufficienti, si segnala l'iniziativa adottata dall'INPS che, a partire dal gennaio 2025, eroga in via sperimentale per il biennio 2025-2026 una prestazione c.d. *universale*, subordinata ad un peculiare bisogno assistenziale qualificato come "gravissimo", ISEE socio-sanitario fino a seimila euro e l'essere titolari dell'indennità di accompagnamento o possedere i requisiti per ottenerla.

Si tratta – come si vede – di misure assai eterogenee che, nondimeno, condividono l’obiettivo della valorizzazione e salvaguardia della persona anziana in ogni suo aspetto (fisico e spirituale) e in tutti assieme.

Si ha, dunque, conferma, essenzialmente di due cose.

La prima è che la crescita della personalità dell’uomo non è temporalmente circoscritta, com’è invece ritenuto da molti, ma continua giorno dopo giorno, dal momento che le gratificazioni offerte ad ogni essere umano possono concorrere ad arricchirla e ad alimentarla senza sosta lungo tutto l’arco dell’esistenza.

La seconda attiene alla mutua solidarietà che tutti i componenti il corpo sociale possono (e devono) darsi, per la promozione complessiva di ciascuno e di tutti assieme, nonché per l’integra trasmissione nel tempo dell’intera comunità e dell’ordinamento che la regge¹⁶. Un dovere, questo, non a caso dotato di centralità

¹⁶ Sul carattere portante del valore di solidarietà e sulla sua funzione di costante integrazione sociale, dopo S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Laterza, Bari-Roma 2014, v., almeno, F. GIUFFRÈ, in più scritti, tra i quali *La solidarietà nell’ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano 2002; *I doveri di solidarietà sociale*, in AA.VV., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - E. Grosso - J. Luther, Giappichelli, Torino 2007, 3 ss., e *Alle radici dell’ordinamento: La solidarietà tra identità e integrazione*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2019, 4 settembre 2019, 555 ss.; F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bononia University Press, Bologna 2016; E. ROSSI, *Solidarietà e bene comune, oggi*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, V, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, 3845 ss.; Q. CAMERLENGO, *La dimensione costituzionale della mobilità sociale, tra eguaglianza sostanziale e solidarietà*, in *Scritti in onore di P. Ciarlo*, III, a cura di S. Aru, M. Betzu, S. Cecchini, R. Cherchi, L. Chieffi, G. Coinu, A. D’Aloia, A. Deffenu, G. Demuro, G. Ferraiuolo, F. Pastore, I. Ruggiu, S. Staiano, ESI, Napoli 2022, 899 ss., e, dello stesso, *Pari dignità sociale e solidarietà: per un effettivo inveroamento del principio di eguaglianza*, in *Scritti in memoria di B. Caravita di Toritto*, III, Editoriale Scientifica, Napoli 2024, 2359 ss.; T. GUARNIER, *La solidarietà intergenerazionale nella prospettiva costituzionale. Prime riflessioni su alcuni nodi da sciogliere*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 3/2022, 26 settembre 2022, 1 ss.; G. COMAZZETTO, *La solidarietà necessaria. Metamorfosi di un principio nell’orizzonte costituzionale europeo*, Jovene, Napoli 2023; F. LUCHERINI, *La solidarietà come fondamento relazionale dei diritti sociali. L’esperienza italiana in prospettiva comparata*, in *Quad. cost.*, 4/2023, 943 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *I doveri di solidarietà*, in AA.VV., *La Costituzione vivente*, a cura dello stesso L. Delli Priscoli, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2023, 79 ss.; C. SALAZAR, *Sui diritti sociali e il principio di solidarietà*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2024, 14 marzo 2024, 188 ss.; A. RIVIEZZO, *Di norma solidale. Costituzione e progetto sociale nell’acquis della solidarietà*, FrancoAngeli, Milano 2024; i contributi che sono nel fasc. monografico dedicato al tema *I percorsi della solidarietà nello stato costituzionale: nuovi attori e problemi, tra Costituzione e politiche europee*, a cura di A. Buratti, in *Dir. comp.* (www.diritticomparati.it), Special Issue V (2024), nonché, con specifico riguardo alla dimensione sovranazionale, P. MENGOZZI, *L’idea di solidarietà nel diritto dell’Unione europea*, Bologna University Press, Bologna 2022; C. MASSAROTTI, *Il principio di solidarietà nel diritto dell’Unione europea*, in *Astrid* (www.astrid-online.it), 6/2024, 22 aprile 2024; A. PISAPIA, *The Solidarity Principle as a Founding Principle in the EU Health Policies*, in *Federalismi*

di posto nel quadro costituzionale, sì da essere annoverato tra i principi fondamentali dell'ordinamento, che ha poi la sua più cristallina affermazione nel suo tradursi in fraternità spontaneamente e generosamente donata, specie appunto a beneficio delle persone che ne hanno maggiormente bisogno¹⁷. Come ha detto Papa Francesco, "la fraternità si nutre di solidarietà"¹⁸.

Il punto è di particolare rilievo e merita, perciò, di essere rimarcato. Smentisce, a tacer d'altro, il luogo comune per cui gli anziani sono un peso per la società. Per dir meglio, non v'è dubbio che, in talune circostanze, alcuni di loro possano esserlo, per quanto i vincoli affettivi, specie quelli con maggiore intensità avvertiti, rendano sopportabile e persino gratificante l'onere dell'assistenza alla quale essi hanno diritto. Ciò che, però, conta è che le persone in parola sono anche una risorsa preziosa, il cui valore sovente si coglie in tutta la sua portata quando purtroppo non vi sono più. Una risorsa che è a volte economica, materiale e soprattutto spirituale.

La solidarietà è la linfa vitale da cui incessantemente si alimenta il corpo sociale e, allo stesso tempo, è il valore fondamentale unificante, il cemento che tiene unite le

(www.federalismi.it), 15/2024, 26 giugno 2024, 113 ss.; C. TRIPODINA, *Dovere di solidarietà e riconoscimento dell'altro*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 1/2025, 5 maggio 2025, 79 ss. Numerosi studi si rinvencono infine nel volume dal titolo *In dialogo con Serio Galeotti a cento anni dalla nascita: dei grandi temi del diritto costituzionale*, a cura di B. Pezzini, Giappichelli, Torino 2024.

¹⁷ Sulla fraternità dal punto di vista del diritto costituzionale, faccio qui menzione solo degli studi di F. PIZZOLATO, tra i quali *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Città Nuova, Roma 2012, nonché di AA.VV., *The Role of Fraternity in Law. A comparative Legal Approach*, a cura di A. Cosseddu, Routledge - Giappichelli, Torino 2021. Con specifica attenzione all'amore per i lontani, v., poi, A. SPADARO, in più studi, tra i quali *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in *Forum di Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it) e in *Dir. e soc.*, 2/2008, 23 ss.; *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali". La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2005, e *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2011, 6 dicembre 2011. Quanto, poi, ai rapporti tra amore e diritto, v., almeno, F. GAZZONI, *Amore e diritto, ovvero i diritti dell'amore*, ESI, Napoli 1994; A. CORDIANO, *Diritto d'amore e responsabilità civile*, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 5 aprile 2024 e, nella stessa Rivista, R.C. CONTI, *Diritto, biodiritto e amore*, 15 aprile 2024; M. BIANCA, *Diritti d'amore e rapporti familiari*, 22 aprile 2024, e G. LUCCIOLI, *Il diritto d'amore in una prospettiva multidisciplinare*, 30 aprile 2024. Infine, sul rilievo costituzionale dei fatti di sentimento, con specifico riguardo alla salvaguardia dei diritti fondamentali, può vedersi, se si vuole, il mio *La tutela dei diritti fondamentali tra ragione e sentimento*, in *Ord. int. e dir. um.* (www.rivistaoidu.net), 1/2025, 15 marzo 2025, 1 ss.

¹⁸ *Voi siete tutti fratelli*, discorso pronunciato in occasione del viaggio apostolico in Iraq (5-8 marzo 2021), in *Pace in terra. La fraternità è possibile*, Libreria Editrice Vaticana, Roma 2021, 73.

parti di cui si compone la comunità e ne fa appunto una unità viva e significativa, dotata di una propria identità e della naturale vocazione a trasmettersi integra nel tempo. Se ciò si rende possibile, lo si deve appunto al flusso ininterrotto di relazioni che si intrattiene tra quanti fanno parte della comunità stessa, dunque anche tra coloro che appartengono a generazioni diverse¹⁹; ed è un flusso che si presenta particolarmente intenso in seno all'ambiente familiare, nel quale le prestazioni di mutua solidarietà sono continue, innumerevoli, gratificanti. Non v'è, insomma, nessuno che non abbia qualcosa da dare agli altri e, al contempo, qualcosa da essi da ricevere. Ci si preoccupa spesso del calo di natalità²⁰, dal momento che una società senza adeguato ricambio interno e, dunque, senza giovani non ha futuro; si ha, di contro, scarsa percezione del fatto che nessun futuro può aversi anche senza persone anziane. Forse, un supplemento di riflessione sul punto, a mia opinione di cruciale rilievo, non sarebbe inopportuno.

3. Il bisogno che si faccia luogo ad un ampio ed articolato processo di produzione giuridica coinvolgente più operatori, istituzionali e non, in vista della ottimale implementazione delle previsioni del decreto legislativo del 2024

Va, nondimeno, avvertito che molte delle previsioni del decreto legislativo del 2024 sopra succintamente richiamate non sono immediatamente operative, ponendosi

¹⁹ Il significato profondo delle relazioni intergenerazionali, implicito in numerosi disposti costituzionali (specie per ciò che attiene all'ambito familiare), è stato di recente con particolare vigore rimarcato dal riferimento fattovi in occasione della riscrittura dell'art. 9 Cost.; e non è di secondario interesse qui rammentare che la stessa ha riguardato un principio fondamentale della Carta.

²⁰ Su di che, di recente, l'inquietante interrogativo che dà il titolo ad un accurato resoconto del Segretariato Generale dell'OECD: v., dunque, *OECD Employment Outlook 2025. Can We Get Through the Demographic Crunch?*, OECD Publishing, Paris, consultabile al sito <https://doi.org/10.1787/194a947b-en>. Quanto, poi, al nostro Paese, in base alle previsioni dell'Istat aggiornate al 2024, si avrà tra 25 anni un calo della popolazione residente di oltre quattro milioni di persone. Un dato particolarmente allarmante riguarda la fascia delle persone in età attiva (da 15 a 64 anni) che si ridurrà di circa 7,7 milioni di persone, passando dagli attuali 37,4 milioni a 29,7; nello stesso periodo gli over 65 saliranno dal 24,3% di oggi al 34,6%. Nel lungo periodo, il quadro sarà ancora più fosco: si prevede, infatti, che nel 2080 l'Italia avrà 9 milioni di persone in meno rispetto al 2050, assestandosi su una popolazione di circa 45,8 milioni di persone.

piuttosto quali indicazioni di scopi da raggiungere attraverso ulteriori previsioni di natura normativa e misure amministrative che dovranno aversi in un secondo momento, specie sotto forma di decreti adottati dal Presidente del Consiglio e da numerosi Ministri (non a caso il decreto legislativo più volte cit. porta la firma, oltre che dello stesso Presidente, di ben quindici Ministri, sedici se si considera anche il visto del Guardasigilli).

Si prefigura, pertanto, un processo di produzione giuridica internamente assai articolato e composito risultante da più atti funzionalmente connessi e convergenti verso il fine unitario della promozione e salvaguardia della condizione delle persone anziane.

Come si è fatto in altri luoghi notare a riguardo di siffatte “catene” risultanti da plurimi atti (normativi e non), in aggiunta agli effetti prodotti da ciascuno di essi si ha un effetto unitario dell’insieme dagli stessi composto, che poi è proprio quello dotato del maggior rilievo, dal momento che il fine costituzionale della promozione e salvaguardia della persona anziana non potrebbe dirsi a modo centrato laddove dovessero aversi realizzazioni parziali.

Certo si è che, richiedendosi una corposa attività posta in essere da più attori politico-istituzionali, è chiaro che laddove dovessero registrarsi carenze in alcuni ambiti materiali, se ne potrebbero avere riflessi gravi in altri, con palese, rilevante pregiudizio per la categoria di persone vulnerabili forse maggiormente consistente per l’aspetto numerico, in ispecie all’interno della stessa per coloro che sotto vari profili appaiono essere i soggetti maggiormente esposti.

Insomma, con la disciplina sopra succintamente richiamata unicamente in alcuni dei suoi disposti di più rilevante significato si è fatto solo il primo passo: la stessa, infatti, enuncia un piano di intenzioni più o meno buone che però richiedono una corposa attività volta alla sua organica ed adeguata traduzione in concreto, un’attività che di sicuro richiederà tempi non brevi ed una sostanziale, apprezzabile concertazione tra operatori istituzionali diversi. E non può al riguardo tacersi il ruolo di non secondario rilievo che dovrà essere svolto in ambito internazionale e sovranazionale, da cui anzi potrà venire la spinta prima e

maggiormente efficace in vista della ottimale implementazione della normativa quindi adottata in ambito interno. Per un altro verso, in seno a quest'ultimo un ruolo parimenti considerevole dovrà esser esercitato tanto dagli enti territoriali minori (e, segnatamente, dai Comuni e dalle Regioni) quanto dai privati, in ispecie dalle formazioni sociali impegnate nel volontariato, che pure possono (e devono) dare il loro fattivo concorso al servizio delle persone di cui qui si è discusso. Non si dimentichi, in particolare, che non v'è praticamente ambito materiale di competenza degli enti suddetti nel quale non possa acquistare a vario titolo rilievo la qualità di persona anziana, con i suoi peculiari e non di rado pressanti bisogni, come tali meritevoli di trattamenti per essi specificamente vevoli. Far luogo ad una "politica degli (e per gli) anziani" non è solo una delle più significative espressioni dell'adempimento di un dovere costituzionale che – come si diceva – linearmente discende dagli artt. 2 e 3 della Carta, nel loro fare "sistema" con i principi fondamentali restanti. Ciò che più importa, poi, non è una "politica" che ridonda in un complessivo beneficio unicamente per tale categoria di persone. È anche un servizio che si offre ai non anziani, se è vero che – come si è tentato qui di argomentare – farsi cura di questi ultimi è interesse primario anche dei non anziani: non solo perché questi ultimi coltivano la naturale, legittima aspettativa di pervenire alla più tarda età ma anche per il fatto che da subito possono giovarsi variamente del benessere goduto da chi è avanti con gli anni che immediatamente ridonda in un benessere materiale e soprattutto spirituale di chi anziano ancora non è²¹.

²¹ ... a partire, aggiungo qui di sfuggita, dai più piccoli, i nipoti, che – come si sa – con i nonni intrattengono un rapporto speciale, di mutua complicità e di intenso affetto.

Riflettori sulla Valle d'Aosta: norme elettorali mutate a *iter* avviato (o quasi) e tutela dei diritti di elettorato (e degli interessi di chi presenta le liste)

di

Gabriele Maestri*

Sommario: 1. Premessa d'inquadramento – 2. Il contesto politico-giuridico – 3. Ragionando sulle tesi dei ricorrenti – 4. La decisione sul caso e riflessioni tra teoria e prassi – 5. Considerazioni e riletture finali.

1. Premessa d'inquadramento

La “messa alla prova” delle norme elettorali con azioni d'accertamento sul diritto di elettorato attivo e passivo ha conosciuto un nuovo episodio, dopo la recente modifica della legge elettorale della Valle d'Aosta, che ha reintrodotto la possibilità di indicare fino a tre preferenze, con congegni contro lo squilibrio di genere; le norme erano entrate in vigore dopo il *referendum* confermativo regionale del 10 agosto, quando i comizi erano già stati indetti per domenica 28 settembre¹.

Un gruppo di cittadini elettori valdostani (inclusi alcuni candidati) aveva chiesto al Tribunale di Aosta di dichiarare che alla procedura elettorale in corso dovessero applicarsi le norme vigenti al tempo in cui le elezioni erano state indette: le

* Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate e in Scienze politiche; cultore di Diritto dei partiti italiano e comparato presso l'Università degli Studi Roma Tre.

¹ Nella stessa data sono state fissate le elezioni comunali, in base alla l.r. n. 4/2025, intervenuta pure sui limiti ai mandati dei sindaci e sulla composizione delle giunte: v. N.P. ALESSI, *Novità della Regione Valle d'Aosta (2/2025)*, in *Osservatoriodellefonti.it*.

modifiche sulle preferenze, concretizzatesi a *iter* elettorale avviato, avrebbero inciso sui diritti degli elettori e dei candidati, inseriti in liste presentate poco dopo l'entrata in vigore delle norme. La decisione che ha respinto tale ricorso² genera riflessioni sulla latitudine dei diritti di elettorato, alla luce delle norme e delle prassi: uno sguardo attento agli effetti concreti delle regole sulle elezioni consente una più completa visione dell'*iter* elettorale e delle posizioni coinvolte.

2. Il contesto politico-giuridico

Il caso in esame prende le mosse dall'avvento della l.r. 14 agosto 2025, n. 27 («Reintroduzione delle tre preferenze e della rappresentanza di genere. Modificazioni alla legge regionale 12 gennaio 1993, n. 3»)³, approvata il 27 febbraio dal Consiglio regionale ma sottoposta a *referendum* (ex art. 15, comma 4 St. spec.) su richiesta di un quinto dei consiglieri⁴, formulata il 30 maggio: il 10 agosto, con un'affluenza molto bassa, sono prevalsi di poco i «Sì»⁵, così la legge è stata pubblicata⁶ ed è entrata in vigore il 20 agosto. Il 23 luglio era però stato emesso il decreto d'indizione dei comizi⁷ e le liste si dovevano presentare alla cancelleria del Tribunale di Aosta il 24 e il 25 agosto.

L'idea del partito proponente (Union Valdôtaine) di mutare a fondo la legge elettorale regionale⁸ si è scontrata con l'indisponibilità di altri partiti a condividere

² Trib. Aosta., sez. civ. proc. spec., (ord.) 15 settembre 2025 (r.g. n. 638/2025), g.u. De Luca.

³ V. N.P. ALESSI, *Il sonno della Regione genera mostri: il fine legislatura valdostano e l'ennesimo grattacapo giuridico*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2025, n. 2, pp. 301-322; G. TARLI BARBIERI, *La reintroduzione delle preferenze multiple nella legge elettorale valdostana: una riforma criticabile*, ivi, pp. 495-522.

⁴ Sei consiglieri della Lega Vallée d'Aoste (Luca Distort, Raffaella Foudraz, Erik Lavy, Andrea Manfrin, Simone Perron, Paolo Sammaritani) e Diego Lucianaz (eletto con la Lega, poi cofondatore di Rassemblement Valdôtain, lasciato a marzo 2025 per il gruppo misto).

⁵ Hanno votato 16853 elettori su 105054 (16,04%); il «Sì» ha ottenuto il 52,14% dei voti.

⁶ In *Bollettino Ufficiale V.d.A.*, n. 46, 19 agosto 2025, pp. 3934-3939.

⁷ Decreto del Presidente della Regione 23 luglio 2025, n. 342, in *Bollettino Ufficiale V.d.A.*, n. 40, 25 luglio 2025, pp. 3190-3192.

⁸ La proposta dell'Uv n. 115/XVI – a prima firma del capogruppo Aurelio Marguerettaz – mirava a interventi incisivi sull'equilibrio di genere (alzando la quota minima del genere meno rappresentato e consentendo fino a tre preferenze, ma dovendo rappresentare i due generi già indicando due nomi); per rendere più stabili le giunte, prevedeva un premio di maggioranza variabile alla lista o al gruppo di liste con la maggior cifra elettorale (20 seggi con quota sopra il

tale proposta⁹. La l.r. n. 7/2019 – dopo un lungo dibattito¹⁰ – aveva introdotto la preferenza unica per migliorare la qualità del voto e sottrarlo a indebiti controlli (anche grazie allo scrutinio semi-centralizzato)¹¹, ma poi il giudizio su tale riforma era mutato¹². L’approvazione a maggioranza della *reformette* (19 «Sì», 2 «No», 5 astenuti su 35 membri), con non ampia condivisione delle modifiche alle “regole del gioco”, non era parsa un buon segno¹³; erano però già sorti dubbi sul fatto che la legge potesse entrare in vigore prima che le elezioni fossero indette¹⁴, ma per la

40%, 22 seggi con quota sopra il 45%, includendovi i voti delle liste al di sotto del quoziente naturale), conciliando le esigenze di rappresentatività e di stabilità.

⁹ V. l’intervento nella discussione generale di Erik Lavévaz (presidente della I Commissione) nella seduta antimeridiana del 27 febbraio 2025 (oggetto n. 4451/XVI: https://www.consiglio.vda.it/app/oggettidelconsiglio/dettaglio?pk_documento=48370&versione=R).

¹⁰ In esso rientrò pure uno dei *referendum* regionali propositivi tenutisi il 18 novembre 2007, volto a introdurre la preferenza unica; a dispetto dell’esito schiacciante a favore del «Sì» (91,6%), l’affluenza non raggiunse il 45% del corpo elettorale richiesto dalle norme vigenti.

¹¹ V. la relazione di Alberto Bertin (capogruppo di Rete civica e primo firmatario della proposta n. 3/XV) nella seduta antimeridiana del 19 febbraio 2019 (oggetto n. 408/XV: https://www.consiglio.vda.it/app/oggettidelconsiglio/dettaglio?pk_documento=41248&versione=R).

¹² V. l’intervento di Lavévaz nella discussione generale (v. la nota n. 10), quello di Bertin, presidente del Consiglio, il pomeriggio del 27 febbraio 2025 (oggetto n. 4452/XVI: https://www.consiglio.vda.it/app/oggettidelconsiglio/dettaglio?pk_documento=48372&versione=R) e le parole del presidente Uv Joël Farcoz (*Regionali: Farcoz, ‘preferenza unica ha svuotato la politica’*, in *Ansa.it*, 18 luglio 2025).

¹³ È stata respinta la proposta del Progetto civico progressista (n. 58/XVI), volta a introdurre l’elezione diretta del Presidente della Regione, il premio di maggioranza di 21 seggi (con almeno 11 seggi riservati alle minoranze), condizioni più favorevoli per presentare liste ed essere rappresentati in Consiglio (soglia al 4%), la doppia preferenza di genere, un maggiore equilibrio di genere nelle liste e nella Giunta e l’eleggibilità dai 18 anni. Sono state invece ritirate le proposte di Lega Vallée d’Aoste e Forza Italia (n. 118/XVI, con il gruppo consiliare legato alla lista più votata che avrebbe indicato il capolista o – se non fosse stato eletto – un altro consigliere come candidato alla Presidenza, la soglia al 4%, ridotta al 3% per le liste inserite in gruppi, le cifre elettorali di gruppi di liste sopra il 9% includenti pure le liste sotto soglia, un premio di 19 seggi per le liste/gruppi arrivati al 35% o di 21 seggi raggiungendo il 40%, requisiti più miti per presentare le liste e cinque preferenze disponibili) e di Rassemblement Valdôtain (n. 161/XVI, con l’elettorato passivo ai diciottenni, la possibilità di esprimere fino a quattro preferenze con l’obbligo – in quel caso – di rappresentare entrambi i generi, una soglia al 4,5% e il computo dei voti delle liste sotto soglia nella cifra elettorale dei gruppi di liste sopra il 9%).

¹⁴ La nota n. prot. 600/2025 (22 gennaio) della Segretaria generale del Consiglio regionale rilevava che, essendo le modifiche della legge elettorale sottoposte all’*iter ex art. 15*, commi 4 e 5 St. spec. (comprensivo dell’eventuale *referendum*), l’entrata in vigore prima che fossero indetti i nuovi comizi sarebbe stata assicurata approvando le disposizioni almeno 180-230 giorni prima della scadenza della legislatura, il 20 settembre 2025. In quella fase, però, il testo n. 115 prevedeva ancora modifiche più ampie rispetto a quelle approvate.

maggioranza le norme si sarebbero applicate al nuovo voto¹⁵. La fissazione al 10 agosto del *referendum* confermativo (con decreto presidenziale del 5 giugno¹⁶), che ha sovrapposto l'*iter* referendario a quello elettorale¹⁷, è stata valutata all'opposto sul piano dell'opportunità o della legittimità¹⁸, con confronti duri nell'aula consiliare¹⁹ e al di fuori, pure sull'applicabilità delle norme alle elezioni in arrivo²⁰.

3. Ragionando sulle tesi dei ricorrenti

¹⁵ Per il presidente Renzo Testolin, che il 17 aprile ha risposto al Comitato per la riforma elettorale, la legge, «una volta entrata in vigore, [avrebbe trovato] applicazione in quanto normativa sopravvenuta di rango primario», per il «principio generale secondo cui le fasi procedurali costituite da atti o da operazioni dotati di propria autonomia (nel caso di specie la votazione) devono essere regolate dalla legge vigente al momento della loro adozione o del loro svolgimento»; lo stesso ha confermato il comunicato della Presidenza del 19 agosto, giorno in cui la legge regionale n. 27/2025 è stata pubblicata sul *Bollettino*.

¹⁶ In *Bollettino Ufficiale V.d.A.*, n. 28, 6 giugno 2025, pp. 1318-1320.

¹⁷ L'art. 18, comma 2 St. spec. fissa la finestra elettorale tra la «quarta domenica precedente» e «la seconda domenica successiva al compimento» dei cinque anni di legislatura (finendo il quinquennio il 20 settembre, si sarebbe votato tra il 24 agosto e il 28 settembre); *ex* comma 3 il decreto d'indizione delle elezioni è pubblicato «non oltre il quarantacinquesimo giorno antecedente la data stabilita» per il voto (quindi tra il 10 luglio e il 14 agosto). La l.r. 22 aprile 2002, n. 4, all'art. 13, prevede che il *referendum* confermativo sia indetto «entro trenta giorni dalla data di trasmissione del verbale dell'Ufficio di Presidenza» (comma 1), in una domenica «tra il sessantesimo e il novantesimo giorno successivo alla pubblicazione del decreto di indizione» (comma 2). La richiesta di *referendum* è stata trasmessa il 30 maggio e il decreto per indire la consultazione doveva essere emesso entro il 29 giugno; pure con un'indizione immediata (con pubblicazione celerissima del decreto) non si sarebbe fissata la data prima del 3 agosto, con una sovrapposizione probabile anche di pochi giorni delle procedure, pure optando per il voto per le regionali nell'ultima data disponibile (cioè il 28 settembre, pubblicando il decreto entro il 14 agosto). In alternativa, si sarebbe potuto votare prima per le regionali – con la preferenza unica – e tenere il *referendum* nelle ultime date possibili (14 o 21 settembre) o, sovrapponendo del tutto le procedure, votare insieme per il *referendum* e per le regionali (da tenere, di nuovo, con la preferenza unica).

¹⁸ Per qualcuno il sovrapporsi dei due procedimenti era simile alle «oggettive situazioni di carattere eccezionale [...] idonee a determinare un'effettiva menomazione dell'esercizio del diritto di voto referendario» (Corte cost., ord. n. 131/1997, citata nell'ord. n. 169/2011).

¹⁹ Nella seduta del Consiglio del 18 giugno 2025 (oggetto n. 4808/XVI) è stata respinta la mozione n. 356/XVI – di Chiara Minelli (Pcp), Pierluigi Marquis (Forza Italia) e Paolo Sammaritani (Lega) – che chiedeva di audire il Presidente della Regione in I Commissione sulla data del voto, sulla data del decreto d'indizione e sui contenuti di questo.

²⁰ Esponenti di Fratelli d'Italia e della Lega Vallée d'Aoste avevano pensato d'impugnare al TAR il decreto di convocazione dei comizi. Dopo l'esito del *referendum*, però, i partiti sembrano aver optato per impugnare *ex post* il verbale di proclamazione degli eletti.

Dopo il *referendum*²¹ nove elettori della Valle d'Aosta, alcuni pure candidati²², il 29 agosto²³ hanno presentato un ricorso *ex artt. 669-bis e 700 c.p.c.* al Tribunale civile di Aosta – il solo della Regione, competente a giudicare sulle controversie sui diritti legati al corpo elettorale valdostano – chiedendo che il voto del 28 settembre fosse «regolato dalla legge in vigore al momento della pubblicazione del decreto d'indizione delle elezioni regionali» e che si ordinasse alla Regione di far votare in base a tali norme («la l.r. 12 gennaio 1993, n. 3, così come modificata dalla l.r. 7/2019»), non mutando «il procedimento elettorale già avviato» col citato decreto, e di disporre i provvedimenti urgenti idonei «ad eliminare il pregiudizio subito e subendo». Ciò avrebbe dovuto essere preceduto dall'accertamento dell'integrità dei diritti elettorali dei ricorrenti, nel solco delle vicende alla base delle sentenze della Corte costituzionale nn. 1/2014²⁴, 35/2017²⁵ e 48/2021²⁶ (sulle elezioni politiche),

²¹ Non si sarebbe più potuto revocare il decreto d'indizione ed emetterne un altro per posticipare la data: si era già scelto l'ultimo giorno utile nella finestra prevista.

²² Erano Massimiliano Kratter, Elio Riccarand, Chiara Minelli, Manuela Nasso, Piero Lucat, Milena Gualtieri; Luigi Giunta, Katya Foletto e Marco Debernardi; Kratter, Nasso, Foletto e Minelli erano candidati nella lista di Alleanza Verdi e Sinistra.

²³ Poco prima il costituzionalista Giovanni Boggero, in un parere per Rassemblement Valdôtain, aveva sostenuto che l'eventuale *referendum* confermativo si sarebbe dovuto tenere dopo le elezioni svolte con la preferenza unica, altrimenti il Consiglio avrebbe dovuto ampliare la finestra con una legge-provvedimento urgente e motivata. V. L. VENTRICE, *Referendum vinto, ma la legge è già valida? I dubbi di un costituzionalista*, in AostaSera.it, 16 agosto 2025, <https://aostasera.it/notizie/politica/referendum-vinto-ma-la-legge-e-gia-valida-i-dubbi-di-un-costituzionalista/>.

²⁴ V. almeno F. LANCHESTER, *Dal Porcellum all'Italicum: nuovi collegamenti e nuovi orari, ma su vecchi binari*, in *Nomos - Le attualità nel diritto*, 2013, n. 3; P. CARNEVALE, *La Corte vince, ma non (sempre) convince. Riflessioni intorno ad alcuni profili della "storica" sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, *ivi*; M. BENVENUTI, *Zone franche che si chiudono e zone d'ombra che si aprono nella sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale. Prime considerazioni interlocutorie a margine dell'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale*, *ivi*; R. DICKMANN, *La Corte dichiara incostituzionale il premio di maggioranza e il voto di lista e introduce un sistema elettorale proporzionale puro fondato su una preferenza*, in *Federalismi.it*, 2014, n. 2; B. CARAVITA, *La riforma elettorale alla luce della sent. 1/2014*, *ivi*; S. LIETO, P. PASQUINO, *La Corte costituzionale e la legge elettorale: la sentenza n. 1 del 2014*, in *Forum Quad. cost.*, 26 marzo 2014; A. ANZON DEMMIG, *Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento "creativo" della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 2; A. RAUTI, *I sistemi elettorali dopo la sentenza costituzionale n. 1 del 2014. Problemi e prospettive*, Esi, Napoli, 2014; M. D'AMICO, S. CATALANO (a cura di), *Prime riflessioni sulla "storica" sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, FrancoAngeli, Milano, 2014.

²⁵ V. almeno M. LUCIANI, *Bis in idem: la nuova sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale politica*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 1; A. MORRONE, *Dopo la decisione sull'Italicum: il maggioritario è salvo, e la proporzionale non un obbligo costituzionale*, in *Forum Quad. cost.*, 13 febbraio 2017; F. FERRARI, *Sotto la punta dell'iceberg: fictio litis e ammissibilità della q.l.c. nella sent.*

nonché n. 110/2015 (sulle elezioni europee)²⁷: si sarebbe dovuta valutare la pienezza del diritto a un voto personale, uguale, libero e segreto, nonché del diritto a candidarsi, a fronte di norme recentissime e di condotte dell'amministrazione che – per i ricorrenti – avrebbero minato la certezza dell'esercizio del voto; non ci sarebbero stati atti immediatamente lesivi di diritti e la lite non avrebbe dovuto essere regolata dal codice del processo amministrativo (artt. 126, 129 e 130), ma dalle norme del processo civile, essendo in dubbio la pienezza dei diritti di elettorato attivo e passivo, tutelati dagli artt. 1, 3, 48 e 51 Cost.

I ricorrenti guardavano alla sentenza della Corte costituzionale n. 48/2021, in cui si precisava – sull'iter preparatorio al voto politico – che il diritto di elettorato attivo

n. 35/2017, ivi, 14 febbraio 2017; S. CECCANTI, *I sistemi elettorali per le elezioni politiche dopo la 35/2017: una sentenza figlia del referendum, ma per il resto deludente per i proporzionalisti*, in *Federalismi.it*, 2017, n. 4; A. MANGIA, *L'azione di accertamento come surrogato funzionale del ricorso diretto*, *Forum Quad. cost.*, 17 giugno 2018; L. TRUCCO, *"Sentenza Italicum": la Consulta tra detto, non considerato e lasciato intendere*, in *Consulta Online*, 2017, n. 1, pp. 150-174; A. RAUTI, *La Corte costituzionale ed il legislatore. Il caso emblematico del controllo sulle leggi elettorali*, ivi, pp. 215-252; G. MAESTRI, *Orizzonti di tecnica elettorale: problemi superati, irrisolti ed emersi alla luce della sentenza n. 35 del 2017*, in *Nomos - Le attualità nel diritto*, 2017, n. 2; A. RACCA, *I sistemi elettorali sotto la lente costituzionale*, *Ledizioni*, Milano, 2018.

²⁶ V. almeno G. TARLI BARBIERI, *La necessaria ed auspicabile riforma della disciplina del contenzioso elettorale preparatorio riferito alle elezioni politiche a seguito della sent. 48/2021 della Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, 2021, n. 2, pp. 658-672; M. ARMANNO, *La garanzia dell'elettorato passivo: Corte costituzionale e Parlamento (ancora) alla ricerca di strumenti adeguati di tutela giurisdizionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2021, n. 3, pp. 103-134; M. MANCINI, *Tre manifesti a Palazzo della Consulta, Roma: la Corte traccia la via, del legislatore e dei giudici l'onere di percorrerla (a margine della sentenza n. 48 del 2021)*, in *Rivista AIC*, 2021, n. 3, pp. 409-430; A. SAITTA, *Alla ricerca del giudice delle controversie pre-elettorali: la Corte completa il rammendo per coprire l'inerzia del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2021, n. 2, pp. 631-640; A. PISANESCHI, *Gli effetti della sentenza n. 48 del 2021 della Corte costituzionale sulla tutela giurisdizionale elettorale: brevi considerazioni*, ivi, pp. 640-652; G. DELLEDONNE, *Procedimento elettorale preparatorio, elezioni politiche e tutela giurisdizionale: chiarimenti, discontinuità e problemi aperti*, ivi, pp. 652-661; G. MAESTRI, *Candidature e raccolta firme: più spazi per tutelare i diritti, ma ora nulla cambia*, in *AIC - Osservatorio costituzionale*, 2021, n. 6, pp. 429-454.

²⁷ V. almeno S. LIETO, P. PASQUINO, *Porte che si aprono e che si chiudono. La sentenza n. 110 del 2015*, in *Forum Quad. cost.*, 24 giugno 2015; R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost.*, n. 110/2015, in *Foro.it*, 2015, n. 9, I, col. 2618 ss.; F. SORRENTINO, *La Corte e i suoi precedenti: overruling o continuità?*, in *Giur. cost.*, 2015, n. 3, p. 886 ss. V. pure l'ord. n. 165/2016 (con le questioni dei Tribunali di Cagliari e Trieste dichiarate manifestamente inammissibili) e la sent. n. 239/2018 (che ha rigettato questioni poste dal Consiglio di Stato): v. G. TARLI BARBIERI, *Il sistema elettorale per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia: problemi e prospettive dopo la sent. 239/2018 della Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, 2019, n. 1, pp. 20-33; L. DI STEFANO, *La soglia di sbarramento della legge elettorale italiana per il Parlamento europeo all'esame della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 3, pp. 529-554.

e quello passivo, senza distinzione, «esigono tutela effettiva di fronte a un giudice»: tutela da chiedere al giudice ordinario, «in principio il giudice naturale» dei diritti, o a quello amministrativo per materie per cui sia indicata – *ex art. 103, comma 1 Cost.* – la sua giurisdizione (ma per i ricorrenti non era questo il caso²⁸). Ciò avrebbe rispettato il “doppio binario” sulle elezioni: il giudice civile giudica sulle azioni relative ai diritti, quello amministrativo si esprime *ex art. 126 c.p.a.* sui ricorsi che – contestando la regolarità delle operazioni elettorali – fanno valere interessi legittimi o diritti ritenuti immediatamente lesi. La giurisdizione ordinaria poi persisterebbe sulle liti in tema di diritti di elettorato attivo e passivo e sul loro accertamento, pur introdotte impugnando la proclamazione degli eletti²⁹.

Mancando un atto amministrativo dell’*iter* elettorale (già avviato) che apparisse immediatamente lesivo³⁰, per i ricorrenti restava intatta la facoltà di chiedere al giudice ordinario di accertare l’impatto della l.r. n. 27/2025, *medio tempore* entrata in vigore, sui diritti di elettorato attivo e passivo dei ricorrenti, se fosse stata applicata alla procedura elettorale già indetta. Il giudice avrebbe dovuto *in primis* dissipare l’incertezza sulle norme applicabili in tema di preferenze: l’idea dell’amministrazione di applicare subito la legge n. 27 avrebbe cozzato col legittimo affidamento di elettori e candidati sull’applicazione delle norme vigenti quando i comizi erano stati indetti. Tale dubbio avrebbe impedito a elettori e candidati di definire strategie e di fruire in pieno dei loro diritti, potendo pure preparare più gravi lesioni dei diritti di elettorato: se quelle norme entrate in vigore

²⁸ Indicando come precedenti – oltre a Cass., sez. I civ., (ord.) 21 marzo - 17 maggio 2013, n. 12060, alla base di Corte cost., n. 1/2014 – Cass., sez. un. civ., (ord.) 11-20 ottobre 2016, n. 21262, emessa per regolamento preventivo di giurisdizione dopo un ricorso al Tribunale di Perugia nel 2015, volto ad accertare il diritto d’elettorato attivo alle regionali (v. S. GANCI, *Accertamento del diritto di voto e riparto di giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 28 dicembre 2016; S. CALVETTI, *Diritto di voto vs operazioni di voto: a chi spetta la giurisdizione?*, in *Dir. Giust.*, 21 ottobre 2016) e Cass., sez. un. civ., (ord.) 15 dicembre 2015 - 17 febbraio 2016, n. 3058, emessa per regolamento di giurisdizione dopo un ricorso *ex post* al TAR Calabria su un’elezione comunale (cfr. Cass., sez. un. civ., (ord.) 21 marzo - 26 maggio 2017, n. 13403).

²⁹ Cons. Stato, sez. II, 22 maggio 2024, n. 4577 e 25 maggio 2022, n. 4201.

³⁰ Il decreto di convocazione dei comizi del 23 luglio citava la sola l.r. n. 4/2025 che disponeva lo svolgimento contestuale delle elezioni regionali e comunali; non includeva (né avrebbe potuto) riferimenti alle modifiche alla legge elettorale approvate dal Consiglio ma in attesa del *referendum*, né prefigurava la loro applicabilità alle elezioni indette e non si sarebbe potuto ritenere quel decreto immediatamente lesivo del diritto di elettorato.

dopo l'avvio di un *iter* elettorale – a decreto d'indizione emanato – fossero state applicate alle fasi seguenti della procedura (per il principio *tempus regit actum*), mutandone condizioni e contesto, ciò avrebbe permesso altre modifiche *in itinere* delle norme elettorali, ledendo i diritti degli elettori o dei candidati.

Su tali basi, ritenendo applicabili solo le norme vigenti al tempo dell'indizione dei comizi, chi avesse espresso due o tre preferenze in base alla l.r. n. 27/2025 avrebbe subito l'annullamento della seconda e della terza: asimmetrie informative dei cittadini elettori nella loro partecipazione all'*iter* elettorale avrebbero compromesso l'espressione del voto, sul piano della libertà e del «suffragio diretto» *ex art. 16 St. spec.* Più delicata era la situazione dei candidati, specie nelle liste non esonerate dalla raccolta di molte sottoscrizioni (da 900 a 1400) *ex art. 6, comma 3 della l.r. n. 3/1993*³¹: le candidature erano state scelte (per forza prima della raccolta firme³²), vigente la preferenza unica, prima del *referendum*: al tempo del deposito delle liste (24-25 agosto) era invece entrata in vigore – il 20 agosto – la l.r. n. 27/2025 e non era più possibile modificare le liste in base alle nuove norme (*rectius*: alle valutazioni sugli effetti dello *ius superveniens* sulle dinamiche delle elezioni)³³, ma solo elaborare in fretta strategie elettorali. Le liste esentate avrebbero invece potuto mutare i candidati a loro vantaggio fino all'ultimo momento utile (con conseguente disparità di condizioni nell'accesso alle elezioni), pur dovendo adattare le strategie alle regole cambiate *in itinere* e alle alterate condizioni del cimento elettorale.

³¹ Sono esenti le liste presentate da partiti/gruppi con almeno un eletto nella legislatura in corso e costituiti in gruppo consiliare al momento della pubblicazione del manifesto di convocazione dei comizi, da partiti costituiti dall'inizio della legislatura in gruppo consiliare (tranne il misto) anche se hanno cambiato nome e simbolo, nonché le liste distinte da «un contrassegno composito» che contenga quello di un partito o gruppo esonerato.

³² Questa poteva realisticamente iniziare il giorno (25 luglio) della divulgazione del decreto d'indizione e della data del voto. L'art. 7, comma 4 della l.r. n. 3/1993 destina alla raccolta firme i «tre mesi precedenti la scadenza naturale del Consiglio» (dal 20 giugno, scadendo l'assemblea il 20 settembre): il 20 agosto oltre due terzi del tempo utile erano già spirati.

³³ La raccolta di consensi con la preferenza unica è diversa rispetto a quella con tre preferenze: chi vota sceglie se indicare un solo nome, due o tre, dovendo rappresentare i due generi (in Valle d'Aosta) solo esprimendo tre preferenze; chi si candida può avere vantaggi invitando ad abbinare il suo nome a una/due persone della lista o essere in difficoltà rispetto a chi meglio padroneggia tali dinamiche. Si hanno così più o meno *chance* di essere candidati ed eletti a seconda della configurazione del voto di preferenza.

Per il «Codice di buona condotta in materia elettorale» adottato nel 2002 dalla Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (“Commissione di Venezia”) del Consiglio d’Europa, «Gli elementi fondamentali del diritto elettorale, e in particolare del sistema elettorale propriamente detto, la composizione delle commissioni elettorali e la suddivisione delle circoscrizioni non devono poter essere modificati nell’anno che precede l’elezione»³⁴; la Corte EDU ha sentenziato contro i mutamenti delle norme elettorali avvenuti poche settimane o pochi mesi prima dello scrutinio³⁵, ma in Italia ciò è accaduto spesso. Il Consiglio ha approvato la futura l.r. n. 27/2025 il 27 febbraio 2025: alla fine della legislatura (20 settembre) mancavano meno di sette mesi. Ciò non rispettava il Codice di buona condotta elettorale³⁶, ma la situazione si è aggravata con l’entrata in vigore delle norme dopo l’esito – non scontato – del *referendum* confermativo (10 agosto) e la pubblicazione della legge sul *Bollettino Ufficiale* (il 19 agosto): l’iter elettorale era partito col decreto d’indizione del 23 luglio e mancava meno di una settimana al deposito delle liste³⁷.

³⁴ V. le *Linee guida*, II.2.b. V. pure il *Rapporto esplicativo*, punto n. 66: «Ciò che è da evitare, non è tanto la modifica della modalità di scrutinio [...]; ma la sua revisione ripetuta o che interviene poco prima dello scrutinio (meno di un anno). Anche in assenza di volontà di manipolazione, questa apparirà [...] come legata ad interessi congiunturali di partito».

³⁵ V. Corte EDU, ric. 30386/05, 6 novembre 2012, *Ekoglasnost c. Bulgaria*, parr. 68-69 (sulla posizione di chi vuole candidarsi: v. P. BONETTI, *Ekoglasnost c. Bulgaria: la stabilità delle regole elettorali nell’anno precedente le elezioni*, in *Quad. cost.*, 2013, n. 1, pp. 168-171; T. SALVINO, *Ekoglasnost contro Bulgaria: la Corte Europea dei Diritti dell’uomo ristabilisce le regole del gioco*, in *Civitas Europa*, 2013, n. 1, pp. 223-225; C. CIUFFETTI, *Il diritto a libere elezioni: orientamenti del Consiglio d’Europa e della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Federalismi.it*, 2013, n. 4; L. TRUCCO, *The conditions of participation in elections as part of the fundamental electoral rules*, in *Diritticomparati.it*, 7 febbraio 2013) e ric. 9103/04, 8 luglio 2008, *Partito laburista georgiano c. Georgia*, par. 88 (sulla posizione degli elettori).

³⁶ Eppure quell’anticipo era maggiore rispetto a quanto accaduto per le elezioni politiche del 2006 e del 2018. Per la legge n. 53/1990 (art. 14, comma 3), poi, le firme e le autenticazioni sono nulle se anteriori a 180 giorni prima del termine di presentazione delle candidature, mentre la legge valdostana limita la raccolta firme agli ultimi 90 giorni della legislatura.

³⁷ I manifesti dei Comuni sulla convocazione dei comizi sono stati affissi il 14 agosto, dopo l’esito del *referendum* ma prima dell’entrata in vigore della l.r. n. 27/2025. Di più, le *Istruzioni per la presentazione e l’ammissione delle candidature*, predisposte dalla Regione e disponibili dalla fine di luglio, tra le norme sull’elezione del Consiglio regionale riportano il testo della l.r. n. 3/1993 vigente al tempo dell’indizione dei comizi con la preferenza unica, senza riferimenti al testo approvato dal Consiglio o al *referendum* confermativo; i file con la raccolta delle norme e le *Istruzioni per le operazioni di votazione* e le *Istruzioni per gli Uffici di scrutinio*, diffusi da settembre, indicano invece la tripla preferenza approvata a febbraio.

Anche se avesse ritenuto applicabili le norme vigenti alla data d'indizione dei comizi³⁸ (riconoscendo il *fumus boni iuris* nella tesi per cui quel *tempus* avrebbe cristallizzato le disposizioni da applicare a tutto l'iter elettorale, dunque le condizioni giuridiche della competizione), per i ricorrenti il giudice sarebbe pure dovuto intervenire con provvedimenti *ad hoc* per assicurare l'applicazione di quelle norme, peraltro in via d'urgenza, senza che fosse prima avviata un'azione di accertamento (ma solo con un giudizio cautelare): la vicinanza del voto – a candidature ormai ammesse – avrebbe richiesto di dissipare i dubbi e attuare eventuali rimedi in fretta, per celebrare le elezioni senza che i principi di libertà e uguaglianza di voto³⁹, nonché di certezza e stabilità delle norme elettorali fossero messi a rischio.

Nei casi decisi, tra l'altro, della Corte costituzionale e della Cassazione, il giudice civile era già stato confermato come “giudice naturale” dell'accertamento dei diritti di elettorato; esso, per i ricorrenti, avrebbe dovuto assumere provvedimenti d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, anche solo dichiarativi, per assicurare tutela giurisdizionale – garantita *ex art. 24 Cost.* e *art. 6 CEDU* – ai diritti la cui integrità era in questione: la tutela sarebbe stata inutile con un accertamento dopo il voto, svoltosi con regole oggetto di incertezza. Se certi giudizi *a quibus* alla base delle sentenze costituzionali in materia elettorale avevano ritenuto importante accertare i diritti di elettorato «anche e – soprattutto – prima della competizione elettorale»⁴⁰, stavolta sarebbe stato essenziale ottenere l'accertamento in forma provvisoria (ma

³⁸ Ciò in armonia con Cons. Stato, sez. I, parere del 12 gennaio 2005 (rich. n. 12036/2004): «le regole del procedimento elettorale assumono una determinante influenza ai fini dell'attività preparatoria delle operazioni di voto, donde la necessità che siano conosciute con esattezza e precisione fin dall'inizio del procedimento»; ciò «esclude che possano trovare applicazione» le modifiche entrate in vigore a elezioni indette.

³⁹ Tutelati dalla Costituzione e dall'art. 3 del Prot. addiz. CEDU: «Le Alte Parti contraenti si impegnano a organizzare, a intervalli ragionevoli, libere elezioni a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo»). La norma si applica pure grazie all'art. 117, comma 1 Cost.

⁴⁰ Trib. Torino, sez. I civ., (ord.) 5 luglio 2016, alla base di Corte cost., n. 35/2017 (il ricorso non chiedeva tutela urgente); dopo il decreto di convocazione dei comizi «non vi sarebbe più uno spazio di tutela effettiva per l'elettore che non potrebbe ottenere pronunce [...] che incidano sulle elezioni, [...] svolte sulla base di norme poi dichiarate incostituzionali».

sufficiente a produrre gli effetti ricercati), per non compromettere *in toto* i diritti dei ricorrenti nell'*iter* elettorale già avviato.

Era questo uno dei passaggi più delicati delle richieste dei ricorrenti. In passato l'accertamento davanti al giudice ordinario della pienezza dei diritti di elettorato era stato perseguito soprattutto per provare a sottoporre alla Corte costituzionale le disposizioni elettorali, specie quelle sulle elezioni politiche; la praticabilità del percorso, traducibile nell'ammissibilità delle questioni sollevate, aveva creato copiosi dibattiti in dottrina. Qui si è ripercorsa la via non per creare le condizioni per interpellare la Corte (il ricorso, pur lamentando le paventate lesioni di diritti tutelati da norme costituzionali, non evocava questioni di costituzionalità da sottoporre al giudice delle leggi, il quale peraltro avrebbe deciso molto tempo dopo le elezioni regionali), ma per chiedere un accertamento provvisorio circa l'integrità dei diritti di elettorato, anticipando la loro tutela per renderla effettiva.

Il *periculum in mora*, presupposto per la tutela cautelare, era stato individuato nell'esigenza di assicurare – facendo dichiarare applicabili le norme vigenti prima dell'avvento della l.r. n. 27/2025 (le sole prevedibili per elettori e candidati) – la pienezza dei diritti di elettorato attivo e passivo dei ricorrenti e di garantire la legittimità e la certezza del procedimento, essendo vicina la data delle elezioni regionali (entro la quale il dubbio sulle norme si sarebbe dovuto sciogliere) e non potendosi rimediare *post votum* agl'imminenti pregiudizi – minor informazione, consapevolezza e libertà nell'esercizio del voto per gli elettori; possibile perdita di *chance* per i candidati⁴¹ – lamentati dagli istanti, a meno di puntare alla “rimozione totale” degli effetti del voto creduto viziato, annullando e ripetendo le elezioni.

L'opportunità di prevenire l'ultimo scenario ha indotto i ricorrenti a invocare pure il principio di economia processuale (o, volendo, di “economia procedurale”). Il mancato accoglimento del ricorso, infatti, avrebbe aperto la via all'impugnazione

⁴¹ Ciò valeva soprattutto in chiave di genere. Consentire fino a tre preferenze, dovendosi indicare entrambi i generi solo scrivendo tre nomi – come alle elezioni europee del 2014: v. G. MAESTRI, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, Roma TrE-Press, Roma, 2018, pp. 263-264 – e non anche scegliendone due, può dare meno *chances* di raccogliere consenso e di essere elette alle persone del genere meno rappresentato (si può esprimere una sola preferenza o esprimerne due per candidati dello stesso genere).

davanti al giudice amministrativo – *ex* artt. 130 e 131 c.p.a. – della proclamazione degli eletti e di altri atti dell’*iter* concluso: si sarebbe forse instaurato (a iniziativa degli attuali ricorrenti o di altri interessati) un nuovo processo, in grado di demolire a distanza di tempo le elezioni indubbiamente, con la necessità di celebrarne altre a breve termine. Far dichiarare in via provvisoria l’applicabilità delle norme vigenti prima della l.r. n. 27/2025, quindi, per i ricorrenti avrebbe evitato, oltre che pregiudizi imminenti e irreparabili ai loro diritti, pure l’avvio di un altro processo (amministrativo) per rimuovere l’esito del voto e la sua ripetizione.

4. La decisione sul caso e riflessioni tra teoria e prassi

Il Tribunale di Aosta non ha accolto la tesi dei ricorrenti: esclusi⁴² i presupposti per provvedere *inaudita altera parte*, ha respinto il ricorso, condannando alle spese.

La giudice ha evocato il “doppio binario” tra giudici ordinari e amministrativi, per le «controversie sulle elezioni amministrative» (aggettivo però inadatto all’elezione di un Consiglio di una Regione a statuto speciale), «in rapporto alla consistenza della situazione giuridica» di diritto o di interesse legittimo «della quale si chiede la tutela»; ha però negato la sua giurisdizione, credendo che non si contestasse «l’inserimento dei ricorrenti nelle liste elettorali» (*rectius*: le liste di candidati⁴³) o «la loro possibilità di candidarsi» oppure, circa l’elettorato attivo, «la legittimità costituzionale delle regole di voto introdotte» con la l.r. n. 27/2025⁴⁴.

Il ricorso invocava la tutela dei diritti di elettorato di fronte alla ritenuta incertezza sulle norme applicabili al voto, ma per l’ordinanza l’oggetto della lite era la «legittimità della decisione dell’amministrazione resistente di non applicare alle operazioni di voto del 28/09/2025 la legge vigente al momento dell’indizione». Si sarebbe chiesta tutela circa l’«interesse legittimo a che il procedimento elettorale si

⁴² Con decreto del 1° settembre 2025.

⁴³ In effetti «liste elettorali» sono gli elenchi che raccolgono chi ha i requisiti per essere elettore e non è incorso nella perdita definitiva o temporanea dell’elettorato attivo: la tenuta spetta all’Ufficiale elettorale in ogni comune (artt. 4 e 4-*bis* del d.P.R. n. 223/1967).

⁴⁴ La giudice riconduceva alla giurisdizione ordinaria «le controversie afferenti a questioni di ineleggibilità, decadenza ed incompatibilità dei candidati, perché concernenti diritti soggettivi di elettorato passivo, e quelle nelle quali si fanno valere posizioni di diritto soggettivo, quali quelle che si riconnettono al diritto di elettorato attivo».

svolga conformemente alle norme [...] che lo regolano», ipotesi parsa esorbitante dalla «dimensione sostanziale delle relazioni giuridiche fra amministrazione e cittadini», da far valere con un ricorso in tema di «operazioni elettorali»⁴⁵ davanti al giudice amministrativo coi rimedi «appositamente previsti dal legislatore», finito l'*iter* elettorale, ex art. 130 c.p.a. (purché l'applicazione delle norme sulle preferenze «abbia inciso concretamente sull'esito delle elezioni») o prima del voto, ove certi atti dell'*iter* preparatorio paiano «immediatamente lesivi del diritto del ricorrente a partecipare» a tale procedimento (art. 129 c.p.a.)⁴⁶.

La giudice ha escluso la giurisdizione pure perché non s'era contestata la costituzionalità della l.r. n. 27/2025⁴⁷, aggiungendo che i precedenti d'ammissibilità di azioni dichiarative sul diritto di voto avrebbero denotato un'incertezza «in ordine alla conformità alla Costituzione della legge elettorale», non generata da dubbi sull'applicazione di norme entrate in vigore a elezioni già indette. Il Tribunale pare quasi dire che la decisione sulla giurisdizione sarebbe stata diversa davanti a dubbi di costituzionalità evocati, precisando che «eventuali questioni di legittimità costituzionale possono [...] essere fatte valere nel giudizio dinanzi al giudice amministrativo». Ciò, però, non prefigura l'illegittimità delle norme in vigore da agosto o della scelta di ritenerle applicabili alla procedura già indetta; l'affermazione, invece, si lega alla decisione di ritenere non pertinente la sentenza n. 48/2021 della Corte costituzionale, riferita a norme non relative alle elezioni regionali e alla situazione di «zona franca della giustizia costituzionale, e della giustizia *tout-court*», criticata dalla Corte ma non riconosciuta in questo caso.

Il Tribunale, oltre a negare la giurisdizione sui profili di diritto di elettorato attivo, ha escluso i presupposti per la tutela cautelare circa gli effetti della l.r. n. 27/2025 sull'elettorato passivo. L'esistenza del *fumus boni iuris* sarebbe negata dalla

⁴⁵ L'ordinanza richiama Cass., sez. un. civ., (ord.) 21 marzo - 26 maggio 2017, n. 13403 per la sua lettura ampia del concetto di «operazioni elettorali», che include «tutti gli atti del [...] procedimento, dall'emanazione dei comizi elettorali sino alla proclamazione degli eletti».

⁴⁶ Non è però facile individuare atti immediatamente lesivi dei diritti dei ricorrenti (a parte quelli che hanno escluso per incandidabilità Piersandro Cout dalla lista della Lega), per giunta legati al tema delle norme sopravvenute circa le preferenze.

⁴⁷ Ciò anche per evitare che il Tribunale ritenesse la richiesta di investire la Corte costituzionale – coi tempi da ciò richiesti – incompatibile con la tutela d'urgenza invocata.

necessità di applicare pure all'*iter* elettorale il principio generale *tempus regit actum*, praticato dalla giurisprudenza amministrativa (per cui il decreto d'indizione non fissa le norme da applicare a tutto il procedimento)⁴⁸, così la l.r. n. 27/2025 si sarebbe applicata pure alla procedura elettorale già indetta (e alla presentazione delle liste, finita pochi giorni dopo l'entrata in vigore della legge). La Regione avrebbe esposto tale scenario normativo il 17 aprile 2025, prima dell'inizio «dell'attività di predisposizione delle liste da parte dei ricorrenti», così non sarebbe esistita «alcuna incertezza sull'applicazione da parte dell'amministrazione della nuova legge elettorale»⁴⁹, se il *referendum* l'avesse confermata.

La negazione di tale incertezza⁵⁰ è bastata per escludere l'integrazione del sospetto di fondatezza delle ragioni dei ricorrenti e del *periculum in mora* necessario per la tutela cautelare. Quanto all'evocazione della «probabile impugnazione del verbale di proclamazione degli eletti» (evitabile, per i ricorrenti, coi provvedimenti dichiarativi d'urgenza chiesti, in nome del principio di economia procedimentale), per la giudice non era valutabile ai fini del *periculum*⁵¹; l'eventuale annullamento delle elezioni avrebbe invece reso «piena tutela della situazione giuridica lesa».

⁴⁸ TAR Catania, sez. IV, 30 gennaio - 7 febbraio 2014, n. 437, che cita TAR Palermo, sez. III, 13-19 giugno 2012, n. 1276 (quello elettorale «è un procedimento complesso caratterizzato da una pluralità di atti dei quali quello dell'indizione dei comizi elettorali costituisce solo il momento di avvio (produttivo del solo effetto di limitare l'operatività degli organi di governo dell'ente in *prorogatio* agli atti urgenti ed improrogabili)» e vale la «regola generale dell'immediata applicazione al procedimento in corso della disposizione sopravvenuta») e TAR Catanzaro, sez. I, (ord.) 10 marzo 2010, n. 241 («rispetto all'autonomo procedimento [...] di presentazione [...] delle liste conserva vigore la generale regola dell'immediata applicabilità al procedimento in corso della norma sopravvenuta [...] ciascuna fattispecie deve realizzarsi nell'osservanza della norma vigente al momento in cui si perfeziona»).

⁴⁹ Ciò per la giudice creava una situazione diversa rispetto a quella che generò il parere del Consiglio di Stato del 12 gennaio 2005 (nota n. 38), sorto da un dubbio – qui inesistente – della Regione Emilia-Romagna sull'applicabilità dello *ius superveniens* alle elezioni già indette.

⁵⁰ Per la Regione, la nota del Presidente del 19 agosto avrebbe «chiarito in modo formale e inequivocabile il dato giuridico scaturito dall'entrata in vigore della nuova disciplina», cioè la «necessaria applicazione di quest'ultima» alle elezioni di settembre, né si sarebbe avuta una lesione irreparabile: l'eventuale annullamento della procedura su impugnazione della proclamazione degli eletti e degli altri atti *ex art. 130 c.p.a.* sarebbe stato una riparazione «in forma specifica attraverso il rimedio tipico previsto dalla legge».

⁵¹ Il ricorso però notava come «il rimedio successivo offerto dall'ordinamento per verificare la conformità delle operazioni elettorali alla legge», esperibile «solo a elezioni già svolte», avrebbe comportato «pregiudizio per i diritti dei ricorrenti e grave nocumento per la credibilità e la

L'ordinanza del Tribunale di Aosta⁵² merita riflessioni, a partire – nel rispetto di chi ha giudicato – dalle perplessità generate⁵³. *In primis*, si fatica a condividere la condanna alle spese, seguita forse all'aver ritenuto insussistenti incertezze sulle norme applicabili al voto del 28 settembre e all'aver negato la giurisdizione quasi *in toto*: s'intravede una lettura "punitiva" della decisione, magari condivisibile da chi censura la "messa alla prova" delle norme elettorali con azioni d'accertamento promosse da cittadini elettori, moltiplicatesi dopo la sentenza costituzionale n. 1/2014. È però difficile assimilare il ricorso del caso in esame a un'attività di disturbo, dilatoria o senza elementi di plausibilità, al punto da fondare la condanna: nei giudizi civili avviati per contestare la legittimità di norme elettorali, pure di fronte a domande respinte i giudici spesso hanno compensato le spese⁵⁴ (ma ciò non è sempre avvenuto⁵⁵).

Colpisce poi che sia stato ritenuto non pertinente il riferimento a Corte cost., sent. n. 48/2021. Essa verteva sul diritto di elettorato passivo alle elezioni politiche e sull'assenza di tutela giurisdizionale dei diritti nell'*iter* preparatorio, anche per le occasioni perse dal legislatore per regolare un contenzioso simile a quello previsto per le altre elezioni: in effetti il caso in esame non riguardava il voto politico o un'elezione con «vuoto di tutela». È però utile riflettere sul contenzioso elettorale

stabilità dell'intero sistema della democrazia regionale»: il rimedio, cioè, non pareva in grado di riparare direttamente il pregiudizio subito.

⁵² I ricorrenti, pur non condividendo la decisione, non hanno proposto reclamo.

⁵³ V. le riserve di N.P. ALESSI, *Le complesse vicende elettorali valdostane*, in *Federalismi.it* (paper), 17 settembre 2025.

⁵⁴ Trib. Milano, sez. I civ., 16 marzo - 18 aprile 2011, n. 5330 e Corte App. Milano, sez. IV civ., 18-24 aprile 2012, n. 1419, emesse dopo il nuovo ricorso di Aldo Bozzi sul c.d. *Porcellum* (prima che la Cassazione sollevasse le questioni); Trib. Messina, coll. cause elett., (ord.) 30 ottobre 29 novembre 2019, r.g. n. 5721/2018, sul ricorso di Enzo Palumbo relativo al c.d. *Rosatium-bis*. Tra le cause avviate da Potere al popolo! nel 2022 per indubbiare le norme *una tantum* sull'esonero dalla raccolta firme, v. Trib. Roma, sez. fer., (ord.) 16 agosto 2022, r.g. n. 51721/2022 (spese compensate per «l'assoluta novità della questione, connessa a una recente riforma legislativa»); Trib. Bologna, sez. fer. civ., (ord.) 16 agosto 2022, r.g. n. 9280/2022; Trib. Napoli, sez. fer., (ord.) 16 agosto 2022, r.g. n. 18722.

⁵⁵ V. Trib. Milano, sez. I civ., (ord.) 31 marzo 2008, sul primo ricorso con cui Bozzi aveva chiesto di sospendere le elezioni del 2008, sollevando vari profili d'incostituzionalità; Trib. Ancona, sez. II civ., (ord.) 3 maggio 2016, r.g. n. 7124/2015 e Trib. Catanzaro, sez. I civ., (ord.) 25 giugno 2016, r.g.a.c. n. 5887/2015, generate da due ricorsi contro il c.d. *Italicum*.

davanti al giudice amministrativo⁵⁶: questi ha giurisdizione sulle «operazioni elettorali relative al rinnovo degli organi elettivi [...] delle regioni» (art. 126 c.p.a.); esamina prima del voto i ricorsi contro i «provvedimenti immediatamente lesivi del diritto del ricorrente a partecipare al procedimento elettorale preparatorio per le elezioni [...] regionali» (art. 129, comma 1 c.p.a.) e dopo il voto i ricorsi «contro tutti gli atti del procedimento [...] successivi all’emanazione dei comizi» (da impugnare con l’atto di proclamazione) presentati da «qualsiasi candidato o elettore dell’ente» interessato dal voto (art. 130, commi 1 e 2 c.p.a.).

Mancando un atto immediatamente lesivo dei diritti dei ricorrenti ricorribile ex art. 129 c.p.a., il dubbio sulle norme applicabili alle operazioni elettorali può rientrare in un contenzioso *post votum* sulle «operazioni elettorali»; non sembra però che la decisione della Regione sulle norme applicabili possa far degradare il diritto di elettorato a interesse legittimo⁵⁷, come pare sostenuto dalla giudice⁵⁸. La certezza non è granitica neanche sul fatto che le questioni affidate al giudice ordinario, «giudice naturale dei diritti» (Corte cost., sent. n. 48/2021), riguardino solo ineleggibilità, incompatibilità e decadenza. Più sentenze costituzionali hanno riconosciuto che un cittadino elettore o un candidato possono vedere accertata l’integrità dei diritti di elettorato attivo e passivo: è difficile pensare che ciò valga per le elezioni politiche (come rimedio necessario, non essendo garantito altrimenti il diritto d’accesso a un giudice e – in via mediata – al giudice delle leggi) e non per le altre elezioni, solo perché dotate di riti *ad hoc* davanti al giudice amministrativo.

⁵⁶ Cfr. N. SAITTA, *I giudizi elettorali. Principi e regole del contenzioso amministrativo e ordinario*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 17 ss.; M. MANCINI, *Procedimento elettorale preparatorio ed effettività della tutela giurisdizionale*, Wolters Kluwer - Cedam, Milano, 2022, p. 220 ss.

⁵⁷ Cfr. già M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Jandi Sapi, Roma, 1963, p. 120 ss. e E. CANNADA BARTOLI, *L’istituzione dei Tribunali amministrativi e la tutela dei cittadini in un recente disegno di legge*, in *Foro amm.*, 1968, III, p. 857 ss. Per C. MIGNONE, *Il riparto della giurisdizione in materia elettorale*, in *Foro amm.*, 1982, n. 5, I, pp. 608-625, spec. 609 c’era una «bipartizione giurisdizionale [...] fondata su una distribuzione della competenza per settori (questioni di regolarità, questioni di eleggibilità), [...] ma non certo sulla contrapposizione fra situazioni soggettive secondo il criterio imposto» dalla Costituzione.

⁵⁸ N.P. ALESSI, *Le complesse vicende elettorali valdostane*, cit., p. 5 nota che il dispositivo parla di ricorso respinto e non cita la carenza di giurisdizione: «un’ordinanza di incompetenza comporterebbe limiti meno onerosi a una riproposizione del ricorso», mentre «il percorso argomentativo della giudice parrebbe [...] alquanto limitato» per un’ordinanza di rigetto.

La Cassazione, infatti, ha riconosciuto il giudice civile titolare di giurisdizione su azioni di accertamento circa il diritto di elettorato anche per le elezioni regionali⁵⁹.

È vero che pure quando è stata ammessa un'azione di accertamento nelle vicende alla base delle sentenze costituzionali citate, l'incertezza sulla «portata del diritto di voto» riguardava la conformità delle norme elettorali a Costituzione. Se principalmente è questa ragione ad animare il bisogno di accertare l'integrità del diritto di elettorato (giustificando l'esercizio di un'azione a lungo creduta impraticabile), non sono da escludere *a priori* altre fonti d'incertezza, come l'entrata in vigore di nuove norme o la data scelta per il voto⁶⁰.

Qui a originare l'incertezza lamentata non erano le norme sulle preferenze *ex se* (la cui costituzionalità non era stata contestata⁶¹), ma la situazione per cui la futura l.r. n. 27/2025, approvata dal Consiglio regionale quando già mancava meno di un anno alle elezioni, era entrata in vigore – con *referendum* confermativo – dopo l'indizione dei comizi elettorali e pochissimi giorni prima del deposito delle liste. Tali aspetti avrebbero potuto (e potranno) essere fatti valere indubbiando le norme per manifesta irragionevolezza della soluzione vigente, ma ciò era poco compatibile con il disposto dell'art. 700 c.p.c. Il ricorso, quindi, aveva cercato di

⁵⁹ Cfr. Cass., sez. un. civ., (ord.) 11-20 ottobre 2016, n. 21262: benché le operazioni elettorali «si estendano al procedimento elettorale preparatorio per le elezioni regionali [...], resta [...] attribuita all'autorità giudiziaria ordinaria la cognizione delle controversie nelle quali si fanno valere posizioni di diritto soggettivo, quali quelle che si riconnettono al diritto di elettorato attivo o che concernono ineleggibilità, decadenze e incompatibilità».

⁶⁰ Trib. Torino, sez. feriale, (ord.) 14 agosto 2020, r.g. n. 13057/2020 dichiarò inammissibile il ricorso di due elettori, volto ad accertare il diritto a votare il 20-21 settembre per il *referendum* costituzionale sul numero dei parlamentari «con votazione separata e distinta da ogni altra» (mentre si era previsto l'*election day*), per carenza di interesse, poiché a Torino si votava solo per il *referendum* (l'ordinanza compensò però le spese). V. G. BOGGERO, E. CATERINA, *Il Tribunale di Torino dichiara inammissibile il ricorso per l'accertamento del diritto a votare il referendum costituzionale separatamente dalle elezioni amministrative*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2020, n. 3, pp. 75-83: *ex* Corte cost., sent. n. 35/2017, «la natura dell'azione di accertamento non richied[e] necessariamente la previa lesione [...] del diritto, ai fini della sussistenza dell'interesse ad agire», basta il voler «scongiurare una futura lesione».

⁶¹ Peraltro l'art. 4 della legge n. 165/2004, modificato dalla legge n. 20/2016, individua tra i principi attuativi dell'art. 122 Cost. la possibilità di esprimere «almeno due preferenze, di cui una riservata a un candidato di sesso diverso, pena l'annullamento delle preferenze successive alla prima» (comma 1, lett. c-bis, n. 1): ciò non legittimerebbe una legge regionale che ammettesse due preferenze di uguale genere. La norma non si applica alla Valle d'Aosta, Regione a statuto speciale, ma la riflessione non è priva di senso.

ottenere comunque che le elezioni del 28 settembre 2025 si svolgessero con le regole vigenti al tempo dell'indizione dei comizi, le sole del tutto prevedibili a quella data, pur sapendo allora gli stessi ricorrenti che il *referendum* del 10 agosto avrebbe potuto far entrare in vigore le norme approvate a febbraio.

Punto chiave è il valore del decreto d'indizione dei comizi: «l'atto che dà avvio al procedimento elettorale e a partire dal quale vengono scandite le tempistiche»⁶² di questo “congela” le norme vigenti al tempo dell'emissione? L'ordinanza ha aderito ai precedenti di giurisprudenza per i quali l'atto d'indizione è «solo il momento di avvio» del procedimento e limiterebbe «l'operatività degli organi di governo dell'ente in *prorogatio* agli atti urgenti ed improrogabili»⁶³, mentre ogni fase dell'*iter* elettorale sarebbe governata dal principio *tempus regit actum*.

È difficile però non considerare le peculiarità del procedimento elettorale, composto di fasi autonome, ma con una sua omogeneità o “unità di senso”. Il fatto che siano in gioco diritti fondamentali come quelli di elettorato attivo e passivo e i principi del legittimo affidamento (circa la stabilità delle norme) e della parità di condizioni tra chi vuole concorrere alle elezioni consiglierebbe una lettura dell'*iter* complessiva, non parcellizzata: ciò potrebbe tradursi nell'applicazione del diverso principio *tempus regit actionem*⁶⁴, tipico delle procedure selettive (con cui le elezioni hanno punti di contatto), per cui lo *ius superveniens* non rileva nelle procedure già iniziate. La lettura parrebbe in armonia col principio di stabilità del diritto elettorale nell'anno prima del voto, fissato dal Codice di buona condotta elettorale della “Commissione di Venezia” e dalle sentenze della Corte EDU.

La sentenza n. 48/2021 ha definito i «frequentissimi mutamenti di disciplina a ridosso delle elezioni» come «espressione di un non commendevole costume legislativo», in una disciplina «che dovrebbe presentare i caratteri della stabilità e della

⁶² G. PERNICIARO, *L'atto di indizione delle elezioni: tra incertezze e dimenticanze normative, il giudice amministrativo «integra» il codice del processo amministrativo*, in E. CATELANI, F. DONATI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *La giustizia elettorale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 179-192, spec. 181.

⁶³ TAR Palermo, sez. III, 13-19 giugno 2012, n. 1276, citata in TAR Catania, sez. IV, 30 gennaio - 7 febbraio 2014, n. 437.

⁶⁴ Cfr. G.D. COMPORTI, *Tempus regit actionem. Contributo allo studio del diritto intertemporale dei procedimenti amministrativi*, Giappichelli, Torino, 2001.

certezza», pur notando che vari mutamenti hanno costantemente reso meno onerosi gli adempimenti. A volte però pochi mesi prima del voto si sono aggravate le condizioni per presentare liste⁶⁵; di recente un organo chiamato a decidere sui ricorsi degli esclusi, pur rispettando le disposizioni introdotte quando la raccolta firme era iniziata da settimane, ne ha imposto interpretazioni più vicine alle norme previgenti, sconfessando in parte lo spirito originario dei riformatori⁶⁶.

Qui le norme di *ius superveniens* riguardavano l'espressione del voto (non l'elettorato passivo) e per la Corte costituzionale, nella sentenza n. 4/2010 sulla doppia preferenza di genere introdotta in Campania, tali disposizioni fissavano «criteri» con cui gli elettori avrebbero dovuto scegliere: non era lesa la loro libertà, potendo essi decidere se esprimere una sola preferenza o fruire della «facoltà aggiuntiva» dell'ulteriore preferenza, oggetto di «una norma riequilibratrice volta ad ottenere, indirettamente ed eventualmente, il risultato di un'azione positiva». È bene però pensare al procedimento elettorale in concreto: le sue norme paiono dare più attenzione e tutela alla posizione dell'elettore rispetto a quella di chi presenta le candidature⁶⁷, ma questa merita comunque realistica considerazione.

⁶⁵ La legge n. 53/1990, in vigore dal 23 marzo, si applicò anche alle elezioni comunali del 6-7 maggio, a raccolta delle sottoscrizioni in corso: le firme richieste aumentarono di due volte nei comuni fino a 5000 abitanti, di cinque volte nei comuni fino a un milione di abitanti e di dieci volte nei comuni maggiori. Da quando i turni delle elezioni comunali sono distribuiti su tutti gli anni, è difficile ritoccare le «regole del gioco» al di fuori dell'anno che precede un voto, ma per le elezioni europee, politiche e regionali solo circostanze eccezionali giustificano modifiche delle norme pochi mesi prima dei comizi.

⁶⁶ Le liste escluse dalle elezioni europee del 2024 lamentarono come le norme della legge n. 18/1979 sull'esenzione dalla raccolta delle firme, modificate nella conversione del d.l. n. 7/2024, fossero d'improvviso più restrittive. L'Ufficio elettorale nazionale rispettò il nuovo testo, ma rilesse le disposizioni in modo conforme ai principi costituzionali e al diritto europeo, credendo «improbabile [...] che il legislatore, nella pendenza del termine di 180 gg. per la raccolta delle firme, e [...] solo in sede di conversione del D.L. n. 7 del 2024, abbia inteso operare deliberatamente uno stravolgimento delle regole pregresse in tema di esenzione dalle sottoscrizioni». V. le decisioni del 3 maggio 2024 sui ricorsi n. 1/2024 (Pirati) e n. 3/2024 (Alternativa popolare).

⁶⁷ Cfr. le disposizioni che non ammettono «la presentazione da parte di altri partiti o gruppi [...] di contrassegni riproducenti simboli [...] che per essere usati tradizionalmente da partiti presenti in Parlamento possono trarre in errore l'elettore» (art. 14, comma 6 del d.P.R. n. 361/1957) o che ritengono valido il voto «ogni qualvolta possa desumersi la volontà effettiva dell'elettore» (art. 69).

I sistemi elettorali sono «strumenti tecnici che si caratterizzano per un'alta valenza politica»⁶⁸: nessun “sottostrumento”, come la conformazione del voto di preferenza, è privo di ricadute sull'offerta elettorale. Per la Corte (sent. n. 4/2010) la doppia preferenza di genere lasciava inalterati i diritti d'elettorato, incluso quello passivo, «perché la regola della differenza di genere per la seconda preferenza non offre possibilità maggiori ai candidati dell'uno o dell'altro sesso di essere eletti», col reciproco condizionamento tra i generi se si esprimono due voti: forse non sarà incostituzionale in sé la tripla preferenza valdostana⁶⁹, ma non si dimentica che la scelta delle candidature tiene conto delle norme che regolano l'espressione del voto (incluse le preferenze) e la trasformazione dei voti in seggi.

Il diritto di candidarsi non comporta quello all'elezione, né le liste hanno diritto di predefinire gli eletti. S'intravede però una lesione del diritto di elettorato passivo quanto all'uguaglianza se le liste tenute a raccogliere le sottoscrizioni non hanno potuto rivedere la loro composizione (a meno di ripetere in fretta una consistente raccolta firme) in base alle regole sulla preferenza entrate in vigore a *iter* elettorale avviato e con la ricerca dei sottoscrittori aperta, mentre le liste esenti erano modificabili. Le liste onerate dalla raccolta, prima del *referendum*, avrebbero potuto scegliere i candidati pensando alla tripla preferenza approvata dal Consiglio: se però il 10 agosto avesse vinto il «No», non sarebbe più stato possibile cambiare i candidati (se non dopo una frettolosa raccolta firme); altro sarebbe stato lo scenario se ogni lista si fosse formata secondo norme prestabilite e non “condizionate”.

Colpisce pure che per la giudice la dichiarazione della Presidenza della Regione sull'applicabilità delle norme approvate a febbraio avesse dissipato l'incertezza normativa, senza accenni all'inopportunità di un “ritocco” normativo così tardivo da produrre – nell'ipotesi, avveratasi, di richiesta di *referendum* confermativo – l'entrata in vigore a elezioni già indette e i problemi di parità di condizioni già visti.

5. Considerazioni e riletture finali

⁶⁸ F. LANCHESTER, *Gli strumenti della democrazia. Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 177.

⁶⁹ V. però i dubbi espressi alle note nn. 41 e 62.

Il 28 settembre le elezioni regionali valdostane si sono svolte con la tripla preferenza. È presto per sapere se, magari su impulso di forze politiche, ci saranno ricorsi al TAR di Aosta per far annullare il voto; l'eventuale accoglimento, in base ai precedenti citati⁷⁰, porterebbe a ripetere la procedura con le nuove norme⁷¹ (ove non fossero indubbiamente e dichiarate illegittime), che a quel punto però sarebbero prevedibili per tutti. Sarebbe stato comunque opportuno evitare tale situazione, col rischio di un altro processo e di un eventuale ulteriore voto in un clima teso.

Di certo è insostenibile la tendenza a mutare, a livello statale e regionale, le norme elettorali poco prima del voto, dando l'impressione che la modifica sia a favore, se non di chi governa/amministra (specie per disposizioni approvate, come qui, a stretta maggioranza), di chi è già presente nelle assemblee; vari interventi *in limine temporis* hanno favorito la presentazione di candidature, ma resta il valore della certezza del diritto elettorale, perché le regole siano prevedibili per tutti.

In tale prospettiva, potrebbe rileggersi il procedimento elettorale secondo la sua peculiarità "concorsuale": le norme sulla competizione non dovrebbero mutare dopo l'inizio di essa (col decreto d'indizione), ma forse già quando i tempi per preparare le candidature (con la raccolta firme) fossero maturi. Si opterebbe così per il principio *tempus regit actionem*, tipico delle procedure concorsuali: il nuovo principio non darebbe spazio allo *ius superveniens*, ma si potrebbe fare eccezione per norme favorevoli «in quanto tali – e, beninteso, purché tali» (Corte cost., sent. n. 48/2021) che risultassero opportune o necessarie in base alle circostanze. Del resto, non sarebbe parso un *vulnus* al principio generale *tempus regit actum* il prendere atto delle peculiari condizioni in cui si era arrivati alla l.r. n. 27/2025, traendone opportune conseguenze (forse doverose ove si fossero aggravati con gli stessi tempi gli oneri per presentare le liste).

⁷⁰ V. TAR Catania, sez. IV, 30 gennaio - 7 febbraio 2014, n. 437: «l'aspirazione del ricorrente a una nuova *chance* di essere eletto passerebbe dalla riedizione della competizione regolata, in ogni caso, dalla nuova disciplina».

⁷¹ Lo nota anche N.P. ALESSI, *Le complesse vicende elettorali valdostane*, cit., p. 5: «la sola maniera di offrire una tutela» alla posizione dei ricorrenti «che chiedeva, a torto o a ragione, l'applicazione della legge previgente» sembrava passare tramite quel ricorso.

Infine, non pare fuori luogo proporre a chi guarda al procedimento elettorale in chiave giuridica di tenere conto di più delle posizioni di chi partecipa alle elezioni dal lato passivo. I candidati potrebbero ricevere tutela al di là del ricorso contro gli atti lesivi dei loro diritti o nelle ipotesi già affidate al giudice ordinario (ineleggibilità, incompatibilità, decadenza), ammettendo un maggior uso dell'azione d'accertamento dell'integrità del diritto di elettorato passivo. Meritano però più attenzione anche i soggetti interessati a presentare candidature, come i partiti o i gruppi organizzati: piaccia o no, questi hanno un ruolo di primo piano nelle procedure elettorali e compiono le loro scelte tenendo conto di tutte le norme vigenti. L'interesse o l'aspettativa di massimizzare i risultati in una competizione non possono divenire un fine da attuare con strumenti normativi; forse però non giova guardare alle elezioni "teoriche", come procedure in cui tutelare i diritti (e gli interessi) dell'elettore e – quasi in subordine – i diritti dei singoli candidati, senza considerare pure la posizione delle forze politiche/civiche che presentano e decidono le candidature e, come tali, sono portatrici di esigenze e criticità da valutare nel bilanciamento dei diritti e degli interessi.

La proposta riguarda, più che la scrittura delle disposizioni (su cui partiti e gruppi politici incidono, a volte fin troppo), l'applicazione delle norme in sede di scrutinio o di contenzioso e, in generale, lo studio della materia elettorale sul piano giuridico, per renderlo più attento alla realtà in divenire.

L'era dei neurodiritti: il ruolo del giurista

di

Elisa Colletti*

Indagare il rapporto tra i paradigmi del diritto e quelli delle neuroscienze, come il presente contributo proverà a fare, è questione ostica ma, come si dirà, quanto mai necessaria, specie in considerazione della diffusa percezione di un potenziale critico delle nuove tecnologie in questione: le cd. neurotecnologie. Ed infatti, nonostante secondo alcuni – ed è probabilmente vero, ma ancora per poco – le neuroscienze non siano in grado allo stato attuale di apportare mutamenti sostanziali a diritti di libertà e a questioni di coscienza¹, si pone con sempre maggiore forza l'ipotesi di reazione di un nuovo catalogo di diritti volto alla maggiore tutela dell'individuo avverso le tecnologie suddette: i cd. neurodiritti.

Ma andiamo con ordine.

*Docente a contratto di Diritto Privato presso l'Università di Palermo.

¹ M. DE CARO, A. LAVAZZA, *La libertà nell'era della scienza*, in *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, a cura di M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI, Torino, 2019, p. VII s.; U. RUFFOLO, *L'Intelligenza artificiale in sanità: dispositivi medici, responsabilità e "potenziamento"*, in *La responsabilità medica*, a cura di E. GABRIELLI, U. RUFFOLO, 2021, p. 508; F. CIRILLO, *Neurodiritti: ambiguità della "libertà cognitiva" e prospettive di tutela*, in *Consulta online*, 2/2023, p. 666-704; M.R. ALLEGRI, *Costituzionalizzare i neurodiritti?*, in *AIC*, n. 5/2023, passim; A. SIMONCINI, *Algoritmo incostituzionale intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019, p. 63 s.; P. STANZIONE, *Privacy e neurodiritti. La persona al tempo delle neuroscienze*, in *Atti del Convegno - 28 gennaio 2021 del GDPR*, p. 10 s.; M. IENCA, *Neurodiritti, quali nuove tutele per la sfera mentale: tutti i nodi etico-giuridici*, in *Network Agenda Digitale*, 18 marzo 2021; L. TAFARO, *Neuroscienze e diritto civile: nuove prospettive*, in *BiLaw Journal*, 3, 2017, p. 251-272; M. LINDSTROM, *Neuromarketing, Attività cerebrale e comportamenti d'acquisto*, Milano, 2009, passim; M. IENCA, *Intelligenza? Per un'unione di intelligenza naturale e artificiale*, Rosenberg & Sellier, 2019.

Le neurotecnologie, definite da Oliver Müller e Stefan Rotter “l’insieme di metodi e strumenti che consentono una connessione diretta di componenti tecniche con il sistema nervoso”², sono tecniche di vario genere connesse da un unico elemento comune: l’incidenza sui dati neurali.

Sono strumenti legati all’uso dell’IA, ma non solo: si pensi ad esempio ai neurofarmaci utilizzati per il miglioramento dell’attenzione e delle funzioni cognitive in generale, o per l’alterazione del ritmo sonno-veglia³.

I progetti neurotecnologici in fase di attivazione sono i più svariati: dai dispositivi classici come l’elettroencefalogramma, la risonanza magnetica funzionale, gli elettrodi per la stimolazione cerebrale profonda, i dispositivi per la stimolazione magnetica transcranica⁴, quelli utilizzati in ambito optogenetico per la regolazione dell’attività neurale⁵, a quelli di più recente programmazione, come le note BCI, interfacce cervello-macchina multifunzionali, utilizzate sia in ambito clinico⁶ che altrove; si pensi, ad esempio, al controllo dello smartphone tramite la mente⁷. Inoltre, vi sono i progetti relativi all’*imaging* celebrale (es. il cd. *brain imaging* e *brain monitoring*), i quali mirano ad offrire una visione del funzionamento del cervello, con possibilità di inferenza sugli stati mentali, sui pensieri e sui processi cognitivi ed emotivi⁸. Addirittura, esistono prospettive di neuropotenziamento tramite

² O. MÜLLER, S. ROTTER, *Neurotechnology: Current Developments and Ethical Issues*, in *Front. Syst. Neurosci.*, 11/2017, p. 93.

³ A.C. AMATO MANGIAMELLI, *Tecno-diritto e tecno-regolazione. Spunti di riflessione*, in *Riv. fil. dir.*, 2017, p. 87 s.

⁴ C. H. KELLNER (a cura di), *Brain Stimulation in Psychiatry: ECT, DBS, TMS and Other Modalities*, Cambridge, 2012. Più recentemente, S. LIU, et al., *Role of Neuromodulation and Optogenetic Manipulation in Pain Treatment*, in *Current Neuropharmacology*, n. 6, 2016, p. 654 s.

⁵ J. G. GRAJALES-REYES, B. A. COPITS, F. LIE, et al., *Surgical Implantation of Wireless, Battery-Free Optoelectronic Epidural Implants for Optogenetic Manipulation of Spinal Cord Circuits in Mice*, in *Nature Protocols*, n. 16, 2021, p. 3072 s.

⁶ L. DREW, *The brain-reading devices helping paralysed people to move, talk and touch*, in *Nature*, 604/2022, p. 416.

⁷ O. FRIEDRICH e A. WOLKENSTEIN, *Clinical Neurotechnology meets Artificial Intelligence: Philosophical, Ethical, Legal and Social Implications*, in *Springer Nature Switzerland AG*, 2021, passim.

⁸ P. ROOT WOLPE, *Neuroprivacy and Cognitive Liberty*, in *The Routledge Handbook of Neuroethics*, a cura di L. S. M. JOHNSON, K. S. ROMMELFANGER, New York-Abingdon, 2018, p. 214 s.

ingegneria reprogenetica, che mirerebbe ad intervenire sul genoma per operare un potenziamento fisico e cognitivo dell'individuo, e addirittura morale⁹.

Tra i progetti neurotecnologici più ambiziosi vi è quello di Elon Musk, denominato *Neuralink*, che consiste nell'installazione nel cervello di chip che consentiranno di contenere gli effetti delle patologie neurodegenerative e di potenziare le capacità cognitive, nonché di "scaricare" i propri ricordi su un supporto digitale, decidendo se mantenerli, cancellarli, o addirittura amplificarli¹⁰. Si tratta, dunque, di progetti che mirano a combattere la patologia, ma anche a potenziare la fisiologia, con tutto ciò che ne consegue a livello di individuazione del limite di ammissibilità etica, giuridica e sociale dell'attività in questione¹¹. Inoltre, se la tecnologia è in grado di modificare i processi neurali, si prospettano problemi giuridici relativi alla libertà cognitiva dell'individuo che li subisce, e di conseguenza del suo diritto di autodeterminazione. Si pone, allora, il problema di dover individuare, di ogni intervento incidente sui processi cognitivi, la sua legittimità, nonché di evitare derive riduzionistiche dell'individuo a elemento di un cluster tecnologico, o fenomeni – fortunatamente ancora distopici – di hackeraggio del cervello umano¹².

⁹ Si tratta della possibilità di indurre cambiamenti morali significativi sull'individuo, orientati a un miglioramento morale dell'agente. Cfr. sul punto B. D. EARP, T. DOUGLAS, J. SAVULESCU, *Moral Neuroenhancement*, e A. CHATTERJEE, *Cosmetic Neurology and the Ethics of Enhancement*, entrambi in *The Routledge Handbook of Neuroethics*, cit., p. 166 s. e p. 121 s.; E. GLADYS, S. RODRIGUEZ, *Artificial intelligence vs. personal and human identity. some ethical-legal reflections*, in *LEX Journal of the Faculty of Law and Political Science Revista de la Facultad de Derecho Ciencia Política*, 32, 2023, p. 57 s. Critici sull'applicazione di tali pratiche J. RUEDA, J. PUGH, J. SAVULESCU, *The Morally Disruptive Future of Reproductive Enhancement Technologies*, in *Trends in Biotechnology*, n. 5, 2023, p. 592.

¹⁰ Nell'ambito degli studi sulla memoria cfr. C. H. POON, Y.-S. CHAN, M. L. FUNG, L. W. LIM, *Memory and Neuromodulation: A Perspective of DNA Methylation*, in *Neuroscience & Biobehavioral Reviews*, n. 111, 2020, p. 57 ss.; L. R. TAXIER, K. S. GROSS, K. M. FRICK, *Oestradiol As a Neuromodulator of Learning and Memory*, in *Nature Reviews Neuroscience*, n. 211, 2020, p. 535 s.

¹¹ Sia consentito il riferimento a E. COLLETTI, *L'avvento del transumanesimo e la ridefinizione dei confini del reale: un'analisi giuridica*, in *Persona e Mercato*, 2025, passim; E. POSTINO SOLANA, *Transumanesimo e postumano, principi teorici*, in *Medicina e morale*, 2009, II, p. 267-282; G. SAMEK LUDOVICI, *Transumanesimo, immortalità, felicità*, in *Etica e politica*, 2018, XX, p. 517-538; R. PEPPERREL, *The posthuman condition, consciousness beyond the brain*, Intellect Books, Portland, 2003, p. 170; L. LO SAPIO, *Human enhancement technologies. Verso nuovi modelli antropologici*, in *Etiche*, 2013, p. 141 s.; U. RUFFOLO, A. AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e diritti della persona: le frontiere del "transumanesimo"*, in *Giur. It.*, 2019, p. 1658 s.

¹² P. STANZIONE, *Neurodiritti, la libertà e i confini della scienza*, intervento a *Corriere della Sera*, 2021, <https://www.garanteprivacy.it:443/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9527386>.

Ne verrebbe meno, come ovvio, la tutela dei diritti umani: nessun diritto di libertà potrebbe più dirsi tale se condizionato dalle neurotecnologie¹³.

È per tali ragioni che la dottrina ha cominciato ad interrogarsi circa le possibili soluzioni di regolamentazione del fenomeno in atto.

Il focus della questione è quello della scelta tra due possibili vie metodologiche di risoluzione – o almeno di contenimento – del problema: la prima, che vede nell'elaborazione di nuovi diritti umani la chiave per la tutela dell'individuo in questa nuova fase di sviluppo ipertecnologico; la seconda, che ritiene invece non soltanto inutile, ma addirittura dannosa la creazione di nuove prerogative giuridiche, le quali inciderebbero, inflazionandoli¹⁴, sulla stessa tenuta dei diritti umani. La strada da percorrere, dunque, dovrebbe al contrario essere quella dell'interpretazione evolutiva del catalogo di diritti già esistente.

A favore della prima teoria, c'è chi ritiene che se l'*habeas corpus*¹⁵, fondamento dello Stato di diritto, protegge la corporeità della persona dal pericolo di atti coercitivi, e l'*habeas data* ha a sua volta costituito il baluardo della tutela della persona nella società dell'informazione, allo stesso modo l'*habeas mentem* dovrebbe oggi garantire l'introduzione di nuovi diritti, i cd. neurodiritti¹⁶. A favore del riconoscimento dell'integrità della dimensione psichica ed emozionale come bene giuridico meritevole di tutela, forse finanche di tutela costituzionale¹⁷, si potrebbe sostenere

¹³ P. STANZIONE, *Privacy e neurodiritti. La persona al tempo delle neuroscienze*, cit., p. 12. Già se ne discute in materia di neuromarketing, G. GUIDA, *Affrontare il potere della neurotecnologia: il neuromarketing tra azzardo morale, impatti sulla personalità dell'utente e tutela dei neurodiritti*, in *Eur. J. of priv. Law and Tech.*, 2024, pp. 1-37.

¹⁴ G. BELLISARIO, *Neurodiritti: nuovi diritti o diritti già esistenti?*, in *Federalismi*, 6, 2024, p. 86.

¹⁵ S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, cit., p. 217; M.A. SENOR, *Il corpo digitale: natura, informazione, merce*, Giappichelli, Torino, 2011. Di *habeas corpus* e *habeas data* ne discute anche C. BLENGINO, *Dall'habeas corpus all'habeas data*, in *Luoghi comuni*, 2, 2019, passim.

¹⁶ P. STANZIONE, *Privacy e neurodiritti. La persona al tempo delle neuroscienze*, p. 16; O. POLLICINO, M. IENCA, *Serve un habeas corpus dei neurodiritti*, in *Corriere della sera*, 26 febbraio 2021; M. IENCA, *Tra cervelli e macchine: riflessioni su neurotecnologie e su neurodiritti*, in *Notizie di Politeia*, 133/2019, pp. 52-62.

¹⁷ In effetti, il diritto dell'internet è finora rimasto fuori dalla dimensione costituzionale, forse in ragione della circostanza che lo stesso è stato preso in mano dal diritto sovranazionale, o ancora per una certa ritrosia ad introdurre in Costituzione qualcosa di estremamente mutevole come il diritto connesso all'evoluzione tecnologica. Cfr. O. POLLICINO, *Costituzionalismo, privacy e*

che le interpretazioni evolutive, estensive o addirittura creative delle norme già esistenti potrebbero comunque rappresentare un argine troppo debole contro la manipolazione psicologica. Se così dovesse essere, il rischio di deriva della tutela dei diritti fondamentali sarebbe inimmaginabile¹⁸.

I diritti in questione sarebbero i seguenti¹⁹:

- diritto alla privacy mentale²⁰, ovvero la declinazione del diritto alla privacy che tutela il dato neurale utilizzato per condurre delle predizioni inferenziali degli stati mentali della persona;
- diritto alla libertà cognitiva²¹, ovvero la libertà dell'individuo di prendere decisioni libere da qualsiasi condizionamento neurocognitivo, così come la libertà – negativa – da qualsiasi influsso esterno non autorizzato nel dominio neurocognitivo dell'individuo;
- diritto all'integrità mentale²², ovvero diritto alla prevenzione rispetto a scenari di “*brain hacking*”, ovvero di manipolazione non consenziente dell'attività neurale della persona;

neurodiritti, in *MediaLaws*, 2/2021, p. 9-17; M.A. ALLEGRI, *Costituzionalizzare i neurodiritti?*, in *AIC*, 5, 2023, passim.

¹⁸ R. YUSTE, S. GOERING *et al.*, *Four Ethical Priorities for Neurotechnologies and AI*, in *Nature*, n. 551, 2017, p. 159 s.; L. PALAZZANI, *Dalla bio-etica alla tecno-etica: nuove sfide al diritto*, Torino, 2017, p. 333 s.; S. GOERING *et al.*, *Recommendations for Responsible Development and Application of Neurotechnologies*, in *Neuroethics*, n. 14, 2021, passim.

¹⁹ M. IENCA, R. ANDORNO, *Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology*, in *Life Sciences, Society and Policy*, n. 13 del 2017, p. 1 s.

²⁰ Ne discutono ampiamente M. IENCA, *Neurodiritti, quali nuove tutele per la sfera mentale: tutti i nodi etico-giuridici*, cit., passim; Id., *Neurodiritti: storia di un concetto*, cit., passim.; G. GULOTTA, M. CAPONI BELTRAMO, *Neurodiritti: tra tutela e responsabilità*, in *Sistema penale*, 2021, passim; M. D'ANGELOSANTE, *Accelerare la Nottola di Minerva? IA, diritto e (neuro-)diritti*, in *federalismi*, 6, 2024, p. 94; G. COLLECCHIA, *Neurotecnologie e neurodiritti digitali: la privacy mentale*, in *Recenti progressi in medicina*, 112.5, 2021, p. 343; A. DEL PIZZO, *L'Informazione Neurale Accessibile e la Crisi dei Principi Di Diritto Democratici*, in *i-lex*, 17.2, 2024, pp. 11-22; F. DI TANO, *Neurodiritti e dati neurali verso una tutela giuridica*, in *Labour & Law Issues*, 11.1, 2025, p.1.

²¹ F. CIRILLO, *Ambiguità della “libertà cognitiva” e prospettive di tutela*, cit., p. 666 s.; P. SOMMAGGIO, *La tutela della integrità mentale tra proprietà, beni comuni e libertà cognitiva*, in *Sociologia del Diritto*, 1, 2022, passim.

²² M. IENCA, *Common Human Rights Challenges Raised by Different Applications of Neurotechnologies in the Biomedical Field*, Report commissionato dal Comitato di Bioetica del Consiglio d'Europa, ottobre 2021; F. CIRILLO, *Ambiguità della “libertà cognitiva” e prospettive di tutela*, cit., p. 667; P. SOMMAGGIO, *La tutela della integrità mentale tra proprietà, beni comuni e libertà cognitiva*, cit., passim; S. FUSELLI, *Neurotecnologie e tutela dell'integrità psichica. Profili filosofico giuridici di un mutamento in atto*, in *Journal of Ethics and Legal Technologies*, 2(1), 2020, p. 3; A. NISCO, *Le*

- diritto alla continuità psicologica, ovvero il diritto a preservare la propria identità personale²³ e la continuità degli stati mentali da alterazioni esterne non autorizzate.

Esisterebbe poi, secondo alcuni, una terza via: la psiche rappresenterebbe un foro privato dell'individuo, inidoneo a formare oggetto di una disciplina giuridica, stante che in caso contrario si verrebbe a creare una limitazione della libertà morale impossibile da giustificare²⁴.

Infine, c'è chi ritiene che la questione sia risolvibile regolamentando un solo neurodiritto, quello all'integrità mentale, ovvero *"la padronanza da parte dell'individuo dei propri stati mentali e dei propri dati cerebrali in modo che, senza il suo consenso, nessuno possa leggere, diffondere, ovvero alterare tali stati e dati in modo da condizionare in qualsiasi modo l'individuo"*²⁵, e chi sostiene – sulla stessa linea – che tutti i nuovi neurodiritti si riferiscano a un unico *nomen*: la neuroprivacy²⁶, la quale recherebbe seco il vantaggio di evitare la moltiplicazione dei diritti, blindando lo spazio inviolabile della persona contro qualsiasi ingerenza indebita.

Ebbene, la questione dell'introduzione di nuovi diritti umani è facile a dirsi, ma difficile a farsi. In primo luogo perché esistono già diversi diritti che garantiscono la tutela di quelli che si pretende di introdurre. Con riferimento all'integrità mentale²⁷, ad esempio, si guardi all'art. 3 e 8 CEDU, all'art. 7,9 e 17 della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, all'art. 3 della Carta di Nizza;

neurotecnologie assistite dall'intelligenza artificiale nell'ottica del diritto penale, in *Legislazione penale*, 2024, p. 6

²³ L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993, passim.

²⁴ M. D'ANGELOSANTE, *Accelerare la Nottola di Minerva?*, cit., p. 88 s.

²⁵ A. LAVAZZA, *Freedom of Thought and Mental Integrity: The Moral Requirements for Any Neural Prosthesis*, in *Front. Neurosc.*, 12/2018

²⁶ F. CIRILLO, *Ambiguità della "libertà cognitiva" e prospettive di tutela*, cit., p. 701; S. TROZZI, *Il principio della finalità del trattamento dei dati personali alla prova dei recenti sviluppi in tema di intelligenza artificiale: il caso ChatGPT e la neuroprivacy*, in *Federalismi*, n. 1/2024; L. BOLOGNINI, *Mordi la mela? Privacy come diritto del Sè nell'era dell'Intelligenza Artificiale e dell'Augmented Reality*, in *Psiche*, n. 2/2019, p. 501 s. J. SEARLE, *La riscoperta della mente* (1992), trad. it. di S. Ravaioli, Torino, 1994.

²⁷ C. BUBLITZ, *The nascent right to psychological integrity and mental self-determination*, in *The Cambridge Handbook of New Human Rights: Recognition, Novelty, Rhetoric*, a cura di A. VON ARNAULD, K. VON DER DECKEN, M. SUSI. Cambridge University Press; 2020, p. 397.

con riguardo alla *mental privacy*²⁸ si prenda invece in considerazione l'art. 12 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, la quale prevede che “nessuno potrà essere soggetto a interferenze arbitrarie nella sua privacy, famiglia, casa o corrispondenza, né ad attacchi al suo onore e alla sua reputazione. Ogni individuo ha diritto alla protezione della legge contro tali interferenze o attacchi”; in relazione al diritto alla continuità psicologica si guardi alle norme che tutelano l'identità personale, sia in ambito sovranazionale che nazionale; ed infine con riferimento alla libertà cognitiva si considerino le norme che tutelano la libertà di espressione (art. 10 CEDU, 19 Convenzione internazionale sui diritti civili e politici) e la libertà di pensiero (art. 9 CEDU, art. 18 Convenzione internazionale sui diritti civili e politici).

Nonostante il ruolo svolto in tale ambito dalla Neurorights Foundation²⁹, e con buona pace dei filoni di pensiero³⁰ che sostengono la bontà di progetti quali l'introduzione di una “Dichiarazione Universale su Neuroscienze e Diritti Umani” volti ad adottare principi giuridici e valori condivisi a livello internazionale³¹, va detto che l'ampliamento del novero dei diritti umani potrebbe condurre ad un indebolimento dei medesimi, che rischierebbero di trasformarsi in “simboli e in vuota retorica”³². La logica sottesa a tale ragionamento è quella secondo cui più aumenta il numero di diritti tutelati, più viene meno il loro valore, e di conseguenza si indebolisce la loro tutela³³. Inoltre, si pone il noto problema della

²⁸ S. LIGTHART, T. DOUGLAS, C. BUBLITZ *et al.*, *Forensic brain-reading and mental privacy in european human rights law: Foundations and challenges*, in *Neuroethics*, 2021, p. 191-203. Gli autori si oppongono fermamente all'introduzione di un nuovo diritto alla privacy mentale, adducendo quale ragione fondativa la circostanza che la giurisprudenza della Corte EDU sull'art. 8 CEDU fornisce una protezione sufficiente o può essere ulteriormente sviluppata.

²⁹ Cfr. il sito dell'iniziativa: <https://neurorightsfoundation.org/mission>.

³⁰ E. M. CARBONELL, *The Regulation of Neuro-Rights*, in *European Review of Digital Administration & Law*, n. 2/2021 e N. HERTZ, *Neurorights – Do we Need New Human Rights? A Reconsideration of the Right to Freedom of Thought*, in *Neuroethics*, 16/2023, *passim*.

³¹ F.G. PIZZETTI, *Brain- Computer Interfaces and the Protection of the Fundamental Rights of the Vulnerable Persons*, in *Neuroscience and Law*, 2021, p. 291 s.

³² M. D'ANGELOSANTE, *Accelerare la Nottola di Minerva*, *cit.*, *passim*. Cfr. anche lo studio di J.T. THEILEN, *The inflation of human rights: A deconstruction*, in *Leiden Journal of International Law*, 34/2021, pp. 831–854 sul fenomeno inflattivo dei diritti umani.

³³ G. JANNEKE, *The scope of ECHR rights and institutional concerns: the relationship between proliferation of rights and the case load of the ECtHR*, in *Shaping Rights in the ECHR*, a cura di E. BREMS E G. JANNEKE, Cambridge University Press, pp. 84–107.

cd. *overregulation*³⁴: cosa accadrebbe, ad esempio, se la protezione alla privacy mentale finisse per ostacolare la legittima applicazione degli interessi pubblici, o ancora l'amministrazione della giustizia³⁵? Manca, infine, un dibattito scientifico sul punto, e ciò anche in ragione dell'urgenza che la proposta degli autori italiani portatori dell'iniziativa, nonché della menzionata Neurorights Foundation, sembra recare seco. Al contrario, la chiave di volta della questione – come di tutte le altre – non può che derivare da un attento approfondimento dottrinario, dal quale evincere l'eventuale necessità di un intervento legislativo.

L'idea, tuttavia, pare non essere pienamente condivisa in ambito nazionale ed internazionale.

Ed infatti, il 22 ottobre 2020 l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha adottato la Risoluzione n. 2344, riferita specificamente ai sistemi BCI (cd. *brain-computer interfaces*), cioè quei sistemi in grado di creare «*a fully symbiotic connection between the human brain and digital computing systems*», il che comporterebbe un «*profound violation of individual privacy and dignity, with the potential to subvert free will and breach the ultimate refuge of human freedom – the mind*».

Altrettanto il Parlamento europeo, nella sua Risoluzione del 20 ottobre 2020 relativa agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale ha sottolineato, fra le varie cose, la necessità di evitare qualsiasi impiego dell'AI «*che potrebbe comportare un'inammissibile coercizione diretta o indiretta, minacciare di compromettere l'autonomia psicologica e la salute mentale o portare a una sorveglianza ingiustificata, a inganni o a inammissibili manipolazioni*»³⁶, e nella Risoluzione del 3 maggio 2022 sull'intelligenza artificiale in un'era digitale³⁷, ha evidenziato i rischi di questo tipo di manipolazioni per la tenuta dei sistemi democratici. Inoltre, il “considerando” n. 16 della proposta

³⁴ O. POLLICINO, *Costituzionalismo, privacy e neurodiritti*, cit., p. 10; G. BELLISARIO, *Neurodiritti: nuovi diritti o diritti già esistenti?*, in *Federalismi*, 6, 2024, p. 86.

³⁵ M. D'ANGELOSANTE, *Accelerare la Nottola di Minerva*, cit., p. 100.

³⁶ Relazione recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate, 2020/2012(INL), par. 29.

³⁷ Risoluzione del Parlamento europeo del 3 maggio 2022 sull'intelligenza artificiale in un'era digitale (2020/2266(INI)).

di Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale³⁸ rammenta di «vietare l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di determinati sistemi di IA intesi a distorcere il comportamento umano e che possono provocare danni fisici o psicologici», tanto che tra le pratiche di IA vietate, indicate all'art. 5 della medesima proposta di Regolamento, l'Unione indica «l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che utilizza tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole al fine di distorcerne materialmente il comportamento in un modo che provochi o possa provocare a tale persona o a un'altra persona un danno fisico o psicologico». Infine, il considerando" n. 70, è riservato ai sistemi di IA destinati all'interazione con persone fisiche, che possano comportare rischi specifici di impersonificazione; il rimedio, in questo caso, è sancito dall'art. 52 par. 2 – ed è quello della trasparenza: le persone che interagiscono con sistemi progettati per il riconoscimento delle emozioni dovrebbero dunque riceverne apposita notifica ed esserne in tal modo edotte. Infine, il Comitato Internazionale di Bioetica dell'UNESCO, nel suo rapporto sulle questioni etiche delle neurotecnologie, del 15 dicembre 2021, ha delineato diverse opzioni per riconoscere e proteggere i neurodiritti: “a) Aggiungere protocolli ai trattati internazionali, come la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, per affrontare le sfide poste dalle neurotecnologie. b) Rafforzare la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, considerando che la neurotecnologia sfida i diritti umani esistenti e che saranno necessarie nuove garanzie in base alle possibilità di violazione. c) Preparare una nuova Dichiarazione universale dei diritti umani e delle neurotecnologie”³⁹.

In aggiunta, a livello statale, si menziona il noto caso del progetto di legge del Parlamento cileno⁴⁰ *sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental, y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías*, nonché l'emendamento dell'art.

³⁸ Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione, COM(2021) 206 final del 21 aprile 2021.

³⁹ R. DE ASIS, *Sobre la propuesta de los neuroderechos*, in *Derechos y Libertades: Revista De Filosofía Del Derecho Y Derechos Humanos*, n. 47/2022, p. 61.

⁴⁰ Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Girardi, señora Goic, y señores Chahuán, Coloma y De Urresti, sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental, y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías, boletín 13.828-19.

194¹ della Costituzione Cilen. La previsione legislativa in questione vieta l'interferenza neurotecnologica che danneggia la continuità psicologica e psichica della persona, l'identità personale, l'autonomia della volontà e della capacità di assumere decisioni liberamente, la protezione del sostrato mentale dell'identità personale (art. 4), elevando altresì i dati neurali a speciale categoria di dati sanitari (art. 6), assoggettando la loro diffusione e trasmissione alla normativa sul trapianto di organi (art. 7), promuovendo l'accesso equitativo ai progressi delle neuroscienze e delle neurotecnologie (art. 10). Altro esempio simile è la *Carta de Derechos Digitales*⁴² del Governo Spagnolo, la quale definisce i *Derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías*, proponendo di fatto i medesimi obiettivi dei legislatori cileni. Vale la pena inoltre di menzionare la recente – ottobre 2023 - Dichiarazione di Leon on European Neurotechnology⁴³, con la quale gli Stati membri firmatari si impegnano a rafforzare la competitività dell'Unione Europea in ambito neurotecnologico, e chiedono azioni per incoraggiare la cooperazione pubblico-privato per lo sviluppo di neurotecnologie orientate ai diritti – la dichiarazione mira altresì a coltivare un ecosistema dinamico che consenta di colmare il divario tra ricerca, innovazione e mercato, a considerare misure di accompagnamento e investimento nelle neurotecnologie attraverso incubatori e acceleratori di neurotecnologie nell'UE, nonché attraverso

⁴¹ Articolo successivamente riformato, in quanto nel 2022 il nuovo progetto di Costituzione fu però respinto con il 62% dei voti contrari. Antecedentemente l'art. 19 riconosceva un ampio «*respeto a la vida y a la integridad física y psíquica*», e successivamente è stata introdotta un'esplicita riserva: infatti, quanto allo sviluppo scientifico e tecnologico, «*a ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella*». Su cui P. LOPEZ SILVA, R. MADRID, *Acerca de la protección constitucional de los neuroderechos: la innovación chilena*, in *Prudentia Iuris*, n. 94/2022, 39 ss. così conclude “*De este modo, se podría decir que los neuroderechos –al menos en Chile– son subsumibles en las garantías fundamentales que ya existen, y no requieren, por tanto, de una modificación constitucional como la propuesta*”.

⁴² Ci si riferisce al Documento Para Consulta Pública Carta de Derechos Digitales, consultabile al sito https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/SEDIACartaDerechosDigitales.pdf.

⁴³ La Dichiarazione di Leon on European Neurotechnology, 2023, è consultabile al seguente indirizzo: <https://spanishpresidency.council.europa.eu/media/04rh53jr/le%C3%B3n-declaration.pdf>. Ne discute anche B. CALDERINI, *Etica della neurotecnologia: difendere la privacy della mente*, in *Agenda Digitale*, 2024, consultabile online.

investimenti in capitale di rischio o fondi di garanzia nelle fasi di avviamento e crescita, a facilitare le discussioni specializzate tra esperti di alto livello e valutare il grado in cui i quadri normativi e politici esistenti, comprese le proposte legislative di prossima adozione, salvaguardano i diritti individuali e collettivi nel contesto delle neurotecnologie, a promuovere il dialogo con la Commissione europea e tra gli Stati membri in vista delle discussioni internazionali su importanti questioni di interesse comune nelle neurotecnologie, a costringere gli innovatori europei della neurotecnologia a essere consapevoli e ad aderire a un approccio incentrato sull'uomo e orientato ai diritti fin dalla progettazione e per impostazione predefinita nello sviluppo dei loro prodotti, a informare e coinvolgere attivamente il pubblico nel dibattito sulle opportunità e sui rischi della neurotecnologia, ad esempio conducendo consultazioni pubbliche, a creare un ecosistema affidabile, trasparente e responsabile affinché i cittadini dell'UE possano utilizzare la neurotecnologia, a collaborare con gli organismi di standardizzazione per esplorare la necessità di creare standard per le neurotecnologie, compresi standard di sicurezza informatica con particolare attenzione al rispetto dei diritti umani. Anche il Brasile ha annunciato la predisposizione di un disegno di legge che dovrebbe, se approvato, modificare l'art. 5 della Costituzione brasiliana per proteggere l'attività e i dati cerebrali; lo stato brasiliano del Rio Grande Do Sul ha inoltre ufficialmente incorporato i neurodiritti nella sua Costituzione. Sulla stessa linea di intervento, il Comitato Giudiziario Interamericano dell'OAS ha approvato la Dichiarazione dei Principi Interamericani dei Neurodiritti, e il Parlamento messicano ha modificato l'art. 4 della Costituzione, volto a tutelare i dati neurali; ha contemporaneamente incorporato i neurodiritti nella Carta messicana dei diritti digitali⁴⁴. Parimenti, in

⁴⁴ Con riferimento al Messico, si veda l'iniziativa promossa alla Cámara de Diputados dalla deputata federale M.H. HERNÁNDEZ PÉREZ, *Iniciativa con proyecto de decreto por la que se adiciona un noveno parrafo y se recorren los subsecuentes del artículo 4º; de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*, 2023, consultabile al link: https://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2023/08/asun_4588906_20230808_1690903141.pdf. Quanto all'approccio adottato dal Brasile si legga <https://neurorightsfoundation.org/brazil>. In commento anche B. CALDERINI, *Etica della neurotecnologia*, cit., passim.

Ecuador⁴⁵ è stato presentato un progetto di legge in ambito di neuroprotezione ed applicazione etica delle neurotecnologie, volta a garantire la tutela dei diritti contro l'abuso delle neurotecnologie, con l'obiettivo di preservare la dignità umana dallo sviluppo di sistemi invasivi, nonché l'integrità fisica e mentale dell'individuo, la tutela della sua privacy mentale, il suo diritto di autodeterminazione, il diritto all'accesso non discriminatorio alle neurotecnologie finalizzate all'incremento delle capacità psichiche, il diritto al controllo volontario sul funzionamento di dispositivi connessi al proprio cervello etc..⁴⁶. Da ultimo, il caso francese: il Ministero francese dell'Istruzione superiore e della scienza ha adottato la Carta per lo sviluppo responsabile delle neurotecnologie, che mira a promuovere lo sviluppo e l'uso responsabile delle neurotecnologie, per scopi medici e non, rafforzando la fiducia, e tutelando *"i pazienti e i consumatori contro usi potenzialmente abusivi e dannosi che comportano la perdita della libertà cognitiva o una violazione della riservatezza dei dati personali sul cervello raccolti"*⁴⁷.

Alcune considerazioni finali.

Il cervello è stato, finora, *"il limite invalicabile persino per il più coercitivo e totalitario dei poteri (...), proprio perché correlato neurale della coscienza. Ecco, quindi, che se la tecnica si spinge dove neppure il più pervasivo dei poteri statuali è potuto giungere, finisce con l'acquisire una potenza senza precedenti e con il superare il confine che nel pensiero greco separava l'ardire dalla hybris"*⁴⁸. Questa ricostruzione, semplice quanto illuminante, ci pone senza mezzi termini di fronte alla necessità di un intervento del giurista in ambito di applicazione ed utilizzo delle neurotecnologie. Come è stato giustamente osservato *"la vita contiene un'eccedenza che il riduzionismo scientifico non può comprendere; la biografia non coincide con la biologia. Ma la scienza, se guidata*

⁴⁵ Proyecto de Ley Orgánica de Neuroprotección y Aplicación Ética de las Neurotecnologías, 2 marzo 2023, (Cod. AN-2023-2590 / AN-OVJC-2023-0027-M).

⁴⁶ G. STRUIC, *The Regulation of Neurorights in National Legislation: What Should be Kept in Mind?*, in *British Journal of Philosophy Sociology and History*, 2018, 3(2):01-08.

⁴⁷ Si tratta della *Charte de développement responsable des neurotechnologies*, pubblicata il 17 novembre 2022 dal Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche.

⁴⁸ P. STANZIONE, *Privacy e neurodiritti*, cit. p. 10.

dal diritto e dall'etica, può, restituendo fisiologia nella patologia, rendere la vita più umana e persino più giusta"⁴⁹.

La questione è, peraltro, urgente. Siamo di fronte ad una *"nuova vulnerabilità dell'essere umano finora inesplorata: la conoscenza e il conseguente controllo dell'attività celebrale, per scopi non esclusivamente sanitari"*⁵⁰. Se vero è che il dato neurale esiste da tempo, e che l'uomo è già in grado di elaborarlo, è parimenti vero che solo oggi questa elaborazione si inizia a muovere su di un terreno diverso, che prevede l'utilizzo del dato in questione per scopi inferenziali e predittivi (es. dello stato di salute, ma anche dei comportamenti e degli stati di percezione della persona). Si tratta, in aggiunta, di dati riscrivibili: non è soltanto possibile leggere l'informazione, ma anche utilizzarla per modificare l'attività neurale tramite le già menzionate interfacce cervello-computer. Inoltre, la differenza rispetto al passato è che le neurotecnologie si muovono oggi su un terreno extra-clinico⁵¹, e puntano a scopi di *enhancement* più che ad obiettivi di cura. Il dato neurale *"viene immesso per la prima volta nel mare magnum dell'ecosistema digitale"*⁵², venendo così esposto ai rischi connessi con l'ambiente digitale stesso, come le analisi di *big data*, con il *data mining* e i *cyber attach*.

La questione giuridica che più di tutte sembra venire in rilievo è quella della preservazione dell'identità personale dell'individuo, ed è la prima volta che una questione del genere si pone all'attenzione dell'interprete con tanta forza. Si vuole, in altre parole, che l'attività celebrale umana non si confonda con quella della macchina, e che dunque il pensiero umano, sede della sua identità, coscienza e volontà, non coincida con l'attività dello strumento tecnologico⁵³.

⁴⁹ P. STANZIONE, *Privacy e neurodiritti*, cit. p. 17.

⁵⁰ M. DI SALVO, *La tutela dei diritti neuronali. Tecnologia e tutela dell'integrità della persona. La Corte Costituzionale del Cile sulla tutela dei diritti neuronali*, in *SalvisJuribus*, 2024.

⁵¹ Negli ultimi due anni, lo sviluppo delle neurotecnologie in ambiti diversi da quello sanitario si è decuplicato in termini di volume di investimento, di numero di compagnie e di dispositivi sviluppati in questo ambito. L'obiettivo futuro è quello delle *"personal neurotechnologies"*, ovvero di tecnologie ad uso personale.

⁵² M. IENCA, *Neurodiritti: storia di un concetto e scenari futuri*, in *Atti del Convegno - 28 gennaio 2021 del GDPR* p. 45.

⁵³ M D'ANGELOSANTE, *Accelerare la Nottola di Minerva?*, cit., p. 88 s.

Di fronte a tale situazione, cosa può il giurista? Ebbene, i più recenti sviluppi degli studi sul rapporto tra tecnologie e diritto riguardano le ricerche in ambito di *neurolaw*, ovvero l'emergente branca del diritto che si interroga sul possibile impiego delle neuroscienze da parte del diritto, in specie in ambito medico⁵⁴. Se dunque le neuroscienze consistono nelle discipline accomunate dall'impatto che le stesse hanno sul sistema nervoso, parimenti gli studi di *neurolaw* si occupano delle conseguenze giuridiche dell'evoluzione delle neuroscienze in ambito prima sociale e poi giuridico, con tutto ciò che ne deriva in campo di applicazione pratica degli strumenti tecnici che realizzano le attività di carattere neuroscientifico. È in tale contesto che il giurista odierno ha il compito di muoversi per individuare soluzioni tecniche utili al controllo e alla migliore utilizzazione del mezzo tecnologico. Nella scelta tra il riconoscimento di nuovi diritti, o la migliore interpretazione di quelli già esistenti, il giurista ha in primo luogo il dovere di agire su un piano di fattibilità, per evitare che soluzioni tecnicamente perfette dal punto di vista giuridico debbano poi scontare il limite di non essere praticabili da un punto di vista pratico, o addirittura di essere di intralcio per lo sviluppo tecnologico, circostanza questa che va in ogni modo evitata. L'obiettivo, in altre parole, è quello da un lato di minimizzare i rischi connessi alle neurotecnologie, e dall'altro di valorizzare le opportunità che le tecnologie menzionate promettono. È per tale motivo che si ritiene preferibile, in effetti, un approccio istituzionale e proattivo del diritto, che inizi ad intervenire prima del funzionamento del mezzo tecnologico, e già eventualmente in fase di sua progettazione⁵⁵. Scenario difficile – considerati i diversi sviluppi del diritto e della tecnologia, quest'ultima con tempi di reazione molto più immediati – ma necessario da realizzarsi. Come?

A modesto avviso di chi scrive - lo si è già specificato - non tramite l'introduzione di nuovi diritti, quanto piuttosto tramite la corretta interpretazione di quelli già esistenti. Al netto delle ragioni già addotte a sostegno di questa convinzione, chi scrive ritiene che manchi una dimostrazione dell'ipotesi di partenza, quella

⁵⁴ Cfr. per approfondimenti A.C. AMATO MANGIAMELI, *Tecno-diritto e tecno-regolazione*, cit., p. 87 s.

⁵⁵ M D'ANGELOSANTE, *Accelerare la Nottola di Minerva?*, cit., p. 105 s.

secondo la quale sarebbe necessario introdurre nuovi diritti perché i preesistenti non sarebbero in grado di adeguatamente tutelare l'individuo di fronte alle neurotecnologie. Tale circostanza, infatti, viene data per presupposta, e non è provata⁵⁶. Non è detto, infatti, che diritti nati in un'epoca in cui le neurotecnologie non erano ancora operanti siano inidonei a fornire supporto e tutela all'individuo che si trovi ad utilizzarle.

⁵⁶ G. FINOCCHIARO, *Intelligenza Artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giur. It.*, 7, 2019, p. 1676.

La salvaguardia della dimensione privata nell'epoca dell'“*always on*”: riflessioni sulle matrici normative del «diritto alla disconnessione»

di

Nicola, Pierpaolo Barbuzzi e Gino Fontana*

Sommario: - 1. Riflessioni introduttive. - 2. Dalla dematerializzazione del lavoro al modello *always on*: la genesi della disconnessione. - 3. Il lato oscuro del *remote working*: *workaholism*, *tecnostress* e *burnout* digitale. - 4. La disconnessione nel quadro normativo europeo. - 5. La via italiana in tema di disconnessione. - 6. Considerazioni conclusive.

1. Riflessioni introduttive

Dal 1958, anno in cui comparve per la prima volta l'espressione “Information Technology”¹, fino ai giorni nostri, è trascorso più di mezzo secolo, un arco temporale sufficientemente ampio da consentire di osservare una rapida e al tempo stesso capillare rivoluzione tecnologica, accompagnata da una progressiva e inarrestabile trasformazione digitale che ha inciso in profondità su molteplici dimensioni della vita sociale ed economica. In questo contesto, l'introduzione e la diffusione dei dispositivi tecnologici come strumenti ordinari di supporto e di organizzazione della prestazione lavorativa hanno favorito l'affermarsi di un

* Nicola, Pierpaolo Barbuzzi, docente a contratto di Diritti umani e sicurezza presso l'Universitas Mercatorum – Roma, PhD's, avvocato, autore dei paragrafi 1, 2 e 5 del presente scritto; Gino Fontana, docente a contratto di Diritto internazionale penale presso l'Istituto Teseo, avvocato, PhD, autore dei paragrafi 3,4,6 del presente scritto; l'abstract e la ricerca bibliografica sono stati realizzati da entrambi gli autori.

¹ Cfr. J.H. LEAVITT, T.L. WISHLER, *Management in the 1980's*, Harvard Business Review, 1958, v. 36, n. 6, pp. 41- 48.

fenomeno che la dottrina e la prassi hanno definito “rischio da iper-connessione”². Tale rischio costituisce una delle principali criticità del lavoro contemporaneo: se da un lato le nuove tecnologie si presentano come vettori di indubbi vantaggi per le imprese, dall’altro lato, per i lavoratori, esse pongono ancora oggi questioni irrisolte e difficoltà interpretative, soprattutto in relazione alla definizione dei confini tra sfera professionale e sfera privata. Si determina così la possibilità che il modello dell’*always on* (sempre connesso), rompendo l’unitarietà aristotelica di tempo-luogo-azione³, si consolidi come unico paradigma lavorativo effettivamente praticabile, generando conseguenze negative sia sul piano individuale che su quello collettivo.

Negli ultimi anni, la tendenza alla progressiva erosione della distinzione tra tempo di lavoro e tempo di riposo è diventata sempre più evidente, assumendo i tratti di un fenomeno lento ma inesorabile. Il *work-life balance*, ossia quel tradizionale equilibrio tra momenti di lavoro/connessione e momenti di riposo/disconnessione, che un tempo appariva come una linea di demarcazione netta e riconoscibile, sembra oggi essersi progressivamente dissolto⁴. L’individuo contemporaneo non vive più in due mondi paralleli, uno digitale e l’altro analogico, ma abita un unico spazio fluido, una sorta di tessuto connettivo in cui le due dimensioni si fondono fino a diventare indistinguibili. Questo nuovo orizzonte *onlife*⁵, non è soltanto il risultato di un uso sempre più pervasivo delle tecnologie, ma rappresenta una vera e propria condizione esistenziale, una quotidianità in cui ciò che accade dietro lo schermo non è mai separato da ciò che accade fuori di esso, e viceversa. La trasformazione digitale del lavoro, pur promettendo flessibilità e libertà, ha generato nuove forme di vulnerabilità. Per chi opera da remoto, la connessione costante dissolve i confini tra tempo professionale e vita privata, rendendo il riposo

² Cfr. W. CHIAROMONTE, M.L. VALLAURI, *Il diritto del lavoro alla prova della digitalizzazione*, in *Testimonianze (L’Europa dei diritti alla sfida della transizione digitale)*, 2025, v. 559/560 (1/2), pp. 124 - 130.

³ Cfr. M. ALTIMARI, *L’effettività del diritto alla disconnessione: una sfida per il diritto del lavoro*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2021, n. 2, p. 65 e ss.

⁴ Cfr. V. PASQUARELLA, *Work-life balance: esiste un modello italiano di «conciliazione condivisa» dopo il jobs act?*, in *RIDL*, 2017, n.1, p. 41.

⁵ L. FLORIDI, *The Onlife Manifesto*, <https://nexa.polito.it>.

un territorio incerto. Email serali, notifiche e richieste fuori orario alimentano una condizione di *time porosity*, in cui le dimensioni del lavoro e del sé si sovrappongono continuamente. Ne risulta una tensione permanente tra produttività e benessere, che mina l'equilibrio tra spazio personale e obblighi professionali, trasformando l'eccezione in normalità. La disconnessione, dunque, non si pone solamente come una questione tecnica legata al gesto di spegnere un dispositivo, ma assume il significato più profondo di riconquista di uno spazio umano. Tuttavia, questa riconquista non appare sempre semplice. Non di rado la connessione permanente diventa parte integrante della percezione di sé e della propria sicurezza, come se staccare la spina equivalga a perdere un'occasione, a restare indietro, a non essere abbastanza presenti. È proprio in questa dinamica che prende forma un fenomeno diffuso: la paura della disconnessione (*Fear Of Missing Out*). La vita così vissuta, sospesa in un flusso continuo di informazioni, messaggi e sollecitazioni, comporta conseguenze profonde. Non si tratta soltanto di un aumento del carico cognitivo o di un affaticamento digitale, ma di una vera e propria ridefinizione della percezione del tempo. Le giornate non sono più scandite da intervalli netti, bensì da un intreccio incessante di compiti, notifiche e interazioni che annullano la possibilità di vivere momenti realmente separati. Ne deriva una condizione in cui il lavoro penetra nella vita privata e la vita privata, a sua volta, rimane intrappolata nelle logiche del lavoro, generando uno stato di continua tensione e di difficile equilibrio con un incremento significativo dei casi di *workaholism*, spesso accompagnati da forme di *tecnostress*⁶ e di *burnout* digitale, con effetti deleteri sulla salute psico-fisica dei lavoratori e sul loro equilibrio esistenziale. Si imponeva l'esigenza di delineare configurazioni esistenziali capaci di abitare la condizione della connessione permanente, salvaguardando spazi autenticamente umani e, al tempo stesso, valorizzando le opportunità offerte dalla tecnologia, senza però lasciar che queste si convertano in una gabbia invisibile. Come riconoscere e difendere la possibilità di un tempo libero da sollecitazioni

⁶ DGR Global, *Workforce Trends Report 2025*, <https://www.dhrglobal.com/>; M.C. URZÌ BRANCATI, *Digital technologies at work and psychosocial risks: evidence and implications for occupational safety and health. Report*, European Agency for Safety and Health at Work, 2024, <https://osha.europa.eu/>

esterne, un tempo che non debba essere giustificato, ma che esista come diritto inalienabile? Come evitare che la connessione costante diventi un sinonimo di alienazione e che l'*onlife* perda la sua promessa di unire mondi diversi per trasformarsi, invece, in un vincolo che priva le persone della libertà di scegliere quando essere presenti e quando, legittimamente, sottrarsi?⁷ Come risposta a tali interrogativi si è fatta strada la necessità di elaborare una nuova categoria giuridica, destinata a tradursi, a detta di parte della dottrina, in un vero e proprio diritto soggettivo: il “diritto alla disconnessione”⁸ che non riguardava esclusivamente chi svolgeva la propria attività lavorativa in modalità *smart* o *remote working*, ma che interessa anche i lavoratori in presenza, ugualmente esposti alla pressione continua di notifiche, messaggi o richieste di prestazioni che si collocano al di fuori dei tempi di lavoro contrattualmente o legalmente previsti⁹. In tali circostanze, la violazione delle pause e dei momenti di riposo riconosciuti dalla legge e dalla contrattazione collettiva si traduceva in una compromissione sostanziale della dignità professionale e della qualità della vita personale.

L’attenzione verso il “diritto alla disconnessione”¹⁰ ha conosciuto una forte accelerazione a partire dalla pandemia in quanto, i ripetuti *lockdown* che hanno investito la quasi totalità dei Paesi membri dell’Unione Europea, inclusa l’Italia, hanno reso inevitabile l’adozione, dapprima su larga scala e in tempi rapidissimi, di forme di lavoro agile (*alias* a distanza), e hanno reso necessaria l’introduzione di provvedimenti emergenziali volti a tutelare in via prioritaria i dipendenti del settore pubblico, provvedimenti che successivamente sono stati estesi, come si avrà modo di osservare, anche ad altre categorie, inclusi i lavoratori autonomi¹¹. Tuttavia, allo stato attuale, non si registra ancora l’esistenza di una disciplina

⁷ N. BARBUZZI, *Cyberbullismo, odio in rete e diffamazione. Analisi giuridica e strategie di tutela*, Duepuntozero, 2024.

⁸ S. MAGAGNOLI, *Diritto alla disconnessione e tempi di lavoro*, in *Periodico: Labour & Law Issues*, 2021, 7 (2), p.te 3, p. 86 ss.

⁹ R. SANTUCCI, *Notazioni sul diritto alla disconnessione*, in A. BELLAVISTA, R. SANTUCCI (a cura di), *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 215-234.

¹⁰ F. ROTONDI, *Il diritto alla disconnessione è un diritto?*, in *L’impresa*, 2017, n. 2, pp. 43-50.

¹¹ D. CALDERATA, *Il diritto alla disconnessione nell’era post-emergenziale: disciplina, principi e contrattazione*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2022, n. 49 (9/10), pp. 604-622.

unionale organica che affronti in maniera specifica e sistematica il tema della disconnessione. Alcuni testi normativi emanati dalle istituzioni comunitarie – in particolare dalla Commissione Europea e dal Parlamento Europeo – come la Direttiva 2003/88/CE e la Direttiva 2019/1158, nonché alcuni strumenti di *soft law* come gli Accordi Quadro conclusi tra le parti sociali europee di carattere intersettoriale (si pensi all'Accordo sul telelavoro del 2002¹² e all'Accordo sulla digitalizzazione del 2020), contengono tuttavia disposizioni che, pur senza realmente disciplinare la disconnessione, offrono principi e tutele idonei a salvaguardare i diritti dei lavoratori¹³.

Dal 2021 in avanti, è stato possibile registrare un crescente coinvolgimento tanto delle istituzioni legislative nazionali quanto di quelle europee, entrambe consapevoli della centralità della disconnessione e concordi sulla necessità di porre la questione al centro del dialogo sociale con le parti sindacali e datoriali. Tale rinnovato interesse non si è limitato alla prospettiva di elaborare una disciplina *ad hoc*, ma si collocava all'interno di un più ampio tentativo di allocare il nuovo diritto nella cornice del rapporto di lavoro, mantenendone dunque la sua dimensione tipicamente privatistica e riconoscendo, allo stesso tempo, l'urgenza di assicurare un equilibrio sostenibile tra le esigenze dell'impresa e i diritti fondamentali del lavoratore, atteso che esso al giorno d'oggi, a differenza di quanto accadeva trenta o quarant'anni fa, «lavora di più, produce molto di più, ma guadagna molto di meno e ha a disposizione meno tempo libero»¹⁴.

2. Dalla dematerializzazione del lavoro al modello *always on*: la genesi della disconnessione

¹² E. DAGNINO, M. TIRABOSCHI, *L'accordo tra parti sociali europee per una direttiva condivisa sul telelavoro: una occasione per riportare il dibattito italiano sullo smart working sul giusto binario*, 2022, <https://www.bollettinoadapt.it/>[...]

¹³ M. PERUZZI, *Lavoro agile: flessibilità temporale, (disc)connessione, controllo. Una riflessione in prospettiva giuslavoristica*, in D.M. GOTTARDI, M. PERUZZI, D. SACCHETTO (a cura di), *Il lavoro da remoto*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 27.

¹⁴ V. FERRANTE, *Dal contratto al mercato. Evoluzioni recenti del diritto del lavoro alla luce del Jobs Act*, Giappichelli, 2017, p. 17.

L'idea di un lavoro "agile", "flessibile" o "intelligente", che liberasse il lavoratore dai rigidi schemi orari e dagli angusti spazi dell'azienda, fu ipotizzata per la prima volta negli anni Settanta dall'architetto americano Robert Lucchetti, il quale iniziò a porre le basi di un paradigma innovativo di *workplace*, seguito, a distanza di circa vent'anni, dall'ingegnere olandese Erik Veldhoen che coniò il concetto di *activity-based workplace* o *activity-based working* (ABW)¹⁵, agganciandolo a forme inedite di collaborazione che, in tempi non sospetti, anticipavano di circa trent'anni il *remote working*¹⁶. Solo con l'intreccio e l'integrazione tra digitalizzazione e automazione che «rappresentano il tratto principale dell'innovazione dell'Industria 4.0», e che sono alla base di una sorta di mutamento antropologico del concetto di «luogo di lavoro (un tempo monolitico) che diventa oggi ubiquitario (a portata di smartphone) e potenzialmente pervasivo [...]»¹⁷, il tema della disconnessione ha acquisito una centralità sempre più marcata, imponendosi all'attenzione di giuristi e legislatori soprattutto in epoca pandemica.

Le intuizioni pionieristiche di Lucchetti e, successivamente, di Veldhoen, devono essere lette come anticipazioni di un radicale ripensamento dell'organizzazione del lavoro, che progressivamente ha condotto a una vera e propria riconfigurazione dei confini spazio-temporali entro i quali la prestazione professionale si dispiega. La dimensione architettonica e organizzativa del *workplace* non era solo un problema logistico, ma una questione antropologica e culturale: ripensare lo spazio lavorativo significava ripensare i rapporti di potere, i tempi della produzione, le modalità stesse attraverso cui l'individuo si rapporta al proprio lavoro. Ciò che allora poteva sembrare un esercizio di immaginazione progettuale si è progressivamente trasformato in uno degli assi portanti della trasformazione digitale, resa irreversibile dall'irruzione delle tecnologie del nuovo paradigma industriale.

¹⁵ P. ROTHE, *The rise and rise of Activity Based Working. Reshaping the Physical, Virtual and Behavioural Workplace*, Llesman, Londra, 2017.

¹⁶ J. HOPKINS, *Managing the Right to Disconnect – A Scoping Review*, in *Sustainability*, 2024, v. 16 n. 12, pp. 1-14.

¹⁷ G. FARINA, *L'innovazione nell'Industria e Industria 4.0*, in A. CIPRIANI, A. GRAMOLATI, G. MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze University Press, Firenze, 2018, pp. 667-674.

Il passaggio da un luogo fisico unico e monolitico, che per secoli aveva incarnato l'idea stessa di lavoro, a un ambiente liquido e poliedrico, accessibile tramite dispositivi mobili e costantemente connesso, ha inciso in profondità sull'identità stessa del lavoratore contemporaneo. La digitalizzazione, lungi dall'essere un mero strumento tecnico, ha inaugurato una nuova epoca nella quale i confini tradizionali tra lavoro e vita privata si sono progressivamente sfumati, facendo sì che il diritto alla disconnessione prendesse forma come situazione giuridica soggettiva emergente¹⁸, capace di contemperare interessi lavorativi e diritti individuali.

La disconnessione, come suggerisce la locuzione, riguarda forme di lavoro subordinato flessibile, agile o intelligente, spesso chiamate *remote working* o, impropriamente, *smart working*¹⁹. In queste modalità, non contano più le ore trascorse davanti al computer, né i controlli diretti: ciò che importa è il raggiungimento degli obiettivi concordati con il datore di lavoro. Il *remote worker*, grazie a *device* connessi alla rete Internet o al Web, può svolgere le proprie mansioni con piena autonomia, sia all'interno dell'azienda sia da casa o da qualsiasi altro luogo, tracciando così un nuovo equilibrio tra impegni professionali e gestione consapevole del proprio tempo e spazio²⁰. Tale nuova architettura implica un rovesciamento dei paradigmi classici della subordinazione lavorativa, fondati sul controllo della presenza fisica e sul conteggio delle ore. Al loro posto subentra un modello di valutazione incentrato sui risultati, che, pur promettendo maggiore autonomia, espone il lavoratore a forme di sorveglianza più sottili, perché interiorizzate: il *remote worker* finisce per auto-monitorarsi incessantemente, come se il controllo esterno fosse diventato parte della propria coscienza. Non si è più vincolati da un cartellino da timbrare, ma dalla costante necessità di dimostrare efficienza, di rispondere rapidamente, di non interrompere quel flusso di

¹⁸ R. PERRONE, *Il "diritto alla disconnessione quale strumento di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti"*, in *Federalismi*, 2017, n. 24, p. 2.

¹⁹ Cfr. A. TINTORI, L. CERBARA, G. CIANCIMINO, *Gli effetti del lavoro agile nel corso del lockdown del 2020 in Italia tra opportunità e alienazione*, in *Analysis*, 2021, n. 1, pp. 33-43; G. CHIARO, G. PRATI, M. ZOCCA, *Smart working: dal lavoro flessibile al lavoro agile*, in *Sociologia del lavoro*, 2015, n. 138, pp. 69-87.

²⁰ S. BALANDIN, Y. KOUCHERYAVY, H. HU, *Smart Spaces and Next generation Wired/Wireless Networking*, Springer, New York, 2011.

connessione che diventa, paradossalmente, la nuova catena invisibile del lavoro flessibile.

Tuttavia, indipendentemente dal fatto che si tratti di un lavoratore che fornisce la propria prestazione professionale da remoto o che, semplicemente, terminata la sua giornata lavorativa sia raggiungibile via e-mail o smartphone, una serie di studi ha evidenziato come l'uso pervasivo delle piattaforme digitali (*platformisation*) abbia favorito la convergenza degli spazi e dei tempi nel contesto domestico, erodendo (*porosity*) la distinzione tra vita privata e professionale e aumentando il fenomeno del *presence bleed*, ovvero l'ibridazione tra presenza fisica e virtuale nel lavoro²¹.

Il *presence bleed* rappresenta una delle più evidenti conseguenze della smaterializzazione del luogo di lavoro; non si tratta soltanto di un prolungamento orario, ma di una vera e propria colonizzazione della sfera privata, nella quale la dimensione domestica cessa di essere rifugio e diviene prolungamento dell'ufficio. In questo contesto, l'identità del lavoratore rischia di essere costantemente scissa tra la corporeità situata nello spazio familiare e la mente catturata da richieste digitali incessanti. La distinzione tradizionale tra tempo di lavoro e tempo di vita viene così dissolta in una disponibilità permanente che si traduce in affaticamento psicologico e in perdita di quella capacità rigenerativa che il tempo libero dovrebbe garantire.

Le evidenze scientifiche prodotte a sostegno del fatto che la tecnologia dilati impropriamente la giornata lavorativa a danno della vita privata dei lavoratori hanno acceso un vivace dibattito²², al quale non poteva restare sordo né il legislatore europeo né i legislatori nazionali, forti di una lunga tradizione di rivendicazioni sindacali sulla riduzione dell'orario di lavoro e sul pagamento delle ore lavorate in eccedenza²³.

²¹ E. RISI, R. PRONZATO, *Smart working is not so smart: Always-on lives and the dark side of platformisation*, in *Work Organisation, Labour & Globalisation*, 2021, v. 15, n. 1, pp. 107-125; E. DE FILIPPIS, S.M. IMPINK, M. SINGELL, J.T. POLZER, R. SADUN, *The Impact of COVID-19 on the Nature of Work*, in *NBR Working Paper*, 2020, n. 27612, <https://www.nber.org>

²² G. CALPPERTON, P. VANHOUTTE, *The Smarter Working Manifesto. When, Where and How Do You Work Best?*, Sunmakers, Oxford, 2014.

²³ ILO, *Working time and the future of work*, 2018, n.6, <https://www.ilo.org>

La recente attenzione normativa verso il diritto alla disconnessione si inserisce nella continuità storica delle lotte dei lavoratori per la limitazione dell'orario di lavoro e la salvaguardia del tempo libero come ambito di libertà e autodeterminazione. Oggi, quelle stesse istanze si traducono nella rivendicazione del diritto a non essere costantemente reperibili, a non dover rispondere a comunicazioni aziendali fuori orario, e a ristabilire un confine chiaro tra vita professionale e personale, messo in crisi dalle tecnologie digitali. I primi segnali di un certo malessere, di fatto, avevano cominciato a manifestarsi già prima della pandemia da SARS-CoV-2²⁴, tanto che, nel 2015, l'Eurofond aveva rilevato come il 19% dei lavoratori europei (soprattutto scandinavi) operasse in regime di telelavoro (inteso come lavoro decentrato, ma con sede fissa)²⁵. Già tali dati mettevano in luce l'ambivalenza insita nel lavoro a distanza: se da un lato esso appariva come strumento capace di incrementare il benessere, riducendo gli spostamenti e permettendo una migliore gestione dei tempi, dall'altro rivelava una latente difficoltà di separazione tra sfera professionale e privata, con il rischio di trasformare la promessa di libertà in un vincolo di reperibilità continua.

L'esperienza aveva dimostrato come la possibilità di non recarsi fisicamente al lavoro potesse influenzare positivamente il *work-life balance*²⁶, aumentando la motivazione e la soddisfazione del lavoratore, ma, anche, che, per molti lavoratori e per molti datori di lavoro, la difficoltà a separare vita privata da quella lavorativa poteva trasformare quella che veniva interpretata da molti come una forma di emancipazione lavorativa in un modello di iperconnessione.

²⁴ EUROFOND, *Living, working and COVID-19*, 2019, <https://www.eurofond.europa.eu>; EUROFOND, *Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age*, 2020, <https://www.eurofound.europa.eu/>; EUROFOND, *Working conditions and sustainable work. Right to disconnect: Implementation and impact at company level*, 2023, <https://www.eurofond.europa.eu>

²⁵ EUROFOND, *Sixth European Working Condition Survey*: 2015, <https://www.eurofound.europa.eu>

²⁶ I. MARIOTTI, N. NAPPO, V. ALFANO, G. VECCHIONE, *Work-life balance during the COVID-19 pandemic. A European perspective*, in *Economia e politica industriale*, 2024, v. 51, n. 4, pp. 1041-1065; M. AVOGARO, *Lavoro agile e 'work-life balance': il diritto di disconnessione alla prova dell'autonomia collettiva*, in *Giustizia civile.com*, 2018, v. 5, n.7, pp. 1-35.

Così, una locuzione elaborata nel 2002 dal sociologo americano Howard Rheingold²⁷ tornava ad occupare uno spazio di rilievo, non semplicemente come richiamo storico, ma come strumento concettuale utile a interpretare le trasformazioni del lavoro e della vita digitale contemporanea: *always on* descrive pienamente quel modello lavorativo in cui i confini tra vita privata e professionale si assottigliano progressivamente, trasformando il diritto alla disconnessione in un'eccezione piuttosto che in una regola²⁸. La pervasività del lavoro digitale, portava in primo piano l'esigenza di un sistema di tutela dei tempi e degli spazi personali, condizionando, questi ultimi, sia le dinamiche sociali che relazionali; al lavoratore si imponeva un'autoregolazione continua e una costante responsabilizzazione verso gli obiettivi prefissati, delineando un inedito equilibrio tra autonomia, benessere e obblighi professionali.

Il paradigma dell'*always on* costituisce la maggiore criticità della riconfigurazione del rapporto di subordinazione: ciò che era nato come promessa di autonomia si trasformava in una nuova forma di assoggettamento, meno visibile, ma non meno vincolante. L'essere costantemente disponibili, pronti a rispondere, sempre connessi, diventava il nuovo segno distintivo del lavoratore performante, ma al prezzo di un'erosione costante della propria integrità personale. È qui che il diritto alla disconnessione trova la sua più profonda giustificazione: non come privilegio accessorio, ma come presidio essenziale di umanità, di resistenza culturale e sociale, in un'epoca in cui la linea di confine tra spazi personali e lavoro rischia di dissolversi definitivamente. È dunque evidente come il tema della disconnessione non si esaurisca nella sola dimensione normativa²⁹, fermo restando come, a parere degli scriventi e di illustre dottrina³⁰, la disconnessione non rappresenti un nuovo diritto, tantomeno un diritto «digitale». Difatti, il «diritto alla disconnessione»

²⁷ H. RHEINGOLD, *Smart Mobs: The Next Social Revolution*, Basic Books, New York, 2002.

²⁸ S. AWASTHI, I. ANAND, *Sustainability and Work-Life Balance in Green Management*, in C. ŞEKER, E. ÖRÜCÜ, A. KAYA (a cura di) *Green Management Approach to Organizational Behavior*, Igi Global, 2025, pp. 27-62.

²⁹ European Law Institute, *Guiding Principles on Implementing Workers' Right to Disconnect. Report of the European Law Institute*, Vienna, 2023, in <https://europeanlawinstitute.eu/>[...]

³⁰ R. PERRONE, *Il "diritto alla disconnessione quale strumento di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti*, cit.

assurge al ruolo di strumento di tutela di «interessi costituzionalmente rilevanti»³¹, trovando, come si vedrà innanzi, già piena tutela nel nostro ordinamento: da un lato nei principi costituzionali che riconoscono e garantiscono i diritti inviolabili della persona, dall'altro nelle disposizioni del codice civile che proteggono l'integrità psicofisica del lavoratore. La categoria stessa di "diritto digitale" in cui rientrerebbe il "diritto alla disconnessione", assumerebbe un significato prevalentemente descrittivo ed evocativo, volto a collocare la disconnessione nell'ambiente tecnologico in cui si manifesta, senza attribuirle una natura autonoma rispetto ai principi generali di tutela della persona. Alla luce di ciò, la disconnessione, ancorata al nucleo dell'art. 36 Cost, non si configurerebbe solo come una pretesa di protezione del tempo libero o della sfera privata, irrinunciabili ai sensi del dettato costituzionale³², ma anche come un vero e proprio dovere del lavoratore verso sé stesso, necessario alla realizzazione del *work-life balance*, baluardo contro nuove forme di alienazione e diseguaglianza³³.

3. Il lato oscuro del *remote working*: *workaholism*, *tecnostress* e *burnout* digitale.

La nascita, l'evoluzione e la progressiva diffusione delle tecnologie digitali di comunicazione hanno inciso in maniera sostanziale non soltanto sui processi produttivi, ma anche sulla stessa configurazione dell'attività lavorativa, determinando un'accelerazione di sindromi già note e al contempo aprendo la strada a fenomeni patologici inediti. Tra queste, il *workaholism*³⁴ – inteso come una dipendenza cronica e compulsiva dal lavoro – ha trovato nei nuovi strumenti digitali un potente fattore di amplificazione, capace di trasformare una già radicata inclinazione al sovraccarico professionale in una vera e propria condizione di

³¹ *idem*

³² A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. Giur. Treccani*, XII, 1989, p. 16; M. LUCIANI, *Articoli 35-47*, in G. NEPPI MODENA (a cura di), *Stato della Costituzione*, Milano, 1995, p. 151.

³³ RICCI G., *Il diritto alla limitazione dell'orario di lavoro, ai riposi e alle ferie nella dimensione costituzionale integrata fra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, *Working Papers Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"*, INT 79/2010, pp. 5-6.

³⁴ M.T. CARINGI, A. INGRAO, *Il lavoro agile: criticità emergenti e proposte per una riforma*, in *Labour & Law Issues*, 2021, v. 7, n.2, pp.11-59.

alienazione. A ciò si affianca l'emersione del *tecnostress*³⁵, che in situazioni particolarmente gravi può degenerare in *burnout digitale*, una sindrome di esaurimento fisico ed emotivo legata all'iperconnessione³⁶. È in questo scenario che il diritto alla disconnessione si innesta come risposta alla lenta ma inesorabile erosione di quella linea di confine, un tempo chiara e conquistata attraverso dure battaglie sindacali, che separava la giornata lavorativa dal tempo del riposo e da quello personale³⁷.

Come osservato da illustre dottrina, «il *tecnostress* è una fattispecie di stress causato dall'utilizzo eccessivo e disfunzionale delle nuove tecnologie informatiche e digitali [...], che può avere un impatto significativo sulla salute dei lavoratori»³⁸. Si tratta, dunque, di una forma peculiare di stress che si colloca a pieno titolo tra i fattori di rischio psicosociali emergenti, non circoscritti al solo ambito professionale, ma capaci di estendersi anche oltre i confini tradizionali dell'attività lavorativa³⁹. La letteratura scientifica, infatti, ha più volte sottolineato l'interrelazione tra uso delle ICT⁴⁰, incremento dei livelli di stress e comparsa di sintomi riconducibili al *burnout*⁴¹. Emblematico, in tal senso, un sondaggio condotto nel 2022 tra utenti statunitensi di dispositivi mobili: circa il 30% di coloro che non avevano mai – o quasi mai – intrapreso pratiche di *digital detox* dichiarava di sperimentare forme

³⁵ C. BROD, *Technostress. The Human Cost of the Computer Revolution*, Addison-Wesley Publishing, Reading, 1984.

³⁶ C. BUONO, M.L. FARNESE, P. SPAGNOLI, *The Workaholism-Technostress Interplat: Initial Evidence on Their Mutual Relationship*, in *Behav. Sci.*, 2023, v. 13, n.7, <https://www.mdpi.com>

³⁷ A. MARCHETTI, *La conquista delle otto ore. Il movimento operaio internazionale e la questione dell'orario di lavoro nel primo dopoguerra e negli anni della grande crisi*, in *Bollettino dell'Archivio per la storia del movimento sociale cattolico in Italia*, 2008, v. 43, n.3, pp. 332-372.

³⁸ F. CHIRICO, A. RIZZO, A. DE CARLO, G. TORDONATO, A. SACCO, G. GIORGI, *Tecnostress e lavoro: modelli, impatto e strategie di prevenzione*, in *Giornale italiano di Psicologia e Medicina del Lavoro*, 2024, v. 4, n.1, p. 42.

³⁹ L. HIANG, X. LU, S. BA, *An empirical study of the cross-channel effects between web and mobile shopping channels*, in *Inf. Manag.*, 2016, n. 52, pp. 265-278; T.S. RAGU-NATHAN, M. TARADFA, B.S. RAGU-NATHAN, *The consequences of technostress for end users in organizations: conceptual development and empirical validation*, in *Inf. Syst. Res.*, 2008, n. 19, pp. 417-433.

⁴⁰ L. LEUNG, *Effects of ICT connectedness, permeability, flexibility, and negative spillovers on burnout and job and family satisfaction*, in *Human Technology*, 2011, v. 7, n. 3, pp. 250-267.

⁴¹ G. BERG-BECKHOFF, G. NIELSEN, E.L. LARSEN, *Use of information communication technology and stress, burnout, and mental health in older, middle-aged, and younger workers. Results from a systematic review*, in *Int J Occup Environ Health*. 2017, n. 23, pp. 160-171.

di *burnout lavorativo*⁴², imputandole soprattutto alla permeabilità e alla flessibilità dei confini tra ambiente domestico e attività professionale.

Il modello definito *always-on*, ovvero “sempre connesso”, descrive con particolare efficacia la maniera in cui la sovraesposizione alle TIC finisca per penetrare in ogni dimensione della vita quotidiana, tanto sul piano fisico quanto su quello mentale, investendo indistintamente lavoratori subordinati e autonomi. Questi ultimi, in particolare, risultano costantemente raggiungibili da colleghi o clienti⁴³, dando vita a quella che la dottrina ha descritto con l’espressione di “connettività perpetua”⁴⁴. Pur non potendo affermare che tutti i lavoratori siano colpiti nella medesima misura dagli effetti dell’iperconnessione, appare tuttavia innegabile che si stia assistendo a una progressiva invasione del tempo lavorativo negli spazi privati, con inevitabili conseguenze sul benessere individuale e collettivo⁴⁵.

Da oltre un quindicennio, il tema della disconnessione ha assunto un ruolo centrale nel dibattito sociale e politico, pur scontrandosi con interventi legislativi che appaiono frammentari e di scarsa incisività. Gli ordinamenti nazionali, infatti, mostrano una tendenza a reinterpretare e adattare disposizioni già esistenti, piuttosto che elaborare *ex novo* cornici normative capaci di rispondere alle peculiarità del lavoro digitale⁴⁶. Di fronte a una questione che si presenta come strutturale e tuttora priva di una soluzione univoca, il legislatore europeo ha avviato iniziative volte a bilanciare le esigenze di tutela dei lavoratori con la flessibilità richiesta dai nuovi modelli di organizzazione lavorativa. Tuttavia, nonostante tali sforzi, non si è ancora giunti alla definizione di un quadro normativo uniforme e vincolante, capace di garantire in maniera effettiva il diritto

⁴² A. PETROSYAN, *Frequency of digital detoxing in the U.S. 2022, by employment situation*, 2025, <https://www.statista.com>

⁴³ K. DERY, D. KOLB, J. MACCORMICK, *Working with connective flow: how smartphone use is evolving in practice*, in *European Journal of Information Systems*, 2014, v. 23, n. 5, pp. 556-570.

⁴⁴ L. PANSU, *Evaluation of ‘Right to Disconnect’ Legislation and Its Impact on Employee’s Productivity*, in *International Journal of Management and Applied Research*, 2018, v. 5, n. 3, pp. 99-119.

⁴⁵ ILO, *The future of work centenary initiative. Report of the Director-general, Report I*, Ginevra, 2015, <https://www.ilo.org>

⁴⁶ S. ZLATANOVIĆ STOJKOVIĆ, M. ŠKOBO M., *The ‘Twilight’ of Health, Safety, and Well-being of Workers in the Digital Era-Shaping the Right to Disconnect*, in *J Work Health Saf. Regul.*, 2023, n. 1, pp. 129-144.

a “staccare” e di preservare la dignità della persona nell’era della connessione permanente

4. La disconnessione nel quadro normativo europeo

La Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 (2019/2181(INL)) rappresenta un passaggio determinante nel processo di strutturazione del diritto alla disconnessione, esito di un percorso normativo che affonda le proprie radici nella Carta sociale europea del 3 maggio 1996⁴⁷. In essa, all’art. 2 si prevedeva, da un lato, «una durata ragionevole per il lavoro giornaliero e settimanale» (comma 1) e, dall’altro, «giorni festivi retribuiti» (comma 2), mentre l’art. 3 impegnava le Parti a «garantire l’effettivo esercizio del diritto alla sicurezza ed all’igiene sul lavoro». È evidente come già in quella fase embrionale si delineasse un’attenzione al tempo di lavoro e al tempo di vita, in una prospettiva che, pur non contemplando un vero e proprio diritto alla disconnessione, ne conteneva *in nuce* i presupposti.

A distanza di pochi anni, con la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (2000/C 364/01), anche nota come Carta di Nizza, l’ordinamento unionale consolidava il legame tra vita professionale e vita privata. L’art. 7 riconosceva a ogni persona il diritto «al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni», richiamando il tenore dell’art. 8, § 1 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo del 1950⁴⁸. L’art. 31 ribadiva poi principi cardine per i lavoratori: «Ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose» (§ 1)⁴⁹ e «a una limitazione della durata massima del lavoro e a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite» (§ 2)⁵⁰. Si

⁴⁷ A. IERMANO, *Verso un nuovo diritto “fondamentale” in ambito EU: il diritto alla disconnessione digitale*, Eurojus, 2021, n. 2, p.155, www.rivista.eurojus.it; G. PALMISANO, *L’Europa dei diritti sociali. Significato, valore e prospettive della Carta sociale europea*, Il Mulino, Bologna, 2022.

⁴⁸ C. PITEA, L. TOMASI, *Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in V. ZAGREBELSKY, P. DE SENA, S. BARTOLE (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo*, Cedam, Padova, 2012, p. 299.

⁴⁹ R. DEL PUNTA, *I diritti sociali fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2022, n. 10, pp. 335-346.

⁵⁰ In merito alla nozione di orario di lavoro, la CGUE ha ampliato la nozione di «orario di lavoro», interpretandone in modo flessibile i tre requisiti essenziali — presenza al lavoro, disponibilità per il datore e svolgimento delle mansioni — al fine di estenderne l’ambito

trattava, dunque, di una sistematizzazione più matura dei diritti sociali, che, pur non menzionando direttamente la questione del diritto alla disconnessione, offriva un quadro di protezione funzionale al suo successivo sviluppo.

Di cruciale importanza, nella ricostruzione del percorso normativo, risultano alcune fonti di diritto derivato adottate sulla base dei Trattati, e in particolare la Direttiva 89/391/CEE e la Direttiva 91/383/CEE, focalizzate sulla sicurezza e sulla salute dei lavoratori, inclusi coloro impiegati con contratti di lavoro subordinato flessibile⁵¹. Significativo, in tale ottica, è anche il ruolo della Direttiva 2003/88/CE, definita «pilastro europeo dei diritti sociali»⁵², che fissava disposizioni minime in materia di sicurezza e salute relative all'organizzazione dell'orario di lavoro, al numero massimo di ore consentite e ai periodi minimi di riposo da riconoscere al lavoratore, compreso il diritto alle ferie annuali retribuite. Sul piano giurisprudenziale, la CGUE ha ribadito come le Direttive 89/391/CEE e 2003/88/CE impongano ai datori di lavoro un obbligo positivo di garantire un sistema idoneo a registrare in modo preciso la durata effettiva dell'orario di lavoro giornaliero di ciascun dipendente. Tale sistema, secondo la Corte, deve possedere caratteristiche di oggettività, affidabilità e accessibilità, così da assicurare un controllo effettivo sul rispetto dei limiti di tempo di lavoro e dei periodi di riposo, a tutela della salute e della dignità del lavoratore⁵³.

La Direttiva (UE) 2019/1152, volta a garantire trasparenza e prevedibilità delle condizioni lavorative, e la Direttiva (UE) 2019/1158, che sottolinea l'importanza di un adeguato equilibrio tra vita lavorativa e familiare, con particolare riguardo al

applicativo; *ex multis* CGUE, sent. 17 marzo 2021, *Academia de Studi Economice din Bucuresti* C-585/19. Sul punto, S. MAGAGNOLI, *Diritto alla disconnessione e tempi di lavoro*, *Labour&Law Issues*, 2021, v.7, n.2; B. NASCIBENE, *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti fra giudici: la necessità di una tutela integrata*, *European Papers*, 2021, v. 6 n.1, pp. 81-99.

⁵¹ A. PAIS (a cura di), *Testo unico per la salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, EPC editore, Roma, 2022, p. 43.

⁵² A. SARTORI, M. CORTI, *Le nuove direttive europee sulle condizioni minime di lavoro, sull'Agenzia europea del lavoro, sul worklife balance: si va delineando il pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2019, v. 38, n. 4, p.te 3, pp. 201-206.

⁵³ CGUE, sent. 14/05/2019, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO)*, causa C-55/18, ECLI:EU:C:2019:402, punto 60.

ruolo dei familiari e dei *caregiver*⁵⁴, insieme alle sopracitate fonti hanno contribuito a predisporre le fondamenta normative sulle quali l'Unione europea ha successivamente edificato la struttura del diritto alla disconnessione. Tale diritto, più che introdurre un'innovazione radicale, appare come il perfezionamento di tutele già esistenti, reinterpretate alla luce delle trasformazioni indotte dall'economia digitale. Non a caso, le riflessioni europee hanno trovato legittimazione scientifica nei dati forniti da organismi internazionali come l'International Labour Organization (ILO), l'European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Eurofound)⁵⁵, l'Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)⁵⁶ e l'World Health Organization (WHO)⁵⁷, che hanno posto in rilievo la necessità di nuove garanzie a fronte delle mutazioni del lavoro in epoca *digital*.

Pur registrandosi, già a livello statale, iniziative legislative eterogenee⁵⁸, la Risoluzione del 2021 ha rappresentato un importante atto politico e giuridico per il consolidamento di una linea comune. In essa, il diritto alla disconnessione viene definito come la facoltà, per il lavoratore, di «astenersi dallo svolgere mansioni, attività e comunicazioni elettroniche lavorative, come telefonate, *email* e altri messaggi, al di fuori del loro orario di lavoro» (§ 16). Contestualmente, il Parlamento europeo ha sottolineato l'esigenza di garantire autonomia, flessibilità e sovranità sul tempo, ribadendo che l'aumento della connettività non deve determinare discriminazioni né influire negativamente sulle carriere.

⁵⁴ M. CONDINANZI, *L'invocabilità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nei rapporti orizzontali*, in M. D'AMICO, S. LEONE, C. AMALFITANO (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel sistema integrato di tutela*, Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Milano a vent'anni dalla sua proclamazione, Giappichelli, Torino, 2022, p. 142 e ss.; A. IERMANO, *Verso un nuovo diritto "fondamentale" in ambito EU: il diritto alla disconnessione digitale*, cit.

⁵⁵ EUROFOND, *Rights to disconnect: Implementation and impact at company level*. 2023, <https://www.eurofond.europa>.

⁵⁶ OCSE, *Workers experiencing job stress associated with frequent computer use at work*, 2025, <https://goingdigital.oecd.org>

⁵⁷ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Global strategy on digital health 2020-2025*, 2025, <https://iris.who.int>

⁵⁸ P. SANZ DE MIGUEL, M. CAPRILE, J. ARASANZ, *Regulating telework in a post-COVID-19 Europe*, European Agency for Safety and Health at Work (Eu-OSHA), 2021, <https://osha.europa.eu>

La Direttiva allegata alla Risoluzione specificava, all'art. 2, § 1, che per disconnessione deve intendersi «il mancato esercizio di attività o comunicazioni lavorative per mezzo di strumenti digitali, direttamente o indirettamente, al di fuori dell'orario di lavoro». Quest'ultimo concetto veniva a sua volta mutuato dall'art. 2, punto 1, della Direttiva 2003/88/CE, che lo qualificava come «qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali». Simmetricamente, il datore di lavoro avrebbe l'obbligo di non richiedere prestazioni al di fuori dell'orario e di non incentivare la cultura dell'*always-on*, evitando premi o riconoscimenti a chi decida di mantenere una reperibilità costante⁵⁹.

La Risoluzione insiste inoltre sulla necessità di accordi collettivi o aziendali per disciplinare le modalità pratiche del diritto, con la vigilanza degli ispettorati nazionali del lavoro (§ 21). Essa trova fondamento giuridico nell'art. 153 TFUE, § 2, lett. b), in combinato disposto con il § 1, lett. a), b) e i), che attribuisce all'Unione competenze complementari in materia di miglioramento delle condizioni di lavoro e tutela dei lavoratori. A rafforzare questa impostazione è intervenuta la CGUE, ribadendo come i periodi minimi di riposo costituiscano «norme della normativa sociale comunitaria che rivestono importanza particolare e di cui ogni lavoratore deve poter beneficiare quale prescrizione minima necessaria per garantire la tutela della sua sicurezza e della sua salute»⁶⁰. Per la CGUE, il riconoscimento del diritto alla disconnessione si configura così come *conditio sine qua non* di una politica sociale europea capace di contemperare esigenze economiche e benessere psico-

⁵⁹ Non a caso il Parlamento ha scelto la locuzione «diritto di disconnettersi» e non «diritto di essere offline», sottolineando, così, il diritto a non essere reperibile in nessun modo (neppure via SMS). PARLAMENTO EUROPEO, *Il Parlamento europeo vuole garantire il diritto alla disconnessione del lavoratore*, 2024, <https://www.europarl.europa.eu>

⁶⁰ CGUE, sent. 07/09/2007, *Commissione c. Regno Unito*, C-484/04, ECLI:EU:C:2006:526 punto 38. Sulla nozione di periodo di guardia e di reperibilità v. CGUE sent. 09/09/2003, *Jaeger*, C-151/02, EU:C:2003:437, punto 65; CGUE, sent. 05/10/2004, *Pfeiffer e altri* (cause riunite da C-397/01 a C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584, punto 93) e CGUE 21/02/2018, *Ville de Nivelles*, C-518/15, ECLI:EU:EU:C:2018:82, punto 66; di riflesso, Cass. Civ., Sez. lav., 22/10/2023, n.32418.

fisico dei lavoratori, inclusi quelli transfrontalieri⁶¹. È opportuno osservare come, nonostante i contratti collettivi degli Stati membri dell'Unione europea, pur nelle loro specificità e differenze organizzative, prevedano lo spegnimento dei *server* in determinate fasce orarie – variabili a seconda del tipo di mansione o della dimensione aziendale – tali disposizioni risultino, in molti casi, insufficienti a mitigare la pressione esercitata dalla tecnologia digitale sui lavoratori⁶². Come rilevato dalla dottrina, secondo la proposta di direttiva «la Commissione europea e gli Stati membri dovrebbero incoraggiare le parti sociali a scambiarsi le migliori pratiche e garantire un approccio comune e coordinato alle condizioni di lavoro esistenti⁶³, lasciando impregiudicati i diritti sociali e la mobilità all'interno dell'Unione Europea»⁶⁴. Anche la Risoluzione 2019/2181 (INL) del Parlamento europeo sottolinea, in termini operativi, che «le modalità pratiche per l'esercizio del diritto alla disconnessione [...] dovrebbero essere concordate dalle parti sociali per mezzo di un accordo collettivo o a livello dell'impresa datrice di lavoro» (§ 21). Tale previsione non si limita a indicare strumenti di regolazione formale, ma rafforza la funzione dei contratti collettivi come strumenti di tutela reale del lavoratore, garantendo che i tempi di disconnessione non siano subordinati alla discrezionalità individuale del datore. La Risoluzione, inoltre, in linea con la CGUE, richiede che l'effettiva applicazione di tali modalità sia vigilata dagli ispettorati nazionali del lavoro, i quali operano sotto il controllo del legislatore nazionale, delineando così un sistema di responsabilità multilivello che collega il diritto europeo alla protezione concreta dei lavoratori sul territorio⁶⁵.

⁶¹ CGUE, sent. 17/11/2016, *Betriebsrat der Ruhrlandklinik*, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883, punto 27.

⁶² A. FENOGLIO, *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, in G.Z. GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, pp. 549-552.

⁶³ Commissione Europea, *Diritto alla disconnessione e telelavoro equo: la Commissione dà il via alla prima fase della consultazione delle parti sociali*, Comunicato Stampa, 30 aprile 2024, <https://ec.europa.eu/commission>

⁶⁴ O. DESSI, *Il controllo a distanza del lavoratore agile*, in W. CHIAROMONTE, M.L. VALLAURI (a cura di), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, Firenze University Press, Firenze, 2021, v. 3, p. 412.

⁶⁵ CGUE, sent. 14/05/2019, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO)*, cit.

La proposta normativa europea trova ulteriore fondamento giuridico nell'art. 153, § 2, lett. b), in combinato disposto con il § 1, lett. a), b) e i) del TFUE⁶⁶, che attribuisce all'Unione competenze complementari rispetto agli Stati membri in materia di miglioramento delle condizioni di lavoro e di tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori. Tali strumenti normativi integrano la prospettiva civilistica interna, rafforzando l'obbligo del datore di lavoro di evitare pratiche che possano tradursi in iperconnessione, sempre in coerenza con il principio di diligenza, buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto (artt. 1175 e 1375 c.c.) e con il divieto di clausole contrattuali lesive della libertà personale (art. 13 c.c.).

La CGUE ha confermato la centralità dei periodi minimi di riposo, stabilendo che essi costituiscono «prescrizione minima necessaria per garantire la tutela della sua sicurezza e della sua salute»⁶⁷. Questa interpretazione rafforza la rilevanza del diritto alla disconnessione non come mera misura organizzativa, ma come principio giuridico di rango primario, indispensabile per realizzare la tutela dell'integrità psico-fisica del lavoratore e della sua dignità personale, diritti già riconosciuti dalla nostra Costituzione e dal codice civile. L'inserimento del diritto alla disconnessione nel Quadro strategico UE in materia di salute e sicurezza sul lavoro 2021-2027 rappresenta un segnale concreto dell'intento di tradurre in norma positiva i principi del patrimonio sociale europeo nell'ambito della transizione digitale⁶⁸, evidenziando la volontà di superare una logica meramente regolatoria della connessione e della reperibilità, mirando invece a costruire un equilibrio sistemico tra le esigenze di produttività e la salvaguardia della persona.

5. La via italiana in tema di disconnessione

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ CGUE, sent. 10/09/2015, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO)*, C-266/14, ECLI:EU:C:2015:578; sempre sulla centralità del periodo minimo di riposo, CGUE, sent. 01/12/2005, *Dellas e a.*, C-14/04, EU:C:2005:728, punto 49; CGUE, ordinanza *Grigore*, C-258/10, EU:C:2011:122, punto 41.

⁶⁸ EUROPEAN COMMISSION, *EU strategic framework on health and safety at work 2021-2017. Occupational safety and health in changing world of work*, Brussels, 28.6.2021 COM(2021) 323 final; A. IERMANO, *Verso un nuovo diritto "fondamentale" in ambito EU: il diritto alla disconnessione digitale*, cit.; D. PORCHEDDU, *La regolazione del diritto alla disconnessione: novità dall'Italia e dall'Unione Europea*, in *Bollettino ADAPT*, marzo 2025, bollettinoadapt.it.

Nel 2017, con la Legge n. 81, il legislatore italiano ha introdotto per la prima volta una modalità innovativa di esecuzione della prestazione lavorativa subordinata⁶⁹, conosciuta ufficialmente come lavoro agile, ma più comunemente designata, nella sua accezione internazionale, con l'espressione *smart working*⁷⁰. Tale modello, fondato su un equilibrio dinamico tra autonomia del lavoratore e potere organizzativo del datore, prevedeva che le parti – attraverso un accordo individuale – concordassero tempi e modalità di connessione alle ICT, evitando che la strumentazione tecnologica si trasformasse in veicolo di una reperibilità costante e senza limiti⁷¹. In particolare, l'articolo 19 della legge in parola, rubricato "Forma e recesso", stabiliva che «l'accordo relativo alla modalità di lavoro agile [...] individua altresì i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro» (comma 1). La disposizione, tuttavia, a differenza del precedente disegno di legge S-2229 del 2016, che all'articolo 3 menzionava espressamente la «disconnessione dalle piattaforme informatiche»⁷², non richiamava in alcun modo la nozione di disconnessione né la configurava come diritto autonomo⁷³, lasciando irrisolti tempi, modi e limiti dell'indisponibilità del dipendente. Rispetto al d.d.l. S-2229⁷⁴, dunque, la stesura definitiva della legge scelse una formulazione volutamente vaga, rimettendo alla contrattazione

⁶⁹ Rileva evidenziare che la L. n. 81/2017 non ha introdotto una nuova tipologia contrattuale, infatti, prima della normativa *de qua*, alcune aziende avevano già praticato forme di lavoro agile, anche sulla base di accordi collettivi (Barilla nel 2015, ENEL nel 2017, Università dell'Insubria nel 2017 General Motors nel 2017, Vodafone nel 2017, Siemens del 2017); Cfr. S. PETRELLI, *Work-life balance, flessibilità, smart working*, in F. ROTONDI, L. FAILLA, G. FATALI, S. PETRILLI (a cura di), *Lavoro e relazioni industriali al tempo della crisi e del Jobs Act*, Franco Angeli, Milano, 2016, pp. 164-184.

⁷⁰ Cfr. *Infra*, nota 14.

⁷¹ D. MEZZACAPO, *Il lavoro agile ex lege n. 81/2017: note minime e problemi aperti*, in *Biblioteca '20 Maggio' – collective volumes*, 2017, pp. 75-82.

⁷² Senato della Repubblica (XVII Legislatura), Disegno di Legge n. 2229 d'iniziativa dei senatori Sacconi, D'Ascola, Marinello e Pagano, *Adattamento negoziale delle modalità di lavoro agile nella quarta rivoluzione industriale*, comunicato alla Presidenza il 3 febbraio 2016, <https://www.senato.it>

⁷³ I. ALVINO, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del codice della Privacy*, *Labour & Law Issues*, 2016, v. 2 n.1, p. 30.

⁷⁴ In seguito assorbito dal successivo d.d.l. S-2333 il cui art. 16 prevedeva il testo poi divenuto definitivo.

collettiva la possibilità di definire strumenti più puntuali e adattabili alle diverse esigenze organizzative delle imprese⁷⁵. Recentemente, la giurisprudenza di legittimità è ritornata sulla nozione di «orario di lavoro» e di «periodo di riposo»; in linea con l'interpretazione fornita dalla CGUE⁷⁶, è stato chiarito come tali concetti si pongano tra loro in rapporto di reciproca esclusione, costituendo l'uno il negativo dell'altro. Ne deriva come ogni sconfinamento dell'orario di lavoro nel tempo destinato al riposo (da intendersi il primo non solo il tempo della prestazione effettiva, ma anche il tempo in cui il lavoratore è a disposizione del datore di lavoro)⁷⁷ implichi una compressione del diritto del lavoratore alla piena disponibilità del proprio tempo libero⁷⁸, indipendentemente dall'effettivo svolgimento di prestazioni lavorative in quel periodo⁷⁹. Tale impostazione comporta il riconoscimento di un valore economico e giuridico al tempo personale, la cui invasione è suscettibile di generare pretese retributive o indennitarie, in quanto lesiva dell'equilibrio tra vita professionale e vita privata⁸⁰. Altro profilo di rilievo riguarda la distinzione tra la prestazione lavorativa in senso stretto — talvolta richiesta dal datore anche a distanza, al termine della giornata o durante il fine settimana — e quelle attività che possono essere qualificate come meri atti di diligenza preparatori all'esecuzione della prestazione. Tale distinzione, solo in apparenza marginale, assume un significato cruciale nel contesto del lavoro digitale, dove i confini tra tempo di lavoro e tempo personale risultano sempre più

⁷⁵ R. DI MEO, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, *Labour & Law Issues*, 2017, v. 3, n. 2, p. 28.

⁷⁶ CGUE, sent. 09/03/2021, *Radiotelevizija Slovenija*, C-344/19, ECLI:EU:C:2021:182; CGUE, sent. 15/07/2021, *B.K.*, C-742/19, ECLI:EU:C:2021:597; CGUE, sent. 11/01/2007, C-437/05; CGUE, sent. 09/09/2003, C-151/2002; CGUE, sent. 03/10/2000, C-303/98.

⁷⁷ Corte d'Appello Milano, Sez. lavoro, Sentenza, 02/03/2023, n. 195.

⁷⁸ Sulla definizione di «periodo di riposo», Cass. civ., Sez. lavoro, Sentenza, 19/12/2019, n. 34125 (rv. 656916-01) per cui «... non costituisce "orario di lavoro" il tempo in cui il lavoratore può liberamente dedicarsi alla cura dei propri interessi personali e sociali...»; conf. Cass. civ., Sez. lavoro, Sentenza, 27/10/2021, n. 30301 (rv. 662656-01); Cass. civ., Sez. lavoro, Ordinanza, 27/07/2017, n. 18654 (rv. 645112-01).

⁷⁹ Cass. civ., Sez. lavoro, Ordinanza, 23/04/2025, n. 10648.

⁸⁰ Sulla contrapposizione tra «orario di lavoro» e «periodo di riposo», cfr. Cass. civ., Sez. lavoro, Sentenza, 29/10/2021, n. 30788 (rv. 662668-01); T.A.R. Toscana Firenze, Sez. II, Sent., (data ud. 22/01/2019) 01/02/2019, n. 161. Sul diritto al riposo quale indispensabile strumento per la reintegrazione delle proprie energie fisiche e psichiche, cfr. Cass. civ., Sez. Unite, Sent., (data ud. 27/05/1982) 10/11/1982, n. 5923.

sfumati. Basti pensare a una serie di attività apparentemente minime ma di fatto funzionali alla produttività, come la consultazione della posta elettronica, la predisposizione di documenti o l'organizzazione di una riunione per il giorno successivo: azioni che il lavoratore può svolgere spontaneamente, senza un'esplicita richiesta datoriale, ma attraverso l'utilizzo di strumenti tecnologici aziendali. In tali circostanze, la linea di demarcazione tra impegno professionale e disponibilità personale si fa incerta, rivelando quanto la digitalizzazione possa incidere sulla nozione stessa di tempo di lavoro e, in ultima analisi, sulla tutela effettiva del diritto alla disconnessione⁸¹. Pur essendo stata concepita con riguardo ai soli lavoratori agili, con ciò determinando una disparità rispetto ad altre categorie professionali, la disciplina italiana può comunque contare su un quadro costituzionale e codicistico che già offre garanzie significative in tema di tempo di lavoro e tempo di riposo. Basti pensare, da un lato, ai commi 1 e 2 dell'articolo 36 della Costituzione⁸², che sanciscono il diritto del lavoratore a una retribuzione proporzionata e a orari che non compromettano la dignità della persona, e, dall'altro, agli articoli 2043 e 2087 del codice civile, che fondano rispettivamente la responsabilità extracontrattuale e l'obbligo dell'imprenditore di adottare tutte le misure idonee a tutelare l'integrità fisica e psichica del dipendente. A tali principi si affiancano, inoltre, alcune clausole generali di matrice costituzionale, come il diritto «ad essere lasciato in pace», riaffermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 90/2024⁸³, nonché i diritti fondamentali alla salute (art. 32 Cost.; art. 32 c.c.) e alla vita privata (artt. 2 e 14 Cost.; art. 8 c.c.). Merita attenzione, con specifico riferimento all'art. 2087 c.c., una significativa pronuncia di merito, la quale ha escluso che tale violazione possa automaticamente tradursi in una condotta di natura persecutoria o vessatoria. Secondo i giudici di prime cure, infatti, l'inosservanza del diritto del lavoratore a non essere costantemente reperibile non integra di per sé una fattispecie di *mobbing* o di *straining*, se non accompagnata da

⁸¹ Cass. civ., Sez. lavoro, 21/10/2003, Sentenza, n. 15734; Cfr. M. ALTIMARI, *L'effettività del diritto alla disconnessione: una sfida per il diritto del lavoro*, cit. p. 69.

⁸² V. LECCESE, *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari, 2001, pp. 21-22.

⁸³ C. Cost., 20 maggio 2024, n. 90, *Gazz. Uff.*, 22 maggio 2024, n. 21 – Prima serie speciale.

ulteriori elementi idonei a dimostrare un intento lesivo sistematico o una pressione psicologica reiterata. In tal senso, il riconoscimento di una violazione dell'art. 2087 c.c. richiede una valutazione complessiva del contesto organizzativo e relazionale, onde verificare se la lesione del diritto alla disconnessione si è tradotta, effettivamente, in un pregiudizio alla salute o alla dignità professionale del lavoratore⁸⁴.

Nonostante l'assenza di una normativa *ad hoc*, la protezione del lavoratore trova ancora oggi un fondamento solido in queste garanzie di rango superiore. L'articolo 19 della Legge n. 81/2017 è rimasto a lungo la prima e unica fonte normativa a occuparsi, seppur indirettamente, del cosiddetto «diritto alla disconnessione», introducendo misure atte a prevenire il fenomeno dell'*always-on*⁸⁵, sebbene imponendo un'evidente necessità di eterointegrazione da parte della contrattazione collettiva⁸⁶. Solo con l'avvento della pandemia da SARS-Cov-2 il legislatore è intervenuto nuovamente: il D.L. n. 30/2021, convertito nella L. n. 61/2021, ha riconosciuto espressamente «al lavoratore che svolge l'attività in modalità agile il diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche [...] per tutelare i tempi di riposo e la salute del lavoratore» (art. 2)⁸⁷. A tale disposizione si è aggiunto il "Protocollo nazionale sul lavoro agile nel settore privato" del 7 dicembre 2021, siglato dal Ministero del Lavoro insieme alle principali associazioni datoriali e organizzazioni sindacali, con l'obiettivo di offrire linee guida comuni per la contrattazione collettiva a livello nazionale, territoriale e aziendale⁸⁸. L'articolo 3 del Protocollo individuava, per i lavoratori in *smart working*, una fascia oraria di disconnessione, accompagnata da misure tecniche e

⁸⁴ Tribunale di Torre Annunziata, Sez. lavoro, Sentenza, 30/05/2023, n. 811; sullo stesso tema, Corte d'Appello di Sassari, Sez. lavoro, Sentenza, 22/02/2023, n. 38; Cass. civ., Sez. lavoro, Sentenza, 25/07/2013, n. 118093/2013.

⁸⁵ R. ZUCARO, *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale*, *Labour & Law Issues*, 2019, v. 5, n. 2, p. 220.

⁸⁶ R. DI MEO, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, cit., p. 28.

⁸⁷ R. SANTUCCI, *Notazioni sul diritto alla disconnessione*, in A. BELLAVISTA, E. GRAGNOLI, F. SANTONI (a cura di), *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 215-234.

⁸⁸ R. SANTUCCI, *Notazioni sul diritto alla disconnessione*, cit., p. 229 e ss.

organizzative volte a rendere effettivo il diritto *de quo*⁸⁹. Più recentemente, il 20 aprile 2025, è stato presentato al Senato il nuovo disegno di legge S-1290, recante “Disposizioni in materia di diritto alla disconnessione”⁹⁰. Il testo mira, da un lato, a conferire piena dignità giuridica al diritto in questione e, dall’altro, ad ampliarne l’ambito di applicazione, includendo tra i beneficiari non soltanto i lavoratori subordinati, ma anche gli autonomi e i liberi professionisti. Centrale, nell’impianto del d.d.l., è il ruolo assegnato alle parti sociali e alla contrattazione collettiva (art. 3, comma 1; art. 6, comma 1), in continuità con l’approccio adottato dal legislatore negli anni precedenti. Il disegno di legge, inoltre, ribadisce un principio già riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità: la «disponibilità» e la «reperibilità»⁹¹ rientrano a pieno titolo nell’orario di lavoro, ma al di fuori di esso il lavoratore ha diritto a non ricevere alcun tipo di comunicazione proveniente da strumenti tecnologici specificamente indicati⁹², con la sola eccezione di quelle classificate come «di necessità o urgenza» (art. 3, comma 3), a condizione che siano adeguatamente motivate. In assenza di specifiche previsioni contenute nei contratti collettivi, il disegno di legge introduce il divieto assoluto di contatti fuori dall’orario di lavoro e prevede, in caso di violazione, l’irrogazione di sanzioni amministrative (art. 7), escludendo, inoltre, la possibilità di deroghe tramite accordi individuali.

Sebbene il d.d.l. S-1290 rappresenti un passo avanti nel tentativo di limitare i rischi connessi al modello *always-on* e pur contenendo aspetti di indubbio valore, una parte della dottrina ha sollevato critiche in merito alla sua impostazione. In particolare, è stato osservato come la scelta di introdurre una disciplina autonoma finisca per frammentare ulteriormente il quadro normativo, suggerendo piuttosto

⁸⁹ Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (2021), *Protocollo Nazionale sul Lavoro Agile nel settore privato*, <https://www.lavoro.gov.it>

⁹⁰ Senato della Repubblica (XIX Legislatura), *Fascicolo Iter. DDL S. 1290. Disposizioni in materia di diritto alla disconnessione nei rapporti di lavoro*, 20/04/2025.

⁹¹ Cass. Civ., Sez. lav., Sentenza, 24/03/2023, n. 8508.

⁹² Si fa specifico riferimento a «telefono, mail, servizi di messaggistica istantanea o piattaforme di collaborazione» (art. 2).

un'integrazione nel D.Lgs. n. 66/2003⁹³ in materia di orario di lavoro. Il testo, inoltre, viene ritenuto eccessivamente generico e impreciso, talvolta in contrasto con la Raccomandazione dell'Unione europea del 21 gennaio 2021, dalla quale sembra discostarsi senza recepirla integralmente, e privo di un coordinamento organico con le norme già vigenti nell'ordinamento nazionale. Ne emerge, dunque, un quadro ancora in via di consolidamento, che riflette la difficoltà, per il diritto, di tenere il passo con le trasformazioni radicali introdotte dal lavoro digitale e dalla pervasività delle tecnologie di connessione.

6. Considerazioni conclusive

La disconnessione assume oggi un valore paradigmatico, rappresentando la riconquista di spazi personali sottratti all'invadenza del lavoro e alla logica della produttività costante. Non si tratta più di un tema circoscritto alla regolazione dei rapporti di lavoro, ma di un riflesso di una più ampia riflessione sociale sull'equilibrio tra innovazione, efficienza e qualità della vita, sulla necessità di preservare la dignità e la centralità della persona. In un contesto di iperconnessione e modello *always on*, la disconnessione emerge come forma di resistenza culturale, strumento per proteggere il tempo libero, la cura di sé e gli spazi di autonomia individuale, evitando che la tecnologia domini ogni ambito dell'esistenza. La sua tutela va oltre la sfera normativa, richiedendo la costruzione di una cultura condivisa, di pratiche sociali interiorizzate e di un'etica della responsabilità. Inserita nel più ampio concetto di cittadinanza digitale, la disconnessione permette una partecipazione consapevole e critica a un ecosistema tecnologico che altrimenti rischierebbe di subordinare l'individuo alle logiche algoritmiche, riaffermando l'equilibrio tra sviluppo digitale, diritti fondamentali e benessere collettivo e delineando un nuovo patto sociale sostenibile.

⁹³ In attuazione della Direttiva 93/104/CE e 2000/34/CE. Sul dibattito si rimanda a D. CALDERARA, *Garanzia della disconnessione nel rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2024.

Never again. UNESCO sites of memory, between cultural heritage protection and prevention of gross violations of human rights

di

Federica Mucci*

Sommario: 1. The challenge of sites of memory associated with recent conflicts in the UNESCO World Heritage Convention. – 2. Structural problems for the recognition of Outstanding Universal Value through association with memory. – 3. A core issue: avoiding conflictual debates and decisions. – 4. Guiding Principles and a Mechanism to Notify Contestations are adopted in 2023. – 5. The previous controversial amendment of the general guidelines of the UNESCO Memory of the World Programme. Similarities and differences. – 6. The required information about synergy with reconciliation processes, inclusive and multi-dimensional interpretation strategies and education and information programmes. – 7. History, memory, conscience in the World Heritage Convention. – 7.1. 'Intrinsic' OUV of places through direct or tangible association with memory of gross violations of human rights: the marks of the past. – 7.2. Sites of memory as a complex paradigm of the extrinsic nature of OUV: the commitment for the future. – 8. Necessary features of this kind of associative OUV: a focus on the inclusivity of the processes and the universality of the 'mirrored values'. – 9. The inscription of the Cambodian site of memory in 2025: a clear 'never again' value protected within the framework of the World Heritage Convention.

1. The challenge of sites of memory associated with recent conflicts in the UNESCO World Heritage Convention.

The evaluation of the cultural Outstanding Universal Value (OUV) of some sites of memory associated with World War II for inclusion in the World Heritage List (WHL) seldom appeared on the agenda of the UNESCO World Heritage Committee (WHC) in the implementation of the Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage (World Heritage Convention)¹. Recently, the issue of sites associated with recent conflicts and other

* Associate Professor of International Law, Tor Vergata University of Rome.

¹ Concluded on 16 November 1972 and in force since 17 December 1975, it is "one of the legal frameworks most analysed by academics" (S. LABADI, *The World Heritage Convention at 50: management, credibility and sustainable development*, in *Journal of Cultural Heritage Management and Sustainable Development*, 2024, Vol. 14 No. 4, 750-764, 750).

negative and divisive memories has been the subject of an in-depth reflection within the WHC. In January 2023 it adopted a common conceptual framework and procedural solutions to be applied in case of contestations of this kind of candidatures to the WHL².

This topic is extremely challenging in terms of the convention's main feature (the OUV) and most of its established working methods. The legal framework of the convention seemed to offer a way out dismissing it as 'normally' not related to its object and purpose³. Yet, States Parties demonstrated that their interpretation of the convention does not, in principle, exclude this type of site from its scope of application.

The measure of this challenge can be better appraised taking into consideration the *acquis* of the World Heritage Convention. Its universal ratification status and the 1248 properties listed in the WHL to date give a clear idea of its success. States voluntarily nominate immovable properties within their territory for inscription in the WHL, to better protect their cultural, natural or mixed OUV. Before deciding on the nominated sites, the WHC takes into consideration the recommendations formulated by its advisory bodies – for cultural sites the International Council of Monuments and Sites (ICOMOS). If the WHC recognizes the OUV of nominated properties it inscribes them and a specific joint commitment to protection is established between the territorial State and the Committee, acting on behalf of the interest of all the States Parties. Cooperative procedures are specified in the operational guidelines of the convention, adopted and revised by the WHC⁴.

The WHL is the most prominent feature of the World Heritage Convention. Identification of the specific OUV of each site is central for its inscription and monitoring, three macro-categories for cultural sites are directly defined in the text of the convention (monuments, groups of buildings, sites), and ten general criteria

² See UNESCO Doc. 18 EXT.COM 4.

³ See O. BEAZLEY and C. CAMERON, *Study on sites associated with recent conflicts and other negative and divisive memories*, May 2, 2020 (UNESCO Doc. WHC/21/44.COM/INF.8.2), 31.

⁴ On the structure of the 1972 UNESCO Convention see F. FRANCIONI and F. LENZERINI (edited by), *The 1972 World Heritage Convention. A Commentary. Second Edition*, Oxford, 2023.

for the identification of the OUV are detailed in the operational guidelines, six of them pertain to OUV of cultural sites.

The credibility of the convention is based on a very delicate balance between State sovereignty and common interest, and between technical and political assessment of the OUV. Despite the convention's well-established reputation, criticism is raised about the progressive politicisation of the work of the WHC, mainly because its decisions about inscriptions are frequently deviating from the opinion of its advisory bodies⁵.

Assessing candidatures to the WHL of sites of memory associated with recent conflicts could be particularly risky in terms of excessive politicization of the works of the WHC, for reasons linked to the structure and *ratio* of the convention.

2. Structural problems for the recognition of Outstanding Universal Value through association with memory.

Advice for a very cautious enlargement of the WHL to sites of memory was given by ICOMOS already in 1979, when the Auschwitz concentration camp was inscribed in the WHL. ICOMOS advised the WHC to take an extremely selective approach to "sites representing the positive and negative sides of human history" since they "will only be invested with real force if we make the most remarkable into unique symbols, each one standing for the whole series of similar events"⁶. Following the advice of ICOMOS, the Committee specified at the time of the inscription that it "decided to enter Auschwitz concentration camp on the List as a unique site and to restrict the inscription of other sites of a similar nature"⁷.

⁵ See, among others, E. BERTACCHINI, C. LIUZZA, L. MESKELL, D. SACCONI, *The politicization of UNESCO World Heritage decision making*, in *Public Choice*, 2016, Vol. 167, 95–129; L. MESKELL, *A Future in Ruins*, Oxford, 2018.

⁶ See *Comparative Study for Nominations and Criteria for World Cultural Heritage* (UNESCO Doc. CC-79/CONF.003/11, Annex); for a more recent study on the overall situation of cultural sites inscribed in the WHL see ICOMOS, *The World Heritage List. What is OUV? Defining the Outstanding Universal Value of Cultural World Heritage Properties, an ICOMOS Study Compiled by Jukka Jokilehto, with contributions from Christina Cameron, Michel Parent and Michael Petzet*, Berlin, 2008.

⁷ See UNESCO Doc. 3 COM XII.46.

The worry was not specifically related to places linked to negative events. Even positive historical references were critically evaluated, if the only reason for recognition of OUV was to be found through the criterion (vi) – usually referred to as the ‘associative criterion’. The letter of the Convention does not rule out such a possibility, but “the List, before it can be considered as exhaustive, must concentrate not so much on the endless places which have been the theatre of the passing glories of men (artists and other alike), as on the great works which they have created”⁸.

This idea of a WHL that could at a certain point be considered ‘exhaustive’ has not been confirmed. The number and complexity of the categories of world heritage sites have grown considerably, through a constant deepening of the common conceptual framework for the implementation of the convention⁹. The new inscriptions of sites that satisfy a good number of the criteria for the recognition of OUV are decreasing¹⁰, and the overall annual rate of inscriptions has been limited to preserve the credibility of the WHL¹¹. The documental apparatus of the convention is impressive. However, places of memory pose real structural problems.

The first structural problem for the recognition of OUV through association with memory is that only one of the ten general criteria for the recognition of OUV, precisely ‘associative’ criterion (vi), “should preferably be used in conjunction with other criteria”¹². For values associated with historical narratives, this *caveat* is particularly relevant, considering that “while events may be proven, including in a

⁸ See *Comparative Study for Nominations and Criteria* cit., 65-6.

⁹ In 1992 ‘cultural landscapes’ were formally included in the Operational Guidelines of the Convention (see par. 47 of the *Operational Guidelines* of the World Heritage Convention (UNESCO Doc. WHC.25/01). ICOMOS refers to several categories of cultural sites (*inter alia*, urban or rural ensembles and settings, cultural routes, vernacular architecture, heritage of the industrial age; see ICOMOS, *The World Heritage List. What is OUV?* cit., 7.)

¹⁰ See M. DATTILO, F. PADOVANO, Y. ROCABOY, *More is worse: the evolution of quality of the UNESCO World Heritage List and its determinants*, in *Journal of Cultural Economics*, 2023, Vol. 47, 71–96.

¹¹ Rules to this effect were adopted by the WHC in 2000 and amended in 2004.

¹² See par. 77 of the *Operational Guidelines*.

court of law, historical narratives are viewpoints that, by definition, are partial”¹³, and statements of OUV are descriptions of values, not evidence of events.

The structure for implementing the convention is adapted to the tangible and immovable nature of the protected properties; the effectiveness of the dialogue procedures between States and the WHC is based on a shared technical approach applicable to properties with these characteristics. The OUV is protected through the identification of some elements that are materially present in the core zone of each site, and the association with intangible elements as the memory values is extremely problematic in this “property-based convention”¹⁴.

By 2020, eighteen sites could be clearly identified as sites associated with recent conflicts or other negative memories, inscribed under criterion (vi); only four of them (Auschwitz, Robben Island, Hiroshima and the Mostar Bridge) were associated with recent conflicts¹⁵. The decision in 2023 by the WHC was necessary because States were planning to submit an increasing number of nominations of this kind. Following the decision, the moratorium on six sites associated with recent conflicts was terminated, three sites of memory were inscribed in 2003 (the *Funerary and memory sites of the First World War (Western Front)* in Belgium and France; the *ESMA Museum and Site of Memory – Former Clandestine Centre of Detention, Torture and Extermination* in Argentina; the *Memorial sites of the Genocide: Nyamata, Murambi, Gisozi and Bisesero* in Rwanda), one in 2024 (the *Human Rights, Liberation and Reconciliation: Nelson Mandela Legacy Sites* in South Africa) and one in 2025 (*Cambodian Memorial Sites: From centres of repression to places of peace and reflection*)¹⁶.

A second structural problem pertains to the fact that the World Heritage Convention is modelled on fixed values, while sites of memory are meeting places for different narratives, which are often subject to a long process of gradual

¹³ See the *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights on the issue of the writing and teaching of history*, UN Doc. A/68/296, 5.

¹⁴ See O. BEAZLEY, C. CAMERON, *op. cit.*, 20-1.

¹⁵ *Ivi*, Appendix E.

¹⁶ *Brâncuși Monumental Ensemble of Târgu Jiu*, in Romania, was also suspended and then inscribed in 2024 under criteria (i) and (ii), not as a site of memory.

refinement and metabolization. The formal recognition of OUV could therefore be interpreted as the undue confirmation of a singular version of a narrative associated with a conflict, excluding others.

A third structural issue is the very problematic nature of the comparative analysis required to assess the OUV. Only the most representative sites should be inscribed in the WHL. Comparing tragic historical events is particularly difficult and easily controversial.

Given that “the WHL is intended to ensure the protection of only a select list of the most outstanding sites from a comparative and a universal viewpoint” and “not all sites of memory associated with recent conflicts could satisfy the threshold of the OUV, as with all other sites”¹⁷, the comparative analysis for this kind of sites must still be carried out. Though it should not imply an impossible comparison among the “greatness” of human rights violations – or other tragedies, like war –, the language used in each decision of inscription reflects the reaching of a threshold. For instance, this language is included in the specific definitions of OUV of three inscribed sites of memory associated with tragic historic events that include genocide: “one of the greatest crimes ever perpetrated against humanity” (Auschwitz), “the sudden intensity of the genocide, the scale of the massacre” (Rwandan memorial sites), “the scale and impact of these events” (Cambodian memorial sites)¹⁸.

The Guiding Principles adopted in 2023 do not offer substantial elements on how the comparative analysis of sites of memory should be carried out. The implementation practice of the convention seems to indicate that a detailed comparative analysis should be conducted both at the international level, highlighting similarities and differences with comparable sites in the world, and at the national level, in particular to explain the reason why the specific places

¹⁷ See UNESCO Doc. 18 EXT.COM 4, *considerandum* n. 5.

¹⁸ See UNESCO Docs. WHC/16/40.COM/8E.Rev, 49, WHC/24/46.COM/8B, 82 and WHC/25/47.COM/INF.8B1, 78.

included in a serial site of memory have been chosen among the many memorial sites existing in the State¹⁹.

3. A core issue: avoiding conflictual debates and decisions.

The 2023 WHC decision was based on the results of an Open-ended Working Group that carried out its work between 5 November 2021 and 24 June 2022²⁰. The decision that established the Working Group takes note at the same time that “some experts considered that sites associated with recent conflicts *do not relate to* the purpose and scope of the World Heritage Convention”, while an Inter-Ministerial meeting concluded that “sites associated with memories of recent conflicts *do relate to* the purpose and scope of the World Heritage Convention”²¹. This contradiction is due to the fact that the conceptual framework of some studies “has included negative and divisive memories and cannot therefore be correct”²².

The problem, however, is how to prevent sites associated with negative and divisive memories from being submitted to the WHC in the first place. The adjective ‘negative’ is used here to describe the values of memory, not historical facts, and is therefore clearly inadequate for identifying OUV, which, by definition, is a common positive interest of the international community.

This is a core legal issue and political risk posed by the candidature of sites of memory to the WHL. If sites associated with negative and divisive memories conveying to hatred are nominated for inscription in the WHL there are risky consequences in terms of ‘building the defences of peace’²³, and to inscribe them in the WHL would by definition go against the concept of OUV.

After a complex debate, the WHC decided that all proposals should be considered on a case-by-case basis as “no organ is entitled to declare the content of a memorial

¹⁹ See *infra*, par. 7.1.

²⁰ The Group had an average attendance of 85 to 90 States Parties (see UNESCO Doc. WHC/23/18.EXT.COM/INF.4, par. 3).

²¹ See UNESCO Doc. 44 COM 8, paras. 4 and 5.

²² *Summary Records of the extended forty-fourth session of the WHC*, UNESCO Doc. WHC/21/44.COM/INF.19, 273.

²³ See UNESCO Constitution, Preamble.

as divisive by nature before any analysis”²⁴ and sites associated with memories of recent conflicts have great potential related to the purpose, spirit and scope of the World Heritage Convention²⁵. “In many cases, spaces of memory can help contemporary society, especially future generations, to resolve some differences inherited from negative events, for the construction of peace through recognition and justice”²⁶.

4. Guiding Principles and a Mechanism to Notify Contestations are adopted in 2023.

The 2023 decision is twofold. On one hand it establishes some shared common technical language through providing some definitions and identifying guiding principles, on the other hand it adopts a procedural mechanism to notify contestations. The first aspect is strictly linked to the structural issues for the recognition of OUV²⁷. The mechanism is designed to avoid the risk of conflictual debates, through allowing and encouraging fruitful dialogue between States before the issue comes to the WHC.

According to the mechanism, newly submitted nominations are uploaded on the World Heritage Centre’s website each year on 31 March, then States Parties may submit a contestation by 30 June and the nominating State may respond to the contestation by 30 September. The Centre has the task of facilitating dialogue among the concerned States and of presenting an information document to the WHC. If an agreement is reached on the contested matters about the proposed site of memory, the nominating State documents it to the WHC by 28 February (year 2). If by that deadline no agreement is reached, the WHC should request the concerned States to continue their dialogue, but it could decide otherwise. Whatever the outcome of the continued dialogue, the nomination file is to be re-examined at the following session of the WHC. A State Party may also contest an

²⁴ *Summary Records* cit., 273.

²⁵ *Ivi*, 271.

²⁶ *Ivi*, 275.

²⁷ See *supra*, par.2, and *infra*, paras. 6-8.

existing or newly submitted Tentative List entry, thus further anticipating the start of the dialogue procedure²⁸.

The Guiding Principles and the mechanism have been adopted by the WHC, but their legal status is not very clear. They should be included in the operational guidelines of the convention²⁹.

5. The previous controversial amendment of the general guidelines of the UNESCO Memory of the World Programme. Similarities and differences.

In 2021 the general guidelines of the UNESCO Memory of the World Programme (MoW) were reformed, including a procedure to avoid contested inscriptions in the International Register of the MoW (MoWIR). The mechanism adopted by the WHC was in part inspired to this procedure in MoW, but in fact differences between the two solutions are quite significant.

MoW was born as a “tiny programme”, if compared to the World Heritage Convention³⁰. Adopted by UNESCO in 1992 for the protection of documentary heritage, it grew to a major cooperation tool, thanks to the development of fruitful communication and synergies among professionals in the archives field³¹. Attracting widespread universal attention not only from the technical environment of archives professionals but also from the public at large, and from high political organs within States, it was further enhanced, but it also began to experience serious problems because of dissonant historical narratives³².

²⁸ See UNESCO Doc. 18 EXT.COM 4, par. 16.

²⁹ See C. CAMERON, *Make it official! World Heritage guidelines for sites of recent conflicts*, 7 July 2025, <https://www.ourworldheritage.org/posts/make-it-official-world-heritage-guidelines-for-sites-of-recent-conflicts>, last accessed 30 October 2025.

³⁰ See K. SUH, *Unfolding the Incidental Process: Nominations Contested in the UNESCO Memory of the World Programme*, in *Asia-Pacific Journal: Japan Focus*, 2025, Vol. 23, 1–10, 2.

³¹ See R. EDMONDSON, L. JORDAN, A.C. PRODAN (edited by), *The UNESCO Memory of the World Programme: Key Aspects and Recent Developments*, Cham, 2020.

³² See CHAIR OF TECHNOSCIENCE STUDIES, BRANDENBURG UNIVERSITY OF TECHNOLOGY COTTBUS-SENFTENBERG, INSTITUTE HERITAGE STUDIES-INTERNATIONALE AKADEMIE BERLIN (INA) GGMBH, *The Future of the UNESCO Memory of the World Programme. Discussion Paper*, in *International Journal of Documentary Heritage*, 2024, Vol.1 No.1, Article 11, 1-9, 3; since the discussion was held under the Chatham House Rule, neither the participants nor their affiliations are identified in the paper).

Regional and national MoW registers are also established and functioning and “all inscriptions have equal importance in the eyes of UNESCO”³³. The first case of controversial inscription within MoW registers for reasons of historical narratives is the inclusion in MoWIR in 2013 of a documentary collection that had already been inscribed in 2010 in the regional MoW register for Latin America and the Caribbean³⁴.

Primary sources are so qualified, for MoW purposes, insofar as they are not the result of an interpretation, since even though ““history is an unending dialogue between the present and the past” [...] or, in other words, the interaction between primary sources and their ongoing interpretation”, “[t]he MoW Programme’s concern is with the preservation and accessibility of primary sources, not with their interpretation or the resolution of historical disputes”³⁵.

This marks a very relevant difference between MoW registers and the WHL, where sites are necessarily inscribed under a specific OUV, hence the issue of not yet reconciled historical narratives becomes legally relevant. It should not be so for nominations to the MoW registers, provided that the documentary heritage is authentic, original and irreplaceable. And yet, since the years 2014-2015, the International Advisory Committee (IAC) –the peak MoW body – had to deal with a number of contestations due to dissonant memories of recent conflicts.

The first event that triggered contestations by Japan in the MoW framework was the nomination in 2014 by China of the *Documents of Nanjing Massacre*, then registered in MoWIR in 2015. Another nomination submitted in 2014 by China,

³³ *General Guidelines*, paras. 7.10.2-3 (UNESCO Doc. 211 EX/10).

³⁴ The documentary collection *Life and Works of Ernesto Che Guevara: from the originals manuscripts of its adolescence and youth to the Campaign Diary in Bolivia* received a positive evaluation from the IAC and was opposed by the United States of America; nevertheless, the director general of UNESCO approved the inclusion of the item in the MoWIR (see B. MIRANDA-ZETOLA, *The Supreme Court of History? UNESCO as an Arena for Historiographic Clashes*, in R. CHRISTOFOLETTI (edited by), *Soft Power and Heritage*, Cham, 2023, 39-52, 44 *et seq.* and K. SUH, *op. cit.*, 3).

³⁵ *General Guidelines*, par. 2.4; States, though, seem very sensitive to “the unintentional effect of certifying a particular historiography” when inscribing a specific collection of artifacts as MoW (S. HUANG, *Memory, borders, and justice: The emerging morality competition over the wartime documentary heritage of Jewish refugees in East Asia*, in *Memory Studies*, 2024, Vol. 17(1), 103–120, 107.)

Archives about "Comfort Women" for Japanese Troops, was initially deferred to 2015 by the IAC, in order to let other countries join the nomination, but then a joint nomination presented by fourteen organizations from eight States was confronted by a 'rival application', so both nominations were deferred by IAC and the issue is still not solved, neither a dialogue has been opened between the two positions, despite the appointment of facilitators by UNESCO³⁶. Other open issues refer to documentary heritage of Jewish refugees in East Asia³⁷.

Within the WHC, again in 2014, similarly not yet reconciled East Asian historical narratives caused difficult debates about the candidature to the WHL of *Sites of Japan's Meiji Industrial Revolution: Iron and Steel, Shipbuilding and Coal Mining*. The proposed OUV of the site was not of associative nature, but the contestation by the Republic of Korea was about a missing reference to Korean forced labour used in the industries. Inscription in 2015 was the result of an agreement reached by Japan and the Republic of Korea with the mediation of Germany³⁸. The same kind of issue was raised for the inscription, in 2024, of the *Sado Island Gold Mines*³⁹.

These experiences led to the adoption of a controversial and highly criticized reform of the MoW's General Guidelines in 2021, and then to the adoption of the 2023 WHC decision. Although the premises are similar, the nature of the two UNESCO frameworks is substantially different⁴⁰. On one hand MoWIR – unlike WHL – should not imply interpretation issues; on the other hand, while the WHC

³⁶ See J. KIM, A.D. GORDON, *Changing politics of East Asian colonial and wartime memory in UNESCO*, in *International Journal of Asian Studies*, 2025, p. 1–22, 11 and K. SUH, *op. cit.*, 4. Pointing to a possible way forward on this issue, see E. VICKERS, *Slaves to rival nationalisms: UNESCO and the politics of 'comfort women' commemoration*, in *The Asia-Pacific Journal-Japan Focus*, 2021, Vol. 19, n. 5, 1-18, 13 *et seq.*)

³⁷ See S. HUANG, *op. cit.*

³⁸ See T. SCOVAZZI, *L'interpretazione dei beni culturali*, in *Pensar, Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza*, 2025, Vol. 30, n. 1, 1-8.

³⁹ See J. KIM, A.D. GORDON, *op. cit.*, 15-6.

⁴⁰ The two approaches can be complementary. See, in Argentina, the *ESMA Museum and Site of Memory*, inscribed in 2023 the WHL, and *The Human Rights Documentary Heritage 1976-1983 – Archives for Truth, Justice and Memory in the Struggle Against State Terrorism*, inscribed in 2007 in the MoWIR; in Cambodia, the *Cambodian Memorial Sites: From centres of repression to places of peace and reflection*, inscribed in 2025 in the WHL and *Tuol Sleng Genocide Museum Archives*, inscribed in 2009 in the MoWIR.

is an intergovernmental organ, the IAC is composed by fourteen international experts serving in a personal capacity⁴¹.

The main aspects of the 2021 MoW reform consist respectively: in the capacity of proposing a candidature to the MoW registers only through a national government body, exception made for some international organizations that may submit a nomination through the MoW Secretariat⁴² (previously, also each archival institution was directly empowered to present its candidature to the IAC); in a totally new reason for inadmissibility of nominations for “documents that promote issues and ideas in opposition to the purposes and principles of the Charter of the United Nations and of the UNESCO Constitution and/or promote any form of denial of human rights, foster hate speech or promote racist or discriminatory rhetoric”⁴³; in the introduction of an incidental process for contested nominations; in transferring the power to adopt the final decision of inscription in the MoWIR from the Director general to the Executive Board of UNESCO.

Reserving to States the power to present nominations to the IAC and shifting final decisions from the UNESCO Director general to an intergovernmental organ in fact aligned the MoW programme with other UNESCO programmes, such as the Man and Biosphere Reserve and Geoparks. The former rules were exceptional in the international scenario, being at the same time very commendable, for their focus on the best possible solutions from the technical point of view, and very risky. It was predictable that the intergovernmental level, not being included in the system, would find ways to assert its relevance.

Two other aspects of the MoW reform, however, appear inadequate. The mechanism for contested nominations presupposes fruitful ongoing dialogue directly between the nominating State and the contesting State, with no time limit, and does not sufficiently regulate the facilitator role of the IAC⁴⁴. A purely technical position, expressed by the IAC and its subcommittees, is directly confronted with

⁴¹ “They will not seek or accept instructions from governments or other authorities” (*General Guidelines*, par. 5.1.1.2).

⁴² *General Guidelines*, par. 8.5.1.4.

⁴³ *General Guidelines*, par. 8.2.2.

⁴⁴ See J. KIM, A.D. GORDON, *op. cit.* and K. SUH, *op. cit.*

the position of each State. At this stage, it is not possible within MoW to make use of what we might call an 'intergovernmental clearing house'; the final reference to the UNESCO Executive Board⁴⁵ cannot adequately perform this function.

On the other hand, the new possible reason for inadmissibility of nominations on the basis of the contents of the documentary heritage⁴⁶ may conflict with the UNESCO Constitution, calling for the "unrestricted pursuit of objective truth"⁴⁷. This new provision seems to distort the meaning of inscriptions in the registers – and in fact of the whole MoW – as if documents *per se* can promote issues and ideas in opposition to the values of peace and human rights. The programme should be grounded, instead, on the promotion and facilitation of maximum inclusive access to, and use of, documentary heritage, that, *inter alia*, "[...] provides the means for understanding social, political, collective as well as personal history. It can help to underpin good governance and sustainable development [...]"⁴⁸.

The solution adopted in 2023 by the WHC seems more consistent, useful and balanced. The Mechanism to Notify a Contestation cannot guarantee to reach an agreement before decision is required by the WHC, but it has the merit of not suspending *sine die* the evaluation of the nomination. The nomination file will still be re-examined at the following session of the WHC, even if an agreement is not previously reached in the dialogue between the nominating State and the State submitting the contestation. This leaves room to scenarios of conflictual international confrontation before the WHC, but the role of the World Heritage Center as facilitator of the dialogue and the basic common language of the Guiding Principles should be of substantial help to develop consensual solutions.

⁴⁵ *General Guidelines*, par. 8.5.3.5.4.

⁴⁶ *General Guidelines*, par. 8.6.5.2.

⁴⁷ The 2017 text of the General Guidelines explained that inscription on a MoW Register recognised the significance of a document (either positive or negative) and did not indicate any approval of its content by MoW (see CHAIR OF TECHNOSCIENCE STUDIES, *op. cit.*, 4.)

⁴⁸ See the 2015 UNESCO *Recommendation Concerning the Preservation of, and Access to, Documentary Heritage Including in Digital Form, Definitions* and par. 3.2.

6. The required information about synergy with reconciliation processes, inclusive and multi-dimensional interpretation strategies and education and information programmes.

Including specific procedures to handle the contestation of nominations is a way to prevent the occurrence of highly conflictual debates in the UNESCO organs at the last stages of a process that begins when each State conceives the idea of a nomination in the UNESCO lists. Fruitful action should be taken to prevent the final conflictual scenario through establishing clear consensual rules about the requisites for inscription. To this effect, the Guiding Principles adopted in 2023 by the WHC provide a specific conceptual framework and identify specific new subsections and information that should be included in the nomination file for sites of memory associated with recent conflicts.

For the purpose of “ensuring an objective appraisal of nominated properties while mitigating as much as possible the presence of subjective elements”, the Guiding Principles are functional “to address OUV as a fixed value system to support ongoing reconciliation processes, and [...] to ensure proper consideration of the interrelationship between material and immaterial values, as conservation is at the core of the Convention”⁴⁹.

In the Guiding Principles, the wide definition of ‘conflict’ covers “events such as wars, battles, massacres, genocide, torture, military occupations, movements of self-determination, resistance movements, liberation movements from colonization, apartheid and occupation, exile, deportation and mass violations of human rights and events or actions that could potentially impact the territorial integrity of States”. Conflicts are ‘recent’ if the events have occurred from the turn of the twentieth century, yet it is “understood that the sensitive nature of memories resulting from conflict can endure for centuries beyond that temporal framework”. The definition of ‘sites of memory’ covers “places where an event happened that a nation and its people (or at least some of them) or communities want to remember”

⁴⁹ See UNESCO Doc. WHC/23/18.EXT.COM/INF.4, paras. 5, 6 and 8.

and sites associated with recent conflicts are specific because they are linked to their memorial aspect and commemorate the victims of these conflicts⁵⁰.

Under these premises, the new sub-sections that should be included in the nomination file for sites of memory associated with recent conflicts are about “interpretation strategy” and “education and information programmes”. Although not providing for a specific sub-section, it is also indicated that the nomination text shall document the reconciliation process and demonstrate that the nomination of the site is not interrupting the process of dialogue and reconciliation.

The interpretation strategy is conceived as multi-dimensional, since differing views and narratives are to be taken into consideration. It embraces the place’s historical past and its present-day meanings, through the physical location at the place where conflict has taken place, in a dialogue and peace-building perspective. It needs to promote involvement of all stakeholders in the development of interpretation for the site⁵¹.

The education and information programmes are to be inspired by the high ethical and scholarly standards of the UNESCO Global Citizenship Education programme and the inclusion of multiple narratives, based on sound research and comparative analysis using documentary and archival sources, testimonies and material evidence. It is stated that “[s]ites of memory associated with recent conflicts have the potential to teach preventive lessons and promote reconciliation and peace” thus explicitly including an early preventive – that may also be defined precautionary – approach in the identification of the OUV⁵².

These indications are the result of a successful *consensus*-building effort fostered by the intergovernmental WHC and usefully operationalise some key issues for the nomination of this very complex kind of world heritage sites.

⁵⁰ See UNESCO Doc 18 EXT.COM 4, par. 11.

⁵¹ On inclusivity see *infra*, par. 8.

⁵² See UNESCO Doc 18 EXT.COM 4, par. 12(e) and (f). With reference to a sort of precautionary principle for the prevention of genocide, see A. PIETROBON, *Un giudice internazionale per il negazionismo?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali, I Paper del Forum*, <https://www.forumcostituzionale.it/>, last accessed 30 October 2025.

7. History, memory, conscience in the World Heritage Convention.

Sites of memory associated with recent conflicts are not 'just' historic sites, even though the historical significance is in general extremely relevant in the World Heritage Convention. A decisive role is played by the historical value for a great number of world heritage sites; as 'art historical value' it may be combined with the artistic/aesthetic value, or as testimony to the history of science it can be connected with the scientific value. Consequently, the historical value is an integral part of all the six criteria for the assessment of cultural OUV, and also of the first two criteria for the assessment of natural OUV. OUV is never, though, about history *per se*.

Sites of memory may 'transition' to sites of history, becoming historical markers but at the same time "slipping out of collective memory" into an "historical memory" that lacks the "embodiment of memorial consciousness' unique to sites of memory". They could be seen as "unintentional monuments" and often have a dual purpose, "as a private/sacred space for mourning and quiet reflection, and a public/educative space for education and potential reform of humanity at large to prevent future atrocities"⁵³.

The common references in the technical structure for the implementation of the World Heritage Convention must be strong on some focal issues, but also flexible enough to be applicable in each relevant case. Not by chance the wording of the Guiding Principles adopted in 2023 by the WHC does not refer to 'unintentional monuments'. In 2023 *Funerary and memory sites of the First World War (Western Front)* were inscribed in the WHL under criteria (ii), (iv) and (vi). They were intentionally constructed as public monuments, but they have also become the focus of collective memory, emphasizing mourning and reflection. The justification of OUV in this case is not limited to – but anyway including – criterion (vi) for the association with memory. They "bear witness to a tradition that remains alive" and "highlight the values of equality and human dignity"⁵⁴. Maybe they do not qualify as Sites of

⁵³ See O. BEAZLEY AND C. CAMERON, *op. cit.*, 2, 15 *et seq.*

⁵⁴ See UNESCO Doc. WHC/25/47.COM/8B.Add, 20

Conscience according to the specific requirements that have been elaborated through the work of the International Coalition of Sites of Conscience (ICSC), yet, the statement of OUV underlines a shared commitment to support universal 'mirrored values' through a conscience approach⁵⁵.

The inscription in 1978 of the *Island of Gorée* (Senegal) in the WHL is a very different case of site of memory associated with negative events. Even though it predates the foundation of the ICSC, it can be seen as an attempt to restore a memory that has been weakened⁵⁶, thus preventing the transition from site of memory to 'just' site of history. The island was inscribed under criterion (vi) alone, because it "testifies to an unprecedented human experience in the history of humanity. Indeed, for the universal conscience, this 'memory island' is the symbol of the slave trade with its cortege of suffering, tears and death [...] a pilgrimage destination for the African diaspora [...] a space for exchange and dialogue between cultures through the confrontation of ideals of reconciliation and forgiveness [...]"⁵⁷.

The conscious effort to connect past to present and memory to action is the hallmark of sites of conscience. Management of these sites is characterized by the commitment to educating, interpreting history through the site, engaging in programmes that stimulate dialogue on pressing social issues, promoting humanitarian and democratic values, and sharing opportunities for public involvement. The power of sites of memory is not inherent; it must be harnessed as a deliberate tactic in the service of human rights and citizen engagement⁵⁸.

The associative OUV of the sites here under comment is with memory and 'conscience', not uniquely with history. Since they are specifically marked by negative events whose memory is still alive, it is very important but not sufficient to conserve, protect and present those marks of the past – testimony of what

⁵⁵ On 'mirrored values' see *infra*, paras. 7.2 and 8.

⁵⁶ See O. BEAZLEY and C. CAMERON, *op. cit.*, 16.

⁵⁷ See UNESCO Doc. WHC-10/34.COM/8E.Add.2, 3. UNESCO launched in 1994 the program *Routes of Enslaved Peoples* (see <https://www.unesco.org/en/routes-enslaved-peoples>).

⁵⁸ See L. NORRIS, *What Does It Mean to Be a Site of Conscience? "Good Trouble" Across the Globe*, in *Space and Culture*, 2022, Vol. 25, n. 2, 161-167.

happened somewhere in the world, to some specific people, at a specific time. It is essential to highlight their universal positive interpretation.

7.1. 'Intrinsic' OUV of places through direct or tangible association with memory of gross violations of human rights: the marks of the past.

The notion of OUV is usually described as intrinsic, objective, and invariable, through an approach that is criticized by some scholars for not being easily reconciled with inclusivity of local communities and sustainable development, and for perpetuating a European bias⁵⁹. The interpretation conveyed in the statement of OUV for each WHL site is always a mix of intrinsic and extrinsic features, strictly interconnected. It is always necessary to identify features that are physically located within a specific area, because all the implementing apparatus of the World Heritage Convention is referred to the unambiguous physical and geographical identification of the core zone of each site (embodying OUV), and normally also of a buffer zone around it⁶⁰. This apparently leads to a predominance of the intrinsic features in this balance.

The reason why criterion (vi) for the identification of the OUV should preferably not be used alone⁶¹ is that "unlike the other nine criteria which assess the significance of the site itself, criterion (vi) first assesses the significance of the association(s), followed by a second assessment of the nature of the link between such associations(s) and the site, and by a third assessment based on comparison with other similar associations and their links to sites"⁶². Hence, when criterion (vi) is used alone, the identification of the core zone descends from the previous identification of the associated OUV, then linked to the tangible features of the site,

⁵⁹ The key criterion of authenticity was immediately at the center of the need to find a consensus on universal technical language, not European-biased (see S. LABADI, *Discordances in the Application of the 1972 World Heritage Convention: Is it Fit for Purpose in the 21st Century?* UNESCO, Cultural Heritage, and Outstanding Universal Value: Value-based Analyses of the World Heritage and Intangible Cultural Heritage Conventions, Lanham and Plymouth, 2013).

⁶⁰ *Operational Guidelines*, paras. 104 and 106.

⁶¹ See *supra*, par. 2.

⁶² See C. CAMERON, J. HERRMANN, *Guidance and Capacity Building for the Recognition of Associative Values Using World Heritage Criterion (vi)*, Final Report, January 2018, p. 4; the report is available online on the World Heritage Centre website: <http://whc.unesco.org/en/nominations/>).

thus inverting the usual balance in the evaluation of the intrinsic and extrinsic features of the OUV.

The link, as dictated by the wording of criterion (vi), must be “direct or tangible”. With reference to the third step of the evaluation – the comparative assessment – two serial sites of memory implied a very complex choice for the identification at the national level of the components to be included in the WHL⁶³.

The evaluation expressed by ICOMOS on the candidature of *Memorial sites of the Genocide: Nyamata, Murambi, Gisozi and Bisesero* highlighted the need to develop a comparative analysis as regards the selection of the four component parts of the site, within the hundreds of memorial sites existing in Rwanda. This was one of the main reasons that led ICOMOS in 2023 to recommend deferral⁶⁴. The Committee in 2023 decided anyway to inscribe the site in the WHL, taking into account the direct or tangible link of each of the four component parts of the property with the associated reason of OUV⁶⁵.

The comparative analysis included in the nomination of *Cambodian Memorial Sites: from centres of repression to places of peace and reflection* in 2025 was positively evaluated by ICOMOS. In this case too, the number of sites to be possibly included in the nomination was very high. ICOMOS noted that the State Party had compared the selected component parts with 196 known prison/security centre sites and 81 memorials to the victims of the genocide within Cambodia, explaining that the three component parts of the Cambodian property represent the historical narrative from the beginning of the crime to the detention and mass killing⁶⁶.

This focus on the importance of the tangible, ‘intrinsic’ aspect of the OUV for serial sites is completely different from that of a judicial assessment, although in both the aforementioned cases reference is included also to existing judicial recognition of

⁶³ Serial properties in the WHL include two or more component parts related by clearly defined links; the series as a whole – and not necessarily its individual component parts – is of OUV (*Operational Guidelines*, par. 137).

⁶⁴ See UNESCO Doc. WHC-23/45.COM/INF.8B1.Add, 5-6.

⁶⁵ See respectively UNESCO Docs. 45 COM 8B.51 and WHC/24/46.COM/8B, 82.

⁶⁶ See UNESCO Doc. WHC/25/47.COM/INF.8B1, 69, 73.

the facts related to the world heritage sites⁶⁷. Both cases also show that different kinds of components were eligible for their tangible features, considering the chosen interpretative approach.

7.2. Sites of memory as a complex paradigm of the extrinsic nature of OUV: the commitment for the future.

The interpretative approach to the site conveys the most evident and inevitable extrinsic nature of the OUV. The protected OUV is a human concept, defined in the official statements adopted by the WHC, it is not just the assessment of physical characteristics of the site *per se*. In the early years of the implementation of the convention, the necessarily extrinsic nature of the interpretation of all world heritage sites was not so clearly perceived; as the number of listed properties grew, together with the variety of world heritage sites, it became more evident⁶⁸.

Sites of memory associated with recent conflicts are peculiar with this respect. Just like their 'intrinsic' tangible features are marked by negative events, their interpretation must underline why such marks are of OUV, and the identification of positive values must be at the basis of the protection. The justification of OUV is referred to help building a better future, thanks not just to a better conservation of the places linked to the events, but mainly to the choice of sustaining universal common values through the identification and management of those places⁶⁹. This is particularly evident in the OUV of the Cambodian site of memory inscribed in 2025, but clearly true also for the other sites of memory associated with negative events⁷⁰. In the OUV statement of the Rwandan site, reference is also made to the

⁶⁷ Respectively by the International Criminal Tribunal for Rwanda and the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia.

⁶⁸ "From a present-day perspective all criteria for assessing OUV are considered to have an associative dimension" (see C. CAMERON and J. HERRMANN, *Guidance and Capacity Building* cit., 4).

⁶⁹ ICOMOS, in its evaluation of the flaws of the Rwandan memorial sites dossier, recommends development of the comparative analysis mainly "to provide a shared understanding of the causes of the massacres and the values that the nominated serial property could convey" (see UNESCO Doc. WHC-23/45.COM/INF.8B1.Add, 7).

⁷⁰ See in particular the OUV of the *Old Bridge Area of the Old City of Mostar*, UNESCO Doc. WHC-14/38.COM/8E, 55.

designation by the United Nations General Assembly in 2003 of 7 April as International Day of Reflection on the 1994 Genocide against the Tutsi in Rwanda, in a bid to encourage a commitment to the fight against genocide worldwide⁷¹.

The Guiding Principles adopted in 2023 by the WHC highlight this necessarily positive approach, stating that all sites of memory “accessible, or made accessible, to the public, represent a place of reconciliation, remembrance, peaceful reflection, and must play an educational role in order to promote a culture of peace and dialogue”⁷². Another positive approach is very clearly highlighted in the OUV of the site of Auschwitz Birkenau: “It is also a *monument to the strength of the human spirit*”. This praise of the human spirit is universal, just like the identification of the site as “a sign of warning”⁷³. The place of memory that warns us of what must never happen again anywhere in the world, at the same time is proof that the human spirit survives, giving us hope.

8. Necessary features of this kind of associative OUV: a focus on the inclusivity of the processes and the universality of the ‘mirrored values’

The conceptual shift from history to memory, and from memory to conscience, when applied to the action of States under international law, is an element that emphasises the role of public memory, particularly for transitional justice and the prevention of gross violations of human rights.

Memory could be difficult and, in some cases, it could be instrumentalised to cause conflict instead of reconciliation. On the other hand, it “could provide a starting point for a new conversation [...]. It is not an easy process, nor is it a quick one. [...] [N]ew narratives can be generated [...] narratives that counter the dangerous incitements of the old narratives and that [...] provide a much greater potential of preventing the return of old hostilities in the future. These new narratives, however, will not emerge spontaneously. They require the dedication and intention

⁷¹ See UNESCO Doc. WHC/24/46.COM/8B, 82. On the Rwandan experience, see L. GAHONGAYIRE, *The contribution of memory in healing and preventing genocide in Rwanda*, in *International Journal of Innovation and Applied Studies*, 2015, Vol. 10, n. 1, 109-118.

⁷² See UNESCO Doc. WHC/23/18.EXT.COM/6, par. 11(iii).

⁷³ See UNESCO Doc. WHC/16/40.COM/8E.Rev, 49.

of memory workers – both at the state and grassroots level – who endeavor to implement memory initiatives meant not to divide, but to unite”⁷⁴.

This is the challenge taken up by States Parties to the World Heritage Convention when they decided that sites of memory associated with recent conflicts were to be evaluated on a case-by-case basis⁷⁵. The extrinsic features of a cultural site of memory pertain to this kind of wider commitment, to work for memory initiatives meant to unite, not to divide.

Fundamental to this commitment are the provisions on the inclusivity of the processes contained in the 2023 Guiding Principles, and the new sub-sections to be inserted in the nomination dossiers⁷⁶. Pertaining to identification, presentation and management choices, they point to the fact that those inclusive processes have a major role in qualifying the OUV. This should imply that the universal value of the site can only be recognized if the choices made by the State are in line with the usual commitment to authenticity (no distortion of memories can be accepted⁷⁷) and to the universal ‘mirrored values’, especially thanks to this inclusive approach. The inclusive approach is essential to “demonstrate that the nomination of the site is not interrupting the process of dialogue and reconciliation”, as provided in the Guiding Principles. Sites of memory can be potential sites of reconciliation if they provide a space for groups to come together around shared or even contested narratives of the past, creating a sense of urgency around the sorts of narratives that stress pluralism, inclusion, and non-violent conflict resolution. Inclusivity was central in the nomination of the Rwandan site of memory; though incomplete as for the comparative analysis⁷⁸, it was quite positively evaluated by ICOMOS as for the inclusivity of the processes⁷⁹.

⁷⁴ See K. WHIGHAM, *Remembering to Prevent: the Preventive Capacity of Public Memory*, in *Genocide Studies and Prevention*, 2017, Vol. 11, n. 2, 53-71, 68.

⁷⁵ See *supra*, par. 3.

⁷⁶ See *supra*, par. 6.

⁷⁷ See UNESCO Doc. 18 EXT.COM 4, par. 12 (b).

⁷⁸ See *supra*, par. 7.1.

⁷⁹ On the testimonies collected and consultations held, see UNESCO Doc. WHC/24/46.COM/8B, 83.

Central both to authenticity and universality requirements, inclusivity of the processes is a clear common reference parameter in the WHC for sites of memory; it is also essential to bridge the fixed nature of OUV to the living nature of memory. The credibility of the convention depends on continuous fruitful international cooperation also on the *suivi*, after inscription, about the status of conservation of the recognized OUV. In other words, it is an on-going process. And memory, also, is a process. “[T]he process of building a preventive memory culture is a perpetual one. Social actors must continue to work at this process, as the risk always exists for the past to be instrumentalized to sow the seeds of strife, rather than of community”⁸⁰. The inclusiveness of processes is therefore fundamental to identifying and protecting the outstanding universal value of sites of memory.

The 2023 Guiding Principles give some concise but helpful indications about the inclusivity of the processes States should put in place, at first to prepare the nomination but then also in the on-going management of the property. The interpretation strategy to be included in the nomination dossier should describe the efforts made “so that stakeholders who have an interest in the site will be engaged in the development of interpretation for the site”. The nominating States Parties are responsible for identifying all potentially affected stakeholders that need to be involved throughout the development of the nomination and in the ensuing process, potentially affected stakeholders include, *inter alia*, other concerned States Parties, local communities and communities of interest, local governments, right holders and others⁸¹.

The challenge of fostering inclusivity in the management of the sites is particularly important for sites of memory, yet not limited to them; community involvement has been included in 2007 in the general strategic objectives to be pursued under the World Heritage Convention⁸².

⁸⁰ *Ivi*, 57.

⁸¹ See UNESCO Doc. 18 EXT.COM 4, par. 12 (c) and (d); see also *supra*, par. 6.

⁸² See M.-T. ALBERT, *Perspectives of World Heritage: Towards Future-Oriented Strategies with the Five ‘Cs’*, in M.-T. ALBERT, M. RICHON, M.J. VIÑALS, A. WITCOMB, *Community Development Through World Heritage*, Paris, 2012, 32-38.

Inclusivity is envisaged in the Guiding Principles also at the international level. “Other concerned States Parties” are the first to be mentioned in the non-exhaustive list of “potentially affected stakeholders”; “serious efforts” should be made by the nominating State to effectively include them in the process of preparation of the nomination. Even though it is not written in the Guiding Principles, it should be inferred that also States invited to participate in the preparation of the nomination should make serious efforts to accept the invitation and offer cooperation. This would be the physiological way of opening a common reasoning on different historical narratives, instead of approaching the issue only in a later phase, through the contestation mechanism. It would be the best solution to pave the way to the recognition of OUV.

The inscription in the WHL of *Hiroshima Peace Memorial (Genbaku Dome)*, in 1996, could be seen as a case calling for a wider interpretation of the universal significance of the site – not in fact really contesting it. China expressed reservations on the approval of the nomination because it “may be utilized for harmful purpose” by those “few people trying to deny” that “[d]uring the Second World War, it was the other Asian countries and peoples who suffered the greatest loss in life and property”. The United States of America dissociated from the Committee’s decision because “concerned about the lack of historical perspective in the nomination”, that should have been “placed in the appropriate historical context”, taking into consideration the events antecedent to the United States’ use of atomic weapons to end World War II, that are “key to understanding the tragedy of Hiroshima”⁸³.

This nomination highlighted the difficulty in reconciling different historical narratives⁸⁴. The topic covered by the statement of China is part of the diverging historical narratives in East Asian countries that have later affected also other

⁸³ See UNESCO Doc. WHC-96/CONF.201/21, Annex V.

⁸⁴ ICOMOS underlined, about Gembaku Dome, that: “the building has no aesthetic or architectural significance per se”, but “The overriding significance of the Dome lies in what it represents [...]” (the evaluation of ICOMOS is available in the website of the World Heritage Center, <https://whc.unesco.org/en/list/775/documents/>). The Retrospective Statement of OUV then adopted by the WHC in 2014 expresses also hope for “the ultimate elimination of all nuclear weapons” (see UNESCO Doc. WHC-14/38.COM/8E, 37).

UNESCO nominations in the WHL and in MoWIR⁸⁵. The registration of the statements by China and the USA in the summary records of the WHC offered, in fact, the opportunity to express multiple historical narratives, even if not within the adopted definition of OUV. This also may be seen as a way to be inclusive at the international intergovernmental level – though certainly not the best possible one.

Through support of inclusive processes, nominations of sites of memory may be precious occasions to enhance the contribution of the World Heritage Convention in upholding resilient peace and human rights. These sites, embodying the common interest in the memory of past negative human experiences, offer “a glimpse of people’s common humanity beyond the fractured identities that are especially prominent in conflict”⁸⁶.

The positive universal ‘mirrored value’ of a site of memory is not a generic reference to peace and human rights, it must be directly and tangibly linked to the specific characteristics of each site. It consists, on one hand, in the survival of the values of peace and human dignity despite the specific terrible circumstances of that tragedy, and, on the other hand, in the public memory practiced in such places and sustained through them, characterised by the conviction that such a tragedy must never be repeated, anywhere in the world and to the detriment of anyone.

Memory is specific by nature and WHL memory sites are directly and tangibly associated with specific sufferings, but their OUV puts those suffering in relation with the universal values of peace and human dignity, thus contributing to the early prevention of genocide and of other serious and widespread violations of human rights. The challenge of sites of memory within the WHL reflects a broader international commitment to focus on preventive action.

If memory is considered as a value protected by international law – more specifically, if it forms the basis of OUV within the scope of the World Heritage

⁸⁵ See also *supra*, par. 5. A cenotaph for the Korean victims of the atomic bomb attack on Hiroshima was erected in 1970 outside the Peace Park, then moved inside the park in 1999 (see J. KIM, A.D. GORDON, *op. cit.*, 17).

⁸⁶ See *Summary of panel discussion on history teaching and memorialization processes. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, UN Doc. A/HRC/28/36, 22 December 2014, par. 11.

Convention – it must therefore clearly reject any undue biased interpretation that conflicts with the universality of the protected values. Inclusivity, both at the domestic and at the international level, is again the central technical indication.

9. The inscription of the Cambodian site of memory in 2025, a clear ‘never again’ value within the framework of the World Heritage Convention.

The commitment of the WHC is about OUV in the WHL and must be supported by technical common language (the Guiding Principles are a first important step). Further operational implementation solutions can be devised, in particular to support inclusive participatory processes. The 2023 WHC decision in fact acknowledges a structural deficiency, States Parties and advisory bodies are encouraged to address their skill gaps in order to address the particular challenges of sites of memory associated with recent conflicts⁸⁷.

The commitment of States is, as usual, central. They are expected to nominate sites of memory in line with the object and purpose of the convention, aware that the OUV must always be identified in a positive value of universal significance, and they should make serious efforts to ensure inclusive and effective participation of all potentially affected stakeholders.

Remembering and processing memories is essential, historical negationism could be seen as a violation of the obligation to prevent⁸⁸. Memory must not be directed towards fueling a chain of hatred. The message conveyed by places of remembrance must be: never again⁸⁹. The OUV of the *Cambodian Memorial Sites: From centres of repression to places of peace and reflection* inscribed in the WHL in 2025 is crystal clear in its preventive ‘mirrored value’, underlined in a brief intervention by the Prime Minister of Cambodia just after the inscription⁹⁰. Never again.

⁸⁷ See UNESCO Doc. 18 EXT.COM 4, par. 7.

⁸⁸ For an analysis of the issue of negationism promoted or endorsed by States in international law see A. PIETROBON, *State Negationism and the Rule of Law*, in A. GATTINI, R. GARCILANDIA, P. WEBB, *Human Dignity and International Law*, Leiden, 2021, 164-180.

⁸⁹ See Resolution n. 55/13 of the UN Human Rights Council on Prevention of genocide (UN Doc. A/HRC/RES/55/13, 5 April 2024), paras. 25 and 33.

⁹⁰ See records of the 47th session of the WHC, Friday, 11 July 2025 15h-18h, at minutes 2:18:47-2:21:27 (<https://whc.unesco.org/en/sessions/47COM/records/>).

Tutti i fuori sede sono uguali, ma alcuni sono più uguali degli altri: un confronto tra i fuori sede in Italia e all'estero

di
Giuseppe Donato*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il voto 'fuori sede' in Italia. – 3. Il voto 'fuori sede' all'estero. – 4. Sulla ragionevolezza delle scelte del legislatore. – 4.1. Esigenze di lavoro e di pubblico interesse. – 4.2. Esigenze di cura. – 4.3. Esigenze di studio. – 5. Alla ricerca dell'effettività.

1. Introduzione

«Non ha diritto di votare chi non trovasi iscritto nella lista degli elettori della sezione»: così recitava l'art. 32 del decreto legislativo luogotenenziale 7 gennaio 1946, n. 1, in forza del quale i cittadini tornavano a votare – per la prima volta nella storia italiana, insieme alle cittadine¹ – dopo la caduta del fascismo, in occasione delle elezioni amministrative².

Tale disposizione, che pure si inseriva in quella fase di transizione istituzionale avviata con l'adozione della c.d. Costituzione provvisoria³, in vero non si discostava troppo da normative precedenti – quali l'art. 7 del R.D. 2 settembre 1928,

* Ricercatore in Diritto costituzionale e pubblico presso l'Università di Messina.

Il presente contributo è destinato alla pubblicazione in: E. CECCHERINI, S. PITTO (a cura di), *Fuori sede ed inclusione elettorale. Diritto di voto, mobilità e nuove forme di partecipazione democratica*, in corso di pubblicazione presso l'Editoriale Scientifica.

¹ C. TRIPODINA, 1946-2016 *La "questione elettorale femminile": dal voto delle donne al voto alle donne (una luce si intravede)*, in *Rivista AIC*, 3/2016; P. GABRIELLI, *Senza rossetto: il primo voto delle italiane*, in *federalismi.it*, 1/2017. Sul voto alle donne durante il fascismo cfr. S. MALPASSI, *"Ecco il guaio". Brevi note su donne e cittadinanza nel regime fascista a partire dalla discussione parlamentare per l'"Ammissione delle donne all'elettorato amministrativo" (l. 22 novembre 1925 n. 2125)*, in *GenIUS*, 2/2024, 145 ss.

² C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia. 1848/1994*, Roma-Bari, 2002, 404 ss.

³ D. lgs. lgt. 25 giugno 1944, n. 151; su tutti, cfr. E. CHELI (a cura di), *La fondazione della Repubblica, dalla costituzione provvisoria all'Assemblea Costituente*, Bologna, 1979.

n. 1993⁴ o, ancor prima, l'art. 17 del R.E. del 17 marzo 1848⁵ – chiaramente ispirate ai principi di un suffragio elettorale ristretto.

La rigidità della regola era mitigata a beneficio del Presidente, se elettore nel Comune, e agli altri componenti il seggio, i quali votavano «nella sezione dove esercitano l'ufficio ancorché non appartengano alla medesima»⁶; la previsione fu estesa anche ai rappresentanti di lista, ai candidati e ai membri delle forze armate e di «corpi organizzati militarmente per il servizio dello Stato» dalla legge elettorale per la Costituente, di poco successiva⁷.

Si tratta, a ben vedere, delle prime, embrionali forme di tutela del voto “fuori sede” sancite nell'ordinamento; a partire da esse, la legislazione si è sviluppata nella direzione di un progressivo ampliamento delle ipotesi, pur in assenza di un principio ispiratore unitario o, tantomeno, di un adeguato coordinamento tra le varie previsioni.

La presente ricerca, dopo una ricostruzione della normativa sul diritto di voto fuori sede in Italia e all'estero, intende valutare, anche sulla scorta del confronto fra i due modelli, la ragionevolezza delle scelte del legislatore e, quindi, i presidi all'effettività dell'esercizio del diritto di voto⁸. Nelle conclusioni, si cercherà di elaborare delle riflessioni *de iure condendo* che tengano conto, fra l'altro, dei profili strettamente pratici che attengono alla questione affrontata e che non possono non incidere sul bilanciamento operato dal legislatore.

2. Il voto ‘fuori sede’ in Italia

⁴ «L'elettore non può esercitare il proprio diritto che nel Comune nelle cui liste trovasi iscritto».

⁵ «Niuno può esercitare altrove il dritto di elettore che nel distretto elettorale del suo domicilio politico».

⁶ Cfr. art. 33, d. lgs. lgt. 7 gennaio 1946, n. 1.

⁷ Si fa riferimento al d. lgs. lgt. 10 marzo 1946, n. 74, rispettivamente all'art. 40 («[...] i rappresentanti delle liste [...] votano nella sezione, nella quale esercitano il loro ufficio, anche se siano iscritti come elettori in altre sezioni o in altre circoscrizioni I candidati possono votare in una qualsiasi delle sezioni della circoscrizione dove sono proposti» e all'art. 41 («[...] sono ammessi a votare nel Comune, in cui si trovano per causa di servizio»).

⁸ Per una corretta impostazione metodologica, l'indagine si soffermerà solo sulle normative inerenti alle consultazioni di dimensione nazionale (elezioni politiche ed europee, referendum abrogativo).

Rispetto al 1946, la normativa vigente ha esteso il novero di elettori legittimati a votare al di fuori della sezione di iscrizione, che possono idealmente suddividersi in tre gruppi⁹.

In una prima ipotesi rientrano gli ufficiali e gli agenti della forza pubblica in servizio di ordine pubblico e i membri del seggio, che possono votare nella sezione in cui «esercitano il loro ufficio», nonché i rappresentanti di lista, relativamente alla sezione «presso la quale esercitano le loro funzioni» e a condizione che siano elettori del collegio plurinominale. I candidati, in più, hanno il diritto di votare «in una qualsiasi delle sezioni del collegio plurinominale, dove sono proposti»¹⁰.

Una seconda categoria, che ricomprende «i militari delle Forze armate nonché gli appartenenti a corpi organizzati militarmente per il servizio dello Stato, alle forze di polizia ed al Corpo nazionale dei vigili del fuoco», è ammessa a votare in tutto il territorio del Comune in cui tali soggetti si trovino per causa di servizio, tramite l'iscrizione in una lista aggiunta¹¹. Nella medesima lista, inoltre, sono iscritti anche «i naviganti fuori residenza per motivi di imbarco»¹².

Da ultimo, «i degenti in ospedali e case di cura» possono votare nel luogo di ricovero; nelle strutture sanitarie più grandi, inoltre, vengono istituite delle apposite sezioni elettorali, in cui può confluire, al momento della revisione annuale delle liste, anche il «personale di assistenza dell'Istituto»¹³.

Le predette cause giustificative del voto fuori sede possono ricondursi, a legislazione vigente, soltanto a esigenze di *pubblico interesse* circoscritte alla tornata elettorale, di *lavoro*, nei limiti definiti, e di *cura*¹⁴.

⁹ D.P.R. 30 marzo 1957, n. 361, spec. artt. 47-53.

¹⁰ Art. 48, D.P.R. n. 361/1957.

¹¹ Art. 49, D.P.R. n. 361/1957.

¹² Art. 50, D.P.R. n. 361/1957.

¹³ Artt. 51-52, D.P.R. n. 361/1957.

¹⁴ A quelle elencate, in vero, va aggiunta l'ipotesi del voto dei detenuti, che risponde a principi (e che incontra delle difficoltà pratiche) del tutto peculiari (cfr. artt. 8-9, l. 23 aprile 1976, n. 136). Per i necessari approfondimenti sulla questione, si rinvia a M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, 9 ss.; A. DE NICOLA, *Il voto fuori dal comune di residenza: alcune riflessioni a partire dal recente Libro bianco sull'astensionismo elettorale*, in *Osservatorio Costituzionale*, 6/2022, 11; L. SOTTILE, *Quale suffragio universale? L'inevitabile "sommersione" del diritto all'elettorato attivo alla luce del contesto penitenziario italiano*, in *Diritto e Società*, 2/2023, 415 ss.; D. ZECCA, *Lo scrutinio*

Si diceva *a legislazione vigente* poiché il legislatore ha sì configurato una via di accesso al voto anche per i fuori sede per motivi di *studio*, ma attraverso due previsioni normative con un'efficacia temporalmente limitata alla consultazione europea del 2024 e a quella referendaria del 2025¹⁵.

I due testi legislativi individuavano come destinatari gli elettori che, per almeno tre mesi, fossero domiciliati, rispettivamente, in una Regione o in una Provincia diversa dalla propria esclusivamente per motivi di studio (nel 2024) o anche per ragioni di lavoro o di cura (nel 2025). Per le elezioni europee, il voto veniva esercitato in un seggio diverso a seconda che l'avente diritto fosse temporalmente domiciliato, o meno, nella circoscrizione di appartenenza; una differenza che evidentemente non aveva ragion d'essere nel caso del referendum abrogativo, per il quale tutti gli aventi diritto potevano votare nel Comune di domicilio temporaneo.

L'accesso al voto era subordinato, in entrambi i casi, alla presentazione di una domanda almeno trentacinque giorni prima della data prevista per lo svolgimento della consultazione, corredata dalla documentazione attestante la condizione di

della Corte EDU sul diritto di voto dei detenuti fra interpretazione convenzionalmente conforme e limiti generalizzati al suffragio, in *DPCE Online*, 1/2023, 371 ss.

¹⁵ Sulla prima: art. 1-ter del d.l. 29 gennaio 2024, n. 7, aggiunto nell'iter di conversione in l. 25 marzo 2024, n. 38, a commento del quale: F. BARBAROSSA, *Voto degli studenti fuori sede. Poche luci e molte ombre nell'emendamento approvato in Commissione*, in *lacostituzione.info*, 26/02/2024; F. SAVASTANO, *The 2024 European Parliament Elections in Italy*, in *federalismi.it*, 19/06/2024; S. PITTO, *Studenti e dottorandi fuori sede al voto alle elezioni europee: un breve vademecum*, in vocicostituzionali.org, 27/04/2024; I. TANTULLI, *Il voto degli studenti fuori sede alle Europee: una sperimentazione estendibile?*, in *federalismi.it*, 23/2024; P. VILLASCHI, *L'esercizio del diritto di voto da parte degli elettori fuori sede: considerazioni alla luce della disciplina introdotta in occasione delle elezioni per il rinnovo del Parlamento europeo del giugno 2024*, in *Gruppo di Pisa*, 1/2024; A. DE NICOLA, *I referendum abrogativi del 2025: una nuova occasione per il voto fuori sede*, in *lacostituzione.info*, 24/01/2025.

Sulla seconda: art. 2 del d.l. 19 marzo 2025, n. 27, convertito in l. 15 maggio 2025, n. 72. In dottrina: A. DE NICOLA, *La sperimentazione del voto fuori sede. Atto II*, in *federalismi.it*, 09/04/2025; R. MARZO, *La «disciplina sperimentale» delle elezioni per l'esercizio del diritto di voto da parte dei c.d. «elettori fuori sede»*, in vocicostituzionali.org, 19/04/2025.

Le due discipline "sperimentali", in questa sede, vengono delineate nelle loro caratteristiche essenziali ai fini della comparazione con il diritto di voto all'estero; per gli ulteriori approfondimenti si rinvia a V. DESANTIS, *8 e 9 giugno, un anno dopo. Le sperimentazioni per il voto dei fuori sede nella XIX legislatura* e a L. MALDARELLA, *E-voting e fuori sede*, entrambi in corso di pubblicazione in E. CECCHERINI, S. PITTO (a cura di), *Fuori sede ed inclusione elettorale*, cit.

elettore fuori sede; all'esito della procedura, gli aventi diritto venivano iscritti in una sezione elettorale speciale.

3. Il voto 'fuori sede' all'estero

In questa seconda linea di ricerca rientrano due gruppi di cittadini che, pur essendo accomunati dal fatto di esercitare il diritto di voto sul territorio di un altro Stato, vanno tenuti distinti: da un lato i residenti all'estero, per i quali lo scollamento fra voto e dimensione territoriale non è occasionale, ma, com'è evidente, *ontologico*¹⁶; e, dall'altro, i residenti in Italia che si trovino all'estero *in occasione* della tornata elettorale.

Ebbene, in merito alla prima categoria di elettori¹⁷, va ricordato che l'intervento del legislatore ordinario assolve un preciso obbligo costituzionale: difatti nel 2000, riprendendo le fila di un dibattito svolto in sede di Assemblea Costituente che non aveva dato esito positivo¹⁸, il Parlamento ha adottato una revisione costituzionale a tutela del diritto di voto degli elettori residenti all'estero¹⁹. Una misura siffatta si

¹⁶ Sul nesso fra diritto di voto e territorio, nella prospettiva di una più ampia ricostruzione del fondamento stesso del diritto di voto, cfr. F. LANCHESTER, *Sistemi elettorali e forma di governo*, Bologna, 1981, 45 ss. e ID., *Voto diritto di (dir. pubbl.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLVI, Milano, 1993, 1116 ss. In maniera specifica sul tema, R. CALVANO, *Italiani all'estero (voto degli)*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di Diritto pubblico*, Milano, 2006, 3318 ss.

¹⁷ I quali ammontavano a 5.302.299 nella tornata referendaria del 2025, pari a circa il 10% del totale degli aventi diritto.

¹⁸ Cfr. G. SICA, *La legge sul voto degli italiani all'estero e la rottura del principio della rappresentanza parlamentare nazionale*, in *Politica del diritto*, 4/2008, 716 ss.; G. ALBERICO, *Il voto degli italiani all'estero tra discriminazioni e imperituri dubbi di costituzionalità: cosa è cambiato con la nuova legge elettorale*, in *dirittifondamentali.it*, 1/2018, 2 ss.

¹⁹ La l. cost. 17 gennaio 2000, n. 1, ha aggiunto all'art. 48 Cost. il terzo comma attualmente vigente, che, per chiarezza espositiva, si riporta di seguito: «La legge stabilisce requisiti e modalità per l'esercizio del diritto di voto dei cittadini residenti all'estero e ne assicura l'effettività. A tale fine è istituita una circoscrizione Estero per l'elezione delle Camere, alla quale sono assegnati seggi nel numero stabilito da norma costituzionale e secondo criteri determinati dalla legge». L. ELIA, *Il voto degli italiani all'estero tra cittadinanza e residenza*, in *Politica internazionale*, 4-5/2000, 69, ha salutato con favore l'intervento, in quanto attuativo del principio di eguaglianza sostanziale; maggiori dubbi, quantomeno sul metodo, sono stati avanzati da F. LANCHESTER, *L'innovazione costituzionale dilatoria e il voto degli italiani all'estero*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2000, 123 s.; in senso critico, E. GROSSO, *Il voto all'estero: tra difficoltà applicative e dubbi di costituzionalità*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2002, 346 ss. Sulla configurazione di una "circoscrizione Estero" cfr. G.E. VIGEVANI, *Il voto all'estero: interrogativi sulla «riserva indiana» per i candidati*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2002, 348 ss.; T.E. FROSINI, *Una nota sull'elettorato (passivo) degli italiani all'estero*, in *forumcostituzionale.it*, 2002; G. TARLI BARBIERI,

poneva certamente in linea con quelle previsioni della legge sulla cittadinanza che ne facilitano l'acquisizione, anche a distanza di generazioni, in forza dello *ius sanguinis*, sebbene il legislatore sia recentemente intervenuto in senso maggiormente restrittivo²⁰.

La legge 27 dicembre 2001, n. 459, a tal riguardo, individua nel voto per corrispondenza la forma ordinaria ma non esclusiva²¹, poiché lascia ferma anche la possibilità di esercitare il diritto di voto in Italia²².

Le diffuse preoccupazioni in punto di personalità, libertà e segretezza del voto – pur avvertite dalla dottrina²³ – sono state ritenute subalterne rispetto alla necessità di consentire l'espressione del voto dei connazionali. Esse riemergono, tutt'al più, per gli elettori residenti: a) negli Stati con cui l'Italia non intrattiene relazioni diplomatiche; b) negli Stati con una situazione politica o sociale che non offre adeguate garanzie²⁴. Per costoro, l'inammissibilità del voto a mezzo posta viene compensata da una significativa copertura delle spese di viaggio per votare in Italia.

Criticità e prospettive di riforma della disciplina del voto degli italiani all'estero, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2022, 152 ss.

²⁰ Si fa riferimento al d.l. 28 marzo 2025, n. 36, conv. in l. 23 maggio 2025, n. 74, rubricato "Disposizioni urgenti in materia di cittadinanza"; a commento, cfr. I. BRUNO, *La cittadinanza "eugenetica" della riforma Tajani*, in *Iacostituzione.info*, 23/05/2025; M. CARDUCCI, *Profili d'incostituzionalità della nuova legge sulla cittadinanza: una fictio provvedimento sull'identità degli oriundi*, in *diritticomparati.it*, 04/06/2025; M. INFUSINO, *Cittadinanza italiana iure sanguinis: il pasticcio del decreto-legge n. 36 del 28 marzo 2025*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2025, 96 ss.

²¹ Art. 1, co. 2.

²² Art. 1, co. 3. «In tale caso» prosegue il comma 3 «votano nella circoscrizione del territorio nazionale relativa alla sezione elettorale in cui sono iscritti, previa opzione da esercitare per ogni votazione e valida limitatamente ad essa».

²³ E. GROSSO, *Legge costituzionale 17 gennaio 2000, n. 1 (Voto degli italiani all'estero)*, in A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione. Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1994-2005)*, Bologna-Roma, 2006, 197 ss.; G. TARLI BARBIERI, *Criticità e prospettive*, cit., spec. 155 ss.; M. MIDIRI, *Italiani all'estero ed elezione del Premier*, in *federalismi.it*, 27/2024, 108 ss.

²⁴ Una situazione che «non garantisce neanche temporaneamente che l'esercizio del voto per corrispondenza si svolga in condizioni di eguaglianza, di libertà e di segretezza, ovvero che nessun pregiudizio possa derivare per il posto di lavoro e per i diritti individuali degli elettori e degli altri cittadini italiani in conseguenza della loro partecipazione a tutte le attività previste dalla presente legge»: così l'art. 20, co. 1-bis, l. n. 459/2001, introdotto dall'art. 2, comma 37, lett. f), l. 6 maggio 2015, n. 52.

La medesima novella legislativa del 2015 ha inserito nel corpo della legge 459/2001 una previsione *ad hoc* indirizzata a quegli elettori – ed estesa ai loro familiari conviventi – che, per motivi di *lavoro, studio o cure mediche*, si trovino *temporaneamente* all'estero in un arco temporale di almeno tre mesi nel quale ricade la data di svolgimento della consultazione elettorale²⁵. Per essi valgono le medesime regole dei cittadini *stabilmente* residenti all'estero, vale a dire: espressione del voto per corrispondenza e computo delle preferenze nella circoscrizione Estero.

Da ultimo, va evidenziato che la disposizione si rivolge anche ai membri delle Forze armate e di polizia temporaneamente all'estero nello svolgimento di missioni internazionali; in tal caso, le modalità di organizzazione del voto sono disciplinate, alla luce delle particolari situazioni locali – ad esempio, nel caso dei paesi poco sicuri di cui all'art. 20, comma 1-*bis*, della medesima legge – di intesa tra i Ministeri della difesa, degli affari esteri e dell'interno²⁶.

4. Sulla ragionevolezza delle scelte del legislatore

Una compiuta analisi della normativa, e segnatamente della sua ragionevolezza²⁷, richiede, ora, di intersecare gli assi cartesiani della disciplina del voto dei residenti in Italia e all'estero, tenendo conto, in entrambe le fattispecie, dei cittadini temporaneamente fuori sede. Pare opportuno muoversi su questo piano utilizzando come criterio di classificazione le esigenze ritenute maggiormente meritevoli dal legislatore: di lavoro, ivi comprese quelle di pubblico interesse, di cura e di studio.

4.1. Esigenze di lavoro e di pubblico interesse

Le prime forme di tutela riconosciute attengono, come visto, ai soggetti attivamente coinvolti nelle tornate elettorali; tali previsioni, a ben vedere, sembrano finalizzate

²⁵ Art. 4-bis, l. n. 459/2001, introdotto dall'art. 2, comma 37, lett. a) l. n. 52/2015.

²⁶ Art. 4-bis, co. 5, l. n. 459/2001.

²⁷ V., *ex multis*, L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005.

più a facilitare il funzionamento della macchina elettorale, che a garantire in senso stretto gli elettori.

E infatti, i componenti il seggio e gli agenti della forza pubblica possono votare nella sezione presso la quale esercitano l'ufficio, anche se iscritti nelle liste di un altro Comune. Il ruolo dei rappresentanti di lista – che pure risponde a rilevanti esigenze di pubblico interesse, quali la trasparenza delle operazioni elettorali, l'imparzialità dei membri del seggio e il buon andamento dell'attività amministrativa – viene ritenuto secondario; l'eccezione, pertanto, è ammessa a condizione che siano elettori del medesimo collegio plurinominali. Nel caso dei candidati, invece, pare trattarsi, più che altro, di ragioni di opportunità, per agevolare l'attività antecedente al voto. Si tratta, nel complesso, di deroghe giustificate da condizioni oggettive, inerenti al procedimento elettorale.

Quanto agli appartenenti alle forze armate, la tutela appare adeguata tanto in Italia quanto all'estero, pur con le necessarie differenze dettate dal contesto in cui operano e che determinano l'esercizio del voto presidiato, nel primo caso, o per corrispondenza, nel secondo.

Non ricevono il medesimo riguardo, invece, i marittimi e gli aviatori, la cui tutela del diritto di voto si arresta ai confini nazionali. È del tutto normale, però, che navi o aerei battenti bandiera italiana si trovino all'estero al momento delle elezioni: la preclusione assoluta all'accesso al voto rappresenta, quindi, il frutto di un irragionevole bilanciamento con i motivi di lavoro, che deve essere ripensato. Non appare risolutiva, infatti, nemmeno la previsione introdotta dalla l. n. 52/2015, la quale, pur potendo definirsi a maglie larghe (se non larghissime), si applica alle ipotesi di una "temporaneità stabile" nel medesimo luogo e non si addice a una "temporaneità itinerante" come quella in questione²⁸.

²⁸ Nelle ultime legislature sono stati portati avanti, seppur infruttuosamente, alcuni tentativi di disciplina della materia: cfr. la [proposta di legge C. 779](#) (XVII legislatura) rubricata "Disciplina dell'esercizio del diritto di voto per le elezioni del Senato della Repubblica, della Camera dei deputati e dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia da parte dei lavoratori marittimi imbarcati"; e la [proposta di legge S.1067](#) (XVIII legislatura) rubricata "Disposizioni per l'esercizio del diritto di voto per le elezioni del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati e per i referendum di cui agli articoli 75 e 138 della Costituzione da parte dei lavoratori marittimi imbarcati".

Da ultimo, il legislatore assicura il voto fuori seggio del personale sanitario, sebbene appaia più come un'estensione del diritto dei degenti, che come una tutela *ad hoc* di una categoria di lavoratori.

Restano sprovvisti da ogni garanzia, quindi, circa quattro milioni di elettori²⁹, fra cui i giovani lavoratori che, all'esito di un percorso di studio, si affaccino al mondo del lavoro e non possano, né vogliano, cambiare residenza, in attesa di una maggiore stabilità³⁰. La disciplina sperimentale del 2025 ha aperto un primo spiraglio, raccogliendo una discreta risposta della cittadinanza, specie se parametrata alla bassa affluenza alla tornata referendaria³¹.

I fuori sede per motivi di lavoro all'estero, invece, continuano a godere di una grande facilità d'accesso, non solo per la semplicità degli oneri burocratici da adempiere *ex ante*, quanto, e soprattutto, per la possibilità di esprimere il voto tramite corrispondenza³².

4.2. Esigenze di cura

Per quanto attiene alle esigenze di cura³³, la normativa si rivolge con precisione ai «degenti», quindi, solo a coloro che si trovano in una struttura sanitaria o in una casa di cura: la correttezza di questa interpretazione è confermata dalla richiesta di un'«attestazione del direttore sanitario del luogo di cura, comprovante il ricovero

²⁹ Cfr. il Libro bianco *“Per la partecipazione dei cittadini. Come ridurre l'astensionismo e agevolare il voto”*, 14/04/2022, spec. 73. In dottrina: A. DE NICOLA, *Il voto fuori dal comune di residenza*, cit.; A. MAZZOLA, *L'effettività del suffragio tra astensionismo e nuove modalità di espressione alla luce dei principi costituzionali*, in *Consulta OnLine*, n. III/2023, 991 ss.; G. SANTINI, *L'astensionismo di chi vuole votare. Tra criticità del sistema elettorale, requisiti costituzionali del suffragio e soluzioni per l'inclusione e la partecipazione*, in G. DELLEDONNE, L. GORI, G. MARTINICO, F. PACINI (a cura di), *Il peso dell'assente. Il fenomeno dell'astensionismo elettorale in Italia*, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli, 2024, 87 ss.

³⁰ Del resto, non mancano certo le motivazioni in questo senso: dalla scelta di non voler recidere il legame con la propria comunità politica di origine, ai possibili benefici economici erogati dai datori di lavoro privati in favore dei propri dipendenti che si trovino fuori sede.

³¹ Gli elettori ammessi a votare fuori sede sono stati 67.305, dei quali 27.163 per motivi di lavoro; trattasi di dati non consolidati, aggiornati al 21 maggio 2025 e forniti dai Comuni di temporaneo domicilio, sui quali cfr. il Dossier sul referendum, spec. 77 ss., a cura del Dipartimento per gli affari interni e territoriali direzione centrale per i servizi elettorali, disponibile sul [sito del medesimo dipartimento](#) (ultimo accesso: 3 novembre 2025).

³² Cfr. il suddetto Dossier, p. 80 ss.

³³ Art. 51 ss. D.P.R. n. 361/1957.

dell'elettore nell'Istituto». Ad essi vanno aggiunti, tutt'al più, gli elettori ammessi al voto domiciliare³⁴.

Tale previsione risponde a un impedimento di fatto dei cittadini, per evitare che la condizione di infermità, con i rischi di desocializzazione che di per sé comporta, possa ostacolare la loro partecipazione attiva alla vita politica del Paese. Nondimeno, vista la precisione delle indicazioni del legislatore, se ne deve ricavare, *a contrario*, l'esclusione di tutti coloro i quali non soddisfino i suddetti requisiti: fra cui, evidentemente, i c.d. migranti sanitari, che, se non vengono ospedalizzati, restano esclusi dal beneficio³⁵; e, a seguire, i familiari o i *caregiver* che li accompagnano, privi di qualsiasi tutela.

A una prima irragionevole discriminazione, fra pazienti ospedalizzati e non, se ne aggiunge una seconda, ancora più palese, in favore dei cittadini temporaneamente all'estero: in quest'ultimo caso, infatti, la legge evoca soltanto «motivi di cure mediche» che non vengono meglio dettagliati e che, quindi, non sembrano presupporre una ospedalizzazione. Parimenti, i «familiari conviventi» – e, volendo, anche i *caregiver*, adducendo motivi di lavoro – possono godere dello stesso beneficio dei pazienti transfrontalieri³⁶, a differenza di coloro che si trovano nell'identica situazione in Italia.

La disciplina sperimentale del 2025 ha offerto una prima risposta anche per queste ipotesi, estendendo la possibilità a tutti i fuori sede per ragioni di cura, purché presentassero una «certificazione o altra documentazione attestante la condizione di elettore fuori sede»³⁷; esauriti gli effetti della normativa, riaffiorano, quindi, le gravi lacune legislative esaminate.

³⁴ Art. 1 del d.l. 3 gennaio 2006, n. 1, conv. in l. 27 gennaio 2006, n. 22.

³⁵ Sul tema, in particolare, cfr. alcuni contributi pubblicati in *Corti Supreme e Salute*, 3/2022: C.B. CEFFA, *La mobilità interregionale in ambito sanitario e la prospettiva del regionalismo differenziato: ostacolo o presidio per la tutela del diritto fondamentale alla salute?*; A. FONZI, *La mobilità sanitaria interregionale nei giudizi di parifica della Corte dei conti – Per la costruzione di un modello virtuoso del servizio sanitario regionale fra tenuta unitaria e regionalizzazione del sistema*; D.A. PISANI, *Il finanziamento della mobilità sanitaria interregionale: iniquità e inefficienze*; S.R. VINCETI, *La mobilità sanitaria interregionale in Italia alla luce della teoria federalista e delle esperienze comparate*.

³⁶ Peraltro, scevro delle formalità richieste in Italia, dato che l'opzione può essere esercitata tramite una richiesta redatta su carta libera.

³⁷ Art. 2, co. 3, d.l. n. 27/2025.

4.3. Esigenze di studio

Da ultimo, le esigenze di studio sono state del tutto ignorate dal legislatore sino alle due discipline sperimentali sopra citate, che hanno avuto un riscontro positivo sul piano delle adesioni, così confermando l'interesse di questi elettori alla vita politica del Paese e la necessità di garantire la loro effettiva partecipazione³⁸.

Conclusi gli esperimenti, però, si è riespanso l'irragionevole vuoto normativo: un'irragionevolezza che è, ancora una volta, tanto più manifesta se confrontata con la disciplina del voto degli studenti all'estero. Basti pensare che uno studente che intraprende un percorso formativo in un altro Comune senza cambiare residenza va incontro a ostacoli di fatto spesso insormontabili per esercitare il suo diritto di voto³⁹; mentre lo studente che, ad esempio, partecipi al programma Erasmus+ all'estero, purché si tratti di un periodo almeno trimestrale, può liberamente accedere al voto per corrispondenza⁴⁰.

L'apprezzamento per le misure in favore dei fuori sede non prevale, nel giudizio complessivo, sulle criticità che le due normative sperimentali hanno palesato. Al netto degli oneri burocratici che ciascun interessato deve assolvere – solo in parte giustificabili dalle esigenze organizzative –, entrambe le previsioni configuravano il voto dei fuori sede come un'estensione, rigida e macchinosa, dell'ordinaria espressione del voto; molto diversa, quindi, dall'amplissima libertà di accesso e di esercizio del voto che viene riconosciuta agli elettori residenti all'estero.

5. Alla ricerca dell'effettività

L'esercizio del diritto di voto appare disciplinato da un coacervo di normative in cui si intrecciano, in maniera non sempre lineare, regole, eccezioni, discipline sperimentali e temporanee. La rigidità del voto presidiato, nel seggio di iscrizione e

³⁸ Cfr. la documentazione del Ministero dell'interno relativa al 2025 (v. nota 32) e al 2024 ([disponibile a questo indirizzo](#)).

³⁹ Fra cui, com'è noto, l'elevato costo dei biglietti degli aerei o dei treni per far ritorno nel Comune di residenza.

⁴⁰ Restano esclusi, quindi, gli studenti che aderiscono al c.d. Erasmus italiano (cfr. art. 1, commi 312, 313, 314, legge 30 dicembre 2023, n. 213 e Decreto MUR 28 marzo 2024, n. 548).

durante i canonici due giorni di consultazioni, risponde a un prototipo, almeno in parte, disallineato rispetto alle nuove domande che emergono dalla società: e così l'unico modello, omogeneo, viene eroso da previsioni volte a tutelare con vari gradi di intensità particolari categorie di cittadini, prestando inevitabilmente il fianco alle critiche di chi, invece, non ne risulta beneficiario.

In questo, come in numerosi altri settori della convivenza civile, il decisore politico è chiamato a dare delle risposte sempre meno univoche e sempre più attagliate alle esigenze specifiche di alcuni consociati che – non solo per propria scelta – non rientrano nell'*id quod plerumque accidit*: fra questi, gli elettori fuori sede.

La reazione del legislatore, però, non è sempre tempestiva, né pienamente adeguata.

Essa continua a fondarsi su una presunta facilità di movimento sul territorio nazionale, che quindi consentirebbe un comodo accesso al voto *tradizionale* a tutti i cittadini che ivi si trovano, sebbene l'attuale contesto socioeconomico offra uno scenario in cui la continuità territoriale non è sufficientemente tutelata⁴¹. Al contempo, l'asserita difficoltà di movimento degli italiani all'estero dovrebbe legittimare ampie agevolazioni, sicché la disciplina del voto di tale categoria di cittadini risulta sensibilmente – ma, in vero, non del tutto ragionevolmente – più favorevole rispetto a quella dei fuori sede in Italia. La suesposta dicotomia trae conferma, in qualche misura, dall'art. 48, co. 3, Cost., che postula l'adozione di una legge che stabilisca «requisiti e modalità per l'esercizio del diritto di voto dei cittadini residenti all'estero» e che ne assicuri – esclusivamente per essi, si direbbe – «l'effettività».

L'adozione di questo termine suscita particolare interesse, visto che ricorre con grande parsimonia nella Carta costituzionale: «l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» è l'obiettivo

⁴¹ Come dimostra, su tutte, la rinnovata attenzione dell'art. 119, co. 6, Cost. sui temi dell'insularità. In dottrina cfr., in merito alla (allora) proposta di revisione costituzionale, T.E. FROSINI, «Insularità» e Costituzione, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 1/2020, 247 ss.; dopo la modifica dell'art. 119, C. BASSU, *Insularità, forma di Stato e godimento dei diritti tra riconoscimento formale ed effettività*, in *DPCE Online*, 3/2023, 2773 ss. e ivi Y.M. CITINO, *I significati costituzionali dell'insularità nello Stato democratico e pluralista*, 2907 ss.; A. FRICANO, *Il principio di insularità in costituzione tra necessità e attuazione*, in *Gruppo di Pisa*, 2/2023, 79 ss.

che la Repubblica si pone enunciando il principio di eguaglianza sostanziale (art. 3, co. 2); deve essere reso effettivo il diritto al lavoro (art. 4, co. 1); viene riconosciuto il diritto d'asilo allo straniero cui «sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana» (art. 10, co. 3). Al di fuori dei principi fondamentali, vengono promossi interventi, anzitutto economici, per l'effettivo esercizio del diritto allo studio (art. 34, co. 4) e, in generale, dei diritti della persona (art. 119, co. 5).

Il *fil rouge* di queste ipotesi sembra riscontrarsi nell'avvertita insufficienza della mera enunciazione in punto di diritto, che quindi necessita di un ulteriore, specifico supporto. Ebbene, se, come si è cercato di dimostrare, sono ormai sfumate – se non, addirittura, capovolte – le ragioni sottese alla differenziazione fra elettori in Italia e all'estero, ne segue che il canone dell'effettività dovrebbe ispirare i futuri interventi legislativi a beneficio di *tutti* i cittadini.

Occorrono, quindi, degli strumenti che correggano l'ormai acclarata inadeguatezza delle attuali modalità di esercizio del voto a soddisfare le varie esigenze meritevoli di tutela: se i cittadini, pur volendo, non riescono ad avvicinarsi al seggio (c.d. astensionismo involontario)⁴², allora va configurato un modello più flessibile negli spazi e nei tempi di esercizio del diritto di voto, senza, però, scadere nell'opposto eccesso di una polverizzazione della normativa elettorale di contorno. Difatti, anziché alimentare il frazionamento dei cittadini in micro-categorie, sembra più opportuno ripensare, a monte, il bilanciamento che sottende le scelte legislative.

Quanto al profilo dello spazio, va riconosciuto ai sistemi a distanza il pregio di garantire in massima misura la partecipazione degli elettori, pur integrando taluni rischi in punto di segretezza e, di conseguenza, di libertà del voto. La l. n. 459/2001 ha ravvisato nel voto per corrispondenza un punto di adeguato bilanciamento fra le varie esigenze: pertanto, sarebbe ormai irragionevole escluderne l'utilizzo anche ai fuori sede in Italia.

I sistemi di voto presidiato offrono, comunque, migliori garanzie per la tutela dei caratteri del voto, ragion per cui è opportuno ricercare delle soluzioni che tengano

⁴² Cfr. nuovamente il *Libro bianco* citato, spec. 59 ss.

conto dell'esigenza di effettività anche in questo novero. All'estero, il legislatore potrebbe fare maggior affidamento sulla presenza capillare di sedi diplomatiche italiane, ferme restando le possibili misure *ad hoc* per situazioni particolari⁴³. In Italia, la scelta potrebbe ricadere sulle prefetture, così da conciliare una discreta facilità d'accesso, garantita dalla diffusione sul territorio nazionale, con la tutela dei caratteri del voto e con le non secondarie esigenze pratiche della macchina organizzativa (non ultima, quella della custodia delle schede).

Quanto alle tempistiche, è plausibile sostenere che una consultazione elettorale maggiormente dilazionata nel tempo, ad esempio nel corso di più fine-settimana consecutivi, pur a fronte di un parziale aumento dei costi⁴⁴, potrebbe consentire ai fuori sede di votare più facilmente nella propria prefettura, o comunque in un'altra, più vicina al luogo di domicilio temporaneo; al contempo, anche una parte degli elettori volontariamente astenuti potrebbe essere invogliata dalla maggiore apertura. Non mancano, poi, gli strumenti tecnologici (su tutti: CIE e SPID) per controllare l'accesso al voto, scongiurare i rischi di voto multiplo, e, volendo, sperimentare delle nuove modalità di voto elettronico presidiato⁴⁵.

La ricerca della miglior tutela possibile per il voto dei fuori sede può rappresentare, in ultima istanza, uno stimolo per la partecipazione di tutto il corpo elettorale,

⁴³ Quali, ad esempio, le ipotesi di cui all'art. 20, co. 1-bis, della l. n. 459/2001, sopra esaminate.

⁴⁴ Che pure potrebbe essere compensato dalla previsione di un c.d. *election day* da tenersi ogni anno per tutte le consultazioni.

⁴⁵ Negli ultimi anni, in vero, si è registrato qualche primo tentativo da parte del legislatore: l'art. 1, comma 628, l. n. 160/2019 (legge di bilancio per il 2020) ha istituito un fondo per il voto elettronico e ipotizzato una prima sperimentazione per i cittadini all'estero e per i fuori sede; l'art. 38-bis, comma 10, del d.l. n. 77/2021 (introdotto, in sede di conversione, dalla l. n. 108/2021) aveva esteso la suddetta sperimentazione del voto elettronico, poi differita dall'art. 6, comma 3, d.l. n. 41/2022, conv. in l. n. 84/2022.

Nella dottrina più recente, v. F. CLEMENTI, *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del coronavirus). Una prima introduzione*, in *federalismi.it*, 6/2020, 216 ss.; V. DESANTIS, *Le nuove prospettive dell'Internet Voting tra avanzamento tecnologico e sostenibilità giuridica*, in *Rivista AIC*, 4/2022, 37 ss.; A. CALAFATO, *Il voto digitale: tra assenteismo parlamentare e astensionismo popolare. Problemi e prospettive*, in *dirittifondamentali.it*, 1/2023, 227 ss.; C. CHIARIELLO, *Voto elettronico e principio di segretezza tra regola ed eccezioni*, in *Consulta OnLine*, I/2023, 59 ss.; E. COLZANI, *Voto elettronico, problemi di sicurezza e rituali della democrazia*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2/2023, 265 ss.

aiutando a superare alcune rigidità anacronistiche e premiando, invece, quei cittadini che intendono essere membri attivi della vita del Paese.

dirittifondamentali.it

Libertà di corrispondenza, accesso ai messaggi contenuti nei dispositivi digitali e

“autorità giudiziaria”

di

Giuseppe Monaco*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Messaggi contenuti nei dispositivi digitali: corrispondenza e non semplice documento. – 3. I diversi orientamenti della Corte di cassazione sul concetto di “autorità giudiziaria” di cui all’art. 15 Cost. – 4. Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali: una diversa lettura del sintagma “autorità giudiziaria”. – 5. Corte di giustizia e necessità di un controllo di un giudice o di un’autorità amministrativa indipendente per l’accesso ai dati contenuti in un cellulare. – 6. Brevi riflessioni sulla proposta di legge in discussione in Parlamento e considerazioni conclusive.

1. Premessa

Quando si parla di “riserva di giurisdizione” si allude comunemente alla garanzia prevista negli artt. 13, 14, 15 e 21 Cost., che, associata alla riserva assoluta di legge, consente di tutelare al meglio la libertà personale, di domicilio, di comunicazione e di stampa: solo l’intervento dell’autorità giudiziaria, con provvedimento motivato, di regola preventivo, o in determinate circostanze anche successivo, può consentire l’adozione di misure restrittive di quelle libertà¹. In realtà, è stata proposta anche un’accezione differente della “riserva di funzione giurisdizionale”, che si desumerebbe dall’art. 102, in combinato disposto con gli artt. 101, 104 e 108 Cost. In sostanza, l’esame e la risoluzione di una controversia avente ad oggetto l’interpretazione di norme giuridiche spetta sempre al giudice e non vi può essere interferenza di altri poteri nel corso di un giudizio². Definizione che finisce, però, col ricondurre la riserva di giurisdizione al tema più generale della separazione dei poteri e dell’indipendenza del giudice nell’esercizio della sua funzione.

* Professore associato di Diritto costituzionale, Università Cattolica del Sacro Cuore.

¹ Cfr. V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 1992, 18 ss.

² Così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Cedam, Padova, 1976, 1249-1250.

In questa sede si ritiene utile svolgere qualche riflessione sulla riserva di giurisdizione intesa nella sua accezione più ristretta e più comune, quale garanzia di alcune specifiche libertà costituzionali. Ci si intende nella specie soffermare sul sintagma “autorità giudiziaria” utilizzato in dette riserve e, in particolare, sull’autorità giudiziaria chiamata ad autorizzare l’accesso e il sequestro dei dati contenuti in dispositivi digitali; tema, in questi ultimi anni, al centro di un dibattito dottrinale e giurisprudenziale, che ha visto il coinvolgimento, sotto vari profili, della Consulta e della Suprema Corte, ma anche della Corte di Lussemburgo e che ha condotto alla presentazione di una proposta di legge, per una nuova e puntuale disciplina della materia.

2. Messaggi contenuti nei dispositivi digitali: corrispondenza e non semplice documento

Prima di entrare nel merito della questione, però, è opportuno soffermarsi sul concetto di “corrispondenza” e sulla qualificazione dei dati contenuti nei dispositivi digitali, inclusi i messaggi *whatsapp*. Evidentemente, fintanto che tali dati sono considerati come semplici documenti, non rientranti nella libertà di comunicazione sul presupposto che la stessa tutelerebbe le comunicazioni solo fino al momento della presa di conoscenza da parte dei destinatari, allora per l’accesso e il sequestro degli stessi non si applicherebbero le garanzie di cui all’art. 15 Cost. Questo era l’orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità³, secondo cui la messaggistica contenuta nei telefoni cellulari, *whatsapp* o *sms*, una volta ricevuta dal destinatario, era

³ Cfr. Corte cass., sez. II pen., sent. 19 ottobre 2022, n. 39529; Corte cass., sez. VI pen., sent. 8 giugno 2022, n. 22417. In dottrina cfr. A. PACE, *Art. 15*, in G. BRANCA (a cura di), *Comm. Cost.*, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1977, 89 ss. L’Autore ritiene che la corrispondenza cessi di essere tale nel momento della presa di coscienza del contenuto del messaggio da parte del destinatario, perché in tale momento viene anche meno la tutela della segretezza strettamente correlata alla libertà di cui all’art. 15 Cost. Secondo Pace, però, il fatto che il messaggio sia stato ormai recapitato e letto, se esclude l’applicabilità delle garanzie dell’art. 15 Cost., non impedisce altra forma di tutela, in virtù degli artt. 13 e 14 Cost. e pertanto la cognizione del documento al di fuori delle garanzie previste da queste disposizioni comporta comunque l’illegittimità della stessa. Nello stesso senso anche E. GIANFRANCESCO, *Profili ricostruttivi della libertà e segretezza di corrispondenza e comunicazione*, in *Diritto e società*, n. 2/2008, 236, secondo il quale dopo che il destinatario ha preso conoscenza della comunicazione a lui diretta, verranno in gioco altri titoli giuridici per la tutela del bene, quali il diritto di proprietà, la libertà domiciliare, il diritto d’autore. Diversamente cfr. P. BARILE - E. CHELLI, *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. Dir.*, X, Giuffrè, Milano, 1962, 745. per gli Autori la comunicazione non perde le garanzie previste costituzionalmente e in via legislativa, per il solo fatto di essere pervenuta al destinatario. Occorrerà valutare caso per caso, quando, per il decorso del tempo o per altra causa, venga meno l’attualità della comunicazione e quindi l’oggetto contenente la comunicazione cessi di essere considerato appunto come forma di comunicazione ai sensi dell’art. 15 Cost.

considerata alla stregua di un documento, quindi acquisibile senza il rispetto delle garanzie previste a tutela della libertà di comunicazione. In particolare, tali “documenti” potevano essere acquisiti processualmente ai sensi dell’art. 234 c.p.p., mentre non trovava applicazione la disciplina delle intercettazioni informatiche o telematiche di cui all’art. 266-*bis* c.p.p. e neppure quella del sequestro di corrispondenza di cui all’art. 254 c.p.p., proprio perché, secondo la Suprema Corte, non si versava «nel caso della captazione di un flusso di comunicazioni in corso, bensì nella mera documentazione “ex post” di detti flussi»⁴.

La situazione è cambiata a seguito di una nota pronuncia⁵ con cui la Corte costituzionale ha deciso il conflitto di attribuzione sollevato dal Senato contro la Procura della Repubblica per l’acquisizione da parte della Procura stessa di messaggi, contenuti in dispositivi cellulari, dei quali era mittente o destinatario il senatore Renzi, in assenza di autorizzazione della Camera di appartenenza, ai sensi dell’art. 68, comma 3, Cost. Il presupposto, come già in precedenza la Consulta aveva avuto modo di precisare, è che il riferimento contenuto nell’art. 15 Cost., ad «ogni altra forma di comunicazione» apre il testo costituzionale «alla possibile emersione di nuovi mezzi e forme della comunicazione riservata»⁶. La tutela apprestata dall’art. 15 si estende, quindi, anche a forme di comunicazione «telefoniche, elettroniche, informatiche, tra presenti o effettuate con gli altri mezzi resi disponibili dallo sviluppo della tecnologia»⁷. Nella pronuncia sul “caso Renzi” la Corte ha innanzi tutto ribadito che la posta elettronica, come anche i messaggi inviati tramite l’applicazione *WhatsApp*, assimilabili a lettere o biglietti chiusi, rientrano a pieno titolo nella sfera di protezione dell’art. 15 Cost.⁸ e, del resto, anche nella legislazione ordinaria l’art. 616 c.p., che punisce il reato di violazione, sottrazione e soppressione di corrispondenza, include espressamente, ai sensi del terzo comma, nella nozione di “corrispondenza”, non solo quella epistolare,

⁴ Così Corte cass., sez. V pen., sent. 6 maggio 2021, n. 17552.

⁵ Cfr. Corte cost., sent. 27 luglio 2023, n. 170.

⁶ Cfr. Corte cost., sent. 12 gennaio 2023, n. 2. In dottrina si è parlato in proposito di “concetto-valvola”, sufficientemente elastico per includervi nuovi mezzi di comunicazione messi a disposizione dall’evoluzione tecnologica. Cfr. A. VALASTRO, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, Giuffrè, Milano, 2001, 118; E. GIANFRANCESCO, *Profili ricostruttivi della libertà e segretezza*, cit., 234.

⁷ Così Corte cost., sent. 24 gennaio 2017, n. 20.

⁸ Secondo la Consulta, sebbene l’art. 68 Cost. alluda solo alla “corrispondenza” e non anche alle “altre forme di comunicazione”, come fa invece l’art. 15, posta elettronica e messaggi *whatsapp* ben possono rientrare nella sfera di applicazione dell’art. 68, in quanto la nozione di “corrispondenza” presente nell’art. 68 è sufficientemente ampia da ricomprendere anche tali forme di scambio di pensiero a distanza.

telegrafica e telefonica, ma anche quella «informatica o telematica ovvero effettuata con ogni altra forma di comunicazione a distanza».

Ciò premesso, la Corte ha poi affrontato il problema più complesso, ovvero la qualificazione dei messaggi di posta elettronica, o *whatsapp* o *sms*, già ricevuti e letti dal destinatario e rimasti nella memoria del dispositivo del mittente o del destinatario stesso. Secondo la Consulta, condivisibilmente⁹, ritenere che un messaggio cessi di essere corrispondenza per diventare documento una volta non più *in itinere*, se già «confina in ambiti angusti» la tutela di cui all'art. 15 Cost. nel caso della corrispondenza cartacea, «finisce addirittura per azzerarla, di fatto, rispetto alle comunicazioni operate tramite posta elettronica e altri servizi di messaggistica istantanea»¹⁰, per le quali la ricezione è quasi sempre immediata. La Corte ha comunque cercato di fissare un limite a livello temporale, ritenendo che la corrispondenza già ricevuta continui ad essere tutelata dall'art. 15 Cost. (e nel caso del parlamentare dall'art. 68, co. 3, Cost.), «almeno fino a quando, per il decorso del tempo, essa non abbia perso ogni carattere di attualità, in rapporto all'interesse alla sua riservatezza, trasformandosi in un mero documento “storico”»¹¹. Spetterà poi all'interprete individuare il momento in cui possa dirsi in concreto venuta meno l'attualità della corrispondenza¹².

La lettura offerta dalla Consulta trova altresì sostegno nella precedente giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 8 CEDU, che, come noto, tutela vita privata, domicilio e corrispondenza. Secondo la Corte EDU, nel concetto di corrispondenza vi rientrano l'invio e la ricezione di *e-mail*, anche se le stesse sono state inviate da un computer appartenente al datore di lavoro¹³, così come non vi sono dubbi che la perquisizione di uno smartphone e della copia del suo contenuto creata dagli organi investigativi comporti un'ingerenza nel diritto del proprietario dello smartphone

⁹ In senso analogo cfr. G. GUZZETTA, *La nozione di comunicazione e altre importanti precisazioni della Corte costituzionale sull'art. 15 della Costituzione nella sentenza n. 170 del 2023*, in *federalismi.it*, n. 21/2023, 81 ss.

¹⁰ Così la sent. n. 170/2023 cit.

¹¹ Così ancora la sent. n. 170/2023 cit.

¹² Aspetto questo segnalato come possibile criticità nel commento alla pronuncia di L. M. TONELLI, *Un'estensione (eccessiva?) della nozione di «corrispondenza» in una recente sentenza della Corte costituzionale*, in *Osservatorio cost.*, 1/2024, 286, secondo cui l'amplissima discrezionalità spettante a organi inquirenti e giudicanti nell'individuazione del termine finale della “attualità”, potrebbe condurre a infiniti contenziosi sul punto. Cfr. anche L. TOMBELLI, *La tutela della corrispondenza. Tra atipicità della prova e tentativi di riforma*, in *Penale Diritto e Procedura*, n. 1/2025, 32.

¹³ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, sent. 5 settembre 2017, ric. n. 61496/08, causa *Barbulescu c. Romania*, parr. 72-74.

al rispetto della sua corrispondenza, ai sensi del primo comma dell'art. 8 della Convenzione¹⁴. Peraltro, perquisizioni e sequestri, proprio in considerazione del fatto che determinano una grave ingerenza nella vita privata, nel domicilio e nella corrispondenza, devono basarsi, secondo la Corte di Strasburgo, su una legge particolarmente precisa e dettagliata.

A seguito della pronuncia sul “caso Renzi”, la Corte di cassazione si è adeguata all'interpretazione fornita dal giudice delle leggi, abbandonando il proprio precedente orientamento. Secondo la Suprema Corte, pertanto, per l'acquisizione dei messaggi *whatsapp* o sms conservati nella memoria di un dispositivo elettronico, proprio in virtù della loro qualifica come corrispondenza anche dopo la ricezione da parte del destinatario – e fino a quando non perdano la caratteristica di attualità per il decorso del tempo o per altra causa – occorre seguire le forme previste dall'art. 254 c.p.p. per il sequestro della corrispondenza¹⁵. Il mancato rispetto di tali forme comporta poi l'inutilizzabilità probatoria dei messaggi *whatsapp* acquisiti dalla polizia giudiziaria, ad esempio attraverso *screenshots*, in assenza del decreto di sequestro e quindi in violazione proprio dell'art. 254 c.p.p.¹⁶.

3. I diversi orientamenti della Corte di cassazione sul concetto di “autorità giudiziaria” di cui all'art. 15 Cost.

Se, dunque, sulla configurazione dei messaggi contenuti in un dispositivo elettronico, già ricevuti dal destinatario, si è ormai raggiunta una posizione comune, residuano perplessità e letture divergenti sul soggetto che può autorizzare con decreto l'accesso a tali dati; questione rilevante, tanto più se si considera che la nostra Costituzione ha mostrato particolare sensibilità per la tutela della libertà in questione, introducendo una riserva di giurisdizione che non ammette neppure, a differenza di quanto previsto per la libertà personale e di domicilio, un intervento in via preventiva d'urgenza da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, con convalida successiva da parte dell'autorità giudiziaria del provvedimento eventualmente assunto dalla prima¹⁷. Ciò

¹⁴ Cfr. Corte EDU, sez. V, sent. 17 dicembre 2020, ric. n. 459/18, causa *Saber c. Norvegia*, par. 48.

¹⁵ Cfr. Corte cass., sez. II pen., sent. 15 maggio 2024, n. 25549, nonché Corte cass., s.u., sentt. 14 giugno 2024, nn. 23755 e 23756.

¹⁶ Così Corte cass. sez. VI pen., sent. 30 luglio 2024, n. 31180; Corte cass., sez. VI pen., sent. 11 settembre 2024, n. 39548.

¹⁷ In proposito si è persino ritenuto che il legislatore costituente non fosse realmente consapevole di questa tutela rinforzata, mancando una spiegazione di ordine razionale alla preclusione per l'autorità di pubblica sicurezza di intervenire in via provvisoria per limitare la libertà di corrispondenza in casi

quanto meno con riferimento alla tutela della segretezza della corrispondenza, mentre per quanto attiene alla libertà in senso stretto, si è ammessa, anche in giurisprudenza¹⁸, la possibilità di un fermo di carattere preventivo, con successiva convalida da parte dell'autorità giudiziaria.

Il dubbio è legato, quindi, all'espressione "autorità giudiziaria" utilizzata dalla Costituzione, normalmente intesa come inclusiva tanto della figura del giudice, quanto del pubblico ministero. Le perplessità sono testimoniate da recenti e contrapposti orientamenti della Suprema Corte. Ancora all'inizio di quest'anno la Cassazione ha ribadito che ai sensi dell'art. 15 Cost. la limitazione della libertà e segretezza della corrispondenza non richiede un provvedimento del giudice, ritenendo sufficiente che il sequestro sia disposto dal p.m., anch'esso qualificabile come "autorità giudiziaria"¹⁹, in linea peraltro con analogha conclusione cui erano pervenute alcuni mesi prima le stesse sezioni unite della Cassazione²⁰. Una successiva pronuncia di altra sezione²¹ è però giunta a conclusioni opposte, anche sulla base di una diversa lettura di alcune pronunce della Corte di giustizia in materia, sulle quali occorrerà pertanto tornare e soffermarsi, in considerazione dell'efficacia diretta e vincolante che sono in grado di esercitare nell'ordinamento.

L'incertezza si riflette a livello operativo, col rischio che eventuali elementi acquisiti in occasione del sequestro di cellulari o altri dispositivi elettronici possano risultare inutilizzabili nel processo, per mancanza di una valutazione giurisdizionale. In attesa che si consolidi un determinato orientamento a livello giurisprudenziale o, preferibilmente, che arrivi una più compiuta disciplina normativa, in alcune Procure

eccezionali di necessità e urgenza. Cfr. P. BARILE - E CHELI, *Corrispondenza*, cit., 749. Diversamente, cfr. A. PACE, *Art. 15*, cit., 106, secondo cui l'esclusione dell'intervento preventivo dell'autorità di pubblica sicurezza fu, invece, "voluto" dal Costituente, per un verso, perché una misura restrittiva della libertà di corrispondenza incide anche sul soggetto destinatario della comunicazione e, per altro verso, perché un'intercettazione di una comunicazione potrebbe essere svolta più agevolmente dalla polizia, rispetto ad una restrizione della libertà personale o di domicilio, già solo per l'assenza del soggetto la cui libertà viene ad essere limitata. In generale, la scelta consapevole dell'Assemblea costituente sarebbe legata proprio al timore di abusi da parte della polizia, nel caso le fossero stati attribuiti poteri provvisori in materia. Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Cedam, Padova, 1992, 264. In senso adesivo cfr. P. CARETTI, *Corrispondenza (libertà di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Utet, Torino, 1989, 203; C. MAINARDIS, *Art. 15*, in S. BARTOLE - R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, 124; P. CARETTI - G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2022, 288.

¹⁸ Cfr. Corte cost., 16 luglio 1968, n. 100. In argomento cfr. C. CARUSO, *La libertà e la segretezza delle comunicazioni nell'ordinamento costituzionale*, in *Forum Quad. cost.*, 21 ottobre 2013, 4 ss.

¹⁹ Cfr. Corte cass., sez. V pen., sent. 28 gennaio 2025, n. 8376.

²⁰ Cfr. Corte cass. s.u., sentt. 14 giugno 2024, nn. 23755 e 23756.

²¹ Cfr. Corte cass., sez. VI pen., sent. 1° aprile 2025, n. 13585.

sono state adottate circolari contenenti linee guida per i sequestri di telefoni e strumenti informatici. In particolare, il Procuratore di Roma, con una circolare del 9 giugno 2025, preso atto dei numerosi interventi operati dalla Corte di cassazione, che hanno condotto all'emergere di orientamenti differenti, ha ritenuto di indicare alcune linee guida come indirizzo dell'Ufficio, muovendo dal presupposto che, in assenza di una specifica disposizione, si potesse fare riferimento alla normativa prevista in materia di intercettazioni di conversazioni. Nella circolare, dunque, si aderisce a quell'orientamento secondo cui il sequestro e l'analisi dei dispositivi informatici possono essere decisi dal p.m., senza una previa autorizzazione del giudice, purché vi sia indicazione di cosa ricercare e un'adeguata motivazione dalla quale emerga il nesso tra i fatti sui quali verte l'indagine e l'oggetto della ricerca, con indicazione altresì dei criteri da utilizzare, al fine di garantire adeguatezza e proporzionalità del provvedimento.

L'incertezza che regna in questo settore richiede qualche ulteriore approfondimento in relazione tanto al diverso modo in cui può essere letto il sintagma "autorità giudiziaria" presente in Costituzione, quanto alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, a sua volta chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale rispetto a questioni giuridiche del tutto simili e le cui sentenze, come noto, vincolano il giudice nazionale all'interpretazione da essa fornita, sia in sede di rinvio pregiudiziale, che in sede di procedura d'infrazione²².

4. Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali: una diversa lettura del sintagma "autorità giudiziaria"

In primo luogo, occorre soffermarsi sull'interpretazione dell'espressione "autorità giudiziaria" contenuta nella nostra Carta costituzionale. In linea generale, non si può ritenere che l'autorità giudiziaria coincida con l'organo giurisdizionale. Si pensi all'art. 109 Cost, secondo cui «l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria», articolo che mira a istituire un rapporto di dipendenza funzionale della seconda nei confronti della prima, per garantire alla magistratura la più sicura e autonoma disponibilità dei mezzi di indagine, evitando interferenze di altri poteri nell'attività investigativa²³. Ancora di recente la Consulta ha fatto esplicito riferimento al p.m., quando ha chiarito che la comunicazione da parte della polizia giudiziaria ai

²² Così, tra le tante, Corte cost., sent. 24 giugno 2010, n. 227.

²³ Cfr. Corte cost., sent. 18 giugno 1963, n. 64; sent. 28 novembre 1968, n. 114.

superiori gerarchici di informazioni di significato investigativo, indipendentemente da un vaglio preliminare dell'autorità giudiziaria, rischia di «indebolirne la dipendenza funzionale rispetto al pubblico ministero, con elusione del delicato equilibrio scolpito nella disposizione costituzionale in questione»²⁴. In tale articolo, dunque, il riferimento all'autorità giudiziaria è da intendersi alla magistratura, non esclude il p.m. ed anzi, considerato che le modalità con cui è condotta l'attività investigativa condizionano l'esercizio dell'azione penale²⁵, il legislatore ha assegnato proprio al pubblico ministero i compiti di direzione della polizia giudiziaria²⁶.

In relazione poi all'autorità giudiziaria chiamata ad autorizzare preventivamente o a convalidare la limitazione di determinate libertà costituzionali, secondo quanto previsto dagli artt. 13, 14, 15 e 21 Cost., dai lavori preparatori emerge come nel dibattito sulla libertà personale fosse ben presente il sistema processuale allora vigente ed infatti si trova menzione sia del mandato che dell'ordine di arresto. In alcune circostanze vi è un esplicito riferimento al procuratore della Repubblica ed ai provvedimenti (ordini di arresto e di cattura) che tale organo era in grado di adottare²⁷. In definitiva al legislatore costituente premeva evidenziare soprattutto la contrapposizione tra autorità di pubblica sicurezza ed autorità giudiziaria, in linea con quanto già emerso nella Commissione per gli studi sulla riorganizzazione dello Stato, istituita alla fine del 1945 presso il Ministero per la Costituente²⁸, mentre non si ricavano argomenti per leggere il richiamo all'autorità giudiziaria come un riferimento esclusivo all'autorità giurisdizionale.

D'altra parte, un'interpretazione evolutiva può comunque condurre a una lettura più restrittiva del sintagma “autorità giudiziaria” nel contesto delle riserve di giurisdizione. Basti pensare a come è cambiato il ruolo del pubblico ministero nel processo penale, già

²⁴ Così Corte cost., sent. 6 dicembre 2018, n. 229.

²⁵ Cfr. F. RIGANO - V. GREVI, *I rapporti fra pubblico ministero e polizia giudiziaria*, in A. PACE - S. BARTOLE - R. ROMBOLI (a cura di), *Problemi attuali della giustizia in Italia*, Atti del Seminario di studio A.I.C. tenuto a Roma l'8 giugno 2009, Jovene, Napoli, 2010, 270 ss., secondo i quali la disponibilità della polizia giudiziaria serve a garantire l'indipendenza esterna della magistratura e in particolare ad evitare interferenze del potere politico con l'esercizio dell'azione penale, rafforzando così l'indipendenza del pubblico ministero.

²⁶ Cfr. N. ZANON - F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2024, 272; A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Einaudi, Torino, 1990, 170, il quale definisce la direzione della polizia giudiziaria come «funzione essenziale del pubblico ministero». In argomento si veda G. D'ELIA, *Magistratura, polizia giudiziaria e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2002.

²⁷ Cfr. il dibattito svoltosi nella seduta del 17 settembre 1946 della Prima sottocommissione ed in particolare gli interventi degli On. Mastrojanni, Mancini, Tupini, Cevolotto, ora in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, VI, Roma, 1971, 353-356.

²⁸ La *Relazione sui diritti pubblici soggettivi* di tale Commissione, redatta da Mortati, si può leggere in C. MORTATI, *Raccolta di scritti*, I, Giuffrè, Milano, 1972, in particolare 622 ss.

soltanto per la radicale riforma di tale processo in senso accusatorio realizzata alla fine degli anni Ottanta²⁹, che ha, infatti, attribuito al giudice la competenza a decidere sull'applicazione delle misure cautelari (art. 279 c.p.p.) e in generale al g.i.p. il potere di provvedere sulle "richieste" del p.m. (art. 328 c.p.p.). La Corte costituzionale, quando è stata chiamata ad esaminare una questione relativa alla misura di prevenzione del soggiorno cautelare - introdotta con il d.l. 8/6/1992 n. 306, convertito nella legge 7/8/1992, n. 352 – ed in particolare avente ad oggetto la disposizione che attribuiva al procuratore nazionale antimafia la facoltà di disporre questa misura, in presenza di determinati presupposti, senza necessità di convalida da parte del tribunale, ne ha dichiarato l'illegittimità, per contrasto con gli artt. 13 e 24 Cost., in quanto misura definitiva e incidente sulla libertà personale³⁰. Secondo la Consulta, il pubblico ministero, in virtù della sua natura di autorità giudiziaria ma non giurisdizionale, avrebbe potuto soltanto proporre la misura in questione oppure disporla in via provvisoria, nell'ambito di un procedimento che avrebbe dovuto concludersi con l'adozione del provvedimento definitivo da parte di un giudice, entro termini brevi e con il rispetto delle garanzie della difesa.

Conclusioni, queste, che possono ritenersi rafforzate a seguito della riforma costituzionale dell'art. 111 Cost.: solo il giudice, nella sua posizione di terzietà e imparzialità è in grado di assicurare il rispetto del contraddittorio ed il principio di parità delle parti. Il pubblico ministero, una volta concluse le indagini, qualora gli elementi raccolti consentano di formulare una ragionevole previsione di condanna, esercita l'azione penale, secondo l'obbligo previsto dall'art. 112 Cost. ed assume le vesti di una parte processuale³¹. Che poi si tratti di una parte pubblica, obbligata «a ricercare tutti gli elementi di prova rilevanti per una giusta decisione, "ivi compresi gli elementi favorevoli all'imputato"»³², secondo quanto disposto dall'art. 358 c.p.p., e che sia

²⁹ In realtà, già prima della riforma del codice di procedura penale la dottrina aveva manifestato perplessità in merito all'attribuzione al p.m., quale "autorità giudiziaria" ai sensi dell'art. 13 Cost., del potere di convalida dei provvedimenti di polizia, in quanto ciò avrebbe comportato un'attenuazione delle finalità garantiste della riserva di giurisdizione. Cfr. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, 388 ss.; P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione*, Cedam, Padova, 1966, 119 ss.

³⁰ Così Corte cost., sent. 7 dicembre 1994, n. 419.

³¹ Si veda D. SIRACUSANO, *Il ruolo del pubblico ministero nel nuovo processo penale*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, Giuffrè, Milano, 1994, 42, secondo cui il p.m. può essere qualificato come «parte-organo di investigazione» nel corso delle indagini preliminari e «giusta parte in contrapposizione all'altra parte», nelle fasi successive.

³² Cfr. Corte cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88, secondo cui il ruolo del p.m. non è quello di mero accusatore, ma pur sempre di "organo di giustizia".

comunemente qualificato “organo di giustizia”³³, non esclude, che sia comunque il naturale contraddittore della difesa³⁴. La previsione di cui all’art. 358 c.p.p. non altera, dunque, l’impronta accusatoria del processo, che rimane un «processo di parti proprio perché basato su una chiara distinzione dei ruoli dialetticamente contrapposti rispettivamente svolti dall'accusa e dalla difesa»³⁵.

Proprio queste considerazioni hanno spinto il legislatore ad evitare che fosse il p.m. ad autorizzare o convalidare provvedimenti di arresto o di fermo, o comunque misure restrittive della libertà personale. Si può ricordare, ad esempio, anche al di fuori del processo penale, il d.l. 51/2002, con il quale è stato introdotto il giudizio di convalida del provvedimento di espulsione con accompagnamento coattivo alla frontiera dello straniero. Nella versione originaria la convalida era stata attribuita al Procuratore della Repubblica presso il tribunale territorialmente competente. In sede di conversione del decreto-legge, avvenuta con l. n. 106/2002, il Parlamento ha ritenuto di affidare la convalida al tribunale in composizione monocratica territorialmente competente, evitando possibili contestazioni della legittimità costituzionale della norma.

In relazione alla libertà di domicilio, non si possono non rammentare le recenti modifiche della disciplina delle perquisizioni domiciliari non seguite da provvedimento di sequestro, in attuazione dei principi enunciati dalla Corte di Strasburgo³⁶, secondo cui

³³ Cfr., tra i tanti, B. PETROCELLI, *Il pubblico ministero organo di giustizia*, in *Arch. Pen.*, 1966, 253 ss.; M. CHIAVARIO, *Il pubblico ministero organo di giustizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/1971, 714 ss. Anche dopo la riforma del codice, cfr. E. FORTUNA, *Pubblico ministero (diritto processuale penale)*, in *Enc. Giur.*, XXV, Treccani, Roma, 1991, 8; M. MADDALENA, *Il ruolo del pubblico ministero nel processo penale*, in *AA.VV.*, *Il pubblico ministero oggi*, Giuffrè, Milano, 1994, 48. Nel senso di ritenere ormai superata la qualificazione del p.m. come “organo di giustizia”, perché il p.m. svolgerebbe piuttosto «una funzione concretamente parziale», cfr. N. ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Cedam, Padova, 1996, 114. Analogamente, M. TRAPANI, *Dal pubblico ministero-«giudice» al pubblico ministero organo amministrativo di giustizia?*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il Consiglio superiore della magistratura. Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, Giappichelli, Torino, 2001, 411. Sull’ambiguità della formula “organo di giustizia”, cfr. M. MANETTI, *Funzioni e statuto del pubblico ministero*, in *A.I.C.*, *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Atti del XIX Convegno Annuale, Padova 23-23 ottobre 2004, Cedam, Padova, 2008, 181.

³⁴ Sull’evoluzione del ruolo processuale del pubblico ministero cfr. G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell’azione penale*, Giuffrè, Milano, 2003, 166 ss. Nel senso che il p.m. sia un soggetto istituzionale contrapposto alla difesa, senza dover essere per tale ragione assimilato a un “superpoliziotto”, cfr. M. CHIAVARIO, *La fisionomia del titolare dell’azione penale, tema essenziale di dibattito per la cultura del processo*, in *AA.VV.*, *Pubblico ministero e riforma dell’ordinamento giudiziario*. Atti del Convegno di Udine, 22-24 ottobre 2004, Giuffrè, Milano, 2006, 14 ss.

³⁵ Cfr. Corte cost., ord. 11 aprile 1997, n. 96.

³⁶ Cfr. Corte EDU, Sez. I, sent. 27 settembre 2018, ric. n. 57278/11, causa Brazzi c. Italia, parr. 38 ss. Nel senso che la Corte europea avrebbe omissso di valutare, per un verso, l’indipendenza di cui gode il pubblico ministero rispetto al potere esecutivo e, per altro verso, le garanzie procedurali previste normativamente, dal diritto del difensore di assistere alla perquisizione, alla motivazione del

l'assenza di un provvedimento giurisdizionale *ex ante* rispetto al mandato emesso dal pubblico ministero deve essere quanto meno compensata da un controllo *ex post*. La mancanza di un qualunque controllo da parte di un giudice sulla legalità e proporzionalità della misura, comporta la violazione dell'art. 8, par. 2, della CEDU. La disposizione secondo cui l'ingerenza delle pubbliche autorità deve essere "prevista dalla legge" implica, infatti, non solo che l'ingerenza si debba fondare su una base giuridica e che tale normativa debba essere accessibile e prevedibile, ma altresì che la stessa disciplina sia compatibile col principio dello Stato di diritto, che richiede appunto un controllo effettivo da parte di un organo giurisdizionale rispetto alla perquisizione domiciliare. Il legislatore³⁷ è quindi intervenuto per adeguarsi, introducendo un controllo del g.i.p. sul decreto emesso dal p.m. in caso di perquisizioni con esito negativo (art. 252-*bis* c.p.p. e art. 352 co. 4-*bis* c.p.p.), mentre laddove la perquisizione si sia conclusa col sequestro, il controllo era già previsto su quest'ultimo provvedimento.

Si aggiunga, infine, che per le intercettazioni telefoniche, che ricadono evidentemente sotto la garanzia dell'art. 15 Cost., l'attuale normativa (art. 267 c.p.p.) stabilisce che il pubblico ministero chieda l'autorizzazione al g.i.p., mentre, in caso di urgenza, il p.m. può procedere direttamente, salvo richiedere sempre al giudice il decreto di convalida, entro termini molto ristretti³⁸.

Coerentemente, si deve ritenere che l'autorizzazione all'accesso alla messaggistica contenuta in un cellulare debba essere disposta da un giudice e non dal pubblico ministero³⁹. In generale, sarebbe preferibile ritenere che il sintagma "autorità giudiziaria" contenuto nell'art. 15 Cost. (come anche negli artt. 13, 14 e 21) sia da riferire all'autorità giurisdizionale, non perché il p.m. non continui ad appartenere

provvedimento di sequestro, cfr. D. CARDAMONE, *Le perquisizioni disposte dall'autorità giudiziaria*, in *Quest. giust., Gli speciali. La Corte di Strasburgo*, 2019, 315 ss.

³⁷ Le modifiche in questione al codice di procedura penale sono state apportate con la "riforma Cartabia", d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150.

³⁸ Rispetto al tema delle intercettazioni telefoniche si può rammentare che la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU, in quanto non è previsto un controllo da parte dell'autorità giudiziaria sulla necessità e legalità della misura, nel caso di intercettazioni a carico di un soggetto che rimane estraneo al procedimento penale. Cfr. Corte EDU, sez. I, sent. 23 maggio 2024, ric. 2507/19, causa Contrada c. Italia, par. 95.

³⁹ Nello stesso senso cfr. M. ODDIS, *L'acquisizione della messaggistica digitale nel processo penale: tra cortocircuiti processuali e prospettive de iure condendo*, in *Sist. pen.*, n. 6/2025, 12; A. CHELO, *Davvero legittimo il sequestro di messaggi e-mail e Whatsapp già letti?*, nota a Corte cost., 27 luglio 2023, n. 170, in *Giur. cost.*, n. 4/2023, 1746 ss.; L. FILIPPI, *Ma davvero per il sequestro della corrispondenza basta il decreto del P.M.?*, in *Giurisprudenza penale*, n. 4/2025, 4-5.

all'ordine giudiziario⁴⁰ e in quanto tale non sia anch'esso "autorità giudiziaria", quanto per le ragioni esposte, concernenti la mancanza di terzietà e dunque il rischio che non sia in grado di assicurare il giusto equilibrio nella comparazione tra interessi costituzionali contrapposti.

5. Corte di giustizia e necessità di un controllo di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente per l'accesso ai dati contenuti in un cellulare

Le conclusioni di cui sopra appaiono peraltro in linea con la recente giurisprudenza della Corte di giustizia, che negli ultimi anni ha affrontato puntualmente la questione dell'accesso da parte delle autorità competenti ai dati contenuti in un telefono cellulare; questione che, a livello europeo, rientra nel campo di applicazione della direttiva 2016/680 e in particolare nell'ampia nozione di "trattamento di dati personali" di cui all'art. 3, punto 2, della direttiva stessa. Secondo la Corte di Lussemburgo, la direttiva mira a garantire un elevato livello di protezione dei dati personali delle persone fisiche, in linea con quanto disposto dall'articolo 8, paragrafo 1, della Carta europea dei diritti fondamentali e dall'articolo 16, paragrafo 1, TFUE e pertanto, laddove sia necessario una limitazione di tale diritto alla protezione dei dati personali, nonché del diritto al rispetto della vita privata e familiare, tutelato dall'art. 7 della Carta, il trattamento deve, innanzi tutto, rispettare il principio di proporzionalità: le limitazioni, dettate da una finalità di interesse generale, come può essere un'indagine finalizzata alla repressione di un reato, devono essere operate nei limiti dello stretto necessario e la normativa che le prevede deve essere caratterizzata da norme chiare e precise, che disciplinano portata e applicazione. La Corte di giustizia soggiunge, poi, che al fine di garantire il rispetto del principio di proporzionalità in concreto, è essenziale che l'accesso ai dati personali «sia subordinato a un controllo preventivo effettuato da un giudice o da un organo amministrativo indipendente», il quale dovrà essere in grado di garantire un giusto equilibrio tra i legittimi interessi connessi alle necessità dell'indagine nell'ambito della lotta alla criminalità, da un lato e, dall'altro, i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali delle persone i cui dati sono interessati dall'accesso⁴¹. Secondo la Corte, dunque, spetta a un giudice oppure a un organo amministrativo indipendente effettuare in concreto il bilanciamento tra interessi

⁴⁰ In argomento cfr. G.U. RESCIGNO, *L'esercizio dell'azione pubblica ed il pubblico ministero*, in A.I.C., *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, cit., 132 ss.

⁴¹ Cfr. Corte giust., sent. 4 ottobre 2024, nella causa C-548/21, CG, parr. 102-103.

contrapposti e verificare se sia effettivamente necessario accedere ai dati contenuti nel telefono cellulare di un individuo.

La pronuncia in questione è sicuramente di estremo interesse rispetto al tema qui esaminato ed infatti è stata ripresa dalla Corte di cassazione quando è stata chiamata a pronunciarsi a sua volta sulla necessità di un provvedimento del giudice al fine della limitazione della libertà di corrispondenza. Il problema è che due sezioni della Suprema Corte, nelle due sentenze già prima richiamate⁴², sono giunte a conclusioni opposte anche per effetto di una diversa lettura della recente pronuncia della Corte di Lussemburgo, che ha ritenuto adeguato un provvedimento restrittivo proveniente da un organo amministrativo indipendente.

Forse qualche elemento ulteriore si può desumere da una precedente sentenza della Corte di giustizia, concernente la raccolta di dati relativi a comunicazioni elettroniche effettuata dall'autorità investigativa presso un fornitore di servizi di telecomunicazioni elettroniche⁴³. In quella circostanza l'autorità investigativa era rappresentata dal pubblico ministero, che nel Paese in questione, l'Estonia, dirige l'attività istruttoria ed esercita la pubblica accusa in giudizio. A livello ordinamentale il procuratore è soggetto alla sfera di competenza del ministro della giustizia, ma, sempre secondo la legge estone, nell'esercizio delle proprie funzioni è indipendente e agisce esclusivamente secondo la legge e secondo il proprio convincimento. A fronte di tale quadro normativo, la Corte di giustizia ha ritenuto che l'accesso ai dati relativi a comunicazioni elettroniche debba essere autorizzato da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente, chiamata a verificare il rispetto delle garanzie e del procedimento normativamente previsto. Nel caso di specie, però, non si è limitata a un'individuazione generica del soggetto in astratto idoneo ad autorizzare l'accesso, ma ha precisato che deve trattarsi di un soggetto in grado di esercitare tale compito in modo obiettivo e imparziale, così da garantire il giusto equilibrio tra gli interessi connessi all'indagine e il diritto al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali dell'individuo dei cui dati si tratti.

In sostanza, l'autorità incaricata di tale controllo preventivo, da un lato non deve essere coinvolta nella conduzione dell'indagine penale e, dall'altro, deve avere una posizione di neutralità nei confronti delle parti del procedimento penale. Sulla base di

⁴² Cfr. Corte cass., sez. V pen., sent. 28 gennaio 2025, n. 8376 e sez. VI pen., sent. 1° aprile 2025, n. 13585.

⁴³ Cfr. Corte giust., sent. 2 marzo 2021, nella causa C-746/18, *H.K.*, parr. 51 ss.

questa premessa, la Corte ha escluso che il pubblico ministero estone fosse un'entità amministrativa indipendente con le qualità richieste, proprio perché soggetto che dirige il procedimento di indagine e che esercita, in caso, l'azione penale. La Corte non si sofferma, dunque, sull'eventuale rapporto col ministro della giustizia, bensì proprio sul ruolo del p.m. nell'ambito del procedimento penale. Ciò che rileva è l'assenza della terzietà in capo al pubblico ministero rispetto agli interessi in gioco e tale terzietà non può derivare neppure dalla «circostanza che il pubblico ministero sia tenuto, conformemente alle norme che disciplinano le sue competenze e il suo status, a verificare gli elementi a carico e quelli a discarico, a garantire la legittimità del procedimento istruttorio e ad agire unicamente in base alla legge ed al suo convincimento»⁴⁴.

Affermazione, quest'ultima di particolare interesse, perché anche nel nostro ordinamento, come si è visto, si è dibattuto a lunga sull'imparzialità del p.m., anche per effetto di quanto previsto dall'art. 358 c.p.p. Il p.m., pur non essendo paragonabile in tutto al difensore di un indagato o di un imputato, resta, una volta esercitata l'azione penale, una parte processuale ed in quanto tale è privo della terzietà propria invece di un giudice. In quella circostanza il legislatore si è adeguato ai principi indicati dalla Corte di giustizia, modificando (con d.l. n. 132/2021) l'art. 132 del d.lgs. 196/2003 e prevedendo espressamente che l'acquisizione dei tabulati telefonici avvenga con decreto motivato del giudice su richiesta del p.m.⁴⁵ Le conclusioni cui è giunta la Corte di giustizia, sebbene concernenti una diversa normativa – comunque rientrante nell'ambito dell'art. 15 Cost.⁴⁶ – si prestano, proprio per le argomentazioni utilizzate, ad essere impiegate anche con riferimento al tema in esame, considerato che anche in occasione del sequestro di un cellulare e dei dati in esso contenuti si rende necessario contemperare l'interesse legato all'attività investigativa e alla repressione dei reati, con la tutela di libertà garantite dalla Costituzione, come anche dalla Carta dei diritti fondamentali UE e dalle direttive europee in materia. Anzi, l'ingerenza dell'autorità

⁴⁴ Così Corte giust. nella causa C-746/18 cit., par. 56.

⁴⁵ Peraltro, l'art. 132 del d.lgs. 196/2003 è stato modificato più volte. Già in passato si era stabilito che il decreto dovesse essere disposto dal giudice (con d.l. n. 354/2003), salvo tornare al decreto motivato del p.m. per l'acquisizione dei dati del traffico telefonico (con il d.l. 144/2005).

⁴⁶ Cfr. Corte cost., sent. 11 marzo 1993, n. 81, in cui fa ricadere nella tutela dell'art. 15 Cost. anche i dati esteriori di una conversazione telefonica. Afferma la Consulta che «l'ampiezza della garanzia apprestata dall'art. 15 della Costituzione alle comunicazioni che si svolgono tra soggetti predeterminati entro una sfera giuridica protetta da riservatezza è tale da ricomprendere non soltanto la segretezza del contenuto della comunicazione, ma anche quella relativa all'identità dei soggetti e ai riferimenti di tempo e di luogo della comunicazione stessa».

nella vita privata di un individuo e la limitazione della sua libertà di corrispondenza e della riservatezza appaiono ben maggiori quando si accede al contenuto di un cellulare rispetto alla semplice acquisizione di tabulati telefonici.

6. Brevi riflessioni sulla proposta di legge in discussione in Parlamento e considerazioni conclusive

La parola finale dovrebbe comunque spettare al legislatore, tenuto conto che l'art. 15 Cost. sancisce una riserva assoluta di legge a garanzia della libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione. E, come noto, una riserva assoluta impone al legislatore di dettare una disciplina puntuale, che specifichi oltre ai "casi", anche le modalità e il procedimento da seguire. In tema di libertà personale, ad esempio, la Corte costituzionale ha richiesto che, nel caso di misura di assegnazione ad una REMS (residenza per l'esecuzione di misure di sicurezza), che incide appunto sull'art. 13 Cost., siano indicate in modo preciso e uniforme sul territorio nazionale, per ineludibili esigenze di tutela dei diritti fondamentali dei suoi destinatari, le ipotesi in cui si renda necessario l'uso della contenzione e le modalità di esecuzione, nonché i poteri dell'autorità giudiziaria e in specie della magistratura di sorveglianza⁴⁷. E, sempre in relazione all'art. 13 Cost., la Consulta è pervenuta di recente ad analoghe conclusioni con riferimento alla normativa sul trattenimento dello straniero all'interno dei centri di permanenza per i rimpatri (CPR), proprio per l'incompletezza della regolazione contenuta nelle fonti primarie, che rimettono quasi interamente l'intera disciplina della materia – quanto alla convivenza all'interno del centro, alle misure indispensabili per garantire l'incolumità delle persone, nonché quelle occorrenti per disciplinare le modalità di erogazione dei servizi predisposti per le esigenze fondamentali di cura, assistenza, promozione umana e sociale e le modalità di svolgimento delle visite – a norme regolamentari e a provvedimenti amministrativi discrezionali⁴⁸.

Analogamente, anche in materia di sequestro del contenuto di uno smartphone si rende necessaria una disciplina organica e precisa, che sia peraltro rispettosa del principio di proporzionalità, idonea ad assicurare che informazioni non rilevanti a fini investigativi rimangano segretate e che preveda un intervento dell'organo giurisdizionale, con puntuale motivazione, così da innalzare il livello complessivo di garanzie per la libertà di comunicazione. Del resto, anche la Corte di giustizia ha

⁴⁷ Cfr. Corte cost., sent. 27 gennaio 2022, n. 22.

⁴⁸ Cfr. Corte cost., sent. 3 luglio 2005, n. 96.

espressamente richiesto che una normativa nazionale che disciplini l'accesso delle autorità competenti a dati relativi a comunicazione elettronica non può limitarsi a esigere il rispetto delle finalità perseguite dalla normativa stessa, «ma deve altresì prevedere le condizioni sostanziali e procedurali che disciplinano tale utilizzo»⁴⁹.

Nel caso di specie, manca una disciplina puntuale⁵⁰, in grado di soddisfare pienamente la riserva assoluta di legge di cui all'art. 15 Cost. È troppo generica, infatti, la previsione di cui all'art. 253 c.p.p. concernente il sequestro del corpo del reato o di cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti⁵¹. Al contempo, il successivo art. 254 c.p.p. disciplina un'ipotesi simile ma più specifica, ovvero il sequestro, presso soggetti che forniscono servizi postali, telegrafici, telematici o di telecomunicazioni, di lettere, pieghi, pacchi, valori, telegrammi e altri oggetti di corrispondenza, anche se inoltrati per via telematica⁵². Appare quindi opportuno un intervento del Parlamento che vada a dettare una normativa per il sequestro di cellulari e altri dispositivi digitali, nonché del loro contenuto.

Al momento è in discussione alla Camera il progetto di legge “Zanettin” (AC 1822)⁵³ per l'introduzione del nuovo art. 254-ter c.p.p., che intende disciplinare, in modo anche piuttosto diffuso, proprio le ipotesi di cui sopra. Innanzi tutto, la “proposta Zanettin” attribuisce in via generale al giudice delle indagini preliminari, su richiesta del pubblico ministero, il potere di disporre «il sequestro di dispositivi e sistemi informatici o telematici o di memorie digitali, necessari per la prosecuzione delle indagini» (art. 1). Al contempo, però, prevede che in situazioni di urgenza, il sequestro possa essere disposto da parte del p.m. o di ufficiali di polizia giudiziaria, con successiva convalida da parte del giudice. Una volta effettuata la duplicazione del contenuto su supporti informatici, in modo da garantire la conformità all'originale ed eseguita l'analisi dello stesso, la proposta di legge opera una distinzione: si riconosce al p.m. il potere di disporre direttamente il sequestro laddove si tratti di dati, informazioni e programmi,

⁴⁹ Cfr. Corte giust. nella causa C-746/18 cit., par. 49.

⁵⁰ Definisce «inconsistente» il quadro normativo che disciplina l'attività di sequestro di uno smartphone O. MURRO, *Sequestro degli smartphone: un labirinto tra il “d.d.l. Zanettin”, la Corte di Giustizia UE e le Linee Guida della Procura di Roma*, in *Penale Diritto e Procedura*, n. 2/2025, 314.

⁵¹ Analogamente S. GRIECO, *Le nuove frontiere del concetto di “corrispondenza” nel processo penale*, in *Penale Diritto e Procedura*, 28 aprile 2025, 12.

⁵² Cfr. per analoghe considerazioni A. CHELO, *Davvero legittimo il sequestro*, cit., 1746 ss.; A. IACOVIELLO, *I riflessi della sentenza n. 170/2023 della Corte costituzionale sulle procedure per il sequestro della corrispondenza elettronica e delle comunicazioni archiviate su dispositivi di tipo informatico e telematico*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1/2024, 14-15.

⁵³ La proposta di legge “Zanettin” è già stata approvata dal Senato il 10 aprile 2024 ed è al momento in discussione in Commissione alla Camera.

mentre, nel caso di dati inerenti a comunicazioni, conversazioni o corrispondenza informatica inviate e ricevute e quindi, in sostanza, per il sequestro di dati rientranti nella libertà di corrispondenza, il p.m. è tenuto a fare richiesta al giudice, al quale spetterà poi disporre eventualmente il sequestro.

Il progetto, dunque, si propone di adeguare il codice di procedura penale alle novità tecnologiche, per un verso, e ai nuovi orientamenti giurisprudenziali sul concetto di “autorità giudiziaria”, per altro verso. In questa sede non si intende entrare nel merito delle singole disposizioni e delle critiche che pure sono state avanzate in alcuni commenti o nel corso delle audizioni parlamentari in Commissione, per timori di inefficienza e allungamento dei tempi del procedimento⁵⁴, come anche sotto il profilo lessicale e di coerenza sistemica⁵⁵. Si manifesta, però, una condivisione della scelta di fondo (disciplina legislativa *ad hoc* e attribuzione al giudice del potere di disporre il sequestro), perché in linea con una lettura più rigorosa delle garanzie stabilite dall’art. 15 Cost., la riserva assoluta di legge e la riserva di giurisdizione, tenuto conto che la libertà di comunicazione, insieme a quella personale e di domicilio, assicura l’effettività del principio personalista⁵⁶ e che originariamente il legislatore costituente aveva ipotizzato di trattare congiuntamente, quindi in unico articolo, i tre aspetti inviolabili della persona umana⁵⁷, per la loro stretta connessione. Si rammenta che, proprio argomentando dall’affermazione dell’inviolabilità della libertà e segretezza della comunicazione, la Consulta, dopo avere inquadrato il diritto in questione tra i supremi

⁵⁴ Questa, ad esempio, una critica avanzata del Presidente dell’Associazione nazionale magistrati. Cfr. C. PARODI, Audizione alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati del 27 maggio 2025. Ancora più netta la posizione del Procuratore nazionale antimafia, secondo il quale il proliferare di interlocuzioni tra p.m. e g.i.p. per ogni dispositivo sequestrato finirebbe col produrre un ritardo delle indagini e un aggravio insostenibile per gli uffici. Cfr. G. MELILLO, Audizione alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati del 27 maggio 2025.

⁵⁵ Cfr. S. PIGNORATO, Audizione alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati del 27 maggio 2025.

⁵⁶ Cfr. A. VALASTRO, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, cit., 83 ss.; C. TROISIO, *Corrispondenza (libertà e segretezza della)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, IX, 2; P. CARETTI - G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali*, cit., 285; L. PRINCIPATO, *I diritti della sfera civile nella dimensione individuale*, in M. BENVENUTI - R. BIFULCO (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale*, vol. III, *I diritti e i doveri costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2022, 85. Si veda anche Corte cost., sent. 23 luglio 1991, n. 366, in cui la Consulta qualifica la libertà in questione come «parte necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana».

⁵⁷ Cfr. A. PACE, *Art. 15*, cit., 80; F. DONATI, *Art. 15*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, I, 2006, 363. Si veda il dibattito svoltosi nella seduta plenaria della Commissione per la Costituzione del 24 gennaio 1947 e in particolare sul progetto di art. 8, che prevedeva una disciplina unica per le tre libertà, in virtù della scelta effettuata dal comitato di redazione.

valori costituzionali, ha evidenziato come un'eventuale limitazione dello stesso possa avvenire soltanto a tutela di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante, a condizione che «l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse»⁵⁸ e che venga rispettata la duplice garanzia della riserva assoluta di legge, nonché di una adeguata e specifica motivazione da parte dell'autorità giudiziaria.

Ora, il sintagma “autorità giudiziaria” può assumere un significato diverso rispetto a quello più ampio originariamente riconosciuto in sede di Assemblea costituente. In passato la Corte ha già avuto modo di evidenziare come modifiche processuali possano giustificare anche interpretazioni e conclusioni differenti. Si pensi, per rimanere in tema di riserva di legge, all'ipotesi del prelievo ematico coattivo. In un primo momento la Consulta aveva ritenuto che il ricorso da parte del giudice alla perizia medico-legale, pur in assenza di una disciplina puntuale, fosse uno dei modi legittimi per procedere al prelievo di sangue per finalità processuali di accertamento della verità, nel rispetto quindi dell'art. 13 Cost.⁵⁹ A distanza di dieci anni, chiamata a pronunciarsi nuovamente sul prelievo ematico coattivo, la Corte ebbe a riconoscere l'illegittimità della norma processuale (art. 224, co. 2, c.p.p.) che consentiva al giudice di procedere in assenza di una chiara delimitazione di casi e modi e quindi in violazione della riserva assoluta di legge. La Corte giustificò la rimeditazione della questione e le conclusioni differenti in considerazione «anche della maggiore forza con cui il valore della libertà personale si è affermato nel nuovo codice di procedura penale, ispirato in modo particolarmente accentuato al favor libertatis»⁶⁰.

A prescindere dalle argomentazioni utilizzate nel caso di specie, resta fermo che la ridefinizione complessiva del ruolo del pubblico ministero nel processo penale ha inevitabilmente delle conseguenze anche sul modo in cui può essere letta una disposizione costituzionale e in particolare l'espressione “autorità giudiziaria” contenuta negli artt. 13, 14 e 15 Cost., rispetto alla medesima espressione contenuta, ad esempio, nell'art. 109 Cost. Nel primo caso, l'evoluzione del sistema processuale porta ad escludere che il p.m. possa effettuare un controllo effettivo e “terzo”, rispetto a tutti i criteri evidenziati dalla Corte, in particolare per quanto concerne la necessità e in

⁵⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 366/1991, cit., in tema di intercettazioni telefoniche. Principi peraltro già chiaramente esposti anche nella precedente sent. 6 aprile 1973, n. 34 e di recente ribaditi nella sent. 24 gennaio 2017, n. 20.

⁵⁹ Cfr. Corte cost., sent. 24 marzo 1986, n. 54.

⁶⁰ Cfr. Corte cost., sent. 9 luglio 1996, n. 238.

generale la proporzionalità della misura restrittiva. E ciò vale non solo per la libertà personale, ma anche per la libertà e la segretezza della libertà di corrispondenza e comunicazione. In una recente pronuncia⁶¹ la Consulta ha dichiarato l'illegittimità della norma secondo cui il questore poteva vietare, a persone definitivamente condannate per delitti non colposi, il possesso o l'utilizzo di qualsiasi apparato di comunicazione radiotrasmittente, inclusi anche telefoni cellulari. Non sfugge in questa circostanza il passaggio in cui la Corte, nell'argomentare che una simile previsione, per il fatto stesso di essere disposta dall'autorità amministrativa comportava una chiara violazione della riserva di giurisdizione di cui all'art. 15 Cost., afferma che «il vaglio dell'autorità giurisdizionale risulta infatti associato alla garanzia del contraddittorio, alla possibile contestazione dei presupposti applicativi della misura, della sua eccessività e sproporzione, e, in ultima analisi, consente il pieno dispiegarsi allo stesso diritto di difesa»⁶². Vaglio, dunque, non di un'autorità giudiziaria, indifferentemente giudicante o requirente, bensì di un'autorità giurisdizionale, per la sua terzietà e per la piena garanzia del contraddittorio e sono questi i principi cui il legislatore e l'interprete dovrebbero attenersi anche rispetto all'accesso alla messagistica contenuta in un dispositivo digitale⁶³.

⁶¹ Cfr. Corte cost., sent. 12 gennaio 2023, n. 2.

⁶² Così Corte cost., sent. n. 2/2023, cit.

⁶³ In questa prospettiva, forse, si potrebbe ipotizzare un passaggio innanzi al giudice anche per il sequestro di dati, informazioni e programmi, contenuti nei dispositivi digitali, anche laddove non si tratti di dati inerenti a comunicazioni, così da realizzare in generale una più netta distinzione di ruoli tra chi coordina l'attività investigativa e chi esercita il controllo rispetto alla necessità e proporzionalità della misura restrittiva e alla sua legittimità. Tanto più che lo smartphone rappresenta ormai una sorta di estensione digitale della persona e l'accesso al suo contenuto, anche laddove non si tratti di dati inerenti comunicazioni, costituisce ugualmente una intrusione significativa nella vita privata dell'individuo e richiede pertanto che sia assicurato il livello più alto di garanzia.

Stato di diritto, separazione dei poteri e ruolo del giudice (note minime su una vessata questione)*

di

Antonio Ruggeri**

Sommario: 1. Stato di diritto e separazione dei poteri: *simul stabunt vel simul cadent*, e l'ardua questione concernente il riconoscimento degli eccessi nell'esercizio della giurisdizione, peraltro fatti oggetto di improprie generalizzazioni e strumentali letture piegate a fini inquietanti. – 2. Costituzione "intercostituzionale", salvaguardia dei diritti fondamentali, ruolo dei giudici, in un contesto segnato da un vistoso degrado culturale del ceto politico e dalla conseguente "supplenza" dei giudici. – 3. Quanto Stato di diritto ci resta? E come dare un'attendibile risposta ad un sì inquietante quesito tenendosi alla larga dal condizionamento esercitato da false credenze alimentate da quanti a gran voce dichiarano che la società è ormai soggiogata dal governo dei giudici?

1. Stato di diritto e separazione dei poteri: *simul stabunt vel simul cadent*, e l'ardua questione concernente il riconoscimento degli eccessi nell'esercizio della giurisdizione, peraltro fatti oggetto di improprie generalizzazioni e strumentali letture piegate a fini inquietanti

Stato di diritto e separazione dei poteri, negli ordinamenti d'ispirazione liberal-democratica, si fanno mutuo rimando e, a conti fatti, si compongono e risolvono in una sola "cosa" giuridicamente rilevante. L'uno, infatti, resta privo di

* Testo rielaborato e corredato di un minimo apparato di note e di riferimenti bibl. di un intervento svolto al Seminario del Gruppo di Pisa su *Stato di diritto, matrice giurisprudenziale del diritto e comunità delle giurisdizioni*, Palermo 5 dicembre 2025, alla cui data lo scritto è aggiornato.

** Professore Emerito di Diritto costituzionale – Università di Messina

senso alcuno in un contesto istituzionale che non conosca la seconda (o meglio, come ora si dirà, non la conosca in una certa misura) e, non conoscendola, a conti fatti rinneghi l'idea di Costituzione quale risulta mirabilmente scolpita nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789; la separazione dei poteri, dal suo canto, presuppone la previa definizione delle regole riguardanti i ruoli degli organi di apparato, in particolare di quelli costituzionali e di rilevanza costituzionale, ed alle regole stesse pertanto occorre far capo per ciò che attiene alla "misura" in cui il principio in parola è fatto proprio dalla Costituzione, così come al fine di stabilire quale ne sia l'effettiva consistenza nell'esperienza. Se ne ha, dunque, che, laddove dovesse aversi riscontro che lo Stato di diritto è ormai venuto meno o, come che sia, versa in una condizione di palese e grave sofferenza¹, similmente dovrebbe dirsi per la separazione dei poteri, e viceversa; e non è, peraltro, per un mero accidente che proprio nella presente congiuntura siano venute alla luce plurime indagini di vario segno ed orientamento, individuali e collettive, che ne hanno fatto oggetto di studio².

¹ ... come, ad es., si ha in alcuni Paesi dell'Est europeo, primo su tutti l'Ungheria, il cui transito verso la "famiglia", pur internamente composita, delle liberal-democrazie risulta non poco affannoso e sofferto, così come per vero lo è il quotidiano confronto con i *partners* europei di più solida e risalente tradizione liberal-democratica. Ed è da chiedersi come possa seguitare l'Unione ad essere formata da Paesi che si rifanno alla tradizione in parola e da altri che invece non intendano conformarsi ai principi fondamentali che ne sono filiazione immediata e diretta.

² *Ex plurimis*, dopo G. SILVESTRI, *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, in *Enc. dir., I tematici, V (2023), Potere e Costituzione*, diretto da M. Cartabia e M. Ruotolo, 1122 ss., e, dello stesso, *Corte costituzionale e separazione dei poteri: considerazioni sulla giurisprudenza recente in tema di conflitti di attribuzione*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2025, 3 febbraio 2025, 53 ss., v., almeno, i contributi all'incontro di studi di Siena del 14 marzo 2024 su *La separazione dei poteri nello stato contemporaneo. In ricordo di Giovanni Grottanelli de' Santi*, a cura di E. Bindi, M. Perini, A. Pisaneschi e L. Violini, ESI, Napoli 2025, ed all'incontro di Messina del 27-28 giugno 2024 su *Separazione dei poteri, indirizzo politico e garanzie costituzionali*, i cui Atti sono in corso di stampa. Inoltre, G. SCACCIA, *L'etica della funzione giudiziaria. Fra teoria dell'interpretazione e separazione dei poteri*, in *Quad. cost.*, 2/2023, 459 ss.; M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e giustizia digitale*, Mimesis, Milano 2023; R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2023, 12 settembre 2023, 815 ss.; M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Giuffrè - Francis Lefebvre, Milano 2023; i contributi che sono in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2023; C. PINELLI, *L'influenza del principio di separazione dei poteri nelle democrazie contemporanee*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2024, 8 maggio 2024, 126 ss.; F. MERUSI, *Separazione dei poteri e organizzazione amministrativa. Mutazioni nell'ordinamento italiano*, in *Lo Stato*, 22/2024, 37 ss.; E. DE GREGORIO, *I nuovi orizzonti dei rapporti fra Corte Costituzionale e Parlamento*, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 15 ottobre 2024; M. MANETTI, *Giurisprudenza*

Il punto è che il più delle volte, negli ordinamenti che hanno conosciuto e che conoscono lo Stato di diritto, l'alternativa non appare essere "secca", nel senso che quest'ultimo o c'è o non c'è, trattandosi piuttosto di un fatto di "misura", di quantità e soprattutto di qualità allo stesso tempo, in cui se ne ha apprezzabile riscontro; ed è chiaro che, oltre una certa soglia, può (e deve) ammettersi che si è ormai consumato un salto ordinamentale. Gli indici esteriori di questo stato di cose sono molteplici e possono essere con profitto utilizzati allo scopo dell'accertamento in parola. A questo riguardo, l'angolo di osservazione dalla parte dei giudici risulta, a mia opinione, particolarmente istruttivo, sol che si ammetta, come devesi, che una delle spie esteriori che maggiormente denotano il transito verso un "tipo" di Stato diverso da quello di diritto è data proprio dalle misure adottate, a volte in modo scoperto ed altre volte abilmente mimetizzate, dai governanti di turno per mettere il bavaglio ai giudici attentando alla loro indipendenza e serenità di giudizio.

Ogni medaglia ha, però, il suo rovescio; ed è altresì da mettere in conto l'eventualità che gli stessi giudici non sempre esercitino il *munus* loro demandato mantenendosi scrupolosamente osservanti della cornice fissata dai canoni, costituzionali e non, che lo riguardano. È bene, tuttavia, che si dica chiaro e tondo che non si conoscono – quanto meno non è dato a me di conoscere – regimi autoritari affermatasi sulle macerie di anteriori ordinamenti liberal-democratici per effetto di un colpo di Stato o di una rivoluzione armata dalla mano dei giudici. L'involuzione autoritaria è *sempre* figlia di un'iniziativa forzosa, seppur a volte dapprima abilmente occultata e portata avanti con molta gradualità, dovuta ai

costituzionale e convenzioni sulla separazione dei poteri, in Riv. AIC (www.rivistaaic.it), 4/2024, 27 novembre 2024, 70 ss., nonché, se si vuole, i miei *La Costituzione sotto stress e la piramide rovesciata, ovvero le più vistose torsioni a carico della separazione dei poteri e del sistema degli atti espressivi di pubbliche funzioni (note minime su una spinosa questione)*, in Consulta OnLine (www.giurcost.org), 3/2023, 2 ottobre 2023, 871 ss., e, nella stessa Rivista, *Il mix di normazione e controllo presente in alcune pratiche istituzionali: dal modello alle torsioni dell'esperienza*, 2/2024, 1° luglio 2024, 822 ss.

decisori politici e/o ad apparati militari, dunque a soggetti che hanno avuto compiti di direzione politica e responsabilità istituzionali³.

È però anche vero che taluni sporadici eccessi registratisi in occasione dell'esercizio della giurisdizione possono dare la stura per improprie generalizzazioni, concorrendo per la loro parte (e seppur involontariamente) ad alimentare i fatti eversivi.

Non è un caso – a me pare – che vada sempre di più circolando e diffondendosi nel corpo sociale, a mo' di un male incurabile, l'idea secondo cui al presente si avrebbe un autentico governo dei giudici, causa ed effetto a un tempo di una innaturale "supplenza" da essi svolta nei riguardi dei decisori politico-istituzionali e, insomma, che la separazione dei poteri verserebbe ormai in uno stato di palese sofferenza o, addirittura, che si sarebbe in tutto smarrita⁴.

Ora, come non di rado si ha, in un siffatto modo di vedere le cose c'è un fondo evidente di verità, tuttavia fatto oggetto di un'impropria dilatazione e generalizzazione. Il carattere largamente approssimativo di giudizi siffatti, per vero devianti dal fuoco della questione, è comprovato, a tacer d'altro, dal fatto che

³ A dire di alcuni accreditati studiosi, la nozione di potere costituente avrebbe ormai esaurita la sua carica teorica (sulla questione, v., part., M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Editori Riuniti, Roma 1991, 8 s. e *passim*, e, dello stesso, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss., spec. 136 ss.; U. ALLEGRETTI, *Il problema dei limiti sostanziali all'innovazione costituzionale*, in AA.VV., *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?*, a cura di E. Ripepe e R. Romboli, Giappichelli, Torino 1995, 29; M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1/1995, 7 ss.; AA.VV., *Crisi dello Stato costituzionale e involuzione dei processi democratici*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Editoriale Scientifica, Napoli 2020). La qual cosa appare, però, smentita dai fatti costituenti di cui si ha diffuso riscontro e che – come, da ultimo, l'esperienza trumpiana dimostra – è da temere che possano tornare a manifestarsi anche nei Paesi di tradizioni liberal-democratiche dalle più solide ed estese radici (non a caso, di tale esperienza si discorre da parte di alcuni in termini di "fascismo democratico": A. BADIOU, *Trump o del fascismo democratico*, Meltemi, Milano 2018, cui si richiama ora anche A. CANTARO, *Amato Popolo. Il sacro che manca da Pasolini alla crisi delle democrazie*, Bordeaux, Roma 2025, 199; v., inoltre, C. BOTTICI, *Trumpismo. Un mito politico*, Castelvechi, Roma 2025). Negli Stati Uniti, ad ogni buon conto, la situazione è ad oggi alquanto fluida, aperta ad ogni esito, per quanto si diano in atto segni inquietanti in ordine ai suoi possibili sviluppi. D'altronde, è bene rammentare che l'avvento dei regimi autoritari non sempre è accompagnato dal suono sinistro dei cingoli dei carri armati sulle pubbliche vie o da altri fatti clamorosi, potendosi avere in un clima di quiete apparente e facendosi quindi riconoscere solo *ex post*, mettendo l'una accanto all'altra le tessere di un puzzle che ne disvela l'accadimento.

⁴ Riferimenti negli scritti sopra citt. in nt. 2.

occorre dapprima stabilire quale sia la misura della separazione dei poteri accolta dalla Carta costituzionale e quale quella di cui si ha effettivo riscontro in un'esperienza che peraltro si presenta assai confusa, oscillante e in più punti francamente oscura.

Di contro, ci si affida sovente a dei veri e propri *slogan* stancamente ripetuti senza costrutto alcuno e che disvelano anche agli occhi di un osservatore poco avvertito tutta la carica ideologica di cui sono intrisi e il loro carattere strumentale nei riguardi di fini inconfessabili.

Così, ad es., discorrere della "creatività" dell'attività del giudice suona persino banale, sol che si ammetta che un certo grado di "creatività" è innegabile in ogni operazione giuridicamente rilevante, a partire da quelle che quotidianamente si hanno dappertutto, non solo dunque nelle aule in cui si amministra giustizia, in occasione della interpretazione degli atti giuridici in genere e normativi in ispecie⁵.

Come si fa, dunque, a stabilire dove si situa la soglia ideale che separa la creatività fisiologica o tollerabile da quella patologica? Come distinguere, cioè, le vere interpretazioni da quelle che, a conti fatti, si risolvono in nuove produzioni di

⁵ Variamente sul punto, *ex plurimis*, v., almeno, in prospettiva giusfilosofica e teorico-generale, L. FERRAJOLI, in più scritti, tra i quali, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena 2018, ed E. DICIOTTI, *Le attività creative dei giudici*, Mucchi, Modena 2022; tra i costituzionalisti, R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l'entrata in vigore della Costituzione*, in AA.VV., *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, a cura di G. Campanelli, Giappichelli, Torino 2009, 25 ss.; G.P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Dir. pubbl.*, 2/2018, 313 ss.; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss.; M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, 345 ss., e, dello stesso, *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, in *Quest. giust.* (www.questionegiustizia.it), 3/2019, 16 ss., spec. 27 ss., e *Ogni cosa al suo posto. Certezza del diritto e separazione dei poteri nella riflessione costituzionalistica*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2023; R.G. RODIO, *Alcune riflessioni su anomalie, lacune e limiti dell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2019, 16 gennaio 2019, 1 ss.; R. BIN, *Il giudice tra Costituzione e biodiritto*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, I, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, 441 ss.; tra i civilisti, per tutti, G. ALPA, *Tecniche di codificazione e creatività del giudice. Note sul disegno di legge per la riforma del codice civile*, in *Quest. giust.* (www.questionegiustizia.it), 1/2020. Se si vuole, può poi vedersi anche il mio *Disordine del sistema delle fonti, crisi della legge e ruolo del giudice (tornando a riconsiderare talune correnti categorie teoriche alla luce delle più salienti esperienze della normazione e dei più recenti sviluppi istituzionali)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2020, 9 novembre 2020, 606 ss.

atti giuridici (per ciò che è qui di specifico interesse, di atti normativi) e della loro sostanza?

Eppure, un ordinamento ipergarantista, qual è il nostro, non risulta sprovvisto di rimedi idonei a porre un argine alle più vistose deviazioni dalle regole ed a ricucire quindi gli strappi a queste causati. Si pensi, in primo luogo, al sistema delle impugnazioni interno all'ordine giudiziario e, nei casi di maggiore gravità, al rimedio dei conflitti di attribuzione, *sub specie* dei conflitti da menomazione tra i decisori politico-istituzionali e i giudici, portati alla cognizione della Consulta.

Un indice, poi, assai attendibile in ordine alla qualificazione di ciò che è fisiologico ed alla sua distinzione da ciò che è patologico è dato dalla sostanziale acquiescenza che le sedi di apparato si manifestano l'una verso l'altra in relazione alle attività da ciascuna svolta. Certo, a rigore, l'acquiescenza non è prova certa dell'assenza di un *vulnus* all'assetto delle competenze; e, tuttavia, rileva allo scopo la presunzione secondo cui la mancata reazione equivale nei fatti ad osservanza delle regole.

Non meno attendibile è, inoltre, la testimonianza che si ha in seno alla (e da parte della) comunità, specificamente nei casi in cui non si hanno espressioni di critica più o meno accesa nei riguardi dell'operato degli organi di apparato, una critica che si avvale – come si sa – delle casse di risonanza apprestate dai grandi mezzi d'informazione. Insomma, la formazione di *consuetudini culturali* diffuse di sostanziale approvazione o, come che sia, di non riprovazione delle attività degli organi stessi è un indice eloquente di apprezzamento o, comunque, di non disprezzo manifestato verso l'operato suddetto.

Qui va, però, subito fatta una precisazione; ed è che atti ed omissioni degli organi della direzione politica hanno una visibilità di cui sono largamente privi gli atti degli operatori di giustizia, eccezion fatta delle decisioni del giudice costituzionale e di quelle degli stessi giudici comuni rese palesi dalle riviste scientifiche e dai mezzi d'informazione, che però – è noto – sono come la punta di un *iceberg* di cui resta invisibile la parte maggiormente consistente. Si pensi, al

riguardo, solo al fatto che quotidianamente sono innumerevoli le pronunzie emesse dai giudici che rimangono sommerse e, perciò, inconoscibili alla gran parte degli operatori ed a pressoché tutti i componenti la comunità, al di fuori ovviamente delle parti in giudizio.

Stabilire, dunque, in che misura i giudici si mantengano rispettosi del ruolo loro proprio e non invadano il campo altrui è, a conti fatti, impossibile, al di fuori di taluni casi eccezionali che risultino di dominio pubblico. Impossibile, in ispecie, è stabilire se la “creatività” insita nelle singole operazioni di giustizia sia al di qua o al di là della soglia per esse idealmente tracciata. E, tuttavia, anche se i singoli atti o comportamenti restano sotto traccia, non lo è il *trend* complessivo cui essi danno vita.

Si danno, ad ogni buon conto, alcuni indici esteriori altamente istruttivi ed eloquenti al riguardo.

Il primo è dato dalle reazioni, positive ovvero negative, che si hanno da parte dei massimi decisori politici nell’alternanza delle maggioranze e dei Governi. La circostanza, cioè, che la critica appassionata e persino veemente nei riguardi dei giudici si abbia unicamente e pressoché quotidianamente quando si ha una maggioranza di un certo colore politico e non pure di un altro è significativa. Vale anche l’inverso; e la circostanza che i giudici si sentano sotto assedio da parte di chi ha responsabilità di governo in una certa congiuntura politico-istituzionale, non pure al cambio di maggioranza, è esso pure un fatto di particolare significato.

Il secondo attiene alle reazioni che si hanno in seno alla Comunità internazionale e, più ancora, all’Unione europea. Nel mondo internamente interconnesso in cui ormai tutti viviamo, i fatti maggiormente eclatanti non rimangono privi di reazione, come hanno di recente dimostrato le vicende di Gaza e le manifestazioni di spontanea, corale protesta registratesi in larghe parti del pianeta nei riguardi della inqualificabile azione politico-militare adottata dal Governo israeliano. È vero che la guerra è una cosa, ciò che avviene entro le mura domestiche in una condizione di non guerra un’altra. Non è tuttavia senza rilievo la circostanza per cui negli Stati Uniti si sono avute (e seguitano in modo incalzante

ad aversi) proteste diffuse e clamorose indirizzate al modo con cui il Presidente Trump intende ed incarna il *munus* conferitogli dagli elettori. Né meno rilevanti sono le reazioni suscitate dalle sue improvvisate ed improvvide iniziative presso i Governi di molti Paesi, europei e non.

2. Costituzione “intercostituzionale”, salvaguardia dei diritti fondamentali, ruolo dei giudici, in un contesto segnato da un vistoso degrado culturale del ceto politico e dalla conseguente “supplenza” dei giudici

Quest’aspetto relativo alle interconnessioni che si hanno tra vicende interne e vicende esterne, alcune delle quali coinvolgenti seppur indirettamente l’intera Comunità internazionale, non è stato ad oggi, stranamente, considerato con la dovuta attenzione. La cosa è, per vero, singolare anche dal punto di vista metodico sol che si tenga presente che già la Costituente, pur in un contesto assai diverso da quello presente, si è mostrata avvertita delle mutue implicazioni che si hanno tra le vicende in parola. Non a caso, d’altronde, si è avuta chiara la percezione che l’affermazione della Costituzione nella sua essenza, i diritti fondamentali, non avrebbe, in alcun caso o modo, potuto aversi in modo pieno se non alla condizione che la pace e la giustizia tra le Nazioni venissero adeguatamente salvaguardate; e, per far ciò, sarebbe stata comunque necessaria l’apertura dell’ordinamento verso altri ordinamenti, a partire appunto da quello internazionale. Un’apertura che – come qui pure si viene dicendo – specificamente si coglie ed apprezza sul terreno su cui maturano le più salienti esperienze dei diritti fondamentali; ed è perciò che si è ritenuto in altri luoghi⁶ di qualificare la Costituzione come “intercostituzionale”, per il fatto di accogliere in sé e *quodammodo* metabolizzare talune suggestioni ed indicazioni provenienti *ab extra*, in particolare da altri documenti materialmente costituzionali, le Carte dei diritti, originalmente

⁶ ... a partire dal mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2/2001, 544 ss., con le ulteriori precisazioni che possono quindi vedersi in altri scritti, tra i quali *Comparazione giuridica, dialogo tra le Corti, identità “intercostituzionale”*, in *Itinerari della comparazione. Scritti in onore di G.F. Ferrari*, a cura di E. Bertolini, L. Cuocolo, J.O. Frosini, L. Montanari, G. Parodi, O. Pollicino, R. Orrù, G. Romeo, A. Vendaschi, II, Egea, Milano 2023, 785 ss., nonché in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 2/2022, 30 maggio 2022, 1 ss.

rielaborandole ed adattandole alle peculiari esigenze emergenti dal corpo sociale e bisognose di congruo appagamento. Le Carte in parola, a loro volta, risentono delle suggestioni ed indicazioni offerte dalla nostra al pari di altre Carte costituzionali e veicolate verso l'alto (ad es., al piano eurounitario) dalle c.d. "tradizioni costituzionali comuni", in uno scambio costante e fecondo di materiali normativi, idee costituzionali, orientamenti giurisprudenziali⁷. È così che prende, dunque, forma quello "spazio costituzionale europeo", di cui ha ancora di recente discusso un'accreditata dottrina⁸ e su cui anche la traccia di discussione predisposta per il

⁷ Particolare rilievo va al riguardo assegnato alla "europeizzazione" dei controlimiti, come la si è altrove chiamata, non a caso fatta oggetto di attenzione da una nutrita schiera di studiosi [per tutti, F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012. Sul significato del principio di cui all'art. 4.2 TUE, riferimenti possono quindi aversi dai miei *Rapporti tra il diritto dell'Unione europea e il diritto interno (valori fondamentali e tecniche di risoluzione delle antinomie)*, Editoriale Scientifica, Napoli 2025; *I confini mobili tra tecniche interpretative e tecniche decisorie, con specifico riguardo ai rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno*, in *Consulta OnLine*, (www.giurcost.org), 2/2025, 23 giugno 2025, 952 ss., e *La Consulta torna a dire della "doppia pregiudizialità" con riferimenti tuttavia non pertinenti e argomenti non stringenti (note minime a margine di Corte cost. n. 147 del 2025)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2025, 20 ottobre 2025, 1466 ss. V., inoltre, i contributi su *A quarant'anni dalla sentenza La Pergola, n. 170 del 1984* che sono in *Giur. cost.*, 6/2024 e 1 e 2/2025, nonché L.S. ROSSI, *Il principio del primato come "regola di coesione" dell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Quad. AISDUE* (www.aisdue.eu), 1/2024; C. DI MARTINO, *La tutela dei diritti fondamentali tra Costituzione e Carta di Nizza: i nuovi (controversi) spunti della giurisprudenza costituzionale in tema di «doppia pregiudizialità»*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2024, 29 maggio 2024, 627 ss.; M.E. GENNUSA, *Corte costituzionale e doppia pregiudiziale tra vecchio e nuovo anno: al servizio del primato e dell'effetto diretto?*, in *Quad. cost.*, 1/2025, 226 ss., e D. TEGA, *La relazione tra le fonti del diritto dell'Unione europea e le fonti del diritto interno. Le corti e la nomopoiesi collaborativa*, relaz. al Convegno AIC su *L'Unione europea a confronto con la Costituzione della Repubblica italiana*, Torino 10-11 ottobre 2025, in *Ass. Cost.* (www.associazionedeicostituzionalisti.it), § 4.2 della vers. provv.; C. GENTILE, *Il "tono costituzionale" nella giurisprudenza della Consulta*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2025, 6 novembre 2025, spec. 1648 ss.; P. DE PASQUALE, *Il primato del diritto dell'Unione europea tra giudice comune e Corte costituzionale*, in *Un. eur. e dir.* (www.uediritti.it), 2/2025, 213 ss., e M. AGOSTINO, *Il primato del diritto dell'Unione europea nella recente prassi giudiziaria italiana*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* (www.fsjeurostudies.eu), 3/2025, 307 ss., nonché i contributi su *Da Granital al "tono costituzionale": l'interpretazione conforme del diritto nazionale al diritto UE, oggi*, a cura di C. Amalfitano e S. Barbieri, in *Riv. contenz. eur.* (www.europeanlitigation.eu), fasc. spec. 2/2025, e quelli al Convegno di studi in onore di E. Triggiani, Bari 26 settembre 2024, dal titolo *L'Unione europea come comunità di valori*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2/2025. Infine, D. GALLO, *Direct Effect in EU Law*, Oxford University Press, Oxford 2025].

⁸ G. PITRUZZELLA, *La costruzione dello spazio costituzionale europeo nel "dialogo" tra Corte di giustizia e Corti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 4/2024, 795 ss.; v., inoltre, utilmente, AA.VV., *Il diritto dell'Unione europea nei rapporti tra ordinamenti: tra collaborazione, integrazione e identità*, a cura di B. Cortese, in *Riv. Quad. AISDUE*, fasc. spec. 1/2024, 267 ss.

nostro incontro ha opportunamente fermato l'attenzione, al cui centro si situano appunto i diritti fondamentali in funzione servente dei quali possono trovare giustificazione le più qualificanti espressioni delle politiche dell'Unione e dalla cui salvaguardia il processo d'integrazione sovranazionale riceve la spinta e il sostegno di cui necessita per portarsi avanti nel suo non sempre lineare e sempre comunque sofferto cammino.

In questo quadro, qui sommariamente raffigurato nelle sue linee portanti, non saprei per vero dire se le giurisdizioni – per dirla con il titolo dato al nostro incontro – compongano una “comunità” in senso proprio, anche a motivo della diversità dei contesti istituzionali ed ordinamentali in cui ciascun giudice svolge il suo quotidiano servizio; certo si è, ad ogni buon conto, che i giudici stessi sono obbligati a tenersi in conto a vicenda, a “dialogare” appunto; e la cosa è gravida di implicazioni a plurimi piani di esperienza.

Proprio qui è, dunque, il punto specificamente rilevante per il nostro odierno confronto.

È interessante, infatti, chiedersi quale sia stata e sia l'incidenza esercitata dalla mutua apertura delle Carte e degli ordinamenti, cui si è appena fatto cenno, nei riguardi della “creatività” dei giudici e, perciò, del loro ruolo complessivo.

Nella traccia di discussione predisposta da chi ha organizzato il nostro incontro, si dà per certo che l'apertura a fonti esterne abbia “amplificato i tratti di *creazionismo* nell'interpretazione giurisprudenziale” e che, in particolare, a quest'esito sia conducente il c.d. “dialogo” tra i giudici.

La questione è, in realtà, più complessa di come possa ad una prima impressione sembrare.

Per un verso, infatti, l'aumento dei materiali normativi e delle loro possibili combinazioni in ragione dei casi sollecita naturalmente i giudici a far luogo ad apprezzamenti intrisi di una carica di discrezionalità valutativa che risulta comunque – la si voglia, o no, così chiamare – politicamente colorata.

Per un altro verso, però, si fanno viepiù intensi e penetranti i vincoli provenienti *ab extra* a carico degli operatori di diritto interno (non soltanto i giudici

– si badi – ma anche, e in primo luogo, il legislatore), così come, circolarmente, non da poco sono le suggestioni di ordine culturale che vengono *ab intra* nei riguardi degli operatori internazionali e sovranazionali⁹.

Il “dialogo” intergiurisprudenziale poi – come si è in altri luoghi mostrato – è veicolo sia di rinnovamento che di stabilizzazione degli indirizzi interpretativi degli atti produttivi di norme (a partire, com’è chiaro, dalla Costituzione) che si delineano in ambito interno, quale che sia la sede istituzionale in cui si affermano e per il cui tramite si fanno valere; *mutatis mutandis*, non diversa è la conclusione per ciò che attiene agli indirizzi che vengono a formarsi *extra moenia*¹⁰.

Il vero è che l’innalzamento del tasso di apprezzamento discrezionale da parte degli operatori, sullo specifico terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali, è naturalmente sollecitato e costantemente alimentato dalla “invenzione” di nuovi diritti per un verso, dalla complessità dei casi per un altro: fattori, l’uno e l’altro, che obbligano assai di frequente a parimenti complesse operazioni di “bilanciamento” – come si suole chiamarle – largamente connotate da una carica di politicità di non secondario rilievo.

D’altro canto, in seno al corpo sociale sono col tempo venuti ad emersione sempre nuovi bisogni diffusamente ed intensamente avvertiti, che premono per essere soddisfatti; e le domande sociali, quando non hanno modo di incanalarsi in modo lineare e pervenire alle sedi della direzione politica, trovano – come si sa – sfogo attraverso canali impropri: quelli che portano ai giudici sono allo scopo i più frequentemente sfruttati.

Si aggiunga, inoltre, il ruolo giocato dalla scienza e dalla tecnologia che – come pure è noto – ha dato una spinta vigorosa alla moltiplicazione dei bisogni in parola, concorrendo – sia pure, forse, involontariamente – ad appannare il quadro

⁹ Non si trascuri, peraltro, la circostanza per cui questi ultimi sono attinti dagli Stati nei quali hanno maturato le loro esperienze umane e professionali prima di collocarsi in sedi istituzionali situate al di fuori delle mura domestiche. Risentono, perciò, di condizionamenti culturali ricevuti nel corso della loro formazione e se ne rendono portatori anche presso le sedi in cui esercitano le loro funzioni.

¹⁰ Non si sta, poi, qui a pesare quale sia il maggior condizionamento culturale, se quello che prende forma lungo il verso ascendente o l’altro che si ha nel verso discendente; la qual cosa, ad ogni buon conto, non è di agevole riscontro.

complessivo ed a rendere pertanto viepiù confusi e intercambiabili i ruoli istituzionali.

Ancora nella traccia di discussione suddetta si rilevano le “difficoltà” cui vanno incontro gli organi della rappresentanza politica in ordine agli interventi adottati su questioni eticamente sensibili. Più che di “difficoltà” parlerei di affanno, di larga approssimazione nella redazione degli atti di normazione e, soprattutto, di colpevole inerzia nell'apprestare soluzioni idonee a dare adeguate risposte alle domande sociali maggiormente pressanti. E, invero, il lemma “difficoltà” può ingenerare l'erroneo convincimento che si diano ostacoli esterni alle forze politiche che oggettivamente ne frenano o, come che sia, condizionano l'operato. Di contro, senza escludere l'esistenza di ostacoli siffatti¹¹, i maggiori guasti si rinvergono all'interno delle stesse forze politiche, dimostratesi incapaci, per ragioni varie la cui illustrazione non può qui aver luogo, di rigenerarsi ed assolvere ai compiti loro propri in una misura complessivamente accettabile, in ispecie di far luogo alla formazione del personale che potrebbe trovarsi chiamato a responsabilità di governo e di progettazione dello sviluppo della società, sì da risolvere almeno in parte la mole imponente di problemi che l'affliggono ed assicurare la fisiologica trasmissione dell'ordinamento e della comunità nel tempo¹².

¹¹ D'altronde, proprio il carattere fortemente intrecciato delle relazioni intercorrenti tra vicende interne e vicende esterne (in senso lato), cui si è sopra accennato, ne dà eloquente testimonianza.

¹² Rileva, al riguardo, l'annosa e spinosa questione della crisi della rappresentanza politica, sotto lo specifico aspetto della carente “rappresentatività” dei rappresentanti, in merito alla quale, nella ormai incontinentabile lett., mi piace qui fare richiamo solo del nome del mio compianto Maestro, T. MARTINES, che vi ha dedicato studi che ancora oggi non hanno perso lo smalto della loro freschezza e profondità di pensiero. Non a caso, M. ha messo a nudo, per un verso, i limiti della democrazia fondata sulla rappresentanza, puntando piuttosto a rigenerarla e ad integrarla attraverso la valorizzazione del ruolo della democrazia pluralista, e, per un altro verso, ha messo in chiaro, con un'indagine estesa altresì alla osservazione di altri ordinamenti, la carente democraticità della forma di governo parlamentare (v., part., per il primo aspetto, *La democrazia pluralista*, in *Ann. Univ. Messina*, 1963-64, 23 ss., ora anche in ID., *Opere*, I, *Teoria generale*, Giuffrè, Milano 2000, 239 ss., e, per il secondo, *Governo parlamentare e ordinamento democratico*, Giuffrè, Milano 1967, nonché in *Opere*, cit., 255 ss.). Assai opportuna l'iniziativa di recente adottata sulla vessata questione dall'AIC che vi ha dedicato *La Lettera* 10/2025 su *Democrazia partecipativa e rappresentanza politica*, con l'intervento introduttivo di G. SORRENTI, *Sulla riattivazione della rappresentanza delle istituzioni democratiche*, in *Ass. Cost.* (www.associazionedeicostituzionalisti.it), 18 ottobre 2025.

La “supplenza” dei giudici, a riguardo della quale – come si sa – si è avuta (e si ha) una produzione crescente, per vero alluvionale, di scritti di vario segno, si spiega, seppur non giustifica, così: alla luce, cioè, di un contesto segnato da tensioni sociali accentuate, ombre lunghe, palesi contraddizioni nella società come appunto al livello di apparato.

L’apatia istituzionale, insomma, è solo la proiezione al piano dell’apparato di un grave *degrado culturale* – come lo si è in altri luoghi chiamato¹³ – di cui si fa portatore il ceto politico ormai da anni: un degrado che è cresciuto col tempo, senza che ne avessimo piena consapevolezza se non a seguito di una osservazione retrospettiva di certe vicende e tendenze, facendo quindi luogo ad un confronto crudo e impietoso tra i contenuti e il livello della “cultura” dei politici del tempo presente e quelli dei politici di molti anni addietro, a partire da coloro che hanno ricostruito il Paese sulle macerie, materiali e morali, create dalla seconda grande guerra.

3. Quanto Stato di diritto ci resta? E come dare un’attendibile risposta ad un sì inquietante quesito tenendosi alla larga dal condizionamento esercitato da false credenze alimentate da quanti a gran voce dichiarano che la società è ormai soggiogata dal governo dei giudici?

Al tirar delle somme e a guardare in faccia la realtà, non possiamo sottrarci all’onere di tentare di dare una pur approssimativa risposta ad un inquietante quesito: *quanto Stato di diritto ci resta?*

Ho, tuttavia, l’impressione che non sia possibile farvi luogo se non dopo aver preliminarmente precisato che lo Stato di diritto, nel suo non di rado sofferto cammino, si porta avanti lungo un filo sottilissimo, come un equilibrista, dovendosi quindi mantenere equidistante dai due poli opposti di un’alternativa soffocante: quello dell’eccesso di giurisdizione, che fa da *pendant* ad una vistosa e crescente carenza nelle funzioni per il cui tramite si concreta l’attività di direzione politica, e

¹³ ... a partire dal mio *Le revisioni costituzionali e il nodo (non scioglibile?) del degrado culturale della rappresentanza politica (prime notazioni)*, in *Ord. int. e dir. um.* (www.rivistaoidu.net), 2/2023, 15 maggio 2023, 216 ss.

quello di un difetto della giurisdizione stessa. In un caso e nell'altro, infatti, verrebbe a determinarsi uno squilibrio interno al sistema tra gli assi portanti su cui lo stesso si regge, con la conseguenza irrimediabile del suo crollo. Insomma, nessuna delle pubbliche funzioni può prendere il sopravvento sulle altre, in particolare non lo può la giurisdizione sulla direzione politica, così come questa su quella. Per come le cose ai miei occhi appaiono, sono anzi dell'idea che tutte le funzioni debbano essere valorizzate e responsabilizzate, specie appunto per ciò che attiene all'assolvimento viepiù gravoso del compito della salvaguardia dei diritti fondamentali e, in genere, dell'appagamento di taluni bisogni largamente avvertiti in seno alla comunità. Colgo al riguardo l'opportunità oggi offertami per fare richiamo di un pensiero che ho maturato nel corso di studi protratti per molti anni; ed è che il riconoscimento e la tutela dei diritti in parola richiede uno sforzo corale, posto in essere a plurimi piani di esperienza, da parte del legislatore, in prima battuta (e, dunque, in buona sostanza, da parte dei decisori politici), e, specificamente, da parte dello stesso legislatore costituzionale innanzi tutto, chiamato a far luogo ad un congruo aggiornamento del catalogo dei diritti fondamentali contenuto nella Carta, anche alla luce delle indicazioni venute da altri documenti a questa analoghi *quoad substantiam*, e, a seguire, da parte del legislatore comune, sollecitato a dare la prima, diretta e necessaria specificazione-attuazione alle indicazioni venute dalla legge fondamentale della Repubblica opportunamente novellata. Di poi, *dovrebbero* (condizionale non casuale) entrare in campo giudici ed amministratori, l'esercizio dei cui *munera*, secondo gli svolgimenti teorico-positivi linearmente discendenti dal principio della separazione dei poteri, *dovrebbe* disporsi a rimorchio, in funzione servente nei riguardi dei prodotti della normazione, a partire appunto da quelli per antonomasia espressivi dell'essenza della Costituzione.

Di tutta evidenza appare al riguardo essere il cruciale rilievo che – come si accennava poc'anzi – va assegnato ai modi di selezione del personale preposto allo svolgimento di tutte le attività in parola. Parimenti chiaro è che, mentre per ciò che attiene all'appartenenza ai ranghi della magistratura si danno procedure selettive

ad oggi rigorose, peraltro seguite da corsi di formazione che assicurano il costante aggiornamento di chi vi appartiene, i meccanismi di selezione del personale politico rispondono a “logiche” del tutto diverse che, per ragioni varie il cui esame non può qui avere luogo, non assicurano ormai più la qualità del personale stesso e l’adeguatezza ai *munera* di cui quest’ultimo è a vario titolo gravato.

Il punto non può essere ora toccato con il dovuto approfondimento, richiedendo svolgimenti argomentativi che obbligherebbero ad analisi e verifiche qui d’impossibile effettuazione. Certo si è che il degrado culturale del ceto politico, cui si faceva poc’anzi cenno, è, per la sua parte, una delle cause maggiormente rilevanti, forse proprio quella che lo è più di ogni altra, dello squilibrio di cui si viene dicendo. Si è, infatti, determinato un effetto simile a quello che si ha tra i vasi comunicanti: lo svuotamento, seppur parziale ma non poco consistente (per l’aspetto culturale cui si fa ora specifico riferimento), del “contenitore” in cui prendono forma le decisioni d’indirizzo politico ha comportato un innaturale riempimento del “contenitore” in cui maturano le decisioni espressive della giurisdizione.

Sia chiaro. Le decisioni in parola non possono, in alcun caso o modo, qualificarsi come portatrici di un “indirizzo politico”, nella sua ristretta e propria accezione. Quest’ultimo, infatti, al fine di poter venire alla luce, richiede la programmazione dei fini generali da raggiungere e, a seguire, la predisposizione dei mezzi, materiali e finanziari, congrui rispetto agli obiettivi prefissati e, infine (seppur, per la più raffinata ricostruzione teorica¹⁴, non necessariamente), la loro realizzazione. I giudici, di contro, decidono tutti e sempre su domanda: non possono, cioè, definire la loro agenda e solo in parte è loro dato di stabilire l’ordine delle priorità¹⁵. I giudici non possono, dunque, mai porsi quali organi d’indirizzo;

¹⁴ V., nuovamente, T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, XXI (1971), 134 ss., ora anche in *Opere*, I, cit., 403 ss.

¹⁵ Un caso del tutto peculiare è quello che si ha ogni qual volta la Corte costituzionale rivesta la duplice qualità di giudice *a quo* e di giudice *ad quem*, ciò che nondimeno può fare sempre che sia stata previamente sollecitata a dare risposta ad una domanda di giustizia costituzionale (in tema, per tutti, C. LUZZI, *Versatilità, e “insidie”, della legge n. 87/1953 per la “Corte giudice a quo”*, in AA.VV., *I 70 anni della legge n. 87 del 1953: l’occasione per un “bilancio” sul processo costituzionale*, a cura di G. Grasso e A. Stevanato, Editoriale Scientifica, Napoli 2024, 443 ss., e, più di recente,

possono, tuttavia, dare una coloritura politica, ora più ed ora meno marcata, alle decisioni che man mano assumono, specie a quelle di maggior rilievo concernenti il cuore pulsante della Costituzione, i diritti fondamentali. Ed è chiaro che, quanto maggiori dovessero essere le carenze dei decisori politici, tanto più le domande a questi rivolte dalla comunità finirebbero con il deviare dal loro corso, indirizzandosi verso i giudici che, per rispondervi, non di rado darebbero, così come effettivamente sovente danno, ai loro atti quella coloritura intensa sopra indicata che dovrebbe essere loro estranea.

Questa è, dunque, la spiegazione comunemente data della “supplenza” dei giudici, come pure con una certa improprietà di concetto e di linguaggio suole essere chiamata. La spiegazione, tuttavia, non equivale alla giustificazione del fenomeno: è, appunto, la mera descrizione di un evento reale, innegabile, di cui si ha frequente riscontro.

La complessità e gravosità del compito cui gli operatori di giustizia sono chiamati a far fronte accentua, poi, per la sua parte, questo *trend* che, a dirla tutta, temo essere irreversibile, perlomeno fintantoché non si porrà mano ad un’opera profonda di scavo in seno al corpo sociale e di riassetto della sua stessa struttura portante, sì da invertire – nei limiti del possibile – il *trend* stesso, nelle sue più salienti espressioni. È infatti evidente che, crescendo costantemente i bisogni maggiormente avvertiti dal corpo sociale e da larga parte dello stesso riconosciuti, in forza di una *consuetudine culturale* viepiù radicata, quali espressivi di diritti fondamentali, occorre di necessità far luogo, a motivo della esiguità delle risorse disponibili, ad una selezione drastica di quelli cui assicurare il prioritario appagamento, una selezione che – piaccia o no – è essa stessa politicamente connotata. Se n’è avuto (e seguita ad aversene) palese riscontro soprattutto nelle esperienze di giustizia costituzionale, nel corso delle quali assai spesso la soluzione del caso si è presentata quale l’esito, per vero non sempre lineare e sempre comunque sofferto, di un problematico “bilanciamento” tra le istanze soggettive

sottese alle questioni portate alla cognizione della Corte e il costo comportato dal loro pur parziale appagamento. Frequenti sono, inoltre, com'è noto, i casi in cui quest'ultimo ha obbligato la Corte a far luogo a manipolazioni, oltre che della sostanza normativa racchiusa nei testi di legge portati alla sua cognizione, persino degli effetti temporali delle proprie decisioni, a discapito degli stessi canoni costituzionali al riguardo stabiliti (e, segnatamente, di quello di cui all'art. 136 Cost.)¹⁶.

Al tirar delle somme, il mantenimento dello Stato di diritto, per come seppur sommariamente delineato nella Carta, esige che non si abbiano né eccessi né difetti nell'esercizio della giurisdizione, in ciascuna delle sue articolazioni ed espressioni: quale giurisdizione comune e quale giurisdizione costituzionale¹⁷; e, prima ancora, esige che non ve ne siano nelle attività di direzione politica, a partire da quelle maggiormente qualificanti, per il cui tramite prende forma la definizione dei fini generali dell'azione statale.

La tenuta del sistema nel suo insieme, nondimeno, non si coglie puntando lo sguardo sulle singole vicende, pure le più rilevanti per la posta di volta in volta in gioco, la cui osservazione può alimentare giudizi approssimativi, sovente portati a diffondersi sull'onda lunga di una emotività coinvolgente l'intera comunità. Occorre, piuttosto, cogliere l'essenza del *trend* che si rende manifesto alla luce dell'andamento complessivo della vita istituzionale e della vita di relazione in genere, facendo perciò tesoro delle più salienti esperienze caratterizzanti sia la forma di governo che la forma di Stato.

Il rischio, infatti, è che si dia alimento a giudizi sommari ingenerati da singoli fatti, non avvalorati tuttavia dal modo di essere delle esperienze suddette. Dai quotidiani e, in genere, dai grandi mezzi d'informazione si può, invero, essere

¹⁶ Un solo esempio al riguardo: quello concernente la discussa (e discutibile) sent. n. 10 del 2015, relativa alla c.d. *Robin tax*, che, a tacer d'altro, ha quindi suscitato la reazione dell'autorità remittente che non vi ha dato seguito [sulla vicenda, ora, A. RANDAZZO, *Il giudice costituzionale "legislatore": tecniche decisorie, uso dei canoni processuali, ruolo (sempre più) politicamente connotato*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2025, 6 novembre 2025, 1583 ss., e riferimenti *ivi*].

¹⁷ ... senza peraltro trascurare le forme peculiari di giurisdizione che si hanno *extra moenia*, e segnatamente – per ciò che più da presso c'interessa – quelle che si hanno per il tramite delle Corti europee.

portati a ritenere che i fatti di cronaca nera siano *l'id quod plerumque accidit*; per fortuna, però, come si sa, non è così, il fisiologico svolgimento delle esperienze di vita individuale ed associata superando di gran lunga le patologie che sporadicamente lo inframmezzano.

Il vero è che i fatti di cronaca nera, soprattutto quelli maggiormente efferati, ingenerano emozioni particolarmente accese e diffuse che non hanno gli eventi della vita quotidiana, specie laddove si succedano in un clima sereno.

Ad ogni buon conto, l'attitudine dell'ordinamento a trasmettersi nel tempo restando sempre identico a sé, pur nel rinnovo costante degli elementi di cui si compone, si misura dalla valutazione dell'*insieme* dei fatti che lo connotano. Per ciò che vale il mio modesto punto di vista, sono dell'idea che i giudici, per la loro gran parte, esercitino a modo le funzioni demandategli, fermo restando che, ovviamente, anche le più onorate carriere fatalmente registrano sviste ed errori. D'altronde, è fisiologico che sia così, secondo quanto è avvalorato dal sistema delle impugnazioni, preposto a ristabilire verità e giustizia prima della chiusura delle singole vicende processuali¹⁸.

Purtroppo, mentre la difesa dell'operato dei giudici da una certa parte politica si esprime con voce fioca, l'aggressione da parte di un'altra è virulenta, coinvolgendo l'intero ordine giudiziario ed alimentando pretestuose credenze in seno alla comunità. È così, dunque, che vengono col tempo a formarsi *consuetudini culturali* in radice viziate, devianti non soltanto dal solco costituzionale ma dalla stessa esperienza nelle sue più salienti espressioni.

Ora, l'unico modo per tentare di porre almeno in parte rimedio a questo stato di cose è – a me pare – quello di smontare con argomenti stringenti giudizi veicolati da *slogan* ideologicamente preorientati; ed occorre farvi luogo con

¹⁸ ... e, a volte, come si sa, anche dopo, potendosi avere, al verificarsi delle condizioni al riguardo stabilite, la revisione di un processo anche se passato in giudicato. Quanto, poi, al processo costituzionale, l'unico modo per vanificarne effetti "ingiusti", segnatamente nel caso che si sia avuto l'annullamento di norme di leggi o di atti equipollenti, è quello della riproduzione delle norme stesse (*rectius*, delle disposizioni che le esprimono): un fatto, questo, come si sa, ordinariamente qualificato come illecito, proprio perché lesivo del giudicato costituzionale, che però nella circostanza ora considerata può dimostrarsi lecito, sempre che avvalorato dalla Corte, se nuovamente adita.

l'apporto corale delle forze vive della cultura, giuridica e non, di cui il Paese dispone.

Le succinte notazioni qui svolte vogliono essere una piccola testimonianza in tal senso.

dirittifondamentali.it