DIRITTO E SOCIETÀ

Rivista trimestrale fondata nel 1973
da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli

III serie - 4/2024

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli
Direttore responsabile

Giuseppe Caia
Marta Cartabia
Antonio D'Atena
Guido Greco
Massimo Luciani
Franco Modugno
Giuseppe Morbidelli
Marco Ruotolo

Comitato scientifico

Marino Breganze
Paolo Carnevale
Giuseppe de Vergottini
Michele Della Morte
Thierry Di Manno
Laurence Folliot Lalliot
Eduardo Gianfrancesco
Pietro Giuseppe Grasso
Natalino Irti
Anne-Marie Le Pourhiet
Stelio Mangiameli
Fabio Merusi
Jorge Miranda
Donatella Morana
Alejandro Saiz Arnaiz
Dian Schefold
Franco Gaetano Scoca
Gaetano Silvestri
Karl-Peter Sommermann
Federico Sorrentino
Mario Rosario Spasiano
Aldo Travi

Comitato di Redazione
Flaminia Aperio Bella
Daniele Chinni
Tatiana Guarnier
Coordinatori

Marta Cerioni
Francesco Crisafulli
Guglielmo Aldo Giuffrè
Nicola Posteraro
Paolo Provenzano
Enrico Zampetti

SOMMARIO 4/2024

saggi

Elisa Bertolini, *I micro Stati: problematicità di una definizione e di una modellistica* 577

Stelio Mangiameli, *Verità e certezza nell'esperienza costituzionale* 607

Francesco Rimoli, *Sulla dignità "in senso oggettivo" come argomento giuridico* 661

Guido Rivosecchi, *"Rileggere i Maestri": L. Paladin, voce "Presidente della Repubblica", in "Enciclopedia del diritto", vol. XXXV, Milano, Giuffrè, 1986* 689

osservatorio

Christian Iaione e Alberica Aquili, *Le comunità energetiche rinnovabili solidali per una transizione giusta e democratica* 727

attualità

Silvia Riccardelli, *La tutela della libertà di stampa nell'Unione europea: recenti passi avanti alla luce del caso* Real Madrid Club de Fútbol *e della direttiva anti-SLAPP* 785

SAGGI

Elisa Bertolini

I MICRO STATI: PROBLEMATICITÀ DI UNA DEFINIZIONE E DI UNA MODELLISTICA*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Problematiche di una definizione. – 3. Il carattere statuale. – 4. Definire la micro dimensione. – 4.1. I criteri quantitativi. – 4.2. Criteri qualitativi. – 4.3. Criteri trasversali. – 4.4. Profili problematici delle differenti tipologie di criteri. – 5. Una possibile definizione. – 6. Oltre la mera definizione: un modello di micro statualità? – 7. Conclusione.

1. *Premessa*

Lo studio della micro statualità pone al giuscomparatista una serie di sfide interessanti, a cominciare da che cosa debba intendersi con micro Stato. La questione definitoria si rivela essere di particolare interesse in quanto, contrariamente a economisti, studiosi delle relazioni internazionali e del diritto internazionale, i pubblico-comparatisti hanno sino a ora dedicato una scarsa attenzione alla tematica della piccola e micro statualità, specialmente in chiave più prettamente comparata, essendo la maggior parte degli studi qualificabile come di diritto straniero, incentrata infatti su singoli ordinamenti, quasi esclusivamente europei[1]. L'approccio comparatistico impone di affrontare la questione definitoria, di cui colpisce immediatamente la complessità e sfaccettatura.

* Il presente scritto è una parte della relazione introduttiva da me tenuta alla conferenza *Aspetti del costituzionalismo negli Stati europei di piccole dimensioni*, organizzata dalla Segreteria di Stato per gli Affari Esteri della Repubblica di San Marino e dalla Commissione di Venezia con il patrocinio del Segretario Generale del Consiglio d'Europa, tenutasi a San Marino, il 14 ottobre 2024. Alla questione definitoria e, più in generale, alla possibilità di individuare una modellistica di micro statualità ho dedicato la monografia *I micro Stati: la sfida della micro dimensione e le sue ricadute costituzionali*, Bologna 2019.

[1] V. G. GUIDI, *Le fonti scritte nella Repubblica di San Marino*, Torino 2004; P. COSTANZO, *La Costituzione del Principato di Monaco*, Torino 2006; e A. CARRINO (a cura di), *Stato di diritto e democrazia nella Costituzione del Liechtenstein*, Torino 2008.

Emerge infatti sin da subito l'assenza di una definizione condivisa, dunque trasversale a tutte le scienze sociali; addirittura, per alcuni studiosi, l'impossibilità di convergere su di una definizione comune rende inutile qualunque sforzo definitorio. Per il giurista poi, la questione definitoria presenta una doppia difficoltà, in quanto si rende necessario concentrarsi su entrambi i termini dell'espressione micro Stato. Il primo termine, 'micro', si ricollega a un elemento dimensionale, dunque a una serie di criteri e variabili che consentano di definirlo. Il secondo termine, 'Stato', non chiama in causa la definizione di Stato, quanto la possibile qualificazione dei micro Stati come tali. Seppure il dibattito sul carattere statuale o meno dei micro Stati sia ormai superato[2], la sua discussione continua a presentare profili di interesse per come la questione ha influito sulla loro evoluzione storica e costituzionale. Sotto un profilo meramente storico, sul continente europeo – e con particolare riguardo all'area germanica – la micro statualità è stata, se non proprio la norma, almeno un fenomeno assolutamente ordinario, che si è trasformato in eccezione solo negli ultimi due secoli. Un ulteriore grado di paradosso è poi aggiunto dal fenomeno della decolonizzazione che ha avuto, tra i vari effetti, quello della "creazione" di un numero importante di micro Stati, sul cui carattere statuale non sembrano essere mai sorti dei dubbi. Definire il micro Stato, come il presente contributo si propone di fare, è dunque, oltre che necessario, anche propedeutico alla discussione circa la possibile individuazione di un modello di micro statualità.

[2] Sul dibattito, si v. esemplificativamente H. Eek, *The Conception of Small States*, in A. Schou, A.O. Brundtland (Eds.), *Small States in International Relations*, Stockholm 1971, 11-13. Nel momento in cui uno Stato non si trova in una condizione di subordinazione rispetto a un altro, gode di soggettività internazionale e la sua dimensione diventa così irrilevante; v. M. Giuliano, T. Scovazzi, T. Treves, *Diritto internazionale*, I, *Parte generale*, Milano 1991, 99-100. Si v. anche M. Brus, J. Duursma, E. De Vos, J. Dugard, G. Kreijen, (Eds.) *State, sovereignty, and international governance*, Oxford 2002. Il dibattito si è infatti "spostato" sulla categoria dei quasi-Stati, di Stati cioè che, pur essendo riconosciuti come sovrani (e l'appartenenza a organizzazioni internazionali ne è la prova), sono qualificati come «ineffective», in contrapposizione agli Stati *de facto*, i quali sono invece funzionanti, seppur privi di una legittimazione internazionale. V. S. Pegg, *International Society and the De Facto State*, Aldershot 1999; R.H. Jackson, *Quasi-States, Dual Regimes, and Neoclassical Theory: International Jurisprudence and the Third World*, in *International Organization*, 41(4), 1987, 519-549; e P. Moscoso de la Cuba, *The statehood of 'collapsed' states in Public International Law*, in *Agenda Internacional*, XVIII(29), 2011, 121-174.

2. *Problematiche di una definizione*

La nozione di micro Stato è terribilmente ingannevole: è talmente intuitiva da essere problematica nel momento in cui si voglia fornirne una definizione precisa e articolata.

La non sussistenza, nella letteratura delle scienze sociali, di una definizione univoca e condivisa ben sintetizza la pluralità di approcci possibili, ma al contempo anche la non totale sistematicità degli stessi. Ne discende un'estrema flessibilità e fluidità definitoria che genera una concreta difficoltà nel momento in cui si devono giustificare criteri, variabili e valori soglia che qualifichino uno Stato come micro e, ancora prima, se sia possibile l'attribuzione del *nomen iuris* di Stato a micro entità territoriali.

3. *Il carattere statuale*

Il primo *step* di natura definitoria si concentra sul carattere statuale del micro Stato. Il nodo problematico è rappresentato dal fatto che, pur esistendo molteplici entità territoriali che possono essere intuitivamente considerate di micro dimensioni, non a tutte può essere attribuito il *nomen iuris* di Stato e che, quand'anche questo venga loro attribuito, possono permanere dubbi sull'effettivo carattere statuale.

I criteri qualificanti di uno Stato possono ancora essere riconducibili a quelli di cui alla *Convenzione di Montevideo sui diritti e doveri degli Stati* del 1933 che, all'art. 1, dispone la sussistenza dell'elemento territoriale, di quello personale, di quello organizzativo (la presenza cioè di un governo e dunque la capacità di autodeterminazione del proprio ordinamento) e dell'indipendenza (la capacità di intrattenere relazioni con altri Stati), dunque la sovranità nella sua doppia dimensione interna ed esterna[3]. In altri termini, uno Stato deve poter disporre di mezzi atti a mantenere la condizione di indipendenza sia interna che esterna.

Non tutte le micro entità territoriali dispongono di questi mezzi e dunque si caratterizzano per intrattenere differenti tipologie di relazioni che legano questi micro territori a entità terze. Tra le tipologie di relazioni si possono menzionare quelle che intercorrono tra essi e la ex madrepa-

[3] J. Crawford, *The Criteria for Statehood in International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 48(1), 1977, 92-182.

tria (questo è il caso dei Territori d'oltremare britannici[4]), ovvero tra essi e i macro Stati nella cui area di influenza vengono dunque a rientrare (in questo caso si parla quindi di Stati associati[5]), ovvero anche tra essi e organizzazioni internazionali(di questa tipologia sono state esempio le amministrazioni fiduciarie delle Nazioni Unite[6]). Siffatte entità non soddisfano i requisiti tradizionali della statualità, così come non li soddisfano le dipendenze della Corona[7], le regioni amministrative speciali, i territori esterni e gli Stati non riconosciuti o solo parzialmente riconosciuti dalla comunità internazionale.

Nel momento in cui a una micro entità territoriale viene riconosciuto il *nomen iuris* di Stato, in quanto rispondente ai criteri distintivi, si presenta un'ulteriore problematica, la sussistenza di un'effettiva sovranità in capo ai micro Stati, la cui origine è da rintracciarsi proprio nelle micro dimensioni che possono non essere necessariamente di natura meramente territoriale, per quanto la connessione sia evidente, ma anche di natura demografica ed economica. Ci si deve pertanto chiedere se la micro dimensione, cui intuitivamente corrisponde una limitatezza di risorse, sia compatibile con l'esercizio di una piena sovranità.

Per cercare di rispondere a questa domanda si rivela di estremo interesse analizzare l'approccio adottato dalla Società delle Nazioni nei

[4] Sono 14 territori che hanno scelto di rimanere sotto la sovranità del Regno Unito; ne consegue che non sono individualmente membri del Commonwealth, mancando della sovranità, ma sono comunque considerati come interni ad esso. Per completezza: Anguilla; Bermuda; Territorio Antartico Britannico; Territorio britannico dell'Oceano Indiano; Isole Vergini britanniche; Isole Cayman; Isole Falkland; Gibilterra; Montserrat; Isole Pitcairn; Sant'Elena, Ascensione e Tristan da Cunha; Georgia del Sud e Isole Sandwich Meridionali; Area delle Basi Sovrane di Akrotiri e Dhekelia; Turks e Caicos.

[5] Ci si riferisce qui a Niue e alle Isole Cook, Stati associati alla Nuova Zelanda. Pur essendo dotati di autogoverno, dunque di una Costituzione ed essendo stati ammessi quali osservatori a molte commissioni ONU, difettano completamente della sovranità esterna e i loro abitanti sono cittadini neozelandesi. Il vincolo di associazione è sempre volontario, quindi può essere terminato indifferentemente da una delle due parti.

[6] L'amministrazione fiduciaria era un istituto previsto dal Capitolo XII della Carta con cui alcuni territori non autonomi (prevalentemente territori che al 1945 costituivano mandato della SdN, oltre a colonie che appartenevano a potenze sconfitte nel Secondo conflitto mondiale) erano posti sotto l'amministrazione di uno Stato Membro dell'ONU, con la supervisione del Consiglio di amministrazione fiduciaria. L'amministrazione fiduciaria era finalizzata a portare il Paese amministrato all'autogoverno o all'indipendenza.

[7] Le Isole del Canale (Guernesey e Jersey, portate alla Corona inglese da Guglielmo il Conquistatore) e l'Isola di Man (acquisita alla Corona per conquista nel XIV secolo) hanno un particolare *status* costituzionale per cui non sono parte del Regno Unito, ma neppure Territori d'oltremare. Come i Territori d'oltremare, formalmente non sono membri del Commonwealth, ma sostanzialmente sono considerate come facenti parte.

confronti di quelli che allora erano definiti Stati lillipuziani[8]. Nel 1920, presentano la propria richiesta di adesione la Repubblica di San Marino e i Principati di Monaco e del Liechtenstein. Mentre per i primi due Paesi l'*iter* procedurale si arresta prima che la SdN possa deliberare in merito[9], per il Liechtenstein la procedura si conclude con un rifiuto. La Seconda Sotto Commissione[10] della Quinta Commissione, incaricata di esaminare approfonditamente la domanda del Liechtenstein, motiva il rigetto asserendo che «There can be no doubt that juridically the Principality of Liechtenstein is a sovereign State, but by reason of her limited area, small population, and her geographical position, she has chosen to depute to others some of the attributes of sovereignty. […] For the above reasons, we are of the opinion that the Principality of Liechtenstein could not discharge all the international obligations, which would be imposed on her by the Covenant»[11]. Beneš giustifica la posizione della SdN affermando che non è la piccolezza delle dimensioni, quanto la stretta interconnessione con un altro Stato ad aver portato al rigetto della domanda[12]. Da questo caso specifico sembra emergere in seno alla SdN una doppia interpretazione: le piccole dimensioni non consentono l'espletamento degli oneri derivanti dal *Covenant* e relazioni troppo strette con un altro Stato rendono inidonei a far parte della SdN. La linea interpretativa offerta da Beneš è però nella sostanza smentita dalla prassi della SdN, la quale ammette tra i propri membri Paesi non pienamente sovrani, quali l'India Britannica, e dunque non così differenti dal Liechtenstein[13]. È da rilevarsi inoltre che la Sotto Commissione, oltre al dossier presentato dallo Stato richiedente (p.to a), deve esaminare specifici profili atti proprio a verificare l'effettiva sovranità dello Stato richiedente: se il governo richiedente è riconosciuto *de facto* o *de jure* e da quali Stati (p.to b); se il governo è

[8] W.E. Rappard, *Small States in the League of Nations*, in *Political Science Quarterly*, 49(4), 1934, 544-575. V. anche G. Combarnous, *Voyage aux États lilliputiens*, Paris 1933.

[9] San Marino non risponde ad alcune richieste mentre Monaco ritira la propria domanda.

[10] Incaricata di esaminare le richieste di ammissione, oltre che del Liechtenstein, anche di Albania, Austria e Bulgaria.

[11] League of Nations, *First Assembly-Plenary Meetings*, Annex C, 667. V. S.M. Schwebel, *Mini-States and a More Effective United Nations*, in *American Journal of International Law*, 67(1), 1973, 108-116.

[12] League of Nations, *First Assembly-Plenary Meetings*, cit., 563-64. Beneš è membro della Seconda Sotto Commissione.

[13] M.M. Gunter, *Liechtenstein and the League of Nations: A Precedent for the United Nation's Ministate Problem?*, in *The American Journal of International Law*, 68(3), 1974, 496-501, 499.

stabile, quali sono le frontiere e le dimensioni territoriali e demografiche (p.to c); se il governo è realmente in controllo del Paese (p.to d); e l'approccio del Paese rispetto ai suoi obblighi internazionali (p.to e)[14].

Seppure le dimensioni sono la causa del rigetto della domanda del Principato, la SdN non ritiene di dover di definire una soglia quantitativa di piccolezza ai fini dell'ammissione. Ciò spinge a riflettere su quale profilo della piccolezza del Paese è quindi giudicato non idoneo dalla SdN. Rileggendo le motivazioni del rigetto si può intuire come venga istituita una relazione di causa-effetto tra la micro dimensione quantitativa e la necessità di delegare un parziale esercizio della propria sovranità esterna a un altro Stato. Così facendo, la questione della micro dimensione viene traslata da un piano meramente quantitativo – bassa demografia e limitata estensione territoriale – a uno qualitativo – impossibilità a esercitare alcune specifiche funzioni sovrane. Pare quindi potersi affermare che la mancata definizione di un valore soglia quantitativo da parte della SdN sia da rintracciarsi nel fatto che l'ostacolo all'ammissione non è meramente quantitativo, ma lo diventa in quei casi in cui esso ingenera una micro dimensione di natura qualitativa. Indi per cui il vero valore soglia per la SdN è di natura qualitativa. Non sfugge certamente l'interconnessione tra le due dimensioni, per cui si può logicamente inferire che a una micro dimensione quantitativa ne corrisponda una qualitativa. A sostegno dell'uso di un criterio di selezione qualitativo (seppur dipendente da variabili quantitative) c'è il fatto che il Principato era formalmente riconosciuto a livello internazionale come uno Stato sovrano. Le micro dimensioni quantitative e qualitative non sono quindi ostative al riconoscimento come Stato sovrano, ma lo sono all'ammissione alla SdN.

La problematica degli Stati lillipuziani ha rivestito una certa importanza nei primi anni di assestamento della SdN. Non tanto perché essi sono rilevanti ai fini del nuovo equilibrio internazionale, né tantomeno perché numerosi (come invece lo sono per l'ONU a partire dagli anni sessanta), quanto perché sollevano un problema di principio: come giustificare giuridicamente la non ammissione se giuridicamente lo Stato è sovrano. Nell'ottica proprio di questa discrasia tra riconoscimento della sovranità e mancata ammissione, l'Assemblea si pronuncia a favore della creazione da parte del Consiglio di una commissione speciale con il compito di emendare il *Covenant* al fine di introdurre

[14] League of Nations, *First Assembly-Plenary Meetings*, cit., 136.

delle forme di associazione per quegli Stati sovrani che, in ragione della loro piccola dimensione, non sono ammissibili come membri (c.d. risoluzione Motta)[15].

Nel rifiutare lo status di membro a Stati qualitativamente micro, la SdN va dunque a perpetuare il concetto di Stato protetto, già abbondantemente utilizzato a livello diplomatico (e risalente a Grozio)[16] e che viene ciclicamente invocato come criterio (qualitativo) definitorio dei micro Stati.

Il giudizio di non idoneità del Liechtenstein formulato dalla SdN nel 1920 è riconfermato anche dalle Nazioni Unite, le quali ammettono nel proprio seno il Principato solo nel 1990, a fronte di un interesse di adesione manifestato già a partire dagli anni sessanta[17].

Pur emergendo, almeno formalmente, una continuità tra SdN e ONU nel trattare la domanda di ammissione del Principato, diverso è affermarne la continuità sostanziale. Al fine di dirimere la questione può essere utile esaminare l'approccio dell'ONU nei confronti di altri Stati. Considerando che le Nazioni Unite ammettono Stati chiaramente non sovrani, quali le Repubbliche Socialiste di Ucraina o di Bielorussia[18], pare difficile giustificare il rifiuto nei confronti del Liechtenstein adducendone il carattere non pienamente (o solo parzialmente) sovrano. Sembrerebbe quindi doversi ritornare alla dimensione quantitativa come base di esclusione. In realtà, però, neppure questa può giustificare l'esclusione e questo alla luce del principio di universalità e di eguaglianza tra gli Stati di cui le Nazioni Uniti si fanno portatrici. Forse per colmare la lacuna del *Covenant* della SdN, la Carta delle Nazioni Unite ben lo esprime nel preambolo, laddove si fa riferimento agli «the equal rights […] of nations large and small». Inoltre le Nazioni Unite si sono dovute confrontare con un problema sconosciuto alla SdN: la rilevanza numerica dei micro Stati. A partire dagli anni sessanta, con l'avvio dei processi di decolonizzazione, si assiste infatti a una proliferazione di piccoli e micro Stati, che, con un approccio di *real politik*, l'ONU ammette, a prescindere dai dubbi – in alcuni casi poi concretizzatisi – circa l'effettiva capacità di far fronte agli

[15] League of Nations, *First Assembly-Plenary Meetings*, cit., 164-165.

[16] J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, Oxford 2007, 286-294.

[17] J.C. Duursma, *Fragmentation and the International Relations of Micro-states: Self-Determination and Statehood*, Cambridge 1996, 195-198.

[18] W.S.G. Kohn, *The Sovereignty of Liechtenstein*, in *The American Journal of International Law*, 1967, 61(2), 547-557, 548.

obblighi discendenti dalla Carta[19]. Constatando la difficoltà che l'espletamento degli obblighi internazionali può comportare per i micro Stati, Stati Uniti e Regno Unito ripropongono, senza successo[20], la proposta di cui alla Risoluzione Motta di introdurre una *membership* "affievolita" per gli Stati di piccole e micro dimensioni. Gli anni novanta segnano infine un nuovo impulso verso la sempre maggiore inclusione dei micro Stati[21], con l'ammissione dei micro Stati storici europei (Principati di Andorra, Liechtenstein e Monaco e la Repubblica di San Marino) e di più recente indipendenza (Isole Marshall e Micronesia)[22].

4. *Definire la micro dimensione*

Se i giuristi dunque poco si sono confrontati con la sfida definitoria insita nella micro dimensione, non così economisti e studiosi delle relazioni internazionali, i quali non hanno però saputo fornire un criterio, se non universalmente accettato, neppure largamente condiviso. Ciononostante, la difficoltà definitoria non si è rivelata pregiudizievole agli studi sui piccoli e micro Stati[23]. Ne consegue che la reale criticità espressa da questi studi è la discrasia tra la chiarezza della definizione a livello intuitivo e la capacità di spiegare il concetto di micro (e piccolo) Stato.

In letteratura sono utilizzati due macro gruppi di criteri, l'uno di natura quantitativa e l'altro qualitativa, singolarmente o in maniera combinata (c.d. *cluster analysis*). L'avvicendarsi, così come la combinazione, di criteri classificatori è da imputarsi principalmente alla volontà di riuscire

[19] Nel 1965 sono ammesse le Maldive, le quali, poco dopo la loro ammissione, si vedono costrette, per ragioni qualificate come di natura amministrativa, a chiudere la propria delegazione presso le Nazioni Unite.

[20] La proposta è bocciata in quanto contraria alla uguaglianza tra Stati membri su cui l'ONU si fonda. Si v. più diffusamente S.M. Schwebel, *Mini-States and a More Effective United Nations*, cit.

[21] Questa sorta di "rivalutazione" della micro statualità nel consesso internazionale a partire dai primi anni novanta è richiamata anche da L. Adam, *Le concept de micro-État: États lilliputiens ou parodies d'États?*, in *Revue internationale de politique comparée*, 2(3), 1995, 577-532.

[22] Più precisamente: nel 1991 i due Stati del Pacifico, San Marino nel 1992 e infine Monaco e Andorra nel 1993.

[23] Rileva infatti Wilhelm Christmas-Møller «Few concepts within political science have been attacked as fiercely as the concept of small state and have still been used for political analysis». W. Christmas-Møller, *Some Thoughts on the Scientific Applicability of the Small State Concept: A Research History and a Discussion*, in O. Höll (Ed.), *Small States in Europe and Dependence,* Boulder 1983, 35-68.

a identificare un criterio il meno possibile arbitrario e il più possibile idoneo a cogliere trasversalmente le caratteristiche fondanti di un micro Stato. La nozione di micro Stato si configura come incredibilmente flessibile, tanto che l'applicazione di differenti criteri può portare a risultati significativamente differenti nella loro individuazione.

A ulteriore riprova della difficoltà definitoria che tutti gli studi sul tema incontrano, si deve richiamare come una parte, seppure minoritaria, della letteratura, considerando impossibile provvedere a una definizione coerente e oggettiva, abbia deciso di non affrontare la questione, non elaborando alcun nuovo criterio né avvalendosi di quelli già utilizzati[24]. La possibilità di poter identificare a livello meramente intuitivo un piccolo o un micro Stato ha per alcuni rafforzato la convinzione dell'inutilità di affrontare la problematica definitoria[25]. Abdicare alla scelta di un criterio identificativo implica rifarsi a una nozione meramente intuitiva. Pertanto, volendo identificare dei criteri che consentano di misurare la dimensione di un Paese devono discutersi criteri di natura quantitativa e criteri di natura qualitativa.

4.1. I criteri quantitativi

L'utilizzo di un criterio di natura quantitativa pone due problemi: il primo consiste nella scelta della variabile, di cui le più comuni sono estensione territoriale, popolazione, PIL, mentre il secondo ha a che vedere con la determinazione della linea valoriale di demarcazione, al di sotto della quale uno Stato è considerato di dimensioni micro. Il fatto che la procedura di scelta si articoli in due momenti è foriero di una doppia mancanza di consenso. Non vi è infatti condivisione non solo sulla scelta della variabile, ma neppure sulla scelta del valore soglia.

[24] Si v. N. Amstrup, *The Perennial Problem of Small States: A Survey of Research Efforts*, in *Cooperation and Conflict*, 11(2), 1976, 163-182, 165. Così anche Mendelson, che sottolinea la sostanziale inutilità di procedere a una definizione precisa, opinione maturata a fronte del fatto che essa non rilevi ai fini della ammissione in alcuna organizzazione internazionale; ad ogni modo, l'Autore adotta la soglia di 1 milione di abitanti. V. M.H. Mendelson, *Diminutive States in the United Nations*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 21(4), 1972, 609-630.

[25] V. P. Streeten, *The Special Problems of Small Countries*, in *World Development*, 21(2), 1993, 197-202. Secondo l'Autore, «we know a small country when we see it» (*ibidem*, 197). Rileva Maas come in alcuni tipi di studi la scelta di non definire, e di richiamarsi a una nozione meramente intuitiva, possa essere perfettamente giustificabile: M. Maas, *The Elusive Definition of the Small State*, in *International Politics*, 46(1), 2009, 65-83, 68.

Le variabili, una volta selezionate, possono poi, come già ricordato, essere impiegate singolarmente ovvero in maniera tra loro combinate, creando così una sorta di indice.

Una delle variabili utilizzate è l'estensione territoriale di uno Stato, considerata indicativa delle possibili risorse di cui un Paese può disporre. Il valore soglia scelto può essere altamente specifico ovvero maggiormente standardizzato e pertanto meno rigido.

Più utilizzata è però la variabile demografica che collega le micro dimensioni a una popolazione inferiore a una certa soglia, che può essere più o meno rigida. E infatti sono state impiegate soglie differenti all'interno di una forbice molto ampia. Seppure la soglia di 1 milione di abitanti è attualmente quella maggiormente utilizzata[26], non mancano alternative che spaziano da 100.000 abitanti[27] a 3 milioni[28] fino a 10 milioni[29]. Esaminando l'evoluzione del valore soglia in prospettiva diacronica, l'elemento che cattura l'attenzione è il progressivo abbassamento cui si è assistito dagli anni sessanta ad oggi. La spiegazione è imputabile all'ondata di decolonizzazione che ha portato alla nascita di nuove entità statuali caratterizzate da piccole e micro dimensioni, che ha dunque reso necessario un adeguamento valoriale che riflettesse il nuovo panorama geopolitico[30]. Si parte dunque da una dimensione inferiore ai 10 milioni nel 1960[31], per

[26] V. *ex multis*: M.H. Mendelson, *Diminutive States in the United Nations*, cit.; P.J. Boyce, R.A. Herr, *Microstate Diplomacy in the South Pacific*, in *Australian Outlook*, 28(1), 1974, 24-35; G. Baldacchino, *Bursting the Bubble: the Pseudo-Development Strategies of Microstates*, in *Development and Change*, 24(1), 1993, 29-52; P. Sutton, A. Payne, *Lilliput under Threat: the Security Problems of Small Island and Enclave Developing States*, in *Political Studies*, 41(4), 1993, 579-593.

[27] Così Ross che qualifica i piccoli Stati con popolazione compresa tra 1 e 5 milioni, i mini Stati con popolazione compresa tra 100 mila e 1 milione e i micro Stati con popolazione inferiore a 100 mila. L'articolazione proposta da Ross nasce dal suo convincimento che, per quanto la soglia di 1 milione per i piccoli Stati possa presentare vantaggi per alcuni studi, si rivela troppo stretta nel campo della sicurezza internazionale. V. K. Ross, *The Commonwealth: A Leader for the World's Small States?*, in *The Round Table*, 86(343), 1997, 411-419, 411-412.

[28] Si v. esemplificativamente H.W. Armstrong, R. Read, *Comparing the Economic Performance of Dependent Territories and Sovereign Microstates*, in *Economic Development and Cultural Change*, 48(2), 2000, 285-306, 290.

[29] W. Parrish Hinkle, *The Security of Very Small States*, College Park 1990, 41.

[30] I numeri ben fotografano l'entità del fenomeno: 11 nuovi Stati con una popolazione uguale o inferiore a 1 milione sono entrati a far parte delle Nazioni Unite negli anni sessanta, 17 negli anni Settanta e 8 negli anni Ottanta.

[31] S. Kuznets, *Economic Growth of Small Nations*, in E.A.G. Robinson (Ed.), *The Economic Consequences of the Size of Nations*, London 1960, 14-32.

scendere a 5 milioni nel 1965[32], a 1 milione intorno al 1970[33] e a meno di 400.000 nel 1982[34]. Con il 1985 sembra accettata la soglia di 1 milione di abitanti[35], che viene poi utilizzata anche dalla Banca Mondiale, dal Fondo Monetario Internazionale e dal Commonwealth Secretariat[36]. Per quanto concerne invece le Nazioni Unite, nel 1965, definiscono i micro Stati come entità statuali che si caratterizzano per un'area, una popolazione e risorse umane ed economiche estremamente piccole e di recente indipendenza[37]. Nel 1967, però, la definizione viene circoscritta alle entità statuali con meno di 1 milione di abitanti[38], non differentemente dunque dal valore soglia che sarà poi condiviso anche dalle altre organizzazioni internazionali.

Si è fatto riferimento al fatto che la variabile popolazione sia quella più usata a fini classificatori. Questa predilezione è favorita non solo dalla maggior disponibilità di statistiche per ogni Paese[39], ma dal fatto che è considerata come un valido indicatore del capitale umano di cui un Paese può disporre, pur non sussistendo alcuna relazione deterministica, così come della ampiezza del mercato interno. Questo spiega perché la preferenza è particolarmente evidente in capo agli economisti.

La terza tipologia di variabili definitorie corrisponde a quelle di natura economica. Contrariamente a estensione territoriale e popolazione, esse sono più frequentemente impegnate come variabili dipendenti (principalmente rispetto alla popolazione), e dunque nel contesto di una *cluster analysis*.

[32] W.G. Demas, *The Economics of Development in Small Countries with Special Reference to the Caribbean*, Montreal 1965. L'Autore associa alla popolazione come variabile dipendente una superficie territoriale sfruttabile tra i 10.000 e 20.000 km^2.

[33] Nel 1971, l'Institute for Training and Research delle Nazioni Unite qualifica i micro (o molto piccoli) Stati come Paesi con una popolazione inferiore a 1 milione di abitanti.

[34] B. Jalan, *Classification of Economies by Size*, in Id. (Ed.), *Problems and Policies in Small States*, London 1982, 39-47. L'Autore associa però alla popolazione una superficie arabile inferiore o uguale a 2.500 km^2 e un PIL inferiore a US$ 500 milioni. Ad ogni modo, già Blair nel 1968 adottava la soglia di 300 mila abitanti; v. P.W. Blair, *The Mini-state Dilemma*, Washington 1968.

[35] V. P. Hein, *The Study of Microstates*, in Id., E. Dommen (Eds.), *States, Microstates and Islands*, London 1985, 16-29.

[36] Istituito nel 1965, con sede a Marlborough House.

[37] United Nations Document A/6001/Add. 1., 1965, par. 164.

[38] UNITAR Series no. 3, *Status and Problems of Very Small States and Territories*, New York 1969, 221-229.

[39] In questo senso ad esempio H.W. Armstrong, R. Read, *Comparing the Economic Performance of Dependent Territories and Sovereign Microstates*, cit.

Il PIL è dunque tendenzialmente la variabile più utilizzata ai fini di misurare la dimensione economica di un Paese, ma è stata in alcuni studi affiancata o sostituita da altre variabili, quali import/export, disponibilità di risorse ovvero specializzazione in alcuni specifici prodotti[40]. Queste ulteriori tre variabili non sono realmente in alternativa tra loro, in quanto la scarsità delle risorse disponibili porta a una specializzazione produttiva che diventa esportabile e, di contro, costringe a un alto livello di importazione di altre materie prime o prodotti finiti.

In questo quadro si colloca il lavoro di studio del Commonwealth Secretariat che, nel 1996, ha definito le caratteristiche economiche dei piccoli Stati (che devono quindi ritenersi proprie anche dei micro): limitate opportunità domestiche che rendono il Paese soggetto a contraccolpi di crisi economiche di altri Paesi; scarsità di risorse che porta a una specializzazione produttiva con connesso export che porta alla dipendenza da pochi mercati; scarsità di certe capacità e alto costo per persona nell'erogazione di prestazioni e servizi; maggiore vulnerabilità a calamità naturali e eccessivo affidamento su aiuti di Paesi terzi[41]. Ne consegue che, sotto un profilo meramente economico, il piccolo (e il micro) Stato è vulnerabile.

Una qualificazione sulla base della vulnerabilità economica presenta due profili problematici che ne minano la validità come variabile classificatoria. Innanzitutto, seppur rispondente al vero per molti piccoli e micro Stati, sottostima casi di *performances* positive, ascrivibili ad appropriate politiche endogene[42]. Secondariamente, le stesse caratteristiche delle economie di piccoli e micro Stati che sono interpretabili come indicatori di vulnerabilità economica possono però essere lette differentemente in un contesto di economia sempre più globale, in cui l'apertura delle economie nazionali è massimizzata, così come la loro interdipendenza, tanto da portare alcuni economisti a rilevare che «in

[40] V. A. Alesina, R. Wacziarg, *Openness, Country Size and Government*, in *Journal of Public Economics*, 69(3), 1998, 305-321 e O. Mehmet, M. Tahiroglu, *Growth and equity in microstates: Does size matter in development?*, in *International Journal of Social Economics*, 29(1-2), 2002, 152-162.

[41] Commonwealth Secretariat, *Small States: Economic Review and Basic Statistics*, vol. II, London 1996.

[42] Così H.W. Armstrong, R. Read, *The Importance of Being Unimportant: The Political Economy of Trade & Growth in Small States*, in S. Mansoob Murshed (Ed.), *Issues in Positive Political Economy*, London-New York 2002, 71-88; e *The Phantom of Liberty?: Economic Growth and the Vulnerability of Small States*, in *Journal of International Development*, 14(4), 2002, 435-458.

the current post-Cold-War world, the framework of big-small is increasingly less relevant»[43].

Studiosi delle relazioni internazionali hanno portato avanti l'ipotesi di utilizzare altre tipologie di variabili quantitative quali la forza militare – da quantificarsi sulla base numerica delle forze armate così come di percentuale del PIL speso per la difesa – e la dimensione del corpo diplomatico[44]. Non sfugge come queste variabili non possano però essere utilizzate indipendentemente dalle altre variabili quantitative menzionate; la dimensione del corpo diplomatico e delle forze armate è proporzionale alla popolazione così come alla forza economica del Paese. In aggiunta, anche il loro impiego incontra le criticità già evidenziate in termini di individuazione del valore soglia. Infine, esse sono da considerarsi come meramente residuali in quanto tendono a confluire nei criteri qualitativi, i più usati negli studi delle relazioni internazionali, improntati alla misurazione di potere, della forza e delle politiche strategiche di sicurezza, per la cui determinazione esse possono essere uno dei possibili indicatori.

4.2. Criteri qualitativi

I criteri quantitativi sono indubbiamente caratterizzati – a prescindere da quale sia la variabile singola, indipendente o dipendente utilizzata – dalla arbitrarietà insita nella scelta del valore soglia che cerca di veicolare una intuitiva nozione di micro dimensione. I critici dell'approccio quantitativo partono dal presupposto del necessario superamento della succitata arbitrarietà per proporre una definizione di micro Stati sulla base di criteri di natura qualitativa. Viene così postulato che una classificazione su base qualitativa non possa essere pregiudicata dalla arbitrarietà.

I criteri qualitativi utilizzati appartengono a due macro categorie: criteri percettivi (o cognitivi) e criteri relazionali[45].

[43] P. Tõnurist, *What Is a "Small State" in a Globalizing Economy?*, in *Halduskultuur–Administrative Culture*, 11(1), 2010, 8-29, 11.

[44] M.A. East, *Size and Foreign Policy Behavior: A Test for Two Models*, in *Journal of World Politics*, 25(4), 1973, 556-576; A. Vandenbosch, *The Small States in International Politics and Organization*, in *The Journal of Politics*, 26(2), 1964, 293-312; e Z. Dumieński, *Microstates as Modern Protected States: Towards a New Definition of Micro-Statehood*, Reykjavík 2014, disponibile in *http://ams.hi.is/wp-content/uploads/2014/04/Microstates_OccasionalPaper.pdf*.

[45] Un'agile rassegna dei criteri qualitativi maggiormente utilizzati è fornita da B. Thorhallsson, *Studying Small States: A Review*, in *Small States & Territories*, 1(1), 2018, 17-34.

Alla prima categoria sono ascrivibili quegli studiosi che suggeriscono di considerare la piccolezza come un «perceptual problem»[46] ovvero come un «frame of mind, a subjective condition» che influisce sul comportamento dello Stato, nella doppia dimensione interna ed esterna[47]. Non è dunque micro (o piccolo) ciò che è oggettivamente tale, ma lo è ciò che si percepisce o è percepito come tale[48]. La percezione è dunque bifronte, nel senso che il micro Stato può essere il soggetto percepente, lo Stato si percepisce come micro, ovvero l'oggetto della percezione, lo Stato è percepito come micro dagli altri Stati. Il primo caso concretizza il criterio della c.d. auto-categorizzazione. Un micro Stato è tale se si percepisce in una condizione svantaggiata rispetto agli altri Stati sulla base di una o più variabili. Secondo alcuni «a small power [state] is a state whose leaders consider that it can never, acting alone or in small group, make a significant impact on the system»[49], mentre secondo altri « small power [state] is a state which recognizes that it cannot obtain security primarily by the use of its own capabilities, and that it must rely fundamentally on the aid of others»[50]. Il secondo caso, invece, trasla l'origine della percezione, che non è più il micro Stato, ma uno Stato terzo, che quindi percepisce uno Stato come micro[51]. Il criterio cognitivo fa prova di debolezza nel momento in cui vi siano Stati le cui percezioni non collimano; non può infatti escludersi a priori che uno Stato non si percepisca come micro o piccolo, pur essendo invece percepito come tale dagli altri Stati.[52]. Non

[46] N. Amstrup, *The Perennial Problem of Small States: A Survey of Research Efforts*, cit., 166.

[47] G. Baldacchino, *Labouring in Lilliput: Labour Relations and Images of Smallness in Developing Microstates,* Warwick 1993, 159, tesi di dottorato disponibie in *http://webcat.warwick.ac.uk/record=b1416171~S15*.

[48] R.L. Rothstein, *Alliances and Small Powers*, New York 1968.

[49] R.O. Keohane, *Lilliputians' Dilemmas: Small States in International Politics'*, in *International Organization*, 23(2), 1969, 291-310, 296.

[50] R.L. Rothstein, *Alliances and Small Powers*, cit., 29.

[51] I.B. Neumann, S. Gstöhl, *Lilliputians in Gulliver's World? Small States in International Relations*, Reykjavík 2004, disponibile in *https://ams.hi.is/wp-content/uploads/old/Lilliputians%20Endanlegt%202004.pdf*.

[52] Il collasso dell'URSS ha portato alla nascita di nuovi Stati, tra i quali alcuni, specialmente nel Caucaso, sono stati categorizzati internazionalmente come piccoli, sulla base di una nozione intuitiva di piccolezza. Questa conclusione però non corrispondeva alla auto-categorizzazione operata da alcuni di essi (principalmente l'Armenia) secondo cui non sussistono basi oggettive per una siffatta qualifica, che sarebbe invece generata da un semplicistico paragone con l'Impero russo prima e sovietico poi di cui hanno fatto parte per secoli. La presa di posizione dell'Armenia contro la qualificazione come piccolo Stato è stata raccolta in seno alla conferenza sui piccoli Stati organizzata dal Commonwe-

sfugge che, per quanto la percezione sia ascrivibile alla categoria delle variabili qualitative, essa finisca quasi sempre per fondarsi, consciamente o inconsciamente, su una valutazione di tipo quantitativo, basata prevalentemente sulla variabile demografica.

La seconda macro categoria di criteri qualitativi è invece di natura relazionale, il cui punto focale è dunque come micro Stati si relazionano con gli altri. La "taglia" di uno Stato viene così identificata come un concetto prettamente relazionale[53].

Il criterio relazionale può essere poi ulteriormente scomposto sulla base di come si approcci la relazione tra Stati. In altre parole, si può connotare la relazione di un carattere residuale, nel senso che micro Stato è quello Stato che non può definirsi macro. Questo primo approccio non risulta essere di per sé risolutivo, in quando si limita a spostare il problema definitorio: da micro a macro Stato. Per quanto questo possa definirsi tale se dotato di forza e potenza (concetti spesso sovrapponibili) così da imporsi sugli altri, non sembra doversi condividere la conclusione per cui tutti gli Stati che non godano di queste caratteristiche debbano essere automaticamente rubricati come piccoli o micro.

Un differente approccio (c.d. *behaviour pattern*), sempre di matrice relazionale, si incentra sul comportamento – dunque un'altra variabile dipendente – identificando il micro Stato come quello Stato che è sempre il più debole all'interno di una relazione chiaramente asimmetrica ogni qualvolta interagisca con un altro Stato a livello globale, regionale o sub-regionale, tranne nei casi in cui si relazioni con un altro micro Stato[54]. Il punto di partenza è dunque postulare che le relazioni tra Stati siano intrinsecamente asimmetriche[55]. La conclusione sarebbe dunque quella

alth Secretariat e dalla Banca Mondiale a Saint Lucia nel 1999 da Alan K. Henrikson. V. A.K. Henrikson, *A Coming 'Magnesian' Age? Small States, the Global System, and the International Community*, in *Geopolitics*, 6(3), 2001, 49-86, 64.

[53] D. Panke, *Dwarfs in International Negotiations: How Small States Make Their Voices Heard*, in *Cambridge Review of International Affairs*, 25(3), 2012, 313-328, 315.

[54] Così K.J.N. Oest, A. Wivel, *Security, Profit or Shadow of the Past? Explaining the Security Strategies of Microstates*, in *Cambridge Review of International Affairs*, 23(3), 2010, 429-453, 434. Per quanto risalente e geograficamente limitato al solo continente africano, permane interessante P.J. McGowan, K.-P. Gottwald, *Small State Foreign Policies: A Comparative Study of Participation, Conflict, and Political and Economic Dependence in Black Africa*, in *International Studies Quarterly*, 19(4), 1975, 469-500. Analogamente interessanti per quanto si riferiscano a un quadro geopolitico non più attuale è la maggior parte dei contributi in A. Schou, A.O. Brundtland (Eds.), *Small States in International Relations*, Stockholm 1971.

[55] B. Womack, *Asymmetry Theory and China's Concept of Multipolarity*, in *Journal*

di identificare i micro Stati come Stati deboli che nelle relazioni internazionali mostrano un comportamento focalizzato sulla sopravvivenza[56]. Il criterio relazionale così declinato consente di distinguere il micro Stato dal piccolo Stato, il quale, pur essendo anch'esso la parte debole in una relazione asimmetrica con un altro Stato a livello globale, non lo è a livello regionale né sub-regionale.

L'elemento che quindi accomuna i criteri qualitativi – siano essi cognitivi o relazionali – è l'identificare i micro Stati con entità statuali deboli, marginali e in cui viene esercitato un potere che ha concretamente sede altrove; in questo modo, però, l'identificazione finisce per fondarsi su variabili quantitative, quella demografica in particolare. I criteri qualitativi fanno così un uso strumentale delle variabili quantitative che non sono dunque rilevanti di per sé, ma che lo diventano nel momento in cui da esse discendono delle conseguenze significative a livello qualitativo.

4.3. Criteri trasversali

Per quanto non propriamente qualificabili come criteri, ma più come approcci che, pur differenti, sono accomunati dall'essere trasversali rispetto ai criteri quantitativi e qualitativi, devono brevemente discutersi quello storico e quello geografico.

Il primo muove dalla considerazione che la maggior parte dei micro Stati sono di recente formazione in quanto figli della decolonizzazione, e specularmente conclude che Stati "giovani" siano micro Stati. Il secondo si sostanzia nella constatazione che i micro Stati tendono a distinguersi per un carattere insulare (ovvero di arcipelago) o di *enclave*. Isole ed *enclaves* sarebbero dunque *ipso facto* micro Stati.

Il primo approccio ha avuto scarso successo, seppure inizialmente adottato dalle Nazioni Unite come uno degli elementi qualificanti del micro Stato. Nella summenzionata definizione di micro Stato del 1965, esse fanno riferimento, accanto alle tradizionali variabili quantitative, anche alla recente formazione, riferimento poi abbandonato negli anni suc-

of Contemporary China, 13(39), 2004, 351-366. Sulla teoria della debolezza, si v. anche B.G. Ólafsson, *Small States in the Global System. Analysis and Illustrations from the Case of Iceland*, Aldershot 1998, 4 e 48-63. Ancora B. Thorhallsson, *Small States in the UNSC and the EU: Structural Weaknesses and Ability to Influence*, in P. Butler, C. Morris (Eds.), *Small States in a Legal World*, Berlin 2017, 35-64.

[56] Pur venendo così qualificati come Stati deboli, va rilevato che essi sembrano attualmente godere di maggior prestigio che in passato. V. J.A.K. Hey (Ed.), *Small States in World Politics: Explaining Foreign Policy Behavior*, Boulder 2003.

cessivi. Il motivo principale può rintracciarsi nella esclusione che questo approccio realizza dei micro Stati storici, cioè quelli europei.

Il secondo approccio, quello geografico, merita invece un maggiore approfondimento, essendo stato più frequentemente utilizzato, seppur prevalentemente – ma non esclusivamente – in studi di geografia economica. Questa tipologia di studi si propone di tracciare una correlazione tra posizione geografica e performance economica[57]. In via più generale, alcuni economisti vedono nella geografia un elemento determinante ai fini della categorizzazione di piccolo e micro Stato. Non solo dunque il carattere insulare può essere un elemento determinante, ma anche la posizione *landlocked* ovvero il situarsi in zone temperate o tropicali[58]. Ci sarebbe così una correlazione tra regione (Caraibi, Pacifico, Europa) e micro Stati. La scelta di impiegare il carattere insulare come criterio distintivo dei micro Stati si fonda su una definizione geografica ben precisa di cosa debba intendersi per isola[59]. In geografia, infatti, l'elemento distintivo dell'isola non è tanto il suo essere circondata dal mare, quanto le sue limitate dimensioni[60]. Emerge così un aggancio con la variabile quantitativa della estensione territoriale; ciononostante, la trasversalità dell'approccio geografico ne ha impedito l'inclusione nella macro categoria quantitativa.

4.4. Profili problematici delle differenti tipologie di criteri

Il primo dato che deve essere evidenziato è che nessuno dei criteri analizzati sembra essere scevro da un certo grado di arbitrarietà e fluidità. Per i criteri quantitativi, questa si evidenzia nella fissazione del valore soglia, mentre per quelli di natura qualitativa nella mancanza di valori oggettivi sulla base dei quali giustificare la classificazione o, comunque,

[57] H.W. Armstrong, R. Read, *Insularity, Remoteness, Mountains and Archipelagos: A Combination of Challenges Facing Small States?*, presentato alla Regional Studies Association Conference, Angers, 15-16 aprile 2004, disponibile in *http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.202.2332&rep=rep1&type=pdf*.

[58] J.D. Sachs, A.D. Mellinger, J.L. Gallup, *The Geography of Poverty and Wealth*, in *Scientific American*, 284(3), 2001, 70-75.

[59] G. Baldacchino, *Studying Islands: On whose Terms? Some Epistemological and Methodological Challenges to the Pursuit of Island Studies*, in *Island Studies Journal*, 3(1), 2008, 37-56 e G. McCall, *Nissology: The study of islands*, in *Journal of the Pacific Society*, 17(2-3), 1994, 1-14.

[60] Non a caso, infatti, l'Australia non è mai qualificata come isola. V. J. Crawford, *Islands as Sovereign Nations*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 38(2), 1989, 277-298, 277.

nel finire poi per dover sopperire a questa mancanza ricorrendo a variabili quantitative.

L'uso di criteri meramente quantitativi incorre nel rischio di una eccessiva rigidità classificatoria[61]; viceversa l'uso di criteri qualitativi soffre di una fluidità eccessiva. Per quanto concerne le problematiche connesse ai criteri quantitativi, accanto alla generale arbitrarietà, le perplessità maggiori sono da imputarsi alle variabili di natura economica. Più precisamente, conviene domandarsi, in un mondo sempre più globalizzato ed economicamente interdipendente, se le variabili economiche siano ancora effettivamente utili ai fini classificatori del micro Stato, specialmente in un panorama di sempre maggiore integrazione e interconnessione economica, in cui la dicotomia piccolo/grande sembra sfumare. Inoltre, in riferimento al frequente uso del PIL quale variabile economica sono da rilevarsi ulteriori profili problematici. Il primo è che considerare il PIL pro capite quale indicatore della qualità della vita può essere fuorviante, in quanto non va realmente a indicare il reddito personale. Il secondo è che esso spesso non tiene conto del fatto che molti micro e piccoli Stati sono dei paradisi fiscali e questo ha un effetto distorsivo sul PIL[62].

Dalla presa d'atto delle criticità dei criteri quantitativi discende la necessità di individuare nei micro Stati delle entità statuali qualitativamente distinte. L'uso di criteri di natura qualitativa non mette però al riparo dalla obiezione di arbitrarietà né tanto meno di vaghezza. Il punto debole dell'approccio qualitativo sembra doversi identificare nel fatto che le variabili connesse non risultano mai propriamente indipendenti, ma finiscono per dipendere da variabili quantitative. Se a queste ultime può essere imputata arbitrarietà nella scelta dei valori soglia, le prime soffrono invece di soggettività. L'arbitrarietà comprende un certo grado di soggettività; ciò che è soggettivo è la scelta di un determinato valore soglia, il quale però, una volta identificato, viene oggettivamente e uniformemente applicato. Diversamente quando la variabile è totalmente soggettiva, emerge una oggettiva difficoltà di procedere in maniera uniforme.

[61] D. Orlow, *Of Nations Small: The Small State in International Law*, in *Temple International and Comparative Law Journal*, 9(1), 1995, 115-140.

[62] V. S. George, *Geography of Microstates: Main Arising Issues*, in *Regional Science Inquiry Journal*, 1(1), 2009, 45-57; v. anche D. Orlow, *Of Nations Small: The Small State in International Law*, cit., 127-134.

5. *Una possibile definizione*

Ogni criterio, dunque, contiene un tasso di arbitrarietà piuttosto elevato. Considerando però che i criteri qualitativi richiedono, in ultima istanza, di ricorrere, a variabili di natura quantitativa, sono da preferirsi variabili quantitative. Esse permettono infatti di identificare in maniera chiara e univoca una dimensione come micro.

Avendo analizzato tre variabili quantitative, pare maggiormente indicato, anche al fine di non proporre una definizione troppo rigida di micro Stato, combinare la variabile della estensione territoriale con quella demografica, tralasciando invece quella economica (in tutte le sue possibili articolazioni). E questo pur essendo recentemente la combinazione delle tre divenuta molto popolare[63]. L'esclusione della variabile economica deve motivarsi in ragione del fatto che essa è utilizzata quasi sempre come variabile dipendente rispetto alle altre due, e principalmente rispetto alla popolazione. Non si può tralasciare come anche la popolazione sia strettamente connessa alla dimensione territoriale; purtuttavia, può considerarsi a pieno titolo una variabile indipendente. Inoltre, l'oggetto della discussione sono i micro Stati e non le micro economie. Ed è un dato di fatto che i due aspetti non sempre coincidano. I micro Stati europei sono economicamente molto performanti, mentre tendenzialmente la gran parte dei micro Stati post-coloniali hanno PIL modestissimi. Non essendo una ricerca volta a proporre linee di sviluppo economico per i micro Stati, non rilevano le loro differenti *performances* economiche.

Infine, il terzo e ultimo *step* è rappresentato dalla selezione del valore soglia per le variabili scelte, estensione territoriale e popolazione. Anche questa fase si rivela problematica: uno dei risvolti negativi dell'identificazione di un valore soglia – oltre alla più volte richiamata arbitrarietà – è il carattere netto che esso comporta, a prescindere dalla sua concretizzazione numerica. Ciò è particolarmente vero in riferimento alla popolazione. Più precisamente, se si individua nel valore soglia massimo per un micro Stato una popolazione di X mila unità, ne consegue che quei Paesi che superino di poco la soglia differiscano sostanzialmente da quelli sotto soglia? Si ritiene pertanto più opportuno optare per una forbice flessibile.

Richiamandoci dunque anche alla dottrina sin qui esaminata e alla prassi delle organizzazioni internazionali, i valori soglia scelti ammontano

[63] B.G. Ólafsson, *Small States in the Global System. Analysis and Illustrations from the Case of Iceland*, cit., 8-10; v. anche T. Crowards, *Defining the Category of 'Small' States*, in *Journal of International Development*, 14(2), 2002, 143-179.

a 1.000 km^2 per la variabile territoriale[64] e a una forbice compresa tra 500 mila e 1 milione di unità per quella demografica[65].

Questi parametri consentono di individuare ventitré micro Stati: il Principato di Andorra, lo Stato della Città del Vaticano (SCV), il Principato del Liechtenstein, il Principato di Monaco, la Repubblica di San Marino e la Repubblica di Malta per il continente europeo; la Repubblica democratica di São Tomé e Príncipe[66] e la Repubblica delle Seychelles per quello africano; la Repubblica delle Maldive per l'Asia; Antigua e Barbuda, Barbados, Commonwealth della Dominica, Grenada, Saint Kitts e Nevis (Federazione di Saint Christopher e Nevis), Saint Vincent e Grenadine e Saint Lucia per il continente americano; la Repubblica delle Kiribati, la Repubblica delle Isole Marshall, Stati federati di Micronesia (FSM), la Repubblica di Nauru, la Repubblica di Palau, il Regno di Tonga e Tuvalu per l'Oceania.

Il *pool* così ottenuto presenta al contempo profili di disomogeneità e di omogeneità, in ragione della possibile aggregazione dei micro Stati che lo compongono secondo ulteriori parametri: storico (micro Stati storici, quelli del continente europeo e Tonga e decolonizzati, tutti gli altri); geografico (isole ovvero *enclaves*); economico (Paesi in via di sviluppo ovvero Paesi altamente sviluppati).

6. *Oltre la mera definizione: esiste un modello di micro statualità?*

Scorrendo l'elenco degli Stati che, secondo i criteri proposti, sono da qualificarsi come micro, potrebbe sembrare di trovarsi dinnanzi a un *pool* assolutamente disomogeneo. Il fatto stesso che sia possibile riaggregare questi ordinamenti sulla base di altri parametri, dalla collocazione geografica, al grado di sviluppo economico, alle vicende storiche sembra una prova ulteriore di questa disomogeneità. Ne conseguirebbe, dunque, l'assoluta impossibilità di identificare un modello di micro statualità. Non si può condividere questa conclusione in ragione del fatto che la supposta disomogeneità – ancora da dimostrare – non osta *a priori* all'individuazione di similitudini sulle quali può appunto costruirsi un possibile mo-

[64] I dati utilizzati sono quelli rilasciati dalla United Nations Statistics Division.

[65] I dati utilizzati si basano o sull'ultimo censimento o su dati oltremodo rilasciati dagli stessi Stati o infine sulla base delle proiezioni della United Nations Population Division.

[66] La cui superficie è di 1.001 km^2.

dello di micro statualità. La fattibilità o meno può pertanto giudicarsi solo al termine di un processo di analisi comparatistica.

C'è poi un'altra ragione che suggerisce di confrontarsi con un *pool* solo apparentemente disomogeneo e risiede nella secolare fascinazione di filosofi e teorici politici per la *polis* ideale che deve appunto essere caratterizzata da una limitata demografia ed essere, preferibilmente, insulare. Questa lunga tradizione filosofica stimola ulteriormente l'analisi a verificare il reale carattere idilliaco dei micro ordinamenti.

La narrativa per cui le micro dimensioni, specialmente se associate al carattere insulare[67], costituiscano il requisito necessario affinché una società possa fondarsi su basi realmente partecipative, in cui ciascun individuo goda di influenza nel processo decisionale di governo, affonda le proprie radici nell'Antichità – da Platone[68] ad Aristotele[69] – per poi continuare nell'età moderna (Tommaso Moro) e anche nel Secolo dei Lumi, su entrambe le sponde dell'Atlantico. Platone dettaglia ulteriormente la sua *polis* ideale individuando in 5.040 abitanti le dimensioni demografiche ottimali[70], così come fa anche Tommaso Moro nella sua *Utopia* del 1516. Moro argomenta infatti nel *Libro II* come la giusta dimensione della società ideale sia 6.000 famiglie, ciascuna composta di un numero di adulti da comprendersi tra dieci e sedici, tanto da suggerire anche una serie di misure da intraprendere in caso di sovrappopolamento (riallocazione altrove della popolazione in eccedenza). Anche Montesquieu enfatizza l'importanza della bassa demografia ai fini dell'istituzione della forma repubblicana, caratterizzata da cittadini aspiranti al bene pubblico[71], mentre Rousseau sottolinea maggiormente l'importanza del dato insulare[72]. Non diversamente James Madison che vede nella bassa demografia la garanzia dell'assenza di *factionalism*, da interpretarsi come una garanzia di *good governance*[73]. Anche la letteratura del secondo dopoguerra, preva-

[67] Rispetto ai regimi dei micro Stati insulari, G. Baldacchino parla di tendenze dispotiche: G. Baldacchino, *Islands and Despots*, in *Commonwealth & Comparative Politics*, 50(1), 2012, 103-120. Sia consentito anche il rimando a E. Bertolini, *Micro Remote Islands: Land of Freedom or Land of Despotism?*, in *Polemos*, 14(2), 2020, 277-296. In senso problematico, v. H. Congdon Fors, *Do Island States Have Better Institutions?*, in *Journal of Comparative Economics*, 42(1), 2014, 34-60.

[68] Specialmente nel *Libro II* della *Repubblica*. Platone, *Republica*, 369-375/376.

[69] Aristotele, *Politica*, VII (H) 4–5, 1326b.

[70] Platone, *Leggi*, 737-737/738.

[71] Si v. *De l'Esprit des Lois* (1748), *Livre VIII*, *Ch. XVI* e *Ch. XX*.

[72] La Corsica, destinata per Rousseau a stupire il mondo, è infatti da lui qualificata come l'unica nazione libera d'Europa in *Du Contrat Social* (1762), Livre *II, Ch. X*.

[73] J. Madison, *Federalist n. 10. The Same Subject Continued: The Union as a Safe-*

lentemente politologica, ha continuato a sostenere, in via maggioritaria[74], la connessione tra dato dimensionale e dato democratico[75], connessione che gli indici di Freedom House sembrano confermare[76].

guard Against Domestic Faction and Insurrection, in *The Federalist Papers* (1787-1788).

[74] Dahl e Tufte sostengono l'assenza di ricaduta positiva (o negativa) sulla democraticità di uno Stato in base alle sue micro dimensioni, sottolineando che in una piccola società permane sempre il rischio di una forte personalizzazione del potere, come peraltro l'esperienza caraibica conferma. R.A. Dahl, E.R. Tufte, *Size and Democracy*, Stanford 1973, 82-93. *Contra* v. D. Anckar, *Homogeneity and Smallness: Dahl and Tufte Revisited*, in *Scandinavian Political Studies*, 22(1), 1999, 29-44. Interessante notare che la religione, più precisamente l'adesione al Protestantesimo, è considerata da alcuni come fattore democratizzante; così Hadenius correla quantitativamente la percentuale di popolazione protestante con il tasso di democraticità del regime. V. A. Hadenius, *Democracy and Development*, Cambridge 1992 e J. Anderson, *Does God Matter, and if so whose God? Religion and Democratization*, in *Democratization*, 11(4), 2004, 192-217. Un riferimento sul punto è d'obbligo anche a M. Weber, *Die protestantische Ethik und der „Geist" des Kapitalismus*, I, *Das Problem*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 20(1), 1904, 1-54 e *Die protestantische Ethik und der „Geist" des Kapitalismus*, II, *Die Berufsidee des asketischen Protestantismus*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 21(1), 1905, 1-110.

[75] D. Anckar, C. Anckar, *Size, Insularity and Democracy,* in *Scandinavian Political Studies*, 18(4), 1995, 211-229; D. Anckar, *Why are Small Island States Democracies?*, in *The Round Table*, 91(365), 2002, 375-390; C. Anckar, *Size, Islandness, and Democracy: A Global Comparison*, in *International Political Science Review/Revue internationale de science politique*, 29(4), 2008, 433-459. Per un'ulteriore riflessione sulla quantificazione del dimensionalmente piccolo in ottica democratica, si v. D. Anckar, *Small is Democratic, but who is Small?*, in *Arts and Social Sciences Journal*, 1(1), 2010, 1-10. V. ancora anche J. Gerring, D. Zarecki, *Size and Democracy Revisited*, DISC Working Papers, Budapest 2011 e C. Farrugia, *The special working environment of senior administrators in small states*, in *World Development*, 21(2), 1993, 221-226. Lipset individuava nello sviluppo economico e nella conseguente formazione della classe media i requisiti per l'istituzione di un regime democratico; v. S.M. Lipset, *Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy*, in *The American Political Science Review*, 53(1), 1959, 69-105. Difficile trovare fondamento a questa tesi nel Pacifico, dove sembra che non vi siano margini per un reale sviluppo economico. V. G. McCall, *Nissology: The Study of Islands*, cit. P. Larmour, *Democracy without Development in the South Pacific*, in A. Leftwich (Ed.), *Democracy and Development: Theory and Practice*, Cambridge 1996, 230-247 e, più recentemente, W.P. Veenendaal, J. Corbett, *Why Small States Offer Important Answers to Large Questions*, in *Comparative Political Studies*, 48(4), 2015, 527-549. Per un'analisi della relazione tra democrazia ed economia, v. anche: D. Acemoglu, J.A. Robinson, *Economic Origins of Dictatorship and Democracy*, Cambridge 2005; C. Clague, S. Gleason, S. Knack, *Determinants of Lasting Democracy in Poor Countries: Culture, Development, and Institutions*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 573(1), 2001, 16-41; E.N. Muller, *Economic Determinants of Democracy*, in *American Sociological Review*, 60(6), 1995, 966-982; e Z.F. Arat, *Democracy and Economic Development: Modernization Theory Revisited*, in *Comparative Politics*, 21(1), 1988, 21-36.

[76] Soprattutto in riferimento ai micro Stati del Pacifico. In senso critico, si v. W.P.

In realtà, l'analisi comparatistica restituisce un dato molto più sfumato[77], e questo proprio in ragione del dato demografico che si traduce in una scarsità di risorse umane, in una eccesiva prossimità sociale (con possibile ricaduta negative sull'indipendenza delle cariche pubbliche)[78] e, in alcuni ordinamenti, specialmente nel Pacifico, in una non professionalizzazione della politica (politica *part-time*)[79], cui contribuisce sicuramente anche l'assenza di partiti politici.

Il profilo di maggiore interesse che smentisce la visione idilliaca delle micro società, soprattutto se insulari, è quello legato alla forma di governo e, più precisamente, alla divisione dei poteri. L'analisi comparatistica, nel momento in cui mira a rintracciare l'influenza del dato micro dimensionale sul fascio di rapporti che integra governo, Parlamento e corpo elettorale, restituisce un quadro complesso e variegato in cui è comunque possibile rintracciare criticità e soluzioni che accomunano trasversalmente i micro Stati. Si rivela possibile individuare un modello problematico che si articola su due elementi: il primo riguarda il rapporto tra governo e Parlamento, mentre il secondo concerne invece il corpo elettorale e come esso è integrato nella gestione della cosa pubblica, sia in termini di meccanismo elettorale e partitico che di istituti di democrazia diretta.

Quando si considera il fascio relazionale tra governo e Parlamento la sfida posta dalla micro dimensione si configura innanzitutto a livello numero, di rapporto cioè tra la composizione del governo e quella del Parlamento. Se la sfida che l'esigua dimensione pone è trasversalmente comune a tutti i micro ordinamenti, non lo è la modalità con cui la sfida viene affrontata (o non affrontata, come avviene nel c.d. *Caribbean Westmonster*) e dunque le ricadute formali e materiali che essa ha sull'ordinamento costituzionale che per primo modella il rapporto tra governo e Parlamento. Sul se e sul come la sfida micro dimensionale è affrontata hanno delle ricadute le vicende storico-istituzionali così come l'organizzazione sociale tradizionale. Nell'affrontare la sfida micro dimensionale, i micro Stati pongono in essere un doppio dialogo, l'uno con i modelli di forme di governo dei macro Stati e con i princìpi che esse incarnano

VEENENDAAL, *Democracy in Microstates: Why Smallness does not Produce a Democratic Political System*, in *Democratization*, 22(1), 2015, 92-112.

[77] Nuovamente rimando sul punto all'analisi condotta in *I micro Stati: la sfida della micro dimensione e le sue ricadute costituzionali*, cit.

[78] Esemplificativamente si v. J. CORBETT, *"Everybody Knows Everybody": Practising Politics in the Pacific Islands*, in *Democratization*, 22(1), 2015, 51-72.

[79] R.A. DAHL, E.R. TUFTE, *Size and Democracy*, cit., 87.

e l'altro con il proprio assetto istituzionale e sociale. Eccezion fatta per i micro Stati caraibici, tutti ibridano a livello formale, intervenendo sul dato costituzionale e dunque l'ibridazione, a prescindere da che sia uno strumento per preservare un assetto istituzionale di lungo corso ovvero per adattare un modello importato, denota una consapevolezza delle sfide che la micro dimensione presenta. I micro Stati storici, che si contraddistinguono per un assetto istituzionale di tradizione secolare, operano tramite una serie di manutenzioni del proprio ordinamento, integrando il principio della divisione dei poteri su di un substrato preesistente il cui equilibrio originario non deve essere rotto, conservando così la loro identità istituzionale tradizionale. Ciò può creare in alcuni Stati, prevalentemente a Monaco e a Tonga, degli equilibrismi costituzionali da cui continua a emergere una predominanza dell'elemento monarchico. Ma non potrebbe essere diversamente in quanto entrambi gli ordinamenti si fondano sulla sovranità del monarca e questo non può che avere delle ben precise conseguenze a livello di disciplina costituzionale del rapporto tra poteri. Lo stesso discorso può essere fatto per il Liechtenstein, dove la particolarità della forma di Stato ellittica genera un duopolio principe-popolo all'interno del quale il *Landtag*, ma a volte anche la *Regierung*, sembra venire schiacciato. Viceversa, Andorra e San Marino, ordinamenti accomunati da un capo di Stato duale cui, per ragioni differenti, non è mai stato storicamente attribuito il ruolo di contropotere effettivo, in cui la divisione dei poteri passa necessariamente per un depotenziamento dell'organo legislativo. Negli ordinamenti decolonizzati dell'Oceano Pacifico e Indiano, mancando un modello istituzionale tradizionale, il dato costituzionale formale riflette commistioni dei modelli di divisione dei poteri dei macro ordinamenti, che integrano elementi del parlamentarismo e del presidenzialismo, ma che sono riletti alla luce dell'assetto sociale tradizionale (figlio del dato micro dimensionale). La maggior evidenza della tradizione si rivela essere, nel Pacifico, il carattere apartitico dell'ordinamento che condiziona sia il rapporto governo-Parlamento che quello governanti-governati. Gli ordinamenti caraibici optano invece per una diversa soluzione, per un trapianto quasi totalmente acritico del modello westminsteriano, per cui il dato costituzionale formale non sembra quasi recepire la necessità di disporre garanzie per il Parlamento a fronte della sfida posta dalla micro dimensione. In questo contesto, il trapianto si rivela particolarmente problematico, considerando che già il modello britannico originario presenta una separazione tra governo e Parlamento molto sfumata, se non del tutto assente, come già veniva cri-

ticamente sottolineato da parte di Madison nel *Federalist n. 47*[80]. Questa simbiosi raggiunge però il parossismo nei micro Caraibi per una serie di elementi distintivi che sono concatenati l'uno con l'altro. Innanzitutto, il primo elemento che integra governo e Assemblea è rappresentato dal fatto che i membri del *Cabinet* debbano essere selezionati tra i membri della Camera. Ciò non presenta criticità sostanziali in Stati di dimensioni ordinarie, se non appunto quella appena richiamata di affievolimento della separazione tra i due poteri; viceversa, nei micro Stati, l'elemento diventa fortemente problematico perché l'effetto può andare molto al di là del semplice affievolimento e non a caso alcuni dei micro Stati storici come San Marino e Andorra hanno introdotto l'incompatibilità tra le due cariche. Il motivo per cui la medesima previsione ha una differente ricaduta in termini di rapporti Esecutivo-Legislativo nei macro e nei micro Stati è da imputarsi alla dimensione del Legislativo, che è proporzionale alla popolazione. I micro Stati, in quanto demograficamente esigui, si caratterizzano per Parlamenti di dimensioni fortemente limitate e ciò, in un sistema westminsteriano, origina due effetti fortemente distorsivi. Il primo realizza la fusione completa tra Esecutivo e Legislativo, tale per cui tutti i parlamentari di maggioranza sono membri del governo, cosa che implica la completa assenza di *backbenchers*. Al realizzarsi di questa ipotesi concorre anche il fatto che le Costituzioni non contengano alcuna previsione circa il numero massimo di ministri né la loro percentuale massima rispetto alla composizione del Parlamento[81], come avviene invece per tutti gli altri micro Stati del Commonwealth[82]. Il secondo effetto distorsivo concretizza la possibilità per cui l'Opposizione rimanga esclusa dalla rappresentanza parlamentare[83] ovvero vi acceda con un solo

[80] J. Madison, *Federalist n. 47, The Particular Structure of the New Government and the Distribution of Power Among Its Different Parts*, 1788, disponibile in www.congress.gov.

[81] Ad eccezione di Dominica dove non più di tre possono essere membri della Camera, *ex* sec. 59(4).

[82] Oltre ai micro Stati storici, questa "trappola" viene evitata anche negli altri micro Stati del Commonwealth del Pacifico e dell'Oceano Indiano. Nei primi le Carte fissano il numero massimo di ministri e nei secondi non vige l'obbligo di appartenenza al Parlamento.

[83] Situazione verificatasi a Saint Vincent e Grenadine nel 1989 e 1994 e a Grenada nel 1999 e 2013. Pur non essendo parte del *pool*, pare doversi comunque menzionare analogo risultato a Trinidad e Tobago nel 1971 e in Giamaica nel 1983. Sul *Westmonster* di Grenada, si rimanda E. Archer, *Gairyism, revolution, and reorganisation: Three decades of political turbulence in Grenada*, in *Commonwealth & Comparative Politics*, 23(2), 1985, 91-111, 94. Si v. anche M.L. Bishop, *Slaying the 'Westmonster' in the Caribbean? Constitu-*

rappresentante[84]. L'effetto distorsivo massimo si realizza quando i due casi appena discussi si saldano, per cui tutti i parlamentari sono membri del governo (dunque assenza sia di *backbenchers* che dell'Opposizione). Emerge piuttosto chiaramente che il ruolo di un Parlamento completamente o quasi schiacciato sul governo non può in alcun modo essere associato né a quello di un contropotere né a quello di un potere di controllo; conseguentemente, i micro Parlamenti caraibici sono definiti *rubber stamp Parliaments*. Gli ordinamenti caraibici non si adattano alla micro dimensione, ma la subiscono. Adattare l'ordinamento alla micro dimensione avrebbe voluto dire intervenire sul modello westminsteriano sì da impedirgli di trasformarsi in un *Westmonster*.

Nel momento in cui il dato dimensionale sembra influire maggiormente sul Parlamento si realizza il collegamento con il secondo nodo del modello problematico, quello cioè dell'integrazione del corpo elettorale nella gestione della cosa pubblica. Il ruolo chiave che il sistema elettorale ha sugli equilibri della forma di governo si amplifica nel contesto micro statuale in ragione della tendenziale esiguità numerica dell'Assemblea. Avendo un numero esiguo di parlamentari da selezionare, il come si selezionano diventa ancora più rilevante. Qui è possibile tracciare un approccio comune trasversale tra i micro Stati storici e quelli dell'Oceano Pacifico e Indiano. Questo approccio si sostanzia in una preoccupazione per la rappresentanza del corpo elettorale in seno all'Assemblea, nonostante si tratti però di un elemento rappresentativo differente, preoccupazione che porta, nuovamente, a ibridare, questa volta formule elettorali e tipologie di collegi. Gli Stati del Pacifico hanno adattato la preferenza per il FPTP dei propri modelli di riferimento alla necessità di rappresentare l'elemento tradizionale (che ha soffocato sul nascere la rappresentanza politica), che si è tradotta in una apertura ai collegi plurinominali così

tional Reform in Saint Vincent and Grenadines, in *The British Journal of Politics and International Relations*, 13, 2011, 420-437. Per un *focus* più ampio sull'intera area, si rimanda a D. Hinds, *Beyond Formal Democracy: The Discourse on Democracy and Governance in the Anglophone Caribbean*, in *Commonwealth & Comparative Politics*, 46(3), 2008, 388-406. Sugli ordinamenti caraibici pare opportuna rimandare a D. O'Brien, *The Constitutional Systems of the Commonwealth Caribbean. A Contextual Analysis*, Oxford-Portland 2014 e T Robinson, A. Bulkan, A. Saunders, *Fundaments of Caribbean Constitutional Law*, London 2015.

[84] Su quest'ultimo punto, la Carta di Saint Kitts chiude all'esistenza della c.d. *one member Opposition*, per cui un membro della Camera dei Rappresentanti può essere nominato *Leader* dell'Opposizione solo nel caso in cui goda del supporto di almeno un altro membro dell'Assemblea [sec. 58(2)].

come ad altre formule elettorali (il metodo Borda adottato da Nauru è sicuramente il dato più originale), per quanto sempre maggioritarie. I micro Stati storici e dell'Oceano Indiano, essendo dotati al contrario di un sistema partitico, per quanto poco ideologizzato e più fluido rispetto ai macro Stati, tendono invece verso formule di stampo proporzionale, ma corrette in ragione della necessità di stabilità, che la rappresentatività del sistema non deve sacrificare. I Caraibi, ancora una volta, si distinguono costituzionalizzando il collegio uninominale e adottando il FPTP, a ulteriore riprova della sottovalutazione del dato micro dimensionale e degli adattamenti che esso richiede. Il *Westmonster* caraibico è tale sia perché mancano adattamenti costituzionali al modello, ma soprattutto perché al modello, pur a fronte di una esigua demografia, è stato consentito di rimanere associato il FPTP. Si può dunque a buon diritto considerare il *Westmonster* come una *electoral dictatorship*.

Andando infine a considerare l'altro profilo dell'integrazione del corpo elettorale, quello per il tramite degli istituti di democrazia diretta, emergono forse le maggiori sorprese, tanto che, salvo qualche eccezione, si potrebbe sostenere l'esistenza di un non-modello micro statuale di democrazia diretta. La scarsità, se non in molti ordinamenti la quasi totale assenza, di istituti di democrazia diretta dimostra che non sussiste empiricamente una relazione di causa effetto tra la micro dimensione e appunto la democrazia diretta. Al contrario, ciò che viene dimostrato è che l'influenza maggiore sulle scelte di democrazia diretta è giocata dal dato storico-costituzionale, vale a dire che è frutto del dialogo con i macro Stati e della tradizionale locale. Che la maggioranza dei micro Stati del Commonwealth non preveda né a livello costituzionale né di fonte primaria alcun istituto di democrazia diretta non stupisce; parimenti non stupisce che il Liechtenstein, su cui si è più volte messa in luce l'influenza dell'ordinamento elvetico, possa qualificarsi come una democrazia semi-diretta. Ancora, si può richiamare San Marino, dove la tradizione dell'Arengo e della signoria collegiale ha gettato le basi per una forte apertura all'istituto referendario; analogamente Andorra, dove l'*iter* federaleggiante di formazione dello Stato ha mantenuto un forte ancoraggio alla partecipazione popolare.

Un ultimo punto risulta meritevole di discussione nel quadro della ricerca di un modello di micro statualità, quello cioè del reclutamento estero dei giudici[85], che dovrebbe rimediare alla scarsità di risorse umane

[85] La questione dei giudici stranieri è trattata, non esclusivamente nella prospettiva

e di *expertise* così come alla prossimità sociale, che si rivela però non scevro da problematiche. Dire che il ricorso a giudici stranieri è un tratto comune ai micro Stati non equivale ad affermare che tutti vi si rivolgano. L'inserimento in un contesto sociale, demograficamente esiguo, di giudici provenienti da un altro ordinamento, e dunque da un altro gruppo sociale, vuol dire introdurre un elemento di impersonalità in un consesso dominato dalla conoscenza diretta o indiretta di tutti i membri di un gruppo. Gli ordinamenti caraibici, che non ricorrono frequentemente a giudici di giurisdizioni straniere o comunque extra caraibiche, tendono a selezionare i giudici o da *public service* o dalle professioni legali. Questa prassi è stata oggetto di critiche da parte della dottrina in quanto nel primo caso si ravvisa una difficoltà nel garantire l'indipendenza dalla politica, nel secondo è reale il rischio che i giudici si ritrovino tra le parti ex clienti[86]. Più in generale, dunque, nel micro consesso sociale i legami interpersonali sono noti, come lo sono anche le faide[87], venendo così a mancare quella distanza sociale e quell'anonimato che sono garanzia di indipendenza e di terzietà. Il ricorso al giudice straniero dovrebbe garantirne l'indipendenza rispetto alle dinamiche sociali interne, così come una reale terzietà rispetto alle parti non conoscendole né direttamente né indirettamente. Non è però solo la prossimità sociale, ma anche la competenza a spingere verso un reclutamento estero. In quei micro Stati che si caratterizzano per un modello di controllo di costituzionalità accentrato o quasi accentrato, la scelta di giudici stranieri si spiega anche sulla base della necessità, a fronte di un bacino di riferimento esiguo, di selezionare giudici competenti e già a conoscenza dei meccanismi della giustizia costituzionale. Nei micro Stati in cui il controllo è quasi diffuso, e il riferimento è in particolare al Pacifico, il ricorso al giudice straniero consente di far fronte a una reale mancanza di personale qualificato nel territorio del micro Stato. Se dunque, alla luce delle implicazioni a detrimento della indipendenza e della competenza che la micro dimensione

dei micro Stati, nel volume di A. Dziedzic, S.N.M. Young (Eds.), *The Cambridge Handbook of Foreign Judges on Domestic Court*, Cambridge 2023. Limitatamente ai giudici costituzionali, ne discuto anche in *The Independence of Constitutional Judges in Microstates: the Challenge of the Diminutive Size*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, 34, 2023, 294-322.

[86] D. Schofield, *Maintaining Judicial Independence in a Small Jurisdiction*, in J. Hatchard, P. Slinn (Eds.), *Parliamentary Supremacy and Judicial Independence, A Commonwealth Approach*, London 1999, 73-80, 79.

[87] K. Patchett, *Legal Problems of the Mini-State: The Caribbean Experience*, in *Cambrian Law Review*, 6, 1975, 57-68, 65.

comporta, il ricorso al giudice straniero sembra risolutivo, in realtà esso introduce comunque altre criticità, quale l'impedimento allo sviluppo di una giurisprudenza costituzionale veramente locale, così come il possibile verificarsi di una situazione in cui il giudice, proprio perché straniero e dunque non a conoscenza delle dinamiche della forma di governo in cui viene inserito, finisca per essere maggiormente ostaggio della politica rispetto ai giudici locali. Risulta pertanto chiaro che il ricorso al giudice straniero non esaurisce la questione, nella misura in cui l'indipendenza può essere minata anche da mandati brevi, specialmente se rinnovabili. Sotto questo profilo, le giurisdizioni del Pacifico sono sicuramente un caso limite laddove vanno a prevedere, per i giudici stranieri, mandati connessi a singoli casi e, dunque, lasciando alla politica la determinazione, di volta in volta, della durata del loro mandato.

7. *Conclusione*

Se dunque non pare potersi individuare un modello univoco di micro statualità, emergono però problematiche comuni, generate appunto dalla micro dimensione, alle quali gli ordinamenti tendono a approcciarsi con soluzioni comuni; l'ibridazione della forma di governo e il reclutamento esterno dei giudici ne sono la prova. L'analisi comparata dei sistemi costituzionali dei micro Stati rende possibile raggruppare i micro Stati al di là del dato dimensionale, sulla base di direttrici di natura non giuridica, ma geografica. La collocazione geografica può infatti essere considerata come il dato che ha condizionato *in primis* l'attuale ordinamento costituzionale dei micro Stati. La natura geografica del territorio, *enclave* ovvero insulare, da cui la micro dimensione discende, ha modellato uno specifico assetto istituzionale tradizionale (forte in Europa, nel Pacifico e nelle Maldive, inesistente negli altri micro Stati) e ha influito sul rapporto che si è andato a creare rispetto ai macro Stati (semplice zona di influenza, colonia, protettorato o mandato). Sulla base dunque della collocazione geografica, che ha influito sulla loro evoluzione storica (appartenenza al Commonwealth ovvero al TTPI-*Trust Territory of the Pacific Islands*[88]), possono essere rintracciate delle somiglianze nella gestione della sfida

[88] Più precisamente, si tratta di uno *strategic trust*, il che concretamente implica l'accordo tra l'amministratore e il Consiglio di Sicurezza invece che con l'Assemblea generale (come prassi per le "normali" amministrazioni fiduciarie). R.W. GALE, *The Americanization of Micronesia: A Study of the Consolidation of U.S. Rule in the Pacific*, Washington

micro dimensionale. Quest'ulteriore precisazione consente di ribadire l'impossibilità di determinare *a priori*, in maniera dunque deterministica, l'impatto del dato dimensionale su quello costituzionale; ciò non vuol dire che non si possa rintracciare un rapporto di causa-effetto, quanto che il dato dimensionale può essere causa di effetti differenti, principalmente relativamente alle modalità con cui le micro giurisdizioni decidono (o non decidono) di approcciare le problematiche derivanti dalla loro dimensione. Se infatti si potrebbe pensare, *a priori*, che, in considerazione della dimensione territoriale e demografica esigua, il micro Stato non avverta la necessità di introdurre forme di decentramento, l'analisi comparata smentisce questo punto, restituendo una varietà e complessità nelle scelte decentalizzatrici dei micro Stati. Sono la tradizione storica e la geografia – specialmente nel Pacifico a causa della c.d. dispersione geografica –, e non la dimensione, a spiegare la preferenza per l'istituzione di diversi livelli territoriali di governo.

Sembra quindi potersi, e doversi concludere, affermando come il micro Stato nulla ha di uno Stato in miniatura, ma è a pieno titolo un'entità statuale meritevole di essere oggetto di studio da parte del giuscomparatista.

1979. I micro Stati in questione sono gli Stati federati di Micronesia, la Repubblica delle Isole Marshall e Palau.

SAGGI

Stelio Mangiameli

VERITÀ E CERTEZZA NELL'ESPERIENZA COSTITUZIONALE*

MEFISTOFELE
Scegliete tuttavia una facoltà!
LO STUDENTE
Alla Giurisprudenza mi sento poco adatto.
MEFISTOFELE
E io non saprei troppo biasimarvi,
so come van le cose in questo campo.
I diritti e le leggi si tramandano
come una malattia che non ha fine,
arrancano da una generazione all'altra,
da un luogo all'altro, cauti. La ragione
diventa assurda, il beneficio danno;
se sei l'ultimo nato, guai a te!
Del diritto che nasce insieme a noi,
purtroppo, non si dice una parola.

(Johann Wolfgang Goethe, *Faust*,
Edizione Acrobat a cura di Patrizio Sanasi, 42-43)

SOMMARIO: 1. L'esistenza di un ordinamento giuridico e di uno Stato giusto, come condizione del diritto. – 2. La realtà, la verità e la certezza. – 3. La ragione e la conoscenza della realtà. – 4. La conoscenza e la teoria dello Stato: Kelsen e Hobbes. – 5. Lo Stato e il diritto per Hobbes. – 6. Il normativismo di Hans Kelsen. – 6.1. La democrazia in Kelsen. – 7. La teologia politica di Carl Schmitt. – 8. L'esperienza storica del costituzionalismo. – 9. Il superamento del relativismo kelseniano, volontà e ragione e la verità come regola di vita. – 10. La verità e l'autorità. La dimensione giuridica: individuo, società e Stato. – 11. Il tema della sovranità (dell'autorità) nella Costituzione italiana, nel pensiero di Carlo Esposito e Vezio Crisafulli. – 12. La crisi, la globalizzazione e la rete: le risposte del costituzionalismo.

* Relazione presentata al 73° Convegno Nazionale di studio dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani – *Quid est veritas? – La dialettica tra verità e certezza nell'esperienza giuridica* – Catania, 24-26 novembre 2023.

DeS, 4, 2024 – Editoriale Scientifica srl – pp. 607-660

1. *L'esistenza di un ordinamento giuridico e di uno Stato giusto, come condizione del diritto*

La problematica della verità e della certezza nell'esperienza giuridica e costituzionale rinvia a principi primi del diritto e della dottrina dello Stato e presuppone una precisa visione del mondo e dell'uomo. Quale questa sia emergerà dallo svolgimento del discorso.

La premessa dalla quale partire è che ogni ordinamento giuridico e ogni forma di Stato, così come ogni regime politico, nella storia è stato accettato e sostenuto o subito dagli uomini, non semplicemente perché capace di assicurare la convivenza in modo pacifico[1], ma perché è stato ritenuto giusto[2] e la giustizia (nel senso di corrispondente alla verità) appare la vera base della coesistenza umana nella forma della società. La giustizia è sempre merito del diritto nel suo applicarsi nella realtà della vita sociale e possiamo definire perciò il diritto, in questa prima approssimazione, come la verità sociale.

Il potere, insito in ogni comunità politica, solo a queste condizioni generali può considerarsi legittimato e in grado di dare la legge e con essa la certezza del diritto. La certezza del diritto altro non sarebbe se non che quanto accade in applicazione di una norma giuridica è giustificato e che è stata compiuta una valutazione della condotta umana secondo diritto. Non una decisione, quale che sia, può dare certezza, ma solo una decisione intrinsecamente giusta.

Va respinta in premessa, perciò, l'idea che la dialettica tra verità e certezza nell'esperienza giuridica in generale e, in particolare, in quella costituzionale possa comportare una contrapposizione tra i due termini e che nel mondo del diritto e negli ordinamenti positivi possa esservi 'certezza' senza verità o a discapito della verità.

L'idea è che, dal punto di vista del funzionamento dell'ordinamento giuridico, la certezza sia un dato che si raggiunge con la risoluzione dei conflitti e il diritto in ultima analisi servirebbe proprio a questo a dare certezza ai rapporti e ad assicurare una pacifica convivenza; mentre, per

[1] Come ritiene T. Hobbes, *Leviatano* (1651), trad. it., Bari 1996; sull'opera di H. v. le dense pagine di C. Schmitt, *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes* (1938), trad. it., in *Scritti su Thomas Hobbes*, Milano 1986, 61 ss.; e *Sul Leviatano*, Bologna 2011, 35 ss.

[2] Così G. Lombardi, *Spazio e frontiera tra eguaglianza e privilegio: problemi costituzionali fra storia e diritto*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Padova 1985, 477-495, ora in Id., *Scritti scelti*, Napoli 2011, 539 ss.

contro, la questione della verità non sarebbe risolubile e, perciò, il diritto non potrebbe decidere alcunché sulla verità[3]. Secondo questa posizione, perciò, la verità non sarebbe raggiungibile e il diritto non può servirsi di questa come valore assoluto, ma sarebbe costretto a barcamenarsi nella relatività dei valori, delle verità, anzi evitando che uno di questi prevalga e si possa assolutizzare a discapito degli altri[4]. Di qui anche tutte le teorie sul bilanciamento dei diritti e il carattere a-valoriale del diritto medesimo.

Si afferma, sin da subito, proprio a mo' di premessa, che questa visione è da respingere, perché invero i due termini, verità e certezza, nel diritto si rincorrono continuamente e sembra che abbiano bisogno l'uno dell'altro, in quanto nella pratica del diritto la verità corrisponde non alla conclusione del conflitto, ma alla realizzazione della giustizia, e la certezza, che altro non è che la sicurezza in senso lato, corrisponde ad un diritto originario della persona che richiede anche la giustizia[5].

Il principio da trarre dalla dialettica tra verità e certezza è che un ordinamento ingiusto non può esistere come ordinamento giuridico, perché ciò che è ingiusto (*unrecht*) non può assurgere ad essere diritto (*Recht*); così come un potere ingiusto, privo di giustificazione e di legittimazione, non ha speranza alcuna di affermarsi, se non come pura condizione di fatto e cioè come atto di forza ingiustificato e iniquo, che produce incertezza in quanto espressione di un volere privo di giuridicità.

2. *La realtà, la verità e la certezza*

Per quanto apodittiche possano sembrare queste affermazioni, esse trovano il loro punto di riferimento nella necessità di considerare la realtà, individuale e sociale, dell'uomo e la verità non come due termini opposti, ma come una sola cosa, in cui la verità rende dinamica la realtà,

[3] Così H. Kelsen, *Forme di governo e concezioni del mondo* (1933), tr. it., in *Il primato del parlamento*, Milano 1982, 40 ss.; in un passaggio che – come vedremo – è in sintonia con il suo pensiero K. afferma "La democrazia tende a spostare l'importanza delle funzioni statali sulla legislazione, a diventare stato di leggi. L'ideale della legalità gioca qui un ruolo decisivo e con esso l'idea che gli atti statali individuali possano trovare – nella loro legittimità – una giustificazione razionale. *La certezza del diritto ha qui la precedenza sulla giustizia, considerata problematica, e si è più propensi al positivismo giuridico che al diritto naturale*" (48) [corsivo ns.].

[4] v. C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, trad. it., in *Rass. dir. pubbl.* 1970, I, 1 ss.; e anche Milano 2008.

[5] v. F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto* (1942), Milano 1968.

perché essa non è una dimensione statica, ma idea guida di ogni azione e, perciò, di una trasformazione continua della realtà.

Già qui si palesa una scelta di fondo per la quale non possiamo immaginare l'uomo immerso in una realtà del mondo che è semplicemente la brutta copia dell'idea del mondo, secondo il dualismo platonico e agostiniano, perché altrimenti la verità come ogni certezza compresa quella del diritto non sarebbe mai raggiungibile e la sua definizione sarebbe una mera astrazione non in grado di guidare la vita dell'uomo.

La realtà e la verità possono diventare una cosa sola grazie alla capacità conoscitiva dell'uomo e la verità genera nell'uomo la certezza, come condizione di sicurezza.

I due termini: verità e certezza, perciò, hanno delle interconnessioni, ma non confluiscono naturalmente verso un medesimo esito, perché rispondono a due differenti momenti della ragione giuridica. L'uomo considera la prima, la verità, come espressione della conoscenza della realtà fisica (attraverso la scienza) e delle relazioni umane e sociali (attraverso l'esperienza), che consente la qualificazione dei fatti (secondo nessi causali) e la formulazione di giudizi (vero/falso); la seconda, la certezza, come una forma di sicurezza raggiunta dall'individuo nel suo essere, che opera verso sé stesso e verso gli altri. La verità serve alla esatta rappresentazione del mondo, mentre la certezza attesterebbe l'esistenza del soggetto.

3. *La ragione e la conoscenza della realtà*

Il legame tra i due termini è dato dalla "ragione" come strumento attraverso cui l'individuo appura l'esistenza della realtà dando ordine alle percezioni che questa consente di raccogliere per mezzo dei sensi; e la ragione non opera secondo uno schema meccanico, bensì poggia su una visione spirituale (nel senso di trascendente) dell'uomo e del mondo, conseguente all'essere dell'uomo, e cioè alla sua situazione ontologica[6]. In questa prospettiva, ogni forma di conoscenza è data dal rapporto tra il soggetto e l'oggetto della conoscenza (la realtà), ogni convincimento (giudizio) è conseguenza di questa struttura trascendete (spirituale) che

[6] La condizione ontologica dell'uomo è quella di un soggetto aperto agli altri e non chiuso in sé stesso, isolato dal mondo, o peggio in conflitto con gli altri uomini che vede come estranei (sul punto v. S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano 1985, 43 ss.).

permette alla ragione di relazionarsi all'interno (l'individuo in sé) e all'esterno (l'individuo con gli altri).

A tal riguardo, l'esercizio della ragione porta all'intelligere (alla *noesi*) come atto proprio dell'uomo, il quale dal vissuto (*Erlebnis*) costruisce l'esperienza (*Erfahrung*) e la proceduralizza e la concettualizza; costruisce, cioè, rispetto alla realtà una conoscenza corrispondente a questa ed è in grado di trasferire questa conoscenza, determinando così il passaggio dalla natura alla cultura, senza antitesi tra i due termini, perché la cultura spiega la verità della natura e la natura si offre ad una cultura di verità.

4. *La conoscenza e la teoria dello Stato: Kelsen e Hobbes*

Il procedimento gnoseologico rapidamente richiamato, che descrive una dinamica permanente della relazione tra l'uomo e la realtà, si attaglia perfettamente anche alla teoria dello Stato. Il nocciolo di ogni ragionamento politico è il rapporto tra il soggetto e l'oggetto del potere e corrisponde al senso di ogni speculazione gnoseologica che è il rapporto tra il soggetto e l'oggetto della conoscenza e tra la politica e la filosofia non esiste solo un parallelo esteriore, ma un'intima connessione [7].

Kelsen in proposito è molto chiaro nel ricondurre ogni credo politico e ogni convincimento filosofico alla struttura spirituale, al modo d'essere del proprio io, e "cioè al modo in cui questo io sperimenta se stesso in rapporto all'oggetto", così come altrettanto chiaramente afferma come "solo se si riconosce qui, nelle peculiarità degli individui medesimi, l'origine ultima della struttura dei loro sistemi politici e filosofici si possono spiegare l'insuperabilità dei contrasti, l'impossibilità di una completa reciproca comprensione, la foga irritata con la quale (…) questi contrasti si fanno sentire" [8].

In questo modo, però, Kelsen immette l'individuo nella pluralità delle opinioni e dei credi politici (e filosofici) senza un vero discrimine. Non per affermare che tutte le visioni del mondo sarebbero equivalenti, per-

[7] H. Kelsen, *Forme di governo e concezioni del mondo*, cit., 40-41.

[8] Subito dopo H. Kelsen (*ibidem*) osserva: "poiché è lo stesso individuo che, come si forma un giudizio sui propri rapporti col prossimo e sull'ordinamento di questi rapporti, così si fa pure un'idea dei propri rapporti col mondo e della possibilità di conoscerlo, possiamo ritenere che ad una determinata concezione della vita e in particolare ad una determinata concezione politica venga associata una determinata corrispondente concezione del mondo".

ché anzi l'A. conosce bene che un determinato ideale politico nella teoria dello spirito corrisponde a determinate convinzioni ad esso adeguate ed "è certamente possibile dimostrare questa connessione", bensì perché ritiene che esistono "attivissime forze che interrompono tale connessione, che impediscono alla veduta politica di riunirsi con la relativa veduta filosofica e alla veduta filosofica di riunirsi con la relativa veduta politica", per cui "sarebbe un malinteso ritenere che chi è incline ad una determinata posizione filosofica, in particolare nel campo gnoseologico, debba necessariamente intrattenere anche l'opinione politica corrispondente"[9].

Ciò che determinerebbe l'interruzione della connessione tra le convinzioni espresse e formate per mezzo della ragione, e la relativa veduta politica, per cui nell'azione si seguirebbe una *diversa* 'veduta politica' (non sostenuta dalla ragione, si potrebbe dire) sarebbe la volontà che si porrebbe, perciò, in una posizione antitetica alla ragione e alla sua verità che è verità del mondo e dell'uomo.

Kelsen osserva che "nel cercare di scoprire i rapporti che intercorrono tra forme di governo e concezioni del mondo non bisogna dimenticare che, nella sua essenza profonda, l'uomo non è razionale – e questo sembra il principale errore che Lui commette – e pertanto non è logico, e che il volere umano ha la possibilità di imprimere anche al giudizio una direzione contraria non solo all'originaria inclinazione ma anche ai postulati della coerenza"; e, in tal senso, conclude che "bisogna prestare la massima attenzione al fatto che i giudizi politici di valore e, in particolare, la scelta tra democrazia e autocrazia molto spesso non sono fondati su una analisi completa dei fatti né su uno scrupoloso esame di coscienza, ma sono il prodotto di una situazione momentanea, e perfino di uno stato d'animo passeggero" [10].

In sostanza la gnoseologia kelseniana si infrangerebbe nella volontà dell'uomo costruita come opposta alla ragione, che gli consentirebbe di disattendere la verità che quest'ultima gli mostra, e gli consentirebbe di perseguire nell'azione una non-verità.

Questa impostazione, in conclusione, rende vano il ricongiungere l'esperienza giuridica ad una verità, perché a dominare sarebbe appunto la volontà di un uomo con un carattere non coerente, legato alla pulsione del momento.

Vedremo oltre, in quale modo Kelsen ricostruisce la volontà dello

[9] H. Kelsen, *Forme di governo e concezioni del mondo*, cit., 42.
[10] *Ibidem.*

Stato e con quali conseguenze per l'ordinamento giuridico e la dottrina dello Stato. Qui non resta che considerare che l'approccio volontaristico cui Kelsen approda – e, nel tempo, in modo sempre più marcato[11] – finisce con non differenziarlo dall'impostazione classica di derivazione hobbesiana, e di qui l'accostamento con il pensatore del '600.

Hobbes descrive uno stato di natura caratterizzato dalla totale inimicizia tra gli uomini, in cui esistono solo conflitti radicali, tentativi costanti di sopraffazione, mancanza di relazioni e di sicurezza, per cui *homo homini lupus* [12]. La pessima natura dell'uomo hobbesiano è caratterizzata, in primo luogo, dalla ricerca di onori e vantaggi e secondariamente dall'amicizia degli altri uomini solo per ottenere questi. Hobbes, tra i tanti postulati del pensiero antico, critica e rigetta sia il principio aristotelico dell'uomo come animale politico, sia quello classico dell'"homo sacra res homini" (Seneca), abbracciando anche la concezione della guerra permanente tra le comunità umane.

La società civile hobbesiana è intrisa di grande egoismo: "se si accordano, infatti, per commerciare, ciascuno si interessa non del socio, ma del proprio avere". "Insomma – Egli scrive – è chiaro che per esperienza a chiunque consideri un po' più addentro le cose umane, che ogni associazione spontanea di gente nasce o dal bisogno reciproco oppure dal desiderio di soddisfare la propria ambizione; onde coloro che vi partecipano sperano di ricavarne o un qualche utile o un eudokimein (prosperità), cioè stima e onore da parte dei compagni". Permane in questa società lo "scambievole desiderio di nuocersi degli uomini", giacché "la volontà di nuocere è insita in tutti" sia pure in misura diversa a secondo del singolo, per cui "vi sono coloro che in virtù della uguaglianza naturale permettono che gli altri compiano gli stessi atti che essi permettono a sé stessi (…); ma vi sono pure coloro che, stimandosi superiori agli altri, pretendono che sia loro lecita qualsiasi cosa, e chiedono per sé soli, di fronte a tutti gli altri, ogni sorta di onore"[13].

Ritorna, come in un circolo che avvolge concezioni diverse, un dualismo di "tipo umano" che anche Kelsen assume alla base delle forme di governo: il "tipo democratico", in cui la libertà, meglio il principio di "autodeterminazione politica", è riconosciuto a tutti gli uomini per uguaglianza, per cui sussiste la necessità di coordinarsi; e il "tipo autocratico"

[11] V. *Teoria generale delle norme*, trad. it., Torino1985.

[12] Secondo l'espressione di Plauto (Asinaria II, 4, 88) ripresa nel *De Cive*, a cura di N. Bobbio, Torino 948, 52.

[13] *De Cive*, cit., 76-80

che vuole subordinare gli altri a sé. La "storia dell'organizzazione umana, non è che una eterna lotta tra la volontà di dominio del singolo che cerca di assoggettare gli altri, i molti, e l'aspirazione dei molti a liberarsi dal dominio altrui, a determinare da sé il proprio destino", con la conseguenza che "la lotta per il valore della democrazia e dell'autocrazia non è meno incerta" [14].

La corrispondenza tra due autori, così diversi e distanti (anche nel tempo), come Hobbes, il campione (controverso) della secolarizzazione del potere assoluto, fautore della legge positiva, e Kelsen, il teorico del diritto puro, assertore della validità della legge, non è casuale e comporta conseguenze tra di loro assimilabili: in primo luogo, la volontà umana che diventa facilmente preda delle passioni e, nello stato di natura, in nome dell'interesse individuale genera discordie tra gli uomini[15]; così come impossibile appare giungere ad "un criterio sulla cui base il diritto positivo possa essere giustificato come giusto"[16].

In secondo luogo, la necessità di un potere che ponga fine allo stato di guerra e assicuri la sicurezza e la pace sociale, ma al quale in cambio, per contratto, ogni libertà è devoluta dagli uomini e, di qui la "sanzione" come carattere distintivo della norma e del diritto, che rende norma e diritto coercibili[17]. Celebre è l'affermazione di Hobbes che "patti senza la spada non sono che parole essendo assolutamente privi della forza di dar sicurezza agli uomini"[18].

5. *Lo Stato e il diritto per Hobbes*

Addentriamoci nella concezione di questi due autori, partendo da Hobbes e chiediamoci che cosa siano per lui lo Stato e il diritto.

[14] H. Kelsen, *Forme di governo e concezioni del mondo*, cit., 40.

[15] V. T. Hobbes, *Leviatano*, cap. XIII,

[16] H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, cit., 250, che prosegue: "solamente una dottrina giusnaturalistica può fornire tale saldo criterio, quando le norme del diritto naturale da essa rappresentate e prescriventi un certo comportamento hanno la validità assoluta che esse pretendono, cioè quando escludono la possibilità della validità di norme prescriventi come giusto un comportamento contrario. La storia della dottrina giusnaturalistica mostra però che ciò non accade. Non appena la dottrina giusnaturalistica incomincia a determinare il contenuto delle norme immanenti alla natura e dedotte dalla natura, cade nelle più profonde contraddizioni".

[17] H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, cit., 35 ss.

[18] T. Hobbes, *Leviatano*, Cap. XVII, 139 ss., ma anche 142.

Lo Stato è una costruzione artificiale, derivando dall'accordo fra gli uomini, dal patto (contratto), il cui fondamento risiede nella volontà di ogni individuo che contrae il patto con ciascun altro, obbligandosi al rispetto di questo, e che troverebbe la sua validità nella regola "*non fare ad un altro ciò che non vorresti fosse fatto a te*" (c.d. "regola aurea") e, grazie a questa – secondo Hobbes – si possono scoprire le leggi di natura, la prima delle quali è la realizzazione della pace, da cui deriva la seconda legge di natura, e cioè "*che si sia disposti, quando anche altri lo siano, a rinunciare, nella misura in cui lo si ritenga necessario alla pace e alla propria difesa, al diritto su tutto e ci si accontenti di avere tanta libertà nei confronti degli altri quanta se ne conceda agli altri nei confronti di se stessi*"[19].

Posto questo fondamento, l'attenzione si sposta sullo Stato, come soggetto in grado di assicurare la pace e la protezione degli uomini, ed è rappresentato ora dal *Leviatano*, ora dal dio mortale, ora ancora dall'uomo artificiale, ora infine dalla macchina. Lo Stato, perciò, per i suoi fini, concentra tanta forza, quanto se ne possa immaginare, sì da non essere comparabile con alcun altro soggetto («*Non est potestas super terram quae comparetur ei*»[20]). Il suo potere di comando è fisico e giuridico (il potere legislativo) e, si potrebbe anche dire, che realizza in esclusiva il potere di coazione e il potere legale e legittimo[21]. Lo Stato è, perciò, definito: "*Una persona unica, dei cui atti [i membri di] una grande moltitudine si sono fatti autori, mediante patti reciproci di ciascuno con ogni altro, affinché essa possa usare la forza e i mezzi di tutti loro nel modo che riterrà utile per la loro pace e la difesa comune*"[22].

È evidente poi che chi acquisisca lo Stato, con la forza o attraverso la sottomissione volontaria, può dirsi Sovrano e investito della sovranità, mentre tutti gli altri sono inesorabilmente sudditi[23].

Il Sovrano, perciò, dispone della forza e della legge, per la garanzia

[19] Ivi, Cap. XV e Cap. XVI, 106 e 128.

[20] Giobbe 41, 25 (in realtà nel libro di Hobbes il riferimento è al vers. 24, ma nella bibbia in vigore la numerazione è leggermente diversa).

[21] T. Hobbes, *Leviatano*, cit., definisce espressamente lo Stato, generato dal patto, come il "Leviatano" (sulla figura biblica e l'interpretazione hobbesiana v. C. Schmitt, *Sul Leviatano*, cit., *passim*) o piuttosto come il "*dio mortale* al quale dobbiamo la nostra pace e la nostra difesa, che dispone di tanta potenza e di tanta forza a lui conferite, che col terrore da esse suscitato è in grado di modellare le volontà di tutti i singoli in funzione della pace, in patria, e dell'aiuto reciproco contro i nemici di fuori" (143).

[22] Ivi, 143.

[23] Ivi, "Chi incarna questa persona si chiama *sovrano* e si dice che ha il *potere sovrano*; ogni altro si chiama suo *suddito*" (143).

della sicurezza interna, e, al fine di garantire l'indipendenza dello Stato, può decidere tanto della guerra, quanto della pace con gli altri Stati (uno Stato che ricorra alla protezione di un altro Stato non può dirsi propriamente sovrano); inoltre, decide a chi elargire ricompense e ricchezze e chi punire, secondo la legge e secondo il suo giudizio, per spingere i sudditi a obbedire e servire lo Stato; e infine, il Sovrano sceglie tutti i ministri, i magistrati e i funzionari e definisce il valore degli uomini, la loro dignità e fissa l'ordine della loro posizione[24].

I poteri sovrani sono indivisibili e inalienabili e si fondano sulla forza (militare, di polizia e civile) che fa paura, determinano ed eseguono le leggi e consentono la riscossione dei tributi[25]. Quale che sia la forma di governo (monarchia, democrazia, o aristocrazia) la sovranità dello Stato non cambia e i sottoposti sono sempre sudditi, che vantano verso il sovrano esclusivamente il diritto alla vita e alla protezione, pace e sicurezza, ma il resto sta nel potere di disposizione dello Stato, tanto con riferimento alla libertà e ai beni di proprietà[26], quanto rispetto alle imposizioni personali e fiscali[27].

Inoltre, la sovranità implica la titolarità di tutti i poteri pubblici, oltre

[24] Ivi, 150-151, che riprende i dettami Jean Bodin (*I sei libri dello Stato*, trad. it., Torino 1964, Vol. I, Libro I Cap. X, 477 ss.) che pure prende in esame analiticamente "le vere prerogative della sovranità" afferma che la prima prerogativa della sovranità "consiste nel potere di dar legge alla collettività e ai singoli" (493) e aggiunge subito dopo che "sotto questo potere di dare e annullare le leggi sono compresi tutti gli altri diritti e prerogative sovrane: cosicché potremmo dire che è questa la sola vera e propria prerogativa sovrana, che comprende in sé tutte le altre" (495). Per Hobbes l'imposizione della legge civile è conseguenza dell'arbitrio con cui gli uomini interpretano e applicano le leggi di natura, che sono le leggi della ragione, che pure definisce eterne (Cap. XIV), e, in particolare, per il modo (relativo e soggettivo) in cui definiscono il "bene" e il "male", per il quale il bene corrisponde ai nostri appetiti e il male alle nostre avversioni.

[25] Ivi, 151, nonché Cap. XXIV, *Della nutrizione e procreazione di uno Stato*, 202-203, dove si afferma che "la distribuzione delle materie di questo nutrimento, sta alla base di questi concetti, di mio, tuo, suo, in altre parole della proprietà, e sotto qualsiasi specie di governo è di competenza del potere sovrano. (…) E ciò ben sapevano gli antichi quando definivano col termine Nómos, cioè distribuzione, quello che noi chiamiamo legge, e riteniamo che la giustizia consistesse nel distribuire a ciascuno il suo".

[26] Coll'istituzione dello Stato il sovrano ha "il diritto di prescrivere le regole mediante le quali ognuno possa sapere di quali bene possa disporre senza essere molestato da alcuno degli altri sudditi. È questo che gli uomini chiamano *proprietà*" (*Leviatano*, cit., 149-150).

[27] Il trasferimento di autorità da parte dei singoli che compongono la moltitudine si realizza per consenso, attraverso la "rappresentanza" che consente di dare vita all'"unità", ma il conferimento di autorità, per essere tale, è senza restrizioni e comprende tutte le azioni che il rappresentante può compiere (*Leviatano*, cit, 132-134).

alla legislazione, con i "pubblici ministri", regola l'esercito, la giustizia, l'insegnamento e l'amministrazione[28]. Il sovrano, infine, disponendo del potere legislativo e potendo cambiare le leggi a suo piacimento, è libero dagli obblighi previsti dalla legge (*legibus solutus*), mentre i sudditi sono tenuti a rispettare le leggi, se non vogliono subire la spada dello Stato[29].

Pertanto, il primo effetto dell'istituzione dello Stato nei confronti dei sudditi è che gli uomini perdono la libertà naturale[30] e le loro azioni sono limitate in nome della sicurezza e della pace[31]. Lo Stato (*rectius*: il sovrano), infatti, esercita il potere nei loro confronti in modo assoluto e illimitato, e persino in modo iniquo, senza che i sudditi possano opporre, in via di principio, alcuna pretesa legittima o alcun diritto[32].

Tuttavia, poiché il potere sovrano sussiste sulla base dei diritti trasferiti allo Stato, con il patto che lo istituisce, bisogna guardare all'"atto di

[28] Ivi, Cap. XXIII. Si tratta di coloro che hanno un potere di comando o di decisione data come se fosse data dal sovrano che essi rappresentano. Non sono pubblici ministri i consiglieri e i componenti il Consiglio di Stato (ancorché "un corpo di consiglieri non è mai privo di una qualche autorità o di giudicatura o di amministrazione diretta" [204]). Sulla distinzione tra "consiglio" e "comando" v. Cap. XXV.

[29] Ivi, 220.

[30] Per libertà T. Hobbes (*Leviatano*, cit., 175) intende "propriamente assenza di opposizione … impedimenti esterni al movimento" e l'espressione "*un uomo libero*" significa "*colui che nelle cose che è capace di fare con la propria forza e il proprio ingegno, non è impedito di fare ciò che ha la volontà di fare*". La libertà naturale è compatibile con il timore e la necessità.

[31] Ivi, "La causa finale, il fine o il disegno degli uomini (che per natura amano la libertà e il dominio sugli altri), nell'introdurre quella restrizione su se stessi sotto la quale li vediamo vivere negli Stati, è la previdente preoccupazione della propria conservazione e di una vita perciò più soddisfatta; cioè a dire di trarsi fuori da quella miserabile condizione di guerra che è un effetto necessario delle passioni naturali degli uomini, quando non ci sia alcun potere visibile che li tenga in soggezione e li vincoli con la paura di punizioni all'adempimento dei loro patti e all'osservanza delle leggi di matura" (139).

[32] Ivi, 148, che osserva: "la condizione dei sudditi è davvero miserabile esposti come sono alle brame e alle altre sregolate passioni di colui, o di coloro, che hanno nelle loro mani un potere così illimitato", e ciò vale sia per la monarchia, sia per un governo democratico, o sotto un'altra assemblea sovrana. Di conseguenza, i sudditi "non considerano che lo stato dell'uomo non può mai essere del tutto esente da qualche molestia, e che la più grande che possa per avventura capitare al popolo in generale, in qualsiasi forma di governo, è pressoché impercettibile in confronto alle miserie e alle spaventose calamità che sono retaggio della guerra civile" (151). L'idea di fondo di Hobbes, derivata dall'esperienza delle guerre civili inglesi, è che il potere sovrano non è mai dannoso come la sua mancanza (v. anche 159 e 173 dove ripete esattamente il medesimo concetto di potere sovrano, "tanto grande quanto si possa immaginare che gli uomini possano farlo. E sebbene di un potere così illimitato si possano immaginare molte conseguenze dannose, tuttavia le conseguenze della mancanza di esso, consistenti nella guerra perpetua di ciascuno contro il suo vicino, sono di gran lunga peggiori" [174]).

sottomissione", su cui poggiano sia l'*obbligazione* sia la *libertà* del suddito, le quali vanno derivate o dalle parole (del patto) "oppure dal fine dell'istituzione della sovranità, che è la pace dei sudditi fra loro e la loro difesa dal nemico comune"[33].

Di conseguenza, i sudditi conservano la libertà in tutte quelle cose che non possono essere cedute con il patto, come la vita e il "foro interno", atteso che nessuno "è vincolato (a meno che non gli sia stato assicurato il perdono) a confessare, poiché nessuno può essere obbligato per patto ad accusare se stesso"[34].

Per il resto, H. ritiene che le altre libertà dei sudditi "dipendono dal silenzio della legge" [35]. Infatti, "gli uomini per raggiungere la pace e, con ciò, la propria conservazione, hanno fatto un uomo artificiale, che chiamiamo Stato; e così hanno fatto catene artificiali, chiamate *leggi civili*, che essi stessi, con patti reciproci, hanno fissato …"[36]. Di conseguenza, le *libertà* dei *sudditi*, poiché le leggi civili non possono disciplinare tutte le azioni e le parole degli uomini, si ritrovano "in tutti i generi di azioni trascurate dalle leggi" che "gli uomini hanno la libertà di compiere nel modo che la loro ragione suggerirà come il più vantaggioso per loro stessi". "La libertà di un suddito risiede, quindi, soltanto in quelle cose che il sovrano ha trascurato nel disciplinare le azioni dei sudditi" [37].

A questo punto, la domanda che ci si deve porre è: che cosa sono le leggi? E la risposta appare alquanto significativa, perché le leggi, espressione più alta del potere del sovrano[38], corrispondono esclusivamente alla volontà di questo, quale che ne sia la forma, e sono comandi assistiti dall'uso della forza[39]; anche il diritto non scritto e tramandato o preesi-

[33] Ivi, 180-181.

[34] Ivi, 181.

[35] Ivi, 183.

[36] Ivi, 177.

[37] Ivi, 178, "ciononostante non dobbiamo intendere che il potere sovrano di vita e di morte sia abolito o limitato da tale libertà" (178), dal momento che "la libertà … non è la libertà dei singoli individui, ma la libertà dello Stato" e "che uno Stato sia monarchico o popolare, la libertà è sempre la stessa" (179).

[38] Ivi, Cap. XXVI, 220. "In tutti gli Stati il legislatore è unicamente il sovrano … . Il legislatore, infatti, è colui che fa la legge e soltanto lo Stato prescrive e comanda l'osservanza di quelle norme che chiamiamo legge; perciò il legislatore è lo Stato. Sennonché lo Stato non è una persona, né ha la capacità di fare alcunché se non pre mezzo del rappresentante (cioè del sovrano); perciò il sovrano è l'unico legislatore".

[39] Ivi., 219, definisce la legge civile come "l'insieme delle norme che, oralmente, per iscritto, o con ogni altro segno sufficiente a manifestare la volontà, lo Stato gli ha ordinato di applicare per distinguere il diritto dal torto; vale a dire ciò che è contrario alla norma da ciò che non lo è".

stente allo Stato medesimo, se continua a valere, vale come diritto per volontà attuale del sovrano e in qualsiasi momento può essere posto nel nulla dalla legge e, in questa logica, la consuetudine che dura da lungo tempo ha valore giuridico non in virtù del tempo trascorso, bensì in forza della silente volontà del sovrano e vale solo sino a quando questo non intervenga su di essa[40].

Alla legge non può opporsi alcun giudizio di ragionevolezza, perché la decisione sulla vigenza della legge, sul suo cambiamento o sulla sua abrogazione spetta a colui che fa la legge[41]. Ogni precetto che contenga una norma equa o giusta, come le leggi di natura, non vale in forza dell'equità cui si ispira o della giustizia che determina, ma semplicemente se la norma equa o giusta è prescritta in una legge civile perché è il potere sovrano che obbliga a rispettare la norma[42]. Le leggi sono perciò disposizioni dettate dal potere sovrano che prescrive punizioni per coloro che le infrangono. Il controllo delle leggi è nelle mani del sovrano, che è legislatore, ma insieme il titolare della forza e della giustizia che consiste nel realizzare la volontà legislativa e il giudice deve sapere che le proprie sentenze devono essere conformi alla ragione del sovrano, che è la "ragione di Stato"[43].

Di qui anche la configurazione del potere di sospendere l'efficacia o l'esecuzione delle leggi, così come di dispensare determinati sudditi dal rispetto delle leggi o dalla loro esecuzione come poteri di sovranità vera e propria e, per finire, altrettanto vale per il potere di interpretazione autentica delle leggi che vincola espressamente anche i giudici, perché nello Stato "l'interpretazione delle leggi non dipende dai dottori e scrittori di filosofia morale, ma dall'autorità dello Stato. Le dottrine possono effettivamente essere vere, ma "l'Autorità, non la Verità, fa la Legge", "*auctoritas, non veritas facit legem*"[44]. Come si vede alla fine la verità è separata

[40] Ivi, 220-221.

[41] Ivi, 223, "a far la legge non è la *Juris prudentia*, o saggezza dei giudici subordinati, ma la ragione e il comando di questo nostro uomo artificiale, lo Stato".

[42] Ivi, 221-222.

[43] Ivi, 227-228.

[44] La frase, di T. Hobbes, dove il termine "auctoritas" sta per summa "potestas", si ritrova *solo* nella versione latina del Leviatano (*Leviathan, Sive De Materia, Forma & Potestate Civitatis Ecclesiasticae et Civilis*, Amsterdam 1668, II, XXVI, 131-32) nella versione inglese (*Leviathan*, Reprinted from the Edition of 1651, Oxford 1909, 212) l'espressione è affievolita ("*For though it be naturally reasonable; yet it is by the Soveraigne Power that it is Law*"), ma viene ribadita anche altrove (*Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, in *Dialogue, Behemoth, & Rhetoric,* Anodos

dall'autorità ed è irrilevante rispetto al diritto e alla dottrina dello Stato e, in tal senso, è vera l'affermazione di Schmitt che "Hobbes è il padre spirituale del moderno positivismo giuridico"[45].

6. *Il normativismo di Hans Kelsen*

La ricostruzione volontaristica del diritto e dello Stato fornita da Hobbes, appena tre anni dopo la stipula della Pace di Westfalia, è stata solo il frutto di un momento storico particolare, segnato anche dalle guerre civili inglesi, ed è stata elevata a teorema della moderna concezione politico-giuridica, oltre che filosofica, ed è trapassata nel mondo contemporaneo grazie anche al pensiero nietzschiano che ha affermato il prevalere della volontà di potenza sulla volontà di verità[46]; tant'è che nel pensiero giuridico le tesi volontaristiche appaiono ancora oggi dominanti e suscitano un grande interesse di pubblico.

Ai nostri fini consideriamo ora, in modo molto breve, il pensiero normativista, nella formulazione di Kelsen.

Il punto di partenza di Kelsen è bene espresso nella messa fuori gioco del diritto naturale, rispetto al diritto positivo. "Se, infatti, compito della moderna scienza giuridica non è di spiegare causalmente ciò che effettivamente accade, bensì di ricavare norme che sanciscono ciò che deve accadere, allora il contenuto di queste norme può essere tratto non dalla 'ragione', dalla 'natura della cosa' o da qualsiasi altro principio extragiuridico, ma solo ed esclusivamente dal diritto positivo"[47].

Il secondo passaggio è dato dalla riduzione del diritto, di tutto il diritto positivo, allo Stato e più precisamente alla volontà dello Stato. Il

Book, 2019, 6, dove scrive: "It is not wisdom, but authority that makes a law"). Per la versione italiana v. *Leviatano*, cit., 228.

[45] C. Schmitt, *Il compimento della riforma. Osservazioni e cenni su alcune nuove interpretazioni del Leviatano*, in *Sul Leviatano*, cit. 147.

[46] V. F. Nietzsche, *La volontà di potenza*, trad. it., Milano 2001; Id., *Su verità e menzogna in senso extramorale*, trad. it., Milano 2015.

[47] H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), trad. it., Napoli 1997, 45. Osserva giustamente C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione* (1928), tr. it., Milano 1981, 22, "In Kelsen hanno vigenza soltanto norme positive, cioè quelle norme che hanno effettiva vigenza; esse vigono non perché debbono vigere per la loro maggiore giustezza, ma senza riguardo a qualità come razionalità, giustizia, ecc., solo perché sono *positive*. Qui cessa improvvisamente il dovere e cade la normatività; al suo posto la tautologia di una cruda effettività: qualcosa vige, se vige e perché vige. Questo è 'positivismo'".

tema è riassunto da Kelsen in una pagina della *Dottrina pura del diritto*, nella quale si afferma che "la comunità statale fondata sull'ordinamento giuridico è lo stato e la personificazione di questo ordinamento giuridico è la persona dello stato" e "dire che il diritto è la 'volontà' dello stato, che è 'voluto' dallo stato, è una metafora con cui non si esprime altro che questo"[48].

Invero, la ricostruzione della volontà dello Stato è più compiutamente effettuata negli *Hauptprobleme*, l'opera iniziale della riflessione kelseniana, dove K. oppone la sua ricostruzione della volontà a quella di tipo psicologico degli organicisti (Gierke e Preuß) e a quella considerata artificiale (fittizia) dei c.d. anti-organicisti (contrattualisti) come Jellinek.

Non è il caso in questa sede di ripercorrere puntualmente le critiche opposte alle due ricostruzioni giuridiche richiamate, quanto piuttosto ricordare che per K., diversamente dagli organicisti e dagli anti-organicistici, che sia pure diversamente ricadrebbero nel medesimo "errore", è inammissibile l'idea stessa di una volontà statale che si presenta come volontà psichica degli organi fisici dello Stato. Infatti, "la qualità che hanno certi atti umani di volontà, di valere cioè come volontà dello Stato, non è riconoscibile per la considerazione di ciò che è, non è determinata per astrazione (…), ma è invece 'conosciuta' attraverso una considerazione normativa, cioè etico-giuridica"[49].

Per K. "il processo intellettuale che si compie in questa considerazione etico-giuridica non è un'astrazione, non è un'omissione, bensì proprio il contrario: è l'aggiunta mentale di una qualità, cioè la presunzione di una qualità che non può essere conosciuta per la considerazione rivolta a *ciò che è*, sia che astragga da ciò che è sia che differenzi ciò che è. La qualità di essere volontà statale (…) non è essa stessa un fatto del mondo psichico o fisico dell'essere, bensì una costruzione della considerazione etico-giuridica volta al dovere (*Sollen*)" [50].

È questo un portato dell'ascendenza kantiana di Kelsen, che tuttavia finisce con l'essere contraddetto dal modo in cui lo stesso ascrive e sviluppa la sfera del "dovere" alla volontà psichica di determinate persone, che vale come volontà dello Stato solo in forza di un *comando giuridico*[51],

[48] C. Schmitt, *Dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino 1966, 338.

[49] H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, cit., 218.

[50] *Ibidem*.

[51] Ivi, 220. "Il mondo della scienza giuridica, infatti, non è per nulla quello delle cause e degli *effetti*, delle forze, della vita, in una parola il mondo dell'essere. Il fatto di

attraverso la categoria dell'"imputazione"[52]. Infatti, per spiegare il carattere meramente giuridico, e non psichico, della "volontà statale", egli specifica che nel caso della volontà statale il punto di imputazione non cade in un altro essere umano, bensì in una persona giuridica: lo Stato. "Tutte le linee di imputazione – osserva K. – si uniscono in un punto comune che viene pensato al difuori di qualsiasi soggetto fisico. Gli individui in cui si realizza una siffatta imputazione sono gli organi statali e il punto d'incontro comune di tutte le linee di imputazione, che partono dalle fattispecie qualificate come azioni degli organi, è la volontà statale".

Il principio secondo il quale si realizza questo tipo di imputazione sta nella "proposizione giuridica": "nella legge è espressamente stabilito come lo Stato agirà – attraverso i suoi organi – e in quali circostanze". "Se si dice che la legge contiene la volontà dello Stato ciò non significa altro che la legge determina le fattispecie che devono valere come azioni dello Stato, che lo Stato le 'vuole', ovvero che queste azioni vengono imputate allo Stato e non agli agenti fisici, i quali per questa circostanza sono 'organi'". E ciò "non significa altro che la regola secondo cui si verifica l'imputazione allo Stato va trovata nella legge"[53].

La natura giuridica della volontà statale perciò risiede anche qui in un "comando", che è un atto di dominio; e, conseguentemente, è un atto di volontà (di dominio) imputato allo Stato che fa sorgere la sfera del *Sollen* cui tutti devono obbedire, pena la sanzione giuridica. Poco importa che questo comando venga qualificato come *Grundnorm*, norma fondamentale, e che Kelsen la consideri, ora come una norma presupposta (cioè, come ipotesi della ragione che filosoficamente da luogo all'ordinamento), ora come la Costituzione, che definisce il procedimento legislativo, ora ancora come la decisione ancestrale di un'assemblea o di un legislatore

trascurare il nesso causale (…) non può toccare una disciplina il cui compito non è la spiegazione, il cui carattere non è esplicativo, bensì normativo".

[52] Ivi, 223, "Se certe azioni di determinate persone fisiche valgono per la considerazione giuridica non come azioni di queste persone bensì di un'altra, da esse diversa, qui c'è un caso particolare di imputazione".

[53] Ivi, 223-34. Conclude K.: "È per la costruzione della massima importanza il fatto che l'imputazione allo Stato si realizza atraverso l'organo statale e per sua volontà psichica, che l'atto psichico di volontà dell'organo statale che pone un'azione statale è solo il punto di passaggio, e non finale, di imputazione giuridica. Per la considerazione giuridica, infatti, questo atto psichico di volontà dell'organo statale appare come del tutto irrilevante. (…) Il concetto di volontà statale non ha niente a che fare con un fatto psicologico di volontà. Esso va considerato esclusivamente come prodotto della costruzione giuridica e precisamente di una costruzione intrapresa allo scopo della imputazione".

unico[54], ciò che rileva è che tutto l'ordinamento, la cui costruzione sarebbe legata alla *Stufenbau* dell'ordinamento giuridico[55], secondo lo schema della norma giuridica, "comando – sanzione"[56], avrebbe all'origine un comando, una norma non sanzionata, non giuridica, ma semplice atto di volontà (imposto)[57].

Ne consegue che il diritto serve a creare obbedienza per mezzo della sanzione e l'ordinamento giuridico ha come suo connotato la "coercizione". Nelle lezioni di *Harvard* Kelsen è molto esplicito e diretto; Egli afferma: "un ordinamento sociale che provi a suscitare la condotta desiderata degli individui attraverso la previsione di sanzioni è definito ordinamento coercitivo (…). In quanto tale, esso si pone in netto contrasto con tutti gli altri ordinamenti sociali, che si basano sull'obbedienza volontaria". Questo sarebbe l'elemento comune a tutti gli ordinamenti ovunque formati e in qualsiasi tempo, perché ogni ordinamento denoterebbe "proprio quella specifica tecnica sociale di un ordinamento coercitivo che (…) malgrado tutto (sarebbe) essenzialmente la stessa per tutti i popoli lontani nel tempo nello spazio e nella cultura: la tecnica sociale che consiste nel suscitare la condotta umana socialmente desiderata attraverso la minaccia di una misura di coercizione, che deve essere eseguita in caso di condotta contraria"[58].

Le conseguenze ulteriori sono che "il diritto è un'organizzazione della forza: esso stabilisce determinate condizioni per l'uso della forza nelle relazioni tra gli uomini"; e, anzi, che "il diritto fa dell'uso della forza un monopolio della comunità; e così facendo, precisamente, assicura la pace della comunità"[59]; in tal senso, "l'elemento della coercizione è nella sostanza della norma giuridica"; e, infine, se questo apparato di coercizione, che è l'ordinamento giuridico, sia più o meno efficace, nel senso che le norme dell'ordinamento vengano realmente obbedite e applicate, risulta irrilevante, ciò che è importante che siano valide. "L'esistenza specifica di un ordinamento giuridico, o di un sistema di norme – scrive K. – non è la sua efficacia, ma la sua validità. Validità significa che le norme

[54] Ivi, 217 ss.

[55] Ivi, 251 ss.; ma per il vero A. Merkl, *Prolegomeni per una costruzione a gradi del diritto* (1931), trad. it., in *Il duplice volto del diritto*, Milano 1987, 3 ss.

[56] H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, cit., 87 ss.

[57] V. in proposito, la critica di C. Esposito, *Consuetudine (diritto costituzionale)*, in *Encicl. Dir.*, Milano 1961, IX, 462 s.

[58] H. Kelsen, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali. Le Oliver Wendell Holmes Lectures, 1940-41*, trad. it., Milano 2009, 10-11.

[59] Ivi, 15.

dell'ordinamento devono essere obbedite e applicate"[60]. Anche questo elemento della validità è di carattere deontico e frutto dell'ascendenza kantiana, ma – come già osservato in precedenza – precipita di necessità nella fattualità. Infatti, dopo avere negato carattere pregnante all'elemento dell'efficacia, che secondo la teoria classica è il principio di effettività del diritto, Kelsen vi ritorna e afferma: "tuttavia, l'efficacia dell'ordinamento giuridico – il fatto che le sue norme vengano realmente obbedite e applicate – è di una certa importanza per la validità dello stesso. Solo un ordinamento giuridico le cui norme siano generalmente obbedite e applicate è considerato valido"[61].

6.1. La democrazia in Kelsen

Non meno rilevanti sono le conseguenze del pensiero kelseniano per la Dottrina dello Stato, rispetto alla quale lo Stato coincide con il diritto, cioè con l'ordinamento giuridico ed è lo strumento di esecuzione di questo attraverso l'uso della forza che assicura la sanzione e persino il concetto di Giustizia che lo Stato dovrebbe rendere è ridotta alla validità del diritto e all'emissione della norma del caso singolo[62].

Ne discende che, per quanto sia acclarato il sentimento democratico di questo studioso, la sua elaborazione scientifica, muovendo dal dualismo dell'essere umano, lo porta verso una visione affetta dal relativismo delle diverse forme di Stato, ponendole tutte in una eguale condizione. Infatti, Kelsen afferma che la scelta per la democrazia, con tutti i suoi presupposti, è solo una possibile alternativa rispetto al regime politico autocratico, per cui si può invocare un ordinamento democratico se conviene e, se non conviene, se ne può fare a meno[63].

Tutto diventa una questione di ideologia politica, ma rispetto all'ordinamento giuridico e alla sua validità non rileverebbero le differenze di regime e di Costituzione. Infatti, "dal punto di vista della considerazione scientifica, scevra da ogni giudizio di valore morale o politico, il liberalismo e la democrazia sono semplicemente due possibili principi di organizzazione sociale, come il socialismo e l'autocrazia. Dal punto di vista

[60] Ivi, 17.

[61] Ivi, 18, ovviamente "non è necessario che tutte le norme di quest'ordinamento vengano obbedite e applicate sempre e senza eccezione; è necessario che esse siano nel complesso efficaci".

[62] H. KELSEN, *Was ist Gerechtigkeit?* (1953), Stuttgart 2000.

[63] H. KELSEN, *Forme di governo e concezioni del mondo*, cit., 37 ss.

della scienza sociale, è impossibile preferire la democrazia e il liberalismo all'autocrazia e al socialismo, o *vice versa*. Il fondamento di una simile preferenza (…) non ha carattere scientifico"[64].

La stessa democrazia kelseniana, inoltre, appare una costruzione debole, fondata su elementi quantitativi e non qualitativi.

Kelsen considera l'autodeterminazione politica, cioè la libertà, il fondamento della democrazia[65] come forma razionale di governo, accompagnata dalla reciprocità, cioè dall'uguaglianza; e trae le caratteristiche della democrazia dal principio della maggiore libertà possibile per tutti: il principio regolatore è dato dal principio maggioritario (della sola maggioranza assoluta) e il *carattere indiretto della volontà statale*, non "prodotta direttamente dal popolo, ma da un parlamento, sia pure creato dal popolo"[66]; democrazia rappresentativa collegata "con l'esigenza irrinunciabile della divisione del lavoro, della differenziazione sociale; e dunque con una tendenza che contrasta con il fondamentale carattere assoluto dell'originaria idea democratica di libertà".

La debolezza di questa posizione, in particolare, risiede nella circostanza che la democrazia rappresentativa viene considerata una mera necessità tecnica degli Stati moderni e il principio maggioritario diventa un semplice elemento di misura della quantità di libertà che questa forma può realizzare; infatti, seguire la decisione della maggioranza significa che la maggioranza dei cittadini decide e afferma la sua libertà politica. Con un voto meno dominerebbe la minoranza che lascerebbe insoddisfatta la maggioranza dei cittadini, ma anche un *quorum* deliberativo maggiore o qualificato, attenuerebbe il principio di libertà, perché la maggioranza dei cittadini dovrebbe comunque mettersi d'accordo con la minoranza.

Il parlamentarismo diventa, perciò, "la formazione della volontà normativa dello stato da parte di un organo collegiale eletto dal popolo in base al suffragio universale ed uguale, e quindi democraticamente, secondo il principio maggioritario"[67].

Ma, in K. opera anche la considerazione dei fenomeni della sua epoca e, nella sua impostazione, non agisce il popolo nella politica, in quanto la

[64] H. Kelsen, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, cit., 8.

[65] H. Kelsen, *Il problema del parlamentarismo*, cit., 175, "L'idea di libertà è e sarà sempre la nota dominante di ogni speculazione politica, sebbene racchiuda nella sua essenza più profonda la negazione di tutto ciò che è sociale e quindi politico e costituisca per così dire il contrapposto di ogni teoria della società e di ogni prassi statale".

[66] Ivi, 176.

[67] Ivi, 175.

politica diventa una attività specializzata di determinati soggetti: i partiti politici. Egli affermava "solo l'illusione o la ipocrisia può credere che la democrazia sia possibile senza partiti politici"[68]. Di qui anche il convincimento che la rappresentanza parlamentare appartiene ai partiti e la sua particolare posizione contro il divieto del mandato imperativo[69].

E qui Kelsen insiste su una particolare presenza dei partiti e afferma: "tutto ciò presuppone naturalmente un'organizzazione degli elettori in partiti solida e relativamente stabile. Se un partito si forma solo in vista di una singola elezione per sciogliersi subito dopo, diventa impossibile una disposizione che condizioni la continuità del mandato alla permanenza del deputato nel partito per il quale o dal quale è stato eletto"[70].

In realtà, una rappresentanza che appartiene ai partiti riproduce una nuova divisione tra governanti e governati, contraria al principio democratico, per cui chi realmente governa è una minoranza veramente esigua che, se non controbilanciata da istituzioni adeguate, accentra un potere enorme disponendo dello Stato e in grado di agire contro lo stesso popolo e di ridurre la capacità politica degli individui.

La visione meccanicistica della democrazia di Kelsen, fondata sui partiti politici, è in linea con il relativismo della sua dottrina pura del diritto. Questa, infatti, sorta nella crisi del primo dopoguerra, anche se cercava di comprendere i nuovi fenomeni, come l'emersione delle classi lavoratrici e i partiti di massa, finiva con lo svuotamento dello Stato da ogni contenuto: sia giuridico (come la giustizia), e sia politico (come la democrazia stessa)[71], perché "la democrazia e in particolare il parlamentarismo democratico non saranno il necessario svolgimento di posizioni metafisico-assolutistiche, ma *critico-relativistiche*"[72]. Ed è in questo punto che il relativismo di Kelsen diventa un modo per realizzare vere e pro-

[68] H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, (1929), trad. it., in *La democrazia*, Bologna 1955, 57.

[69] Ivi, 70, per il quale il divieto del mandato imperativo è il mezzo attraverso cui il parlamento si rende indipendente proprio dal popolo.

[70] H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, cit., 182, il quale non consente di aprire attraverso il potere riconosciuto al partito una possibilità di *delega* ad "esperti scelti nel proprio seno", che possa aprire verso un parlamento corporativo; anzi, avrà cura di dimostrare come, di fronte ai conflitti corporativi, "la soluzione può trovarsi solo affidando la decisione finale sul contrasto d'interessi tra i gruppi corporativi ad un'autorità creata con logica estranea al principio corporativo, e cioè ad un parlamento eletto democraticamente da tutto il popolo o ad un organo più o meno autocratico" (187). Ovviamente l'alternativa posta nel pensiero di Kelsen è alquanto retorica (189-190).

[71] H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., 37 ss.

[72] H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, cit., 200-201.

prie forme di assolutismo politico. Non c'è niente di più assoluto della decisione adottata sul presupposto che tutto è relativo e che non vi sono ragioni per preferire una soluzione rispetto all'altra e che la maggioranza può decidere tutto.

A conclusione del suo percorso Kelsen esprime pienamente il suo relativismo concettuale, ponendolo in contrapposizione con la verità, e scrive: "È questo (il relativismo filosofico) il senso proprio di quel sistema politico che noi chiamiamo democrazia e che dobbiamo contrapporre all'autocrazia come assolutismo politico solo per il fatto che è espressione del relativismo politico"; e, per corroborare questa impostazione richiamava il processo fatto a Gesù davanti al popolo da Pilato, in cui il popolo vota per la libertà di Barabba e conclude: "per i credenti, per coloro che hanno una fede politica, questo plebiscito è senza dubbio un argomento poderoso contro la democrazia. E questo argomento bisogna farlo valere. Ad una sola condizione, però: che coloro che hanno una fede politica siano così sicuri della propria verità politica come lo era il figlio di Dio"[73].

7. *La teologia politica di Carl Schmitt*

Tra le critiche al normativismo kelseniano riveste un particolare rilievo quella di Carl Schmitt, quando afferma che "nessun sistema costituzionale è di genere puramente normativo" e che l'unità e l'ordine è nell'esistenza politica dello Stato, non in leggi, regole o qualsivoglia normatività"[74].

Queste affermazioni, per quanto mettano insieme elementi esistenziali e deontici, nel pensiero di Schmitt non portano ad una costruzione dell'ordinamento orientato secondo ragione e verità, bensì ricalcano il modello volontaristico su un versante diverso. Infatti, nella ricostruzione

[73] H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, cit., 143-44. Qui è richiamato il vangelo di Giovanni (18, 37-40), nel quale Pilato interroga Gesù: [37] Allora Pilato gli disse: «Dunque tu sei re?». Rispose Gesù: «Tu lo dici; io sono re. Per questo io sono nato e per questo sono venuto nel mondo: per rendere testimonianza alla verità. Chiunque è dalla verità, ascolta la mia voce». [38] Gli dice Pilato: «Che cos'è la verità?» (*Quid es veritas?*). E detto questo uscì di nuovo verso i Giudei e disse loro: «Io non trovo in lui nessuna colpa. [39] Vi è tra voi l'usanza che io vi liberi uno per la Pasqua: volete dunque che io vi liberi il re dei Giudei?». [40] Allora essi gridarono di nuovo: «Non costui, ma Barabba!». Barabba era un brigante.

[74] C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, Milano 1984, 15 ss.; Id., *I tre tipi di pensiero giuridico*, in *Le Categorie del politico*, Bologna 1972, 247 ss.

schmittiana la Costituzione dello Stato è la volontà unitaria presupposta che rende possibile l'ordinamento giuridico, il cui concetto "contiene due elementi totalmente diversi: l'elemento normativo del diritto e l'elemento esistenziale dell'ordinamento concreto"[75].

Schmitt afferma che "ogni ordine riposa su una decisione" ed "anche l'ordinamento giuridico, come ogni ordine, riposa su una decisione e non su una norma" e qualifica come "decisione" una volontà diretta ad uno scopo specifico ed esattamente sarebbe la volontà/decisione che "creerebbe la situazione nella quale possano avere efficacia norme giuridiche" e cioè un "ordine" concreto, giacché "non esiste nessuna norma che sia applicabile a un caos"[76].

E la Costituzione dello Stato sarebbe per Schmitt la "condizione generale dell'unità politica e dell'ordinamento sociale" che vige "perché emana da un potere costituente ed è posta dalla sua volontà" e questa "volontà è esistenzialmente presente, la sua *potestas* o autorità consiste nel suo essere". In tal senso, la Costituzione è diversa da una norma, in quanto una norma, sia pure fondamentale, "non pone mai se stessa (…), perché è derivabile da principi", mentre la Costituzione si pone da sé come momento in cui l'esistenza genera un ordinamento.

Non meno penetrante è il modo di ricavare la sovranità dello Stato, o meglio di definire il sovrano. Infatti, non si discute che la sovranità sia il potere supremo e non derivato, ma "si disputa intorno al suo concreto impiego, cioè su chi in caso di conflitto decida dove consiste l'interesse pubblico o statale, la sicurezza e l'ordine pubblico, la *salut public* e così via".

E da ciò l'espressione icastica che "sovrano è chi decide sullo stato di eccezione"[77], dove per eccezione non si intende la semplice emergenza nella quale una comunità politica si può trovare per ragioni diverse, bensì lo "stato di eccezione" si deve vedere nell'ipotesi di un "pericolo per l'esistenza dello Stato o qualcosa di simile, ma non può essere descritto con riferimento alla situazione di fatto", perché "il caso d'eccezione" sarebbe "il caso non descritto nell'ordinamento giuridico vigente" e "solo questo

[75] Ivi, 15 ss.

[76] C. SCHMITT, *Teologia politica*, in *Le Categorie del politico*, cit., 33 ss.; sulla nozione di "ordinamento concreto" v. sempre ID., *I tre tipi di pensiero giuridico*, cit., 247 ss.

[77] Questa celebre affermazione Schmitt la fa derivare dalla teoria della sovranità di BODIN, *I sei libri dello Stato*, cit., 477 ss., lì dove afferma che il sovrano non è tenuto al rispetto delle promesse fatte ai ceti (che riposano sul diritto naturale), ma che in caso di emergenza queste non lo vincolano più.

caso rende attuale la questione relativa al soggetto della sovranità, che è poi la questione della sovranità stessa"[78].

Su queste basi vi sono due conseguenze che possiamo definire "enormi" per la vita dell'ordinamento e della stessa Costituzione. Il caso d'eccezione, proprio perché tale, non è previsto, né dall'ordinamento, né dalla Costituzione, manca delle fattispecie, ed è definito semmai in linee estremamente generali, ad esempio: "casi straordinari di necessità ed urgenza" (art. 77 Cost.), oppure "quando la sicurezza e l'ordine pubblico (…) sono gravemente disturbati o messi in pericolo" (art. 48 WRV). Di qui, una prima conseguenza è che sull'esistenza stessa dell'eccezione decide chi è sovrano e la sua decisione, proprio perché sovrano, non è predeterminabile nel contenuto, non c'è più un potere predeterminato, bensì illimitato fuori dall'ordinamento e dalla Costituzione e non altrimenti rimediabile. Schmitt descrive questa condizione molto bene e afferma che il sovrano "sta al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente e tuttavia appartiene ad esso poiché a lui tocca la competenza di decidere se la costituzione *in toto* possa essere sospesa".

La seconda conseguenza dell'azione del sovrano nello stato d'eccezione è dunque la sospensione della Costituzione e con essa dell'intero ordinamento giuridico. Ciò significa che "lo Stato continua a sussistere, mentre il diritto viene meno" e questo che sembrerebbe un paradosso si spiega con la distinzione tra ordinamento (concreto) e ordinamento giuridico: il primo è espressione di una condizione esistenziale, mentre il secondo indica una condizione normativa. Il primo prevale sul secondo che vi è subordinato per la sua validità[79] e la "decisione", per salvaguardare l'ordinamento, "si rende libera da ogni vincolo normativo e diventa assoluta in senso proprio. Nel caso d'eccezione lo Stato sospende il diritto, in virtù, come si dice, di un diritto di autoconservazione". Schmitt afferma senza timore che "l'esistenza dello Stato dimostra un'indubbia superiorità sulla validità della norma giuridica"[80].

Il pensiero di Schmitt è critico anche nei confronti della costruzione dello Stato avanzata da Hobbes. In alcuni scritti della fine degli anni '30 Schmitt sottopone ad una critica serrata la costruzione contrattualistica

[78] C. Schmitt, *Teologia politica*, cit., 33 e 34.

[79] Ivi, 39 "Qui la decisione si distingue dalla norma giuridica e (per formulare un paradosso) l'autorità dimostra di non avere bisogno di diritto per creare diritto" (40).

[80] In conclusione, C. Schmitt, *Teologia politica*, cit., 41 sostiene che "solo una filosofia della vita concreta non può ritrarsi davanti all'eccezione e al caso estremo (…). Per essa l'eccezione può essere più importante della regola".

di Hobbes, in quanto la risultante è – a suo avviso – quella di una visione meramente composita e meccanicistica dello Stato e l'unità cui dà vita, impersonata dal soggetto-rappresentante che si qualifica come sovrano, in realtà sarebbe estremamente fragile[81].

La critica a Hobbes risiede nel fatto che "il patto è concepito in modo interamente individualistico; ogni vincolo comunitario è dissolto; singoli individui atomizzati si ritrovano insieme, nella loro paura, finché non risplende la luce dell'intelletto e si realizza un consenso"[82]. Lo Stato, per Schmitt, "è qualcosa di maggiore e di altro rispetto a ciò che può essere realizzato da un patto fra individui" e "la persona sovrano-rappresentativa è qualcosa di incomparabilmente maggiore di quanto possano realizzare le forze sommate di tutte le volontà individuali dei partecipanti". Altrimenti detto l'idea di Stato di Hobbes, legato com'è alla meccanicizzazione, avrebbe il difetto di non ubbidire ad una dimensione metafisica, ma semplicemente sociale e giuridico, e di essere perciò espressione del concetto di "rappresentazione (propria del XVII secolo e cioè dell'assolutismo), non di una totalità". Questo Stato, fondato sulla "relazione di protezione e obbedienza"[83], sarebbe "intrinsecamente incompatibile con ogni concezione unilaterale della totalità"[84]. Schmitt sottolinea così la mancanza di vera "unità politica" nello Stato hobbesiano, e nella qualificazione di questo come "uomo artificiale, e in quanto tale è macchina"[85], vede "il primo prodotto dell'epoca della tecnica, come il primo moder-

[81] C. Schmitt, *Lo Stato come meccanismo in Hobbes e Cartesio* (1936/37), e *Il leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico* (1938), entrambi in *Scritti su Thomas Hobbes*, cit., 45 ss. e 61 ss. Schmitt tornerà anche negli anni '50 e '60 su Hobbes, ribadendo il proprio punto di vista, v. Trecento anni di Leviatano (1952) e Il compimento della riforma. Osservazioni e cenni su alcune nuove interpretazioni del "Leviatano" (1965), entrambi nel volume indicato, risp. 145 ss. e 159 ss. Sulla scia del volume curato da Günter Maschke (*Der Leeviathan in der Staatslehre der Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*, Köln 1982) il saggio del 1938 e quello del 1965 sono stati ripubblicati: C. Schmitt, *Sul Leviatano*, cit.

[82] C. Schmitt, *Lo Stato come meccanismo in Hobbes e Cartesio*, cit., 54.

[83] Dietro la quale si disvela la nozione di "polizia" (C. Schmitt, *Il leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico*, cit., 82).

[84] C. Schmitt, *Lo Stato come meccanismo in Hobbes e Cartesio*, cit., 53.

[85] Ivi, 55 "Un meccanismo non è capace di totalità. Tanto meno la pura mondanità dell'esistenza fisica individuale può attingere una totalità significativa. Se si vuole che il termine e il concetto di totalità rimangano pregnante non si abbassino ad ingannevole slogan, bisogna fondare la totalità su di una specifica relazione filosofica" e qui S. richiama "'la divinità terrena' che Hegel attribuisce al popolo leader della storia mondiale è peculiarmente capace di totalità nel senso specifico di 'infinità finita', così come è capace di un tipico collegamento fra immanenza e trascendenza".

no meccanismo in grande stile, ovvero (…) come la 'machina machinarum'"[86], nel senso di "uno Stato il cui funzionamento è reso calcolabile grazie alle leggi", per cui "il diritto si fa legge positiva, la conformità alla legge diviene legalità, la legalità diventa il modo positivistico di funzionamento del meccanismo statuale"[87] e lo Stato come "macchina, come tutta quanta la tecnica, si rende indipendente da ogni contenuto di fini o di convincimenti politici, e acquisisce la neutralità rispetto ai valori e alla verità propria di uno strumento tecnico" e, "per la neutralità in questa accezione tecnica è decisivo il fatto che le leggi dello Stato siano indipendenti da ogni contenuto sostanziale di giustizia e di verità, religiosa o giuridica, e che abbiano valore, come norme di comando, solo in forza della determinatezza positiva della decisione statuale. 'Auctoritas' (nel senso di 'summa potestas'), non veritas"[88].

Schmitt arriva a deridere l'uso della figura del Leviatano, di grande impatto, per lo Stato, adoperata da Hobbes per la sua costruzione politica, che potrebbe – secondo quanto si afferma nella Cabala – finire con l'essere macellato e divorato dalla moltitudine degli individui, affacciando così le teorie della fine dello Stato[89]. Espressamente, comunque, Schmitt afferma che "in Hobbes il 'Deus mortalis' è piuttosto una macchina la cui 'mortalità' sta nel fatto che un giorno sarà fatta a pezzi dalla guerra civile o dalla ribellione"[90] e coglie la fragilità intrinseca della costruzione hobbesiana in due elementi: il primo è quello della separazione tra *interno* ed *esterno*. Infatti, nella costruzione del potere sovrano sulla religione e la Chiesa da parte di Hobbes, Schmitt vede una "incrinatura in quella che per il resto è una unità tanto compatta e irresistibile", e cioè l'unità di religione e politica; questa incrinatura è data dalla "distinzione tra privato e pubblico la distinzione tra fede e confessione", dalla quale ne è derivato conseguenzialmente "ogni ulteriore sviluppo, nel corso del

[86] Ivi, 55; Id., *Il leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico*, cit., 90.

[87] C. Schmitt, *Lo Stato come meccanismo in Hobbes e Cartesio*, cit., 56; v. anche Id., *Il leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico*, cit., 113 ss.

[88] C. Schmitt, *Il leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico*, cit., 90 ss. spec. 94, e questo carattere ha conseguenze ulteriori che determinano la fine "di tutte le concezioni sostanziali del diritto e della costituzione ancora persistenti" (115) e per ciò che attiene al diritto interstatuale e al tema della guerra, questa "non può essere misurata sul metro della verità e della giustizia" (95 ss.).

[89] Ivi, 82 s.

[90] C. Schmitt, *Lo Stato come meccanismo in Hobbes e Cartesio*, cit., 57.

secolo seguente fino al liberale Stato costituzionale di diritto", con "la libertà di pensiero e di coscienza, moderna e individualistica" e con "lo Stato neutrale e agnostico dell'Otto-novecento"[91].

Il secondo elemento di fragilità della costruzione hobbesiana è visto da Schmitt nella circostanza che la macchina dello Stato, una volta trasformato da Stato di potenza e di polizia in uno "Stato di diritto", trasformando altresì la legge in uno strumento tecnico, giunge al "dualismo di Stato e società libera dallo Stato" dalla quale "si generò un pluralismo sociale nel quale i poteri indiretti poterono celebrare facili trionfi"[92] a discapito dell'unità statuale e di quella del popolo.

È evidente come in questa visione critica di Hobbes si riflettano tutte le categorie schmittiane, legate al caposaldo della concezione dello Stato, come "*Status* politico di un popolo organizzato su un territorio chiuso" e fondato sulla distinzione "amico-nemico" (*Freund – Feind*) che determina la sfera del politico come totalità politica[93] e al concetto di popolo come unità assoluta, oggi rappresentato dall'opinione pubblica (*Öffentlichkeit*)[94]; ed è per questo motivo che nella costruzione artificiale dello Stato vede il ruolo della tecnica come strumento di neutralizzazione[95] e nel diritto che ne consegue, con il positivismo, la perdita di senso della distinzione tra legalità e legittimità[96].

[91] C. SCHMITT, *Il leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico*, cit., 104 ss. che continua: "il *cuius regio eius religio* è realizzato, ma nel frattempo la *religio* si è spostata sottobanco in un ambito del tutto diverso, inaspettato e nuovo, e cioè nella sfera privata di libertà dell'individuo che liberamente pensa, liberamente sente e che nel proprio animo è assolutamente libero" (109); così, "l'anima di un popolo si incammina sul 'misterioso sentiero' che conduce all'interiorità. E allora cresce la controforza del tacere e del silenzio. Nel momento in cui la distinzione fra interno ed esterno viene riconosciuta, la superiorità dell'interno sull'esterno, e quindi del privato sul pubblico, è, in sostanza, cosa già decisa. Un potere pubblico, per quanto sia enfaticamente riconosciuto senza riserva, per quanto lealmente sia rispettato, come potere soltanto pubblico e soltanto esteriore è vuoto e disanimato dall'interno" (110-111).

[92] C. SCHMITT, *Il leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico*, cit., 123 s.; il riferimento ai "poteri indiretti", che oggi possiamo riassumere negli "interessi organizzati" (per i quali v. J.H. KAISER, *La rappresentanza degli interessi organizzati* (1956), trd. it. a cura di S. Mangiameli, Milano 1993), Schmitt afferma che " 'Indiretto' significa qui che non agisce a proprio rischio" e che "così, grazie all'irresponsabilità di un dominio soltanto indiretto – me non per questo meno intenso – si ottengono tutti i vantaggi del potere politico e se ne evitano i rischi".

[93] C. SCHMITT, *Il concetto di politico*, in *Le categorie del politico*, cit. 101 e 108 ss.

[94] C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., *passim*.

[95] C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in *Le categorie del politico*, cit., 176 ss.

[96] C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, in *Le categorie del politico*, cit., 211 ss.

8. *L'esperienza storica del costituzionalismo*

Il volontarismo kelseniano e il decisionismo schmittiano sono ben noti per insistervi oltre e poco importa se la trattazione del primo sia ispirata a principi democratici, e quella del secondo tenda verso sviluppi totalizzanti, meno democratici. Ciò che rileva è che il relativismo normativo e l'assoluto statuale si combinano perfettamente in un modo di intendere diritto e Stato che non può essere condiviso, perché in entrambi i casi o con essi nel loro insieme si descrive sempre un potere pubblico legato alla volontà di dominio che serve chi fattualmente lo riesce a possedere.

Se così fosse veramente, allora il diritto e soprattutto la Costituzione servirebbero a ben poco. Ed invece, molto concretamente, è proprio la vicenda storica del "costituzionalismo"[97], collegata all'esperienza costituzionale più robusta e formalizzata dei secoli XVIII e XIX, e poi ancora nel XX secolo, a smentire tanto l'interpretazione normativista quanto quella decisionista[98].

[97] La letteratura sul costituzionalismo è ormai vasta e multiforme. V. A.V. Dicey, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, London 1885; P. Duclos, *La notion de constitution dans loeuvre de l'Assemblée constituante de 1789*, Paris 1932; E.S. Corwin, *The Constitution and what it means today*, 11 ed., Princeton 1954; C.H. McIlwain, *Constitutionalism and the changing world*, Cambridge Mass. 1939; Id., *Costituzionalismo: antico e moderno* (1940), trad. it., Bologna 1990; F.D. Wormuth, *The origins of modern constitutionalism*, New York 1949; F.A. von Hayek, *The Constitution of liberty*, Chicago 1960; M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the separation of powers*, London 1967; E.W. Böckenförde, *Probleme des Konstitutionalismus im 19. Jahrhundert*, Berlin 1975; R. Wahl, *Die Entwicklung des deutschen Verfassungsstaates bis 1866*, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, Heidelberg 1987, 3 ss.; J. Isensee, *Staat und Verfassung*, ivi, 591 ss.; H. Mohnhaupt, D. Grimm, *Verfassung*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. VII, Stuttgart 1990; A. Saitta, *Costituenti e costituzioni della Francia moderna*, Torino 1952; N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1963, 985-1100; Id., *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Torino 1976, ora Bologna 2016; G. Rebuffa, *Costituzioni e costituzionalismi*, Torino 1990; M. Fioravanti, *Appunti di storia delle Costituzioni moderne*, Torino 1991.

[98] Per un punto di vista di carattere generale v. N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, cit. 987 ss., il quale procede nell'esame del costituzionalismo sulla base di tre rinunce: la prima, "al dogma del positivismo secondo cui lo Stato è la fonte – diretta o indiretta – di tutto il diritto, o il diritto è un semplice comando posto dal sovrano, la cui validità giuridica è indipendente dal suo contenuto; posizione che entra in crisi non appena si abbia una concezione assiologica, e non meramente descrittiva, della costituzione, e di ciò che essa deve rappresentare nella vita di un paese libero" (987); La seconda rinuncia e quella di "vedere nel diritto naturale qualcosa di mortificante per l'autonomia e la libertà della coscienza o, peggio, a condannare nel ritorno ai problemi del diritto naturale una specie di complotto clericale contro lo Stato 'laico', perché "una democrazia non può

Che storicamente l'uomo e le comunità umane possano cadere preda di forme di dominio opprimenti è un dato fin troppo evidente sia nell'antichità, che nel moderno e nella contemporaneità.

Tuttavia, in questa condizione non c'è diritto, né certezza. A questa affermazione si obietta, da parte dei positivisti, come non sia vero che nei sistemi autoritari e autocratici non vi sia un ordinamento giuridico, e che vi è un diritto e spesso vi è pure una Costituzione.

Tuttavia, è facile replicare che questa proposizione di ordinamento e Costituzione non sia conforme alla funzione del diritto e della Costituzione, giacché i sistemi autoritari e autocratici non fanno sussistere la società e lo Stato nella loro vera dimensione umana, fatta di libertà e partecipazione. Infatti, un ordinamento politico che non protegge la libertà dei cittadini, che non dà sicurezza, che precarizza la condizione umana, che nega la certezza, non può essere considerato un ordinamento giuridico in senso proprio, ma rappresenta piuttosto un esercizio del potere di fatto sotto mentite spoglie giuridiche.

Ora, a partire dalla condizione di subordinazione in cui lo Stato, sin dal suo affermarsi come forma della comunità politica di tipo moderno, aveva ridotto l'individuo, le comunità umane hanno avanzato la pretesa del diritto e della Costituzione per proteggere la libertà degli individui, rendere certa la loro esistenza nella comunità e questa pretesa muoveva dal disvelamento della condizione umana che nell'esperienza giuridica coincide con la verità della legge. Anche se imposto o posto, infatti, un ordinamento è accettabile solo se è giusto e cioè se tratta secondo verità i cittadini, e se retribuisce a ciascuno il suo. Quando un ordinamento è ingiusto e la condizione umana si degrada, così come di fronte ad ogni

essere stabile, e cioè legittima nella coscienza dei consociati ed efficiente nelle attività di governo, se le norme costituzionali, a cui devono sottostare le diverse forze politiche, non sono da tutti e unitariamente avvertite come 'fondamentali', e così sottratte alla discussione e alla volontà di maggioranze (parlamentari o plebiscitarie) più o meno improvvisate. Ma perché tutti i singoli e tutti i gruppi ad esse ottemperino come a norme superiori, è necessario che abbiano un fondamento altro dalla forza" (988). La terza rinuncia sarebbe quella "a pensare il diritto costituzionale nei vecchi termini della sovranità popolare, oggi sempre più esercitata dai diversi gruppi sociali fra loro in concorrenza, e della divisione dei poteri, sempre più inesistente (salvo la minore o maggiore autonomia del giudiziario) nei moderni sistemi parlamentari; termini che vengono poi innestati e conciliati, attraverso mediazioni sempre più sottili, col più pericoloso dogma dello Stato nazionale sovrano: sono tutte concezioni che non spiegano, con fresca immediatezza i moderni sistemi politici 'costituzional-pluralistici', e anzi ne ostacolano la comprensione e quindi lo sviluppo. Bisogna avere il coraggio di riconoscere che anche i concetti di Stato e di sovranità non sono concetti assoluti, ma storici e quindi relativi" (991).

atto di ingiustizia che l'individuo subisce, nasce una reazione al degrado che la condizione umana è costretta a sopportare[99], viene meno la legittimità dell'esercizio del potere e, con essa, l'efficacia dell'ordinamento medesimo[100].

Perché l'individuo ha sempre contestato la sudditanza o la schiavitù?

Sia perché la ragione gli permette di autodeterminarsi e perciò di considerarsi un essere dotato di libertà, sia perché non riconosce negli altri il potere di limitare la sua libertà. Libertà e reciprocità (eguaglianza) sono gli assi portanti della scoperta del soggetto e della formazione comunitaria[101]. La finitezza dell'uomo e l'incertezza della condizione del dominio (il tirannicidio è sempre stato considerato lecito) spingono gli uomini a cooperare tra di loro e questi rapporti di cooperazione non possono essere che giusti, altrimenti non sarebbero accettati, e la loro giuridificazione li rende certi e realizza la pace, fine ultimo di ogni ordinamento[102].

A partire da questa premessa, che è opposta a quella del contrattualismo hobbesiano, gli uomini e le comunità politiche hanno sviluppato tutti i principi del costituzionalismo, come movimento ispirato alla condizione dell'uomo e alla certezza del diritto.

Hanno iniziato rivendicando carte delle libertà scritte che avrebbero limitato i sovrani, che usurpavano i diritti della *lex terrae*, e hanno reclamato dichiarazioni fondate sui diritti di libertà e per un potere diverso da quello che pretendeva di esercitare lo Stato, chiunque fosse a impersonarlo. E, quando la lotta per la libertà è coincisa con quella dell'indipendenza di una comunità politica o con la fondazione di un nuovo ordine

[99] V. G. Lombardi, *Spazio e frontiera tra eguaglianza e privilegio: problemi costituzionali fra storia e diritto*, cit., 539 ss.

[100] V. N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, cit., 988.

[101] Attraverso un percorso che dall'Umanesimo porta alla considerazione del soggetto cartesiano, alla costituzione dello Stato assoluto, con Bodin e Hobbes, alla (ri)scoperta del ruolo fondativo del popolo, con Spinoza, e alla considerazione dell'individuo-persona di Vico, alla cui luce questi riordina il sistema delle scienze sociali (per una spiegazione del percorso indicato, che continua nei pensatori moderni e contemporanei, sia consentito rinviare al nostro *Autodeterminazione libertà democrazia*).

[102] La tematica della pace e del diritto è stata trattata nella Pace perpetua, da I. Kant (*Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* (1795/6), Kommentar von Oliver Eberl und Peter Niesen, Berlin 2011); e nella stessa direzione muove anche la prospettiva H. Kelsen, *La pace attraverso il diritto* (1944), trad. it., Torino 1990, a completamento delle tesi espresse in *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, cit.; sul rilievo economico delle tesi sulla pace perpetua v. M. Koskenniemi, *Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization*, in *Theoretical Inquiries in Law,* 2007, 8.1, 9-36.

nello Stato, sono state convocate convention e assemblee costituenti per scrivere la Costituzione, il cui significato politico è proprio questo: garantire i diritti e limitare il potere pubblico.

Alla base del costituzionalismo sta proprio la testimonianza della verità della condizione dell'uomo. Si prenda la Dichiarazione dei diritti della Virginia (1776), dalla quale successivamente *Thomas Jefferson* attinse i paragrafi iniziali della Dichiarazione d'indipendenza (1776)[103], "fatta dai rappresentanti delle brave persone della Virginia, riunite in una convenzione completa e gratuita che i diritti riguardano loro e i loro posteri, come base e fondazione del governo", e l'affermazione contenuta nella Sezione 1. "Che tutti gli uomini siano per natura altrettanto liberi e indipendenti e hanno determinati diritti intrinseci, di cui, quando entrano in uno stato di società, non possono, per qualsiasi accordo, privare o cedere per i loro posteri; Vale a dire, il godimento della vita e della libertà, con i mezzi per acquisire e possedere proprietà e perseguire e ottenere felicità e sicurezza".

Oppure la dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 che afferma: "Gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti" (art. 1) e che "Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione" (art. 2); e, infine che "Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha Costituzione" (art. 16)[104].

A ciò si aggiunga un secondo elemento molto pregnante che queste dichiarazioni hanno introdotto con riferimento al potere e all'esercizio del potere, e cioè "Che tutto il potere è investito e di conseguenza derivato dal popolo; che i magistrati sono i loro fiduciari e servitori e sono sempre disponibili nei loro confronti" (Sezione 2.), che "Il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali e imprescrit-

[103] V. il secondo paragrafo: la dichiarazione d'indipendenza del 1776, quando proclama "Noi teniamo per certo che queste verità siano di per sé stesse evidenti: che tutti gli uomini sono creati eguali, che essi sono dotati dal loro Creatore di certi Diritti inalienabili, che tra questi vi siano la Vita, la Libertà ed il Perseguimento della Felicità" (per un commento v. G.S. Wood, *The creation of the American Republic. 1776-1787*, Chapel Hill, N.C., 1969; D. Malone, H. Milhollen, M. Kaplan, *The Story of the Declaration of Indipendence*, Oxford 1975; D.S. Lutz, *The origins of American constitutionalism*, Baton Rouge, La. 1988).

[104] V. L. Jaume (a cura di), *Les Déclaration des roits de l'homme – 1789*, Paris 1989; L. Jaume, M. Troper, *1789 et l'invention de la Constitution*, Paris 1991; v. anche G. Jellinek, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (1927), trad. it., a cura di D. Nocilla, Milano 2002.

tibili dell'uomo" (art. 2) e che il "governo è, o dovrebbe essere, istituito per il beneficio comune, la protezione e la sicurezza del popolo, della nazione o della comunità" (Sezione 3.).

Anche Costituzioni poco fortunate, come la Costituzione della Chiesa di San Paolo, scritta a Francoforte nel 1848/9 da una Assemblea costituente e presentata al re di Prussia Federico Guglielmo IV e da questi rifiutata, e la Costituzione della Repubblica Romana del 1949, promulgata sul finire dell'esperienza repubblicana, si sono distinte per avere messo a punto principi fondamentali e cataloghi dei diritti; un modello di costituzione la cui fortuna si è compiuta soprattutto con le successive costituzioni tedesche (1919 e 1949) e con quella italiana del 1947[105].

Sono queste le basi originarie del costituzionalismo[106], da cui deriva uno Stato completamente diverso da quello disegnato da Hobbes, uno Stato non fondato sul contratto sociale liberticida, bensì funzionalizzato alla tutela dei diritti e contro il quale i cittadini vantano, tra i vari diritti, anche quello della "resistenza all'oppressione" (art.2) e, "tra tutti i vari modi e forme di governo", considerano "migliore" "quello in grado di produrre il massimo grado di felicità e sicurezza e più efficacemente protetto contro il pericolo di cattiva amministrazione". Un governo "che, quando … sarà ritenuto inadeguato o contrario a questi scopi, la maggioranza della comunità ha il diritto indubitabile, inalienabile e imprescrittibile di riformarlo, modificarlo o abolirlo, nel modo che sarà giudicato più favorevole al bene pubblico" (Sezione 3.).

Le Dichiarazioni della fine del '700 contengono molti altri elementi di rilievo attuale che formano il convincimento che queste pretendono uno Stato immune dai caratteri che la dottrina dello Stato ha continuato a ripetere per diversi secoli, senza accorgersi delle stridenti contraddizioni in cui si avviluppano concetti come "sovranità", "ragion di Stato", sudditanza, ecc.

Questa forma di Stato annunciata da quelle dichiarazioni va sotto il nome di "Stato di diritto"[107], nella cui evoluzione rientrano, oltre alle libertà, come dall'Habeas Corpus, la libertà religiosa, la libertà di pensiero, ecc., e alla divisione dei poteri, con tutti gli istituti che da questi

[105] V. T. Mommsen, *I diritti fondamentali del popolo tedesco. Commento alla Costituzione del 1848*, a cura di G. Valera, Bologna 1994.

[106] N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1963, 985 ss.

[107] V. P. Costa, D. Zolo, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano 2006.

derivano, anche la democrazia (da intendere come vedremo in senso sostanziale) e le formazioni sociali (corporative e territoriali).

Ovviamente il costituzionalismo ha dovuto lottare per affermarsi e non si è realizzato tutto in una volta e, soprattutto, una volta per sempre; anzi, esattamente il contrario; ha conosciuto forti limitazioni nell'eguaglianza e nelle libertà e nella partecipazione politica, e lo *Stato di diritto* è stato messo spesso in discussione anche nella storia recente. Come non ricordare le vicende europee che a ridosso della prima guerra mondiale, tra il 1917, con la rivoluzione bolscevica, e il 1922 e il 1933, con l'avvento del fascismo in Italia e del nazismo in Germania, hanno portato ad oscurare i principi basilari di libertà e di dignità umana; ed è stata necessaria la catastrofe della seconda guerra mondiale con le barbarie dell'olocausto, per riscrivere le nuove Costituzioni: prima di tutte quella italiana del 1947 e, subito dopo, quella tedesca del 1949, per dare luogo ad una ripresa dei principi del costituzionalismo.

All'inizio si è trattato di affermare il principio di legalità nei confronti del potere esecutivo e di ricondurre l'operato dei giudici entro confini di stretta legalità; le riserve di legge previste dalle Costituzioni sono state riempite di contenuti e i diritti costituzionali sono stati articolati compiutamente in cataloghi sempre più estesi specificando le singole facoltà di cui si compone la libertà umana. Persino il diritto internazionale ha conosciuto una estesa forma di costituzionalizzazione con la scrittura condivisa dai governi della terra di Dichiarazioni e Carte che hanno innovato profondamente al diritto internazionale e reso la comunità internazionale un ordinamento responsabile per i bisogni degli individui e dei popoli, piuttosto che dei governi[108].

[108] V. M. Kumm, *The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis*, in *The European Journal of International Law*, 2004 Vol. 15, no.5, 907-931; A. von Bogdandy, *Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany*, in *Harvard International Law Journal,* 2006, Vol. 47 No. 1, 223-242; M. Knauff, *Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichen Recht – Konvergenz oder Divergenz?*, in *ZaöRV,* 2008, 68, 453-490; A. Stone Sweet, *Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2009, Vol. 16 #2, 621-645; A. von Bogdandy, I. Venzke, *Zur Herrschaft internationaler Gerichte: Eine Untersuchung internationaler öffentlicher Gewalt und ihrer demokratischen Rechtfertigung*, in *ZaöRV*, 2010, 70, 1-49; J. Habermas, *Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts – Ein Essay zur Verfassung Europas*, in *ZaöRV* 72 (2012), 1-44; G. Ziccardi Capaldo, *From International Constitutionalism to Global Constitutionalism: Vision and Modernity of the Thought of Rolando Quadri*, in G. Ziccardi Capaldo (ed.), *The Global Community*, in *Yearbook for International Law and Jurisprudence*, 2014-II, 230-255.

Il suffragio universale e la partecipazione politica sono cresciuti in un arco di tempo molto lungo e solo di recente possiamo dire superata, almeno concettualmente, la contrapposizione tra popolo e Stato e affermata la legittimazione popolare del potere (la sovranità popolare).

Quando, poi, le limitazioni apposte al potere esecutivo e la garanzia dei giudici sono apparse insufficienti a garantire la libertà, perché le minacce per questa potevano venire dallo stesso legislatore e dai giudici, si è rimediato trasformando la Costituzione da semplice atto costitutivo della comunità politica, a legge suprema dell'ordinamento: la Costituzione si è fatta "norma" e rende invalide le leggi e si applica direttamente al posto di queste attraverso la *judicial review*[109].

Per opera della scienza costituzionalistica continentale viene creato un organo giurisdizionale *ad hoc* per valutare la legittimità costituzionale della legge, sulla base dello schema di una giuridificazione piena dei rapporti tra Costituzione e legge [110].

[109] Sulla *Judicial Review* v. la celebre sentenza *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), 5 U.S. 137 (Cranch), firmata dal Chief of Justice John Marshall, nella quale si legge. "La questione se un atto, ripugnante alla costituzione, possa diventare la legge del paese, è una questione di profondo interesse per gli Stati Uniti; (…) I poteri della legislatura sono definiti e limitati; e affinché tali limiti non possano essere fraintesi o dimenticati, la costituzione è scritta. A quale scopo i poteri sono limitati, e a quale scopo tale limitazione è affidata alla scrittura; se tali limiti possono, in qualsiasi momento, essere superati da coloro che si intende limitare? La distinzione tra un governo con poteri limitati e illimitati è abolita, se tali limiti non limitano le persone a cui sono imposti, e se gli atti proibiti e gli atti consentiti hanno pari obbligo. È una proposizione troppo chiara per essere contestata, che la costituzione controlli qualsiasi atto legislativo ad essa ripugnante; o che la legislatura possa modificare la costituzione con un atto ordinario. // Tra queste alternative non c'è via di mezzo. La costituzione è o una legge superiore e suprema, immutabile con mezzi ordinari, oppure è allo stesso livello degli atti legislativi ordinari e, come altri atti, è modificabile quando la legislatura si compiace di modificarla. // Se la prima parte dell'alternativa è vera, allora un atto legislativo contrario alla costituzione non è legge: se la seconda parte è vera, allora le costituzioni scritte sono tentativi assurdi, da parte del popolo, di limitare un potere di per sé illimitato. // Certamente tutti coloro che hanno formulato costituzioni scritte le considerano come la legge fondamentale e suprema della nazione e, di conseguenza, la teoria di ogni governo del genere deve essere che un atto della legislatura ripugnante alla costituzione è nullo. // Questa teoria è essenzialmente collegata a una costituzione scritta e, di conseguenza, deve essere considerata da questa corte come uno dei principi fondamentali della nostra società. Non bisogna quindi perderlo di vista nell'ulteriore analisi di questo argomento."

[110] H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione. La giustizia costituzionale* (1928), trad.it., in *La giustizia costituzionale*, Milano 1981, 143 ss.

9. *Il superamento del relativismo kelseniano, volontà e ragione e la verità come regola di vita*

Si potrebbe osservare che l'evoluzione del costituzionalismo sia il frutto di nuovi ideali politici: quelli delle rivoluzioni americana e francese, avvantaggiate dal pensiero di Locke e dell'illuminismo; ma, come affermava Kelsen, rispetto all'ordinamento giuridico e alla sua validità, non indicherebbero una diversa natura del diritto e dello Stato, in quanto, "dal punto di vista della considerazione scientifica, scevra da ogni giudizio di valore morale o politico, il liberalismo e la democrazia sono semplicemente due possibili principi di organizzazione sociale", come gli altri e – come già detto – "dal punto di vista della scienza sociale, (sarebbe) impossibile preferire la democrazia e il liberalismo all'autocrazia e al socialismo, o *vice versa*" in quanto "il fondamento di una simile preferenza (…) non (avrebbe) carattere scientifico" [111].

Questa opinione, che gode di una certa reputazione, non appare giustificata perché come si è visto ritiene legittimo (ancorché non auspicabile) che la libertà si possa risolvere nell'autorità dello Stato, o più esattamente nella volontà dello Stato, al quale sarebbe rimesso anche il monopolio della forza da usare per restaurarne il potere.

Inoltre, affermare che non vi siano ragioni per preferire la democrazia e il liberalismo all'autocrazia e al socialismo significherebbe che queste forme dello Stato e del governo sono tutte ugualmente giustificabili dal punto di vista della ragione, perché sarebbero *tutte* verità, non essendo possibile stabilire, secondo ragione, *la* verità; e perciò, non sussistendo una soluzione razionale, l'unica via d'uscita che resterebbe sarebbe una decisione di mero fatto (del fatto extra-razionale) che è il fatto della forza o la volontà di potenza.

Ora, se si costruisce la volontà (di uno o di molti) come opposta alla ragione vuol dire che in realtà non riconosciamo all'uomo la facoltà di formare i concetti e le idee e di intendere la realtà. Lo riduciamo ad una condizione simile a quella degli animali o più esattamente lo riduciamo ad una condizione vegetativa e sensitiva, fatta solo di bisogni, passioni e pulsioni, le cui azioni hanno un carattere occasionale, incerto e non curante della sua condizione reale, che, per la precarietà che lo caratterizza, richiede la cooperazione con gli altri, per cui l'individuo finirebbe col contrapporsi alla società e agli altri uomini, si renderebbe incline all'uso

[111] H. Kelsen, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, cit., 8.

della forza indipendentemente dal fine che persegue, se sia o meno giusto e/o giustificato, e in cui, mancando la conoscenza, la verità non conta più e la certezza scompare, perché anche la risoluzione dei conflitti è solo momentanea.

La volontà è sicuramente un aspetto della natura umana rilevante, perché consente all'individuo di determinarsi per realizzare una azione nella realtà di vario genere: sociale, economica o politica, ma, sotto quest'ultimo aspetto, come volontà di potenza, di dominio e di occupazione non trova alcuna giustificazione o possibile legittimazione e questo sia che la volontà di potenza sia espressa da un individuo o da un gruppo o dallo Stato medesimo, cioè da quel soggetto cui, per definizione, si riconoscono dei poteri superiori, per intensità e per qualità ad ogni altra forma di potere; infatti, nello Stato vi può essere potere, ma non dominio, perché i poteri dello Stato sono separati dall'"autorità", intendendo con questo termine la fonte della legittimazione, la quale risiede nella società e prima ancora nell'individuo che sa esprimere il generale e rifugge il particolare[112].

La sola volontà possibile, perciò, è quella che si muove secondo la "ragione", che esprimerebbe non la semplice volontà di autodeterminarsi all'azione e a trasformare la realtà, bensì la capacità di conoscere il mondo della pratica per quello che è, e cioè in modo vero. Ogni falsa rappresentazione della realtà comporta come conseguenza l'errore e azioni sbagliate.

La "verità", perciò, indirizza la volontà e determina la ragione pratica e, con essa, il diritto; la "verità" definisce la struttura e i compiti (le competenze) dello Stato[113]. E il diritto e lo Stato si fondano e si conservano solo attraverso la verità dei rapporti sociali e politici che spetta alla ragione comprendere e ordinare in forma giuridica e politica.

Per arrivare a questa verità che fonda il diritto e lo Stato il punto di partenza è sempre l'individuo, anzi, tutti gli individui con la loro esperienza, legata alla realtà nella quale vivono ed interagiscono, e con le loro azioni; e, grazie a queste, la realtà che viene in rilievo per il diritto e la fon-

[112] G. Capograssi, *Riflessioni sull'autorità e la sua crisi* (1921), Milano 1977.

[113] Non perciò uno Stato re Mida che trasforma in diritto tutto ciò che tocca (H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, 44, "ist der Staat ein König Midas, dem alles, was er ergreift, zu Recht wird"); e neppure uno Stato con poteri illimitati (come afferma H. Kruger, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., Stuttgart – Berlin – Köln – Mainz 1966, 775, per il quale lo Stato è strutturato come "General- und Blankovollmachten").

dazione dello Stato è quella che gli uomini hanno forgiato e che continuamente sono in grado di trasformare sotto la loro diretta responsabilità.

Questo fa capire perché tutta la realtà (compresi diritto e Stato) si spiega e si comprende secondo il rapporto verità-ragione-volontà, imperniato sull'uomo, anzi sulla persona, in cui agiscono tanto la conoscenza empirica, quanto la scienza; e la realtà (compresi diritto e Stato), osservata dalla persona, allora, è in grado di parlare e di esprimere una sua logica e in essa risiede perciò una razionalità che ne costituisce l'intera struttura. L'azione a questo punto diventa il frutto di una volontà responsabile.

Posti in chiaro i termini sin qui adoperati, per determinare definizioni e ambiti del diritto e dello Stato, bisogna porre in evidenza che la verità viene prima della ragione e della volontà (tutto all'opposto della volontà di potenza); la verità, inoltre, è il principio costitutivo della ragione e della volontà[114]; e, infine, la verità costituisce la prima forma di autorità. Come scrive *Capograssi* "la prima autorità e il primo diritto stanno nella verità assoluta, sono la verità assoluta stessa (…). Le radici della vita storica stanno in questa prima idea e in questa autorità da cui discenderanno tutte le determinazioni della vita del diritto e tutto quanto il sistema della pratica"[115].

In questo contesto, per un verso, la volontà, può avere una sola direzione, giusta e dovuta, quella di portare l'uomo dalla verità alla realizzazione di questa nell'ordine delle cose e nel diritto e per mezzo di questo; il che comporta anche che l'uomo si assuma una responsabilità per l'azione. Infatti, poiché la verità è costitutiva della ragione umana, l'individuo deve manifestare la verità nel vivere, e cioè nella vita pratica, nel fare e nel trasformare la realtà concreta[116].

Per l'altro, se la volontà è il principio dinamico del fare, la ragione costituisce il fondamento della libertà dell'individuo, la quale a sua volta è il principio costitutivo della sua volontà, che quando si manifesta non è altro che "la ragione che ha dominato le forze pratiche dello spirito"[117]. Per questi motivi la realtà concreta va riconsiderata a partire dalla presenza ineliminabile dell'individuo ed è il rapporto tra questo individuo libero e la realtà sociale a porre il problema dell'autorità, la cui necessità

[114] G. Capograssi, *Riflessioni sull'autorità e la sua crisi*, cit., 25.

[115] Ivi, 26 s.

[116] Ivi, 15.

[117] Ivi, 14. Lo Spirito per Capograssi esprime l'esigenza di comprendere in quale modo esso, cioè l'attività dell'uomo, costruisca, trasformando l'immediato dato naturale, il mondo umano.

deriva dalla circostanza di garantire attraverso la responsabilità di questa che la volontà, intesa come tensione verso la verità, non si smarrisca, perché altrimenti l'individuo degrada in una condizione fattuale segnata esclusivamente dalle necessità.

L'autorità, perciò, è il mezzo attraverso il quale l'individuo riesce a pervenire alla verità, cioè a comprenderla secondo ragione e a realizzarla e a testimoniarla nella realtà sociale, divenendo persona, portatore di responsabilità tanto politica, quanto sociale, perché la responsabilità della persona è un correlato della sua autorità.

L'autorità, così come permette di arrivare alla verità, perciò, consente di arrivare anche alla legge, alla norma costitutiva del fare degli individui, che dà fondamento alla società umana, quale risultato del fare degli uomini, e se questo legame libertà-verità dovesse venir meno nella coscienza dell'individuo, la società cesserebbe di essere un "mondo umano", con un organico e complesso sistema di relazioni, per disarticolarsi in un informe "coacervo" di cose e di individui, che ripudiano ogni anche minima responsabilità[118]. L'autorità, che si pone nell'individuo, è essa stessa la verità diventata regola di vita.

10. *La verità e l'autorità. La dimensione giuridica: individuo, società e Stato*

Posta in questi termini la questione dell'autorità, è agevole condividere l'opinione di chi vede la prima autorità che produce la realtà sociale e politica proprio nell'individuo che agisce, formando sé stesso in modo responsabile, e che si eleva perciò alla personalità, e la personalità dell'individuo è il primo assoluto diritto da cui derivano tutti i diritti che scaturiscono dall'esperienza degli individui.

È sempre dall'insegnamento di *Capograssi* che attingiamo il principio che "la personalità in quanto si pone, si pone come riduzione di tutta l'esperienza a legge e a giustizia, e il suo carattere è essenzialmente attivo: non è uno stato, ma una continua attività"[119].

Il punto in cui si genera il diritto è la "persona", con quel che l'espressione significa, e si genera come portato di questa e non come frutto

[118] Ivi, 36. "La vita fondamentale della società sta nella comunione della verità (…). Se la coscienza della verità viene meno cessa nella società ogni ordine in sé delle cose tra loro, ogni regola unitaria delle attività umane che compongono l'esperienza sociale".

[119] Ivi, 41.

di un utile, di una forma o dello Stato. La concezione della persona umana, piena di autorità, responsabile e frutto della verità mette in discussione "l'opinione mostruosa", frutto dell'epoca moderna, "che il diritto sia il portato dello Stato"[120]. La volontà dell'individuo, orientata secondo ragione alla realizzazione della verità, genera il diritto e dà fondamento allo Stato. La Costituzione, curandosi della comunità politica, con il catalogo dei diritti e delle libertà e la distribuzione dei poteri pubblici tra gli organi dello Stato, per la quale nessuno di questi è sovrano e assoluto, testimonia questa costruzione dell'ordinamento che deriva dal principio personalista, del quale fanno perciò parte anche i doveri pubblici[121].

È proprio l'idea che il diritto e l'ordinamento giuridico siano creazione dello Stato che il costituzionalismo respinge e, in particolare, la tesi di fondo accolta in modo pressoché acritico che questo pone un ordine deontico proprio, dotato di pieni poteri, assistito dalla forza e per la forza, la quale consentirebbe, per un verso, di immaginare lo Stato come il superuomo o il dio mortale hobbesiano, privo di limiti, o come il re Mida kelseniano, che trasforma in diritto tutto ciò che tocca[122].

Invero, al di là delle contraddizioni logiche, interne a queste costruzioni e sopra evidenziate, qui esse rilevano per avere separato e contrapposto nettamente la società dallo Stato e la morale dallo Stato, prescindendo dalla verità e portando di fatto ad una subordinazione dell'individuo, riducendo il diritto alla mera coercizione.

Perché una società si dia, non come il prodotto dei bisogni e degli interessi individuali, ma della cooperazione umana responsabile, come vero mondo sociale, occorre che l'autorità, frutto della consapevolezza della persona, realizzi una vera unità di tutti e questa unità si realizza

[120] Ivi, 99. Ma nello stesso senso anche C. Esposito, *Consuetudine costituzionale*, in *Encicl. Dir.*, IX, Milano 1961, 454 ss.; N. Matteucci *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, cit., 987 ss.

[121] V. W. Burckhardt, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, 2. Aufl., Zürich 1944, 23 ("Es ist Gegensatz von organisatorischem und materiellem Recht, oder von Verfassungsrecht (in weiteren Sinne) und Verhaltungsrecht") e 123 ss. ("Die Ordnung dieser Zuständigkeit ist die Verfassung der Gemeinschaft; sie macht ihre Organisation aus. Wenn die Verfassung sich ändert sich der Staat. Die Organisation in diesem Sinne ist die (abstrakte) Zuständigkeitsordnung der Rechtsgemeinschaft" [130]); nonché H. Schambeck, *Die Kompetenzzuteilung als rechtsphilosophisches Problem im öffentlichen Recht*, in *Rechtstheorie* 1985, 164 ("Die Freiheit, garantiert durch die Grundrechte, begründet in Verbindung mit den Kompetenzzuteilungen die Möglichkeiten und Pflichten des Staates; in einer Verfassungsordnung müssen die Grundrechte und die Kompetenzzuteilungen geradezu komplementär sein" [167])..

[122] T. Hobbes, *Leviatano*, cit., 143; H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, cit., 44.

per opera dell'autorità, esprimendo e dichiarando il "bene comune", che non è quello sociale, generale, o collettivo, bensì il bene dell'individuo persona vivente nella società che opera per mezzo della volontà razionale e per realizzare la verità insita nella condizione umana. Il fine dell'autorità è, perciò, il *bene comune* e, in ragione di ciò, tra l'autorità e gli individui sussiste una sostanziale identità, in quanto la volontà della prima e quelle dei secondi coincidono; e l'autorità, in conclusione, è volontà che vuole secondo la sua intrinseca razionalità e che si afferma come libertà.

Una visione questa affatto diversa da quella che vuole l'unità politica come il frutto della capacità di dominio totalizzante che dovrebbe sprigionare dallo Stato e da questo svilupparsi nel corpo sociale[123]. Infatti, la vita di una comunità e il progredire di una società è affidato a tutti i partecipanti e il pluralismo sociale non ha solo il compito di definire identità particolari, ma anche quello di risolversi in unità più grandi, sino alla comunità generale e alla comunità delle comunità (*rectius*: dello Stato-ordinamento), attraverso la definizione del bene comune a tutte le parti e a tutti gli individui.

Non perciò una politica della guerra civile mondiale (*Weltbürgerkriegspolitik*), ma una politica nella quale alla contrapposizione "amico – nemico" succeda il concetto di "umanità" che esclude il nemico; e dove, nell'aspra dialettica borghese dell'individuo tra pubblico e privato, in cui prevale il privato, si cambi il paradigma e prevalga la sfera pubblica, per quanto politicamente rischiosa, ma con coraggio e senza pavidità e isolazionismo, come sarebbe ove prevalesse la sfera privata.

In definitiva, l'individuo si deve occupare, più che del nemico, dell'amicizia che rende possibile, al di là del pluralismo sociale, economico e politico, la collaborazione responsabile e la solidarietà, e definisce così la collocazione dell'autorità nella persona e la costruzione della società in modo unitario, sì da giungere alla sintesi dell'insieme degli individui nel popolo che è portatore di una idea/identità che realizza nella storia[124].

Ora, l'autorità richiama, oltre alla formazione della società, anche l'organizzazione politica e ripropone parimenti lo sviluppo dell'ordinamento positivo e il problema della forza.

[123] Il riferimento è ovviamente alla posizione di C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, cit., 33 ss., che culmina nel principio che "sovrano è chi decide nello Stato d'eccezione" e nel potere di sospensione della Costituzione per salvare lo Stato.

[124] V. in proposito le considerazioni A. C. AMATO MANGIAMELI, "Weltbürgerkriegspolitik". *Brevi note sul concetto primario di nemico*, in *Riv. Intern. Fil. Dir.* 1985, 357 ss,

La legge, da questo punto di vista, è l'atto in cui si invera il *bene comune* che regola l'esperienza degli uomini secondo razionalità ed è giusta (più esattamente giustificata) se vero atto di volontà razionale (frutto di verità) e non perché assistita dalla sanzione, secondo il modello coercitivo. Ma, poiché in ogni uomo sussiste il conflitto tra la ragione e le pulsioni e le passioni, e l'individuo resta pur sempre libero di riconoscere, o meno, l'autorità seguendo la sua razionalità, la sanzione non può degradare l'individuo, bensì essere costruita per la restaurazione della verità che rende l'individuo una persona. Che questo compito la comunità politica lo affidi allo Stato, così come le azioni positive volte a realizzare il *bene comune*, non vuol dire che l'autorità si identifica con lo Stato. Anzi, esiste una netta distinzione di collocazione, di struttura e di funzione tra l'autorità e lo Stato.

L'autorità – come detto – è il frutto della volontà razionale, rivolta alla verità, che presuppone il passaggio dell'individuo a persona, essendo collocata in lui e, per suo tramite, nella società che grazie a questa ha un carattere unitario, formando politicamente una comunità di vita che esiste come ordine nei limiti in cui gli individui realizzano la propria personalità[125].

[125] V. M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris 1929, 2e éd., 81-82, B. La comunità nazionale e il sentimento dell'unità della nazione. — La formazione della comunità spirituale sarà il risultato di un lungo lavoro di riflessione, di quello che Michelet magnificamente chiama "un lavoro di sé su sé stesso" compiuto dalla "grande anima" della nazione in formazione" (3).

Questo lavoro sarà quello di un pensiero comune, di una volontà comune, di un sentimento comune. Il pensiero che viene a tutti è che la Nazione costituisce un ambiente di vita in cui è bene vivere. Il desiderio che arriva a tutti è che vogliamo vivere insieme in questo ambiente. Il sentimento che viene a tutti è l'amore per questo ambiente nazionale che prende il nome di Patria.

Niente di tutto ciò presuppone l'esistenza di una coscienza collettiva, l'anima della nazione non è altro che l'idea nazionale con desideri comuni, pensieri comuni e sentimenti comuni (4).

Crediamo che, durante i lunghi secoli che dura la formazione delle nazioni, le popolazioni non rimangano senza un'organizzazione sociale.

Nelle popolazioni giunte alla scena nazionale esiste già il quadro completo della vita civile individualistica, come la intendiamo oggi e che è la vita sociale per eccellenza.

C'è un regime familiare che affonda nelle lontane origini dell'età patriarcale; con l'età sedentaria si instaurò un regime di proprietà privata e di commercio delle merci, ad esso si aggiunse un regime di professioni e mestieri. Nella civiltà antica, che era già nazionale, queste organizzazioni della vita civile costituivano una sorta di diritto comune che i giureconsulti romani chiamavano *jus gentium* e che il diritto civile di ciascuna nazione, però, modificava con particolarità. Questo regime civile rimase l'obiettivo essenziale del regime statale stesso; questo mira a realizzarlo sempre meglio; rappresenta l'ideale nazionale in

La comunità, in tal senso, è fatta da tutti ed è per questo che la forma democratica, la democrazia, corrisponde alla più intima essenza della società, esprime la partecipazione generale e porta, non ad assumere una qualsivoglia decisione, secondo il portato meramente volontaristico, bensì la decisione secondo ragione per perseguire il *bene comune* che sempre rispetta la persona. Una democrazia, perciò, sostanziale e non meramente meccanica, valutativa anche ai fini della propria legittimazione, non avulsa dal giusto e per la quale la verità è tutto.

Lo Stato, in questo contesto, è necessariamente distinto dall'autorità, anzi è altro da questa. Lo Stato è, in primo luogo organizzazione, mette insieme i mezzi per assolvere a quei compiti che la comunità e gli individui non possono assolvere direttamente, secondo la prospettiva del "principio di sussidiarietà"; esso è, infine, un sistema di relazioni tra organi e uffici che costituiscono i meccanismi per far valere la forza esteriore.

In definitiva, la distinzione tra autorità e Stato corrisponde a quella tra la ragione e l'organizzazione per il perseguimento di determinati fini (soprattutto economico-sociali) e l'autorità non si risolve nell'organizzazione dello Stato, né nei fini propri di questa organizzazione; ed è perciò lo Stato che deve immedesimarsi con le esigenze dell'autorità espressa dalla persona: essere una volontà che nello stesso tempo è razionalità e assicura la libertà.

Occorre, perciò, che lo Stato sia aperto e disponibile, che esso appartenga a tutti e che consenta a tutti di realizzarlo, affinché individui e formazioni sociali, con il loro pluralismo, possano esprimere la loro libertà e autonomia, riuscendo a manifestare, i primi, la loro personalità e, le seconde, la propria dimensione sociale.

Questa differenza tra autorità e Stato si mantiene sulla base dell'attività sia dei singoli che dei gruppi, delle formazioni sociali come delle comunità territoriali locali, che realizzano la reale unificazione della società per mezzo della loro autorità che "come volontà razionale nasce e vive in mezzo alla lotta più aspra"[126].

termini di ordine sociale, ed è questo ideale individualista che le Dichiarazioni dei Diritti Umani traducono a modo loro.

[126] G. Capograssi, *Riflessioni sull'autorità e la sua crisi*, cit., 67.

11. *Il tema della sovranità (dell'autorità) nella Costituzione italiana, nel pensiero di Carlo Esposito e Vezio Crisafulli*

Si deve all'insegnamento di *Carlo Esposito*, che per primo commentò l'art. 1 della Costituzione nel 1948[127], la ricostruzione della condizione dell'individuo all'interno del disegno costituzionale in termini tali da definire al contempo il regime politico democratico, rovesciando la relazione con lo Stato e gli organi supremi di questo, che esprimono al massimo livello il potere.

Negando che il concetto di democrazia possa significare "che la maggioranza possa statuire qualunque forma di governo, ma che essa (sia) vincolata a rendere possibile, conservare e perfezionare una forma di governo democratico", non solo Esposito ripudiava l'affermazione che in regime democratico la maggioranza è onnipotente, ma soprattutto definiva i limiti del potere democratico che sarebbero "estesi ed insuperabili, quanto in nessuna altra forma di governo" e la ragione di ciò risiederebbe nella circostanza che "un regime nel quale si riconosce al cittadino, ad ogni cittadino, la capacità di creare diritto, e nel quale si vuole che chi governa consideri il suddito come un potenziale governante; e che non vi siano duci e seguaci; e che sia riconosciuta a tutti i cittadini capaci di curare i propri interessi la capacità di collaborare alla determinazione del comune destino… Un tale regime non afferma solo il principio della pari dignità di ogni cittadino, ma della sovrana dignità di tutti i cittadini" e conseguenzialmente affermava che "una forma di governo democratico esiste solo quando le leggi non neghino agli uomini quella indipendenza, quel valore e quella dignità da cui traggono valore le leggi; e il popolo sovrano non sia reso schiavo dalle leggi"[128].

Questa concezione della democrazia, per Esposito, risulta accolta nell'art. 1, comma 2, "La sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione": "una formulazione sintetica di tutti i principi sulla democrazia"[129]. Sicché, "il contenuto della democrazia non è che il popolo costituisca la fonte storica o ideale del potere,

[127] C. Esposito, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana – Saggi*, Padova 1954, 1-15.

[128] Ivi, 9, che collegava questa impostazione della democrazia alle "dichiarazioni che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo", giacché "il riconoscimento dei singoli diritti dell'uomo hanno senza dubbio la più grande importanza formale e sostanziale, e non vi è dubbio che era opportuno che fossero esplicitamente sancite".

[129] Ivi, 10.

ma che abbia il potere: non già che esso abbia solo il potere costituente, ma che a lui spettino poteri costituiti; e che non abbia la nuda sovranità (che praticamente non è niente) ma l'esercizio della sovranità (che praticamente è tutto)[130].

Ora, la circostanza che la Costituzione assicuri ai cittadini la possibilità di discutere liberamente ogni atto dei governanti, che possa iscriversi in partiti politici per influire sulla politica nazionale, che esista la libertà di stampa, le libere elezioni degli organi di governo e le libere decisioni popolari, e ancora che "le decisioni degli organi supremi dello Stato siano pubbliche e possibilmente prese innanzi al popolo in sedute pubbliche" porta alla conclusione che "la sovranità del popolo esiste solo nei limiti e nelle forme in cui la Costituzione la organizza, la riconosce e la rende possibile, e fin quando sia esercitata nelle forme e nei limiti del diritto"[131].

Questa concezione della sovranità popolare accolta esplicitamente dalla Costituzione, avverte Esposito, "non costituisce un regresso rispetto alla celebrata dottrina della sovranità dello stato". La tesi in parola, infatti, risolverebbe solo formalmente il problema della sovranità, ma non darebbe una risposta definitiva e non soddisfarebbe, in quanto, "oltre la formula, resterebbe il problema sostanziale a chi (a quale persona vivente, a quale complesso di persone) l'ordinamento giuridico, con le sue regole sulla organizzazione dello stato e sulla attribuzione dei poteri, conferisca istituzionalmente il potere supremo di decidere per lo stato; oppure chi abbia tale potere di 'investitura', di 'critica', di 'controllo', di 'direttiva' da doversi considerare la suprema istanza nello stato". A questo problema sostanziale del titolare effettivo della sovranità la Costituzione dà una risposta tecnicamente corretta, aderente al sistema di organizzazione dello stato che essa ha accolto; e di qui, il giudizio che la risposta data dalla Costituzione "segna sotto il profilo della concretezza

[130] *Ibidem*.

[131] Ivi, 11, ciò perché la Costituzione storicamente non è un atto dello Stato(-apparato), bensì è un atto compiuto dal popolo che, per darsi una Costituzione, insieme alla decisione sulla "Repubblica", ha eletto una apposita Assemblea costituente, per organizzare la sua sovranità, per cui "fuori della Costituzione e del diritto non c'è la sovranità, ma l'arbitrio popolare, non c'è il popolo sovrano, ma la massa con le sue passioni e con la sua debolezza". V. anche D. Nocilla, *Popolo (diritto costituzionale)*, in *Encicl. Dir.*, XXXIV, Milano 1985, 341 ss., il quale afferma: "Se la nostra Costituzione considera sovrano il popolo, vuol dire che essa ne fa un'entità capace di volere, di esprimere, cioè, una volontà, per così dire, unitaria" (362).

e della precisione un netto progresso su altre formule adottate da altre costituzioni"[132].

L'orientamento di Esposito risulta ampiamente approfondito da Vezio Crisafulli, che mette in discussione il "dogma" della esclusiva sovranità dello Stato[133], mettendo l'accento sulla duplice accezione del termine Stato: come "Stato-società" e come "Stato-soggetto". Il primo significa "l'intera comunità politicamente organizzata, nella sua unità dialettica di governanti e governati, di autorità e libertà"; il secondo, invece, significa "uno soltanto dei momenti costitutivi di tale fenomeno complessivo, e cioè il governo (in senso largo): quel determinato apparato che, all'interno del gruppo politico, esercita la potestà d'imperio, governa amministra, legifera, entra in rapporti determinati e giuridicamente regolati con altri soggetti, e via dicendo"[134]. "Di qui – secondo Crisafulli – l'equivoco insito nel 'dogma' della esclusiva sovranità dello Stato, quale appare nelle più comuni formulazioni", riferita ora allo Stato persona, ora allo Stato comunità, "quindi al popolo, che sarebbe appunto sovrano in quanto organizzato a Stato"[135].

In questo contesto l'art. 1 della Costituzione è considerato una formulazione testuale "compiuta e perspicua quanto e forse più di quella di tante altre disposizioni generali enuncianti norme-principio"[136], "una disposizione di principio avente un preciso contenuto normativo"; atteso che, "nelle due parti, tra loro complementari, dell'art. 1 è tassativamente definita la struttura essenziale della Repubblica italiana, sia per quanto attiene al regime economico-politico (fondata sul lavoro, democratica), sia per quanto attiene più specificamente alla forma di governo (repubblicana, democratica, fondata sulla sovranità popolare)"[137].

Con l'affermazione che il popolo sia "una tra le numerose e varie *figure soggettive* contenute nel testo costituzionale vigente"[138], Crisafulli supera il complesso di obiezioni che la Dottrina dello Stato utilizza per

[132] C. Esposito, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, cit., 11-12.

[133] V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana* (1954), ora in *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano 1985, 91 ss.

[134] Ivi, 99.

[135] Ivi, 104.

[136] Ivi, 106.

[137] *Ibidem.*

[138] Crisafulli riprende così una tematica, quella delle "figure giuridiche soggettive" nella Costituzione che era stata ampiamente considerata da C. Lavagna, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, in *Studi Ec. Giur. della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari*, XXXVI, 1953, 55 ss.

negare la soggettività, o quanto meno la rilevanza del popolo e ricondurre necessariamente la sovranità allo Stato governo, con una sorta di rappresentanza del popolo[139], e corrobora la qualificazione affermando che "l'esistenza di un popolo italiano, come collettività di soggetti reciprocamente collegati ad unità – pur nelle differenze e nei contrasti degli interessi delle classi e dei gruppi in cui tale unità si articola internamente – da una serie di fattori naturali e teleologici, è un dato incontestabile per qualsiasi ordine di indagini attinenti alle scienze sociali e, prima ancora, per lo stesso senso comune"[140].

Ogni membro del popolo è perciò il riferimento di un complesso di "interessi collettivi", o meglio *politici*, che "presuppongono ed implicano necessariamente l'appartenenza del singolo alla collettività popolare: interessi collettivi, appunto, perché appartenenti a ciascuno proprio, in quanto membro del gruppo; ma non di un qualsiasi gruppo, anche privato, ma in quanto membro del popolo, ossia della comunità politica"[141].

In Crisafulli è così più chiaro il ruolo e il rapporto del singolo componente il popolo con la comunità politica, in quanto "nel nostro sistema costituzionale la suprema potestà di governo non è attribuita al popolo come unità indivisibile, ossia come ad un unico soggetto, ma a tutti i cittadini, membri del popolo, ciascuno dei quali ha un diritto personale di parteciparvi con la propria volontà e perseguendo il proprio orientamento politico"[142]. E qui, ricongiungendosi ad Esposito mette in evidenza che il popolo si realizza in una collettività organizzata, come organizzazione *legale* e organizzazione *volontaria*, grazie anche al riconoscimento ai cittadini di talune libertà fondamentali (soprattutto quelle di tipo collettivo, come riunione, associazione, partiti, sindacati, ecc.) che consentono all'ordinamento statale di pervenire ad organizzare politicamente il popolo e a costituire ulteriori modi di esplicazione della sovranità popolare[143]. Del resto, i riferimenti costituzionali di questa organizzazione politica del popolo per l'esplicazione della sovranità popolare sono espressi,

[139] V. sul punto il ricco lavoro di D. Nocilla, *Popolo*, cit., 363, che giunge ad affermare: "Ci sono, perciò, tutte le premesse perché l'attribuzione al popolo della suprema potestà d'imperio stia a significare che il sistema normativo considera la comunità sottostante (e cioè lo Stato-comunità) some soggetto di diritto; in altri termini il popolo (o, come si è visto, lo Stato in senso largo) è soggetto di diritto non soltanto nell'ordinamento internazionale, ma anche il quello interno".

[140] V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana* (1954), cit., 119 ss.

[141] Ivi, 122.

[142] *Ibidem*.

[143] Ivi, 126 ss.

oltre che da norme specifiche (si pensi agli articoli 17, 18, 21, 39 e 40 e 49), dai principi costituzionali sul riconoscimento tanto delle formazioni sociali (art. 2 Cost.), quanto delle autonomie territoriali (art. 5 Cost.), in cui all'individuo spettano diritti e poteri, ma anche doveri di solidarietà, il cui adempimento consente di costituire e rendere funzionante la dimensione politica, economica e sociale[144].

Così, in conclusione, lo Stato soggetto si configura come strumento, non esclusivo, mediante il quale il popolo esercita, per una parte più o meno estesa, la sovranità, di cui è, e rimane, il titolare"[145] e, in questo senso, non i cittadini (il popolo) appartengono (appartiene) allo Stato, ma viceversa è lo Stato che appartiene ai cittadini, al popolo.

Il carattere democratico più avanzato dell'ordinamento costituzionale italiano deriva dalla circostanza che la cornice della rappresentanza, in cui il popolo si esprime, sia pure nella forma del corpo elettorale[146], si articola in un contesto che vuole "dare al principio della sovranità popolare una concretezza di contenuto quale raramente si riscontra in altre esperienze costituzionali muoventi anch'esse da tale principio", e ciò in particolare vale per le disposizioni che dettano "un ordinamento della società civile tale da assicurare a ciascuno una effettiva libertà ed eguaglianza, mettendo insomma a base della democrazia politica la democrazia economica"[147].

Anche in questo punto tra Esposito e Crisafulli sussiste una continuità, perché la relazione democratica si estrinseca: a) nella determinazione della sfera politica, per la quale la Costituzione attribuisce al popolo, *rectius*: a ciascun cittadino, il concreto esercizio di poteri che orientano le scelte dello Stato-apparato e che ne consentono il controllo; e b) nella relazione tra sfera politica e sfera economica che – come Esposito aveva molto bene messo in evidenza nell'esame dell'art. 3, comma 2, Cost.[148] – richiede "un minimo di giustizia sociale", al fine di consentire una com-

[144] Sul tema dei doveri v. G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano 1967.

[145] V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana* (1954), cit., 138.

[146] Per i temi della capacità del popolo (lo Stato in senso largo) di manifestare la propria volontà attraverso, sia lo Stato-persona, e non solo da parte degli organi rappresentativi (si consideri che "La giustizia è amministrata in nome del popolo", art. 101, comma 1, Cost.), e sia il corpo elettorale, ancorché non si dia una riduzione del popolo al corpo elettorale, v. D. NOCILLA, *Popolo*, cit., 364 ss. e 370 ss.

[147] V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana* (1954), cit., 145.

[148] C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana – Saggi*, cit., 17 ss.

piuta "partecipazione 'sociale' 'economica' e 'politica' dei cittadini all'organizzazione del Paese"[149].

In definitiva, così, per entrambi gli Autori considerati, il rapporto "individuo, popolo, sovranità", nella "Repubblica", si sostanzia nella previsione che l'individuo agisca nell'ambito del popolo sovrano e che la sovranità del popolo, di fronte alle decisioni che si assumono direttamente o indirettamente in suo nome, non sia mai tale da mettere in discussione la garanzia dei diritti e delle libertà degli individui.

12. *La crisi, la globalizzazione e la rete: le risposte del costituzionalismo*

Che la razionalità nel corso degli eventi storici si possa perdere è fin troppo evidente; e quando questo è accaduto non solo la verità, frutto dell'intelligenza razionale, è venuta meno, ma anche la libertà degli individui e dell'intera società è stata messa in discussione e la volontà di potenza ha avuto il sopravvento. Tutto ciò determina la crisi dell'autorità, come tratto della personalità umana, e l'affermazione dell'autoritarismo statale. Lo Stato non sarebbe più organizzazione dell'autorità espressa secondo ragione, bensì autorità di sé stesso e autorità di chi lo occupa.

Il passato avrebbe dovuto ammaestrarci in tal senso, ma crisi della ragione sono pur sempre possibili, soprattutto quando le difficoltà del reale sembrano precludere soluzioni ragionevoli.

La mirabile costruzione dello "Stato di diritto", fatta di equilibri e composta di elementi ben noti alla scienza del diritto costituzionale, quali i diritti e le libertà, la divisione dei poteri, la democrazia e l'autonomia delle formazioni sociali (corporative e territoriali) può sempre essere messa in discussione e il tempo presente ne è proprio l'esempio.

Nato sull'onda delle rivoluzioni del XVIII secolo, lo "Stato di diritto" ha affinato i suoi strumenti attraversando la crisi dello Stato del primo dopoguerra, passando per regime autoritari terribili e le vicende tremende della seconda guerra mondiale. Le Costituzioni del secondo dopoguerra in Europa sono state la sintesi di un nuovo percorso di libertà e cooperazione, insieme alla ricerca della pace con forme nuove di integrazione europea e internazionale.

Eppure, proprio oggi i principi dello "Stato di diritto" sembrano in crisi e sono oggetto di ampie polemiche e forti discussioni politiche anche

[149] Ivi, 62 ss.

lì dove questo sembrava essere stato realizzato. A volte, queste discussioni spingono verso riforme costituzionali che propongono semplificazioni dell'assetto di governo, trascurando le riduzioni che ne derivano per la democrazia e le libertà, sacrificano soprattutto i diritti dei cittadini.

Per spiegare meglio la crisi dello "Stato di diritto", consideriamo innanzi tutto i sistemi politici contemporanei dei paesi democratici, che sembrano affetti da una malattia incurabile che sta erodendo ovunque la partecipazione popolare e, con molta probabilità, se si riflette, ciò accade perché non tutti i principi di costruzione della democrazia vengono rispettati[150]. Dalla cetualizzazione della classe politica, alla manipolazione, se non alla sottrazione, dei diritti elettorali dei cittadini elettori, al connubio con poteri privati forti economicamente e in grado di possedere la tecnologia più sofisticata per una sorveglianza diffusa e capillare attraverso la rete, i sistemi politici democratici sembrano essere preda di pulsioni illiberali; così il discorso politico tende prepotentemente a concentrare il potere e a porre nel nulla le garanzie istituzionali disegnate dalla Costituzione; il dibattito pubblico vira prepotentemente verso nuove forme plebiscitarie e, di fatto, autoritarie, caratterizzate dalla mancanza di pubblicità (*Öffentlichkeit*).

Tutti i poteri istituiti dalla Costituzione sembrano avere uno slittamento di senso: la legislazione sotto l'egida dell'emergenza riduce le libertà, e l'equilibrio dei poteri disegnato dalla storia del costituzionalismo tende a sbiadire, la centralizzazione del potere statale in capo al governo a discapito dello stesso legislatore e delle autonomie ne è un ulteriore esempio.

I governi allargano i loro poteri legislativi ed esecutivi, per mettere in un angolo il conflitto politico, di spoliticizzarlo con istanze tecniche. A tal riguardo, la giustizia costituzionale è la forma più fine di spoliticizzazione del conflitto politico, dandogli forma giuridica apparentemente neutrale; tuttavia, la spoliticizzazione è destinata a ri-politicizzarsi nelle mani dei giudici costituzionali e a diventare non applicazione dei principi costituzionali, bensì adattamento di questi alla volontà politica dominante. La giustizia costituzionale diventa molto spesso non un potere sulle leggi, bensì un potere sulla Costituzione, un potere analogo alla revisione costi-

[150] V. l'analisi di C. Crouch, *Postdemocrazia*, trad. it., Roma-Bari 2005; nonché Id., *Combattere la postdemocrazia*, Bari 2020, dove ribadisce che i neoliberisti vogliono "istituzioni formalmente adeguate a svolgere la loro funzione basilare, ma svuotate di energia democratica" (154).

tuzionale, in grado di portare a compimento delle vere e proprie rotture costituzionali[151].

Insomma, i diritti e le libertà incontrano sempre maggiori limitazioni, il più delle volte di fatto, con l'accentuarsi dell'ineguaglianza, per via anche della trasformazione dei rapporti economici determinato dalla globalizzazione, ma altresì per via dei cambiamenti introdotti nell'equilibrio dei poteri, che traduce le relazioni costituzionali in rapporti di forza.

Anche in questa nuova crisi del costituzionalismo, in cui gli ancoraggi garantisti per l'individuo sembrano svanire e la società civile sembra dimentica della necessità di cooperazione, la fiducia nella legge, la fiducia nei giudici vengono meno e legalità e giustizia non sono più alla portata dell'uomo semplice.

Così, alla certezza e alla sicurezza dei diritti si sostituiscono ora la paura verso il potere e verso gli altri, le formazioni sociali appaiono indebolite e le sedi di partecipazione annichilite. L'individuo sembra vivere una condizione di isolamento. Non è un caso che anche la pace internazionale è scossa, per non parlare della condizione della stessa Unione europea, ferma ormai da tempo tra la forma di mero contenitore di Stati, legati da regole del libero scambio, e l'aspirazione a diventare una federazione di Stati con una forte soggettività internazionale.

Questa crisi non tocca solo le democrazie europee, ma scuote tutto l'occidente che è costretto così a confrontarsi in una condizione di debolezza con quegli Stati che non hanno un assetto democratico, disconoscono i diritti umani e praticano una politica di potenza, anche per via dei grandi spazi che governano e della tecnologia bellica ed economica di cui sono proprietari[152].

La società è stata definita "liquida" e il mondo appare senza più una verità e tutto diventa opinabile anche nelle c.d. scienze dure. Nel mondo del diritto tutte le decisioni sono ormai scelte di parte, misure di consenso, distanti dalla discussione sul "bene comune"; e i processi, tanto civili, quanto penali, non più strumenti di accertamento della verità, bensì tecniche per mettere in discussione le prove, per iniettare il ragionevole dubbio e produrre sentenze incerte e discutibili.

[151] Per una critica al ruolo della giustizia costituzionale v. C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione* (1931), trad. it., Milano 1981; nonché C. ESPOSITO, *Costituzione, legge di revisione della Costituzione e «altre» leggi costituzionali*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, III, Milano 1963, 189 ss.

[152] V. S. MANGIAMELI, *Stato e globalizzazione. Le nuove sfide del costituzionalismo*, in *Diritto e Società*, 2020, 1-31

Ritorna il tema iniziale. Esisterebbero, perciò, tante verità quante sono le opinioni?

Se è così, allora si tratta di verità soggettive che ognuno vuole imporre agli altri senza preoccuparsi di dare un fondamento oggettivo e trascendente alla verità di cui si sente portatore. Vengono meno anche le ragioni del "dialogo".

Non è un caso che anche la filosofia contemporanea operi una riduzione della trascendenza all'immanenza e, al contempo, faccia dell'immanenza una vera dimensione dell'assoluto. L'individualità diventa individualismo totale, senza alcuna azione di crescita verso la personalità, senza universalità di pensiero legata alla verità, ma semplicemente assolutizzazione della condizione finita dell'uomo, e ciò comporta che l'individuo si esprime solo nell'immediatezza e senza la possibilità di realizzare una esperienza.

La verità cessa di essere una condizione della realtà pubblica e della politica, e diventa un fatto di coscienza interiore del singolo. Le tesi di *Hobbes*, che avevano rimosso la verità rispetto alla vita pubblica, tornano prepotentemente di attualità e con esse anche la filosofia dello Stato assoluto, non nella forma dell'assolutismo regio del XV e XVI secolo, ma nelle forme contemporanee di affidare allo Stato ogni legittimazione, così come il potere di interpretare e definire la società e il ruolo dell'individuo. In questo modo, alla fine, la verità si identifica con lo Stato, in quanto è la versione dello Stato ad essere la sola garantita. Non è un caso che l'interprete più autentico di questa visione finisce con l'essere Carl Schmitt con la sua "teologia politica", che ancora nel 1969, di fronte ai movimenti di contestazione, contrappose la razionalità giuridica e lo Stato, parteggiando per lo Stato che, sulla base della contrapposizione tra "amico e nemico", si legittima senza la necessità di una giustificazione[153]. Lo Stato stesso si fattualizza e si riduce nuovamente alla forza e il diritto si risolve nella mera forma, rispetto alla quale i contenuti perdono di significato. La democrazia viene svuotata di sostanza, per via della riduzione della personalità dell'individuo.

Anche la globalizzazione sembra aggravare la precarietà dell'individuo e non solo dal punto di vista materiale. Questa, infatti, non è un processo internazionale di integrazione economica, ma il frutto di un *mix*, fatto di riduzione della società e dello Stato all'economia, di tecnologie

[153] C. Schmitt, *Teologia politica II. La leggenda della liquidazione di ogni teologia politica* (1970), trad. it., Milano 1992, 90 ss.

avanzate che danno vita ad un mercato finanziario interconnesso, che accumula grandi risorse, e di sistemi produttivi delocalizzati, che creano due povertà: la prima nel luogo in cui l'impresa viene tolta, la seconda nel luogo in cui si insedia, perché l'impresa si sposta per sfruttare le ricchezze umane e non per elargire ricchezza[154].

In questo contesto lo Stato non è più il regolatore dell'economia e il mercato globale ha determinato un cambiamento della sua posizione: non più garante della ricchezza nazionale, della sua crescita e dello sviluppo sociale, ma semplicemente si limita ad appurare la povertà dell'economia nazionale ed è messo in difficoltà dagli effetti della globalizzazione. L'"economia" sfugge progressivamente al controllo politico; e lo Stato non può toccare nulla che riguardi la vita dell'economia; qualsiasi passo in quella direzione vedrebbe una immediata e furente reazione punitiva dei mercati mondiali.

L'impotenza economica dello Stato sarebbe ancora una volta messa immediatamente in luce, umiliando i governi *pro tempore* in carica. Gli Stati non hanno sufficienti risorse o libertà di manovra per sopportare la pressione della globalizzazione, i loro apparati e la loro organizzazione, che assicuravano ai cittadini beni e servizi pubblici, diventano insostenibili economicamente e prestazioni e diritti sociali sono drasticamente ridotti.

Ciò ha fatto dire che non c'è più una sovranità forte dello Stato e alcuni autori sostengono che "non c'è alcuna contraddizione né logica né pratica tra la nuova extraterritorialità del capitale ed il nuovo proliferare di stati deboli ed impotenti". Anzi, si è sviluppato "un interesse rilevante per la 'debolezza statale', per stati *deboli* ma tuttavia tali da *rimanere stati*", perché "quasi-stati deboli possono essere facilmente ridotti all'(utile) ruolo di commissari locali di polizia, che assicurano quel minimo ordine necessario per mandare avanti gli affari anche se non vanno temuti come freni efficaci per la libertà delle imprese globali"[155]. Gli individui si riducono alla misura economica di produttori e consumatori, senza più personalità e i governi si trasformano in esecutori e plenipotenziari di forze che non hanno alcuna speranza di controllare sul piano politico.

Ora, di fronte ad una situazione del genere, peraltro entrata in crisi per via di fratture dovute ai conflitti armati e alla modificazione delle relazioni internazionali che impongono cambiamenti profondi nelle

[154] U. Beck, *Che cos'è la globalizzazione*, trad. it., Roma 1999, 25.

[155] Z. Bauman, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Bari-Roma 1998, 76-77.

reciproche interdipendenze tra le diversi parti del mondo, "l'essenziale – come afferma *Capograssi* – è che l'individuo esca da questo stato di barbarie e di passività nel quale si è cacciato"[156].

In altra sede[157], affrontando queste considerazioni, si è cercato di indicare quale punto saliente di svolta la ripresa dei principi del costituzionalismo come elemento proprio della tradizione culturale occidentale e come strumento di confronto con le altre culture, che vivono gli stessi problemi, in quanto la condizione umana è universale e prescinde dalla religione, dalla condizione economica e dalla posizione geografica. Gli interrogativi individuati sono quelli anche qui evidenziati: la pace, i diritti fondamentali, la ripresa di senso dell'autorità, della società e dello Stato e l'apertura di questi – come mostrano molte costituzioni – verso un ordine internazionale che "assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni", attraverso la creazione di istituzioni sopranazionali e internazionali di collaborazione e di promozione dei principi universali[158].

In questa sede, tenendo conto che nel mondo occidentale, le istituzioni del costituzionalismo (diritti fondamentali, democrazia e prossimità del potere) stanno subendo uno snaturamento, per cui si assiste ad una perdita di senso della stessa tradizione occidentale rappresentata dallo Stato di diritto sociale decentrato[159], non basta invocare una semplice ripresa dei principi dello "Stato di diritto" e la costituzionalizzazione dei processi internazionali. Si tratta, infatti, di sapere come restaurare l'autorità che è "creazione etica e volontà razionale e concreta". Questa restaurazione non può essere compiuta dalla forza esteriore e cioè dal sistema coercitivo dello Stato, ma solo dall'azione che si esprime nell'esperienza di tutti gli individui.

Un punto di partenza, in questa direzione, per ricostituire l'autorità portato degli individui-persona e della società sembra darsi grazie all'autonomia delle formazioni sociali e decisivo appare, in tal senso, il recupe-

[156] G. Capograssi, *Riflessioni sull'autorità e la sua crisi*, cit., 223.

[157] S. Mangiameli, *Stato e globalizzazione. Le nuove sfide del costituzionalismo*, in *Diritto e Società*, 2020, 1-31.

[158] V. G. Capograssi, *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e il suo significato,* ora in *"La città fraterna",* testi presentati da U. Villani, Milano 1988, 57-71; N. Bobbio, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo,* in N. Bobbio, *li problema della guerra e le vie della pace,* Bologna 1979, 129; A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo,* Roma-Bari 1988.

[159] V. S. Mangiameli, *Appunti sullo Stato sociale sussidiario*, in *Teoria del Diritto e dello Stato*, 2002, 235-249.

ro del ruolo del popolo e dell'individuo come autorità, da contrapporre alla forza dello Stato.

A tal riguardo, non si tratta solo di fare partecipare la generalità dei cittadini al voto, ma di considerare che questa generalità è costituita da individui; e, perciò, politicamente è necessario che l'individuo, carico delle sue responsabilità, torni ad essere autorità, cioè libera e autonoma personalità, esercitando i suoi diritti e valorizzando la sua personalità, quale razionalità e volontà di verità, ciò che fa sussistere la società e lo Stato anche nell'era digitale[160].

[160] V. S. Mangiameli, *La sovranità digitale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2023, 279 ss.

SAGGI

Francesco Rimoli

SULLA DIGNITÀ "IN SENSO OGGETTIVO" COME ARGOMENTO GIURIDICO*

SOMMARIO: 1. I mille volti della dignità. – 2. Dignità in senso oggettivo? – 3. Dignità del vivere e dignità del morire. – 4. La funzione sistemica della dignità.

1. *I mille volti della dignità*

Com'è facile rilevare, il concetto di dignità umana è da tempo uno dei più indagati sul piano giuridico[1], ed è ampiamente utilizzato sia sul piano della giurisprudenza costituzionale (laddove è talora, si pensi anzitutto all'art.1 del *Grundgesetz*, posto a base dell'intero ordinamento)[2], sia su

* Il presente scritto è destinato al *Liber amicorum* per Salvatore Prisco.

[1] La letteratura giuridica in tema è vastissima, ma utili sintesi dell'evoluzione del concetto si trovano in S. PRISCO, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, in *BioLaw Journal* (www.biodiritto.org), n. 2/2019, 61 ss.; P. RIDOLA, *Il principio libertà nello Stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino 2018, 235 ss.; si leggano inoltre gli studi di A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli 2012; EAD., *Dignità. Le contraddizioni*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, III, Torino 2016, 1785 ss.; G. SERENO, *La dimensione costituzionale della dignità umana. Da concetto filosofico a elemento normativo di diritto positivo*, Roma 2016; ID., *La dignità umana nella Costituzione italiana e nell'ordinamento europeo*, in D. MORANA (a cura di), *I diritti costituzionali in divenire. Tutele consolidate e nuove esigenze di protezione*, Napoli 2023, 41 ss.; F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, II ed., Torino 2018; una sintetica ma efficace trattazione generale del tema è anche in M. ROSEN, *Dignità. Storia e significato* (2012), tr. it., Torino 2013; sul più specifico tema della tutela della dignità in ambito carcerario, M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli 2011.

[2] Mentre nella Costituzione italiana il termine è opportunamente usato con parsimonia, e con significati diversi, negli articoli 3, co.1 (per il quale tutti i cittadini hanno "pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge"), 36, co. 1 (al lavoratore e alla sua famiglia deve garantirsi "un'esistenza libera e dignitosa"), 41, co. 2 (l'iniziativa economica privata trova, tra gli altri, il limite della "dignità umana"); ma l'art.48, co.4, prevede anche che il diritto di voto possa essere limitato anche nei casi di "indegnità morale" indicati dalla

quello della giurisprudenza comune: in realtà, come ben si è rilevato, la dignità diventa nei casi più difficili una sorta di *trump card*, in apparenza capace di chiudere il discorso benché, in realtà, affatto evanescente nei contenuti, e come tale sostanzialmente insufficiente sul piano argomentativo[3].

Tuttavia, se ne rileva sovente la natura di "principio supremo", anzi se ne raffigura una vera "*supremitas*", tale da far sì che la dignità umana si innalzi «a criterio di bilanciamento di valori, senza che essa stessa sia suscettibile di riduzioni per effetto di un bilanciamento». Dunque, si è detto, *«essa non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima»*[4]. Da altri si è riconosciuto nella dignità un "metadiritto", capace di guidare al riconoscimento di altri diritti fondamentali[5], e si è posto il concetto in relazione anche con la sempre problematica e sfuggente prospettiva della responsabilità intergenerazionale[6]. In realtà, far assurgere la dignità a tale ruolo rischia, al di là di ogni retorica, di rendere ancor più incerta e difficile la soluzione di certi problemi, poiché il tratto di

legge. Ovviamente, il concetto, in via interpretativa, può ritenersi implicato anche in altre disposizioni della Carta, a partire dal principio personalista di cui all'art.2 (si veda, tra molti, M. Ruotolo, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà. Dal "diritto alla sicurezza" alla "sicurezza dei diritti"*, Napoli 2012, 132 ss.). Sul dibattito tedesco intorno all'art. 1 *GG* si veda P. Ridola, *op. cit*., 261 ss.

[3] Si veda in proposito R. Bin, *La Corte, i giudici e la dignità umana*, in *BioLaw Journal* (www.biodiritto.org), n. 2/2019; l'idea dei diritti come "*trump cards*" è, com'è noto, espressa da R. Dworkin, *Rights as Trumps*, in J. Waldron (ed. by), *Theories of Rights*, Oxford 1984, 153 ss. (adattamento di Id., *Abbiamo un diritto alla pornografia?* (1981), tr.it. in *Questioni di principio*, Milano 1990, 312 ss., ma spec. 343 ss.). Il concetto di dignità dell'uomo è stato però anche oggetto, nel tempo, di forti critiche: così A. Schopenhauer, *Il fondamento della morale* (1837), tr.it., Roma-Bari 2005, 168, icasticamente lo definisce come «lo *scibboleth* di tutti i moralisti sconsigliati e spensierati», che lo posero, da Kant in poi, a coprire la mancanza di un fondamento vero della morale. Peraltro, Schopenhauer ritiene la concezione kantiana della dignità come valore assoluto una *contradictio in adiecto*, giacché «ogni valore è la valutazione di una cosa in confronto con un'altra, cioè un concetto comparativo e quindi relativo: questa relatività costituisce appunto l'essenza del concetto di valore» (ivi, 168-169; sul punto anche M. Rosen, *op. cit*., 3 ss).

[4] Così G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Rivista AIC* (*www.rivistaaic.it*), 14 marzo 2008 (corsivo dell'a.); sul punto anche B. Malvestiti, *Criteri di non bilanciabilità della dignità umana*, in M. Cossutta (a cura di), *Diritti fondamentali e diritti sociali*, Trieste 2012, 113 ss.

[5] A. Ruggeri, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consultaonline* (*www.giurcost.org*), 2/2018, 392 ss., ma spec. 395 ss.; Id., *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi* (*www.federalismi.it*), n.17/2013.

[6] Sul punto, tra gli altri, U. Pomarici, *Dignità a venire. La filosofia del diritto alla prova del futuro*, Napoli 2019, 15 ss. e 105 ss.

soggettività intrinsecamente connesso ai contenuti del concetto in esame finisce infine con l'impedire, ben più che favorire, la condivisione delle decisioni che su esso si basino.

D'altronde, vero è che la dignità è intesa come una sorta di estremo baluardo avverso ogni aggressione alla sfera di libertà dell'individuo da molti documenti giuridici, a tutti i livelli: per fare solo qualche esempio, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea afferma nel Preambolo che «l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà», e, all'art.1, che «la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata» (l'intero capo I è intitolato alla dignità)[7]; il Protocollo addizionale n.13 della CEDU, approvato nel 2002, abolisce la pena di morte negli Stati aderenti per l'ovvia tutela del diritto alla vita e per «il pieno riconoscimento della dignità inerente a tutti gli esseri umani»[8]; ma già il Preambolo della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 considera che «il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo», e si potrebbe continuare[9].

La dignità, declinata in senso universalistico ma rigidamente oggettivo, è altresì da sempre concetto centrale del Magistero cattolico, che di recente ha di nuovo affrontato il tema, affermando che «una dignità infinita, inalienabilmente fondata nel suo stesso essere, spetta a ciascuna persona umana, al di là di ogni circostanza e in qualunque stato o situazione si trovi»; dunque «la Chiesa, alla luce della Rivelazione, ribadisce e conferma in modo assoluto questa dignità ontologica della persona umana»[10].

[7] Sul punto, tra molti, B. Malvestiti, *La dignità umana dopo la "Carta di Nizza". Un'analisi concettuale*, Napoli, 2015; G. Monaco, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *www.forumcostituzionale.it* (s.d.).

[8] Estendendo anche al caso di guerra il divieto già previsto dal Protocollo addizionale n.6 del 1983.

[9] Ovviamente, il tema della dignità è da molto tempo centrale anche nella giurisprudenza delle Corti europee: sul punto già F. Politi, *Il rispetto della dignità umana nell'ordinamento europeo*, in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo. I. I princìpi dell'Unione*, Milano, 2006, 43 ss.; P. Ridola, *op.cit.*, 285 ss. A riprova dell'ambiguità del termine, però, si noti che anche la Costituzione ungherese del 2012, da molti letta quale paradigma di una democrazia illiberale, afferma nel Preambolo che la dignità «è la base dell'esistenza umana», dichiarandola altresì, nell'art. II della parte prima, "inviolabile".

[10] Sono parole contenute nel n.1 della *Dichiarazione* Dignitas infinita *circa la dignità umana,* del Dicastero per la dottrina della Fede, approvata dal Pontefice il 25 marzo 2024 e pubblicata l'8 aprile dello stesso anno; da notare che, in modo alquanto sorprendente,

In realtà, la dignità, intesa come valore, costituisce uno di quei punti di intensione assiologica su cui tutti sembrano essere d'accordo, salvo poi rendersi conto del fatto che, al momento di trarne conseguenze concrete, i contenuti di cui il concetto stesso deve riempirsi sono assai diversi tra loro.

Meglio partire allora dalla considerazione che la dignità «non è in nessun modo una dotazione naturale, come si presume che siano certe qualità fondamentali dell'intelligenza», e «non è nemmeno, semplicemente, un "valore" che, in base ad una determinata dotazione naturale, un uomo "ha" o "porta in sé"». Essa corrisponde piuttosto a «un'esigenza di rappresentazione», e «deve essere costituita», in quanto «è il risultato di rappresentazioni difficili, relative a interessi generali del sistema della personalità, in parte consce in parte inconsce ed è, nella stessa misura, il risultato di una continua cooperazione che, ugualmente, può essere praticata in modo conscio o inconscio, latente o trasparente – ma mai nella forma della comunicazione esplicita, poiché sarebbe un errore di rappresentazione»[11].

poche righe più avanti lo stesso testo afferma che «fin dall'inizio della sua missione, sulla spinta del Vangelo, la Chiesa si è sforzata di affermare la libertà e di promuovere i diritti di tutti gli esseri umani» (n.3), forse dimenticando alcuni secoli di torture e condanne capitali inflitte dalla Santa Inquisizione. Ma, a ben vedere, anche in quei casi a prevalere non era forse una negazione della dignità, quanto piuttosto quella declinazione etico-deontologica della stessa che considerava inquisiti e condannati "indegni" della vita loro donata e dunque meritevoli dei tormenti loro inflitti, a riprova dell'enorme varietà di significati che al concetto di dignità possono essere connessi. Peraltro, lo stesso concetto cattolico di "persona" è non privo di ambiguità, contenendo in sé un forte fattore deontologico; la dignità è comunque citata e utilizzata in moltissimi documenti magisteriali: si veda per esempio il costante riferimento al concetto presente nell'esortazione apostolica di papa Francesco *Evangelii gaudium* (24 novembre 2013).

Da notare che, forse non per caso, anche nella recente sentenza n. 135/2024 della Corte costituzionale si afferma che "ogni vita è portatrice di una *inalienabile dignità*, indipendentemente dalle concrete condizioni in cui essa si svolga" (c.i.d., punto 7.3, corsivo mio). Il riferimento del giudice a una dignità "innata" è chiaro, anche se, così formulato, rischia di "provare troppo", perché se si ritiene che la dignità sussiste (e persiste) ontologicamente e necessariamente in qualunque vita, anche la più misera e vessata, si elide la necessità di una sua tutela, l'intangibilità diventando un dato del *Sein* e non del *Sollen*. Detto altrimenti, è un'affermazione che certo serve a sottrarre forza all'argomento della vita ritenuta dal soggetto che soffre "non più degna di essere vissuta", ma certo non rassicura chi soffre e chi, empaticamente, si immedesima nel sofferente, consapevole di poter essere, presto o tardi, nelle stesse condizioni.

[11] Così N. Luhmann, *I diritti fondamentali come istituzione* (1965-1999), tr. it., Bari 2002, 119-120, ove il sociologo e giurista rileva, in un'opera giovanile in cui sono però presenti molti spunti, anche lessicali, che saranno precisati nel suo pensiero più maturo, che «la dignità è uno dei beni più sensibili dell'uomo, perché è così fortemente genera-

Se dunque la dignità è frutto di rappresentazione, e altresì di *auto*-rappresentazione[12], è evidente che i contenuti di essa potranno variare in modo assai rilevante, risentendo in modo determinante della cultura entro cui il soggetto è inserito, del riconoscimento della comunità di comunicazione cui appartiene[13], nonché della gerarchia valoriale in questa prevalente: così, per esempio, l'autorappresentazione della dignità del cittadino ligio alla legge dello Stato sarà ben diversa da quella dell'appartenente a un'organizzazione mafiosa, perché diversa sarà la sua autocomprensione sociale e la sua reazione dinanzi a vere o presunte violazioni di una dignità assai dissimile nei due contesti, e soprattutto diversi saranno i suoi valori e modelli etici di riferimento (in primo luogo in ordine a concetti come quelli di dignità e onore).

Così impostato il problema, possono essere lasciati sullo sfondo i molti tentativi di delineare diversi "tipi" di dignità, per esempio distinguendo una dignità "ontologica o innata" da una "esistenziale o acquisita"[14], oppure, all'interno del concetto medesimo, un "tratto personologico" da uno "eudemonologico" e da uno "deontico"[15], ovvero una "teoria della dotazione" da una "della prestazione"[16]: tentativi diversi, qui menziona-

lizzata che tutte le sue particolarità riguardano l'uomo nel suo complesso. Una singola deviazione, una singola indiscrezione la può distruggere in modo radicale».

[12] *Ibidem*: «L'autorappresentazione è quel processo che fa diventare persona l'uomo che comunica con altri uomini, costituendolo nella sua umanità. L'uomo non può usare la sua personalità, se la sua autorappresentazione non ha successo, se non ha dignità». In una prospettiva sistemico-funzionalistica esaminano la dignità anche K.-H. Ladeur, I. Augsberg, *Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat. Humangenetik-Neurowissenschaft-Medien*, Tübingen, 2008. Sul tema della rappresentazione è altresì d'obbligo un riferimento a E. Goffman, *La vita quotidiana come rappresentazione* (1959), tr.it., Bologna, 1969, spec. 29 ss., che definisce con tale termine «tutta quell'attività di un individuo che si svolge durante un periodo caratterizzato dalla sua continua presenza dinanzi a un particolare gruppo di osservatori e tale da avere una certa influenza su di essi» (ivi, 33).

[13] Su tale concetto, K.-O. Apel, *L'*apriori *della comunità di comunicazione e i fondamenti dell'etica*, in Id., *Comunità e comunicazione* (tr.it.parz. di *Transformation der Philosophie*, 1973), Torino, 1977, 205 ss.

[14] In tal senso M. Ruotolo*, op. cit*., 126.

[15] Così B. Malvestiti, *op. cit*., 116 ss.

[16] H. Hoffmann, *La promessa della dignità umana*, in *Riv. int. fil. dir*., 76 (1999), 625 ss. È da notare che, nella dottrina cattolica recente, la *Dignitas infinita* distingue quattro tipi di dignità: ontologica, morale, sociale ed esistenziale. Tuttavia, mentre la prima è in sé incancellabile, perché legata alla stessa esistenza della persona, già la seconda può essere violata dalla persona stessa che eserciti la sua libertà comportandosi in un modo «che "non è degno" della sua natura di creatura amata da Dio e chiamata all'amore degli altri» (n.7).

ti tra molti altri, ma accomunati dal fine di rendere riconoscibile, sulla scorta di una prospettiva kantiana talora ancorata a certe ascendenze del pensiero antico[17], un *quid* di "intangibilità", un nucleo invalicabile di tutela di un presunto contenuto essenziale del diritto alla dignità inteso come diritto a un bene ontologicamente legato all'individuo, ossia legato al mero fatto della sua stessa esistenza.

Ma «mentre la teoria della dotazione ha una pretesa di universalità, quella della prestazione riconosce dignità solo agli uomini che l'hanno conquistata secondo gli standard culturali dominanti», e ciò rende ragione della concezione oggi prevalente nella nostra civiltà occidentale. Infatti, «l'etica dell'onore e quella del lavoro sono state e sono, pertanto, fonte di disuguaglianza sociale», mentre «l'etica dei diritti, oggi prevalente, si basa sull'idea che a tutti si deve un'eguale considerazione e rispetto e che la dignità umana è inviolabile»[18].

Il fine sotteso a tali distinzioni è del tutto condivisibile: ma, per quan-

[17] Il riferimento è ovviamente a I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi* (1785), parte II: «agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona sia in quella di ogni altro, sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo» (tr.it, Roma-Bari, 1970, 61); ID., *La metafisica dei costumi* (1797), Dottrina degli elementi dell'etica, parte II, sez. II: «il rispetto, che io ho per un altro o che un altro può esigere da me (*observantia aliis praestanda*), è dunque il riconoscimento di una dignità (*dignitas*) negli altri uomini, cioè di un valore che non ha nessun prezzo, nessun equivalente con il quale si possa scambiare l'oggetto dell'estimazione (*aestimii*)» (tr.it., Roma-Bari, 1989, 333); sul punto D. VON DER PFORDTEN, *Sulla dignità umana in Kant*, in *La Cultura*, 2/2011, 209 ss., che rileva come Kant non usi con costanza il sintagma "dignità umana" (*Würde des Menschen*), ma lo alterni con altri, soprattutto con "dignità di un essere razionale" (*Würde eines vernünftigen Wesens*) e "dignità dell'umanità" (*Würde der Menschheit*).

Per quanto riguarda il pensiero antico, assai comune in tema è il riferimento a Cicerone, ancorché nell'uso dei latini il termine *dignitas* si collegasse prevalentemente alla bellezza virile (intesa come gravità e nobiltà d'aspetto), mentre alle donne si riferisse piuttosto la *venustas*: così «*Cum autem pulchritudinis duo genera sint, quorum in altero venustas sit, in altero dignitas, venustatem muliebrem ducere debemus, dignitatem virilem. Ergo a forma removeatur omnis viro non dignus ornatus, et huic simile vitium in gestu motuque caveatur*» (M.T. CICERONE, *De officiis*, I, XXXVI, tr.it., *Dei doveri*, Milano 1994, 102). Nel pensiero della prima modernità, un riferimento comune è al noto scritto di G. PICO DELLA MIRANDOLA, *Oratio de hominis dignitate* (1486-1504), tr.it. *La dignità dell'uomo*, Torino, 2021; nel secolo XVIII, per S. PUFENDORF, *De jure naturae et gentium libri octo* (1672), 3.11.1, «*In ipso hominis vocabulo iudicatur inesse aliqua dignatio*» (ove, peraltro, il termine *dignatio* sembra avere una sfumatura alquanto diversa da *dignitas*). Una sintetica ricognizione storica dei significati di cui il termine *dignitas* si è rivestito nel tempo sta in S. PRISCO, *op. cit*., 63 ss.

[18] Così F. VIOLA, *Dignità*, in *Enciclopedia filosofica*, V, Milano 2010, 2863 ss. (cit. a p. 2864); per cogliere la dimensione condizionante del contesto culturale entro cui vivono i singoli e le collettività, è utile, ancorché svolta su diverso piano, la trattazione di P.

to fin qui detto, l'individuazione di tale contenuto necessario risulta poi alquanto difficile, soprattutto se finisce con l'essere rimessa, com'è di fatto in molti casi, a soggetti investiti di una potestà di decisione il cui esercizio concreto è comunque condizionato da numerosi fattori di precomprensione etica, prima che giuridica. In altre parole, quale tipico concetto indeterminato[19], la dignità si riveste dei panni che le sono cuciti addosso dall'interprete, il quale impone dunque la sua visione a colui che si trovi, per avventura, sottoposto alle conseguenze della sua scelta.

E tuttavia non si tratta, qui, solo degli effetti della frammentazione delle prospettive propria della temperie postmoderna, che certo si traduce in riflessi rilevanti anche sull'ambito giuridico[20], ma non denota, infine, il concetto attuale di cui trattiamo in modo determinante rispetto allo stesso operante nei passati contesti socioculturali. In effetti, semplificando molto, due dimensioni appaiono essere state sempre, con tutte le ovvie variazioni, proprie di esso: da un lato una deontologica, legata a un

Bourdieu, *La distinzione. Critica sociale del gusto* (1979), tr. it. Bologna 2001 (spec. 173 ss. su *habitus* e stili di vita).

[19] Tanto indeterminato che taluno ha potuto ritenerlo un esempio di enantiosemia, ossia di rovesciamento diacronico del senso: da fattore escludente, quale era nella sua connessione a cariche pubbliche proprie dei "dignitari" di un dato sistema sociale, a fattore includente, come quello che si lega alla dignità "intangibilmente" propria di ciascun essere umano (U. Pomarici, *Il prisma umano della dignità nell'era delle tecnoscienze. Spunti per una discussione*, in *Riv. fil. dir.*, n.spec., 2015, 141 ss.; ma sul tema anche Id., *Dignità a venire,* cit., *passim*). Ben rileva S. Prisco, *op. cit.*, 66, che «la dignità trascorre nei secoli da principio eminentemente politico e che socialmente implicava doveri, era *distintivo* e identitario…..a valore *inclusivo*, che implica o potenzia diritti, pre-politico ed etico, ma beninteso.....di un'etica che si confronta, nel tempo, con un panorama di macerie dei grandi sistemi ideali capaci di assicurare al singolo la confortevole inclusione in grandi appartenenze collettive rassicuranti, insomma in presenza di un *pluri-verso* etico, non più di un *uni-verso* assiologico». E peraltro, si porrebbe qui anche il complesso tema della dignità degli animali non umani, che secondo M. Nussbaum, *Le nuove frontiere della giustizia* (2006), tr. it., Bologna 2007, 177 ss., dovrebbe affrontarsi in senso aristotelico e non kantiano, secondo una prospettiva legata, cioè, alle capacità piuttosto che alla razionalità.

[20] Sul punto ancora S. Prisco, *op. cit*., 65, che sottolinea come l'influenza dell'imperativo categorico kantiano permanga ancora sullo sfondo della cultura contemporanea, ma la frammentazione tipica della postmodernità abbia «reso arduo il concretarla, rafforzando invece la versione iper-individualistica – nel particolare senso della soggettivizzazione della percezione di contenuto del valore – della nozione qui indagata [*scil.* la dignità], insomma la convinzione che, essendo la morale un'opzione del singolo, quand'anche le relative scelte si riflettano nei comportamenti nell'adesione a un compiuto sistema organico di precetti e nel conformarsi a vincoli esterni, anche l'orizzonte e il peso assiologico della dignità varino in relazione alle valutazioni personali di ciascuno». Su diritto e postmodernità rinvio a F. Rimoli, *Postmodernità, modernità e diritto: la struttura e la funzione* (2020), ora in Id., *Dei diritti e dei doveri. Percorsi controvento*, Napoli 2022, 13 ss.

profilo comunicativo-relazionale, per il quale degno è colui che risponde alle istanze etico-sociali dominanti entro il suo gruppo di riferimento (il quale è a sua volta calato, com'è evidente, in un contesto complessivo storicamente connotato e condizionante)[21]; dall'altro, e in stretta connessione con questo primo aspetto, una dimensione riflessiva, in cui l'autocomprensione dell'individuo, ossia la sua percezione di sé sul piano sociale, implica, sul piano psicologico, reazioni di accettazione o rifiuto legate a fattori che fondono profili relazionali e comunitari con profili eminentemente personali (di carattere e di esperienza), in un'alchimia difficilmente prevedibile e controllabile.

Di qui, com'è evidente, appare assai improbabile rinvenire una qualsivoglia definizione comunemente accettabile di dignità: come molti concetti consimili (giustizia, equità, merito, solo per citarne alcuni), divenuti da tempo mezzi di persuasione politico-mediatica, ma non di rado tradotti e riflessi in strumenti giuridici di decisioni importanti, sia di tipo legislativo/amministrativo che, soprattutto, giudiziale (si pensi solo al labile concetto di ragionevolezza), anche quello di dignità, moltiplicandosi in mille facce diverse, diventa a un esame più attento solo un argomento retorico e sostanzialmente vuoto (forse perché – e non sembri un paradosso – troppo "pieno"), utile solo a chiudere il percorso argomentativo del decisore con uno strumento che è in apparenza inconfutabile, proprio perché è un contenitore capace di trovare consenso nell'uditorio facendosi riempire da questo dei contenuti più diversi. Ma è, a ben guardare, un pilastro che poggia su un terreno assai friabile.

2. *Dignità in senso oggettivo?*

Procedendo nel nostro discorso, l'elemento relazionale e quello, connesso, dell'autocomprensione debbono indurre a qualche riflessione in più: in particolare (questo breve scritto non ha, ovviamente, alcuna pre-

[21] Si pone qui sullo sfondo, ma non è affrontabile, l'enorme problematica relativa alla devianza sociale, ossia alla qualificazione e al trattamento della delinquenza, della malattia psichica, dell'asocialità, o, in regimi totalitari, della stessa dissidenza ideologica: sul tema, tra moltissimi, d'obbligo almeno il riferimento a M. Foucault, *Gli anormali* (Corso al *Collège de France*, 1974-75), tr. it., Milano 2009; Id., *Storia della follia nell'età classica* (1972), tr. it., Milano 1976; un quadro sintetico dei problemi in tale ambito è in F. Vianello, A. Sbraccia, *Sociologia della devianza e della criminalità*, Roma-Bari 2014, nonché in A. Dino, C. Rinaldi (a cura di), *Sociologia della devianza e del crimine. Prospettive, ambiti e sviluppi contemporanei*, Milano 2021.

tesa di esaustività rispetto a un tema così vasto), l'attenzione deve volgersi verso l'argomento, utilizzato più volte dalla giurisprudenza in contesti anche assai diversi, di una dimensione "oggettiva" – e come tale costitutiva di un limite invalicabile per ogni possibile violazione – della dignità individuale[22].

Ma, come non di rado accade, le conseguenze di certe impostazioni concettuali si dimostrano, in concreto, ben diverse da quelle attese, e la funzione manifesta del principio di dignità, rivolto a garantire un intangibile nucleo di diritti all'individuo, è tradita da effetti concreti che di fatto violano proprio quella sfera di libertà. Qui sarà utile ragionare su qualche esempio concreto: ma, ancorché sia comune (e fondato) il rilievo per cui oggi l'attacco alla dignità umana giunge da fenomeni affatto nuovi, come l'intelligenza artificiale, la robotica, le biotecnologie, la stessa Rete, soffermeremo la nostra attenzione su alcuni dei casi legati ad attività assai più tradizionali, che pure meritano ancora di essere osservati, e varrà la pena notare fin d'ora che al centro dei temi che tratteremo sta anzitutto *il corpo* del soggetto, il suo uso e la sua disponibilità.

Così è nota, e sovente citata, la duplice pronuncia con cui, già alla fine del secolo scorso, il *Conseil d'État* francese stigmatizzò il cosiddetto "lancio del nano"[23], ossia la deplorevole pratica, invalsa in alcuni locali, di divertirsi lanciando un individuo affetto da nanosomia contro un bersaglio, a mo' di freccetta umana; il giudice citato affermò che, ancorché praticato con il pieno consenso del soggetto lanciato e senza pericoli per l'incolumità dello stesso, «*par son objet même, ce spectacle porte atteinte à la dignité de la personne humaine*», e che «*l'autorité investie du pou-*

[22] Ben rileva G. Resta, *La disponibilità*, cit., 11-12, che «le due dimensioni del principio in discorso – quella "soggettiva" e quella "oggettiva" – sono sempre coesistite e continuano tuttora a coesistere, segnando la specificità e la complessità operazionale del principio di dignità».

[23] Conseil d'État, Ass., 27 ottobre 1995, Ville d'Aix-en-Provence, n.143578 (leggibile all'url https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007882056?init=true&page=1&query=+Ville+d%27Aix-en-Provence%2C+n%C2%B0+143578&searchField=ALL&tab_selection=all); Id., 27 ottobre 1995, Commune de Morsangsur-Orge, n.136727 (leggibile all'url https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007877723/). Su tali pronunce P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 121 ss.; M. Ruotolo, *op. cit*., 155 ss.; G. Resta, *Dignità*, *persone, mercati*, Torino, 2014, 31 ss., ma spec. 50 ss.; M. Rosen, *op. cit*., 65 ss.

Assai citato, in materia, è anche il c.d. caso "Omega", ossia la decisione con cui la Corte di giustizia dell'UE riconosce la legittimità di un divieto statale all'uso di giochi elettronici con simulazione di omicidi (CGUE, I sez., 14 ottobre 2004, leggibile all'url https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62002CJ0036&from=MT); sul punto, tra molti, G. Resta, *Dignità*, cit., 58 ss.

voir de police municipale pouvait, dès lors, l'interdire même en l'absence de circonstances locales particulières et alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition contre rémunération»; l'autorità municipale dunque può e deve intervenire con un divieto perché «*le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public*»[24]. Dunque, non vale qui invocare la libertà d'impresa o il diritto al lavoro, né un principio di autodeterminazione che, in assenza di costrizioni specifiche, determinano il soggetto portatore di quello specifico *handicap* fisico ad accettare il ruolo del proiettile umano. In altri termini, la decisione del giudice, e mediatamente quella dell'autorità locale, impediscono a costui di svolgere un lavoro (forse l'unico) per il quale è ben remunerato e può (di nuovo forse) condurre, al di fuori della discoteca in cui si svolge quella pratica, una vita indipendente.

L'obiezione, affatto comune in questo come nei casi di cui si dirà oltre, è tanto immediata quanto banale: la volontà di quel soggetto è solo in apparenza libera, poiché il suo *handicap* in realtà lo costringe ad accettare un'umiliazione continua pur di sbarcare il lunario. Il che è innegabile: ma questo argomento, oltre a poter valere in certa misura per tutte le decisioni umane (ossia, anche per quelle dei cosiddetti "normali"), fa trasparire un tono paternalistico che disconosce l'autonomia del soggetto stesso in modo almeno altrettanto umiliante, e in più non considera le alternative realmente praticabili. Sarà infine più avvilente per quell'uomo farsi lanciare per l'altrui (pur miserabile) sollazzo, o, in assenza di sostegni sociali effettivi, dover mendicare cibo e alloggio, magari ricevendo disprezzo, indifferenza e rifiuto, in una situazione di indigenza assoluta? Un livello minimo di indipendenza economica, seppur raggiunto con un lavoro in sé indesiderabile, che umilia per qualche ora, sarà probabilmente meno disperante di una vita in cui la mortificazione e la sofferenza, psicologica e fisica, sono sostanzialmente costanti[25]. E dunque, in quale modo si

[24] Conseil d'État, Ass., 27 ottobre 1995, 143578, cit.; si veda sul tema, con molti riferimenti alle reazioni nel contesto francese, lo scritto di M. Gros, Giu. Serges, "*Prima lezione di diritto": ordine morale, dignità umana e "neutralità" del diritto. Dal lancio del nano al comico nazista*, in *Dir. Soc.*, 2/2015, 237 ss.; G. Resta, *op. cit.,* 50 ss.

[25] È significativo il fatto che a fare ricorso contro l'ordinanza con cui il sindaco di Morsang-sur-Orge aveva vietato la gara di lancio era stato Manuel Wackenheim, ossia lo stesso soggetto lanciato, e che la Corte amministrativa d'appello di Versailles aveva, in primo grado, annullato l'ordinanza affermando che l'evento non era di natura tale da disturbare la quiete o l'ordine pubblico, né portava conseguenze negative sulla salute dei

tutela davvero, nel caso in esame, la dignità? Brandendola quale nobile vessillo e privando, in virtù di un'astratta affermazione di principio, la persona del suo lavoro, o riconoscendo la situazione reale, accertando il suo libero consenso, e consentendogli di mantenere il suo (pressoché unico) mezzo di sostentamento?

Esemplificando con un altro *hard case*, e venendo al contesto italiano, merita attenzione la pure assai nota e commentata sentenza n.141 del 2019 della Corte costituzionale[26]: anche qui, entro una motivazione peraltro ampia, attenta e puntuale, c'è un chiaro riferimento al concetto di "dignità oggettiva", intesa come «principio che si impone a prescindere dalla volontà e dalle convinzioni del singolo individuo»[27]. Chiamata a giudicare della legittimità dell'art. 3, primo comma, numeri 4), prima parte, e 8) di alcune disposizioni della legge n. 75 del 20 febbraio 1958 (la nota legge Merlin)[28], «nella parte in cui configura come illecito penale il reclutamento ed il favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata», la Corte respinge gli argomenti proposti dal giudice rimettente (anzitutto un diritto all'autodeterminazione sessuale deducibile dall'art. 2 Cost. e la presunta violazione della libertà d'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost.), e, pur riconoscendo la peculiarità del fenomeno della prostituzione volontaria rispetto a quella coatta (per il cui sfruttamento la sanzionabilità non è comunque in discussione)[29], muove dall'art. 2 Cost. per affermare che la prima non può in ogni caso farsi rientrare tra le modalità di autoaffermazione della

cittadini (a ciò non rilevando la disapprovazione di alcuni); la decisione affermava poi che, «anche nell'ipotesi, adombrata dal sindaco, che quest'evento costituisse un affronto alla dignità umana, non sarebbe comunque possibile emanare un divieto in assenza di specifiche circostanze» (cit. da M. Rosen, *op. cit*., 65-66).

[26] La legge su cui verte tale pronuncia era già più volte passata al vaglio della Corte: se ne veda ricostruita la vicenda in M. Siclari, *Ruffian, baratti e simile lordura. Note introduttive ad un dibattito sulla sentenza 7 giugno 2019 n. 141 della Corte costituzionale*, in M. Manetti, M. Siclari (a cura di), *Libertà sessuale e prostituzione in una recente sentenza della Corte costituzionale*, Roma 2023, 7 ss.; alla decisione citata è seguita poi, sugli articoli 3, co 1, numeri 3) e 8), prima parte, della legge 20 febbraio 1958, n.75 (riguardanti tolleranza abituale e favoreggiamento della prostituzione), la sentenza n. 278/2019, che ha sostanzialmente utilizzato le medesime argomentazioni per dichiarare l'infondatezza delle questioni (si leggano entrambe in www.cortecostituzionale.it).

[27] Così C. cost., sent. n. 141/2019, punto 4.1 del c.i.d.

[28] In particolare, dell'art. 3, primo comma, numeri 4), prima parte, e 8), in riferimento agli articoli 2, 3, 13, 25 co.2, 27 e 41 Cost.

[29] Deve qui ricordarsi, oltre all'art. 3 della stessa legge n.75/1958, la legge 23 novembre 1966, n.1173, con cui l'Italia ha aderito e dato esecuzione alla Convenzione per la repressione della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione, adot-

persona umana, giacché «l'offerta di prestazioni sessuali verso corrispettivo non rappresenta affatto uno strumento di tutela e di sviluppo della persona umana, ma costituisce – molto più semplicemente – una particolare forma di attività economica». E poiché «la sessualità dell'individuo non è altro, in questo caso, che un mezzo per conseguire un profitto: una "prestazione di servizio" inserita nel quadro di uno scambio sinallagmatico»[30], il parametro utilizzabile in tale ambito non è quello dell'art.2, ma quello dell'art.41 Cost., laddove, come detto, rispetto alla libertà di iniziativa economica privata sussiste, tra gli altri, il limite espresso della dignità umana: qui dunque si arriva al punto che più ci interessa.

Spostando, per così dire "strategicamente", il parametro del giudizio dall'art.2 all'art.41 Cost.[31], la Corte in effetti può servirsi di tale limite in vari modi: con il già citato argomento del condizionamento indiretto della volontà, per cui «anche nell'attuale momento storico, quando pure non si sia al cospetto di vere e proprie forme di prostituzione forzata, la scelta di "vendere sesso" trova alla sua radice, nella larghissima maggioranza dei casi, fattori che condizionano e limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, riducendo, talora drasticamente, il ventaglio delle sue opzioni esistenziali»[32]; ma anche richiamando il tema, pure ricorrente nella giurisprudenza costituzionale, della tutela delle persone deboli, tra le quali possono annoverarsi anche, a detta della Corte, quelle che «si prostituiscono – in ipotesi – per effetto di una scelta (almeno inizialmente) libera e consapevole», senza però considerare le pressioni che

tata a New York il 21 marzo 1950; peraltro, in alcuni casi lo sfruttamento estremo può configurare anche il reato di riduzione in schiavitù di cui all'art.600 c.p.

[30] Corte cost., sent.n. 141/2019, punto 5.2 del c.i.d.

[31] Che ora, com'è noto, pone quali limiti all'iniziativa economica privata, oltre a sicurezza, libertà e dignità umana, anche salute e ambiente, inseriti dalla modifica di cui alla l. cost. n. 1 dell'11 febbraio 2022. Ma forse, per quanto detto prima, sarebbe stato qui conferente anche un riferimento al parametro dell'art.13 Cost. e all'*habeas corpus*, inteso in senso ampio come disponibilità e libertà di uso del proprio corpo (ancorché tale parametro fosse invocato dal giudice rimettente solo in relazione al profilo dell'offensività del reato).

[32] Ivi, punto 6.1 del c.i.d.: la Corte precisa che «può trattarsi non soltanto di fattori di ordine economico, ma anche di situazioni di disagio sul piano affettivo o delle relazioni familiari e sociali, capaci di indebolire la naturale riluttanza verso una "scelta di vita" quale quella di offrire prestazioni sessuali contro mercede». Ma il tema si pone spesso anche in altri ambiti: si vedano per esempio, rispetto alla pratica della maternità surrogata, penalmente vietata (ora anche al di fuori del territorio nazionale) dall'art. 12 co. 6 della legge n.40 del 2004, le sentenze nn. 272/2017 e 33/2021 della stessa Corte costituzionale (quest'ultima specialmente al punto 5.1 del c.i.d.).

l'ingresso in un circuito da cui sarà poi difficile uscire comporta e i molti pericoli che si corrono nel contatto con il cliente[33].

Ma soprattutto è rilevante, per il nostro discorso, l'affermazione per cui, rispetto alla concorrente finalità di tutela della dignità umana della legge in esame, «è incontestabile che, nella cornice della previsione dell'art. 41, secondo comma, Cost., il concetto di "dignità" vada inteso in senso oggettivo: non si tratta, di certo, della "dignità soggettiva", quale la concepisce il singolo imprenditore o il singolo lavoratore». Ne deriva che «è, dunque, il legislatore che – facendosi interprete del comune sentimento sociale in un determinato momento storico – ravvisa nella prostituzione, anche volontaria, una attività che degrada e svilisce l'individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente»[34].

Tralasciando i numerosi altri profili della decisione, ciò implica infine anche un mutamento rilevante di prospettiva nella giustificazione della scelta "abolizionista" del legislatore del 1958, che oggi può, secondo la Corte, essere riletta sotto nuova luce[35], anche in virtù del fatto che il ri-

[33] *Ibidem*; anche qui traspare una certa sfiducia della Corte nella capacità di autodeterminazione delle prostitute volontarie, ritenute (un po' aprioristicamente) soggetti deboli da proteggere, giacché si sottolinea che «in questa materia, la linea di confine tra decisioni autenticamente libere e decisioni che non lo sono si presenta fluida già sul piano teorico» (punto 6.1 del c.i.d.): il che certamente è vero, ma può valere, come detto, per ogni decisione umana in ogni ambito, tanto da poter diventare argomento capace infine di travolgere l'idea stessa di autodeterminazione e di libertà. Sulla decisione si veda comunque P. Scarlatti, *La sentenza n.141 del 2019 della Corte costituzionale tra discrezionalità del legislatore e tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili*, in M. Manetti, M. Siclari (a cura di), *op. cit.*, 137 ss. Un simile fondo di paternalismo anima la Corte anche (solo per fare un altro esempio) nella citata sentenza n. 33/2021 in tema di accertamento del rapporto di filiazione tra il minore nato all'estero mediante maternità surrogata e il c.d. genitore d'intenzione: il divieto della surrogazione di maternità, contenuto nell'art.12, co.6, della legge n.40 del 19 febbraio 2004 (la cui efficacia è ora peraltro estesa anche ai fatti commessi all'estero dalla modifica apportata alla disposizione suddetta dall'art.1 della legge 4 novembre 2024, n.169) è giustificato dalla Corte richiamando la sentenza n. 272/2017, per la quale la gestazione per altri «offende in modo intollerabile la donna e mina nel profondo le relazioni umane», e affermando altresì che «gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate», che, «ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi» (c.i.d., punto 5.1). Su tale pronuncia (e sulla precedente n. 32/2021) rinvio a F. Rimoli, *Diritto all'omogenitorialità,* best interests of the child *e famiglia "naturale": un problema ancora irrisolto*, in *Giur.cost.*, 2021, 339 ss.

[34] *Ibidem*.

[35] Ovviamente, il "comune sentimento sociale" interpretato dal legislatore del 1958 (ammesso che fosse davvero tale), deve ritenersi oggi enormemente mutato, essendosi

chiamo alla "dignità oggettiva" è presente, pur dopo molte oscillazioni, anche nella giurisprudenza di legittimità[36]. Indubbiamente, è qui comprensibile la critica mossa dalle parti costituite, circa il fatto che tale uso della dignità dissimuli un ritorno all'idea di tutela di una "morale dominante", in sé ormai inaccettabile in virtù del principio di laicità dello Stato[37]; ma la Corte, pur riconoscendo la possibilità per il legislatore di disciplinare in modo diverso le "condotte parallele" di chi promuove, trae profitto o comunque tollera o favorisce l'esercizio del meretricio[38] e per il giudice il potere-dovere di escludere la configurabilità del reato in caso di mancanza di potenzialità lesiva (ossia di offensività in concreto) delle singole condotte, conclude per l'infondatezza delle questioni sollevate.

Ora, pur nell'ovvia considerazione del fatto che il fenomeno della prostituzione porta con sé, soprattutto nella cultura religiosa, una lunghissima tradizione di disvalore e riprovazione sociale, capace comunque di incidere sulla stessa precomprensione del fenomeno, è abbastanza evidente che, mentre il riferimento alla morale pubblica e al buon costume quali oggetto di tutela della norma penale è in sé coerente con il divieto di svolgere certe attività, giacché l'una e l'altro, come ben afferma la stessa Corte, riguardano un interesse "metaindividuale" e indisponibile[39], il richiamo a una "dignità oggettiva" quale fondamento della decisione appare assai più opinabile, riconducendosi inevitabilmente a un concetto in cui la soggettività e la disponibilità non sono affatto negabili *a priori*[40].

però sostituita all'idea della lesione di un'astratta morale comune quella di una tutela, forse altrettanto astratta, della dignità del corpo femminile (che però poi, prescindendo di fatto dall'autodeterminazione individuale, finisce con il tradursi in una nuova forma di espropriazione dello stesso). Altri profili critici della decisione sono evidenziati, nel volume di M. Manetti, M. Siclari, *Libertà sessuale*, cit., soprattutto dai saggi di C. Aliberti (ivi, 17 ss.); A. Anzon Demmig (ivi, 41 ss.), e R. Bin (ivi, 85 ss.).

[36] La stessa Corte costituzionale richiama le pronunce di Cass., sez. III pen., 17 nov. 2017-30 mar. 2018, n.14593 e 19 lug. 2017 – 7 feb. 2018, n. 5768.

[37] Principio «che impedirebbe di assoggettare a pena determinate condotte solo perché considerate dai più eticamente scorrette» (ivi, punto 7.2 del c.i.d.).

[38] Sul punto anche la sent. n. 278/2019, cit., punto 3.1 del c.i.d.

[39] Corte cost., sent. n. 141/2019, punto 7.2 del c.i.d.; su dignità in senso soggettivo e oggettivo, tra molti, F. Mastromartino, *Due concetti di dignità per due concetti di autonomia?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, XXI (2021), 239 ss.; V. Baldini, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in *www.rivistaaic.it*, 2/2013; F. Politi, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, II ed., Torino, 2018, 61 ss.

[40] Tra molti, si leggano sul tema i saggi contenuti nel volume di A. Apostoli (a cura di), *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*, Torino 2021; L. Violini, *La dignità umana al centro: oggettività e soggettività di un principio in una sentenza della Corte Costituzionale (sent. 141 del 2019)*, in *www.dirittifondamentali.it*;

In altre parole, proprio in un contesto di riaffermazione del principio di laicità (inteso, deve precisarsi, come espressione diretta del pluralismo ideologico, etico e politico cui si informa l'ordinamento liberaldemocratico)[41], definire un tratto "oggettivo" e indisponibile della dignità rischia di risultare incoerente e addirittura pericoloso per la tutela di quegli stessi diritti che se ne fanno derivare: quale che sia il contenuto che si voglia dare al concetto in esame, infatti, è difficile individuarne, se non d'autorità (o, più moderatamente, in modo paternalistico) un contenuto essenziale da cui sia impossibile prescindere[42].

Soprattutto, appare impossibile sottovalutare quel menzionato fattore di *autocomprensione* che, ancor prima dell'*autodeterminazione*, deve caratterizzare, per principio, il soggetto adulto, libero e consapevole in un ordinamento di eguali. Non si può, in altri termini, consentire che siano altri, dall'esterno, a decidere chi necessiti di aiuto e debba essere guidato, se non traducendo tale scelta, di fatto, nell'imposizione di una minorità coatta e surrettiziamente indotta di soggetti pur maggiorenni, le cui convinzioni e comportamenti potranno essere anche assai distanti da quelle di una pretesa "morale comune", ma non possono per ciò solo, in assenza di pericoli concreti per un ordine pubblico inteso in senso strettamente materiale o per la pacifica convivenza e l'altrui sfera di libertà, essere oggetto di sanzione penale.

La persona che, *liberamente e senza costrizioni imposte da altri*, prefe-

[41] Rinvio qui a F. Rimoli, *Laicità (dir.cost.)*, in *Enc.giur.*, Ist.Enc.it- G. Treccani, Aggiornamenti, Roma 1995, nonché, con diverse prospettive, P. Bellini, *Il diritto d'essere se stessi. Discorrendo dell'idea di laicità*, Torino 2007; S. Prisco, *Laicità. Un percorso di riflessione* (saggi), Torino 2009; di recente, A. Barbera, *Laicità. Alle radici dell'Occidente*, Bologna 2022.

[42] Non a caso, in un contesto dogmatico-cognitivista come quello del pensiero cattolico, si afferma che «la dignità umana non può essere basata su *standard* meramente individuali né identificata con il solo benessere psicofisico dell'individuo. La difesa della dignità dell'essere umano è fondata, invece, su esigenze costitutive della natura umana, che non dipendono né dall'arbitrio individuale né dal riconoscimento sociale. I doveri che scaturiscono dal riconoscimento della dignità dell'altro e i corrispondenti diritti che ne derivano hanno dunque un contenuto concreto ed oggettivo, fondato sulla comune natura umana. Senza un tale riferimento oggettivo, il concetto di dignità viene di fatto assoggettato ai più diversi arbitrii, nonché agli interessi di potere» (*Dignitas infinita*, cit., n. 25). Ovviamente, tale concezione è ben poco compatibile con il contesto culturale e giuridico liberaldemocratico, di orientamento laico e pluralista (che resta affatto contrapposto al pensiero cattolico, nonostante i vani sforzi del postsecolarismo di trovare affinità tra due visioni comprensive del mondo così distanti tra loro: sul punto rinvio a F. Rimoli, *Laicità, postsecolarismo, integrazione dell'estraneo: una sfida per la società pluralista*, in *Dir. pubbl.*, 2/2006, 335 ss.).

risca prostituirsi perché ritiene meno umiliante (oltre che più redditizio) concedere il proprio corpo dietro compenso per poche ore piuttosto che prestare il proprio lavoro, sfruttato e sottopagato, in qualche *call-center* o in qualche *home delivery service* potrà certo essere biasimata sul piano etico da chi abbia convinzioni diverse o secondo un presunto "sentire comune", ma non dovrebbe essere ostacolata, in uno Stato liberale, democratico e pluralista (ossia laico), nell'attuazione di questa sua (pur discutibile) scelta di vita.

In tal senso, accanto alla dimensione della laicità dello Stato, torna in primo piano, in una lettura più ampia, proprio quel principio personalista da cui siamo partiti, ossia quell'art.2 Cost. "strategicamente" respinto dalla Corte quale parametro nella decisione citata. Ma non basta: c'è almeno un altro ambito da trattare, in cui tale rovesciamento di effetti del principio di dignità, in un'infelice eterogenesi dei fini, risulta evidente, e qui sarà necessaria qualche ulteriore considerazione.

3. *Dignità del vivere e dignità del morire*

Ai temi trattati si deve aggiungere infatti, pur in una riflessione assai sintetica, quello, assai attuale e lacerante, del coacervo dei problemi inerenti all'inizio, ma soprattutto al termine dell'esistenza umana individuale: se per il primo profilo sovvengono subito le *vexatae quaestiones* dell'interruzione volontaria di gravidanza e della procreazione medicalmente assistita, laddove il legislatore è più o meno felicemente intervenuto con una disciplina specifica[43], per il secondo la perdurante latitanza di questo fa sì che una disciplina minimale sia stata dettata nel nostro ordinamento, in funzione suppletiva, dalla Corte costituzionale con alcune rilevanti decisioni, nelle quali si sono aperti, a determinate condizioni, spiragli per la pratica del suicidio assistito[44].

[43] Il riferimento è ovviamente alle leggi 27 maggio 1978, n.194 e 19 febbraio 2004, n.40, la prima confermata da un referendum popolare del 17 maggio 1981, e la seconda, frutto di un'impostazione fortemente improntata all'ideologia cattolica, divenuta oggetto di incisivi interventi della Corte costituzionale (si vedano le sentenze nn.151/2009, 162/2014, 96 e 229/2015).

[44] Si vedano le note pronunce di Corte cost., ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019, su cui si è sviluppata una letteratura multidisciplinare a dir poco torrenziale, caratterizzata, com'è facile intendere, dalle forti contrapposizioni ideologiche proprie dei temi "eticamente sensibili": per una prospettiva filosofica attenta al profilo giuridico si vedano gli scritti recenti di G. Fornero, *Indisponibilità e disponibilità della vita: una difesa filo-*

Anche in questo campo, com'è ovvio, emerge in primo piano il profilo della dignità[45]: dell'embrione, nel caso in cui questo sia equiparato *tout court* alla persona, come nella prospettiva cattolica[46]; del morente, in ogni caso di malattia grave, terminale e irreversibile, o anche – ed è questo un punto assai problematico – di colui che comunque concepisca una ferma, consapevole e radicata volontà di porre fine, per qualsiasi ragione, a una vita che *egli stesso* ritenga, a suo giudizio insindacabile, non più degna di essere vissuta[47].

sofico-giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria, Milano 2020, spec. 679 ss.; Id., *Il diritto di andarsene. Filosofia e diritto del fine vita tra presente e futuro*, Milano 2023, spec. 172 ss.; per una lettura più strettamente giuridica, con ulteriori riferimenti bibliografici, rinvio a F. Rimoli, *Diritto di morire o dovere di vivere? La democrazia liberale e i limiti del pensiero giuridico*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2019, 483 ss. (e ora in Id., *Dei diritti,* cit., 185 ss.); Id., *Il diritto di morire come espressione del diritto alla vita: riflessioni su una prospettiva*, in *Dir. soc.*, 4/2023, 645 ss.; G. Fontana, *La dignità umana di fronte alle scelte di fine-vita (Considerazioni critiche intorno agli usi giurisprudenziali di un problematico e cangiante concetto)*, in *Riv. int. fil. dir.,* 3/2021, 533 ss. ma spec. 550 ss.

[45] Fondamentale in tutti i campi eticamente sensibili, come quello del biodiritto: si veda tra molti, sul punto, G. Resta, *Dignità* (2010), ora in Id., *Dignità, persone, mercati,* cit., 3 ss., che ben rileva che «la nozione di "dignità" rappresenta una delle parole chiave, forse *la* parola chiave, dei discorsi contemporanei in campo biogiuridico» (ivi, 3). In quest'ambito si possono anche tracciare parallelismi – seppur in contesti affatto diversi – con il tema, poc'anzi accennato, della prostituzione volontaria, alla luce del comune fattore della disponibilità del proprio corpo: per una prospettiva siffatta si veda F. Pacella, *Dignità umana e libertà fondamentali nella prostituzione e nell'aiuto al suicidio*, in *Osservatorio costituzionale* (*www.osservatorioaic.it*), 3/2020. Si aggiunge alle pronunce citate la recente, già citata, sentenza n. 135/2024, in cui la Corte mantiene sostanzialmente ferma la linea definita, ribadendo la non configurabilità di un "diritto di morire", nonché i presupposti elencati nell'ord. n. 207/2018 e nella sent. 242/2019. Se da un lato, con la sentenza 135/2024, si amplia lievemente la nozione di "trattamento di sostegno vitale" ai fini dell'integrazione delle condizioni già indicate dalle decisioni precedenti in ordine alla praticabilità del suicidio assistito (in particolare, si veda il punto 8 del c.i.d.), dall'altro si riafferma però la necessità del rispetto di una procedura medicalizzata tramite una valutazione del Servizio sanitario nazionale, l'intervento del comitato etico territorialmente competente (ivi, punto 9), e l'ovvia giurisdizione del giudice penale sui profili di reato. Costante (quanto probabilmente vano) rimane poi l'appello al legislatore per una disciplina organica del fine-vita.

[46] Anche qui, ovviamente, esiste una letteratura immensa e ricca di forti contrasti ideologici: cito solo le diverse riflessioni di E. Severino, *Sull'embrione*, Milano 2005; R. Dworkin, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale* (1993), tr. it., Milano 1994; F. Rimoli, *Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione*, in *Dir. Soc.*, 1994, 115 ss.; per la dottrina cattolica, si legga l'istruzione della Congregazione per la dottrina della fede, Donum vitae. *Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*, del 22 febbraio 1987.

[47] Sul punto G. Fornero, *Il diritto*, cit., spec. 189 ss.; F. Rimoli, *Il diritto di morire*, cit., *passim.* La concezione sacrale della vita umana che ispira da sempre il Magistero cat-

Giacché l'embrione o il feto non possono esprimere alcuna volontà né giudizio, è evidente che sono le due ipotesi da ultimo descritte quelle in cui più si manifestano i delicati contorni del problema di cui stiamo trattando: ma chi può ritenersi giudice della dignità del vivere rispetto alla singola vita, se non chi quella stessa vita sta vivendo? Ben più che nel caso della prostituzione volontaria, il tema della soggettività della valutazione emerge qui in modo drammatico: l'idea di una dignità "oggettiva", ossia rimessa al giudizio di un soggetto esterno, o a un generico quanto impalpabile "sentire comune" di cui qualcuno si erge a interprete, si traduce per il malato terminale (o per colui che comunque voglia cessare di vivere) in una condanna a prolungare indefinitamente la sua sofferenza e a perdere ogni speranza di liberazione da una condizione divenutagli insostenibile, da un corpo trasformatosi in spietata prigione[48].

Non è questa la sede per tornare a trattare dei molti problemi, teorici e pratici, che il suicidio assistito o l'eutanasia (passiva e attiva) comportano[49]: rimanendo sul tema della dignità, tuttavia, sono questi i luoghi più critici per saggiare la plausibilità di una valutazione esterna, perché

tolico nel senso dell'assoluta illiceità etico-religiosa del suicidio assistito e dell'eutanasia è stata di recente riaffermata con la citata Dichiarazione *Dignitas infinita*, in cui, ai paragrafi 51 e ss., si dice che oggi «è assai diffusa l'idea che l'eutanasia o il suicidio assistito siano coerenti con il rispetto della dignità della persona umana»; ma dinanzi alla sofferenza si ribadisce che questa « non fa perdere al malato quella dignità che gli è propria in modo intrinseco e inalienabile, ma può diventare occasione per rinsaldare i vincoli di una mutua appartenenza e per prendere maggiore coscienza della preziosità di ogni persona per l'umanità intera» (ivi, 51). Inoltre, «non esistono infatti condizioni mancando le quali la vita umana smette di essere degnamente tale e perciò può essere soppressa», e «aiutare il suicida a togliersi la vita è, pertanto, un'oggettiva offesa contro la dignità della persona che lo chiede, anche se si compisse così un suo desiderio» (ivi, 52). Ovviamente, in questa prospettiva il desiderio (o la volontà) del sofferente hanno pressoché nessun valore, essendo peraltro la sofferenza anche strumento di redenzione. Emerge qui, in tutta la sua rigidità, la concezione deontologica propria dell'ideologia cattolica, che esalta la "persona" e le concede diritti e autonomia, ma solo fino al punto in cui questa non vada contro una presunta legge divina di cui, ovviamente, la gerarchia ecclesiastica è l'unico custode.

[48] Qui i referenti costituzionali sono facilmente individuabili almeno negli articoli 2, 3, 13 e 32 della Carta, ma il nostro discorso deve svolgersi al di là del profilo esegetico: tra molti, sul tema, si veda comunque P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano 2007.

[49] Oltre agli scritti già citati, si vedano, tra moltissimi, quelli di H. Jonas, *Il diritto di morire* (1985), tr. it., Genova 1991; R. Dworkin, *op. cit*., 247 ss.; C. Tripodina, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli 2004; U. Adamo, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Padova 2018; S. Agosta, *Disposizioni di trattamento e dignità del paziente*, Roma 2020; nella prospettiva cattolica, G. Razzano, *La legge n.219/2017 su consenso informato e DAT fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasici*, Torino 2019.

proprio in questi contesti specifici, a ben vedere, si dimostra che quello stesso concetto di dignità (che dovrebbe valere, nel discorso comune, a garantire i più deboli, a impedire che si ripetano le degenerazioni dei totalitarismi, in fondo a esorcizzare lo spettro del "*Muselmann*" che sempre grava e deve gravare, quale monito, sulla nostra memoria collettiva)[50], se interpretato in modo da disancorarlo dalla sua dimensione soggettiva, può inopinatamente rovesciarsi nel suo opposto, imponendo *sine die* una prigione disumana proprio a coloro che si dovrebbero maggiormente proteggere e che invece sono ridotti non più a fine, ma – qui davvero! – a mezzo per l'attuazione di un principio, tanto astratto quanto (in questo contesto) divenuto crudele.

In altre parole, il tema della tutela dei deboli[51], che pure ha indotto la Corte costituzionale alla massima cautela nella definizione delle condizioni di praticabilità del suicidio assistito punito dall'art.580 c.p.[52], può

[50] Sulla terribile figura del "*Muselmann*" nel campo di sterminio, ossia sull'essere umano ridotto a larva e deprivato di ogni dignità, G. Agamben, *Quel che resta di Auschwitz. L'archivio e il testimone* (Homo sacer *III)*, Torino, 1998, spec. 37 ss.

[51] Questo profilo ricorre anche nella citata sentenza n.141/2019 della Corte costituzionale; di recente, sul tema, P. Scarlatti, *I diritti delle persone vulnerabili*, Napoli 2022, 131 ss. e 170 ss., che ben rileva i rischi di paternalismo connessi a un certo uso argomentativo della vulnerabilità. Su profili specifici si vedano anche i saggi contenuti in F. Politi (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali delle persone in condizioni di vulnerabilità ed il limite dei vincoli di bilancio*, Torino, 2024.

[52] Anche appoggiandosi sulla disciplina di cui alla legge 22 dicembre 2017, n.219, in tema di disposizioni anticipate di trattamento, sulla relazione medico/paziente e sulla legge 15 marzo 2010, n.38 in tema di cure palliative. Ma non può ignorarsi che, in un caso analogo, il *Bundesverfassungsgericht* ha scelto una via più ben coraggiosa con la nota sentenza del 26 febbraio 2020: si veda BVerfG, II Senat, 26 feb. 2020 (la sentenza ha dichiarato incostituzionale il divieto dell'assistenza al suicidio esercitata in modo professionale, ossia la sua agevolazione commerciale [*geschäftsmässig*], contenuto nell'art. 217 dello *StGB* , ed è leggibile all'url *https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/02/rs20200226_2bvr234715.html*, riconoscendo in sostanza il diritto a una morte autodeterminata, raggiunta anche con l'ausilio altrui): su tale pronuncia, F. Laus, *Anche la Corte costituzionale tedesca interviene sul suicidio assistito*, in *Federalismi.it* (*https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=41642*); S. Grosso, Bundesverfassungsgericht *e Corte costituzionale italiana a confronto: il peso specifico della dignità personale nelle scelte di fine vita*, ivi, n. 21/2020; si vedano anche le considerazioni di G. Fornero, *Il diritto di andarsene*, cit., 146 ss. Anche altri giudici costituzionali, in Europa, in Canada e in America centrale hanno scelto in materia una posizione di apertura: si vedano, tra le altre, le pronunce del Tribunale costituzionale austriaco, sent. 11 dic. 2020, causa G 139/2019-71 (scaricabile all'url *https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Austria-Verfassungsgerichtshof-causa-G-139-2019-e-incostituzionale-il-divieto-assoluto-di-aiuto-al-suicidio2*), su cui A. De Petris, *La Corte costituzionale austriaca cancella il divieto al suicidio*, in www.nomos.it, n.3/2020, e del Tri-

essere declinato anche in modo assai diverso: laddove infatti sia acclarata un'autodeterminazione *libera* del soggetto, che deve comunque essere presunta in un adulto (almeno nei limiti in cui questa sia plausibile per qualunque essere umano, quali che siano le sue condizioni contingenti), tutelare il sofferente significa certo consentirgli di accedere, anzitutto, a cure palliative e a sostegni clinici di ogni tipo, ma anche, ove ciò sia oggetto del suo reale desiderio, permettergli di liberarsi da un giogo divenuto troppo pesante, senza poterne però sindacare dall'esterno, in base a criteri altrui presunti come "oggettivi", la decisione di morire[53].

È in tal senso che la dignità, soggettivamente intesa come autocomprensione, diventa anche – e anzitutto – un diritto all'autodeterminazione[54]. Per chi ritiene che la *qualità* della vita debba prevalere sulla sua

bunale costituzionale spagnolo, sent. 22 marzo 2023, causa 4057/2021 (all'url *https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Spagna-Tribunal-Constitucional-sent.-n.-19-2023-recurso-n.-4057-2021-legittimita-costituzionale-della-Ley-Organica-3-2021-sull-eutanasia#:~:text=22%20marzo%202023,2021%20in%20materia%20di%20eutanasia*), richiamate dalla stessa sentenza n. 135/24 della Corte italiana, che preferisce però allinearsi alle posizioni preclusive della Corte EDU (Pretty c. Regno Unito, IV sez., 29 apr. 2002, leggibile all'url *https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-60448%22]}*; Karsai c. Ungheria, I sez., 13 giu. 2024, all'url *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-234151%22]}*), nonché alla Corte Suprema del Regno Unito (sent. 25 giu. 2014, Nicklinson e altri, KSC 38, all'url *https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2013-0235-judgment.pdf*). È infine da ricordare che in Spagna l'eutanasia è stata disciplinata con la legge organica n.3 del 24 marzo 2021 (si veda il testo all'url *https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Normativa/Spagna-Ley-n.-3-2021-del-24-marzo-2021-approvata-legge-organica-sull-eutanasia#:~:text=122%2F000020%2C%20pubblicata%20poi%20con,de%20regulaci%C3%B3n%20de%20la%20eutanasia*); sul punto P.Q. Cardinali, *La legalizzazione dell'eutanasia in Spagna ed un confronto con la normativa sul "fine vita" in Italia*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, n. 4/2021.

[53] Resta lontano da tale prospettiva l'approccio della Corte costituzionale italiana, che ancora nella sent.n. 135/2024, pur dopo essersi dichiarata "non insensibile" alla nozione "soggettiva" di dignità, afferma però che "non può non rilevarsi che questa nozione di dignità finisce con il coincidere con quella di autodeterminazione della persona, la quale a sua volta evoca l'idea secondo cui ciascun individuo debba poter compiere da sé le scelte fondamentali che concernono la propria esistenza, incluse quelle che concernono la propria morte"; ma a tale pur lineare concezione, che sarebbe affatto coerente con un ordinamento liberale che riconosce la maturità dei singoli, si oppone, per la Corte, il fatto che, rispetto a essa, non possono non valere le considerazioni inerenti alla sua "necessaria sottoposizione a un bilanciamento a fronte del contrapposto dovere di tutela della vita umana", bilanciamento peraltro rimesso alla discrezionalità del legislatore (ivi, punto 7.3 del c.i.d.). Non è qui possibile un esame puntuale di una sentenza così complessa, ma di nuovo, potrebbe dirsi, tutto è rimesso a uno Stato "paterno" che, tramite medici e giudici, decide tutelando coloro che, per aprioristico assunto, ritiene di fatto incapaci di scorgere da sé il proprio bene.

[54] Sul punto anche M. Panebianco, *La dignità come parametro e come diritto all'au-*

quantità, tutto passa anzitutto per un giudizio riflessivo, che pone il Sé di fronte a se stesso: e dinanzi al proprio giudicarsi, al proprio *ritenersi non più capace di una vita degna* nel senso antico del termine, ogni altra dimensione relazionale deve finire con il cedere.

Da quanto detto, dovrebbe poi dedursi un'ulteriore considerazione: a ben vedere, è fuorviante, in questa prospettiva, ragionare in termini di disponibilità/indisponibilità del diritto in ordine alla dignità[55], giacché tale comune considerazione presuppone ancora una volta, in forma più o meno visibile, una concezione oggettiva della stessa. In altre parole, laddove si acceda alla diversa dimensione soggettiva della dignità, questa sarà per sua stessa definizione oggetto di una possibile disposizione da parte del soggetto cui si riferisce: detto in modo più radicale, io (e solo io) posso disporre comunque di quella che ritengo essere la *mia* dignità, e *posso pretendere che altri non possa mai espropriarmene*. È per tal via che, più correttamente, si costruisce quel nucleo di intangibilità che dovrà poi essere garantito da una tutela adeguata dell'ordinamento. E se la dignità anzitutto si lega al diritto fondamentale di (ben) vivere, questo a sua volta implica il diritto di (ben) morire, essendo vita e morte ontologicamente inscindibili[56].

Esaminato qualche esempio pratico rilevante per il tema trattato, sarà infine utile qualche considerazione teorica, per quanto possibile conclusiva.

4. *La funzione sistemica della dignità*

Tornando dunque alla prospettiva iniziale, si può forse delineare qualche elemento ulteriore per la comprensione del concetto in esame: si è detto che funzione della dignità, nel sistema sociale, è quella della rappresentazione del Sé, sia nella prospettiva relazionale, sia in quella (autoriflessiva) individuale. In tal senso, è ovvio che il contenuto concreto della dignità stessa, intesa come dignità del singolo in quanto soggetto

todeterminazione. Profili di giurisprudenza costituzionale, in *Nomos* (*www.nomos.it*), 2/2021; P. Bellini, *op. cit*., 99 ss.; R. Dworkin, *Il dominio*, cit., spec. 329 ss.

[55] Sul punto A. Ruggeri, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *www.rivistaaic.it*, 1/2011, spec. 4 ss.; G. Resta, *Dignità*, cit., 31 ss.

[56] Si tratta di un profilo troppo complesso per essere qui trattato: rinvio a F. Rimoli, *Il diritto di morire come espressione del diritto alla vita: riflessioni su una prospettiva*, in *Dir. Soc*., n. 4/2023, 645 ss.; si veda anche G. Fornero, *Indisponibilità e disponibilità della vita,* cit., 353 ss.; H. Jonas*, op. cit*., 50.

esistente *e* come dignità delle sue espressioni vitali (azioni, riflessioni, si potrebbe dire dignità del suo stesso vivere) è la risultante di una complessa serie di interazioni: la dignità in senso soggettivo/individuale, infatti, non può non risentire *anche* di una dignità in senso oggettivo/collettivo, in certa misura convenzionale, che si sviluppa dal sentire comune dei consociati (in un significato vicino all'antico *decus*, che si estrinseca, per esempio, nella pur variabilissima nozione di buon costume).

In altre parole, la dignità in senso oggettivo, comunicativamente e socialmente diveniente, al contempo si contrappone e si fonde, come fattore condizionante già nella precomprensione e nella costruzione del Sé[57], alla dignità in senso soggettivo, quale giudicata e percepita dal singolo rispetto alla propria collocazione sociale. E nondimeno, il fine di tutela di un nucleo intangibile di dignità si garantisce anzitutto, come detto, tramite la dimensione soggettiva, giacché nessuno vorrà mai essere deprivato di certi beni primari, a partire dalla libertà personale, dai mezzi del proprio sostentamento e dal rispetto sociale (semmai, si può porre qui il problema opposto, ossia quello del limite oltre il quale un eccesso di pretesa individuale, argomentato con un'accezione soggettiva di dignità, possa ritenersi non obbligante per i livelli di prestazione a carico dei pubblici poteri)[58].

Se si accetta questa prospettiva, si devono trarre almeno due conseguenze: 1) la dignità è un dato eminentemente sociale e dunque assiologicamente relativo e variabile[59], poiché riguarda l'interdipendenza, storicamente contingente, tra il sistema sociale, con i suoi sottosistemi differenziati, e i sistemi psichici (ossia, gli individui) in esso operanti. Il

[57] Sul punto K.-H- Ladeur, I. Augsberg, *op.cit*., 16 ss., per i quali «Die individuelle Verantwortung für die Menschenwürde impliziert zunächst auch die Verpflichtung, sich als in anderer in einer Bewegung der Selbsttransformation (wieder-)zu erkennen und sieht sich darin weiterverwiesen an die individuelle Verantwortung für eine unbestimmbare Gemeinschaft» (ivi, 16).

[58] Ciò accadrebbe ove, per assurdo, io ritenessi non degno di me un impiego che mi rendesse meno di centomila euro l'anno: ma più realisticamente si pongono qui, non affrontabili, i numerosi e complessi problemi inerenti al sostegno degli indigenti, ossia ai pur discussi diritti al reddito garantito, al salario minimo, all'abitazione, nonché il tema dei livelli essenziali di prestazione di cui all'art. 117, co. 2, lett. m), Cost. Sul tema della lotta alla povertà, entro una letteratura sterminata, R. Fattibene, *Povertà e Costituzione*, Napoli, 2020; M. Ruotolo, *op. cit*., 205 ss.

[59] Risulta quindi superfluo, se non fuorviante, denotare la "pari dignità sociale" di cui all'art.3, co.1, Cost. come alcunché di concettualmente peculiare rispetto alla dignità *tout court*. Con diverse letture, tra molti, B. Caravita, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova 1984, 43 ss.; sull'inserimento della formula nel testo dell'art.3, M. Dogliani, C. Giorgi, *Art. 3*, Roma 2017, 48 ss.

primo inevitabilmente configura e condiziona i secondi, che a loro volta reagiscono con decisioni e comportamenti che si riflettono nel tempo sul primo (si tratta cioè, in termini sistemico-funzionali, di una irritazione reciproca: in tal senso, anche il riconoscimento di una dignità "ontologica" è il frutto di una specifica e transeunte temperie culturale); 2) la dignità in senso oggettivo è frutto di un'opzione ideologica che può avere in sé funzioni e contenuti variabili, ma è capace di diventare, nel singolo contesto e in certe condizioni, strumento di potere. In tal senso, essa non è *necessariamente* fondativa di diritti, perché lo può essere solo in determinati contesti socioculturali; fonda invece, per lo più, doveri e obblighi di conformazione, ossia definisce il paradigma e il progetto di vita di un *homme situé*[60] con imposizioni più o meno dissimulate che possono arrivare fino a livelli estremi (si pensi alla combinazione dignità/onore nei già citati codici di comportamento mafioso e agli obblighi di vendetta ivi inscritti, o al particolare tratto di dignità e disciplina che deve caratterizzare i comportamenti di chi ricopre certi ruoli sociali)[61]. Detto altrimenti,

[60] Azzardando un parallelo con il primo lessico heideggeriano, si tratta di una *Geworfenheit* intesa come effettività dell'esser-ci (insieme ad altri, ossia dell'essere-con), resa concreta dalla (pre)comprensione e dal conformismo che se ne genera: lo stato di inautenticità (peraltro, non *moralmente* inferiore) che deriva da una "gettatezza" tradotta in una "deiezione" (*Verfallenheit*), intesa come consegna del *Dasein* a uno stato interpretativo comune, si supera solo con l'appropriazione di sé e della cosa interpretata, ossia con il progettarsi secondo la possibilità che per ciascun esser-ci risulta più sua. Si veda M. Heidegger, *Essere e tempo* (1927), Pt. I, sez. I, cap. V, §§ 29 ss. (tr.it. dell'XI ed. di P. Chiodi, Milano 1976, 172 ss., sull'esser-ci come situazione emotiva); sul punto G. Vattimo, *Introduzione a Heidegger*, Roma-Bari, 2008, 38 ss., secondo il quale la *Geworfenheit* mostra che il progetto stesso dell'esser-ci è «storicamente qualificato, cioè è "finito"» (ivi, 44); nel tardo Heidegger, dopo la svolta ermeneutica, il concetto di *Selbe*, inteso come unità di appello e di risposta del linguaggio, tenterà di risolvere il tema del dialogo tra un'umanità storica e il permanere di un'identità dell'essere. Perché è vero che «l'esistenza storica è sempre risposta a un appello che di fatto si concreta in ciò che il passato ci trasmette; la parola a cui noi, parlando, rispondiamo è la parola del passato»; ma «questo dialogo è reso possibile da un dialogo più profondo, che è quello in cui ogni umanità storica risponde a un appello che storico non è, perché anzi è esso che rende possibile ogni storia. Il dialogo che fonda la storia, che noi stessi, secondo la parola di Hölderlin, siamo, non è dialogo con l'essere inteso come appello; è piuttosto esso stesso accadere dell'essere come unità di appello e risposta» (ivi, 124-125; si veda anche U. Galimberti, *Heidegger e il nuovo inizio. Il pensiero al tramonto dell'Occidente*, Milano 2020, cap. 18 [ed. digitale]). Ovvie sono le conseguenze di tale concezione sul nostro tema di analisi.

[61] Si consideri, per esempio, chi fa parte degli apparati militari o chi, più ampiamente, è pubblico funzionario e deve adempiere le sue funzioni "con disciplina ed onore" (art. 54 Cost.). Ovviamente, la dignità fonda doveri anche negli ordinamenti misurati sui diritti: l'art.2 della Costituzione italiana, che affianca ai "diritti inviolabili" i "doveri inderogabili", è un buon esempio in tal senso. Ma è evidente che il contenuto degli uni

la distinzione tra la dignità ontologica e quella deontologica, ancorché plausibile in astratto, è assai più opinabile in concreto, laddove sul piano assiologico le due dimensioni finiscono con il sovrapporsi.

Muovendo da tali premesse, si può meglio cogliere l'importanza della dimensione soggettiva della dignità: lo stesso Luhmann sottolinea come la perdita di dignità comporti un effetto devastante sull'autorappresentazione dell'individuo, ossia su «quel processo che fa diventare persona l'uomo che comunica con altri uomini, costituendolo nella sua umanità», giacché «l'uomo non può usare la sua personalità, se la sua autorappresentazione non ha successo, se non ha dignità». Una tale condizione lo induce a ritrarsi dal contesto delle relazioni, a isolarsi nel proprio nucleo più ristretto, non potendo affrontare il confronto entro un ordine sociale differenziato che «è interessato a mantenere personalità integre e capaci di contatti», screditando «tutti quegli espedienti dell'autorappresentazione che rendono più o meno inabili all'interazione e compensano la perdita di dignità con la rinuncia alla libertà». Ma «tale scopo è raggiunto soprattutto attraverso l'istituzionalizzazione della libertà e della dignità come valore, nel senso di un'illimitata capacità di contatti». Dunque, «la libertà e la dignità dell'uomo si condizionano reciprocamente». Non sono innate qualità naturali né valori impliciti, ma «precondizioni interne ed esterne dell'autorappresentazione della personalità individuale nell'ambito del processo comunicativo»[62]. Ma per non tradurre l'una e l'altra in scatole vuote, entro i meccanismi di una società sempre più funzionalmente differenziata, resta centrale il compito dei diritti fondamentali, che consentono ai singoli di sfruttare spazi di autorappresentazione diversi entro un sistema sociale organizzato per ruoli. Realisticamente, Luhmann ritiene che tali diritti, in sé, non possano garantire libertà né dignità, poiché ciò esula di fatto dal potere dello Stato, e ne desume che sia sensato considerare entrambe come «beni giuridici pre-statali»[63]. E tuttavia, può dirsi, se il legame tra libertà e dignità è così stretto, appare evidente che il profilo soggettivo dell'autorappresentazione, pur nei

e degli altri risente in modo netto del tratto di fondo – liberale o autoritario – del regime entro cui si sviluppano questi concetti, e la dignità in senso oggettivo, di fatto definita da un decisore esterno al soggetto, ben può prestarsi, in certe condizioni, a far prevalere i secondi sui primi, operando in senso fortemente conformativo e sovente coercitivo rispetto alle libertà individuali. Su questi temi rinvio a F. Rimoli, *Appunti per uno studio sulla dimensione funzionale dei doveri pubblici*, in *www.federalismi.it*, n.13/2015 (e in Id., *Dei diritti*, cit, 105 ss).

[62] N. Luhmann, *op. cit.*, 120-122.

[63] Ivi, 124.

limiti concessi dall'assetto differenziato del sistema sociale, assume una priorità innegabile nella definizione della funzione stessa della dignità.

In altri termini, *la diade concettuale dignità/libertà si pone come luogo centrale dell'autorappresentazione individuale e fondamento del principio di autodeterminazione del singolo*. Essa è, cioè, il prodotto dell'autoosservazione dei sistemi psichici in relazione al sistema sociale, e determina l'autocomprensione individuale e la costituzione del Sé nella rete delle relazioni[64], entro uno spazio che è e deve restare garantito tramite la stessa istituzionalizzazione dei diritti fondamentali, in tal senso operanti pur con le loro (sempre) possibili limitazioni[65]. Perché è entro tale spazio che l'intero paradigma dei diritti si estrinseca. Laddove esso sia precluso, il paradigma stesso si vanifica e si pone in dubbio, poiché è il riconoscimento positivo, e soprattutto l'attuazione legislativa e giurisprudenziale dei diritti, intesi come istituzione destinata nella concezione funzional-strutturalista a proteggere i singoli dalla prevaricazione entropico-invasiva propria dei sottosistemi sociali funzionalmente differenziati[66], a rendere concrete dignità e libertà.

Sono dunque i diritti, così concepiti, riconosciuti e tutelati, a generare dignità e libertà quali spazi dell'autonomia individuale, e non l'opposto. Dignità e libertà, in tal modo costruite, valgono dunque a garantire da un lato il mantenimento della differenziazione sociale dei sistemi e dei ruoli e, dall'altro e soprattutto, lo spazio di autonomia e immunità dei singoli dinanzi all'omologazione e alla *hýbris* della società funzionale (in altri termini, esse sono – pur con qualche approssimazione – un equivalente operativo della distinzione habermasiana tra un mondo sistemico-funzionale strategicamente orientato al successo e una *Lebenswelt* comunicativamente orientata all'intesa)[67].

[64] Sulla *Konstituierung des Selbst* nella società moderna si vedano anche K.-H. LADEUR, I. AUGSBERG, *op. cit.*, 16 ss.

[65] Così, per N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1993, ed. tascabile 1995, «Von Eklatanz der Verstöße wird man nur mit Bezug auf Menschenwürde sprechen können», poiché «Einschränkungen der Rechte auf Freiheit und Gleichheit, die auch als Menschenrechte geführt werden, sind so normal und so unentbehrlich, daß man staatlichen Rechtsordnungen einen Spielraum (qua "Gesetzesvorbehalt") konzedieren muß» (ivi, 580).

[66] In tal senso, semplificando, N. LUHMANN, *I diritti*, cit., *passim*; sul tema A. FEBBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, Milano 1975, 145 ss.

[67] Il richiamo è alla nota costruzione di J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo. II. Critica della ragione funzionalistica* (1981), tr. it. della III ed. (1984), Bologna 1997, spec. 697 ss.

Per quanto fin qui detto, appare evidente che una dignità concepita come valore, comunque soggettivamente interpretata dall'esterno ma presentata come "oggettiva", è nella migliore delle ipotesi un contenitore astratto, nella peggiore uno strumento di dominio etico-giuridico[68]. Una dignità intesa, invece, come luogo della rappresentazione comunicativa e della conseguente autorappresentazione, valorizzata primariamente nella sua dimensione soggettiva e nella sua connessione con i diritti fondamentali, è il momento supremo della libertà, dell'autocomprensione/autoosservazione e dell'autodeterminazione dei singoli, dinanzi al quale lo Stato liberale, laico e pluralista non può porre limiti che non siano quelli, strettamente necessari alla civile convivenza, di cui si è già detto[69].

[68] Secondo N. Luhmann, *op. cit*., 312-313, «il concetto di valore indica un punto di vista preferenziale per determinate conseguenze dell'azione», quindi è istituzionalizzato come dover essere e considerato giusto al di là degli esiti concreti della singola azione; i valori sono «aspettative stabilizzate in modo controfattuale ed in questo sono simili alle norme giuridiche», Ma mentre queste danno una chiara alternativa legalità/illegalità, per i valori si applica piuttosto una regola di preferenza contingente, che sceglie un valore e rinuncia ad altri (non essendo sempre possibile, deve intendersi, un reale bilanciamento): così, in caso di conflitto si traccia una gerarchia che è altrettanto contingente, perché «una gerarchia di valori può essere praticata sempre e solo relativamente a una situazione. Solo i valori, ma non i loro rapporti gerarchici, possono essere formulati in modo astratto e l'astrazione dei primi senza quella dei secondi è praticamente inutile». Sul tema della *Wertordnung*, del bilanciamento e dell'interpretazione per valori rinvio anche a F. Rimoli, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Torino 1999, spec. 307 ss.

[69] Non mi pare di poter condividere qui la perplessità espressa da P. Ridola, *Il principio libertà*, cit., secondo il quale la ricostruzione della dignità alla luce delle teorie dei sistemi (in particolare quella proposta da K-H. Ladeur, I. Augsberg, *op. cit*., che parte da una lettura della dignità come *re-entry* di un *principium individuationis* [ivi, 8 ss.]) «rischia di coprire dietro la (condivisibile) presa d'atto della secolarizzazione della dignità dell'uomo gli esiti di una interpretazione neoliberale di essa, alla luce della quale gli *Einzelgrundrechte*, meri strumenti della differenziazione funzionale delle sfere parziali della società, finiscono per essere funzionali alla riduzione della dignità dell'uomo ad un individualismo totalmente autoreferenziale» (ivi, 301). Non è possibile qui neanche sfiorare la complessità di concetti peculiari delle teorie in esame, come quello citato di *re-entry*, ossia del fenomeno, presente nei sistemi autopoietici, consistente nel rientro di una distinzione in ciò che è distinto sulla base dell'iniziale operazione distinzione/indicazione in una forma a due lati. Con il *re-entry* si fa, cioè, ritornare una distinzione nello stesso ambito che essa consente di distinguere, e ciò vale, mediante l'asimmetrizzazione temporale, a superare i paradossi (esemplificando: la scienza, che opera secondo un codice vero/non vero, a un certo livello di complessità si autoosserva e inizia a riflettere sulla verità/non verità della stessa distinzione vero/non vero). Sul punto però si vedano almeno G. Spencer-Brown, *Laws of Form,* New York 1972, 56 ss., e N. Luhmann, *Introduzione alla teoria dei sistemi* [lezioni, 1991/92], tr. it., Lecce 2018, 73 ss. e 239 ss.; più ampiamente Id., *Observing Re-entries*, in *Graduate Faculty Philosophy Journal*, 16.2 (1993), 485 ss.).

Altrimenti operando, esso tradisce i propri fondamenti assiologici e rischia di diventare, lentamente ma inesorabilmente, uno Stato etico.

Ma, al di là della tesi degli autori citati, deve dirsi che la funzione istituzionale dei diritti fondamentali, intesi già dal giovane Luhmann come argine alle tendenze dedifferenzianti ed entropiche di alcuni sottosistemi del sistema sociale (per esempio, quello economico o quello politico), che tendono a fagocitare in sé l'intera sfera di autonomia dei singoli sistemi psichici, serve proprio a non ridurre a mera autoreferenzialità individuale l'autocomprensione e l'autorappresentazione di cui si parla nel testo, garantendo piuttosto uno spazio di "intangibilità" alla sfera dell'autodeterminazione che non impedisce affatto, ma anzi mantiene, in quanto necessaria, la relazionalità e l'intersoggettività del comunicare. Sull'interazione tra sistema sociale e sistemi psichici individuali, N. Luhmann, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale* (1984), tr. it., Bologna 1990, 413 ss.

SAGGI

Guido Rivosecchi

"RILEGGERE I MAESTRI": L. PALADIN, VOCE "PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA", IN "ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO", VOL. XXXV, MILANO, GIUFFRÈ, 1986*

SOMMARIO: 1. Perché "rileggere i Maestri" e, in particolare, perché rileggere Livio Paladin. – 2. Tra metodo e contenuti. – 3. Posizione e ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema. – 4. Elezione e *status* del Presidente della Repubblica. – 5. Il raccordo con il circuito Governo-Parlamento, con particolare riferimento al ruolo del Presidente della Repubblica nelle crisi di governo. – 6. Gli atti del Presidente della Repubblica e i controlli costituzionali, con particolare riferimento al rinvio delle leggi. – 7. Il c.d. potere di esternazione. – 8. La Presidenza degli organi collegiali. – 9. Gli altri poteri presidenziali. – 10. Spunti per una conclusione: il Presidente della Repubblica tra poteri "deformalizzati" e funzione di garanzia politica della Costituzione.

1. *Perché "rileggere i Maestri" e, in particolare, perché rileggere Livio Paladin*

Non poche sono le ragioni per "rileggere i Maestri" e per questo sono particolarmente grato per l'invito a intervenire in questo prestigioso ciclo di Seminari.

Appare oggi quanto mai opportuno tornare a una solida teoria del diritto, funzionale a costruire le premesse per il rendimento effettivo dell'ordinamento. E una solida teoria del diritto si garantisce *anzitutto* rileggendo i Maestri. Questo esercizio mi sembra tanto più necessario in una fase storica in cui anche il pensiero giuridico contemporaneo appare condiscendente nei confronti delle «necessità dei tempi», spesso ritenute "oggettive" e, quindi, inclini a piegare le categorie del diritto costituzionale[1], tanto più sotto la spinta oggi predominante di una visione di im-

* Il contributo costituisce la versione rielaborata e ampliata della relazione svolta il 10 gennaio 2024 nell'ambito del ciclo di Seminari "Rileggere i Maestri", tenutosi presso l'Università degli Studi Roma Tre, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

[1] Mette in guardia contro questa prospettiva, troppo spesso avvalorata in forza di

pronta weberiana e luhmanniana, rivolta, cioè, a privilegiare il principio dell'efficienza della decisione e il "risultato" nell'azione delle istituzioni pubbliche. In questo contesto, una distaccata rilettura dei Maestri, a distanza di tempo, può favorire uno sguardo profondo sulle trasformazioni in atto ed essere utile a cogliere la portata delle necessità oggettive e le ragioni d'essere del diritto costituzionale, con particolare riguardo all'esigenza di assicurare una salda teoria dell'interpretazione, una rigorosa dommatica delle fonti, un riequilibrio costante dei rapporti tra diritti e doveri costituzionali[2].

La prospettiva qui cennata assume particolare significato quando si rilegge Livio Paladin. Infatti, nei Suoi scritti il Maestro offre sempre altissimo esempio del conseguimento di questi obiettivi, anche sul tema del Presidente della Repubblica, definito dall'Illustre Autore la carica pubblica più «difficile» da inquadrare nella forma di governo, prima ancora che «sfuggente», riprendendo la nota espressione su cui avrò modo di tornare.

Il Presidente della Repubblica è l'organo che più connota la forma di governo parlamentare italiana anzitutto per il suo carattere duttile ed elastico, come mette in rilievo lo stesso Paladin che offre in questa "voce" un magistrale esempio di costante armonizzazione tra disciplina positiva della forma di governo e interpretazione/applicazione del diritto costituzionale[3].

2. *Tra metodo e contenuti*

Quanto al metodo, occorre in primo luogo osservare che Paladin utilizza il metodo induttivo, muovendo dalla considerazione in base alla quale la figura e «l'imparzialità del Presidente va concepita come un *posterius* e non come un *prius*». Essa si risolve, cioè, nel rispetto dei

asserite «necessità dei tempi» e che, invece, non dovrebbe «mai attrarre il giurista» M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano 2023, 251 ss., il quale, all'opposto, propugna «l'intransigenza nei confronti di qualunque contraffazione dell'ordine costituzionale dei poteri» (ivi, 252).

[2] Al riguardo, cfr. M. Luciani, *Il costituzionalismo e l'economia dal divampare della crisi ad oggi*, in *La domanda inevasa. Dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema giuridico europeo*, a cura di L. Antonini, Bologna 2016, 63 ss.

[3] In questa prospettiva metodologica, cfr. M. Bertolissi, *Livio Paladin costituzionalista della* res publica, Modena 2022, 18 ss.

limiti costituzionalmente stabiliti e delle regole convenzionali, indipendentemente dagli scopi che il Presidente intenda perseguire nella sua azione[4]. Dal momento che posizione, funzioni e collocazione del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale non si esauriscono in regole onnicomprensive, secondo Paladin occorre rinunciare *a priori* a ogni tentativo di sistematizzazione unitaria in quanto l'organo non è riducibile a canoni uniformi[5]. Ciò giustifica il metodo seguito nella "voce": non già deduttivo, fissando preliminarmente in astratto l'*ideal tipus* di Presidente alla luce del quale prendere in esame le funzioni, in quanto non sussiste alcun tipo ideale di Presidente ricavabile dalla Costituzione. All'opposto, occorre partire dall'analisi delle funzioni per come emergono soprattutto delle prassi per poi ricostruire posizione e ruolo del Presidente nel sistema[6].

In secondo luogo, l'Illustre Autore procede per definizioni "in negativo" più che "in positivo": cioè per limitazioni ed esclusioni in relazione alla qualificazione dei poteri del Presidente della Repubblica. Basti pensare ai paragrafi n. 1 e n. 2, in cui viene dedicata estrema attenzione ai lavori dell'Assemblea Costituente al fine di ricostruire la posizione dell'organo nel sistema e le modalità e il significato dell'elezione, sia pure mediante un'analisi che è sempre saldamente ancorata al dato di diritto positivo, senza mai forzare l'interpretazione del testo alla luce dei lavori preparatori. Emerge sotto questo profilo – sia detto per inciso – la matrice positivista di Livio Paladin, allievo di Vezio Crisafulli, anche se probabilmente il meno positivista tra gli allievi di quest'ultimo. Basti pensare a come Paladin ha svolto la funzione di giudice costituzionale, con approccio tutt'altro che formalista, come si evince, a tacer d'altro, dalle "storiche" sentenze sul *referendum* (sent. n. 16 del 1978) e sul sindacato sulle c.d. norme penali di favore (sent. n. 148 del 1983).

A queste opzioni metodologiche corrispondono scelte di merito e di contenuto che, in realtà, contrariamente a quanto da taluni osservato, non sono espressione di una rinuncia a individuare dei "punti fermi", ricavabili da elementi testuali e dall'interpretazione dei lavori preparatori. Seguendo l'ordine tematico della "voce" stessa, i contenuti possono essere così sintetizzati:

[4] L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano 1986, 239.

[5] Ivi, 237.

[6] Ivi, 239.

a) posizione e ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale;

b) modalità di elezione e *status*;

c) raccordo con il circuito Governo-Parlamento, con particolare riferimento a: ruolo del Presidente della Repubblica nelle crisi di governo, nomina del Presidente del Consiglio incaricato e scioglimento anticipato delle Camere;

d) atti del Presidente della Repubblica e controlli costituzionali, con particolare riferimento al rinvio delle leggi *ex* art. 74 Cost., intesa come funzione di controllo mediante richiesta di riesame;

e) potere di inviare messaggi alle Camere e potere di "esternazione", a cui viene dedicato largo spazio nella "voce";

f) ruolo del Presidente della Repubblica negli organi collegiali (Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura e del Consiglio Supremo di difesa);

g) altri poteri presidenziali (nomina senatori a vita; nomina dei giudici costituzionali; potere di grazia).

3. *Posizione e ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema*

Quanto alla posizione e ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale, Paladin rileva una certa tendenza dei Costituenti a «coltivare gli equivoci o le ragioni di ambiguità», ma ciò non gli impedisce di individuare le coordinate desumibili dalla disciplina costituzionale, spesso mediante approssimazioni successive, a partire dall'ordine del giorno Perassi che, accogliendo il sistema parlamentare, rende implicitamente incompatibile con la Costituzione ogni modello di Capo dello Stato come organo governante, sicché il Presidente della Repubblica appare a Paladin «al di fuori dei tre tradizionali poteri dello Stato»[7] ed estraneo alla funzione di indirizzo politico, in quanto titolare di un «quarto potere di carattere neutro»[8].

Entro queste direttrici, ripercorrendo i lavori preparatori Paladin sottolinea l'intento dei Costituenti di creare un sistema fortemente elastico, in linea con la forma di governo. Basti pensare, ad esempio, al valore della controfirma sul decreto di scioglimento anticipato delle Camere rispetto

[7] Ivi, 166.

[8] *Ibidem*. Di questa ricostruzione vi è significativa traccia nella sent. C. cost. n. 1 del 2013.

al quale non viene risolto il contrasto sviluppatosi in sede di Assemblea Costituente tra Tosato, che riteneva indispensabile il concorso del Governo, nell'intento di non escludere uno scioglimento di carattere maggiormente governativo, e Ruini, il quale, invece, riteneva che il Governo non avrebbe mai potuto rifiutare la controfirma, propugnando, quindi, uno scioglimento maggiormente presidenziale. Il nodo non è sciolto e il modello rimane consapevolmente aperto. Analogamente, muovendo da un'attenta analisi dei lavori preparatori, Paladin rileva che viene sistematicamente respinto in Assemblea ogni tentativo di formalizzare la posizione e il ruolo del Presidente nel sistema e di irrigidire *giuridicamente* il suo rapporto con gli altri organi.

Paladin conclude che, alla luce dei lavori preparatori, la figura del Presidente della Repubblica rimane «allo stadio di un abbozzo»[9]. Un'espressione, quest'ultima, che è stata ripetutamente ripresa in dottrina[10]. Così, la tesi dell'indefinitezza, se non del carattere equivoco, della conformazione dei poteri presidenziali nella forma di governo ha avuto particolare fortuna sino ad affermare – rifacendosi a Paladin – che «[l]a scelta dell'art. 89, comma 1, Cost. avrebbe creato poi le premesse di un'irrisolta ambiguità»[11].

In realtà, il modello costituzionale, come risulta anche dalla piana lettura della "voce", è volutamente "aperto" ed elastico, secondo quanto già osservato da Vittorio Emanuele Orlando, secondo quanto riportato anche da Paladin, quando afferma che «le Costituzioni si creano con il costume […] e con successivi adattamenti e non per atti di volontà».

Ad eccezione di Giuseppe Maranini, che definisce il Presidente della Repubblica figura «ambigua, ambivalente e incoerente», la dottrina largamente maggioritaria – in cui si colloca, da questo punto di vista, anche Paladin – insiste piuttosto sulla duttilità del modello costituzionale, con-

[9] L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 171.

[10] Cfr., ad esempio, E. Cheli, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia costituzionale*, in *Scritti in onore di Leopoldo Elia*, tomo I, Milano 1999, 302; F. Giuffrè, *Profili evolutivi del Presidente della Repubblica tra "garanzia passiva" e "attivismo garantista"*, in *Il Presidente della Repubblica. Frammenti di un settennato*, a cura di F. Giuffrè e I.A. Nicotra, Torino 2012, 1 ss.; E. Furno, *Il Presidente della Repubblica al tempo delle crisi*, Napoli 2021, 113; S. Cassese, *Il Presidente nello sviluppo della democrazia*, in *I Presidenti della Repubblica. Il Capo dello Stato e il Quirinale nella storia della democrazia italiana*, a cura di S. Cassese, G. Galasso, A. Melloni, Bologna 2018, 36.

[11] C. Fusaro, *Da Ciampi a Draghi (passando per Dini e Monti): verso una forma di governo parlamentare sotto tutela?*, in *Quad. cost.*, n. 1/2021, 176.

notato da una consapevole incertezza e indeterminatezza in quanto nel suo ruolo di garanzia il Presidente è custode al contempo del principio maggioritario e dell'unità nazionale. In definitiva, il Presidente della Repubblica oscilla tra garanzia del principio maggioritario e garanzia dell'unità nazionale[12].

4. *Elezione e* status *del Presidente della Repubblica*

Quanto alla elezione/rielezione e allo *status* del Presidente, le modalità di elezione appaiono a Paladin sintoniche con la forma di governo e con l'ordine del giorno Perassi. Anche sotto questo profilo, l'Illustre Autore ripercorre i lavori preparatori, muovendo dall'osservazione di Tosato secondo la quale l'elezione diretta sarebbe incompatibile con il regime parlamentare italiano. Paladin assume una posizione maggiormente cauta, rilevando che l'elezione diretta introdurrebbe elementi di dualismo nella forma di governo, secondo quanto già affermato da Vezio Crisafulli[13]. Sebbene essa non trasformerebbe necessariamente la forma di governo vigente in Italia in un sistema semipresidenziale, tuttavia, dall'investitura popolare deriverebbe «la diminuzione, se non dell'autorità personale, della credibilità del Capo dello Stato nell'esercizio delle sue caratteristiche funzioni arbitrali e di moderazione»[14]. L'osservazione – di particolare attualità, alla luce del dibattito successivo sulle riforme – ben può oggi leggersi nel senso che l'elezione diretta priverebbe il Presidente della Repubblica dei suoi connotati strutturali desumibili dalla Costituzione perché sarebbe espressione di parte. All'opposto, già le norme costituzionali sull'elezione del Presidente, caratterizzate dalla mancanza di candidature ufficiali, dal voto a scrutinio segreto e dalle maggioranze qualificate, secondo Paladin si connotano quale procedimento fortemente garantista, in quanto rivolto a postulare larghe maggioranze con un certo grado di indipendenza dai partiti stessi, come si desume dalle prassi prese in esame dall'Illustre Autore. A queste ultime è attribuito il dovuto rilievo, ma sempre nei limiti dell'interpretazione delle norme costituzionali, nel senso che Paladin rimane sempre saldamente ancorato al dato

[12] Al riguardo, per tutti, le illuminanti considerazioni di A. Baldassarre, C. Mezzanotte, *Il Presidente della Repubblica tra unità maggioritaria e unità nazionale*, in *Quad. cost.*, n. 1/1985, 5 ss., spec. 25 ss.

[13] L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 172.

[14] Ivi, 173.

giuridico. Basti pensare al limitato ruolo attribuito ai delegati regionali chiamati ad integrare il Parlamento in seduta comune per l'elezione del Presidente. Sulla base di argomenti testuali, l'Illustre Autore afferma che non è necessario che i delegati regionali siano eletti in seno al Consiglio regionale, né che, tra di essi, sia espressa la minoranza numericamente maggiore, poiché l'art. 83, secondo comma, Cost. si riferisce a «minoranze» al plurale, sicché è sufficiente la garanzia del c.d. voto limitato, secondo la tesi accolta da Pietro Ingrao, allora Presidente del Parlamento in seduta comune, in occasione della composizione del collegio per l'elezione del Presidente Pertini nel 1978.

Significativa l'apertura di Paladin nei confronti dell'autonomia statutaria regionale, laddove, in ordine alla qualificazione soggettiva dei delegati regionali, rileva che «è sostenibile – malgrado i dubbi manifestati in dottrina – che gli statuti di singole regioni possano legittimamente imporre» che i delegati siano eletti tra gli stessi consiglieri regionali. Al riguardo, tale soluzione può essere pacificamente praticata a seguito della formulazione dell'art. 123 Cost. successiva alla riforma del Titolo V del 2001, la quale ha espressamente rimesso alla fonte statutaria la determinazione della «forma di governo» e dei «principi fondamentali di organizzazione e funzionamento» della Regione[15]. Del resto, una disposizione di questo tenore è ad esempio contenuta nello Statuto della Regione Piemonte (art. 28, comma 2). Inoltre, secondo Paladin, «[q]uesta soluzione si rivela [...] tanto più appagante in quanto si consideri che non è possibile, al di fuori dei rispettivi consigli, identificare con certezza quelle minoranze di cui la Costituzione esige "la rappresentanza"»[16].

In questa prospettiva, al fine di integrare la componente "autonomistica", già allora ritenuta non adeguatamente significativa da Paladin, in linea con il Titolo V del 2001, rivolto alla valorizzazione dei poteri locali, si spiegano le numerose proposte che sono state avanzate nel corso del tempo e, in particolare, a ridosso della rielezione del Presidente Mattarella nel 2022, rivolte ad includere un sindaco nelle delegazioni regionali, secondo quanto suggerito sia dal Presidente dell'Anci, sia da alcuni Presidenti di Giunte regionali, sia, ancora, da alcuni parlamentari.

Si può incidentalmente osservare che oggi, nella scia di Paladin, si ragiona ancora di più sulle prassi. Per rimanere al tema dell'elezione, basti pensare alla recente distinzione proposta da Andrea Pertici tra Presidenti

[15] Sul punto, cfr. L. Panzeri, *L'elezione dei delegati regionali per l'elezione del Presidente della Repubblica*, in *Le Regioni*, n. 4/2011, 690.

[16] L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 175.

«di larghe intese» e Presidenti «di contrapposizione»[17]. Tra i primi sono ascrivibili De Nicola, Gronchi, Saragat, Pertini (anche se eletto al sedicesimo scrutinio), Cossiga, Ciampi, Napolitano II e Mattarella II, mentre sono riconducibili ai secondi Einaudi, eletto "in contrapposizione" alla candidatura di Orlando; Segni, eletto per evitare una possibile presidenza di Saragat o di un esponente del centro-sinistra; Leone per impedire l'elezione di un socialista (Nenni o De Martino). Sempre guardando alle prassi, non può non rilevarsi che l'originaria "matrice elettorale" finisce, almeno in una certa misura, per influire indirettamente su alcuni frangenti dell'azione dei Presidenti. La "cautela" di Einaudi – Presidenza "notarile" – si spiega, ad esempio, anche in questa chiave di lettura. Analogamente, l'elezione "divisiva" del Presidente Leone concorre a giustificare la sua posizione marginale nelle crisi di governo. Infatti, pur essendo espressione convinta di una maggioranza rivolta ad impedire una Presidenza socialista, egli non riesce – ad esempio – a bloccare la ricostruzione del centro-sinistra con il Governo Rumor IV. Gronchi, invece, forte della sua elezione frutto di "larghe intese", può ad esempio respingere l'intera lista dei ministri proposti dal Presidente del Consiglio incaricato Zoli in quanto espressione della alternativa corrente di Fanfani. Pochi esempi per dimostrare che il Presidente della Repubblica possa essere "condizionato" dalla maggioranza che lo elegge, anche se poi l'ordinamento costituzionale garantisce che l'organo "si sganci" dalla maggioranza stessa.

Sul punto, Paladin sottolinea che le candidature «di parte sono generalmente destinate al fallimento»[18]. Tale intuizione è confermata dagli eventi successivi. Basti pensare, soltanto per limitarsi agli esempi più recenti, al tentativo D'Alema del 2006, in cui fu profilata una candidatura basata su alcuni punti programmatici o al caso eclatante della candidatura di Prodi nel 2013, fallita a seguito del voto contrario di alcune correnti del Partito democratico, nonché, da ultimo, alle accese polemiche sorte in occasione della candidatura di Berlusconi, avanzata – nel corso dell'elezione presidenziale del 2022 – dalla coalizione di centro-destra o, infine, al clamoroso fallimento della candidatura Casellati sempre in occasione dell'elezione del 2022.

Le riflessioni di Paladin sono riprese e sviluppate, tra gli altri, da Serio Galeotti e Barbara Pezzini, nella parte in cui Paladin afferma che il

[17] Cfr. A. Pertici, *Presidenti della Repubblica. Da De Nicola al secondo mandato di Mattarella*, Bologna 2022, 100 ss. e 219 ss.

[18] L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 174.

numero elevato di scrutini e la modalità d'elezione «tortuosa e traversa» permettono – attraverso una "eterogenesi del fine" – di «approfondire il divario tra la persona del Presidente eletto e le posizioni politiche dell'attuale maggioranza di governo o anche di altre maggioranze occasionali»[19].

Deve essere inoltre sottolineato che Paladin è molto attento al dato formale nel procedimento elettorale – a cui dedica largo spazio dell'analisi, allora in assenza di prassi consolidate – per evitare interpretazioni analogiche delle norme costituzionali. Di qui, ad esempio, l'insistenza sul rigoroso rispetto dei termini per la convocazione del Parlamento in seduta comune e lo svolgimento dell'elezione, secondo quanto testualmente prescritto dall'art. 85, secondo comma, Cost., a tenore del quale «[t]renta giorni prima che scada il termine dal mandato presidenziale, il Presidente della Camera convoca il Parlamento in seduta comune» e dall'art. 85, terzo comma, Cost., secondo cui «[s]e le Camere sono sciolte, o manca meno di tre mesi alla loro cessazione, la elezione ha luogo entro quindici giorni dalla riunione delle Camere nuove». Sottolinea Paladin che si tratta di norme costituzionali poste a tutela delle Camere "elettrici" e non già del Presidente della Repubblica, sicché i tre mesi dalla cessazione delle Camere vanno determinati in vista della convocazione del Parlamento in seduta comune alla quale il Presidente della Camera deve provvedere trenta giorni prima che scada il termine del mandato presidenziale[20].

Quanto alla rielezione, non è esclusa dalla Costituzione e, quindi, per Paladin è consentita, anche alla luce dei lavori preparatori. Infatti, ricorda l'Illustre Autore che si discusse a lungo del divieto di rielezione in sede di Prima sezione della Seconda Sottocommissione (erano favorevoli Lami Starnuti, Fuschini e Rossi), ma non fu introdotta nel progetto, successivamente non modificato su questo punto dall'Assemblea[21]. Nondimeno, lo stesso Paladin ricorda che la rielezione era vista con sospetto (specie dopo la Presidenza Gronchi). Basti pensare al messaggio alle Camere del Presidente Segni del 1963 e alla proposta di revisione costituzionale avanzata dal Governo Leone per sopprimere il semestre bianco ed escludere la rieleggibilità del Capo dello Stato.

In definitiva, l'ipotesi della rielezione del Presidente della Repubblica viene ricondotta, da parte di Paladin, «al novero degli eventi politica-

[19] *Ibidem*.
[20] Ivi, 177 ss.
[21] Ivi, 182.

mente improbabili»[22]; del resto – conclude l'Illustre Autore – «la stessa lunghezza del mandato, protratto per ben sette anni, ha reso la rielezione molto difficile se non del tutto impossibile»[23].

La storia successiva – contrassegnata dalle rielezioni di Giorgio Napolitano e di Sergio Mattarella (rispettivamente, nel 2013 e nel 2022) – ha smentito questa posizione.

Alla luce di ciò, dopo due rielezioni consecutive, pare più difficile affermare, come scrive Paladin[24], che «appartiene alla mitologia costituzionale la tesi [...] che il Capo dello Stato sia chiamato a rispondere dei propri atti al termine del suo mandato, sicché l'elezione di un nuovo Presidente comporterebbe una sanzione politica verso l'ex-titolare dell'ufficio»[25]. La non rielezione continua a non implicare alcuna sanzione, come osservava Paladin, ma, dopo due rielezioni, non si può ignorare il rischio che l'eventuale non rielezione del successore di Mattarella possa essere interpretata come un giudizio di carattere negativo – e, dunque, come un'attribuzione di responsabilità – nei confronti dell'operato del Presidente non riconfermato.

La tesi di Paladin, secondo la quale «la non rielezione», al termine del primo settennato, è «l'alternativa che meglio si conforma al modello costituzionale di Presidente della Repubblica»[26], ha ricevuto l'avallo dei Presidenti rieletti: esplicitamente quello di Napolitano in occasione della cerimonia per lo scambio degli auguri con le alte cariche dello Stato (17 dicembre 2012) e, implicitamente, quello di Mattarella in occasione della commemorazione del Presidente Segni (2 febbraio 2021), quando il Presidente si espresse in favore dell'introduzione del divieto di rielezione in Costituzione, come appunto prevedeva il "progetto Segni"[27].

Più divisa la dottrina che riprende sul punto la "voce" di Paladin. Secondo Irene Pellizzone, ad esempio, la "chiave di lettura" offerta da Paladin – che vede, appunto, nella rielezione «la strada meno aderente al

[22] Ivi, 183.

[23] Ivi, 186.

[24] Ripreso espressamente, in questo senso, da G. Scaccia, *Il "settennato" Napolitano fra intermediazione e direzione politica attiva*, in *Quad. cost.*, n. 1/2013, 104 e da M. Manetti, voce *Capo dello Stato*, in *Enc. dir.*, Annali X, Milano 2017, 168.

[25] L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 183.

[26] *Ibidem*.

[27] Sul punto, cfr. G. D'Amico, *Rieleggibilità del Capo dello Stato e semestre bianco: la versione del Quirinale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2021, 404 ss.; G. Menegatto, *Ancora sul semestre bianco e sulla rieleggibilità del Presidente della Repubblica, a 130 anni dalla nascita di Antonio Segni*, in *Consulta Online*, n. I/2021, 258 ss.

dettato costituzionale»[28] – «pare la più convincente, perché il suo punto di caduta collima con l'esigenza di non snaturare il ruolo del Presidente della Repubblica, consentendo di continuare a discorrere, quantomeno, di convenzione per cui la rielezione è da scartare»[29]. Secondo Giulio Salerno, invece, «non può ormai più dirsi che la rielezione debba ritenersi come non pienamente conforme al modello di Presidente della Repubblica delineato dalla Costituzione»[30], «se si ricorda che la prassi contraria alla rielezione, per quanto lunga, non ha determinato la formazione di una conseguente consuetudine costituzionale, ma ha prodotto soltanto l'affermazione di un'interpretazione per lungo tempo sfavorevole alla rielezione in quanto quest'ultima era ritenuta un evento politicamente improbabile»[31].

Sul punto, può concludersi: che la Costituzione formale consente la rielezione; che dall'analisi dei lavori preparatori si desume che furono respinti gli emendamenti rivolti ad affermare il divieto di rielezione e a sopprimere il c.d. semestre bianco; che la facoltà di essere rieletto è confermata dall'intendimento del "progetto Segni" di escluderla e dalle vicende successive.

Infine, quanto alla durata del mandato, secondo Paladin i sette anni si giustificano: a) per sfasare il mandato rispetto alla durata della legislatura e delle altre cariche, così rovesciando la tesi avanzata da Nitti e orientata a ridurre il mandato a quattro anni perché «tanto ci sarebbe stato il correttivo della possibile rielezione» (rielezione che, con il mandato di sette anni, diventa invece improbabile); b) un mandato di sette anni consente di evitare frequenti elezioni presidenziali; c) tale durata assicura continuità all'ufficio.

Paladin ammette la *prorogatio* dei poteri del Presidente in carica non soltanto nel caso previsto dall'art. 85, terzo comma, Cost.[32], ma, nel silenzio della Costituzione, anche nell'ipotesi in cui il procedimento elettorale si protragga oltre la normale scadenza dell'uscente, così criticando chi, invece, auspicava la supplenza del Presidente del Senato. La tesi di Paladin muove dall'interpretazione estensiva dell'art. 85, terzo comma,

[28] L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 182.

[29] I. Pellizzone, *Poteri e garanzie (Presidente della Repubblica)*, in *Enc. dir.*, vol. V, *Potere e Costituzione*, Milano 2023, 891.

[30] L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 183.

[31] G.M. Salerno, *La seconda rielezione presidenziale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2022, 249.

[32] A tenore del quale «[s]e le Camere sono sciolte, o manca meno di tre mesi alla loro cessazione, la elezione ha luogo entro quindici giorni dalla riunione delle Camere nuove. Nel frattempo sono prorogati i poteri del Presidente in carica».

Cost.: la mancata elezione del nuovo Presidente entro i termini costituzionalmente previsti è effetto di una disfunzione del Parlamento in seduta comune e non può quindi considerarsi impedimento per il Presidente in carica ad esercitare le proprie funzioni[33]. L'istituto della supplenza non sarebbe quindi applicabile al caso in esame poiché non si tratterebbe di ovviare a un impedimento del titolare della carica, bensì a un inadempimento dell'organo Parlamento in seduta comune[34], a cui si dovrebbe porre rimedio mediante la *prorogatio* dei poteri del Presidente uscente da intendersi quale «tipo specifico di supplenza», che ha la sua "fonte" in un «principio generale canonizzato […] per gli organi costituzionali in alcune norme della Costituzione»[35]. La seconda tesi, invece, quella criticata, muove dall'interpretazione estensiva dell'art. 86, primo comma, Cost., a tenore del quale le funzioni del Presidente della Repubblica, «in ogni caso che egli non possa adempierle», sono esercitate dal Presidente del Senato. A conferma della tesi di Paladin, occorre osservare che il Presidente potrebbe sempre dimettersi – costituendo le dimissioni un atto personalissimo esente da controfirma – il giorno della scadenza e così determinando la supplenza del Presidente del Senato sino all'elezione del successore.

Quanto all'impedimento, mi limito a ricordare che Paladin risponde alle domande fondamentali in ordine a: presupposti necessari; organi preposti all'accertamento; durata; poteri spettanti al Presidente del Senato supplente.

Di recente, sono stati avanzati dubbi sulla perdurante attualità dell'istituto della supplenza, anche soltanto parziale, per il caso dei viaggi all'estero[36]. È infatti da rilevare che non si sono verificati casi nel corso della Presidenza di Sergio Mattarella, nonostante i numerosi viaggi del Presidente. Gli ultimi e circoscritti esempi risalgono alla Presidenza Napolitano.

In dottrina, non pochi hanno aderito alla tesi di Paladin in ordine al

[33] Cfr. G. Lucatello, *Come evitare la «vacatio» della Presidenza della Repubblica in caso di mancata elezione pre-scadenza*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova 1975, 381; G. D'Orazio, *Considerazioni critiche sulla prorogatio nell'organizzazione costituzionale italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1980, 883 ss.

[34] Cfr. G. Lucatello, *Come evitare la «vacatio» della Presidenza della Repubblica in caso di mancata elezione pre-scadenza*, cit., 381 ss.; L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 187.

[35] Così, L. Elia, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, Milano 1958, 61.

[36] Ne discorre già L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 188 ss.

procedimento volto alla dichiarazione dell'impedimento del Capo dello Stato e agli organi che esso dovrebbe coinvolgere[37], ribadendo che, nonostante la scarna disciplina costituzionale, almeno nei casi più gravi, il procedimento rivolto alla sostituzione dell'organo presidenziale impone il coinvolgimento di tutte le più alte cariche dello Stato, incluso il Presidente del Consiglio[38], così confermando la lungimiranza di Paladin quando parla del carattere fortemente discrezionale nella valutazione dell'impedimento stesso[39].

Quanto ai poteri del "supplente", Paladin nega che siano assimilabili a quelli del titolare della carica, non potendo, ad esempio, il primo sciogliere le Camere[40]. Si discostano da queste conclusioni, invece, Galeotti e Pezzini, i quali sostengono che il "supplente" non ha meno poteri del titolare per «minore rappresentatività»[41], in quanto «l'individuazione in concreto di dette funzioni dipende, in positivo, dalla necessità e improrogabilità delle stesse, che andrà tuttavia rapportata all'attitudine di tali funzioni ad incidere nell'equilibrio dei rapporti tra organi costituzionali»[42].

Al di fuori delle funzioni, secondo Paladin il Presidente della Repubblica è soggetto al regime comune di responsabilità[43]. L'osservazione appare oggi particolarmente acuta perché svolta in fase notevolmente anteriore alla giurisprudenza della Corte di cassazione e a quella della Corte costituzionale sul c.d. caso Cossiga, sicché l'Illustre Autore respinge – già allora – ogni ipotesi di estensione dell'irresponsabilità extra-funzionale.

5. *Il raccordo con il circuito Governo-Parlamento, con particolare riferimento al ruolo del Presidente della Repubblica nelle crisi di governo*

Quanto al raccordo con il circuito Governo-Parlamento e al ruolo del Presidente della Repubblica nelle crisi di governo, l'analisi di Paladin parte significativamente dalle crisi extra-parlamentari – le uniche,

[37] Ivi, 192 ss.

[38] Cfr., ad esempio, I. Pellizzone, *Poteri e garanzie (Presidente della Repubblica)*, cit., 897.

[39] Cfr. L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 194.

[40] Ivi, 196.

[41] Come, invece, viene sostenuto da L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 195 ss.

[42] S. Galeotti, B. Pezzini, *Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XI, Torino 1996, 437, nota 79.

[43] Cfr. L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 189.

sino a quel momento, effettivamente sperimentate – e si sofferma, ancora una volta, con particolare attenzione sulle prassi, atteso che soltanto in tal modo è possibile comprendere il funzionamento della forma di governo.

Afferma Paladin che le crisi verificatesi sino a quel momento in Italia si sarebbero rivelate esorbitanti rispetto alle «previsioni razionalizzatrici dell'art. 94 Cost.», in quanto tutte di carattere extraparlamentare.

Le vicende successive alla pubblicazione della "voce" hanno confermato le intuizioni di Paladin. Soltanto i Governi Prodi I e II sono stati indotti alle dimissioni a seguito di reiezione di questioni di fiducia. Anche i fatti dell'ultimo decennio non si sono certo dimostrati estranei a questo tipo di constatazioni, nonostante qualche tentativo, in modo particolare da parte del Presidente Mattarella, di parlamentarizzazione delle crisi, comunque non sfociate in un formale voto di sfiducia (si pensi ai Governi Conte I e II e al Governo Draghi).

Osserva Paladin che, in presenza di crisi extra-parlamentari, al Presidente sono rimesse valutazioni che gli sarebbero precluse in presenza di crisi determinate da voto di sfiducia, in quanto egli può: a) accogliere le dimissioni del Governo; b) respingerle; c) rinviare il Governo alle Camere. Entro questi "paletti", Paladin sottolinea che il Governo dimissionario non è tenuto a presentarsi alle Camere, atteso che la reiezione delle dimissioni da parte del Presidente della Repubblica si riduce a proposta non vincolante e che – acuta sottolineatura – il Presidente non può piegare la volontà di un Governo dimissionario[44]. Ancor più rilevante e degno di nota è il passaggio successivo, in cui l'Illustre Autore sottolinea che è necessario trovare un punto di equilibrio perché non sempre la parlamentarizzazione della crisi, rendendo pubblici i contrasti tra partiti, favorisce la mediazione politica e la risoluzione dei contrasti[45]; osservazione, quest'ultima, di particolare lungimiranza poiché non sempre la trasparenza favorisce la mediazione politica. Vengono immediatamente alla mente le trattative in diretta *streaming* con i gruppi parlamentari del Movimento 5 Stelle in occasione del pre-incarico a Pierluigi Bersani nella fase successiva alle elezioni politiche del 2013 e – soprattutto – un significativo passaggio della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2013 ove si afferma: «[n]on occorrono molte parole per dimostrare che un'attività informale di stimolo, moderazione e persuasione – che costituisce il

[44] Ivi, 198 ss.
[45] Ivi, 198.

cuore dell'attività presidenziale nella forma di governo italiana – sarebbe destinata a sicuro fallimento se si dovesse esercitare mediante dichiarazioni pubbliche»[46].

Paladin sottolinea più volte l'elasticità e la duttilità delle norme costituzionali sulla forma di governo[47], ad esempio affermando: che il Presidente della Repubblica non è tenuto ad affidare l'incarico a un esponente del partito di maggioranza; che le consultazioni sono il momento cruciale nel procedimento di formazione del Governo; che il Presidente non può contraddire i risultati delle consultazioni; che nella nomina del Presidente del Consiglio incaricato il Capo dello Stato deve tentare in ogni modo di ottenere il consenso dei gruppi parlamentari destinati a votare la fiducia, anche se – si deve aggiungere – non può avere la certezza matematica che il Governo otterrà la fiducia perché altrimenti sarebbe "compresso" l'art. 94 Cost., il quale affida in via esclusiva al Parlamento la funzione fiduciaria; che la «primaria esigenza» costituzionalmente imposta per il Presidente è favorire la formazione di un Governo sostenuto da una maggioranza[48].

Muovendo da questa linea ricostruttiva, Paladin non afferma che il Presidente debba limitarsi a indicare la persona dell'incaricato, né – all'opposto – che debba interagire con la formula o la struttura del Governo, rilevando oscillazioni nelle prassi, anche se critica gli «incarichi condizionati», quale esito di una formula politica allora decisa dai partiti e recepita dal Presidente a seguito delle consultazioni[49].

In questo contesto, Paladin individua alcuni "punti fermi" che sono quelli che tutt'ora reggono la forma di governo: a) il Presidente della Repubblica non deve mai farsi interprete dell'elettorato e deve lasciare autonomia all'incaricato che non è un «soggetto privato» di cui il Capo dello Stato può disporre nella formazione del Governo; b) il Presidente della Repubblica non può trarre profitto dalla congiuntura per affermare una propria linea politica; c) ai c.d. governi del Presidente è lecito ricorrere soltanto quando le forze politiche abbiano rinunciato ai loro compiti propulsivi. Al riguardo, alla lettera del Presidente Pertini del 1980 richiamata da Paladin, con la quale il Presidente del Consiglio incaricato era invitato a considerare l'idoneità morale dei ministri proposti, interpretata come iniziativa rivolta a rafforzare (e non certo a indebolire) la posizione

[46] Sent. C. cost. n. 1 del 2013, punto n. 8.3 del "Considerato in diritto".
[47] Cfr. L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 200.
[48] Ivi, 202.
[49] Ivi, 201 ss.

del Presidente del Consiglio incaricato, si potrebbe aggiungere la lettera del Presidente Scalfaro del 1994 indirizzata al Presidente incaricato Berlusconi, con la quale erano individuati alcuni "punti fermi" costituiti da: unità nazionale; lotta alla criminalità organizzata; appartenenza dell'Italia all'Unione europea e risoluzione del conflitto di interessi.

Sui c.d. incarichi condizionati, si può segnalare la tesi ancora più netta di Baldassarre e Mezzanotte, secondo la quale il Presidente non eccede dai suoi poteri perché, con tali formule, di fronte a ipotetiche rotture della maggioranza, si limita a indicare quali sono i confini entro i quali possono formarsi maggioranze stabili in quanto custode dell'unità nazionale[50].

Analoga prospettiva viene suffragata nell'esame del potere di scioglimento che è funzionale all'esigenza di superare quelle situazioni che vedono il Parlamento indisponibile a sostenere un Governo. Tale potere rappresenta pertanto una *deroga* «rispetto alla primaria esigenza di mantenere in vita le Assemblee legislative, le quali hanno il diritto di concludere il loro normale mandato, fino a quando non si frappongano determinati fattori impeditivi»[51], sicché, per Paladin, tutti gli scioglimenti sono "funzionali" e non è ammesso dall'ordinamento lo scioglimento "sanzione" contro il Parlamento.

La nota valorizzazione della tesi dello scioglimento come atto presidenziale passa per i seguenti elementi testuali: la Costituzione affida tale potere esplicitamente e direttamente al Presidente della Repubblica; è il Presidente stesso a essere tenuto a "sentire" i Presidenti di Assemblea prima dello scioglimento, quale limitazione espressa delle sue prerogative; non è possibile sciogliere nel c.d. "semestre bianco"; non è prevista la proposta per il decreto di scioglimento, attivabile, all'opposto, *motu proprio*[52]. Nondimeno, sono soprattutto argomenti desumibili in via logico-sistematica ad apparire risolutivi. In primo luogo, la ricostruzione del potere di scioglimento come potere presidenziale è l'unica garanzia che lo scioglimento non avvenga nell'esclusivo interesse della maggioranza. In secondo luogo, lo scioglimento presidenziale è l'unico compatibile con il regime multipartitico italiano, mentre al Presidente del Consiglio controfirmante spetta un controllo di legittimità dell'atto assimilato da

[50] Cfr. A. Baldassarre, C. Mezzanotte, *Il Presidente della Repubblica tra unità maggioritaria e unità nazionale*, cit., 24 ss.

[51] Cfr. L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 204.

[52] *Ibidem*.

Paladin al controllo del Governo sugli atti di iniziativa presidenziale[53]. In terzo luogo, osserva Paladin che non è tanto importante la spettanza del potere, quanto «gli scopi cui deve mirare l'esercizio di esso e le situazioni in cui si può farne un legittimo uso»[54]. Assumendo questa prospettiva, dall'analisi delle prassi e degli scioglimenti sino a quel momento verificatisi l'Illustre Autore desume: che tutti gli scioglimenti sono qualificabili come "funzionali" o "autoscioglimenti"; che lo scioglimento è una *extrema ratio* rispetto alla «primaria esigenza» di mantenere in funzione il Parlamento; che lo scioglimento-sanzione non è ammesso nel nostro ordinamento; che il Presidente non può farsi interprete di una determinata linea politica imponendo il ritorno alle urne. Ne consegue: che il Capo dello Stato può sciogliere soltanto in ipotesi di "blocco del sistema"; che è preclusa la formazione di «governi di lotta» del Presidente; che il Presidente deve essere sempre risolutore e mai provocatore di crisi[55]. Pur accentuando il carattere presidenziale dell'atto di scioglimento, Paladin ritiene necessaria la sostanziale partecipazione del Governo mediante la controfirma[56].

La ricostruzione di Paladin è "confortata" dalle vicende successive dalle quali si desume che il Presidente della Repubblica può graduare la sua azione nelle crisi di governo attraverso una vasta gamma di opzioni, dovendosi in ogni caso escludere l'ammissibilità di un potere di scioglimento imposto dal Presidente della Repubblica per presunte crisi di rappresentatività del Parlamento. Deve essere quindi esclusa ogni forma di scioglimento-sanzione, anche dopo il controverso passaggio della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2013, in cui la Corte si riferisce allo scioglimento come istituto di risoluzione di «uno stato di crisi, che non permette la formazione di un Governo o incide in modo grave sulla rappresentatività del Parlamento»; riferimento che è stato da taluni letto come apertura in favore dello scioglimento-sanzione per l'ipotesi di sopravvenuto difetto di rappresentatività delle Camere.

In realtà, non credo che si possa identificare in quell'*obiter dictum* una sorta di razionalizzazione dello scioglimento-sanzione a cui il Pre-

[53] Ivi, 205.

[54] Ivi, 205 ss.

[55] Ivi, 209.

[56] Al riguardo, L. Carlassare, *Presidente della Repubblica, crisi di governo e scioglimento delle Camere*, in *Il Presidente della Repubblica*, a cura di M. Luciani e M. Volpi, Bologna 1997, 149, nota 76, rileva che «anche L. Paladin [...], che pure accentua il carattere presidenziale dell'atto, conviene sul coinvolgimento del governo che si traduce in pratica in *sostanziale* partecipazione».

sidente potrebbe ricorrere contro la volontà del Governo e della maggioranza parlamentare, come «meccanismo di risoluzione dei conflitti fra Parlamento e popolo, maggioranze politiche e opposizioni sociali»[57]. Si tratta piuttosto di un riferimento che andrebbe interpretato alla luce dell'impianto della motivazione della summenzionata sentenza, nella parte in cui individua nel Presidente un organo di garanzia che esercita funzioni di indirizzo nei confronti dei «titolari degli organi che devono assumere decisioni di merito, senza mai sostituirsi a questi, ma avviando e assecondando il loro funzionamento, oppure, in ipotesi di stasi o di blocco, adottando provvedimenti intesi a riavviare il normale ciclo di svolgimento delle funzioni costituzionali»[58].

Semmai la Corte sposa la tesi originaria di Paolo Barile dello scioglimento-garanzia, volto a evitare un «arresto del congegno costituzionale»[59], sicché l'*obiter* sopra richiamato sembrerebbe sintonico con quella ricostruzione dell'organo da parte della Corte. Si può riconoscere soltanto che è un'affermazione sicuramente volta a non circoscrivere le ipotesi di scioglimento ai casi in cui il Parlamento non possa esprimere un Governo. In altre parole, la Corte sembra affermare che non c'è soltanto lo scioglimento funzionale, ma anche lo scioglimento-garanzia perché il Presidente è il soggetto su cui grava l'onere di garantire il funzionamento del sistema, in caso di situazione di stallo dovuta alla incapacità delle forze politiche di svolgere il loro ruolo propulsivo nella risoluzione delle crisi.

Lo scioglimento-sanzione rimane, a mio parere, applicabile soltanto quando il Parlamento tenti di sovvertire i principi e i meccanismi di funzionamento della Costituzione: nei casi, cioè, di una sorta di attentato alla Costituzione di origine parlamentare. Sono ipotesi di scuola, ma fino a un certo punto. Basti pensare al caso di un reiterato rifiuto del Parlamento di eleggere i giudici costituzionali.

Si può concludere che l'impostazione accolta da Paladin prefigura il ruolo cruciale progressivamente assunto dal Presidente nella risoluzione delle crisi, pur nei limiti degli artt. 92 e 94 Cost. che rifiutano l'idea che il

[57] Così, invece, G. Scaccia, *Il ruolo del Presidente della Repubblica dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2013*, in *Il ruolo del Capo dello Stato nella giurisprudenza costituzionale*, Atti del Seminario Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", 14 novembre 2014, a cura di L. Violini, Napoli 2015, 44 ss. e 60 (cui appartiene l'espressione virgolettata).

[58] Sent. C. cost. n. 1 del 2013, punto n. 8.2 del "Considerato in diritto".

[59] Cfr. P. Barile, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 333 ss., spec. 335 (cui appartiene l'espressione virgolettata).

Presidente della Repubblica possa essere portatore di una posizione politica *propria*, la quale è bensì tenuta a rimanere servente, direi maieutica rispetto alla formazione di un Governo sostenuto da una maggioranza parlamentare.

6. *Gli atti del Presidente della Repubblica e i controlli costituzionali, con particolare riferimento al rinvio delle leggi*

È di particolare rilievo che nella "voce" il fulcro delle funzioni del Presidente sia individuato nelle funzioni di controllo perché – afferma Paladin – al Presidente della Repubblica è affidata «una garanzia preventiva di rispetto della Costituzione»[60].

Al riguardo, appare particolarmente significativo il contributo di Paladin sul potere presidenziale di rinvio delle leggi alle Camere *ex* art. 74 Cost., ricondotto alla prospettiva del controllo mediante richiesta di riesame[61]. Su di essa, non certo a caso, è stata a suo tempo costruita la teoria della funzione presidenziale di garanzia della Costituzione, a partire dai fondamentali contributi di Giuseppe Guarino e Serio Galeotti[62]. Secondo Paladin, nell'esercizio di tale potere il Presidente conserva la più ampia discrezionalità, espressione di un controllo politico più che giuridico. Dalle prassi e dalla ricostruzione del potere di rinvio in termini casistici segue che: a) i rinvii sono troppo "sporadici" rispetto alle leggi promulgate perché possa affermarsi che il Presidente ha l'obbligo di rinviare di fronte a qualunque tipo di contrasto della legge con la Costituzione o di vizio di illegittimità; b) il rinvio *ex* art. 74 Cost. nella maggior parte dei casi è utilizzato per denunciare la violazione dell'obbligo di copertura finanziaria *ex* art. 81 Cost. (dalla Presidenza Einaudi alla fase in cui scrive Paladin è ancora il motivo prevalente di rinvio).

La ricostruzione di Paladin del rinvio *ex* art. 74 Cost. come controllo con richiesta di riesame appare peraltro il seguito coerente del dibattito in Assemblea Costituente laddove fu chiaramente negato che tale potere

[60] L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 209.

[61] Ivi, 210 ss.

[62] Cfr. S. Galeotti, *La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica*, Milano 1949, *passim*; Id., voce *Controlli costituzionali*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano 1969, 319 ss.; Id., *Il rinvio presidenziale di una legge*, in *Il Presidente della Repubblica garante della Costituzione*, a cura di S. Galeotti, Milano 1992, 77 ss.; G. Guarino, *Il Presidente della Repubblica italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 903 ss., spec. 961 ss.

potesse essere espressione di una sanzione della legge, atteso che, dal momento che non è eletto direttamente, il Presidente della Repubblica non può partecipare della funzione legislativa. Infatti, di fronte alla proposta di Aldo Bozzi di affidare al Presidente il potere di veto/sanzione della legge, Egidio Tosato ebbe buon gioco a rispondere che tale potere avrebbe potuto essere affidato al Capo dello Stato soltanto se quest'ultimo fosse stato eletto direttamente.

Di qui, tra l'altro, la distinzione tra controllo *giurisdizionale* della Corte e controllo *politico* del Presidente, atteso che quest'ultimo non dispone del metodo giurisdizionale. Osserva, infatti, Paladin che, mentre per la Corte è la ragione d'essere, per il Presidente il controllo in sede di promulgazione «non è che un momento, caratterizzante ma non fondamentale, dell'eterogeneo insieme dei suoi compiti e delle sue facoltà», «orientato e condizionato al raggiungimento di scopi ed alla considerazione di criteri tipici», propri del solo Presidente[63]. In altri termini, diversamente dalla Corte, il Presidente è il «garante politico della Costituzione», sicché «le richieste presidenziali di riesame dipendono – nell'*an*, nel *quomodo* e nel *quando* – da libere valutazioni del Capo dello Stato», vero oggetto di garanzia affidata al Presidente con un margine di discrezionalità di cui non dispone la Corte[64].

Paladin accosta rinvio del Presidente e controllo giurisdizionale della Corte soltanto perché deve sussistere la violazione di parametri costituzionali e, quindi, non dovrebbero trovare posto nella prassi rinvii «di puro merito». Il c.d. rinvio per ragioni di merito consiste non tanto in un ulteriore fondamento del rinvio delle leggi, quanto in «un complesso di elementi *lato sensu* politici, atti a giustificare le stesse richieste di riesame per motivi di legittimità»[65]. Il punto ha avuto significativo seguito in dottrina: ad esempio secondo Antonio Ruggeri sono legittime le osservazioni sul merito unicamente in quanto accessorie a quelle sulla legittimità[66].

[63] L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 213. Analogamente, cfr. G. Guarino, *Il Presidente della Repubblica italiana*, cit., 961 ss.; M. Galizia, *Studi sui rapporti tra palamento e governo*, vol. I, Milano 1972, 50 ss. Successivamente, proponendo una non dissimile linea ricostruttiva, cfr. C. De Fiores, *Il rinvio delle leggi tra principio maggioritario e unità nazionale*, in *Rivista di Diritto costituzionale*, 2002, 182 ss., spec. 196 ss., il quale valorizza il «fondamento garantista» del potere di rinvio delle leggi alle Camere coniugando la funzione di controllo politico con la tutela dell'unità nazionale; M. Luciani, *Discussant*, in *Il ruolo del Capo dello Stato nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 75 ss.

[64] Cfr. L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 213.

[65] Ivi, 214.

[66] Cfr. A. Ruggeri, *Rinvio presidenziale delle leggi e autorizzazione alla presentazione*

La prassi dei messaggi di rinvio si mostra, ad opinione di Livio Paladin, «mutevole ed irregolare»: opinione, questa, tuttora attualissima. Basti pensare – guardando alle presidenze successive alla pubblicazione della "voce" – all'amplissimo (quasi patologico) utilizzo del potere di rinvio da parte di Cossiga, al discreto utilizzo del medesimo da parte di Scalfaro e Ciampi, allo scarsissimo ricorso ad esso da parte di Napolitano e di Mattarella.

In questa prospettiva, da un lato si manifesta la differenza tra controllo del Presidente della Repubblica e controllo della Corte, e, dall'altro lato, si può valorizzare il controllo del primo "per differenza" perché il controllo politico del Presidente della Repubblica può arrivare là dove la Corte che agisce con metodo giurisdizionale non può[67].

Successivamente, a seguito della crisi dei partiti e del declino del ruolo di mediazione del Parlamento, le aspettative degli attori istituzionali ai fini del conseguimento del controllo sulle leggi e sui decreti-legge[68], spinge il Presidente della Repubblica sul terreno di un sindacato maggiormente incisivo e viene conseguentemente elaborata la dottrina della c.d. "manifesta" (o "evidente") incostituzionalità. Essa ben si attaglia al Presidente che non dispone del metodo giurisdizionale ed è quindi idonea a proteggere la carica perché riduce frizioni e conflitti tra le forze politiche in sede di promulgazione. Al contempo, però, la teoria stessa limita la discrezionalità del Presidente allontanandosi dalla prospettiva del controllo in sede di rinvio elaborata da Paladin.

Nel tempo, sono state enucleate almeno due diverse tipologie di promulgazioni con motivazione: le une finalizzate ad escludere, almeno "a un primo esame", "evidenti" vizi di illegittimità costituzionale; le seconde, invece, rivolte a segnalare taluni profili problematici in ordine alla costituzionalità delle leggi oggetto di promulgazione[69]. Deve essere

dei disegni di legge fra aperture del modello e delusioni della prassi, in *Il Presidente della Repubblica*, cit., 188, nota 19.

[67] In questo senso, cfr. G. Scaccia, *La funzione presidenziale di controllo sulle leggi e sugli atti equiparati*, in *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, a cura di A. Baldassarre e G. Scaccia, Roma 2011, 133 ss., secondo il quale, se «solo il controllo della Corte costituzionale è controllo giuridico in senso pieno [...], il controllo presidenziale è politico […] nello specifico e delimitato senso in cui ne parla L. Paladin».

[68] Emblematica, sotto lo specifico profilo dell'emanazione dei decreti-legge, la c.d. vicenda Englaro, in ordine alla quale cfr., ad esempio, P. Carnevale, *Emanare, promulgare e rifiutare. In margine alla vicenda Englaro*, in *Astrid-online*, 2009, 1 ss.

[69] Cfr., ad esempio, I. Pellizzone, *Controllo del Presidente della Repubblica in sede di promulgazione e giudizio di legittimità costituzionale: nuovi punti di contatto alla luce*

inoltre osservato che le "esternazioni legislative" del Presidente della Repubblica possono ormai manifestarsi in occasione dell'esercizio di ogni funzione presidenziale espletata in relazione ai procedimenti legislativi: non soltanto in relazione alla promulgazione delle leggi, ma anche all'autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge di iniziativa governativa e all'emanazione dei decreti-legge e dei decreti legislativi.

La prima tipologia di promulgazione con motivazione, come accennavo, è sorta in relazione al consolidamento della dottrina della c.d. "manifesta incostituzionalità", esplicitamente teorizzata dal Presidente Ciampi in occasione di un'esternazione del giugno del 2003, durante la conferenza stampa tenuta alla *Humboldt Universität*, con la quale motivava il mancato rinvio alle Camere della legge n. 140 del 2003 sull'immunità delle alte cariche dello Stato (c.d. lodo Schifani) e successivamente ribadita nel messaggio di rinvio alle Camere della legge sull'ordinamento giudiziario (16 dicembre 2004): il potere di rinvio può essere esercitato «solo in caso di manifesta non costituzionalità di una legge». L'orientamento si è successivamente consolidato con la Presidenza Napolitano, ad esempio in occasione del mancato rinvio della legge n. 124 del 2008 sulla sospensione dei procedimenti penali per le alte cariche dello Stato (c.d. lodo Alfano), oggetto di una «doppia esternazione»[70] da parte del Presidente che escludeva, appunto «a uno primo esame», la manifesta incostituzionalità della legge.

La prassi della Presidenza Mattarella da un lato conferma la dottrina dell'"evidente incostituzionalità" nell'unico rinvio alle Camere *ex* art. 74 Cost. (27 ottobre 2017), avente ad oggetto il testo di legge recante «Misure per contrastare il finanziamento delle imprese produttrici di mine antipersona, di munizioni e submunizioni a grappolo», motivato su rilievi di «evidente illegittimità costituzionale» per contrasto con gli artt. 3 Cost. e 117, primo comma, Cost., a causa da un lato dell'irragionevole depenalizzazione della condotta di «determinati soggetti che rivestono ruoli apicali e di controllo» nelle suddette imprese o nelle banche e società finanziarie ad esse collegate, rispetto ad analoghi soggetti privi di tale qualificazione per i quali veniva invece mantenuta la sanzione penale, e, dall'altro lato, della violazione delle Convenzioni di Oslo e di Ottawa, ratificate con le leggi n. 106 del 1999 e n. 95 del 2011; Convenzioni che richiedono sanzioni penali per tutti i finanziatori degli ordigni vietati. Dall'altro

della prassi delle promulgazioni motivate, in *Il ruolo del capo dello Stato nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 121 ss.

[70] Cfr. V. Lippolis, G.M. Salerno, *La repubblica del Presidente*, Bologna 2013, 72 ss.

lato, la dottrina della c.d. manifesta incostituzionalità costituisce ulteriore sviluppo della seconda tipologia di "esternazioni legislative" che accompagnano l'esercizio dei poteri presidenziali: quelle, cioè, rivolte non già a motivare la promulgazione in ragione dell'assenza di vizi "evidenti" di illegittimità costituzionale, bensì a segnalare problematiche di compatibilità costituzionale in relazione alle leggi promulgate.

In linea generale, almeno dalla Presidenza Scalfaro può registrarsi un arricchimento, in via di prassi, dell'istituto del rinvio delle leggi alle Camere *ex* art. 74 Cost., originariamente prefigurato in senso sostanzialmente binario.

In primo luogo, è da tempo diminuito il rilievo quantitativo e qualitativo che aveva storicamente assunto il rinvio delle leggi alle Camere per difetto di copertura finanziaria. A partire dalla Presidenza Einaudi, esso si era sviluppato in un contesto in cui non era sempre adeguatamente garantito l'obbligo di copertura finanziaria delle leggi e, conseguentemente, tale specifico utilizzo del potere qui in esame rispondeva all'esigenza di compensare la strutturale difficoltà di assicurare il sindacato di costituzionalità sulle norme finanziarie violative dell'art. 81 Cost. Invece, nella fase successiva, la richiamata esigenza è meno avvertita sia per effetto della costituzionalizzazione del precetto dell'equilibrio di bilancio (legge costituzionale n. 1 del 2012) e, quindi, del rafforzamento del parametro, sia perché le norme finanziarie e le leggi di bilancio sono a tutti gli effetti assimilate alle altre leggi nel controllo di legittimità costituzionale[71], anche a seguito del consolidamento dei vincoli europei al governo dei conti pubblici e del rafforzamento del coordinamento finanziario delle amministrazioni pubbliche[72].

In secondo luogo, nella fase più recente sembra prevalente il ricorso alla motivazione in sede di promulgazione per segnalare problemi di compatibilità costituzionale[73] piuttosto che per escludere la "manifesta" incostituzionalità delle leggi promulgate.

[71] Cfr., per tutte, sent. C. cost. n. 10 del 2016, punto n. 2 del "Considerato in diritto", ove la Corte ha affermato che non soltanto le norme finanziarie e le leggi di bilancio, ma anche «i semplici dati numerici» in esse contenuti «costituiscono scelte allocative di risorse, suscettibili di sindacato in quanto [producono] effetti novativi nell'ordinamento».

[72] Per un approfondimento, cfr. G. Rivosecchi, *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, 18 ss.

[73] Si consideri, a questo proposito, la prassi consistente nell'invio di lettere da parte del Presidente della Repubblica ai Presidenti dei due rami del Parlamento e al Presidente del Consiglio dei ministri in occasione della promulgazione di leggi di conversione dei decreti-legge al fine di segnalare profili critici (in modo particolare, sotto il profilo

La dottrina della manifesta incostituzionalità ha un duplice pregio: da un lato, essa preserva la carica presidenziale dalle controversie dell'agone partitico, sottraendo il Presidente da ogni equivoco circa letture strumentali o partigiane delle leggi sottoposte al suo esame; dall'altro lato, la teoria ben si attaglia al Presidente della Repubblica che non dispone del metodo giurisdizionale nell'accertamento dei vizi di legittimità costituzionale e che anzi è chiamato a una diversa valutazione della legislazione sul piano dei *rapporti politici* con il Governo e con il Parlamento a ga-

dell'eterogeneità degli emendamenti apposti al decreto-legge in sede di conversione o dell'assenza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza). In tal modo, il Presidente della Repubblica evita, al contempo, di ricorrere al rinvio *ex* art. 74, dal momento che l'esercizio di tale potere finirebbe, verosimilmente, per comportare la decadenza del decreto-legge per decorso del termine di sessanta giorni: cfr., sul punto, P. CARNEVALE, D. CHINNI, *C'è posta per tre. Prime osservazioni a margine della lettera del Presidente Napolitano inviata ai Presidenti delle Camere ed al Presidente del Consiglio in ordine alla conversione del c.d. decreto milleproroghe*, in *Rivista AIC*, n. 2/2011, 1 ss.; D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Napoli 2014, spec. 346 ss.; nonché, più di recente, G. MENEGATTO, *Qualche ulteriore riflessione in tema di promulgazione e rinvio parziali delle leggi di conversione dei decreti-legge: dall'altruismo istituzionale ad un'auspicabile riscoperta della leale cooperazione*, in *Consulta Online*, n. II/2023, 561 ss. Si tratta, in ogni caso, di una prassi consolidatasi nel corso delle Presidenze Napolitano e Mattarella, nella quale sono individuabili elementi di discontinuità rispetto alle Presidenze precedenti, durante le quali, invece, il potere di rinvio ha avuto ad oggetto leggi di conversione di decreti-legge, nonostante tale scelta abbia comportato la decadenza del convertendo decreto: cfr., ad esempio, a tale proposito, P. CARNEVALE, *Mancata promulgazione di legge di conversione e rinvio alle Camere: il caso del messaggio presidenziale del 29 marzo 2002*, in *Rass. parl.*, n. 2/2003, 385 ss.; ID., *La decadenza del decreto-legge a seguito di rinvio alle Camere della relativa legge di conversione: un accadimento proprio ineluttabile?*, ivi, n. 1/2004, 267 ss.; nonché, ancora, D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza*, cit., spec. 313 ss. e 329 ss. Del resto, già lo stesso L. PALADIN, *Art. 77*, in *Commentario della Costituzione. La formazione delle leggi*, tomo II, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1979, 78, aveva ritenuto – conformemente alla prassi precedentemente invalsa – che «il Presidente della Repubblica non possa esser privato del rinvio, almeno in relazione alle modifiche apportate dalle Camere: poiché, diversamente, la semplice immissione delle più varie specie di nuove previsioni normative nei testi originari dei decreti-legge costituirebbe il pretesto per paralizzare questo tipico potere presidenziale»; e aveva sottolineato, altresì, che l'approssimarsi della scadenza del termine di sessanta giorni non sia, in alcun modo, suscettibile di essere ritenuta una causa di esclusione del rinvio presidenziale, dal momento che quest'ultima rientrerebbe, semplicemente, nel novero di quelle «esigenze di ordine pratico, significative ma naturalmente derogabili, dalle quali non sembra derivare nessuna preclusione di carattere costituzionale». È soltanto nel caso in cui «il Parlamento si limitasse a convertire le disposizioni dei decreti-legge, senza apportarvi nessuna modifica», che, ad opinione di Paladin, «sarebbe sostenibile che il Presidente non disponga più del potere di rinvio» (ivi, 77-78), avendo egli già esercitato il controllo sui decreti stessi in sede di emanazione.

ranzia complessiva dell'ordinamento[74]. Pertanto, tra l'altro in assenza di contraddittorio, il vaglio presidenziale delle leggi non può che tradursi in un controllo di carattere *non definitivo* e anche per questo diverso e non sovrapponibile a quello della Corte costituzionale e perciò rivolto alla verifica della sussistenza di vizi macroscopici di illegittimità[75], non potendo altrimenti il Presidente interferire con l'attività del Parlamento cui appartiene in via esclusiva e permanente il potere legislativo. Al contempo, però, quella stessa dottrina si presenta come «un'arma a doppio taglio»[76]. Infatti, essa induce il Presidente a utilizzare argomenti incentrati sulla giurisprudenza costituzionale che diviene parametro del vaglio presidenziale ora per escludere, ora per accertare l'"evidente" integrazione di vizi di incostituzionalità, con l'eventualità che si possano manifestare orientamenti divergenti tra Presidente e Corte, come accaduto nel caso del c.d. lodo Schifani e del c.d. lodo Alfano[77].

In definitiva, il pregio della dottrina della manifesta incostituzionalità può trasmodare nella forte riduzione del tasso di discrezionalità del potere di rinvio che, almeno in origine, costituiva il *proprium* del controllo *politico* sulle leggi, a suo tempo magistralmente teorizzato da Livio Paladin, in quanto distinto da quello *giuridico* affidato alla Corte costituzionale e rivolto a garantire non già la conformità a Costituzione delle singole leggi, bensì il buon funzionamento dell'ordinamento nel suo complesso[78].

Non è certamente un caso, come accennavo, che proprio a partire dal rinvio delle leggi alle Camere *ex* art. 74 Cost. sia stata originariamente elaborata la teoria della funzione presidenziale di garanzia, a cui ha fatto seguito la valorizzazione, nella stessa prospettiva, dei poteri di nomina dei senatori a vita e dei giudici costituzionali, a conferma di quanto sopra

[74] Si vedano, ad esempio, le considerazioni di V. Lippolis, G.M. Salerno, *La repubblica del Presidente*, cit., 75.

[75] In questo senso, le considerazioni di S. Pajno, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia:* You'd Better Believe it!, in *Dibattito sul Presidente della Repubblica. Il Capo dello Stato nell'ordinamento costituzionale italiano*, a cura di M. Cecchetti, S. Pajno e G. Verde, Palermo 2012, 46 ss.

[76] I. Pellizzone, *Il primo mandato del Presidente Mattarella in materia di rinvio delle leggi e concessione della grazia: andando oltre la funzione di garanzia*, in *Il primo mandato di Sergio Mattarella. La prassi presidenziale tra continuità ed evoluzione*, a cura di D. Paris, Napoli 2022, 490.

[77] Sull'esigenza di evitare interventi dissonanti, «differenziando il piano, le modalità e gli strumenti dell'intervento», cfr. già R. Romboli, *Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, in *Il Presidente della Repubblica*, cit., 343.

[78] Cfr. L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 209 ss.; Id., *La funzione presidenziale di controllo*, in *Quad. cost.*, 1982, 318 ss.

detto in merito al rilievo costituzionale di tali attribuzioni nella ricostruzione della figura del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale.

La successiva "deformalizzazione" dei poteri presidenziali esercitati in relazione ai procedimenti legislativi si spiega soprattutto in forza dell'esigenza di garantire *anzitutto* la carica massimamente rappresentativa della Repubblica e la sua stessa legittimazione nel sistema; esigenza avvertita come prioritaria nel «bipolarismo conflittuale»[79] che si è prodotto in ambiente maggioritario[80].

7. *Il c.d. potere di esternazione*

Un breve cenno merita il potere di esternazione, a cui Paladin dedica largo spazio nell'economia della "voce"[81]. L'analisi si sviluppa a partire dalla Presidenza Gronchi, a cui risalgono le prassi originarie.

Dopo aver messo in rilievo l'inaridimento dell'utilizzo dello strumento dei messaggi alle Camere, l'Illustre Autore muove una serrata critica alle tesi che riconducono il potere presidenziale di inviare messaggi alla funzione di controllo, sul rilievo che esse confondono l'art. 87, secondo comma, Cost., che disciplina i messaggi "a contenuto libero", con l'art. 74, primo comma, Cost., che disciplina il messaggio "a contenuto vincolato" al riesame della legge. Ulteriore spazio è dedicato ai messaggi "informali", non formalizzati ed esenti da controfirma, ritenendo Paladin che non esorbitino dai poteri dell'organo, nonché alle pionieristiche esternazioni presidenziali non collegate alle funzioni dell'organo.

In definitiva, Paladin critica la tesi del supposto carattere "funzionale" dei messaggi presidenziali, collegando, invece, il potere di esternazione del Presidente al ruolo assunto dall'organo quale «interprete degli interessi supremi della Nazione», nonché dei «fini costituzionali permanenti»[82].

A tale potere, tra l'altro, l'Illustre Autore viene a collegare l'attività

[79] Riprendendo l'espressione di V. Lippolis, G. Pitruzzella, *Il bipolarismo conflittuale*, Soveria Mannelli 2007.

[80] Per un approfondimento, cfr. G. Rivosecchi, *Il Presidente della Repubblica tra poteri "deformalizzati" e garanzia politica della Costituzione (Brevi riflessioni a margine di un volume curato da D. Paris)*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1/2024, spec. 9 ss.

[81] Cfr. L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 218 ss.

[82] Ivi, 223.

del Presidente in materia di politica estera, sottolineando, però, che tali compiti debbano rimanere limitati alle esternazioni svolte in occasione degli incontri con altri Capi di Stato e dei viaggi all'estero, atteso che – sottolinea Paladin – l'attività del Presidente della Repubblica in relazione alla politica estera incontra limiti di ordine costituzionale, in quanto il Presidente non può discostarsi dalle linee di politica estera del Governo[83].

La lontananza del contesto in cui ragionava Paladin rispetto a quello attuale non gli impedisce di cogliere i "punti fermi" del ruolo del Presidente nel sistema costituzionale, di cui occorre tenere conto anche nella inevitabile trasformazione della comunicazione politica nell'era dei c.d. *social media*[84].

8. *La Presidenza degli organi collegiali*

Ulteriore ambito di approfondimento della "voce" di Paladin è costituito dal ruolo del Presidente della Repubblica nella presidenza degli organi collegiali (Consiglio superiore della magistratura e Consiglio supremo di difesa). Al riguardo, l'Illustre Autore anzitutto nega che vi sia un minimo comun denominatore nella scelta di attribuire al Capo dello Stato la presidenza dei due organi[85]. Si tratta di una considerazione che oggi appare abbastanza ovvia, ma che, allora, nel momento in cui scrive Paladin, risponde a esigenze di sistematizzazione perfettamente conseguite dalla "voce". Inoltre, vengono prefigurati gli sviluppi del ruolo assunto dal Presidente della Repubblica nella presidenza dei due organi, in distinte direzioni[86].

Quanto alla Presidenza del CSM, la scelta di attribuirne la presidenza al Capo dello Stato garantisce l'indipendenza della magistratura dall'Esecutivo ed evita la "separatezza" dell'ordine giudiziario[87]. Tale opzione risponde all'esigenza di preservare il CSM sia dalle interferenze degli organi di indirizzo politico (come sarebbe avvenuto affidando la

[83] Ivi, 224.

[84] Cfr. P. Faraguna, *Il Presidente della Repubblica. Un'istituzione pesante alle prese con la leggerezza del* web, in *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del* web, a cura di D. Chinni, Napoli 2019, 59 ss., spec. 65 ss.

[85] Cfr. L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 225.

[86] Ivi, 225 ss.

[87] Ivi, 226 ss.

presidenza al Ministro della giustizia), sia dai rischi di autoreferenzialità dell'ordine giudiziario (come avrebbe potuto accadere affidando la presidenza al Primo Presidente della Corte di cassazione) ed è quindi rivolta a rafforzare (e non certo a limitare) il ruolo dell'organo di governo autonomo della magistratura[88]. E ciò vale sia che il CSM sia analizzato come organo di alta amministrazione (come era nell'originario modello costituzionale), sia che si consideri ciò che in fatto il CSM è diventato, cioè luogo in cui si esprime il pluralismo associativo, quale sintesi dei diversi orientamenti culturali e di diverse visioni dell'organizzazione del sistema giudiziario.

Tutto ciò ha però prodotto «un problema sconosciuto agli altri organi»[89]: il rapporto tra Presidente e collegio, poiché il Presidente dell'organo collegiale è al contempo Presidente della Repubblica, e quindi capace di esprimere una separata volontà e di farsi portatore di determinati orientamenti[90].

Le effettive dinamiche tra Presidente e Consiglio non si esauriscono quindi né nella tesi che valorizza il principio della collegialità dell'organo, individuando nel Capo dello Stato "soltanto" il Presidente di diritto dell'organo CSM perché l'esercizio dei poteri del Presidente sarebbe così confinato in una dinamica strettamente "interna", né nella tesi opposta che vede nel Capo dello Stato l'organo monocratico "innestato" tramite la presidenza necessaria "nel" CSM che, se estremizzata, rischierebbe di svilire il ruolo dell'organo rispetto a quello del Presidente[91]. Ne consegue l'esigenza di contemperare le due prospettive, compresenti nella trama delle norme costituzionali e legislative, da cui discende che la presenza del Capo dello Stato come Presidente del CSM ha il duplice e concorrente scopo di garantire l'autonomia e l'indipendenza dell'organo da interferenze esterne, ma anche di evitare che il CSM ecceda dalle proprie attribuzioni.

Sulla scorta di quanto già prefigurato da Paladin, può in estrema sintesi osservarsi che le norme di legge sulla partecipazione del Presidente ai lavori del CSM sono state interpretate in maniera elastica, quale ri-

[88] Cfr. G. Silvestri, *I° tema: C.S.M. e Presidente della Repubblica*, Relazione al Convegno dell'Associazione Bachelet, 27 ottobre 1992, in *Giur. cost.*, 1992, 3833.

[89] G.U. Rescigno, *Art. 87, X-XII comma*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1978, 276.

[90] Cfr. L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 229.

[91] Cfr. S. Sicardi, *Il Presidente della Repubblica come Presidente del CSM*, in *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, a cura di B. Caravita, Roma-Bari 1994, 55 ss.

flesso dell'«ineliminabile relatività»[92] delle posizioni istituzionali dei due organi. Soprattutto nella fase storica più recente (Presidenze Scalfaro, Ciampi, Napolitano e Mattarella), i Presidenti si sono limitati a prendere parte alle sedute di maggior rilievo, privilegiando i poteri "deformalizzati", di moderazione e di influenza, per richiamare il Consiglio all'esercizio delle attribuzioni costituzionali, specie in caso di perdurante inerzia o di brusche accelerazioni.

In definitiva, il Capo dello Stato: segue costantemente, ma non partecipa assiduamente ai lavori dell'organo; investe di ampie deleghe il Vicepresidente; si astiene sistematicamente dalle votazioni.

In questo contesto, non ha molto senso tentare di ricostruire l'effettiva posizione costituzionale del Capo dello Stato quale Presidente del CSM a partire dalle previsioni di legge perché l'analisi retrospettiva, condotta secondo il "metodo" di Paladin, dimostra non soltanto la disorganicità di un quadro normativo desueto che presenta diversi profili critici[93], ma anche che esso ha trovato parziale e discontinua applicazione.

Così come, sempre guardando in chiave retrospettiva all'effettivo funzionamento dell'organo, tende a perdere di rilievo la distinzione elaborata in dottrina tra poteri presidenziali "interni" e poteri "esterni" al CSM[94]. Il Capo dello Stato rimane tale e quindi, anche come Presidente del CSM, svolge le sue funzioni anzitutto "in qualità di" Presidente della Repubblica, relazionandosi all'organo di governo autonomo della magistratura tramite due circuiti funzionali (quello con il Vicepresidente e quello con il *plenum*) in cui sono immessi atti "interni" all'organo, ma anche atti formali a rilevanza esterna e vengono, al contempo, esplicati poteri di moderazione e di influenza. Non è certamente un caso che, proprio in relazione a questi ultimi, Paladin abbia prefigurato le "sollecitazioni" sul Presidente in certe occasioni esercitate dall'organo nello svolgimento delle funzioni di mediazione[95].

Meno convincente, invece, la tesi di Paladin secondo la quale l'attribuzione della presidenza del CSM al Presidente della Repubblica «fa sì

[92] G. Silvestri, *I° tema: C.S.M. e Presidente della Repubblica*, cit., 3829.

[93] Come già a suo tempo rilevato dalla relazione della Commissione presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del Consiglio Superiore della Magistratura, istituita con decreto del Presidente della Repubblica Cossiga il 26 luglio 1990 (c.d. Commissione Paladin, dal nome del suo Presidente), contenente osservazioni che per molti versi rimangono attuali.

[94] Proposta da P. Barile, *Magistratura e Capo dello Stato*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. I, Padova 1972, 554 ss.

[95] Cfr. L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 229.

che, in definitiva, il Presidente tenda a tradursi (o sia sollecitato a trasformarsi) da soggetto imparziale o *super partes*, con funzioni di controllo e garanzia, nell'attivo portatore di determinati orientamenti» del Governo, costituendo l'organo stesso il «principale canale istituzionale legittimo che l'esecutivo possiede per influenzare la magistratura»[96]. Alla luce delle vicende successive, quello indicato da Paladin sembra essere piuttosto un rischio che non si è verificato poiché «[n]on è […] il ruolo complessivo del Presidente della Repubblica che può essere modificato dalla sua collocazione nel CSM, ma piuttosto il contrario»[97].

Quanto al potere di scioglimento del CSM affidato al Presidente, le vicende delle ultime consiliature confermano che esso può essere esercitato soltanto nei casi di effettiva impossibilità di funzionamento, come testualmente prevede l'art. 31 della legge n. 195 del 1958; impossibilità che storicamente non si è mai verificata. Tale potere è quindi attivabile soltanto come *extrema ratio*, in maniera coerente con la funzione di garanzia del Presidente rivolta a difendere anche il prestigio dell'organo che non può venire meno, ad esempio, per il coinvolgimento di alcuni componenti in indagini, tanto più, come nei casi più recenti, quando esso si è allargato soltanto progressivamente e comunque non ha mai condotto ad una paralisi dell'organo. Al CSM stesso, tra l'altro, in tali casi è rimesso l'esercizio della funzione disciplinare[98].

Al riguardo, l'esperienza della Presidenza Pertini, definita «da manuale»[99] – così come la condotta del Presidente Mattarella nella fase più recente – indica, semmai, che il Presidente deve adoperarsi per evitare lo scioglimento "proteggendo" il Consiglio nei casi in cui possa esserne assicurata la funzionalità, come dimostra sia la gestione del "seguito" delle inchieste sulla loggia massonica P2 che, nel 1981, condusse alle dimissioni del Vicepresidente Zilletti e alla sua sostituzione con Giovanni Con-

[96] *Ibidem*.

[97] Così, S. Galeotti, B. Pezzini, *Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, cit., 478.

[98] Tale interpretazione del potere di scioglimento sembra essere confermata, da ultimo, in riferimento agli scandali che hanno visto coinvolti alcuni esponenti del CSM, dalla nota della Presidenza della Repubblica del 29 maggio 2020 ove si legge che «un eventuale scioglimento del Consiglio superiore della magistratura comporterebbe un rallentamento, dai tempi imprevedibili, dei procedimenti disciplinari in corso nei confronti dei magistrati incolpati dei comportamenti resi noti, mettendone concretamente a rischio la tempestiva conclusione nei termini previsti dalla legge» (reperibile al sito *www.quirinale.it*).

[99] A. Baldassarre, C. Mezzanotte, *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, Bari 1985, 258.

so[100], sia la funzione di salvaguardia dell'organo svolta nel 1983 mediante il diniego di assenso all'iscrizione all'ordine del giorno della richiesta di sospensione dalla carica di larga parte dei membri del CSM indagati per peculato al fine di evitare l'autoscioglimento dell'organo[101]. Considerazioni non dissimili potrebbero essere svolte in relazione al mancato scioglimento da parte del Presidente Mattarella di fronte alla "crisi" del 2020 in riferimento agli scandali che hanno visto coinvolti alcuni esponenti del CSM.

In definitiva, il Capo dello Stato concorre in maniera decisiva ad assicurare l'autonomia e l'indipendenza dell'organo e, con essa, l'indipendenza esterna e interna dei giudici, ponendosi come presidio delle attribuzioni costituzionalmente spettanti al Consiglio e, al contempo, come limite "esterno" capace di evitare che il Consiglio ecceda dalle proprie competenze costituzionali e legislative[102].

La presenza del Presidente nel CSM si spiega quindi alla luce dei principi costituzionali sull'autonomia dell'ordine giudiziario, rivolti a garantire l'indipendenza interna del singolo magistrato e per questo opponibili da un lato nei confronti degli altri poteri dello Stato mediante l'attribuzione in via esclusiva al CSM dei provvedimenti concernenti lo *status* dei magistrati (art. 104 Cost.), e, dall'altro lato, nei confronti dello stesso CSM, ad esempio mediante la riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario (art. 108 Cost.) che non ha un contenuto soltanto organizzatorio, ma si ricollega, appunto, alle garanzie di indipendenza interna del giudice[103].

In questa prospettiva, può cogliersi la lungimiranza del disegno del Costituente che non ha improntato i rapporti tra magistratura e organi politici al criterio dell'astratta separazione bensì a quello del confronto e del raccordo sistematico[104]: ciò che trova nella collocazione del Capo

[100] Cfr. E. Bruti Liberati, *Il Presidente della Repubblica Presidente del CSM. Da Pertini a Cossiga. Materiali per una riflessione*, in *Questione Giustizia*, 1990, 438 ss.

[101] Cfr. S. Bartole, *Consiglio Superiore della magistratura: due modelli a confronto*, in *Quad. cost.*, 1989, 429 ss.

[102] Per un approfondimento, cfr. G. Rivosecchi, *Consiglio Superiore della magistratura e Presidente della Repubblica: considerazioni in chiave retrospettiva* (2 gennaio 2021), in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2020, 426 ss.

[103] In questo senso, cfr., ad esempio, F. Sorrentino, *I poteri normativi del CSM*, in *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, cit., 45.

[104] In questo senso, cfr. M. Luciani, *Le proposte di riforma del Consiglio superiore della magistratura in Italia*, in *Magistratura e Consiglio superiore in Italia e in Francia*, a cura di A.A. Cervati e M. Volpi, Torino 2010, 114 ss.; Id., *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2020, 8 ss.

dello Stato alla presidenza del CSM l'imprescindibile garanzia e l'istanza di bilanciamento di valori costituzionali potenzialmente antagonisti.

Infine, Paladin rileva la diversa prospettiva funzionale nella scelta di affidare al Presidente della Repubblica da un lato la presidenza del Consiglio Supremo di difesa e, dall'altro lato, quella del CSM. Contrariamente al secondo, nel primo caso non c'è alcuna indipendenza da garantire, sicché, ad avviso dell'Illustre Autore, il Capo dello Stato è chiamato soltanto a garantire i principi costituzionali che reggono l'organo in parola: la dipendenza delle forze armate dai poteri civili e la loro apoliticità e apartiticità[105].

9. *Gli altri poteri presidenziali*

Quanto, infine, agli "altri" poteri presidenziali (nomina senatori a vita; nomina dei giudici costituzionali; potere di grazia), occorre anzitutto sottolineare lo spazio tutto sommato relativo ad essi riservato nell'economia della "voce", quantomeno rispetto a quanto accadrebbe oggi. Ciò si spiega perché, nel momento in cui scrive Paladin, non si erano ancora prodotte "tensioni" in ordine all'esercizio delle suddette attribuzioni.

Ora come allora l'esercizio di tali poteri è fortemente "condiviso" da parte degli attori istituzionali e delle forze politiche. Nondimeno, il ruolo dei senatori a vita e il potere di grazia sono stati successivamente oggetto di confronto dialettico quando non di conflitti costituzionali. Quanto al primo, si allude all'incidenza, in taluni casi decisiva, assunta dai senatori a vita nel sostenere alcuni governi e alle polemiche che talvolta ne sono seguite sino a proporne l'abolizione o il ridimensionamento. Quanto al potere di grazia, il riferimento è al noto conflitto di attribuzione sollevato dal Presidente Ciampi contro l'allora Ministro della Giustizia Castelli e deciso dalla sentenza della Corte costituzionale n. 200 del 2006 che ha ricondotto l'esercizio del potere di grazia nell'alveo delle funzioni formalmente e sostanzialmente presidenziali. La Corte ha infatti affermato che il Presidente della Repubblica è «titolare del potere di grazia», escludendo che il ministro possa esercitare «una sorta di potere di veto», poiché la controfirma ministeriale «si limita ad attestare la completezza e la regolarità» dell'istruttoria e del procedimento seguito, ma non impli-

[105] Cfr. L. PALADIN, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 230.

ca un'assunzione di responsabilità politica e giuridica del Ministro della giustizia[106].

Al di là delle vicende successive in ordine all'esercizio dei poteri presidenziali in parola, che indurrebbero oggi ad ampliare la riflessione, restano decisive le considerazioni critiche allora svolte da Paladin ad esempio nei confronti dell'interpretazione *estensiva* dell'allora Presidente del Senato Cossiga e dell'allora Presidente della Repubblica Pertini circa il numero dei senatori a vita che spettava al Presidente nominare, giusto l'originario disposto dell'art. 59, secondo comma, Cost., appunto inteso nel significato di consentire a *ciascun* Presidente di nominare cinque senatori a vita. All'opposto, l'interpretazione di Paladin, individuando in tale numero un "tetto" massimo, appare maggiormente sintonica con l'impianto costituzionale e con la centralità riservata alla rappresentanza politica. Tale interpretazione, peraltro, anticipa l'orientamento a distanza di trentacinque anni seguito dal legislatore costituzionale che, nel 2020, ha aggiunto un periodo alla disposizione in parola, stabilendo che «[i]l numero complessivo dei senatori in carica nominati dal Presidente della Repubblica non può in alcun caso essere superiore a cinque»[107].

Precisa, infine, Paladin che non dovrebbero essere nominati senatori a vita politici di professione che «di per se stessi non rientrano tra le categorie dei nominabili»[108].

Quanto alla nomina dei giudici costituzionali, Paladin astrattamente condivide l'assunto che le scelte presidenziali debbano soddisfare esigenze di riequilibrio, ma l'obiettivo risulta difficile da conseguire, se si considera che le nomine in questione sono sfasate nel tempo[109].

Infine, in una prospettiva lontana da quella avvalorata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 200 del 2006, Paladin ricostruisce il potere di grazia come atto «a partecipazione eguale» tra Presidente e Governo: la cui controfirma sul decreto è necessaria, ma può significare sia il promovimento dell'atto sia l'accoglimento delle determinazioni manifestate dal Presidente[110]. Secondo l'Illustre Autore il potere di grazia non è affidato al Presidente in quanto «organo di unità nazionale» perché

[106] Cfr. sent. n. 200 del 2006, spec. punti n. 6, e n. 7.2.5 del "Considerato in diritto".

[107] Cfr. l'art. 3 della legge costituzionale 19 ottobre 2020, n. 1.

[108] In questo senso, di recente, cfr. G. Menegatto, *I senatori vitalizi come espressione del diritto costituzionale "soggettivo" ed "istituzionale" della cultura*, in *Consulta Online*, n. I/2024, 414 ss., spec. 437 ss.

[109] Cfr. L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 235.

[110] Ivi, 236.

«l'unità nazionale ha ben poco a che vedere con la grazia» e perché non si tratta di esercitare in modo imparziale «poteri incidenti sul funzionamento dell'apparato statale», bensì di «adottare atti di governo incidenti sulla politica della giustizia»[111]. Pertanto, è necessaria la collaborazione dell'Esecutivo perché il concorso di entrambi gli organi al contenuto deliberativo dell'atto è la sola via che consente da un lato di impedire che il Presidente divenga la fonte esclusiva di privilegi penali senza poter soddisfare quell'esigenza di pari trattamento che soltanto il Ministero della giustizia è in grado di apprezzare globalmente e, dall'altro lato, di evitare che il Ministro diventi l'unico depositario del potere di clemenza che spettava al Monarca.

In questa prospettiva, non poche delle critiche mosse alla sopra citata sentenza richiamano, sul punto, la riflessione di Paladin, soprattutto in ordine ai rischi che comporta la scelta di privare di rilievo decisorio la collaborazione del Governo su un atto che, a tutti gli effetti, incide sulla politica della giustizia[112].

10. *Spunti per una conclusione: il Presidente della Repubblica tra poteri "deformalizzati" e funzione di garanzia politica della Costituzione*

Provo a tirare le fila di quanto sin qui detto svolgendo una rapida considerazione metodologica e fornendo qualche spunto conclusivo.

Quanto al metodo, in maniera pionieristica la "voce" di Paladin ha introdotto l'approccio adottato dagli studi successivi sul ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale: quello rivolto, cioè, a privilegiare il metodo *induttivo*. Infatti, come si è sopra argomentato, non è possibile fissare, in astratto, l'*idealtipo* di Presidente alla luce del quale prendere in esame le funzioni poiché, pur tenendo fermi i principi e i limiti di ordine costituzionale, le norme costituzionali «a fattispecie aper-

[111] *Ibidem*. Sul punto, v. anche G. Zagrebelsky, *Amnistia, indulto e grazia*, Milano 1974, 228 ss.

[112] Cfr., per tutti, L. Elia, *Sull'esercizio del potere di grazia: un caso di amnesia collettiva?*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. II, Napoli 2004, 787, il quale, nel rilevare che «la tesi prevalente nella letteratura italiana ravvisa nel provvedimento presidenziale [di concessione della grazia] un atto complesso a partecipazione eguale del Presidente e del Ministro», osserva che «secondo Paladin sarebbe "*abnorme*" in relazione ad atti di governo con ricadute, appunto, sulla politica della giustizia, privare di ogni rilievo decisorio la collaborazione dell'esecutivo».

ta»[113] non consentono di desumerne univocamente un modello "ideale". Occorre, invece, partire dall'analisi delle funzioni per come emergono soprattutto dalle prassi e dalla formazione e dal consolidamento delle regole convenzionali allo scopo di ricostruire in via successiva la posizione e il ruolo del Presidente nel sistema.

Da questo punto di vista, appare particolarmente significativa la lezione di Livio Paladin che, contrariamente a quanto talvolta sostenuto, con l'espressione «sfuggente»[114] non intendeva affatto precludere la possibilità di giungere a "punti fermi" nell'individuazione del fondamento e dei limiti delle attribuzioni dell'organo, ma piuttosto di ricavarle in relazione all'ampiezza di quelle assunte da Governo e Parlamento[115]. Infatti, Paladin misura il "rendimento" del Presidente della Repubblica, in termini di «imparzialità» e di legittimazione[116], proprio a partire dai limiti segnati dalla forma di governo parlamentare nel solco dell'ordine del giorno Perassi e, conseguentemente, dal rispetto delle regole costituzionali e convenzionali nei confronti degli altri poteri[117]. Affermando che «la Presidenza della Repubblica si mostra la più *difficile* e la più sfuggente fra le cariche pubbliche previste dal vigente ordinamento costituzionale»[118], Paladin intendeva sottolineare le *difficoltà* di approccio nei confronti di un organo complesso e peculiare alla forma di governo parlamentare italiana e conseguentemente argomentare le opzioni *metodologiche* seguite nella Sua analisi. L'Illustre Autore poneva così in rilievo che la Presidenza della Repubblica non è configurabile come «potere unitario e onnicomprensivo, retto da ca-

[113] Riprendendo la celebre definizione di L. Elia, voce *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano 1970, 640.

[114] L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 236.

[115] In questa prospettiva, cfr. R. Bin, *Il Presidente Napolitano e la topologia della forma di governo*, in *Quad. cost.*, n. 1/2013, 9, osserva che «Paladin […] scrisse che il Presidente della Repubblica è "la più sfuggente tra le cariche pubbliche previste dalla Costituzione": questo significa che il dato di partenza della "forma" triangolare non è fissato da una precisa "misura" del ruolo del Capo dello Stato, che è piuttosto il risultato dell'ampiezza degli altri due angoli, del potere legislativo e di quello esecutivo».

[116] Cfr. L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 239, il quale osserva che «l'imparzialità del Presidente, nella sua parte giuridicamente apprezzabile, va dunque concepita come un *posterius* e non come un *prius*: cioè si risolve, indipendentemente dagli scopi che il Presidente abbia inteso in realtà perseguire, nel rispetto dei limiti costituzionalmente stabiliti, realizzato attraverso la formale e ostentata osservanza delle relative regole […] quand'anche convenzionali o di mera correttezza».

[117] Ivi, 237 ss., spec. 239.

[118] Ivi, 236 (cors. ns.).

noni costanti e uniformi»[119] per affermare l'esigenza di ricostruire la posizione e il ruolo dell'organo costituzionale partendo dalle prassi e dalle fenomenologie che concorrono a creare le regole convenzionali entro il perimetro delle norme costituzionali. Una lezione, questa, che si è rivelata particolarmente feconda[120].

Di qui l'esigenza di non comprimere l'irriducibile *politicità* dell'organo, costantemente conformato dal regime parlamentare, e perciò tanto più «sovraesposto» quanto più si indebolisce il sistema politico-partitico e la capacità di assicurare il funzionamento della forma di governo[121].

Nella fase più recente, tutto ciò induce alla ricerca di soluzioni per così dire "intermedie" nel concreto esercizio dei poteri presidenziali originariamente concepiti a struttura binaria (si pensi al rinvio delle leggi) che, per quanto in parte "deformalizzati", continuano a rispondere ai limiti di ordine costituzionale e convenzionale.

In questa prospettiva, non può non richiamarsi l'evoluzione dei poteri presidenziali, formali e informali, esplicati in relazione ai procedimenti legislativi, che più compiutamente costituiscono espressione della funzione di garanzia *politica* della Costituzione affidata al Presidente "a ridosso" del processo legislativo[122]; funzione che, anche per queste ragioni,

[119] Ivi, 239.

[120] Sul valore delle prassi nell'analisi dell'organo, tra si vedano, tra i più significativi, A. Baldassarre, C. Mezzanotte, *Gli uomini del Quirinale*, cit., spec. 3, nella misura in cui evidenziavano che l'inquadramento delle prerogative del Capo dello Stato «non deriva soltanto da particolarità giuridico-costituzionali, ma anche da elementi propri della tradizione, della cultura, dell'evoluzione politica, e dal tipo di dislocazione del potere effettivo nei luoghi istituzionali». Più di recente, R. Bin, *Il Presidente Napolitano e la topologia della forma di governo*, cit., 7, ha sottolineato che, «[s]e i fatti modificano la "forma", allora l'analisi della prassi appare strumento imprescindibile degli studi costituzionalistici, senza dei quali è inevitabile arrendersi a un'interpretazione astratta e solo formalistica della Costituzione». Ancor più specificamente in ordine ai poteri presidenziali rispetto al procedimento legislativo, cfr. I. Pellizzone, *Il peso specifico della prassi nella configurazione delle attribuzioni presidenziali*, in *Quad. cost.*, n. 1/2013, 79 ss. e, spec. 81, la quale rileva quanto «l'applicazione concreta delle attribuzioni presidenziali, all'interno di un quadro costituzionale composto da norme scarne e dai contorni flessibili, abbia contato per l'affermazione di una sfera di autonomia del Quirinale dal Governo anche in vista della formazione di atti di indirizzo politico quali le leggi e gli atti aventi forza di legge».

[121] Al riguardo, cfr., per tutti, A. Morrone, *Il Presidente della Repubblica in trasformazione*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, 1 (cui appartiene l'espressione virgolettata).

[122] In questa prospettiva, sin dalle origini della teoria della funzione presidenziale di garanzia, cfr. G. Guarino, *Il Presidente della Repubblica italiana*, cit., 961 ss.; M. Galizia, *Studi sui rapporti tra palamento e governo*, cit., 50 ss.

appare ben distinta da quella esercitata dalla Corte costituzionale nelle forme della giurisdizione costituzionale[123].

Analogamente, i poteri *diversi* da quelli di intermediazione politica sopra richiamati (ad esempio: nomina dei senatori a vita e dei giudici costituzionali) hanno concorso non poco al consolidamento della *funzione complessiva* di *garanzia costituzionale*. In origine, ciò si spiega perché, non potendo ricondurre l'attività del Presidente a funzioni attive di natura legislativa, amministrativa o giurisdizionale, non restava che ricostruirne i poteri nella prospettiva del controllo/garanzia[124].

La teoria della funzione di controllo/garanzia giuridica in senso stretto, però, si è rivelata ben presto inidonea a esaurire interamente le attività svolte dall'organo, determinando così le successive oscillazioni tra le teorie sul carattere prevalentemente giuridico o prevalentemente politico della garanzia stessa.

Nel tempo, è stata invece delineata la diversità di prestazioni di garanzia rispettivamente affidate al Capo dello Stato e alla Corte costituzionale: le une rivolte alla difesa della Costituzione attraverso funzioni di stabilizzazione istituzionale e di promozione dell'unità nazionale; le altre rivolte alla garanzia giuridica della Costituzione nelle forme della giurisdizione costituzionale[125]. Mentre il Presidente della Repubblica utilizza la Costituzione come norma di *integrazione* della comunità politica nel segno dell'unità nazionale, la Corte costituzionale utilizza la Costituzione come parametro di *invalidazione* delle leggi con esso contrastanti.

Anche oggi sembra essere assai difficile ricostruire la posizione del Presidente della Repubblica alla stregua delle originarie teorie, valorizzando, cioè, la funzione rappresentativa e quella di controllo/garanzia, poiché il Presidente, anche in ragione delle profonde trasformazioni del contesto europeo e internazionale, sembra essere sempre più identificato dal sistema politico, dagli attori istituzionali e dall'opinione pubblica quale organo di responsabilità diffusa di ultima istanza, con l'effetto di rafforzarne le funzioni di garante *politico* del corretto svolgimento del processo democratico nell'unità della Costituzione.

[123] Sulla distinzione, cfr., tra gli altri, R. ROMBOLI, *Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, cit., 327 ss., il quale parla di rapporto di «competenza concorrente»; ID., *Il rinvio delle leggi*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, 1 ss., spec. 6 ss.

[124] Emblematica, al riguardo, la tesi di S. GALEOTTI, *La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica*, cit., *passim*; ID., *Il rinvio presidenziale di una legge*, cit., 77 ss.

[125] In questi termini, v. già M. LUCIANI, *Introduzione. Il Presidente della Repubblica: oltre la funzione di garanzia della Costituzione*, in *Il Presidente della Repubblica*, cit., 16 ss.

In questo contesto, per quanto la ricostruzione di Paladin non possa ovviamente esaurire tutte le potenziali declinazioni dei poteri dell'organo che si sono successivamente manifestate, essa ne coglie in maniera decisiva i tratti essenziali, prefigurando la collocazione del Presidente «nel mezzo della politica nazionale» quale soggetto che non potrà mai, riprendendo le significative considerazioni di Umberto Terracini, essere privato della sua naturale *politicità*, sicché, ora come allora, ogni tentativo di andare in tale direzione «è una meta che non sarà mai raggiunta»[126].

[126] L. PALADIN, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 239, che riprende, testualmente, U. Terracini, Atti Ass. Cost., II Sottocommissione, 19 dicembre 1946, 1741.

OSSERVATORIO

Christian Iaione e Alberica Aquili

LE COMUNITÀ ENERGETICHE RINNOVABILI SOLIDALI PER UNA TRANSIZIONE GIUSTA E DEMOCRATICA*

SOMMARIO: 1. La transizione energetica giusta. – 2. Le comunità energetiche rinnovabili: dalla disciplina transitoria al recepimento definitivo della Direttiva RED II in Italia. – 3. Criteri di funzionamento e incentivazione delle CER. – 4. I modelli di comunità energetica rinnovabile. – 5 La comunità di energia rinnovabile solidale come strumento di giustizia e democrazia energetica. – 6. Conclusioni.

1. *La transizione energetica giusta*

L'adattamento al cambiamento climatico e la mitigazione dei suoi effetti richiedono misure amministrative e investimenti su una delle due transizioni più urgenti e complesse della stagione di politica pubblica che stiamo vivendo a partire dal 2019[1]. Fenomeni estremi quali l'aumento delle temperature globali, lo scioglimento dei ghiacciai, l'innalzamento del livello del mare e la crescente frequenza di eventi meteorologici estremi come uragani, siccità e inondazioni, stanno alterando irreversibilmente gli equilibri naturali del nostro Pianeta con impatti sociali ed economici che si riverberano sugli ordinamenti e la vita democratica[2]. Questi cambiamenti sono dovuti in gran parte alle emissioni di gas serra derivanti da attività umane e, in particolare, dalla produzione e dal con-

* Sebbene il presente lavoro sia frutto di riflessioni comuni i paragrafi 1, 4 e 5 sono attribuibili a Christian Iaione; i paragrafi 2, 3 e 6 a Alberica Aquili.

[1] F. FRACCHIA, *Transizioni: il punto di vista del diritto amministrativo*, Napoli 2024, 4; F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Diritto amministrativo*, 2021, 4, 779; M.A. SANDULLI, *Introduzione*, in *Diritto e Società*, 2022, 4, 584.

[2] C. SABEL, D. VICTOR, *Fixing the Climate with Experimentalist Governance: Strategies for an Uncertain World*, Princeton 2022, 18.

sumo di energia da fonti fossili che è tra le principali cause dell'inquinamento atmosferico[3].

La maggior parte dell'energia prodotta e consumata a livello globale proviene infatti dai combustibili fossili, come carbone, petrolio e gas naturale. L'inquinamento legato all'energia ha anche un costo economico significativo. Le spese sanitarie associate alle malattie provocate dall'inquinamento atmosferico, le perdite di produttività dovute ai cambiamenti climatici e i danni ambientali richiedono infatti ingenti risorse finanziarie per essere mitigati e gestiti[4].

A questi problemi si è aggiunto il problema dell'indipendenza energetica dell'Unione Europea, poiché dipendere da fonti esterne per soddisfare il proprio fabbisogno energetico espone l'UE a rischi geopolitici, economici e di sicurezza. L'Unione europea, difatti, importa una quantità significativa della propria energia, in particolare gas naturale e petrolio, da paesi come Russia, Algeria e Medio Oriente. Questa dipendenza rende l'Europa vulnerabile alle tensioni geopolitiche. I paesi terzi fornitori possono utilizzare l'energia come leva politica, minacciando di interrompere le forniture per ottenere concessioni politiche o influenzare i processi democratici dei paesi energeticamente dipendenti[5]. L'indipendenza energetica dell'Unione Europea è un obiettivo dunque complesso ma cruciale per garantire la sicurezza, la stabilità economica e la sostenibilità ambientale del nostro continente[6].

Ulteriore sfida significativa per l'Unione Europea è ridurre la povertà energetica, ossia la condizione in virtù della quale individui o famiglie non possono permettersi un livello minimo di servizi energetici necessari per garantire una vita dignitosa e confortevole. Secondo quanto emerso alla conferenza annuale sulla povertà energetica organizzata il 19 luglio 2023 dal Comitato economico e sociale europeo a Bruxelles, 42 milioni di persone, ovvero il 9,3 % (pari a 41 milioni) dei cittadini dell'UE, non possono permettersi di riscaldare le proprie case in Europa[7].

[3] F. Vetrò, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica. Profili di "governance": efficienza energetica ed energie rinnovabili nel "nuovo ordinamento" dell'energia*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2022, 1, 53.

[4] C. Ragni, *Cambiamento climatico e diritti umani alla luce del caso "KlimaSeniorinnen"*, in *Osservatorio costituzionale*, 2024, 6, 107.

[5] V. Pepe, *Le comunità energetiche come nuovi modelli giuridici di sviluppo sostenibile*, in *AmbienteDiritto.it*, 2022, n. 3, 12.

[6] V. Demontis, *Unione Europea e politica energetica: la questione ambientale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2023, 1-2, 199.

[7] Cfr. *Conclusions of the Third EESC Energy Poverty Conference*, 19 luglio 2023, di-

La povertà energetica segue le variazioni territoriali all'interno dell'UE[8], con i paesi dell'Europa orientale e meridionale identificati come particolarmente vulnerabili a causa degli alti livelli di povertà generale del reddito, delle abitazioni inefficienti e dello sviluppo inadeguato delle infrastrutture. Livelli di povertà significativi si riscontrano anche nei centri urbani e nei quartieri di alcune città dell'Europa centrale. Tra le principali cause di povertà energetica si annoverano tre fattori soggettivi: a) l'elevata spesa energetica, una parte significativa del reddito delle famiglie è destinata ai costi dell'energia, il che rende l'accessibilità economica dell'energia una preoccupazione fondamentale; b) il basso reddito, le famiglie con livelli di reddito più bassi sono più suscettibili alla povertà energetica a causa delle limitate risorse finanziarie per coprire i costi energetici; c) l'uso inefficiente dell'energia, le scarse prestazioni energetiche degli edifici e degli elettrodomestici contribuiscono a un aumento del consumo di energia, mettendo ulteriormente a dura prova i bilanci delle famiglie. A questi tre fattori soggettivi di povertà energetica si aggiunge la fluttuazione dei prezzi dell'energia dovute a *shock* esogeni, come i cambiamenti politici, le pandemie e le tensioni geopolitiche che hanno un impatto significativo sui prezzi dell'energia, indipendentemente dai livelli di reddito delle famiglie o dell'efficienza energetica all'interno delle abitazioni[9].

Tuttavia, bisogna considerare anche altri fattori di crisi. In particolare, la transizione verso le energie rinnovabili, nonostante i suoi benefici per la sostenibilità ambientale, ha dimostrato di avere un'incidenza negativa sulla povertà energetica nel breve termine. L'adozione di energie rinnovabili può esacerbare le condizioni di povertà energetica[10].

sponibile su *https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/files/eesc_2023_energy_poverty_conference_conclusions.pdf.*

[8] Nel 2021, ad esempio, la Bulgaria ha registrato il più alto tasso di povertà energetica, con quasi un quarto della sua popolazione (23,7%) che non è stata in grado di permettersi un riscaldamento nell'anno. Seguono, poi, la Lituania, dove il 22,5% della popolazione ha affrontato sfide simili e Cipro con il 19,4%. In netto contrasto, paesi come la Svizzera e la Norvegia hanno riportato tassi di povertà energetica notevolmente bassi, rispettivamente dello 0,2% e dello 0,8%. Queste percentuali rivelano quindi un pronunciato divario nord-sud all'interno dell'Europa, con le nazioni dell'Europa meridionale che mostrano generalmente una quota più elevata della popolazione alle prese con i costi energetici. A. Fleck, *Energy Poverty in Europe*, in *Statista*, 2022, disponibile su *www.statista.com/chart/28652/share-of-people-in-energy-poverty-in-europe/*

[9] N.B. Cheikh, Y.B. Zaied, H.B. Ameur, *Recent developments, in exchange rate pass-through: what have we learned from uncertain times?,* in *Journal of International Money and Finance*, 2023, 131.

[10] C.L. Henry, J.S. Baker, B.K. Shaw, A.J. Kondash, B. Leiva, E. Castellanos, C.M. Wade, B. Lord, G. Van Houtven, J. Hoponick Redmon, *How will renewable en-*

Da un lato, l'aumento dei costi energetici iniziali derivanti dalla necessità dell'installazione di tecnologie energetiche sostenibili come pannelli solari, parchi eolici o sistemi di riscaldamento più efficienti richiede investimenti iniziali significativi. Le famiglie a basso reddito non sono in grado di coprire questi costi iniziali e, pertanto, potrebbero rimanere escluse dall'accesso alle tecnologie più efficienti. D'altra parte, con l'aumento dei costi dell'energia potrebbe essere necessario investire in infrastrutture di rete elettrica più avanzate o sostenibili o applicare tariffe più elevate per finanziare la produzione di energia rinnovabile. Questi aumenti dei costi potrebbero colpire in modo sproporzionato le famiglie a basso reddito, aumentando la loro povertà energetica[11].

Un altro possibile impatto negativo deriva dalla perdita di posti di lavoro nel settore dei combustibili fossili. La transizione energetica porta inevitabilmente a una diminuzione dell'utilizzo di combustibili fossili che danneggia le comunità che dipendono economicamente dall'estrazione e dal trattamento di questa tipologia di fonti di energia. La perdita di posti di lavoro nei settori legati ai combustibili fossili può dunque aumentare la povertà nelle aree che fanno dell'estrazione e trattamento dei combustibili fossili il perno della propria strategia di sviluppo territoriale[12].

Resta, dunque, insoluto il nodo sui possibili effetti negativi della transizione energetica sulla povertà energetica[13]. Ora, per affrontare la transizione energetica senza aggravare le disuguaglianze energetiche è forse imprescindibile disegnare politiche pubbliche per una transizione energetica "giusta", "inclusiva", "socialmente equa"[14].

In una prima accezione la discussione sulla giustizia energetica implica una valutazione critica delle politiche energetiche che generano ingiustizie nel settore energetico, ponendo attenzione a quali gruppi sociali

ergy development goals affect energy poverty in Guatemala?, in *Energy Economics*, 2021, 104, 12-13.

[11] L. Sposini, *The European strategy against energy poverty: the new "prosumer" between lights and shadows*, in *dirittifondamentali.it*, 2023, 2, 535.

[12] D. Streimikiene, G.L. Kyriakopoulos, *Energy poverty and low-carbon energy transition*, in *Energies*, 2023, 16, 610, disponibile su *https://energy.ec.europa.eu/topics/markETS-and-consumers/energy-consumer-rights/energy-poverty_en*.

[13] S. Bouzarovski, H. Thomson, A. Varo, R. Guyet, *Towards an inclusive energy transition in the European Union: confronting energy poverty amidst a global crisis*, European Commission: Directorate-General for Energy, 2020, *https://data.europa.eu/doi/10.2833/103649*.

[14] V. Cappelli, *Le comunità energetiche quali strumenti di "energy justice" nel nuovo sistema di regolazione del mercato elettrico: limiti e prospettive*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2023, 2, 399.

vengono lesi da carenze infrastrutturali od operative e quali processi esistono per ridurre tali ingiustizie strutturali[15]. Ciò dovrebbe condurre ad introdurre una regolamentazione energetica che tenga conto di considerazioni non solo economiche, ma anche ambientali e sociali per realizzare effettivamente il principio dello sviluppo sostenibile in modo da garantire una equità intragenerazionale che garantisca una parità di accesso alle risorse a tutti gli abitanti e permetta di assicurare alle generazioni future le stesse opportunità delle generazioni passate e presenti[16].

Uno degli altri possibili modi per assicurare maggiore inclusione ed eguaglianza in campo energetico e allo stesso tempo realizzare un sistema energetico più sostenibile e tecnologicamente più avanzato potrebbe essere centrato su una maggiore attenzione al protagonismo dei consumatori e quindi su un modello decentralizzato di produzione di energia da fonti rinnovabili[17]. La discussione sulla transizione energetica giusta può in altri termini accompagnarsi anche ad un ragionamento sulla democrazia energetica[18]. In particolare, l'idea che giustizia energetica e democrazia energetica siano strettamente embricate presuppone una maggiore diffusione di impianti di produzione da fonti energetiche rinnovabili distribuiti sul territorio e di piccola scala e implica un maggiore coinvolgimento della comunità nella *governance* delle risorse e nella politica energetica[19].

È quindi necessario trovare strumenti che rispondano alle esigenze di democratizzazione del sistema energetico come strumento di giustizia energetica e lotta alla povertà energetica. E proprio da questo assunto scaturisce l'attenzione di questo studio sul tema delle comunità energetiche. In un contesto di crisi climatica e povertà energetica, l'investimento su modelli di produzione di energia da fonti rinnovabili e decentralizzate che valorizzino il ruolo delle comunità locali può rivelarsi lo strumento più idoneo ed efficace nel ridisegno dell'architettura complessiva dei sistemi energetici in funzione di riduzione della povertà e dell'ingiusti-

[15] *Ibidem*

[16] F. Fracchia, S. Vernile, *Lo sviluppo sostenibile oltre il diritto ambientale*, in *Le Regioni*, 2022, 1-2, 15.

[17] L. Kaschny, *Energy justice and the principles of article 194 (1) TFEU governing EU energy policy*, in *Transnational Environmental Law*, 2023,12(2), 270-294.

[18] C. Iaione, E. De Nictolis, *Le comunità energetiche tra democrazia e comunanza di interessi*, in *Diritto e società*, 2022, 4, 611 ss; L.M. Pepe, *Il Diritto dell'energia fondato sui principi. La transizione ecologica come giustizia energetica*, in *AmbienteDiritto.it*, 2021, 4.

[19] M. Wahlund, J. Palm, *The role of energy democracy and energy citizenship for participatory energy transitions: a comprehensive review*, in *Energy Research and Social Sciences*, 2022, 87.

zia energetica[20]. Questa strada può consentire al sistema energetico di incamminarsi verso l'esplorazione di un modello di sviluppo energetico più democratico e giusto perché decentralizzato e sostenibile, oltre che centrato sulla persona e le comunità locali, nonché per garantire che i benefici delle fonti di energia rinnovabile siano accessibili a tutti, riducendo così le fonti di ingiustizie e disuguaglianze infrastrutturali[21].

Del resto, le prime comunità energetiche sono nate come forme di organizzazione spontanea e dal basso in quelle zone dove l'approvvigionamento energetico era difficile (si pensi alle zone montane o interne)[22]. Vista la peculiarità di un sistema di produzione e consumo di energia distribuito, locale e comunitario[23], il fenomeno ha ispirato l'introduzione di una sua regolamentazione europea e quindi nazionale. Nell'ambito dell'attuale movimento verso la transizione energetica, introdurre una loro sistematizzazione giuridica e regolamentare ha consentito la concreta realizzazione di una innovazione sociale, ambientale, economica e tecnologica in campo energetico già piuttosto diffusa nella pratica[24].

Si deve al *Clean Energy Package* l'adozione delle direttive che introducono per la prima volta una disciplina sulle comunità energetiche[25]. Si tratta della direttiva sulle energie rinnovabili, direttiva UE 2018/2001, anche detta direttiva RED II, in cui sono riportate le definizioni di autoconsumo collettivo e di comunità di energia rinnovabile (CER) e la direttiva sul mercato interno dell'energia elettrica (Direttiva UE 2019/944) che definisce la Comunità Energetica dei Cittadini (CEC)[26]. La disciplina è simile, ma si differenzia per un aspetto decisivo ai fini della nostra ana-

[20] L. Ammannati, *Transizione energetica, "just transition" e finanza*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 1s/2022, 289.

[21] F. Ceglia, *Addressing energy poverty in the energy community: Assessment of energy, environmental, economic, and social benefits for an Italian residential case study*, in *Sustainability*, 2022.

[22] Le cooperative storiche di produzione di energia elettrica ne sono un esempio. Queste sono nate in Italia prima della nazionalizzazione del mercato energetico con il fine di offrire il servizio elettrico nei casi in cui a causa della zona territoriale il servizio non veniva erogato né dall'ente pubblico né dall'ente privato. Vd. T. Favaro, *Pubblico, privato e collettivo: la transizione ecologica tra società e comunità*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 2022, 10 e 11.

[23] C. Iaione, *La città come bene comune*, in *Aedon*, 2013.

[24] Rapporto ENEA, *Energy Communities: prototipazione sperimentale del modello giuridico-economico delle comunità energetiche,* RdS/PTR (2021)/053, 3.

[25] E. Cusa, *Il diritto dell'Unione europea sulle comunità energetiche e il suo recepimento in Italia*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2/2020, 1, 287-329.

[26] M. Bernardi, G. Mura, *Le comunità energetiche come risorsa per il territorio. Lo scenario italiano ed europeo ieri, oggi e domani,* in *Diritto e Società,* 2022, 848.

lisi: le CER possono produrre energia solamente da fonti rinnovabili, al contrario, le CEC possono utilizzare anche i combustibili fossili. Dato l'obiettivo della neutralità climatica entro il 2050, l'attenzione degli Stati membri nel recepimento delle direttive e nell'incentivazione delle comunità energetica si è maggiormente soffermata sulle comunità energetiche rinnovabili, considerate un possibile modello per raggiungere gli obiettivi climatici, promuovere la giustizia energetica e creare un sistema energetico più resiliente, partecipativo e democratico.

Il presente studio nel dedicarsi all'analisi delle comunità energetiche rinnovabili intende investigare la domanda di ricerca sul se e a quali condizioni le comunità energetiche rinnovabili possano essere un vero strumento di giustizia climatica, economica, tecnologica e sociale nel rispetto dell'art. 22 della direttiva RED II e in linea con i suoi obiettivi. Per fornire una risposta alla domanda, nella prima parte dell'articolo si svolge una disamina dettagliata del recepimento normativo e del funzionamento delle CER in Italia, nella seconda parte si presentano i possibili modelli di CER, in cui cambia la proprietà degli impianti, la governance e il coinvolgimento dei membri, nonché l'uso del surplus economico generato dalla produzione comunitaria dell'energia. Lo studio mette in luce che il modello delle CERS sembra essere lo strumento più idoneo per garantire i principi di giustizia e democrazia energetica.

2. *Le comunità energetiche rinnovabili: dalla disciplina transitoria al recepimento definitivo della Direttiva RED II in Italia*

L'art. 2, par. 1, punto 16, della direttiva UE 2018/2001 sulle energie rinnovabili (cd. direttiva RED II) definisce la CER come «un soggetto giuridico: a) che, conformemente al diritto nazionale applicabile, si basa sulla partecipazione aperta e volontaria, è autonomo ed è effettivamente controllato da azionisti o membri che sono situati nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili che appartengono e sono sviluppati dal soggetto giuridico in questione; b) i cui azionisti o membri sono persone fisiche, PMI o autorità locali, comprese le amministrazioni comunali; c) il cui obiettivo principale è fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi azionisti o membri o alle aree locali in cui opera, piuttosto che profitti finanziari»[27].

[27] In argomento vd. il numero monografico di *Diritto e Società* n. 4 del 2022 e, in

L'art. 22 specifica che i clienti finali, in particolare i clienti domestici, hanno il diritto di partecipare ad una CER, mantenendo i loro diritti e doveri di clienti finali (comma 1). La partecipazione alla CER per i soggetti previsti dalla lett. b), art. 2, non può avvenire «a condizioni o procedure ingiustificate o discriminatorie» (comma 1). La disposizione anzi prevede specificatamente che la partecipazione sia aperta anche agli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili (comma 3) e per le imprese private pone la limitazione che la «loro partecipazione non deve costituire l'attività commerciale o professionale principale» (comma 1). Essa specifica, inoltre, il funzionamento delle CER, prevedendo che hanno il diritto di «a) produrre, consumare, immagazzinare e vendere l'energia rinnovabile, anche tramite accordi di compravendita di energia elettrica rinnovabile; b) scambiare, all'interno della stessa comunità, l'energia rinnovabile prodotta dalle unità di produzione detenute da tale comunità produttrice/consumatrice di energia rinnovabile [...]; c) accedere a tutti i mercati dell'energia elettrica appropriati, direttamente o mediante aggregazione, in modo non discriminatorio» (comma 2), nonché fornire energia o servizi di aggregazione o altri servizi energetici

particolare, sul fondamento costituzionale delle comunità energetiche cfr. C. Iaione, E. De Nictolis, *Le comunità energetiche tra democrazia energetica e comunanza d'interessi*, in *Diritto e Società*, 2022, 4, 589; nonché E. Di Salvatore, *Introduzione*, e G.A. Ruscitti, *La disciplina giuridica delle comunità energetiche: opportunità e criticità di un nuovo modello di sviluppo sostenibile*, entrambi in E. Di Salvatore (a cura di), *Il futuro delle comunità energetiche. Profili giuridici e soluzioni*, Milano 2023. Per una prima trattazione monografica cfr. G. De Maio, *Povertà energetica e comunità energetiche. Criticità e prospettive per una transizione giusta*, Napoli 2024, nonché per un approfondimento L. Cuocolo, P.P. Giampellegrini, O. Granato (a cura di), *Le comunità energetiche rinnovabili: modelli, regole, profili applicativi*, Milano 2023; G. Spina, *CER come modello strategico-gestionale di sviluppo sostenibile*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2023, 8-9; A. Persico, *Le comunità energetiche e il ruolo sussidiario delle pubbliche amministrazioni territoriali*, in *AmbienteDiritto.it*, 2022; R. Miccù, M. Bernardi, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in *Federalismi.it*, 2022, 603 ss.; C. Mari, *Le comunità energetiche: un nuovo modello di collaborazione pubblico-privato per la transizione ecologica*, in *Federalismi.it*, 2022, 111; S. Lazzari, *Le energie rinnovabili: semplificazione amministrativa e compiti delle autonomie locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2022, 634 ss.; S. Monticelli, L. Ruggeri (a cura di), *La via italiana alle comunità energetiche*, Napoli 2022; R. De Lotto, C. Micciché, E.M. Venco, A. Bonaiti, R. De Napoli, *Energy Communities: technical, legislative, organizational, and planning features*, in *Energies*, 14, 2021; T. Favaro, *Regolare la transizione energetica. Stato, mercato, innovazione*, Padova 2020, 122 ss.; E. Cusa, *Il diritto dell'Unione europea sulle comunità energetiche*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2020, 287; Id., *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, in *Orizz. Dir. Comm.*, 2020, 71 ss.; C. Iaione, *L'energia dei cittadini*, in *Labsus,* 2013; L. De Santoli, *Le comunità dell'energia*, Macerata 2011.

commerciali (comma 4). La disposizione invita gli Stati membri a garantire che «le comunità di energia rinnovabile siano soggette a procedure eque, proporzionate e trasparenti, in particolare quelle di registrazione e di concessione di licenze, e ad oneri di rete che tengano conto dei costi» (comma 2, lett. d) e «non siano oggetto di un trattamento discriminatorio per quanto concerne le loro attività, i loro diritti e obblighi in quanto consumatori finali, produttori, fornitori, gestori del sistema di distribuzione, o altri partecipanti al mercato»[28]. Prevede, inoltre, che gli Stati membri in collaborazione con le autorità pubbliche (regionali e locali) favoriscano lo sviluppo delle CER attraverso un sostegno normativo ed economico (purché, ai sensi del comma 7, nel rispetto della normativa sugli aiuti di stato *ex* art. 107 e 108 TFUE), eliminando gli ostacoli normativi e amministrativi ingiustificati (comma 4, lett. a) e aiutando le autorità stesse a parteciparvi direttamente (comma 4, lett. h).

Considerazioni importanti sulla ratio della introduzione dell'istituto delle CER si possono estrarre dall'analisi dei *consideranda* della direttiva. Il considerando 26 prevede la possibilità per le CER di essere retribuite tramite sostegno diretto quando utilizzano impianti di piccola taglia per produrre energia elettrica. Il considerando 67 rileva l'importanza delle CER come strumenti che contribuiscono a migliorare l'efficienza energetica dei consumatori ed a combattere la povertà energetica attraverso l'abbattimento dei consumi e delle tariffe di fornitura, a tal fine chiede agli Stati membri di promuovere il coinvolgimento dei consumatori vulnerabili nelle CER. A sua volta il considerando 70 evidenzia come le CER permettano l'accettazione delle energie rinnovabili a livello locale, attraverso una maggiore partecipazione dei cittadini alla transizione energetica». In aggiunta, il considerando 71 assume che, per garantire una competitività paritaria delle CER con gli operatori di grande taglia, queste dovrebbero poter adottare una qualsiasi forma di entità a condizione che possa agire «a proprio nome, esercitare diritti ed essere soggetta a determinati obblighi», nonché mantenere un'autonomia dai singoli membri. Infine, il considerando 72 specifica che le CER «dovrebbero mantenere i loro diritti di consumatori, compreso il diritto di avere un contratto con il fornitore di loro scelta o cambiare fornitore».

In Italia, il primo documento di politica pubblica che menziona le comunità energetiche è la Strategia Energetica Nazionale del 2017, ap-

[28] L. Scuto, *Comunità Energetiche e innovazione tecnologica: il ruolo della digitalizzazione*, in *CERIDAP*, 2024, 3, 110; G. Strazza, *Le comunità energetiche come comunità di dati*, in *Diritto e Società*, 2022, 4, 691.

provata dal Ministero dello Sviluppo Economico (MISE) e dal Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (MATTM) con il decreto del 10 novembre 2017. La Strategia sottolinea la necessità di una regolamentazione per le comunità energetiche, considerate strumenti fondamentali per promuovere la partecipazione attiva dei consumatori nel mercato energetico e per combattere il cambiamento climatico[29].

La direttiva RED II ha invece trovato un primo e parziale recepimento con il d.l. 169/2019 (c.d. decreto Milleproroghe)[30], poi convertito con modificazioni dalla l. 28 febbraio 2020, n. 8, che avviò una fase sperimentale per le comunità energetiche rinnovabili attraverso una prima regolamentazione (si veda l'articolo 42 *bis* in cui è contenuta una vera e propria definizione di comunità energetica rinnovabile). Tale disciplina, nel corso del tempo, è stata integrata da ulteriori provvedimenti. Sono particolarmente rilevanti la delibera 318/2020/R/eel dell'ARERA[31] (Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente), il d.m. 16 settembre 2020 del Ministero dello Sviluppo Economico (MISE)[32] e le "Regole tecniche per l'accesso al servizio di valorizzazione e incentivazione dell'energia elettrica condivisa" del GSE del 2020. Successivamente, l'8 novembre 2021 sono stati pubblicati il d.lgs. n. 199/2021 (c.d. decreto RED II)[33] e il d.lgs. n. 210/2021[34]. Il primo ha definitivamente recepito la direttiva RED II, espandendo la definizione e le possibilità applicative delle

[29] F. Scalia, *L'efficienza energetica nell'ambito del 'Clean energy for all europeans package' e della Strategia energetica nazionale*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2017, 6, 1.

[30] Testo del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 162, coordinato con la legge di conversione 28 febbraio 2020, n. 8 (in questo stesso Supplemento ordinario alla pag. 1), recante: "Disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica".

[31] Delibera 4 agosto 2020, 318/2020/R/eel – Regolazione delle partite economiche relative all'energia elettrica condivisa da un gruppo di autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente in edifici e condomini oppure condivisa in una comunità di energia rinnovabile.

[32] Decreto Ministeriale 16 settembre 2020 – Individuazione della tariffa incentivante per la remunerazione degli impianti a fonti rinnovabili inseriti nelle configurazioni sperimentali di autoconsumo collettivo e comunità energetiche rinnovabili.

[33] Decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199 – Attuazione della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili.

[34] Decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 210 – Attuazione della direttiva UE 2019/944, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE, nonché recante disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento UE 943/2019 sul mercato interno dell'energia elettrica e del

comunità energetiche rinnovabili rispetto a quanto previsto dal decreto Milleproroghe. In seguito a questo decreto, il 4 aprile 2022, il GSE ha pubblicato le Regole Tecniche sulle CER aggiornate. Il secondo decreto, invece, ha recepito la direttiva 2019/944, introducendo la disciplina sulla comunità energetica dei cittadini, che fino a quel momento non avevano ancora ricevuto un recepimento a livello italiano.[35]

I due decreti d.lgs. 199/2021 e 210/2021 richiedevano una nuova delibera ARERA per implementare le loro disposizioni e un nuovo decreto del Ministro dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica (MASE) per la regolazione degli incentivi della CER. È stata così pubblicata la delibera ARERA 727/2022/R/EEL del 27 dicembre 2022 che ha approvato il "Testo Integrato delle disposizioni dell'autorità di regolazione per energia reti e ambiente per la regolazione dell'Autoconsumo Diffuso"[36] (TIAD)[37]. Il TIAD stabilisce un quadro regolatorio per i "sistemi di autoconsumo diffuso", termine unico utilizzato per intendere le configurazioni di comunità energetiche e altre tipologie di autoconsumo introdotte dalla direttiva RED II e direttiva IEMD[38]. Con riferimento alle comunità energetiche

regolamento UE 941/2019 sulla preparazione ai rischi nel settore dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2005/89/CE.

[35] A. Aquili, *Comunità energetiche: l'evoluzione del quadro regolatorio europeo e italiano*, in *Diritto e Società,* 2022, 823.

[36] Testo Integrato delle disposizioni dell'autorità di regolazione per energia reti e ambiente per la regolazione dell'Autoconsumo Diffuso – Allegato A alla deliberazione 727/2022/R/eel come integrato e modificato dalla deliberazione 15/2024/R/eel

[37] A. Aquili, *Comunità energetiche: l'evoluzione del quadro regolatorio europeo e italiano*, in *Diritto e Società*, 2022, 824.

[38] Nel TIAD le configurazioni per l'autoconsumo diffuso, oltre alle CER e CEC, sono in primo luogo, gli autoconsumatori individuali a distanza: «soggetti che utilizzano energia elettrica autoprodotta per il proprio consumo, ma a distanza dalla fonte di produzione. In questo caso, l'autoconsumatore è un singolo soggetto e il consumo è limitato al proprio fabbisogno». In secondo luogo, gli autoconsumatori collettivi: «i gruppi di soggetti, condomini o associazioni di cittadini, che decidono di condividere un impianto di produzione di energia elettrica rinnovabile, come un impianto fotovoltaico. In questo caso, il consumo di energia elettrica autoprodotta è limitato alla comunità di appartenenza». L'autoconsumo individuale e l'autoncosumo collettivo sono frutto del recepimento della Direttiva RED II che oltre alle comunità energetiche ha introdotto il concetto di «autoconsumatori di energia rinnovabile» art. 2, comma 1, paragrafo 14 e di «autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente» art. 2, comma 1, paragrafo 15, la cui disciplina è contenuta nell'art. 21. Tali definizioni sono state recepite dapprima con il decreto Milleproroghe, i relativi incentivi dal decreto del MISE e la valorizzazione dell'autoconsumo attraverso la restituzione delle componenti tariffarie dalla delibera ARERA 318/2023. Il recepimento definitivo della direttiva RED II è poi avvenuto con il decreto 199/2021, gli incentivi con il decreto CACER, la valorizzazione con il TIAD

il TIAD riprende la definizione di comunità energetica rinnovabile *ex* l'art. 31 d.lgs. 199/2021 e quella di comunità energetica dei cittadini ai sensi dell'art. 3, comma 3, d.lgs. 210/2022. Il TIAD conferma il modello regolatorio virtuale, introdotto dalla delibera ARERA 318/2020/R/eel, e prevede che per ciascun kWh di energia elettrica autoconsumata viene riconosciuto dal GSE, sempre per un periodo di 20 anni, un corrispettivo unitario, definito contributo di valorizzazione, relativo al ristoro della tariffa di trasmissione. I valori delle tariffe di trasmissione sono definiti annualmente da ARERA[39] e il TIAD definisce il relativo criterio di calcolo. La definizione degli incentivi è, invece, disciplinata dal decreto del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica (MASE)[40] del 7 dicembre 2023, n. 414[41], c.d. decreto CACER[42], entrato in vigore il 24 gennaio 2024[43]. Il 23 febbraio 2024 il GSE ha pubblicato le nuove "Regole operative per l'accesso al servizio per l'autoconsumo diffuso e al contributo PNRR"[44], approvate con decreto MASE del 23 febbraio 2024, n. 23[45]

e le Regole operative per l'accesso al servizio per l'autoconsumo diffuso e al contributo PNRR dal GSE.

[39] Ad esempio, per il 2024, il valore calcolato è stato di 10,57 €/MWh.

[40] Si può notare come il nuovo ente competente a definire la disciplina degli incentivi è il MASE e non più il MISE, questo perché nel 2021 le competenze in materia di politica energetica e mineraria nazionale erano state trasferite al MITE dal Ministero dello Sviluppo Economico (MISE), poi, l'articolo 4 del d.l. 173/2022 sul riordino delle attribuzioni dei ministeri ha ridenominato il Ministero della Transizione Ecologica (MITE) in Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica (MASE). A. Coiante, *Le comunità energetiche rinnovabili nel quadro giuridico europeo e nazionale: un'occasione per ripensare l'ambito di operatività del silenzio assenso in materia di incentivi economici*, in *Diritto e Società*, 2022, 754.

[41] Decreto n. 414 del 7 dicembre 2023, recante: Individuazione di una tariffa incentivante per impianti a fonti rinnovabili inseriti in comunità energetiche rinnovabili e nelle configurazioni di autoconsumo singolo a distanza e collettivo, in attuazione del decreto legislativo 8 novembre 2021, n.199 e in attuazione della misura appartenente alla Missione 2, Componente del 2, Investimento 1.2 del PNRR.

[42] Il termine CACER è acronimo di «configurazioni di autoconsumo per la condivisione dell'energia rinnovabile» che sono: Sistemi di autoconsumo individuale di energia rinnovabile a distanza; Sistemi di autoconsumo collettivo da fonti rinnovabili; Comunità energetiche rinnovabili. Il termine viene quindi utilizzato nel decreto del MASE per identificare le CACER che sono i beneficiari degli incentivi.

[43] L'ARERA con delibera 15/2024 del 30 gennaio (15/2024/R/eel) ha poi modificato il TIAD, entrato anch'esso in vigore con la vigenza del decreto CACER.

[44] Decreto CACER e TIAD – Regole operative per l'accesso al servizio per l'autoconsumo diffuso e al contributo PNRR del GSE.

[45] Decreto del MASE n. 22 del 23 febbraio 2024. *www.mase.gov.it/sites/default/files/DD_22_2024.pdf*

e aggiornate ad aprile 2024[46]. Inoltre, con il decreto del 15 marzo 2024, n. 106 (c.d. corrispettivi)[47], sono stati previsti i corrispettivi che il GSE, nell'ambito delle proprie funzioni istituzionali, richiederà ai beneficiari degli incentivi e dei contributi PNRR.

In linea di principio, alla luce di questo *excursus* normativo italiano e in particolare ai sensi dell'articolo 31, comma 1, del decreto legislativo 199/2021, in conformità alla direttiva RED II, la comunità di energia rinnovabile è un soggetto giuridico autonomo deputato a coalizzare una serie di attori locali (pubblici, privati, sociali, scientifici), con l'obiettivo principale di realizzare benefici ambientali, sociali ed economici, piuttosto che profitti finanziari. Pertanto, l'energia deve essere strumentale a soddisfare questi benefici.

Infatti, i soggetti che possono partecipare alla CER e diventarne membri sono "persone fisiche, PMI, associazioni con personalità giuridica di diritto privato, enti territoriali e autorità locali, ivi incluse le amministrazioni comunali, gli enti di ricerca e formazione, gli enti religiosi, quelli del terzo settore e di protezione ambientale nonché le amministrazioni locali […], che sono situate nel territorio degli stessi Comuni in cui sono ubicati gli impianti per la condivisione".

Il decreto specifica che tutti i clienti finali, inclusi quelli domestici, possono costituire le comunità energetiche rinnovabili. Le amministrazioni comunali devono trovarsi nel territorio del comune in cui è situato l'impianto per la condivisione dell'energia, che deve essere sotto la disponibilità e il controllo della comunità. Non è chiaro in base al dato testuale della disposizione se il legame territoriale tra comune e impianti debba essere riferito anche agli altri potenziali membri della CER. Inoltre, per quanto riguarda le imprese, in linea con l'art. 22 della direttiva

[46] Le Regole Operative del GSE disciplinano in particolare: i modelli e i requisiti per le richieste di accesso alla tariffa incentivante e ai contributi in conto capitale; lo schema di avviso pubblico per l'apertura dello sportello PNRR; le modalità operative di raccordo concernenti la transizione dal regime incentivante di cui al d.m. 16 settembre 2020; le tempistiche e le modalità con le quali il GSE provvede all'erogazione degli incentivi; le modalità con le quali si provvede alle verifiche e ai controlli; le modalità di rendicontazione ed erogazione del contributo in conto capitale; le modalità operative con le quali è verificato il rispetto della previsione di cui all'articolo 5, comma 5, lettera d), del decreto legislativo 199 del 2021, in materia di artato frazionamento delle iniziative; le modalità di presentazione delle richieste di verifica preliminare.

[47] Approvazione dei corrispettivi a carico dei beneficiari, a refusione dei costi esposti dal GSE, nell'attuazione della misura «CACER» di cui al decreto 7 dicembre 2023, nell'ambito del PNRR, M2C2 I1.2 Promozione rinnovabili per le comunità energetiche e l'autoconsumo.

Red II, la partecipazione alla CER non può rappresentare la loro attività commerciale o industriale principale e ci si riferisce in particolare alle PMI[48]. Per questo motivo non è ammessa la partecipazione alle comunità energetiche di aziende del settore energetico, ad esempio le *energy service companies* (ESCOs). Tuttavia, questi soggetti possono offrire servizi di fornitura e consulenza alla CER.

Tutti i membri elencati dall'art. 31, comma 1, d.lgs. 199/2021 possono essere produttori e/o clienti finali[49] e devono avere potere di controllo nella CER. In linea con il considerando 67 della direttiva RED II, si prevede la partecipazione alla CER anche alle famiglie a basso reddito e ai soggetti vulnerabili[50] al fine di combattere la povertà energetica, benché non sia chiaro se il controllo della CER possa essere detenuto anche da questi clienti vulnerabili o sia detenuto solamente dai membri sopra elencati[51].

L'art. 32, comma 1, lett. *a*), d.lgs. n. 199/2021, prevede, poi, conformemente al considerando n. 72 della RED II, che i membri della CER,

[48] Si intende piccole e medie imprese, microimprese ai sensi sella racc. 2003/361/CE del 6 maggio 2003 che non esercitano in via esclusiva o principale attività nel settore energetico; ciò comporta che le grandi imprese non possono essere membri della CER, indipendentemente dall'attività svolta.

[49] L'art. 1, c. 1, lett. *j*) del Testo Integrato sull'Autoconsumo Diffuso (TIAD) stabilisce che «il cliente finale è una persona fisica o giuridica che non esercita l'attività di distribuzione di energia elettrica e che preleva l'energia elettrica, per la quota di proprio uso finale, da una rete con obbligo di connessione di terzi anche attraverso sistemi di distribuzione chiusi o linee private».

[50] Per definire chi sono i soggetti vulnerabili può riprendersi la definizione contenuta nell'art. 28 della direttiva IEMD, che afferma: «il concetto di cliente vulnerabile può comprendere i livelli di reddito, la quota del reddito disponibile destinata alle spese per l'energia, l'efficienza energetica delle abitazioni, la dipendenza critica dalle apparecchiature elettriche per motivi di salute, l'età o altri criteri». A livello italiano, il d.lgs. 199/2021 non definisce i soggetti vulnerabili, può riprendersi per analogia la definizione contenuta all'art. 11, comma 1 del d.lgs. 210/2021, secondo cui: «1. Sono clienti vulnerabili i clienti civili: a) che si trovano in condizioni economicamente svantaggiate o che versano in gravi condizioni di salute, tali da richiedere l'utilizzo di apparecchiature medico-terapeutiche alimentate dall'energia elettrica, necessarie per il loro mantenimento in vita, ai sensi dell'articolo 1, comma 75, della legge 4 agosto 2017, n. 124; b) presso i quali sono presenti persone che versano in gravi condizioni di salute, tali da richiedere l'utilizzo di apparecchiature medico-terapeutiche alimentate dall'energia elettrica, necessarie per il loro mantenimento in vita; c) che rientrano tra i soggetti con disabilità ai sensi dell'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104; d) le cui utenze sono ubicate nelle isole minori non interconnesse; e) le cui utenze sono ubicate in strutture abitative di emergenza a seguito di eventi calamitosi; f) di età superiore ai 75 anni».

[51] A. Aquili, *Comunità energetiche: l'evoluzione del quadro regolatorio europeo e italiano*, in *Diritto e Società*, 2022, 826. Ma sul punto si tornerà nel prosieguo dello studio.

quali consumatori energetici (cioè coloro che, nella CER incentivata, permettono lo svolgimento dell'attività di condivisione virtuale dell'energia elettrica) «mantengono i loro diritti di cliente finale, compreso quello di scegliere il proprio venditore». Tali diritti sono disciplinati negli artt. 5 ss. del d.lgs. n. 210/2021. Sarebbe pertanto nullo, ad esempio, un accordo statutario o regolamentare con la quale la CER imponga ai propri membri di acquistare l'energia o altri servizi energetici da un fornitore scelto dalla CER[52].

Dalla disciplina europea e nazionale si ricavano esplicitamente, dunque, soltanto determinate caratteristiche delle CER. In primo luogo, che l'"obiettivo principale" della CER non può essere la realizzazione di un "profitto finanziario". Lo scopo sociale delle CER non può quindi essere limitato esclusivamente alla produzione di profitti, ma deve invece perseguire obiettivi ambientali e sociali, come specificato nella normativa. Tuttavia, come suggerisce una plausibile interpretazione giuridica, ciò non esclude la possibilità di ottenere un profitto[53], deve però essere perseguito in via secondaria[54]. In secondo luogo, la CER è un soggetto giuridico autonomo, ciò significa che possiede una soggettività giuridica propria. In altre parole, le CER sono titolari di diritti e obblighi[55], fungendo da centro autonomo di imputazione di situazioni giuridiche attive e passive. L'autonomia si traduce quindi anche nell'impossibile eterodirezione esterna della CER, a meno che eserciti l'attività di direzione e controllo insieme ad altri enti, facendo parte di un gruppo paritetico (ad esempio costituito anche o esclusivamente da CER)[56]. In terzo luogo, la CER deve avere una struttura aperta e democratica. Con il termine "aperta" si intende che la CER non pone barriere discriminatorie al suo ingresso o all'uscita[57] ai partecipanti della CER. L'ingresso nella CER potrebbe esse-

[52] E. Cusa, *Le incentivate comunità energetiche rinnovabili e il loro atto costitutivo*, in *Studio n. 38/I*, Consiglio del Notariato, 2024, 17.

[53] L. Cuocolo, *Il ruolo degli enti locali nella promozione e nella costituzione delle comunità energetiche rinnovabili*, in *Le comunità energetiche rinnovabili. Modelli, regole, profili applicativi,* a cura di G.F. Ferrari, Milano 2023, 57-58.

[54] E. Cusa, *Le incentivate comunità energetiche rinnovabili e il loro atto costitutivo*, in *Studio n. 38/I*, Consiglio del Notariato, 2024, 6.

[55] S.A. Parente*, Le agevolazioni fiscali e gli incentivi a favore delle comunità energetiche*, a cura di S. Monticelli e L. Ruggeri, Napoli 2022, 130 ss; A. Aquili, *Innovazione e sostenibilità nel settore energetico: nuove forme partenariali e contrattuali per le comunità energetiche*, in *Munus*, 2024, 1, 6.

[56] E. Cusa, *Le incentivate comunità energetiche rinnovabili e il loro atto costitutivo*, in *Studio n. 38/I*, Consiglio del Notariato, 2024, 18.

[57] Ogni CER deve garantire una «partecipazione aperta a tutti i consumatori» ener-

re solamente bloccato dalle previsioni statutarie che recepiscono i vincoli stabiliti dalla normativa nazionale (ad. esempio lo statuto in conformità della normativa sulle CER prevede che la partecipazione è impedita ad una grande impresa)[58] o da quelle poste per tutelare la stabilità della CER. Tuttavia, si ritiene sia autorizzata a variare i requisiti di adesione in base alla categoria di appartenenza degli aspiranti partecipanti, purché tale differenziazione sia giusta e proporzionata[59]. Riguardo all'uscita dalla CER, si fa riferimento al diritto di recesso di ciascun membro. Si specifica che un ente pubblico può recedere in conformità all'art. 21-*sexies* della legge 241/1990, secondo cui «il recesso unilaterale dai contratti

getici, ai sensi dell'art. 31, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 199/2021, ma deve anche riconoscere il diritto di «recedere in ogni momento ai propri membri», ai sensi dell'art. 32, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 199/2021. La CER si caratterizza dunque per la cosiddetta porta aperta sia in entrata sia in uscita. E. Cusa, *Le incentivate comunità energetiche rinnovabili e il loro atto costitutivo*, in *Studio n. 38/I*, Consiglio del Notariato, 2024, 14.

Il diritto di ingresso non può prevedere il pagamento di contributi troppo onerosi per la partecipazione alla CER. Inoltre, tale diritto è considerato di natura soggettiva e pertanto può essere eccezionalmente fatto valere davanti all'autorità giudiziaria. La CER non può legittimamente negare l'ammissione all'aspirante membro consumatore di elettricità, neanche nel caso in cui i consumi degli attuali membri della CER corrispondano o superino l'auto-produzione della CER nelle diverse fasce orarie in cui viene calcolata l'energia elettrica condivisa. Tuttavia, in tale situazione, la CER potrebbe legittimamente decidere di ripartire i contributi del GSE tra i propri membri in base ai loro consumi, distribuendoli seguendo l'ordine di ingresso dei membri nella CER. E. Cusa, *Le incentivate comunità energetiche rinnovabili e il loro atto costitutivo*, in *Studio n. 38/I*, Consiglio del Notariato, 2024, 14.

[58] Per una comprensione del tema si pensi ad esempio ad una società a responsabilità limitata, il quale ha un suo capitale sociale definito in due quote dal valore di 5.000 € l'una. L'ingresso di un nuovo socio avviene nel momento in cui i soci esistenti deliberano un aumento di capitale e ne consentono l'ingresso nella compagine societaria. Ma questa è una decisione che spetta ai soci esistenti, nessuno può forzarli in senso contrario. Lo stesso dicasi per una società per azioni. Queste società sono difatti dette a capitale fisso. La situazione è invece diversa nel caso di una società cooperativa a mutualità prevalente, il quale ha il capitale variabile. L'ingresso di un nuovo socio, quindi, non vede una delibera da parte dell'assemblea dei soci o degli amministratori che consente l'aumento di capitale. A. Cristini, M. Grasseni, S. Signori, *Cooperative e imprese for-profit a confronto: il caso italiano*, in *XIII Colloquio Scientifico sull'impresa sociale: i paper*, 2019, 1-17.

[59] Per esemplificare, sarebbero considerate legittime (anche in considerazione degli obiettivi richiesti alla CER) le seguenti due clausole statutarie: (i) una clausola prevista dalla CER organizzata come società che richieda un conferimento minimo (in quanto non sarebbe possibile acquisire lo *status* di socio senza alcun conferimento, secondo il diritto societario) ai soli aspiranti soci qualificabili come poveri energetici; (ii) una clausola prevista dalla CER organizzata come associazione o fondazione che permetta solo ai poveri energetici di diventare membri dell'ente corrispondente senza dover effettuare alcun contributo economico. Cfr. E. Cusa, *Le incentivate comunità energetiche rinnovabili e il loro atto costitutivo*, in *Studio n. 38/I*, Consiglio del Notariato, 2024, 14.

della Pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto». Il recesso implica l'obbligo di versare un compenso, il quale non è predeterminato dalla legge, ma deve essere calcolato in base alle specifiche caratteristiche di ogni comunità energetica rinnovabile. L'unica condizione imposta dall'art. 32 del d.lgs. n. 199/2021 è che il corrispettivo per il recesso anticipato sia giusto e proporzionato rispetto alla partecipazione agli investimenti sostenuti per lo sviluppo della CER. Si ritiene inoltre che il corrispettivo per l'uscita di privati e pubbliche amministrazioni non debba compromettere la continuità e stabilità della CER[60].

La democraticità della CER, invece, si manifesta nell'obiettivo di evitare che la composizione eterogenea della comunità porti a una struttura interna in cui alcuni membri esercitano un controllo esclusivo a scapito degli altri, impedendo loro di partecipare alle decisioni importanti per la comunità energetica. Pertanto, la CER deve adottare un modello di gestione democratico[61], che potrebbe comprendere l'istituzione di comitati o gruppi di lavoro dedicati a settori specifici, come sulla produzione energetica, la finanza o la comunicazione[62]. Inoltre, qualora venisse previsto il voto plurimo[63] al posto del voto capitario per i suoi membri, per garantire la democraticità della CER, dovrebbero essere previsti dei tetti ai voti esercitabili dal singolo membro all'interno dello statuto. Per realizzare il carattere di una *governance* democratica si deve necessariamente riconoscere il potere deliberativo su almeno determinate materie fondamentali per la vita del soggetto giuridico, nel senso che «un'organizzazione è democratica se tutti i relativi membri siano legittimati a votare, come minimo, sulle seguenti materie: nomina, compenso, revoca

[60] C. Mari, *Le comunità energetiche: un nuovo modello di collaborazione pubblico – privato per la transizione ecologica*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 29, 119; A. Aquili, *Innovazione e sostenibilità nel settore energetico: nuove forme partenariali e contrattuali per le comunità energetiche*, in *Munus*, 2024, 1, 6.

[61] G.A. Ruscitti, *La disciplina giuridica delle comunità energetiche opportunità e criticità di un nuovo modello di sviluppo sostenibile*, in E. Salvatore (a cura di), *Il Futuro delle comunità energetiche,* Milano, 2023, 44 ss.

[62] F. Cambiaso, A. Scarano, *CER e vantaggi dell'autosufficienza energetica*, in *Comunità energetiche rinnovabili (CER), Strategie, Norme e Applicazioni*, a cura di Fabiana Cambiaso, in *Ambiente e Territorio*, 2024, 153.

[63] Si pensi al caso delle CER cooperative in cui si riconoscono più voti ad uno stesso membro che partecipa ad una CER in proporzione alla quantità degli scambi mutualistici con essa, in qualità di produttore e/o consumatore. E. Cusa, *Le incentivate comunità energetiche rinnovabili e il loro atto costitutivo*, in *Studio n. 38/I*, Consiglio del Notariato, 2024, 19.

e responsabilità degli amministratori e, se presenti per imposizione di legge, dei membri dell'organo di controllo e del revisore legale dei conti; organizzazione dell'organo cui hanno diritto di partecipare tutti i membri; destinazione degli eventuali utili; modificazioni dell'atto costitutivo; scioglimento dell'ente»[64].

Oltre, quindi, a questi aspetti che devono caratterizzare le comunità energetiche, dalla direttiva RED II e normativa italiana di recepimento, non si desume una specifica forma giuridica che la CER deve assumere. Probabilmente, la mancata indicazione di un modello giuridico apposito per le CER è stata una scelta di campo del legislatore europeo per permettere alla CER di acquisire quello che si adatti meglio al caso concreto in base ai soggetti partecipanti e agli obiettivi prefissati.

Alcuni suggerimenti sulla possibile forma giuridica da adottare sono pervenuti dalla delibera ARERA n. 318/2020, secondo cui: «l'ente del Terzo settore, l'associazione, la cooperativa a mutualità prevalente o a non mutualità prevalente, la cooperativa *benefit*, il consorzio, il partenariato, l'organizzazione senza scopo di lucro»[56], sono possibili modelli giuridici che la CER potrebbe adottare, purché tali entità rispettino le caratteristiche delineate dalla normativa europea e nazionale[57]. Allo stesso modo, secondo le Regole Tecniche del GSE del 4 aprile 2022, la CER deve costituirsi come soggetto giuridico autonomo quale a titolo d'esempio: «associazione, ente del Terzo settore, cooperativa, cooperativa *benefit*, consorzio, partenariato, organizzazione senza scopo di lucro». Infine, nelle FAQ pubblicate il 23 gennaio 2024 il MASE ha stabilito che la CER potrebbe costituirsi «sotto forma di associazione, ente del Terzo settore, cooperativa, cooperativa *benefit*, consorzio, organizzazione senza scopo di lucro etc., ossia dotare la CER di una propria autonomia giuridica attraverso una qualsiasi forma che ne garantisca la conformità con i principali obiettivi costitutivi»[65].

Ad ogni modo la scelta della forma giuridica risulta un punto fondamentale per lo sviluppo di una comunità energetica perché a seconda del modello selezionato cambierà «la *governance*, la responsabilità legale, la gestione fiscale e la capacità di attrarre finanziamenti»[66].

[64] E. Cusa, *Le incentivate comunità energetiche rinnovabili e il loro atto costitutivo*, in *Studio n. 38/I*, Consiglio del Notariato, 2024, 20.

[65] R. Piselli, *Le comunità energetiche quale modello organizzativo transtipico e come la regolazione pubblica indirettamente finisce per influenzarlo*, in *Diritto e Società*, 2022, n. 4, 789.

[66] F. Cambiaso, A. Scarano, *CER e vantaggi dell'autosufficienza energetica*, in *Co-*

Tra le forme giuridiche attraverso cui si potrebbe costituire una CER, le più idonee per farne strumento di una transizione ecologica ed energetica giusta sembrano essere la fondazione di partecipazione, la cooperativa, l'impresa sociale, l'associazione e altre forme di enti del terzo settore. Questi veicoli giuridici, essendo senza scopo di lucro, sono in linea con l'obiettivo principale delle CER di perseguire benefici economici, sociali e ambientali piuttosto che profitti finanziari. Inoltre, si caratterizzano per la loro flessibilità in entrata e in uscita garantendo una democraticità e la partecipazione aperta e volontaria alla CER.

L'impresa sociale e la cooperativa, in quanto soggetti dell'economia sociale il cui obiettivo è avere un impatto sociale piuttosto che realizzare un profitto, per la loro natura imprenditoriale sono sicuramente forme giuridiche ideali per la costituzione di una CER che ritenga di avere le capacità professionali e tecniche per proporsi come un operatore nel mercato dell'energia. La stessa direttiva europea RED II richiede che le comunità energetiche possano inserirsi nel mercato dell'energia, quindi, siano in grado di esercitare le proprie attività istituzionali (come la produzione e la condivisione di energia) in modo economico, nonché attività economiche secondarie. Il soggetto imprenditoriale sembra dunque essere il più adatto a tali obiettivi.

Per le società lucrative, il dubbio sulla compatibilità con la normativa delle CER sembra relativo soprattutto all'elemento finalistico, poiché lo scopo principale è il profitto e la divisione degli utili ai sensi dell'art. 2247 del Codice civile. Questo scopo sembra contrario allo spirito solidaristico e non lucrativo delle CER (l'orientamento alla produzione di benefici ambientali, sociali, economici, piuttosto che profitti finanziari). La comunità energetica, quindi, può assumere la forma societaria solo se non persegue in via principale lo scopo lucrativo e ciò potrebbe avvenire assumendo la forma giuridica della società *benefit* che ai sensi dell'art. 1 comma 377 dalla legge n. 208 del 28 dicembre 2015 ha uno scopo societario che va al di là del profitto, nel proprio *asset* operativo deve avere la vocazione di raggiungere un obiettivo di migliorare l'ambiente e il territorio e la comunità (es. aiutare i soggetti vulnerabili a livello energetico). Si tratta comunque di una società che in linea generale persegue lo scopo di lucro oltre che il beneficio comune. Si ritiene dunque che questa tipologia di società potrebbe essere utilizzata quale forma giuridica di

munità energetiche rinnovabili (CER), Strategie, Norme e Applicazioni, a cura di F. Cambiaso, in *Ambiente e Territorio*, 2024, 153.

una CER se lo scopo «economico-lucrativo e finalità di beneficio comune siano in un rapporto di equiordinazione»[67]. In questo modo si eviterebbe che la società *benefit* mantenga come scopo principale quello di lucro, in contrasto con la disciplina europea e nazionale delle CER.

Con riguardo alla partecipazione delle amministrazioni comunali, essa è ammessa esplicitamente sia dalla normativa nazionale che dalla direttiva europea. Si deve tenere conto, da un lato, degli aspetti giuridici legati alla normativa civilistica e, dall'altro, alla disciplina contemplata nel Codice del Terzo settore. Difatti, la CER controllata dalla Pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 10, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 199/2021 non può ottenere la qualifica di impresa sociale ETS o di ETS, stante: l'art. 4, comma 3, d.lgs. n. 112/2017 che espressamente dispone: «le amministrazioni pubbliche (...) non possono esercitare attività di direzione e coordinamento o detenere, in qualsiasi forma, anche analoga, congiunta o indiretta, il controllo di un'impresa sociale ai sensi dell'articolo 2359 del Codice civile» e la nota del 4 marzo 2020 del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali sulla partecipazione della P.A. agli enti del Terzo settore, secondo cui la P.A. non può assumere un'influenza dominante in un ETS. Se, pertanto, in una CER si intenda enfatizzare il ruolo dell'ente pubblico attraverso il suo controllo, una CER ETS sarebbe incompatibile[68]. Allo stesso modo un CER ETS non sarebbe compatibile con CER costituite esclusivamente da comuni o da altri enti pubblici[69].

Particolare attenzione deve poi essere posta sulla normativa pubblicistica del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (TUSP), che stabilisce determinati oneri nei confronti delle amministrazioni pubbliche che costituiscono o partecipano a società.

Per capire quando un'amministrazione pubblica possa costituire o partecipare ad una società, si devono guardare i limiti disposti dall'art. 4

[67] R. Piselli, *Le comunità energetiche quale modello organizzativo transtipico e come la regolazione pubblica indirettamente finisce per influenzarlo*, in *Diritto e Società*, 2022, n. 4, 789; A. Aquili, *Innovazione e sostenibilità nel settore energetico: nuove forme partenariali e contrattuali per le comunità energetiche*, in *Munus*, 2024, 1, 18.

[68] A. Santuari, *La finalità dei controlli sugli enti del Terzo settore (ETS) tra regolazione pubblica e autoregolamentazione interna*, in *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, 2020, 4, 947-969.

[69] Vd. lo studio su *Autoconsumo individuale e comunità di energie rinnovabili – vademecum per i comuni*, a cura di Anci con il supporto del GSE, 2024, 33, disponibile su *www.gse.it/documenti_site/Documenti%20GSE/Servizi%20per%20te/AUTOCONSUMO/Guide/Vademecum%20CACER%20ANCI%20GSE%20per%20i%20comuni.pdf*.

del d.lgs. 175/2019, secondo cui le attività oggetto della società, che possono consistere nella produzione di beni o servizi, devono essere strettamente necessarie per perseguire le finalità istituzionali proprie dell'ente. La realizzazione di una comunità energetica da parte del comune potrebbe quindi rientrare tra gli scopi istituzionali dell'ente comunale in quanto permette di valorizzare il territorio locale con evidenti ricadute economiche, ambientali e sociali, tra cui la lotta alla povertà energetica. Difatti, ai sensi dell'art. 3, comma 2, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 – Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, «il comune è l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo», a cui spettano secondo l'art. 13, comma 1 « tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze». Nel rispetto delle finalità istituzionali dell'amministrazione pubblica, l'art. 4 al comma 2, introduce un ulteriore vincolo rappresentato dalla presentazione dell'elenco delle attività che una società costituita dall'amministrazione pubblica o in cui queste abbiano una partecipazione diretta o indiretta, possa svolgere. Tra queste rilevano lett. a) «la produzione di un servizio di interesse generale[70], ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi, c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica o di un servizio d'interesse generale, attraverso un contratto di partenariato», e al comma 7, «la produzione di energia da fonti rinnovabili».

Secondo poi l'art. 5, comma 1 del TUSP, devono essere esplicitate analiticamente nella motivazione dell'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche nei casi di cui all'articolo 17 sulle società a partecipazione mista pubblico-privata[71]: «la necessità

[70] Secondo l'art. 2, lett. *h)*, d.lgs. 175/2016 sono «"servizi di interesse generale": le attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale».

[71] L'art. 17, "Società a partecipazione mista pubblico-privata", dispone che «1. nelle società a partecipazione mista pubblico-privata la quota di partecipazione del soggetto

dello strumento societario per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, [sottolineando] le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato; [la] compatibilità [di tale] scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa»; e secondo il comma 2 la «compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese». Il comma 2 prosegue disponendo che inoltre l'atto deliberativo degli enti locali, prima della sua adozione, deve essere sottoposto a forme di consultazione pubblica, secondo le modalità indicate dagli stessi. Solitamente, quindi, le modalità sono indicate nello statuto degli enti locali.

Infine, l'atto deliberativo con cui l'amministrazione procedente decide di costituire una società o acquisire una partecipazione diretta o indiretta, dopo la sua adozione, deve essere inviato alla Corte dei conti e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCOM), affinché, ai sensi dell'art. 5 comma 3, come modificato dall'art. 11 della legge 5 agosto 2022, n. 118, la Corte dei conti si pronunci in merito a quanto indicato dai commi 1 e 2 dell'art. 5[72] nei 60 giorni dalla ricezione dell'atto.

La disciplina del Testo unico non trova applicazione per la partecipazione delle amministrazioni pubbliche in enti associativi diversi dalle società e dalle fondazioni e per le «società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l'esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse regolate da specifiche disposizioni, contenute in leggi o regolamenti governativi o ministeriali» (art. 1, 4 comma.). A dimostrazione di ciò, la Corte dei conti sezione Lombardia ha rigettato con la decisione 17/2023/PASP l'istanza di pare-

privato non può essere inferiore al trenta per cento e la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e ha a oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista».

[72] «In punto di riparto di competenza territoriale tra le Sezioni di controllo l'art. 5 TUSP prevede che per gli atti delle regioni e degli enti locali nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione, è competente la Sezione regionale di controllo». Deliberazione FVG/52/2023/PASP Corte dei conti, sezione di controllo per la Regione Friuli-Venezia Giulia *ex* art. 5, comma 3 del d.lgs. 175/2016.

re nei confronti del Comune di Pozzolengo (BS) ai sensi dell'art 5, commi 3 e 4, del TUSP sulla forma giuridica di associazione non riconosciuta *ex* art. 36 c.c. utilizzata per la costituzione della "Comunità Energetica Rinnovabile Pozzolengo", dichiarando il non luogo a deliberare proprio perché la fattispecie non rientrava in quelle tipiche indicate dal legislatore in relazione all'art. 5 e art. 1, comma 4 del TUSP.

Nel caso in cui quindi un'amministrazione pubblica, come il comune intendesse costituire o aderire ad una CER che assuma la veste giuridica di un'associazione o fondazione non sarebbe tenuto al rispetto della normativa delineata dal Testo unico, ma a quella civilistica. Se, invece, il comune volesse costituire o entrare in una CER costituita avente la forma giuridica di una società ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera l), come la società cooperativa, deve attenersi agli oneri suindicati.

In particolare, sulla scelta della forma giuridica della comunità energetica qualora il comune volesse partecipare ad una CER già esistente o costituirne una nuova, vengono in rilievo alcuni pareri della Corte dei conti adottati proprio a seguito di atti deliberativi ad essa sottoposti da alcuni comuni per la costituzione di una CER in forma societaria partecipata dall'ente locale.

Tuttavia, bisogna tener presente la sezione toscana della Corte dei conti, in un parere riguardante la costituzione in forma di società consortile a responsabilità limitata della Comunità Energetica di Montevarchi – Valdarno, ha sollevato più di un dubbio sulla possibilità per un comune di costituire o partecipare ad una CER in forma societaria o almeno in forma di S.c.a.r.l[73]. In altri casi, invece, il modello della società cooperativa è stato ritenuto idoneo alla costituzione di una CER in forma societaria. Ad esempio, nel parere della Corte dei Conti, Sez. Lombardia, n. 137 del 2023 per il Comune di Basiglio – che ha deciso di costituire la CER in una società cooperativa per azioni a mutualità prevalente – si sottolinea che la coop in forma di CER «costituisce uno strumento necessario ed essenziale al fine del perseguimento delle finalità di risparmio ed efficientamento energetico, di sostenibilità ambientale, di riduzione dei costi di approvvigionamento dei vettori energetici, di razionalizzazione della spesa pubblica e di condivisione sociale dei benefici ambientali ed economi-

[73] Vd. Corte dei conti, sezione regionale di controllo per la Toscana, deliberazione n. 77/2023 /PASP secondo cui che "nella legislazione europea e nazionale alcuna disposizione che imponga l'adozione della forma societaria per le comunità energetiche, ovvero che esoneri l'Amministrazione procedente dall'onere motivazionale rafforzato di cui agli artt. 5, comma 1, e 4 T.U.S.P.".

ci, risultando perciò strumentale alle finalità istituzionali indicate dall'art. 4 del predetto d.lgs. n. 175/2016». I fattori che portano alla creazione di una comunità energetica come società rendono questo modello giuridico pienamente in linea con i princìpi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, nonché con la sostenibilità finanziaria della partecipazione da parte del comune[74]. Nello stesso parere, il comune sostiene che l'adozione della struttura societaria sembra essere la scelta preferibile rispetto alle alternative non societarie, le quali, pur astrattamente adottabili, non sono sembrate pienamente adatte alle esigenze operative che caratterizzano la comunità energetica e che potrebbero quindi comportare, anche dal punto di vista contabile e gestionale, minori garanzie di efficienza ed efficacia rispetto agli obiettivi della comunità stessa[75].

Altro Comune che ha deciso di adottare la forma giuridica della cooperativa, costituendo una CER cooperativa *benefit* è stato il Comune di Fontanafredda, che ha ottenuto parere positivo dalla Corte dei conti sezione di controllo per la Regione Friuli-Venezia Giulia[76]. La Corte dei conti regionale ha quindi dato il via libera alla costituzione di "Com-E' Fontanafredda", la comunità energetica rinnovabile creata sul territorio, con il Comune di Pordenone come socio promotore e coordinatore, e Part-Energy come *partner* tecnico e gestore della nuova comunità energetica[77]. Nel caso della CER del Comune di Fontanafredda, l'Amministrazione comunale ricopre il ruolo di socio utente all'interno della cooperativa *benefit*, questo implica dal punto di vista della sostenibilità soggettiva, che non vi è un rischio d'impresa per il Comune e il beneficio deriva dagli incentivi che riceverà in proporzione alla propria partecipazione. Per acquistare una quota di partecipazione nella società, è previsto un costo di 25 euro come quota associativa una *tantum*. Inoltre, la società trattiene una parte dell'incentivo a fini mutualistici. L'articolo 23 dello statuto della società stabilisce poi che per le obbligazioni sociali risponde soltanto la cooperativa con il proprio patrimonio e che i soci sono responsabili limitatamente alle azioni sottoscritte. Tuttavia, la Corte nel parere esprime un monito al Comune, nel senso di considerare che le

[74] Corte dei conti, sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 137/2023.

[75] *Ibidem*.

[76] Corte dei conti, sezione di controllo per la Regione Friuli-Venezia Giulia, deliberazione n. 52/2023.

[77] Legacoop Friuli-Venezia Giulia, *Comunità energetiche, al Comune di Fontanafredda primo storico "sì" in Italia dalla Corte dei conti*, in *www.legacoopfvg.it/ok-corte-conti-comunita-energetica-fontanafredda/*

comunità energetiche rinnovabili rappresentano una novità nel panorama nazionale e le stime contenute nel piano economico-finanziario sulla CER Com-E' Fontanafredda sono necessariamente previsionali e dipendenti dall'evoluzione di vari fattori economici, istituzionali e territoriali a livello nazionale ed europeo, si richiede dunque la necessità per il Comune di Fontanafredda di monitorare attentamente l'operazione societaria. Questo monitoraggio è fondamentale per garantire che nel tempo siano mantenuti gli obiettivi principali di sostenibilità e convenienza, nonché di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa[78]. Si può estendere questo avvertimento ad ogni comune che intenda partecipare ad una CER in forma societaria.

Se quindi è fattibile, in linea di principio, la partecipazione pubblica in società il cui fine principale è la produzione di energia da fonti rinnovabili, come nel caso delle comunità di energia rinnovabile costituite come cooperative[79], tale partecipazione deve però rispettare i vincoli indicati nel TUSP. Di conseguenza, il modello societario come la società cooperativa, ipotizzato come il più adatto per l'organizzazione della comunità energetica, potrebbe non essere la scelta preferita dalle amministrazioni locali italiane per le iniziative CER che intendono sostenere. Invece, potrebbero preferire la forma giuridica di associazione riconosciuta o di fondazione di partecipazione, per evitare di applicare le normative e i controlli stabiliti dal decreto legislativo n. 175/2016 sulle operazioni societarie, che risultano più gravosi e richiedono adempimenti burocratici più rigidi[80].

[78] Deliberazione FVG/52/2023/PASP PASP Corte dei conti, sezione di controllo per la Regione Friuli-Venezia Giulia.

[79] Tale *favor* sulla società cooperativa per costituire una CER, è espresso da alcune pronunce della Corte dei conti come segue: «la caratteristica della società cooperativa di essere un modello societario aperto alla partecipazione pubblico privata, a capitale variabile attraverso la struttura a porte aperte e con finalità mutualistiche, permette di aderire appieno ai principi della CER» (Corte dei conti, sez. reg. Toscana., n. 77/2023); la società cooperativa permette di essere compatibile con le norme dei Trattati europei e con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato richiesta dall'art. 5, comma 2, del TUSP vista «la prevalente finalità mutualistica e quindi l'assenza di finalità lucrative, che caratterizzano *ex lege* le comunità energetiche»; e l'istituto della comunità energetica rinnovabile «s'iscrive nella logica del Terzo settore e coinvolge il tema dei beni comuni. L'operazione di costituzione di una comunità energetica rinnovabile, inoltre, è aperta, e s'ispira a valori partecipativi, cooperativi e comunitari» (Corte dei conti, sez. Lombardia 137/2023).

[80] A. Aquili, *Innovazione e sostenibilità nel settore energetico: nuove forme partenariali e contrattuali per le comunità energetiche*, in *Munus*, 2024, 1, 21.

3. *Criteri di funzionamento e incentivazione delle CER*

La CER aggrega, dunque, tre tipologie di figure che possono parteciparvi: il "produttore di energia rinnovabile", ossia il soggetto che realizza l'impianto da fonte rinnovabile; l'"autoconsumatore di energia rinnovabile", vale a dire il soggetto che possiede un impianto di energia rinnovabile e produce l'energia per soddisfare i propri consumi e condividere l'energia in eccesso con la CER; il "consumatore di energia elettrica", si tratta del soggetto che non possiede impianti di produzione di energia, ma che dispone di una propria utenza elettrica, i cui consumi possono essere parzialmente soddisfatti dall'energia elettrica rinnovabile prodotta dagli altri membri della comunità attraverso il modello regolatorio virtuale stabilito da ARERA. In quest'ultima categoria vi rientrano anche i clienti vulnerabili e le famiglie a basso reddito[81].

La legge non impone che il membro della CER sia obbligato a partecipare alla produzione o concorra alla condivisione di energia (a meno che non venga previsto diversamente dallo statuto della CER), può ad esempio essere un finanziatore della CER, pertanto, potrebbe anche partecipare alla CER senza assumere nessuna delle qualifiche suddette, ma purché rientri nei soggetti ammissibili ai sensi dell'art. 31, comma 1, del d.lgs. 199 del 2021[82].

Con riguardo ai nuovi requisiti delle CER introdotti dal d.lgs. 199/2021, da un lato, l'art. 31, comma 2, lett. c), del d.lgs. 199/2021 prevede che per la condivisione dell'energia i partecipanti alla CER (come produttori e/o consumatori) devono essere intestatari di uno o più POD (punto di connessione alla rete) e trovarsi nella medesima zona di mercato (nel caso delle amministrazioni locali, queste devono avere il loro punto di connessione per il prelievo o per l'immissione nel caso in cui producano energia in eccesso per immetterla nella rete, all'interno del territorio del comune in cui sono collocati gli impianti)[83], mentre, per l'energia autoconsumata i punti di connessione dei clienti finali e degli im-

[81] A. Coiante, *Le comunità energetiche rinnovabili nel quadro giuridico europeo e nazionale: un'occasione per ripensare l'ambito di operatività del silenzio assenso in materia di incentivi economici per la produzione di energia rinnovabile*, in *Diritto e Società*, 2022, 4, 735.

[82] M. Meli, *Le Comunità di Energia Rinnovabile: i diversi modelli organizzativi*, in *Giurisprudenza italiana*, 2023, 12, 2761.

[83] Per una ricostruzione aggiornata del quadro regolatorio cfr. G. Spina, *Comunità energetiche rinnovabili*, 2024 disponibile su *https://www.treccani.it/enciclopedia/dol-comunita-energetiche-rinnovabili_(Diritto-on-line)/*.

pianti di produzione appartenenti alla CER devono essere connessi alla medesima cabina primaria. La connessione alla cabina primaria permette di coinvolgere un numero maggiore di partecipanti alla comunità energetica, rispetto alla cabina secondaria prevista dalla precedente disciplina transitoria, secondo cui ai sensi dell'art. 42 *bis* gli impianti della CER per autoconsumare energia e ottenere sull'autoconsumo di energia gli incentivi e la restituzione delle componenti tariffarie ARERA dovevano avere potenza complessiva non superiore a 200 kW ed i punti di prelievo dei consumatori e i punti di immissione degli impianti dovevano essere sottesi alla cabina secondaria.

I produttori degli impianti o la CER se proprietaria dell'impianto può anche valorizzare tutta l'energia immessa in rete vendendola a libero mercato o richiedendone il ritiro al GSE tramite il servizio del Ritiro Dedicato (RID)[84].

Inoltre, per le CER, ai fini dell'accesso agli incentivi gli impianti non devono essere entrati in esercizio prima della regolare costituzione della CER e dell'entrata in vigore del decreto CACER (ossia prima del 24 gennaio 2024). In caso contrario, gli impianti entrati in esercizio a partire dall'entrata in vigore d.lgs. 199/2021 (16 dicembre 2021), ma prima del Decreto CACER, devono fornire una documentazione idonea che dimostri che l'impianto è stato realizzato con l'intento di essere integrato in una configurazione di CER. Questo requisito deve essere comprovato tramite documenti firmati con data antecedente all'entrata in esercizio dell'impianto (con tracciabilità certificata della firma)[165].

Riguardo agli incentivi previsti il Decreto CACER, in attuazione delle

[84] Con il modello regolatorio virtuale scelto da ARERA, per consentire di quantificare i vantaggi economici riservati alle comunità energetiche rinnovabili, l'ARERA ha quindi adottato i concetti di energia condivisa e autoconsumata. I contributi economici spettanti alle comunità energetiche rinnovabili sono di quattro tipologie: a) valorizzazione dell'energia elettrica autoconsumata attraverso il pagamento del contributo per la valorizzazione dell'energia elettrica autoconsumata diretto alla restituzione della tariffa di trasmissione prevista da ARERA nel TIAD, la formula per calcolare tale restituzione è contenuta nell'art. 6 del TIAD in attuazione dell'art. 32, comma 3, lett. a) del d.lgs. 199/2021; b) incentivazione dell'energia elettrica autoconsumata attraverso l'erogazione di incentivi previsti dal decreto CACER che attua l'articolo 8 del decreto legislativo 199/2021; c) il contributo a fondo perduto PNRR per coprire i costi per la realizzazione o potenziamento degli impianti di energia da fonte rinnovabile delle CER e ubicati nei comuni con popolazione sotto i 5000 abitanti ai sensi degli artt. 7-10 d.m. n. 414/2023, attuativi dell'art. 14, comma 1, lett. e), del d.lgs. n. 199/2021[128]; d) ritiro dell'energia elettrica immessa in rete da parte del GSE, ove richiesto, oppure vendita dell'energia elettrica immessa a libero mercato.

disposizioni del d.lgs. 199/2021, prevede due misure principali: un incentivo tariffario[85] e un contributo a fondo perduto erogate dal GSE, in quanto oggetto del suo "servizio per l'autoconsumo diffuso e contributo PNRR"[86] a cui ogni CER deve presentare domanda di accesso per l'erogazione dello stesso.

La tariffa incentivante, in forma di tariffa premio (c.d. TIP) è erogata in base alla quota di energia condivisa per gli impianti da fonti rinnovabili delle CER con potenza massima del singolo impianto o dell'intervento di potenziamento non superiore a 1MW[87] e connessi alla rete di distribuzione tramite punti di connessione facenti parte dell'area sottesa alla medesima cabina primaria, salvo le deroghe per le isole minori *ex* art. 32 del d.lgs. n. 199/2021. Tali impianti devono essere nuovi oppure è possibile potenziare gli impianti esistenti, ma la tariffa incentivante è limitata alla nuova sezione. Qualora la potenza di un impianto della CER, ecceda la soglia di 1 MW, sarà riconosciuto solamente il contributo di valorizzazione dell'energia elettrica autoconsumata (quindi la restituzione della tariffa di trasmissione ARERA)[88].

La tariffa premio è assicurata per un periodo di 20 anni a partire dalla messa in funzione dell'impianto (ossia a partire dalla data di entrata in esercizio commerciale dell'impianto). È composta da una parte fissa, diversa per ogni taglia dell'impianto, e da una parte variabile, che cambia

[85] La misura della tariffa incentivante si applica fino al trentesimo giorno successivo alla data del raggiungimento di un contingente di potenza incentivata pari a 5 GW e comunque fino al 31 dicembre 2027.

[86] Al contrario, la disciplina transitoria previgente seguiva invece la disciplina dettata dall'art. 42 bis del decreto Milleproroghe, dalla delibera ARERA 318/2020/R/eel, dal d.m. 16 settembre 2020 del (MISE) e dalle Regole tecniche per l'accesso al servizio di valorizzazione e incentivazione dell'energia elettrica condivisa del GSE del 4 aprile 2022. L'art. 42 *bis* del decreto Milleproroghe aveva previsto che per la costituzione di una CER era necessario che gli impianti di produzione alimentati da fonti rinnovabili avessero una potenza complessiva non superiore a 200 kW e fossero entrati in esercizio dopo il 1° marzo 2020. I punti di prelievo dei consumatori e i punti di immissione degli impianti dovevano essere ubicati su reti elettriche di bassa tensione sottese, alla data di creazione della CER, alla medesima cabina di trasformazione media tensione/bassa tensione (cabina secondaria), quale requisito di prossimità nel rispetto dalla direttiva RED II. G. Argirò, *L'evoluzione del quadro normativo europeo e italiano sulle comunità energetiche rinnovabili*, in *Le comunità energetiche rinnovabili. Modelli, regole, profili applicativi,* a cura di G.F. Ferrari, Milano 2023, 18 ss.

[87] Ciò è in linea con la previsione dell'art. 8 del d.lgs. n. 199/2021 che fissa il limite di potenza di un 1MW dell'impianto alimentato da fonti rinnovabili al fine di poter accedere al sistema di incentivi del GSE previsti per l'autoconsumo virtuale di energia elettrica rinnovabile.

[88] Regole Operative GSE, PARTE II, capitolo I, sezione II, 1.2.1.2.

in base al prezzo di mercato dell'energia. A ciò si aggiunge una maggiorazione tariffaria legata alla localizzazione geografica dell'impianto, essendo l'irraggiamento solare diverso tra le zone[89].

La seconda misura prevista dal decreto MASE consiste nell'erogazione di contributi a fondo perduto fino al 40% finanziati con i 2,2 miliardi di euro della Missione 2 – PNRR per la costituzione di nuovi impianti o potenziamento di quelli esistenti delle CER nei Comuni con popolazione sotto ai 5.000 abitanti per perseguire una potenza complessiva sul territorio nazionale pari almeno a 2GW ed una produzione indicativa di almeno 2.500 GW/h[90]. Le CER possono quindi accedere al contributo in conto capitale fino alla misura massima del 40% delle spese sostenute, con un vincolo di voci di spesa del 10% massimo per la realizzazione di impianti o potenziamento di impianto a fonte rinnovabili di potenza non superiore a 1MW[91], anche abbinati a sistemi di accumulo, ubicati in Co-

[89] Specificatamente, quindi, per gli impianti con potenza fino a 600 kW, la tariffa è composta da un fisso di 60 euro per MWh e una parte variabile max (0; 180 – Pz), si intende che la parte variabile è il massimo tra il valore 0 e il valore 180 a cui è sottratto il prezzo zonale, ad ogni modo la tariffa premio totale non può superare i 100 euro per MWh; per gli impianti di potenza compresa tra 200 kW e 600 kW, il fisso è di 70 € e la parte variabile max (0; 180 – Pz), la tariffa premio non può comunque superare i 110 euro per MWh; per gli impianti al di sotto o pari a 200 kW, il fisso è di 80 euro per MWh e la parte variabile max (0; 180 – Pz), la tariffa premio non può essere oltre i 120 euro per MWh. A seconda della zona geografica ove è ubicato l'impianto fotovoltaico, è previsto il fattore di correzione della tip che prevede maggiorazioni tariffarie al fine di tener conto della minor producibilità degli impianti fotovoltaici installati nelle regioni settentrionali rispetto a quelli posizionati nelle regioni del sud Italia. Si aggiunge quindi alla tariffa premio: 4 euro al MWh per le regioni del Centro (Lazio, Marche, Toscana, Umbria e Abruzzo) o 10 euro al MWh per quelle del Nord (Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Lombardia, Piemonte, Trentino-Alto Adige, Valle d'Aosta e Veneto). A. Aquili, *Innovazione e sostenibilità nel settore energetico: nuove forme partenariali e contrattuali per le comunità energetiche*, in *Munus*, 2024, 1, 9.

[90] Tale misura si applica fino al 30 giugno 2026. In particolare, lo sportello aperto per chiedere l'accesso al contributo PNRR sarà chiuso improrogabilmente il 31 marzo 2025, fatto salvo il preventivo esaurimento delle risorse disponibili (euro 2,2 miliardi) di cui verrà fornita evidenza tramiti appositi contatori e data notizia tramite pubblicazione sul sito del GSE. Sono ammesse le richieste solo per gli impianti per i quali ancora non siano stati avviati i lavori di realizzazione. Per avvio lavori si intendono «gli interventi avviati al momento dell'assunzione della prima obbligazione che rende un investimento irreversibile, quale, a titolo esemplificativo, quella relativa all'ordine delle attrezzature ovvero all'avvio dei lavori di costruzione. L'acquisto di terreni e le opere propedeutiche quali l'ottenimento di permessi e lo svolgimento di studi preliminari di fattibilità non sono da considerarsi come avvio dei lavori». *Le comunità energetiche rinnovabili "in pillole"*, in sito ufficiale del GSE. *www.gse.it/servizi-per-te/autoconsumo/le-comunita-energetiche-rinnovabili-in-pillole*.

[91] Secondo le Regole Operative del GSE – Appendice E, le spese ammissibili del

muni con popolazione inferiore ai 5000 abitanti[92]. È consentita la cumulabilità della tariffa incentivante con i contributi in conto capitale[93] fino alla misura massima del 40%, ma la TIP è decurtata proporzionalmente all'ammontare del contributo PNRR ricevuto (se quindi ad esempio si ottiene il 40% del contributo in conto capitale, ci sarà una decurtazione

contributo in conto capitale e i massimali previsti sono: «i. realizzazione di impianti a fonti rinnovabili (a titolo di esempio: componenti, *inverter*, strutture per il montaggio, componentistica elettrica, etc.) ii. fornitura e posa in opera dei sistemi di accumulo; iii. acquisto e installazione macchinari, impianti e attrezzature *hardware* e *software*, comprese le spese per la loro installazione e messa in esercizio; iv. opere edili strettamente necessarie alla realizzazione dell'intervento; v. connessione alla rete elettrica nazionale; vi. studi di prefattibilità e spese necessarie per attività preliminari, ivi incluse le spese necessarie alla costituzione delle configurazioni; vii. progettazioni, indagini geologiche e geotecniche il cui onere è a carico del progettista per la definizione progettuale dell'opera; viii. direzioni lavori, sicurezza; ix. collaudi tecnici e/o tecnico-amministrativi, consulenze e/o supporto tecnico-amministrativo essenziali all'attuazione del progetto. Inoltre, le spese di cui alle lettere da *vi*) a *ix*) sono finanziabili in misura non superiore al 10% dell'importo ammesso a finanziamento. Le spese di cui sopra sono ammissibili nel limite del costo di investimento massimo di riferimento in funzione della taglia di potenza dell'impianto, vale a dire: 1.500 €/kW, per impianti fino a 20 kW; 1.200 €/kW, per impianti di potenza superiore a 20 kW e fino a 200 kW; 1.100 €/kW per potenza superiore a 200 kW e fino a 600 kW; 1.050 €/kW, per impianti di potenza superiore a 600 kW e fino a 1.000 kW. L'imposta sul valore aggiunto (IVA) non è ammissibile alle agevolazioni, salvo il caso in cui non sia recuperabile».

[92] Il GSE ha inoltre specificato che l'impianto deve essere realizzato nei comuni sotto i 5 mila abitanti per accedere al contributo, ma la comunità può anche comprendere un territorio più ampio, potrebbe ad esempio estendersi su tre comuni e magari solo uno è sotto i 5000 abitanti, ossia quello ove è ubicato l'impianto. A. Aquili, *Comunità energetiche: l'evoluzione del quadro regolatorio europeo e italiano*, in *Diritto e Società*, 2022, 9.

[93] Le Regole Operative del GSE, parte II, capitolo I, sezione I, paragrafo 1.1.5, specificano che il contributo PNRR è cumulabile con: «altri contributi in conto capitale diversi da quelli sostenuti da altri programmi e strumenti dell'Unione Europea (nel caso in cui il soggetto beneficiario sia un'amministrazione pubblica, quest'ultima si impegna a non trasferire il contributo di cofinanziamento non PNRR all'interno di altri fondi nella gestione UE), di intensità non superiore al 40%. In tal caso il contributo PNRR richiedibile per kW è al massimo pari alla differenza tra il 40% del costo di investimento di riferimento massimo espresso in €/kW, e i contributi in conto capitale per kW già ricevuti o assegnati; i contributi erogati a copertura dei soli costi sostenuti per gli studi di prefattibilità e le spese necessarie per attività preliminari allo sviluppo dei progetti, ivi incluse le spese necessarie alla costituzione delle configurazioni». Invece, il contributo PNRR non è cumulabile con: «incentivi in conto esercizio diversi dalla tariffa incentivante; superbonus (articolo 119, comma 7, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 e ss.mm.ii.); detrazioni fiscali con aliquote ordinarie (articolo 16-bis, comma 1, lettera h), del Testo unico delle imposte sui redditi di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917); altri contributi in conto capitale sostenuti da altri programmi e strumenti dell'Unione Europea; altre forme di sostegno pubbliche che costituiscono un regime di aiuto di Stato diverso dal conto capitale».

del 50% della tariffa incentivante). Tale fattore di riduzione non trova applicazione in relazione all'energia elettrica condivisa oggetto di incentivazione afferente a punti di prelievo nella titolarità di enti territoriali e autorità locali, enti religiosi, enti del Terzo settore e protezione ambientale. Inoltre, il MASE ha chiarito che se si ottiene un contributo in conto capitale superiore al 40% del costo massimo dell'investimento indicati dal decreto CACER, non sarà riconosciuta la tariffa incentivante per l'energia elettrica prodotta dall'impianto in questione. Rimane quindi per il singolo impianto, la sola possibilità di ottenere il corrispettivo di valorizzazione per l'energia autoconsumata definito annualmente da ARERA[94].

Il decreto CACER, inoltre, prevede che le CER assicurino che l'eventuale importo della tariffa premio eccedentario, rispetto a quello determinato in applicazione del valore soglia (nei casi di accesso alla sola tariffa premio è il 55%, mentre, nei casi di cumulo della tariffa premio con un contributo in conto capitale è del 45%) dell'energia oggetto di incentivazione, sia destinato ai soli consumatori diversi dalle imprese e\o utilizzato per finalità sociali aventi ricadute sui territori ove sono ubicati gli impianti. Tale previsione è stata inserita per rendere le CER degli strumenti solidali e sociali nei confronti dei consumatori più deboli. Perché se ad esempio una comunità energetica è partecipata solo da PMI allora solo una parte dell'incentivo (fino al 55% o 45%) può essere restituito tra i membri quindi tra le PMI, il restante dovrebbe essere reinvestito, in questo modo si evita che la CER divenga solo una configurazione a scopo lucrativo, acquisendo invece finalità di tipo sociale[95]. Per garantirne l'attuazione, le Regole Operative del GSE specificano che tale previsione deve essere inserita nello statuto delle CER. Il Referente in fase di richiesta di accesso al servizio per l'autoconsumo diffuso dovrà dichiarare che l'eventuale importo della tariffa premio eccedentario è destinato al/ai consumatore/i diversi dalle imprese e/o utilizzato per finalità sociali aventi ricadute sui territori ove sono ubicati gli impianti di produzione per la condivisione[96].

Delineato il recepimento e funzionamento delle CER, emerge come le comunità energetiche rappresentano uno strumento di transizione energetica che al contempo consente decentralizzazione della produzione energetica – passando da poche grandi centrali ad un sistema in cui

[94] A. Aquili, *Comunità energetiche: l'evoluzione del quadro regolatorio europeo e italiano*, in *Diritto e Società*, 2022, 9.

[95] Regole Operative GSE, capitolo 2, sezione 2, paragrafo 2.2.2.1.3.

[96] Regole Operative del GSE, parte II, capitolo 1, sezione 2, paragrafo 1.2.1.1.

l'energia viene prodotta localmente – e democratizzazione nella produzione di energia, rendendo possibile a chiunque di partecipare al mercato energetico attraverso l'autoproduzione, la condivisione e il consumo di energia rinnovabile. È però importante gestire sapientemente un fenomeno di grande innovazione ma allo stesso tempo complesso affinché possa condurre da un lato a raggiungere effettivamente gli obiettivi di una transizione giusta, dall'altro a non pregiudicare la sicurezza del sistema energetico e l'equilibrio dei mercati. Il Decreto CACER, ad esempio, prevedendo un reinvestimento degli incentivi, cerca di introdurre un criterio-guida per uno sviluppo delle CER che crei valore per i suoi partecipanti e il territorio in cui esse sorgono. Nei paragrafi che seguono si aprirà proprio una riflessione intorno alla creazione di modelli di CER che possano valorizzare questo aspetto e in questo modo attuare più fedelmente l'intento del legislatore europeo e nazionale.

4. *I modelli di comunità energetica rinnovabile*

Prima di addentrarci nell'analisi che ci condurrà a ragionare sul se e come tutti gli attori che partecipano ad una CER possono ottenere un giusto vantaggio e per questa via fare delle CER uno strumento di transizione ecologica ed energetica giusta[97] è opportuno soffermarsi sui differenti modelli organizzativi di CER che anche sulla base delle disposizioni legislative, regolamentari e tecniche in vigore si stanno sviluppando nella pratica, ognuno con un peculiare meccanismo di governance e funzionamento[98].

La prima tipologia è il "modello CER autofinanziato", caratterizzato

[97] A. Coiante, *Le comunità energetiche rinnovabili nel quadro giuridico europeo e nazionale: un'occasione per ripensare l'ambito di operatività del silenzio assenso in materia di incentivi economici per la produzione di energia rinnovabile*, in *Diritto e Società*, 2022, 4, 735; nonché per un approfondimento L. Cuocolo, P.P. Giampellegrini, O. Granato (a cura di), *Le comunità energetiche rinnovabili: modelli, regole, profili applicativi*, Milano, 2023; G. Spina*, CER come modello strategico-gestionale di sviluppo sostenibile*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2023, 8-9; C. Mari, *Le comunità energetiche: un nuovo modello di collaborazione pubblico-privato per la transizione ecologica*, in *Federalismi.it*, 2022, 111; R. De Lotto, C. Micciché, E.M. Venco, A. Bonaiti, R. De Napoli, *Energy Communities: technical, legislative, organizational, and planning features*, in *Energies*, 14, 2021.

[98] Sui diversi modelli organizzitivi cfr. M. Meli, *Le Comunità di Energia Rinnovabile: i diversi modelli organizzativi*, in *Giurisprudenza italiana*, 2023, 12, 2761**;** G. Passarelli, G. Proietto, *Le Comunità Energetiche Rinnovabili tra modelli e strumenti di finanziamento: vantaggi, criticità e implicazioni sistematiche*, in *Il Nuovo Diritto delle Società,*

dall'assenza di investimenti da parte di enti pubblici, ESCO o imprese energetiche per l'installazione di impianti e la costituzione della CER. La comunità energetica è un'entità in cui i suoi membri si uniscono per definire insieme gli obiettivi dell'iniziativa e della comunità, individuare le risorse necessarie e stabilire la gestione della propria CER. I soggetti interessati che possono diventare membri della CER sono i soggetti privati e pubblici ai sensi dell'art. 31, comma 1, lett. b) del d.lgs. 199/2021. L'investimento per i costi di costituzione della CER e per l'installazione degli impianti è suddiviso in modo equo tra tutti i partecipanti, anche attraverso l'accesso al credito, quindi utilizzando le finanze proprie dei partecipanti. L'impianto diventa così di proprietà della CER e una volta che la CER è stata costituita, i costi annui per la gestione dell'impianto e della stessa sono a suo carico. I contributi economici che riceve la CER sono il ricavo dalla vendita di energia, gli incentivi per l'energia condivisa previsti dal decreto CACER e il contributo di valorizzazione dell'autoconsumo, ossia la restituzione della tariffa di trasmissione ai sensi del TIAD. Questi contributi economici sono utilizzati per garantire il ritorno nell'investimento inziale, per gestire e sviluppare la CER, nonché per la distribuzione ai membri[99] e il reinvestimento a favore di progetti a livello locale.

Una sotto-tipologia di CER autofinanziata potrebbe essere quella costituita da un insieme di piccole e medie imprese (alle grandi imprese è difatti escluso dalla direttiva RED II poter diventare membro di una CER), la cui partecipazione alla CER non costituisce l'attività commerciale o professionale principale[100]. Le imprese che si trovano nella stessa zona di mercato decidono di costituire un sistema di produzione-consumo attraverso un impianto a fonti rinnovabili attraverso la sua installazione, ad esempio, sui tetti degli edifici o capannoni industriali. Non tutte le imprese che aderiscono alla comunità energetica devono realizzare un impianto di energia rinnovabile, quindi, alcune imprese possono avere un impianto (in qualità di produttori o *prosumer*), altre possono non averlo e quindi partecipare allo CER come *consumer*, al fine di avere un

2023, 1, 139; R. Piselli, *Comunità energetiche e modelli organizzativi, in Mercato concorrenza regole,* 2023, 1-2, 117.

[99] Un esempio classico potrebbe essere il caso in cui sussistono 180 partecipanti alla CER e per l'investimento versano 1.300 euro a testa e si suddividono la spesa di euro 9.000 all'anno per la manutenzione dell'impianto e gestione della CER (es. per rapporti con il GSE e per la verifica del funzionamento dell'impianto).

[100] A. Aquili, *Innovazione e sostenibilità nel settore energetico: nuove forme partenariali e contrattuali per le comunità energetiche*, in *Munus*, 2024, 1, 209.

bilanciamento per l'energia condivisa nell'arco orario su cui si calcolano gli incentivi erogati dal GSE. L'importante è che i punti di connessione dei clienti finali (consumatori) e degli impianti di produzione della CER ricadano nell'area sottesa alla medesima cabina primaria[101]. I vantaggi di una CER industriale sono innanzitutto benefici ambientali a salvaguardia dell'ambiente al pari delle altre CER attraverso la produzione di energia pulita e quindi la promozione delle fonti non inquinanti e la riduzione delle emissioni nocive. Riguardo ai vantaggi più specifici per le imprese, si può parlare anche di un ritorno di immagine, perché comunque la sostenibilità anche in termini aziendali è un aspetto che è all'attenzione dei consumatori e degli investitori. Le imprese partecipando ad una CER sarebbero difatti in *compliance* con i valori ESG (*Environment*: abbattimento Co2; diminuzione della dipendenza energetica, energia a Km0; *Social*: coinvolgimento della comunità e possibilità di utilizzare l'incentivo per progetti di natura sociale; *Governance*: miglioramento dell'identità aziendale attuando politiche di responsabilità nei confronti della comunità e del territorio).

Un altro vantaggio per le imprese riguarda la sicurezza energetica, grazie alla CER, le imprese diventano meno dipendenti dalla fornitura di energia esterna, perché producono la propria energia, ciò potrebbe essere una fonte di maggiore stabilità rispetto alla dipendenza di produzione esterna, il cui prezzo di energia oscilla in base all'andamento del mercato che riflette le situazioni geopolitiche o attraverso la riduzione del rischio di carenza o di interruzioni della fornitura.

Riguardo ai benefici economici – premettendo che lo scopo principale della CER non è il profitto finanziario, per cui in presenza di sole imprese che vogliono costituire una CER deve essere scelta una forma giuridica che rispetti le finalità e la struttura della CER – per le imprese partecipare ad una CER permette di ridurre la spesa energetica della propria azienda attraverso l'abbassamento della bolletta (difatti, l'impresa collegata fisicamente al fotovoltaico che autoconsuma in sito l'energia prodotta preleva meno energia dalla rete per i propri consumi) ed ottene-

[101] Un esempio di CER industriale può essere una CER partecipata da quattro aziende che operano in un settore specifico ubicate in una zona industriale. Ognuna può avere il suo impianto fotovoltaico di diversa potenza (oppure altre possono non averlo) e le imprese che possiedono un impianto rispetto ai prelievi dalla rete possono ottenere un risparmio all'anno sulla bolletta, grazie all'energia rinnovabile che viene prodotta e autoconsumata in sito dall'impresa. Le imprese poi possono ottenere i contributi economici (incentivi e ARERA) sull'energia condivisa virtualmente.

re i corrispettivi per la vendita dell'energia, il contributo di valorizzazione e gli incentivi.

In quest'ultimo caso, viene però in rilievo la normativa stabilita dal MASE al fine di garantire che le CER mantengano il loro aspetto sociale e solidale contenuto nella visione della direttiva RED II. Il decreto CACER prevede, che in una CER, indipendentemente dalla compagine sociale, e quindi anche per quelle industriali, si applica la regola che «l'importo della tariffa premio eccedentario, rispetto a quello determinato in applicazione del valore soglia (55% o 45%) dell'energia oggetto di incentivazione, sia destinato ai soli consumatori diversi dalle imprese e\o utilizzato per finalità sociali aventi ricadute sui territori ove sono ubicati gli impianti». Una CER quindi industriale dovrà destinare una parte degli incentivi per finalità sociali con un impatto positivo sul territorio, in questo modo, anche la CER industriale è indotta a perseguire il beneficio sociale, quale uno degli scopi principali della CER[102].

Il secondo modello di comunità energetica rinnovabile è "il modello CER sviluppato da una *energy company*"[103]. Questo modello nasce a seguito dell'iniziativa di soggetti interessati alla costituzione di una CER che sono carenti nelle competenze tecniche ed economiche. Si ricorre pertanto ad un soggetto terzo (es. *energy service company* o un'impresa energetica, anche a controllo pubblico o un ente specializzato nella implementazione di progetti energetici) che propone il proprio modello di CER e si occupa dell'investimento del pannello fotovoltaico e avviamento e gestione della CER. I partecipanti alla CER possono essere sia soggetti privati e pubblici ai sensi dell'art. 31, comma 1, lett. b) del d.lgs. 199/2021. In questa CER, pertanto, è il soggetto terzo che effettua l'investimento principale per lo sviluppo della CER, l'impianto a fonte rinnovabile è quindi di proprietà del soggetto terzo che lo mette nella disponibilità della comunità energetica attraverso un accordo (es. contratto di noleggio) sottoscritto tra le parti dal quale si possa evincere che ciascun impianto venga esercito dal produttore nel rispetto degli accordi

[102] L. De Vidovich, L. Tricarico, M. Zulianello, *Modelli organizzativi per le comunità energetiche. Riflessioni dalla ricerca 'Community Energy Map',* in *Rivista Impresa Sociale*, 2023, n. 1, disponibile su *www.rivistaimpresasociale.it/rivista/articolo/modelli-organizzativi-per-le-comunita-energetiche*; M. Zulianello, *Le Comunità energetiche rinnovabili – Modelli di business e simulazioni numeriche,* in *Comunità Energetiche Rinnovabili*, Green Hill Advisory 2024.

[103] Cfr. A. Aquili, *Innovazione e sostenibilità nel settore energetico: nuove forme partenariali e contrattuali per le comunità energetiche*, in *Munus*, 2024, 1, 209.

definiti con la CER per le sue finalità e nel rispetto di quanto previsto dalle norme di riferimento.

Per rispettare le finalità principali della CER, oggetto principale dell'accordo è quindi mettere sotto il controllo e la piena disponibilità della comunità energetica l'impianto per permettere che l'energia elettrica immessa in rete da parte di un produttore sia utilizzabile dalla CER per la condivisione di energia e quindi per l'ottenimento dei benefici economici connessi (incentivi e contributo di valorizzazione per il ristoro della tariffa di trasmissione). L'energia immessa in rete eccedente potrà essere poi liberamente valorizzata dal produttore attraverso il Ritiro Dedicato del GSE o la vendita a libero mercato. Essendo il produttore, il soggetto operante nel settore energetico, opta solitamente per la vendita a libero mercato. Si ha quindi una dualità, gli incentivi e il contributo di valorizzazione sono erogati dal GSE alla CER attraverso il servizio per l'autoconsumo diffuso richiesto dalla CER, mentre, il soggetto terzo (produttore) otterrà la remunerazione per la vendita dell'energia, questi corrispettivi non finiranno nelle casse della CER, ma, sono del produttore. Il problema risiede nel fatto che il soggetto terzo deve rientrare nell'investimento, per cui alcuni accordi con la CER possono prevedere la possibilità di distribuire una parte degli incentivi anche al produttore (es. la distribuzione degli incentivi accordata può essere 50% al soggetto terzo e 50% alla CER). Nell'accordo bisogna inoltre stabilire se i costi annui per la gestione impianto e della comunità energetica sono a carico della CER o del soggetto terzo, solitamente i costi di gestione dell'impianto sono a carico del soggetto terzo, mentre, i costi di gestione della CER (es. corrispettivi da riconoscere al GSE a copertura degli oneri sostenuti per lo svolgimento delle attività di gestione, verifica e controllo; costi amministrativi, etc.). In questo modello di CER è quindi fondamentale trovare un accordo tra chi fa l'investimento soggetto terzo e la comunità, perché il rischio è che se la maggior parte delle risorse economiche (incentivi, contributo di valorizzazione ARERA e corrispettivi della vendita di energia) vanno al soggetto terzo per ripagare l'investimento, si snatura la CER che difficilmente riesce a realizzare i benefici economici e sociali, al contrario, però il soggetto terzo avrebbe difficoltà ad ottenere il ritorno nell'investimento[104].

[104] L. De Vidovich, L. Tricarico, M. Zulianello, *Modelli organizzativi per le comunità energetiche. Riflessioni dalla ricerca 'Community Energy Map*, in *Rivista Impresa Sociale*, 2023, n. 1, disponibile su *www.rivistaimpresasociale.it/rivista/articolo/modelli-organizzativi-per-le-comunita-energetiche*.

Infine, il terzo modello di comunità energetica, è la "CER a trazione pubblica"[105]. Questa CER è realizzata grazie al comune che effettua l'investimento per lo studio preliminare, costituzione, avviamento e installazione degli impianti della CER, sfruttando risorse proprie oppure fondi europei e nazionali o ricorrendo a finanziamenti privati. Il comune si fa carico dello sviluppo della CER con l'obiettivo primario di soddisfare le esigenze del proprio territorio, ad esempio promuovendo una politica pubblica settoriale per contrastare la povertà energetica. Il comune definisce le regole per la costituzione della CER e apre la partecipazione a tutti i membri della comunità sfruttando la capacità di aggregazione comunale, con particolare attenzione alle famiglie vulnerabili e alle case popolari. In questo caso, la partecipazione della CER è sicuramente mista, perché vede il comune membro della CER, insieme ad altri soggetti pubblici o privati (quali i partecipanti ammessi ai sensi dell'art. 31, comma 1, lett. b) del d.lgs. 199/2021). In questa CER, tutti i contributi economici sono erogati alla CER (incentivi e contributo di valorizzazione), se il comune destina la proprietà dell'impianto alla CER, potrà godere anche della vendita dell'energia attraverso il Ritiro Dedicato o il libero mercato, al contrario, se il comune mantiene la proprietà dell'impianto, potrà comunque decidere di destinare alla CER i corrispettivi per la vendita dell'energia e non incassarli. Se l'impianto è collocato su un edificio comunale, il comune beneficia anche di un risparmio sulla spesa energetica perché sfrutta l'autoconsumo fisico di energia rinnovabile, consumando l'energia prodotta dall'impianto[106].

Alla luce dei tre modelli di comunità energetica appena illustrati e delle specifiche caratteristiche del modello di CER considerato si deve tornare a riflettere sulla domanda relativa a quale possa essere il modello più conforme alla *mens legis* del legislatore europeo.

È opportuno ricordare che secondo la normativa europea le CER non dovrebbero nascere per generare profitti. Lo scopo sociale principale di una CER non può e non deve essere lo scopo di lucro. Si tratta di un soggetto giuridico che deve principalmente generare benefici ambientali, sociali ed economici in connessione e dialogo stretti con il territorio di

[105] A. Aquili, *Innovazione e sostenibilità nel settore energetico: nuove forme partenariali e contrattuali per le comunità energetiche*, in *Munus*, 2024, 1, 209.

[106] L. De Vidovich, L. Tricarico, M. Zulianello, *Modelli organizzativi per le comunità energetiche. Riflessioni dalla ricerca 'Community Energy Map'*, in *Rivista Impresa Sociale*, 2023, n. 1, disponibile su *www.rivistaimpresasociale.it/rivista/articolo/modelli-organizzativi-per-le-comunita-energetiche.*

riferimento. L'attività di produzione dell'energia è in altri termini fortemente strumentale alla produzione di questi benefici ambientali, economici, sociali. Le CER non nascono solo per autoconsumare e produrre energia ma per sfruttare l'energia prodotta come strumento di produzione di tali benefici ambientali, sociali ed economici. Con le CER non si attua solo l'autoconsumo, si crea piuttosto un partenariato di comunità che ha una missione non strettamente energetica.

Riguardo al primo modello, la CER autofinanziata è perfettamente in linea con le finalità delle direttive europee. Queste, infatti, ritengono che le comunità energetiche servano per rendere più partecipi gli utenti finali ai mercati dell'energia. In questo modello di CER tutti i membri sono ingaggiati attraverso un investimento ripartito tra tutti i soggetti. Il problema che si può porre è la difficoltà di attivazione di questo modello di CER. Non è infatti scontato avere un insieme di cittadini che collaborano per realizzare questi investimenti. Ciò che potrebbe accelerare lo sviluppo di questo modello è la previsione di fondi pubblici a fondo perduto o finanziamenti agevolati da parte dei privati. Ad esempio, alcuni istituti di credito stanno prevedendo questa tipologia di finanziamenti proprio per lo sviluppo delle CER[107]. Si realizzerebbe quindi un modello organizzativo condiviso in grado effettivamente di realizzare gli obiettivi economici, sociali e ambientali auspicati dalla direttiva RED II, a favore dei membri e della comunità di riferimento, qualora la CER decidesse di reinvestire il *surplus* economico (dopo il ritorno dell'investimento) in progetti a favore della comunità istaurando anche possibili collaborazioni con soggetti pubblici, sociali e privati[108].

Nel secondo modello, invece, il soggetto terzo è un'impresa specializzata nel settore energetico che attraverso tale modello trova il modo di operare nel mondo delle CER. Si ricorda che ai sensi della normativa europea e italiana non possono essere membri della CER le imprese la cui attività energetica costituisca l'attività commerciale o professionale principale e le grandi imprese. In questo caso il soggetto terzo è un professionista del settore che studia le CER e realizza un modello *standard* di CER adattabile al contesto specifico. Si potrebbe definire "modello pronto

[107] Ad esempio, istituti come Banca Etica e Intesa San Paolo hanno attivato programmi dedicati.

[108] Cfr. A. Aquili, *Innovazione e sostenibilità nel settore energetico: nuove forme partenariali e contrattuali per le comunità energetiche*, in *Munus*, 2024, 1, 209; C. Iaione, E. De Nictolis, *Le comunità energetiche tra democrazia e comunanza di interessi*, in *Diritto e società*, 2022, 4, 611.

all'uso". Una tale soluzione potrebbe ridurre i costi amministrativi essendo una specie di "CER prefabbricata", ma c'è il rischio che questo tipo di operazione possa condurre ad uno sbilanciamento di interessi a favore del privato rispetto all'interesse della comunità[109]. Probabilmente questo modello rappresenta quello di più immediata e rapida attivazione, proprio perché gli utenti difficilmente hanno le competenze e le risorse economiche per realizzare una CER e quindi richiedono un supporto tecnico ed economico da esperti del settore. Il soggetto terzo può dunque sfruttare le sue conoscenze sul mercato energetico per la costituzione della CER e la sua gestione. Questa possibilità o evenienza è anche contemplata dalle Regole Operative del GSE che permettono al soggetto tecnico terzo di assumere il ruolo di Referente cui viene affidata la gestione tecnico-amministrativa della CER, ad una *utility* del settore (nello specifico ad «un produttore terzo di un impianto/UP la cui energia elettrica prodotta rileva nella configurazione, che risulti essere una ESCO certificata UNI 11352»)[110].

In questo secondo modello accade, il soggetto terzo può trovare un interlocutore nei soggetti interessati alla realizzazione della CER. Questi potrebbero essere non solo soggetti privati come un gruppo di PMI, organizzazioni *no profit* e singoli o gruppi di cittadini, ma anche il comune che normalmente non ha fondi e competenze per realizzare le CER e però può decidere di valorizzare il proprio ruolo di aggregatore a livello di territorio. A tali interlocutori il soggetto terzo prospetta l'attivazione di un modello di CER in cui i membri non sono tenuti a fare alcun tipo di investimento. A fronte di questo impegno però il soggetto terzo chiede di percepire i corrispettivi della vendita dell'energia e una parte dell'incentivo. Il problema di un modello come questo è che i partecipanti rischiano di essere soggetti passivi e poco coinvolti nella governance, nella gestione e nell'organizzazione della CER. Se quindi si va ad analizzare la coerenza di questo modello con la direttiva RED II, l'ingaggio non effettivo degli utenti nella CER e nel mercato energetico, oltre che la possibile limitata attenzione ai benefici sociali e ambientali per il territorio di riferimento, rischia di porlo in contrasto con lo spirito della regolamentazione euro-unitaria e nazionale. Sussiste la necessità che nel dialogo con i soggetti terzi si creino progetti di CER che prevedano una partecipazione effettiva de-

[109] F. Giuliano, *Comunità energetiche, quale ruolo per le utility?*, in *RivistaEnergia.it*, 2022, disponibile su *www.rivistaenergia.it/2022/12/comunita-energetiche-rinnovabili-quale-ruolo-per-le-utility/*

[110] Vd. le Regole Operative GSE, parte II, capitolo II, sezione II, 1.2.2.1.

gli utenti finali o comunque un legame con lo sviluppo del territorio in cui sorge la CER. Diversamente, la limitata coerenza con la direttiva RED II e con il d.lgs. 199/2021, quanto al ruolo della comunità e agli obiettivi economici, ambientali e sociali, del "modello pronto all'uso" di CER rischia di generare la diffusione indiscriminata di un modello potenzialmente illegittimo. Di fatto, questo modello di CER dovrebbe distribuire una parte dei contributi economici ricevuti dal GSE al soggetto terzo per permettergli di rientrare nell'investimento, con quindi poca o scarsa possibilità di reinvestimento in progetti di sviluppo a favore dei soci e della comunità territoriale[111].

Ora, è opportuno richiamare l'attenzione sul fatto che alcune imprese energetiche stanno elaborando modelli di *business* che non tengono conto della finalità di fondo per la quale le CER dovrebbero essere costituite. In piena e legittima coerenza con il proprio approccio da operatori di mercato le imprese energetiche hanno di mira la produzione di possibili profitti che potrebbero ricavare dalla creazione di un mercato delle CER. Ad esempio, oltre agli introiti derivanti dalla vendita dell'energia e all'accesso ad una parte degli incentivi erogati dal GSE alla CER, essi potrebbero ottenere altri ritorni economici attraverso l'uso dei *power purchase agreements* (PPA)[112]. In particolare, sfruttando l'uso del PPA *on site*, in cui l'impresa energetica realizza l'investimento e stipula un PPA con il *lender* (proprietario o locatario di un sito su cui si istalla l'impianto), il *lender* riceve il canone annuo dall'impresa energetica per il diritto di superfice e stabilizza i costi per l'energia necessaria per la propria attività oggetto del PPA. Il *lender* per il consumo dell'energia prodotta dall'impianto fotovoltaico paga un prezzo di convenienza stabilito dall'impresa energetica che è solitamente più basso rispetto ai prezzi di mercato dell'energia acquistata dalla rete, ottenendo così uno costo della bolletta pari al prezzo del PPA. Tali tariffe indicizzate hanno il vantaggio per il *lender* di maggiore prevedibilità e protezione contro le fluttuazioni

[111] Se in questo modello di CER non si trova un modo per valorizzarla, al posto di realizzare CER sarebbe sufficiente sfruttare gli schemi di autoconsumo fisico già esistenti, in cui un soggetto terzo fa un accordo con i soggetti interessati per lo sviluppo di impianti fotovoltaici per un autoconsumo fisico collegato magari ad un *power purchase agreement*. L'obiettivo della normativa europea sulle CER è invece quello proprio di introdurre un sistema di produzione energetica decentralizzato in cui i protagonisti sono i consumatori.

[112] Le principali tipologie di *power purchase agreements* sono PPA off-site, PPA on-site, PPA virtuale. Cfr. F. Vetrò, *Transizione energetica e sviluppo sostenibile: pubblico e privato alla prova della crisi energetica*, in M. Immordino, N. Gullo, C. Celone (a cura di), *Democrazia, diritti umani e sviluppo sostenibile: quali sfide in Italia e Brasile?*, Napoli 2024.

dei prezzi dell'energia. Nel meccanismo del PPA *on site* collegato alla CER, quindi, l'impianto produce energia che è utilizzata direttamente dal consumatore (*lender*) sul suo sito. L'energia in eccesso potrà essere venduta dall'impresa energetica proprietaria dell'impianto ed utilizzata per la condivisione di energia con una CER (con cui l'impresa energetica stipula con accordo per mettere l'impianto sotto la disponibilità e il controllo della comunità energetica). Gli incentivi vengono ripartiti tra l'impresa energetica, il *lender* (se membro, mentre, nel caso non fosse partecipante alla CER sarebbe necessaria la stipula di un accordo con la stessa) e la CER[113].

Si delinea quindi un modello economico che avvantaggia molto l'impresa energetica e poco la CER, se non per il fatto che l'impresa energetica si occupa dell'investimento e della gestione dell'impianto. Un'impresa energetica non dovrebbe utilizzare le CER per generare nuovi servizi e nuovi profitti[114]. I benefici prodotti dalla CER e gli incentivi ad essa riconosciuti dovrebbero essere impiegati nel rispetto della *ratio* legislativa e quindi redistribuiti sul territorio e tra i membri della comunità energetica.

Il vero ruolo dell'impresa energetica potrebbe coincidere anche con lo sviluppo delle CER, ma nell'ottica di cambiare il proprio rapporto con i clienti (quali membri della CER) per trasformarlo sempre di più in un rapporto partenariale[115]. La vendita di servizi energetici ha perso valore aggiunto a causa dei processi di liberalizzazione e conseguentemente di atteggiamenti commerciali a volte predatori che hanno fatto perdere la fiducia degli utenti nei confronti delle imprese energetiche. Attraverso attività di supporto alla nascita di CER le imprese energetiche potrebbe aiutare gli utenti a diventare *prosumers* e quindi consolidare o allargare la propria base di clientela, visti anche i risparmi e i benefici che una CER può comportare per gli utenti. Questo consentirebbe alle imprese energetiche di offrire alle comunità territoriali propri servizi con una credibilità maggiore. Si ristabilirebbe un rapporto di fiducia e dunque si aprirebbero nuove possibilità per ottenere nuovi benefici commerciali

[113] A. Aquili, *Comunità energetiche: l'evoluzione del quadro regolatorio europeo e italiano*, in *Diritto e Società*, 2022.

[114] G. Passarelli, G. Proietto, *Le Comunità Energetiche Rinnovabili tra modelli e strumenti di finanziamento: vantaggi, criticità e implicazioni sistematiche*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2023, 1, 139.

[115] C. Mari, *Le comunità energetiche: un nuovo modello di collaborazione pubblico-privato per la transizione ecologica*, in *Federalismi.it*, 2022, 111.

grazie all'acquisizione di nuovi clienti o alla conservazione degli esistenti con connessa espansione dei servizi offerti ai medesimi.

In altri termini, l'offerta del supporto a costituire o ad entrare in una CER (con la quale l'impresa energetica ha un rapporto di collaborazione o partenariato) diventerebbe un servizio accessorio o aggiuntivo offerto dall'impresa energetica. Il servizio offerto dall'impresa energetica avrebbe in questo modo un valore aggiunto per il cliente membro della CER il quale mantiene infatti la qualifica di cliente finale e la possibilità di attivare il contratto di fornitura con un proprio fornitore di sua libera scelta. Quest'ultimo in presenza di offerte nel settore da parte di altri fornitori difficilmente accetterebbe un'offerta di un altro operatore economico, perché l'impresa energetica aggiunge al rapporto di utenza, un rapporto partenariale con il cliente attraverso il supporto fornitogli ad entrare nel meccanismo della CER sulla quale l'imprese energetica investe al posto del cliente mediante realizzazione dell'impianto di produzione. Questo, quindi, potrebbe portare il consumatore ad istaurare un rapporto commerciale più duraturo. È dunque in questo aspetto partenariale che le imprese energetiche dovrebbero vedere il vero valore dello sviluppo di un mercato delle CER e non nella comunità energetica stessa. Se, poi, le imprese energetiche saranno in grado di considerare le particolarità locali e di fungere da facilitatori di soluzioni personalizzate, gli operatori energetici potranno usare la loro specifica competenza per contribuire alla creazione di un ecosistema produttivo e residenziale prospero e inclusivo[116].

Con il terzo modello i comuni grazie a risorse e finanziamenti propri o ad ulteriori finanziamenti pubblici europei o nazionali possono svolgere un ruolo fondamentale nella diffusione delle comunità energetiche nelle aree e quartieri più vulnerabili del Paese. È molto importante che si sviluppi questo modello di CER perché la transizione energetica per essere realmente giusta deve tenere conto anche delle variabili e dei divari territoriali[117]. Le politiche sulla transizione energetica non possono non tenere conto della particolare concentrazione in alcuni territori di comunità più vulnerabili dal punto di vista energetico e tecnico, ossia di comunità che presentano complessivamente il maggior numero di soggetti che hanno difficoltà a sostenere i costi energetici e che non possiedono compe-

[116] L. Di Cerbo, *Il "nomos" delle comunità energetiche: tra Stato, mercato e comune*, in *Giurisprudenza italiana*, 2023, 12, 2749.

[117] L. Ammannati, *Transizione energetica, "just transition" e finanza*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2022, 1s, 289.

tenze tecniche o risorse economiche per auto-finanziarsi. Diversamente si rischia di generare politiche pubbliche che avanzano forme di transizione ingiusta sia dal punto di vista sociale che dal punto di vista territoriale o nella migliore delle ipotesi una transizione a molteplici velocità[118]. In altri termini, senza un intervento pubblico correttivo a supporto di alcune comunità e territori più vulnerabili si rischia di trascurare proprio le comunità e i territori più sprovvisti di capacità tecniche e infrastrutturali. In questo modo si contribuisce ad aggravare i divari territoriali con un sistema di incentivi che inevitabilmente avvantaggerà le comunità meno vulnerabili e più equipaggiate tecnicamente che probabilmente hanno già le risorse per autofinanziare gli investimenti in FER e CER[119]. La CER a trazione pubblica è in linea con la direttiva RED II se mira a coinvolgere i consumatori e comunità vulnerabili attuando attraverso la CER una politica di contrasto alla povertà e giustizia energetica che in particolare adotti un punto di vista territoriale. In effetti, la previsione estraibile dal combinato disposto dell'art. 31, comma 1, lett. *d*) e lett. *b*) del D. Lgs. n. 199/2021 – che obbliga a garantire la partecipazione attiva di consumatori appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili che sono situati nel territorio degli stessi Comuni in cui sono ubicati gli impianti – è pensata per assicurare che queste categorie di soggetti particolarmente fragili abbiano effettivo accesso alla redistribuzione dei benefici sociali, ambientali ed economici auspicati dalla legislazione euro-unitaria.

La P.A. potrebbe decidere di entrare nella CER oppure limitarsi a consentire di collocare gli impianti su edifici pubblici (ad esempio, le scuole e i complessi di edilizia residenziale pubblica). In questo modo attraverso l'autoconsumo fisico potrebbe ridurre il prelievo dell'energia dalla rete e risparmiare in bolletta destinando i risparmi ai benefici sociali, ambientali ed economici per la collettività di riferimento. In questa configurazione gli immobili sfrutterebbero la produzione di energia rinnovabile prelevando meno energia dalla rete elettrica e la P.A. potrebbe

[118] V. Cappelli, *Le comunità energetiche quali strumenti di "energy justice" nel nuovo sistema di regolazione del mercato elettrico: limiti e prospettive*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2023, 2, 399; C. Iaione, E. De Nictolis, *Le comunità energetiche tra democrazia e comunanza di interessi*, in *Diritto e società*, 2022, 4, 611 ss; L.M. Pepe, *Il Diritto dell'energia fondato sui principi. La transizione ecologica come giustizia energetica*, in *AmbienteDiritto.it*, 2021, 4.

[119] V. Prudente, *Territori e comunità di energie rinnovabili. Quale ruolo per Regioni ed enti locali?*, in *Diritti regionali*, 2023, 1, 273; M. Interlandi, *Il ruolo degli enti locali per lo sviluppo del territorio, nell'era della "Ripresa" e della "Resilienza": verso nuovi assetti istituzionali?*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2021, 1, 139.

farsi garante della destinazione di una parte degli utili della CER alla realizzazione di progetti a favore della comunità locale.

La CER a trazione pubblica, dunque, si candida ad essere uno strumento particolarmente versato per la produzione di ricadute sociali e territoriali. L'amministrazione pubblica può, infatti, giocare un ruolo determinante nel monitoraggio sull'effettivo perseguimento degli obiettivi di carattere sociale e ambientale e può facilitare il coinvolgimento delle fasce sociali più deboli della cittadinanza nella realizzazione e nella gestione delle CER. Più in generale, tale modello appare idoneo a permettere una partecipazione ampia e aperta sin dalle fasi iniziali di una CER sfruttando il ruolo aggregativo e le risorse umane ed economiche che un ente pubblico può mettere a disposizione per sostenere l'avvio del costoso e complesso processo di costituzione di una CER[120].

Le pubbliche amministrazioni possono anche garantire lo svolgimento di attività di formazione e capacitazione dirette a colmare asimmetrie informative e tecniche che mettono informazioni e competenze particolarmente sofisticate a disposizione di cittadini interessati ad acquisire conoscenze fondamentali per la partecipazione e la gestione di una CER. Altro aspetto positivo del coinvolgimento di un ente pubblico nella CER è quello di poter garantire per le utenze domestiche. I cittadini sono rassicurati dal fatto che un ente pubblico sovraintende la gestione della CER.

La partecipazione pubblica locale e territoriale costituisce dunque un elemento di stabilizzazione della comunità energetica perché un soggetto pubblico può indirizzare e monitorare l'operato della CER. I soggetti che partecipano a questo modello possono essere, infatti, molto eterogenei tra loro (privati cittadini, PMI, enti pubblici locali e territoriali, enti del terzo settore, istituzioni scientifiche, ecc.). La presenza di un ente pubblico locale o territoriale permette di raccordare e mediare gli interessi diversi.

Inoltre, la partecipazione dell'ente pubblico locale o territoriale alla CER è anche rassicurante per gli operatori finanziari che investono o finanziano la CER: la presenza di un soggetto strutturato come l'ente locale e territoriale con un patrimonio proprio consolidato e stabile e con strumenti in grado di connettere costantemente la CER e le sue attività con il contesto territoriale e le sue possibilità di sviluppo consente di ridurre il rischio di fallimenti della CER e aumentare le garanzia di succes-

[120] A. Persico, *La partecipazione nelle comunità di energia rinnovabile*, in *federalismi.it*, 2024, 5, 144; Id. *Le comunità energetiche e il ruolo sussidiario delle pubbliche amministrazioni territoriali*, in *AmbienteDiritto.it*, 2022, 2, 4 ss.

so del finanziamento in ragione della maggiore robustezza patrimoniale e tecnica del partner pubblico.

Il protagonismo degli enti pubblici locali e territoriali è importante anche in funzione dello sviluppo territoriale di cui la CER può essere un acceleratore attraverso il coinvolgimento di utenti e abitanti[121]. Avere nella compagine della CER un soggetto pubblico territoriale che fa da istituzione-àncora e soggetto aggregatore nella CER sicuramente aiuta a consolidare la presenza e la credibilità della CER sul territorio e specularmente a garantire il reinvestimento degli utili nel miglioramento delle condizioni di vita e infrastrutturali del territorio in cui sorge[122]. Una CER a trazione pubblica permette di creare comunità energetiche con una base sociale ampia che abbiano dunque la possibilità di erogare servizi non solo di natura economica e finanziaria. Per questa via si realizza appieno la finalità in vista della quale l'istituto della CER è stato introdotto dalla normativa europea e nazionale, ossia quella di farne allo stesso tempo strumento di sviluppo di un sistema energetico più democratico e distribuito e strumento di sviluppo economico attento alle esigenze dei territori e delle comunità vulnerabili. Un'amministrazione locale che riesca a creare le condizioni per offrire ai cittadini energia a prezzi molto convenienti, ottenendo al contempo benefici sociali per il territorio, potrà sicuramente presentare questo risultato come un esempio di partenariato per lo sviluppo sostenibile e l'innovazione in grado di aggiornare i modelli di gestione e governo di servizi e infrastrutture pubbliche[123].

Riguardo poi ai rapporti tra l'ente pubblico e gli altri membri della CER, così come la composizione e il funzionamento degli organi, essi do-

[121] Cfr. A. Coiante, *Think Global Act Local. Le comunità energetiche rinnovabili e il principio di sussidiarietà (anche) sociale come perno della transizione energetica*, in *AmbienteDiritto.it*, 2024, 1; C. Micciché, *Comunità energetiche e tessuto urbano: nuove occasioni per un accesso solidale alle energie*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2023, 486 ss.; C. Iaione, E. De Nictolis, *Le comunità energetiche tra democrazia energetica e comunanza d'interessi*, in *Diritto e società*, 2022, 4, 589.

[122] S. Quadri, *La componente "inclusiva" dello sviluppo sostenibile nella nuova governance europea dell'energia: le comunità energetiche*, in *Diritto e Società*, 2022, 4, 675; L. Giani, G. Iacovone, A. Iacopino, *Commoning e territori: brevi spunti sulle potenzialità delle comunità energetiche*, in *Diritto e Società*, 2022, 4, 643.

[123] Cfr. C. Iaione, A. Coiante, *Il partenariato per l'innovazione sostenibile nel settore sanitario*, in *Riv. giur. edil.*, 2022, 6, 503-526; L. Cuocolo, *Il ruolo degli enti locali nella promozione e nella costituzione delle comunità energetiche*, in *Le comunità energetiche rinnovabili. Modelli, regole, profili applicativi*, a cura di G.F. Ferrari, Milano 2023, 45 ss.; C. Iaione, *Urban Sustainable Development and Innovation Partnerships*, in *Italian Journal of Public Law*, 2022, 2, 521.

vrebbero basarsi su una distribuzione democratica dei poteri all'interno della CER. Questo è essenziale per assicurare una gestione che consideri tutti i partecipanti, specialmente quando si tratta di prendere decisioni sulla distribuzione dei contributi economici ricevuti dalla CER[124]. La guida pubblica, inoltre, garantisce spesso la più ampia partecipazione ed animazione territoriale, poiché l'ente locale è garanzia di tutela degli interessi di tutti, del territorio, dei fabbisogni della comunità, e per tale ragione è spesso un elemento di fiducia per la cittadinanza, qualunque ruolo il comune decida di assumere nel percorso[125].

La partecipazione delle amministrazioni pubbliche nella CER andrebbe quindi favorita dal legislatore italiano attraverso semplificazioni normative e amministrative in modo da facilitare il processo di partecipazione di una P.A. alla CER in conformità dell'art. 22 della dir. 2018/2001/UE. In particolare, i comuni sono stati i promotori di alcune delle prime CER accreditate dal GSE costituite prevalentemente in forma di associazione o di cooperativa[126]. Tuttavia, attualmente a causa delle aporie legislative derivanti dal difetto di coordinamento tra la legislazione di settore sulle CER e il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica[127], si sta registrando una tendenza inversa.

Gli enti locali per timore incorrere in violazioni del Testo Unico si limitano nella migliore delle ipotesi ad abilitare con politiche pubbliche locali, come regolamenti sulla messa a disposizione di immobili o con altri meccanismi di sussidio economico, a favorire la creazione e il rafforzamento di CER autofinanziate. In altri casi, si limitano a sensibilizzare o informare i residenti del territorio comunale, senza però diventarne membri[128].

[124] R. Miccù, M. Bernardi, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in *federalismi.it*, 2022, n. 2, 605 ss.

[125] Ad esempio, come semplice promotore delle CER o in qualità di membro della stessa. *Autoconsumo individuale e comunità di energie rinnovabili – vademecum per i comuni, a cura di Anci con il supporto del GSE*, 2024.

[126] F. Cambiaso, *Comunità energetiche: il ruolo delle amministrazioni territoriali*, in F. Cambiaso (a cura di), *Comunità energetiche rinnovabili (CER), Strategie, Norme e Applicazioni*, Rimini, 2024, 150.

[127] Cfr. Corte dei Conti, Sez. Toscana, 30 marzo 2023, Deliberazione n. 77/2023/PASP. In dottrina vd. R. Piselli, *Comunità energetiche e modelli organizzativi*, in *Mercato concorrenza regole,* 2023, 1-2, 117; R. Rao, *Le comunità energetiche rinnovabili (CER): delle "officine" per il diritto commerciale?*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2024, 2, 726.

[128] Cfr. il "*Regolamento per la messa a disposizione di aree e impianti solari fotovoltaici*

5. *La Comunità di energia rinnovabile e solidale come strumento di giustizia e democrazia energetica*

Le comunità energetiche rappresentano un archetipo giuridico per politiche di sviluppo sostenibile e strumento di attuazione di processi di decentramento, localizzazione e democratizzazione della produzione energetica. Si è sostenuto in dottrina che esse siano strumento di applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale[129] e, dunque, trovino fondamento nell'art. 118 Cost, ultimo comma, secondo cui i cittadini singoli o associati possono svolgere attività di interesse generale[130].

Ma un fondamento costituzionale si può rinvenire anche nei riformati articoli 9 e 41 della Costituzione, che riconoscono la rilevanza costituzionale del principio dello sviluppo sostenibile e contemplano espressamente la tutela dell'ambiente come limite all'iniziativa economica privata[131].

Tuttavia, pare altrettanto fondato il richiamo all'articolo 2 della Costituzione, il quale richiede l'adempimento di doveri di solidarietà. Le CER, in qualità, anche di modelli economici trovano un riconoscimento nei principi di solidarietà economica elaborati dalla Costituzione e dunque nel combinato disposto degli art. 38, 43 e 45, da cui si può ricavare il principio della comunanza di interessi. Più attori appartenenti ad una medesima comunità, categoria, impresa decidono di auto-organizzarsi economicamente e solidaristicamente in vista del raggiungimento di un interesse comune. Questa pluralità di attori lavora in vista di un modello

di Roma Capitale a favore di comunità energetiche rinnovabili solidali", approvato con deliberazione n. 174 del 12 dicembre 2024, nonché il "*Regolamento sulla Democrazia e la Giustizia Urbana e Climatica a Reggio Emilia*", approvato con delibera di C.C. n. 141 del 12.09.2022, e modificato con delibera di C.C n. 48. del 18.3.2024. In argomento vd. F. Berni, L. De Franco, N. Levi, *Il City Science Office di Reggio Emilia: percorsi di ricerca e innovazione in campo energetico e sociale*, in *Diritto e Società*, 2022, n. 4, 874.

[129] A. Coiante, *Think global, act local. Le comunità energetiche rinnovabili e il principio di sussidiarietà (anche) sociale come perno della transizione energetica*, in *Rivista giuridica AmbienteDiritto.it*, 2024, n. 1.

[130] A. Chiappetta, *Comunità energetiche rinnovabili e costituzione: un nuovo modello di formazione sociale nel segno della sussidiarietà orizzontale*, in E. Salvatore (a cura di), in *Il Futuro delle comunità energetiche*, Milano 2023, 15-17; P. Novaro, *Le comunità energetiche nuova declinazione del paradigma sussidiario*, in *Nuove Autonomie*, 2022, 3, 1053; V. Pepe, *Le comunità energetiche come nuovi modelli giuridici di sviluppo sostenibile*, in *AmbienteDiritto.it*, 2022, n. 3, 16.

[131] R. Bifulco, *Ambiente e cambiamento climatico nella Costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, 2023, 3, 132; F. Bertelli, *Autonomia negoziale e iniziativa economica privata alla luce delle modifiche degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2023, 3, 499.

economico autosostenibile da un punto di vista economico[132]. La comunità energetica rinnovabile deve quindi essere vista, in linea con l'intuizione fondamentale che sta alla base della normativa euro-unitaria delle CER, come un prototipo di partenariato multiattoriale istituzionalizzato, ossia entificato in un soggetto giuridico (associazione, cooperativa, fondazione di partecipazione, società *benefit*) per l'innovazione e lo sviluppo sostenibile[133].

A livello europeo le CER sono state proposte come un modello economico innovativo diretto a valorizzare lo spirito imprenditoriale delle comunità e la loro volontà di cooperare per generare impatti e risultati di interesse generale[134]. Esse rappresentano un'applicazione esemplare dei meccanismi di governo di comunità studiati dal premio Nobel per l'Economia, Elinor Ostrom, in ambito rurale e con riferimento prevalente alle risorse naturali[135].

Difatti, nella direttiva RED II e nel d.lgs. 199 del 2021 si intravede proprio questo aspetto delle CER quali strumenti per finalità sociali tra cui contrastare il fenomeno della povertà energetica. Indizi su questa visione sono richiamati dall'oggetto sociale prevalente delle CER ossia fornire benefici ambientali, economici e sociali ai suoi membri, a livello di comunità e alle aree locali in cui opera e nell'apertura alla partecipazione alla CER da parte dei soggetti vulnerabili.

Altro indizio ai sensi del decreto CACER è la previsione che l'eventuale importo della tariffa premio eccedentario, rispetto a quello determinato in applicazione del valore soglia dell'energia oggetto di incentivazione deve essere destinato ai soli soci consumatori diversi dalle imprese o utilizzato per finalità sociali aventi ricadute sui territori ove

[132] Sul principio della comunanza di interessi vd. C. Iaione, *Casse previdenziali*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, 2017, 132. Sulla sua applicazione al tema delle CER vd. C. Iaione, E. De Nictolis, *Le comunità energetiche tra democrazia e comunanza di interessi*, in *Diritto e società*, 2022, 4, 611 ss.

[133] C. Iaione, E. De Nictolis, *Le comunità energetiche tra democrazia e comunanza di interessi*, in *Diritto e società*, 2022, 4, 611 ss.

[134] Si veda il considerando 26 della direttiva UE 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, nonché il considerando 58 della direttiva (UE) 2023/2413 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 ottobre 2023 che modifica la direttiva (UE) 2018/2001, il regolamento (UE) 2018/1999 e la direttiva n. 98/70/CE per quanto riguarda la promozione dell'energia da fonti rinnovabili e che abroga la direttiva (UE) 2015/652 del Consiglio.

[135] E. Ostrom, *Governare i beni collettivi*, Marsilio, 2009 (ristampa italiana di *Governing the commons: The evolution of institutions for collective action*, Cambridge-Massachussets 1990).

sono ubicati gli impianti. Le CER per essere un valido strumento in grado di realizzare le finalità previste devono quindi essere organizzate sapientemente.

Per costruire comunità energetiche che rispecchino appieno la finalità principale avuta di mira dal legislatore europeo, il modello delle comunità di energia rinnovabile e solidale (CERS) dovrebbe essere utilizzato più diffusamente, poiché è in grado di promuovere una maggiore giustizia ambientale e sociale[136].

Le CERS[137] rappresentano una tipologia speciale di comunità energetiche che possono essere sviluppate in qualsiasi contesto con l'obiettivo specifico di porre particolare attenzione ai benefici ambientali e sociali. Le CERS, infatti, si focalizzano sul supporto alle persone e ai territori più vulnerabili, come famiglie, imprese, scuole, periferie, piccoli comuni e aree rurali. L'idea alla base delle CERS è che la produzione, la condivisione e il consumo comunitario di energia da fonti rinnovabili possano favorire l'innovazione tecnologica e contrastare l'emergenza climatica, ma allo stesso tempo rappresentare una chiave per ridurre le disuguaglianze, combattere la povertà energetica e offrire opportunità di sviluppo attraverso interventi che promuovano l'azione collettiva, le realtà locali e la nascita di nuove figure professionali[138].

Il ruolo strategico riconosciuto alle CERS si rinviene anche nelle leggi regionali che dedicano disposizioni *ad hoc* alle medesime per introdurre e disciplinare specifici sostegni economici dedicati al loro sviluppo[139]. Alcune di esse hanno adottato misure promozionali e fortemente incentivanti per le CER proprio con una particolare vocazione sociale. Si veda

[136] Vd. *La CER di Napoli est*, in sito web *Pilastrobologna.it*, 2023, *www.pilastrobologna.it/2023/03/14/la-CER-di-napoli-est/*

[137] In Italia è nata una Rete delle Comunità Energetiche Rinnovabili e Solidali promossa da Legambiente su ispirazione di comunità energetiche come quella di Napoli Est. Si veda Legambiente, *La Rete e il Manifesto delle comunità energetiche rinnovabili e solidali*, disponibile su *www.comunirinnovabili.it/la-rete-delle-comunita-energetiche-rinnovabili-e-sostenibili/*

[138] M. Imparato, K. Eroe, T. Polci, M. Mancini, *Tutti i segreti per un'energia condivisa e solidale,* in *Legambiente.it*, 2022, 22 ss., disponibile su *www.comunirinnovabili.it/wp-content/uploads/2022/03/guida-comunita%CC%80-energetiche-WEB-1.pdf*

[139] A. Coiante, *Think global, act local. Le comunità energetiche rinnovabili e il principio di sussidiarietà (anche) sociale come perno della transizione energetica*, in *Rivista giuridica AmbienteDiritto.it*, 2024, n. 1, 1. P. Brambilla, *Le comunità energetiche e la sagacia di Pirandello*, in *AmbienteDiritto.it*, 2024, 1; F. Sanchini, *Le comunità energetiche rinnovabili tra fondamento costituzionale e riparto di competenze legislative Stato-Regioni. Riflessioni alla luce della sentenza n. 48 del 2023 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 2024, 8.

l'art. 4 della legge regionale Emilia Romagna n. 5 del 2022[140] che stabilisce un sostegno maggiore alle «comunità energetiche rinnovabili che agiscono collettivamente *a forte valenza sociale e territoriale* aventi almeno una delle seguenti caratteristiche: a) siano composti anche da soggetti economicamente svantaggiati, al fine di contrastare la povertà energetica; b) tra i membri siano presenti enti del Terzo settore, enti proprietari e di gestione di alloggi di edilizia residenziale pubblica o sociale; c) tra i cui membri, limitatamente alle comunità energetiche, siano presenti enti locali che hanno approvato piani o strategie integrate di adattamento e mitigazione dei cambiamenti climatici, o che abbiano messo a disposizione per realizzare gli impianti sui tetti degli edifici pubblici o aree pubbliche di cui all'art. 3 comma 5; d) siano situati in aree montane ed interne del territorio regionale, al fine di contrastarne l'abbandono e favorirne il ripopolamento; e) che realizzino progetti di inclusione e solidarietà sociale, anche attraverso la collaborazione con gli enti locali e con gli enti del Terzo settore»[141].

Allo stesso modo, anche l'art. 4 della legge regionale 28 novembre 2022, n. 42 della Toscana[142], supporta primariamente le CER degli enti locali e delle cooperative di comunità di cui all'articolo 11 *bis* della legge regionale 28 dicembre 2005, n. 73, nonché quelle che combattono la povertà energetica, oppure, i cui componenti sono soggetti economicamente svantaggiati, o enti del Terzo settore ed enti proprietari e di gestione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica o sociale.

Segue nella medesima visione la legge regionale 17 maggio 2022, n. 8 dell'Abruzzo[143] che prevede il sostegno finanziario per la costituzione e realizzazione impianti delle comunità energetiche che combattono la povertà energetica. Il Veneto ha adottato la legge regionale 5 luglio del 2022, n. 16, il cui art. 3 descrive le modalità con cui la Regione promuove e sostiene la diffusione delle CER, specificando che la Regione stanzia dei fondi in particolare per i comuni e i gestori pubblici di edi-

[140] F. Berni, L. De Franco, N. Levi, *Il City Science Office di Reggio Emilia: percorsi di ricerca e innovazione in campo energetico e sociale*, in *Diritto e Società*, 2022, n. 4, 874.

[141] Legge regionale 27 maggio 2022, n. 5, Promozione e sostegno delle comunità energetiche rinnovabili e degli autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente.

[142] Legge regionale 28 novembre 2022, n. 42, Promozione e sostegno delle comunità energetiche rinnovabili.

[143] Legge regionale 17 maggio 2022, n. 8, Interventi regionali di promozione dei gruppi di auto consumatori di energia rinnovabile e delle comunità energetiche rinnovabili e modifiche alla legge regionale 6/2022.

lizia residenziale pubblica per le attività correlate alla diffusione e alla realizzazione delle CER; nonché meccanismi di premialità destinati alle CER che contrastano la povertà energetica. Anche l'art. 9 della legge regionale n. 15 del 13 ottobre 2022 della Sardegna[144], stabilisce un quadro di sostegno per favorire la costituzione delle comunità energetiche rinnovabili, supportando le pubbliche amministrazioni ad avere una partecipazione diretta e sostenendo le CER attraverso finanziamenti di forme innovative di stoccaggio dell'energia come produzione di gas da fonte rinnovabile (*power to gas*), l'accumulo idraulico nel sottosuolo e attraverso contributi economici per lo sviluppo delle comunità energetiche, in particolare quelle che coinvolgono le famiglie a basso reddito o in condizione di povertà energetica. L'Umbria ha adottato la legge regionale 6 maggio 2024, n. 6[145]e tra le caratteristiche della legge si riscontra proprio all'art. 3 un particolare sostegno economico e finanziario previsto dalla Regione per le comunità energetiche nate per combattere la povertà energetica; per i progetti di riqualificazione territoriale a servizio di comunità energetiche rinnovabili situati in aree montane ed interne, individuate dalla Strategia Nazionale per le Aree Interne, del territorio regionale, per contrastarne l'abbandono e favorirne il ripopolamento; per i progetti di inclusione e solidarietà sociale, anche tramite la collaborazione con gli enti locali e con gli enti del terzo settore; e per le comunità energetiche rinnovabili, di enti locali che hanno adottato piani o strategie integrate di adattamento e mitigazione dei cambiamenti climatici o che pongono a disposizione aree pubbliche o tetti degli edifici pubblici per costruire gli impianti a servizio delle stesse comunità energetiche. La necessità che le CER siano viste come strumenti di sviluppo urbano territoriale trova poi una concretizzazione nella legge regionale del 19 novembre 2020, n. 25[146] della Calabria, attraverso la previsione della c.d. «Comunità circolare ai sensi dell'art. 5, secondo cui in attuazione della direttiva 2000/60/CE, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque, e della direttiva 2007/60/CE relativa alla valutazione e alla gestione dei rischi di alluvioni, la comunità energetica rinnovabile promuove e adotta contratti di fiume, di lago e di costa,

[144] Legge regionale 13 ottobre 2022, n. 15, Disposizioni in materia di energia e modifiche alla legge regionale n. 9 del 2006.

[145] Legge regionale 6 maggio 2024, n. 6, Promozione e sostegno delle comunità energetiche rinnovabili e dell'autoconsumo collettivo di energia rinnovabile.

[146] Legge regionale del 19 novembre 2020, n. 25, Promozione dell'istituzione delle Comunità energetiche da fonti rinnovabili.

quali strumenti volontari di programmazione, progettazione territoriale strategica negoziata e fattori di resilienza, per la valorizzazione degli elementi naturalistici, culturali, produttivi, e artistici dei territori e ai fini dello sviluppo sostenibile, della tutela degli *habitat* e per la realizzazione della economia circolare nella Regione».

Per quanto riguardo, invece, la Regione Lazio, pur in assenza di una legge regionale specifica sulle comunità energetiche, ha comunque posto le CER al centro degli interessi regionali. L'art. 74 della legge regionale 11 agosto 2021, n. 14[147], collegata alla legge di stabilità regionale 2021, ribadisce che la Regione sostiene a livello finanziario la costituzione delle comunità energetiche rinnovabili, nonché la progettazione, l'installazione degli impianti e dei sistemi di misura intelligente e di stoccaggio[148]. In particolare, tra i criteri per la concessione del sostegno finanziario vi è la «presenza di nuclei familiari a basso reddito o numerosi o con portatori di *handicap* o costituiti da coppie di età inferiore ai trentacinque anni», confermando l'importanza di sviluppo di comunità energetiche solidali. Nel Lazio a livello comunale è importante citare il "*Regolamento per la messa a disposizione di aree e impianti solari fotovoltaici di Roma Capitale a favore di comunità energetiche rinnovabili solidali*", che promuove una forma di partenariato tra le CERS costituite in forma di Ente del Terzo Settore e Roma Capitale attraverso una procedura di co-progettazione ai sensi del d.lgs. 117/2017 e del DM 72 del 31 marzo 2021. L'Amministrazione ha l'obbiettivo di mettere a disposizione le sue aree al fine di realizzare comunità energetiche rinnovabili e solidali che mettano a disposizione della comunità di riferimento i benefici derivanti dalla condivisione dell'energia per realizzare interventi di carattere ambientale, sociale ed economico, nonché realizzare progetti di contrasto alla povertà energetica o di utilità sociale per il territorio, attraverso la stipula di convenzioni o patti di collaborazione[149].

Da quanto detto si evince l'importanza di favorire lo sviluppo delle CERS e riconoscere che per costruire una CERS la "trazione comunale" può rappresentare un fattore decisivo. Il Comune con un approccio

[147] Disposizioni collegate alla legge di stabilità regionale 2021 e modifiche di leggi regionali n. 14, 11 agosto 2021.

[148] D. Patrucco, *Nel Lazio 100 comunità rinnovabili al 100% in 100 comuni: ma quando, come e dove?*, in *Quale Energia.it*, 2022, disponibile su *www.qualenergia.it/articoli/lazio-100-comunita-rinnovabili-100-percento-in-100-comuni-ma-quando-come-dove/*.

[149] Cfr. sul tema C. Iaione, *Partenariato e Finanza di Progetto di Comunità*, in *Rivista giuridica dell'edilizia,* 2024, 6.

abilitante può svolgere un'importante funzione di aggregazione e accompagnamento della comunità energetica per farne uno strumento di governance dei beni comuni urbani[150]. Inoltre, la scelta di un intervento comunale si giustifica in quanto la CERS ha il principale obiettivo di sviluppare la comunità e il territorio in cui la stessa sorge, attuando anche politiche per combattere la povertà economica di cui quella energetica è un risvolto costante. Anche il modello della CER autofinanziata potrebbe ispirarsi alla CERS.

Più difficile, ma non impossibile, sembra configurare una CER "guidata" da una ESCO o da grandi imprese energetiche a proporsi come una CERS. Questo implicherebbe un cambio del modello economico di queste CER che è centrato sull'incentivo economico e sulla massimizzazione dello strumento per trarne prevalentemente o esclusivamente benefici economico-finanziari. Si sono illustrati in questo studio i dubbi sul fatto che questo modello di CER rischia di tradire la *ratio* complessiva dell'istituto, con anche possibili rischi di impugnazione della regolamentazione e della normativa di implementazione sulle CER (in particolare del decreto CACER e conseguentemente del d.lgs. 199 del 2021) se abiliterà la diffusione massiccia di questo modello che presena un'ottica presumibilmente non in linea con la *ratio* europea della CER. Ad oggi, la normativa interna sembrerebbe legittimare questi modelli, ma la prassi sulle CER non è consolidata. Sussiste dunque il rischio di pronunce del giudice amministrativo o costituzionale che rilevino il contrasto della disciplina nazionale con l'impostazione costituzionalistica ed europea e l'illegittimità o incostituzionalità della normativa che abilita una larga diffusione di modelli di CER "guidati" da imprese del settore energetico. In altri termini, la comunità energetica non dovrebbe essere utilizzata come uno strumento per una nuova "corsa al bonus" che aggraverebbe le fragilità generate dalla stagione delle politiche pubbliche centrate su incentivi a pioggia[151]. Al contrario essa dovrebbe essere valorizzata come uno strumento di sperimentazione di nuove formule di governance che favoriscano una sinergia tra imprese responsabili e sostenibili, mondo della cooperazione e consumatori, in particolare quelli vulnerabili. In aggiunta, la CERS potrebbe essere una soluzione da esplorare anche da parte di chi propone il modello di CER guidata da attori economici in-

[150] S. Foster, C. Iaione, *Co-Cities: Innovative transitions toward just and self-sustaining communities*, MIT Press, 2022.

[151] P. Ascione, *La fragilità dell'architettura moderna e contemporanea tra emergenza ecobonus e problematiche di tutela*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2023, 2, 131.

teressati all'incentivo, come forma di mitigazione del rischio e misura di cautela in vista dell'assolvimento del requisito dell'"obiettivo principale" di un CER che è quello di produrre benefici ambientali, sociali ed economici per le comunità e i territori vulnerabili di riferimento[152].

In ultima istanza, a prescindere dalla tipologia di CER, il modello giuridico-economico e di governance della CERS potrebbe dare luogo alla nascita di veicoli giuridici come associazioni, fondazioni di partecipazione, cooperative, imprese sociali e società *benefit*, costruiti non tanto o non solo con l'intento di produrre un mero beneficio economico diretto (il mero risparmio dei costi energetici che si preannuncia peraltro minimo), ma anche con lo scopo di destinare (al netto dei costi sostenuti) sussidi e incentivi ricevuti dal GSE (tariffa premio e contributo di valorizzazione) e dalla vendita dell'energia (tramite Ritiro Dedicato GSE o dal libero mercato) ad iniziative di tutela dei membri e comunità vulnerabili trasformando così la CER in uno strumento di assolvimento del dovere di solidarietà politica, sociale ed economica di cui agli artt. 2, 38, 43 e 45 Cost.[153] e allo stesso tempo di inveramento dell"iniziativa civica nello svolgimento di attività di interesse generale di cui all'art. 118, ultimo comma, Cost.[154].

In conclusione, la giurisprudenza intervenuta sul tema non sembra sempre ancora essersi avveduta delle criticità che una implementazione non governata delle CER presenta. Il Consiglio di Stato si è occupato di recente di un caso in cui la creazione di una comunità energetica ha consentito l'installazione di un impianto di fonte rinnovabili in un'area che a giudizio dell'Ente Parco sarebbe stata sottoposta a vincolo paesaggistico ai sensi dell'art. 142 comma 1 lettera f) del d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42,

[152] A. Coiante, *Think Global Act Local. Le comunità energetiche rinnovabili e il principio di sussidiarietà (anche) sociale come perno della transizione energetica*, in *Ambiente-Diritto.it*, 2024, 1; C. Micciché, *Comunità energetiche e tessuto urbano: nuove occasioni per un accesso solidale alle energie*, in *Riv. Giur. Urb*., 2023, 486 ss.; C. Iaione, E. De Nictolis, *Le comunità energetiche tra democrazia energetica e comunanza d'interessi*, in *Diritto e società*, 2022, 4, 589; S. Quadri, *La componente "inclusiva" dello sviluppo sostenibile nella nuova governance europea dell'energia: le comunità energetiche*, in *Diritto e Società*, 2022, 4, 675; L. Giani, G. Iacovone, A. Iacopino, *Commoning e territori: brevi spunti sulle potenzialità delle comunità energetiche*, in *Diritto e Società*, 2022, 4, 643.

[153] A. Persico, *La partecipazione nelle comunità di energia rinnovabile*, cit., 144; C. Iaione, E. De Nictolis, *Le comunità energetiche tra democrazia energetica e comunanza d'interessi*, in *Diritto e società*, 2022, 4, 589.

[154] E. Cusa, *Le incentivate comunità energetiche rinnovabili e il loro atto costitutivo*, in *Studio n. 38/I*, Consiglio del Notariato, 2024, 9.

in quanto territorio di protezione esterna dei parchi[155]. Tuttavia, la Corte costituzionale sembra essersi pronunciata a favore della possibilità che le CER siano promosse e favorite dagli enti territoriali e locali nei casi in cui esse siano portatrici di una "forte valenza sociale e territoriale" e dunque con una configurazione coerente con il modello della CERS[156]. Dal canto suo, sappiamo che la Corte dei conti ha invece affrontato il tema della partecipazione degli enti locali e ha prevalentemente cercato di limitare la proliferazione indiscriminata delle CER a trazione pubblica per la ragione comprensibile e condivisibile di evitare aggiramenti della normativa sulle società pubbliche[157].

6. *Conclusioni*

Le comunità di energia rinnovabile rappresentano una delle strade più promettenti per muoversi verso una transizione energetica giusta che garantisca allo stesso tempo accesso a servizi energetici sostenibili a condizioni adeguate e abbordabili e redistribuzione degli ulteriori benefici prodotti da una produzione decentralizzata[158].

Le CERS come Common Light Ferla, prima comunità energetica rinnovabile e solidale costituita in Sicilia e nata nella cornice del regime transitorio previsto dall'art. 42 *bis* del d.l. 162/2019 dalla collaborazione tra il comune, l'Università di Catania e cittadini coinvolti attraverso un processo partecipativo, sono a loro volta lo strumento in grado di massimizzare la combinazione tra risparmi economici e sostenibilità sociale ed ecologica. La CER, costituita in forma di associazione ETS, è sorta grazie all'investimento del comune che installato l'impianto fotovoltaico su un

[155] Cons. St., Sez. IV, 7 ottobre 2024, n. 8038 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[156] Corte Cost., 23 marzo 2023, n. 48, in *Giur. Cost.*, 2023, 615 ss. con commento di M. Greco, *Le comunità energetiche rinnovabili nel sistema di riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni*. Cfr. anche F. Sanchini, *Le comunità energetiche rinnovabili tra fondamento costituzionale e riparto di competenze legislative Stato-Regioni. Riflessioni alla luce della sentenza n. 48 del 2023 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it,* 2024, 4.

[157] Cfr. in particolare Corte dei Conti, Sez. controllo Toscana, Delibera n. 77/2023/PASP 30 marzo 2023, par. 4.1.4.3.1; Corte dei Conti, Sez. controllo Veneto, Delibera n. 117/2024/PASP 23 febbraio 2024, par. 1.2; Corte dei Conti, Sez. controllo Friuli-Venezia Giulia, Delibera FVG 52/2023/PASP 23 maggio 2023, par. 6.4. M. Romeo, *Ancora in tema di Comunità energetiche rinnovabili: l'angolazione della Corte dei conti in una recente delibera*, in *Dir. giur. agr. alim. amb.*, 4, 2024, 4.

[158] C. Iaione, E. De Nictolis, *Le comunità energetiche tra democrazia e comunanza di interessi*, in *Diritto e società*, 2022, 4, 636.

edificio comunale e prevede di reinvestire il risparmio economico nella realizzazione di ulteriori impianti fotovoltaici e di sistemi di accumulo in modo da ampliare la partecipazione della comunità a più utenti possibili, nonché in altri progetti affini alla transizione ecologica[159]. Altro esempio di CERS è la Comunità Energetica Solidale del Municipio VIII di Roma, costituitasi il 14 settembre 2023. Il progetto parte dell'ideazione dell'associazione "*Scuola Liberi Tutti*" nel quartiere Garbatella di Roma, l'ente locale ha deciso di finanziare l'investimento di un impianto fotovoltaico, avvalendosi della *partnership* con l'Università di Roma Tre che ha messo a disposizione i propri tetti. La CER si estenderà su tre cabine primarie e si è stabilito che i ricavi saranno impiegati per un fondo destinato a finanziare progetti per l'intera cittadinanza e per le famiglie in condizioni di disagio economico. Inoltre, grazie alla piattaforma digitale "Roma Partecipa" di Roma Capitale, gli abitanti del quartiere stanno conoscendo il progetto e manifestando i loro interesse ad entrare nella CER[160].

Attraverso le CERS è quindi possibile rispondere alla domanda di ricerca sul comprendere come la comunità energetica possa effettivamente concretizzarsi in un vero strumento di giustizia climatica, economica, tecnologica e sociale, attuando la visione ideata dalla direttiva RED II.

Il modello delle CERS rappresenta lo strumento più fedele di implementazione dello spirito e della lettera della normativa europea. Infatti, in questo modello i soggetti vulnerabili (cittadini e imprese che hanno difficoltà a coprire i costi energetici) hanno il pieno controllo della CER e la CERS reinvestendo eventuali *surplus* economici in servizi/progetti sociali a tutela dei suoi membri e per lo sviluppo socioeconomico del territorio locale.

Tuttavia, le CERS per essere reale strumento di democrazia e giustizia energetica devono avere la proprietà condivisa dell'impianto e una struttura di *governance* democratica. Questo trova riscontro nei principi del diritto europeo e della Costituzione italiana. È, dunque, questa tipologia di CER che permette di rispettare appieno l'intento fondamentale della

[159] M. Imparato, K. Eroe, T. Polci, M. Mancini, *Tutti i segreti per un'energia condivisa e solidale*, in *Legambiente.it*, 2022, 22 ss, disponibile su *www.comunirinnovabili.it/wp-content/uploads/2022/03/guida-comunita%CC%80-energetiche-WEB-1.pdf*; F. Cambiaso, *Best practice e casi studio*, in *Comunità energetiche rinnovabili (CER), Strategie, Norme e Applicazioni*, a cura di Fabiana Cambiaso, in *Ambiente e Territorio*, 2024, 317.

[160] F. Cambiaso, *Best practice e casi studio*, in *Comunità energetiche rinnovabili (CER), Strategie, Norme e Applicazioni*, a cura di Fabiana Cambiaso, in *Ambiente e Territorio*, 2024, 329-330.

direttiva RED II di farne strumento di giustizia energetica, climatica, tecnologica e sociale.

In aggiunta, la CERS per proporsi come un modello di gestione cooperativa di comunità basato sulla produzione decentralizzata dell'energia per generare maggiore diversità economica e giustizia sociale nel mercato elettrico deve essere associato ad un modello di *business* e di governance che garantisce il reinvestimento di parte dei benefici economici all'interno della CER stessa e del suo territorio. A garanzia di ciò lo statuto di una CERS potrebbe prevedere l'inserimento di una clausola di reinvestimento che prevede l'obbligo di veicolare una parte del *surplus* della CER in investimenti per progetti a favore della CER o del territorio in cui sorge. La CER potrebbe, inoltre, istaurare forme di partenariato con le imprese energetiche, università e con il comune per realizzare progetti utili allo sviluppo del territorio basato su un approccio ispirato ai principi della cd. "co-città"[161]. Le comunità energetiche diventerebbero in questo modo partenariati policentrici che possono coinvolgere molteplici attori e *in primis* gruppi e soggetti vulnerabili, per la loro costituzione e gestione, con l'"obiettivo principale" di fare dell'energia un bene comune co-gestito in modo policentrico. Solo così le CER possono provare a dimostrare di rappresentare un modello di governo ispirato alla governance dei beni comuni costruire un'alternativa olistica e sostenibile all'attuale configurazione socio-economica che permea praticamente tutti gli aspetti dell'attività umana, vale a dire le relazioni di mercato che massimizzano il profitto[162].

[161] C. Iaione, *La collaborazione civica per l'amministrazione, la governance e l'economia dei beni comuni*, in G. Arena, C. Iaione (a cura di) *L'età della condivisione*, 2015, 35 ss.

[162] *Ibidem.*

ATTUALITÀ

La tutela della libertà di stampa nell'Unione europea: recenti passi avanti alla luce del caso Real Madrid Club de Fútbol *e della direttiva anti-SLAPP*[*]

Silvia Riccardelli

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il caso *Real Madrid Club de Fútbol*. – 2.1. *Segue*: la clausola dell'ordine pubblico. – 2.2. *Segue*: l'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. – 3. La normativa europea a tutela della libertà di stampa: la nuova direttiva anti-SLAPP. – 4. Conclusione.

1. Premessa. – Le istituzioni dell'Unione europea, anche e soprattutto negli anni più recenti, non hanno perso occasione per sottolineare l'essenzialità della libertà di stampa in una società democratica fondata sullo Stato di diritto[1]. Tale libertà, corollario fondamentale del diritto alla libertà di espressione e d'informazione garantito agli artt. 10 della CEDU[2] e 11 della Carta europea dei diritti fondamentali[3], risulta necessaria e funzionale al pieno godimento di un altro diritto: quello dei cittadini di ricevere informazioni di interesse pubblico[4]. L'esigenza di evidenziare il ruolo chiave della libertà in discussione all'interno delle nostre democrazie liberali deriva dai recenti episodi, anche in Europa, di

[*] La pubblicazione del presente contributo è stata anticipata sul sito *www.rivistadirittoesocieta.it* in data 13 dicembre 2024.

[1] Cfr. *ex multis*, le Conclusioni sulla protezione e la sicurezza dei giornalisti e degli altri professionisti dei media, Consiglio dell'Unione europea, 20 giugno 2022, in GUUE C 245, 5: *[l]a democrazia si basa sull'esercizio del diritto alla libertà di opinione e di espressione e della libertà di informazione, (…) che sono fondamentali per la professione giornalistica e devono andare di pari passo con un ambiente in grado di garantire protezione e sicurezza ai giornalisti e ai professionisti dei media.*

[2] Cfr. E. SCISO, *Libertà di informazione a mezzo stampa e pluralismo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in R. PISILLO MAZZESCHI, A. DEL VECCHIO, M. MANETTI, P. PUSTORINO (a cura di*), Il diritto al pluralismo dell'informazione i Europa e in Italia*, Roma 2013, 101 ss.

[3] Si ricordi che ai sensi dell'art. 52, par. 3, della Carta europea dei diritti fondamentali, il diritto garantito all'art. 11 della Carta e quello previsto dall'art. 10 CEDU hanno il medesimo significato e la stessa portata. Da ciò traiamo che l'art. 11 della Carta va interpretato alla luce dell'art. 10 CEDU e della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

[4] Cfr. la Presentazione dello Stato dell'Unione del 2021, in cui la Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen ha dichiarato che la libertà dei media «dà voce a tutte le altre libertà» e che devono essere tutelati i giornalisti che garantiscono la trasparenza e la trasmissione delle informazioni.

repressione nei confronti dei giornalisti[5]. Tra i casi più famigerati, di forte impatto mediatico è stato quello della giornalista maltese Daphne Caruana Galizia, coinvolta in plurimi procedimenti per diffamazione a causa della propria attività investigativa nei confronti della banca maltese Pilatus Bank, e infine assassinata nel 2017[6].

Innanzi a questo scenario, la Commissione europea è recentemente intervenuta in ragione dell'allarme sull'affievolimento della libertà e del pluralismo dei media tra gli Stati membri. Alcuni di questi interventi sono stati compiuti nel contesto di azioni volte all'attuazione e al rafforzamento dello Stato di diritto. Solo nel 2019, la Commissione ha constatato, con due distinte Comunicazioni[7], che i rischi sulla stabilità dello Stato di diritto hanno origine proprio dai tentativi di indebolimento dei media indipendenti, sui quali viene principalmente esercitata pressione. Alla luce di ciò, nel sistema di revisione ciclico sul monitoraggio dell'attuazione dello Stato di diritto negli Stati membri è stata introdotta un'apposita sezione dedicata alla libertà di stampa e al pluralismo dei media, dal momento che la suddetta libertà è da considerarsi parametro di attuazione effettiva della *Rule of law*[8]. Nella relazione del 2023, sulla scia di quelle degli anni precedenti[9], la Commissione ribadisce che «[l]e minacce alla sicurezza fisica, gli attacchi online, le campagne diffamatorie, le minacce legali e la censura compromettono la sicurezza dei giornalisti»[10]. In particolare, si evidenzia l'ampio ricorso alle *Strategic Lawsuits Against Public Participation* (SLAPPs), strumenti giudiziari implementati da numerosi Stati Membri per intimidire cittadini ed

[5] Cfr., ad esempio, F. Donson, *Libel Case and Public Debate – Some Reflections on whether Europe Should Be Concerned About SLAPPs*, in *Review of European Community & International Environmental Law*, 2010, n. 1, 83 ss.

[6] Si pensi ancora ai giornalisti slovacchi Ján Kuciak e Martina Kušnírová, assassinati nel 2018; al greco Giorgos Karaivaz e all'olandese Peter de Vries, giornalisti uccisi nel 2021. Per aggiornamenti sulle intimidazioni inferte nei confronti dei giornalisti, si rinvia al sito: *https://www.mappingmediafreedom.org*.

[7] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio per Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione, il contesto attuale e possibili nuove iniziative, COM (2019)163 *final*; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni per Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione, Piano d'azione, COM(2019)343 *final*.

[8] M. Castellaneta, *Le iniziative dell'Unione Europea per garantire la libertà di stampa: la Proposta di Direttiva contro le azioni bavaglio,* in R. Mastroianni, F. Ferraro (a cura di), *Libertà di informazione e diritto dell'Unione europea. Le nuove sfide e tutela della democrazia e del pluralismo*, Napoli 2023, 31-59.

[9] Cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Relazione sullo Stato di diritto 2022, COM (2022)500 *final*, in cui si sottolinea che i giornalisti sono continuamente esposti a minacce e ostacoli al loro lavoro, anche per mezzo di *legal threats*, tra cui azioni di diffamazione.

[10] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Relazione sullo Stato di diritto 2023, COM (2023)800 *final*, 23.

organizzazioni impegnati su questioni di interesse pubblico[11]. Tra questi, «[l]a diffamazione è uno dei motivi più frequenti addotti nelle SLAPP nei confronti dei giornalisti»[12], che mira solitamente «ad esercitare un effetto deterrente sulla libertà dei media e sulla libertà di espressione»[13].

L'analisi dei dati più recenti, inoltre, non demarca decisivi cambiamenti di *trend*: l'ultimo rapporto del *Media Pluralism Monitor*[14], pubblicato il 27 giugno 2024, pur registrando dei miglioramenti per la libertà di stampa in alcuni Paesi membri (tra cui Grecia, Estonia e Svezia), rivela delle crescenti criticità in altri Stati europei[15]. In particolare, l'indicatore "*Journalistic profession, standards and protection*", il quale valuta le condizioni necessarie affinché i giornalisti possano lavorare liberamente e senza timore, ha segnato un rischio maggiore agli anni precedenti in paesi come Austria, Lettonia, Cipro e Slovacchia[16]. In Slovacchia, ad esempio, l'aumento del rischio è dovuto a frequenti attacchi ai giornalisti da parte di molteplici attori, tra cui politici prominenti[17]. In Lettonia, d'altro lato, il rischio è aumentato a causa delle minacce online, dell'assente monitoraggio per le azioni SLAPP e dell'inserimento di *spyware* sui telefoni dei giornalisti[18].

Da tale contesto emerge che i giornalisti continuano ad operare in condizioni estremamente difficili: molti affrontano crescenti pressioni finanziarie e politiche, vengono sorvegliati, subiscono condanne detentive arbitrarie o sono vittime di violenza. Per far fronte ad uno scenario simile, le istituzioni europee, dall'apparato legislativo a quello giurisdizionale, hanno deciso di optare per soluzioni volte a rafforzare la libertà di stampa e, quindi, la democrazia degli Stati membri.

Se per le novità in ambito legislativo si rinvia al paragrafo 3 di questo contributo, ci si focalizza ora su un caso recentemente conclusosi innanzi alla Corte di giustizia, emblematico dell'impulso che l'Unione intende dare alla tutela della libertà di stampa.

[11] Per una descrizione del fenomeno e dei mezzi adoperati dal legislatore europeo per contrastarlo, si rinvia al par. 3 del presente articolo.

[12] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Relazione sullo Stato di diritto 2024, COM(2024) 800 *draft*, 32.

[13] *Ibidem*.

[14] L'Osservatorio del pluralismo dei media (*Media Pluralism Monitor*) rappresenta una fonte di informazioni importante per la relazione sullo Stato di diritto della Commissione. Si tratta di uno strumento scientifico olistico per documentare lo stato di salute dei quadri giuridici in cui operano i media, che analizza le minacce per il pluralismo e la libertà dei media negli Stati membri e in alcuni paesi candidati.

[15] Per il report completo sui risultati del *Media Pluralism Monitor* 2024, consultare il seguente link: *https://cadmus.eui.eu/handle/1814/77028*.

[16] Cfr. *Media Pluralism Monitor* 2024, *cit*., *Journalistic profession, standards and protection*, par. 3.3, 41 ss.

[17] Ivi, 43.

[18] *Ibidem*.

2. Il caso Real Madrid Club de Fútbol. – Il 7 dicembre 2006, il quotidiano *Le Monde* pubblica un articolo di un giornalista, dipendente dello stesso quotidiano francese, in cui afferma che le squadre di calcio Real Madrid e FC Barcelona hanno usufruito dei servizi del dottor X. Fuentes, già coinvolto in un caso di doping nel ciclismo. L'articolo, apparso in prima pagina e ripreso da diversi media, è accompagnato da una vignetta satirica che allude allo scandalo del doping e all'eventualità che quest'ultimo possa essere replicato nell'ambito calcistico, dopo quello ciclistico.

Il 23 dicembre 2006, *Le Monde* pubblica una lettera di smentita del Real Madrid; nonostante ciò, la società calcistica e un membro del suo staff medico avviano un'azione legale al fine di ottenere un risarcimento per danno all'onore contro *Le Monde* e il suo giornalista, autore dell'articolo in questione.

A seguito di tale azione, il Tribunale di primo grado di Madrid condanna i convenuti a pagare 300.000 EUR al Real Madrid e 30.000 EUR al membro dello staff medico, oltre a pubblicare la decisione sul quotidiano. Tale sentenza viene poi confermata in appello e dalla Corte suprema spagnola; quindi, il Tribunale di primo grado di Madrid ordina l'esecuzione della sentenza, imponendo a titolo di capitale, interessi e spese, il pagamento di 390.000 EUR al Real Madrid e di 33.000 EUR al membro dello staff medico.

Quattro anni dopo le ordinanze di esecuzione, il 15 febbraio 2018, il Tribunale di primo grado di Parigi emette due dichiarazioni di esecutività delle ordinanze spagnole, che però saranno annullate dalla Corte d'appello di Parigi il 15 settembre 2020. *La Cour d'appel de Paris*, infatti, ritiene le ordinanze contrarie all'*ordine pubblico internazionale francese*, considerando i risarcimenti sproporzionati e in contrasto con la libertà di espressione.

Infine, la Corte di cassazione francese, alla quale i ricorrenti si rivolgono dopo quest'ultima pronuncia, presenta diverse questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia dell'Unione europea (di qui in avanti "la Corte"), per chiarire se tali risarcimenti violino la libertà di espressione e se possano quindi giustificare un rifiuto di riconoscimento ed esecuzione (c.d. *exequatur*) delle sentenze spagnole.

Alla luce della situazione delineata, la Corte decide di esaminare congiuntamente tutte le questioni pregiudiziali presentate dalla *Cour de cassation*. L'oggetto del rinvio viene così sintetizzato: l'esame che il giudice francese deve effettuare, sulla base del regolamento Bruxelles I[19], riguardo un ricorso contro la decisione sull'esecutività di una sentenza emessa in un altro Stato membro. In sostanza, il giudice del rinvio chiede se l'art. 45, par. 1[20], del regolamento

[19] Il regolamento (CE) n. 44/2001 (2), noto anche sotto la denominazione di regolamento Bruxelles I, prevedeva le norme uniformi relative al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale emesse negli Stati membri. In base a tali norme, affinché una decisione emessa in uno Stato membro possa essere eseguita in un altro Stato membro, quest'ultimo deve accordarne l'*exequatur*.

[20] Ai sensi dell'art. 45, par. 1, del regolamento Bruxelles I, «[i]l giudice davanti al quale è stato

Bruxelles I, in combinato disposto con l'art. 34, par. 1[21] e l'art. 45, par. 2[22], del medesimo regolamento, nonché l'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di qui in avanti, "la Carta")[23], debbano essere interpretati nel senso che uno Stato membro può rifiutare o revocare la dichiarazione di esecutività di una decisione emessa in un altro Stato membro qualora tale decisione violi manifestamente la libertà di espressione garantita dall'art. 11 della Carta[24].

Per rispondere a questa domanda, la Corte procede per punti: dapprima sviscera la portata della clausola dell'ordine pubblico, contenuta all'art. 34, par. 1, del regolamento Bruxelles I; prosegue con l'analisi dell'art. 11 della Carta e dei criteri per valutare la violazione della libertà di espressione, in particolare della libertà di stampa; conclude, infine, con una lettura disposta dei primi due punti, la quale conduce alla giustificazione del rifiuto dell'*exequatur*.

In questa sede ci focalizzeremo principalmente sull'analisi dell'art. 11 della Carta e sulla tutela della libertà di stampa ivi contenuta. Prima, però, risulta necessario inquadrare il concetto di *ordine pubblico*, al fine di comprendere l'importanza assunta dall'art. sopraccitato nel caso di specie.

2.1. *Segue*: la clausola dell'ordine pubblico. – A parere della Corte, la clausola dell'ordine pubblico entra in gioco esclusivamente nella circostanza in cui l'eventuale esecuzione in uno Stato membro (c.d. Stato membro richiesto) di una sentenza emessa dal giudice di un altro Stato dell'Unione (c.d. Stato membro di origine) comporti «la *violazione manifesta* di una norma giuridica considerata essenziale nell'ordinamento giuridico dello Stato membro richiesto o di un diritto riconosciuto come fondamentale in tale ordinamento»[25].

Tale assunto, tuttavia, necessita di alcune precisazioni. *In primis*, va sottolineato che la giurisprudenza della Corte ha già avuto modo di chiarire che le disposizioni del regolamento Bruxelles I devono essere interpretate «alla luce dei diritti fondamentali che, secondo una costante giurisprudenza, formano parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza e che sono ormai iscritti nella Carta»[26]. Inoltre, nonostante possa sorgere qual-

proposto un ricorso ai sensi degli articoli 43 o 44 rigetta o revoca la dichiarazione di esecutività solo per uno dei motivi contemplati dagli articoli 34 e 35. Il giudice si pronuncia senza indugio».

[21] Secondo l'art. 34, par. 1, del regolamento in esame, le decisioni non sono riconosciute se «il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto».

[22] Ai sensi dell'art. 45, par. 2, del regolamento in esame, «[i]n nessun caso la decisione straniera può formare oggetto di un riesame del merito».

[23] Ai sensi dell'art. 11 della Carta: «[o]gni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera.

La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati».

[24] Corte di giustizia, 4 ottobre 2024, *Real Madrid Club de Fútbol c. Société Éditrice du Monde SA,* C-633/22, p.ti 25-28.

[25] Ivi, p.to 37.

[26] Corte di giustizia, 25 maggio 2016, *Rūdolfs Meroni c. Recoletos Limited*, C- 559/14, p.to 45.

che dubbio sulla possibilità di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale relativa a una disposizione della Carta[27], dal momento che la pretesa dei ricorrenti nel procedimento principale non sembrava avere il proprio fondamento materiale nel diritto dell'Unione[28], l'interpretazione del diritto dell'Unione applicato dal giudice dello Stato membro richiesto non può prescindere dalla necessità di garantire una protezione almeno equivalente a quella offerta dalla CEDU. A tal proposito, nelle Conclusioni relative al caso in esame, l'Avvocato generale Szpunar precisa che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo offrono una protezione complementare dei valori fondamentali nell'ambito civile e commerciale; tale complementarità è essenziale perché il diritto dell'Unione Europea non si applica a tutte le situazioni, contribuendo così a rafforzare la fiducia reciproca tra gli Stati membri[29]. Quest'ultima, a parere della Corte, assume un'importanza fondamentale, in quanto consente la creazione ed il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne[30].

Un'ulteriore precisazione, necessaria per comprendere la portata della clausola dell'ordine pubblico, è che questa è applicabile qualora il riconoscimento di una decisione violi *manifestamente* un principio essenziale dell'ordinamento dello Stato membro richiesto, il quale può derivare sia dal diritto nazionale che da quello europeo[31]. La Corte, a tal riguardo, ha previamente affermato l'esistenza di un nucleo comune di valori condivisi dagli Stati membri che definiscono l'identità dell'Unione[32]. Si può dunque sostenere, in considerazione della giurisprudenza della Corte, l'esistenza di un *ordine pubblico dell'Unione* integrato all'ordine pubblico nazionale. Infatti, sebbene la Corte non abbia mai espressamente adottato questa nozione, ha riconosciuto che le norme essenziali nell'ordinamento dell'Unione sono rilevanti anche a livello nazionale, giustificando il ricorso alla clausola dell'ordine pubblico[33].

Per concludere sul primo punto, la Corte ritiene che, solo nel caso in cui

[27] Oggi tali dubbi dovrebbero essere attenuati, grazie alla recente entrata in vigore della Direttiva (UE) 2024/1069 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 aprile 2024 sulla protezione delle persone attive nella partecipazione pubblica da domande manifestamente infondate o procedimenti giudiziari abusivi (c.d. "azioni legali strategiche tese a bloccare la partecipazione pubblica"). Questa direttiva, infatti, estende la protezione a tutte le cause transfrontaliere di natura civile, dilatando così l'applicabilità dell'articolo 11 della Carta in casi come quello di cui si sta trattando. Per un'analisi più approfondita della direttiva, si rinvia al par. 3 del presente contributo.

[28] Infatti, secondo quanto stabilito dall'art. 51, par. 1, della Carta, le disposizioni di quest'ultima «si applicano (…) agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione».

[29] Conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar, 8 febbraio 2024, *Real Madrid Club de Fútbol c. Société Éditrice du Monde SA,* C-633/22, p.ti 68-69.

[30] Corte di giustizia, *Real Madrid Club de Fútbol c. Société Éditrice du Monde SA*, *cit*., par. 42.

[31] Corte di giustizia, *Rūdolfs Meroni c. Recoletos Limited, cit.,* p.to 46,

[32] Corte di giustizia, 16 luglio 2015, *Diageo Brands BV c. Simiramida-04 EOOD,* C- 681/13, p.to 68.

[33] Corte di giustizia, *Real Madrid Club de Fútbol c. Société Éditrice du Monde SA*, *cit*., p.ti 39, 43.

l'esecuzione di una decisione nello Stato membro richiesto comporti una violazione evidente di un diritto fondamentale, sancito dalla Carta, il tribunale di tale Stato sarebbe tenuto a rifiutare l'esecuzione della decisione o, se necessario, a revocare la dichiarazione che ne conferma l'esecutività[34].

2.2. Segue*: l'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.* – Come precedentemente accennato, il giudice del rinvio fa espresso riferimento all'art. 11 della Carta. Nell'analisi di questo articolo, fondamentale per dedurre gli esiti della vicenda, la Corte effettua una premessa[35]: quando si tratta di giornalisti, editori e organi di stampa a seguito della pubblicazione di un articolo, la libertà di espressione e informazione è tutelata in modo specifico dall'art. 11, par. 2, della Carta, secondo cui la libertà dei media e il loro pluralismo devono essere rispettati[36]. Si deduce, dunque, che le questioni pregiudiziali in questione ineriscono più specificamente l'art. 11, par. 2, della Carta[37].

Alla luce di tale premessa, la Corte procede con alcune considerazioni sostanziali. La prima è che la libertà e il pluralismo dei media sono dei principi strettamente legati ad almeno due valori su cui si basa l'Unione all'art. 2 TUE: la democrazia e lo Stato di diritto[38]. Se riguardo il secondo è stato già detto abbastanza nel primo paragrafo, conviene ora trattare dell'interdipendenza tra il rispetto dell'art. 11 della Carta e la sussistenza di una società democratica. A corroborare la consistenza di questo legame è, *in primis,* la Corte di Strasburgo[39]. Quest'ultima, a partire dalla sentenza *Handyside*, definisce la libertà di espressione un elemento fondante lo Stato democratico e una condizione essenziale per l'esercizio e il godimento di altri diritti fondamentali[40]. Tale legame, peraltro, è efficace e sostanzialmente valido solo se lo Stato garantisce il pluralismo dei media, specialmente se volto a trasmettere informazioni e idee al pubblico[41].

Sul punto, la Corte EDU è seguita pedissequamente dalla Corte di giusti-

[34] Ivi, p.to 44.

[35] Cfr. Corte di giustizia, *Real Madrid Club de Fútbol c. Société Éditrice du Monde SA*, *cit*., p.to 46.

[36] V. anche Corte di giustizia, 3 febbraio 2021, *Fussl Modestraße Mayr GmbH c. SevenOne Media GmbH e a.,* C- 555/19, p.to 83.

[37] Conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar, *cit*., p.to 106.

[38] Cfr., *ex multis*, L.S. Rossi, *Il rapporto tra Trattato di Lisbona e Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in G. Bronzini et al. (eds.), *Le scommesse dell'Europa*, 2009, 73 ss.; R. Mastroianni, *Freedom and pluralism of the media: an European value waiting to be discovered,* in *Medialaws.eu*, 2022, 100 ss., disponibile al seguente link: *https://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2022/06/1-22-Mastroianni.pdf*.

[39] Cfr., P. Caretti, *Commento all'art 10 CEDU*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova 2001, 337 ss.

[40] Corte EDU, 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*, ric. n. 5493/72, p.to 49.

[41] Corte EDU, 24 novembre 1993, *Informationsverein Lentia e altri c. Austria,* serie A, ric. n. 2767/93, p.to 38; 7 giugno 2012, *Centro Europa 7 S.r.l. e Di Stefano c. Italia*, ric. n. 38433/09, p.to 129.

zia[42], la quale rende noto che la libertà di espressione «rappresenta un fondamento essenziale di una società democratica»[43]. Inoltre, dalla sentenza *Tele 2 Sverige*[44] la Corte inaugura una giurisprudenza, oggi sempre più consolidata, che vede l'art. 11 della Carta «uno dei fondamenti essenziali di una società democratica e pluralista, facente parte dei valori sui quali, a norma dell'articolo 2 TUE, l'Unione è fondata»[45], il quale, però, può essere limitato in rapporto alla sua funzione all'interno della società[46]. La stessa Corte, tuttavia, ha anche più volte ricordato che «la missione della stampa, in una società democratica e in uno Stato di diritto, giustifica che questa possa informare il pubblico senza restrizioni che non siano quelle strettamente necessarie»[47]. Ancora, se si guarda di nuovo alla giurisprudenza della Corte EDU[48], emerge che l'art. 10, par. 2, della CEDU lascia pochissimo spazio per restrizioni alla libertà di espressione, soprattutto quando si tratta di discorsi politici o questioni di interesse pubblico. La stampa, in particolare, sebbene abbia certi limiti da rispettare, legati particolarmente alla tutela della reputazione e dei diritti altrui, ha il dovere di informare il pubblico su questioni di interesse generale[49]; diversamente, non potrebbe svolgere la sua funzione essenziale di "*public watchdog*" della società[50]. Di conseguenza, quando si valuta se un'interferenza con la libertà di stampa sia proporzionata a un obiettivo legittimo, è fondamentale dare grande rilievo all'interesse della società democratica nel garantire e preservare questa libertà[51].

Sul concetto di proporzionalità dei limiti alla libertà in questione, la Corte procede poi con un'ulteriore considerazione: ogni decisione che preveda un risarcimento per danni alla reputazione deve garantire una proporzionalità adeguata tra l'importo assegnato e il danno subito[52]. Tale evidenza è essenziale, dal momento che qualsiasi restrizione indebita della libertà di espressione comporta il rischio di ostacolare o paralizzare, in futuro, la copertura mediatica di que-

[42] Cfr., R. Mastroianni, G. Strozzi, *Commento all'art. 11*, in S. Allegrezza, R. Mastroianni, F. Pappalardo, O. Pollicino, O. Razzolini (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano 2017, 217 ss.

[43] Corte di giustizia, 2 aprile 2009, C-421/07, *Damgaard*, p.to 26.

[44] Corte di giustizia, 21 dicembre 2016, cause riunite C-203/15, *Tele2 Sverige AB c. Post-och telestyrelsen* e C-698/15*, Secretary of State for the Home department c. Tom Watson e a.,* p.to 93.

[45] Corte di giustizia, 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net e a. c. Premier ministre e a*., C-511/18, C-512/18 e C-520/18, p.to 114; 30 aprile 2024, *La Quadrature du Net e a. c. Premier ministre e a*., C-470/21, p.to 68.

[46] Ivi, p.to 120.

[47] Corte di giustizia, 1 dicembre 2011, *Eva-Maria Painer contro Standard VerlagsGmbH e a.,* C-145/10, p.to 113; 29 luglio 2019, *Spiegel Online GmbH c. Volker Beck,* C-516/17, p.to 72.

[48] Corte di giustizia, *Real Madrid Club de Fútbol c. Société Éditrice du Monde SA*, *cit*., p.to 53.

[49] Ivi, p.to 55.

[50] *Ibidem*.

[51] Cfr., *ex multis*, Corte EDU, 23 settembre 1994, *Jersild c. Danimarca*, ric. n. 15890/89, p.to 31.

[52] Cfr. Corte di giustizia, *Real Madrid Club de Fútbol c. Société Éditrice du Monde SA*, *cit*., p.to 57.

stioni analoghe[53]. In particolare, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, occorre essere estremamente prudenti quando le misure o le sanzioni adottate sono tali da dissuadere la stampa dal partecipare alla discussione di questioni che presentano un legittimo interesse generale, generando un *effetto deterrente* sull'esercizio della libertà di stampa nei confronti di tali questioni[54]. A tal proposito, nonostante il concetto di *effetto deterrente* non sia definito esplicitamente dal giudice del rinvio, il significato sembra derivare dalla stessa giurisprudenza della Corte EDU. Quest' ultima, infatti, indica che una condanna al risarcimento dei danni per diffamazione può avere un effetto dissuasivo (c.d. *chilling effect*) sulla libertà di espressione, specialmente se l'importo del risarcimento è così elevato da mettere a rischio l'attività giornalistica e il dibattito pubblico[55]. Inoltre, sempre la Corte EDU ha avuto modo di specificare che un effetto dissuasivo può manifestarsi anche a seguito di condanne a somme relativamente modeste, ma che risultano considerevoli rispetto alle risorse economiche della persona condannata[56].

Alla luce della giurisprudenza descritta e delle contingenze del caso, la Corte di giustizia conclude che l'esecuzione di una sentenza che condanna una società editrice di un giornale e un suo giornalista al pagamento di danni morali per lesione della reputazione deve essere rifiutata se, tenendo conto di tutte le circostanze (comprese le risorse economiche dei condannati, la gravità della loro colpa e l'entità del danno accertata nelle decisioni principali[57]), viola chiaramente i diritti sanciti dall'art. 11 della Carta[58]. Tale violazione è considerata contraria all'ordine pubblico dello Stato richiesto e giustifica, per ciò, il rifiuto dell'esecuzione ai sensi dell'art. 34, par. 1, del regolamento n. 44/2001.

3. *La normativa europea a tutela della libertà di stampa: la nuova direttiva anti-SLAPP.* – L'esito del caso appena esaminato risulta di notevole importanza per il potenziamento della libertà di stampa, quale principio fondamentale dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea e caposaldo di una società fondata sui valori di cui all'art. 2 TUE[59]. Tuttavia, come accennato nella premessa iniziale, l'azione dell'Unione per la promozione della tutela della libertà di stampa non

[53] Ivi, p.to 60.

[54] Ivi, p.to 61.

[55] V., *ex multis*, Corte EDU, 14 febbraio 2023, *Halet c. Lussemburgo*, ric. n. 21184/18, p.to 205; 15 maggio 2023, *Sanchez c. Francia*, ric. n. 45581/15, p.to 205.

[56] Corte EDU, 15 febbraio 2005, *Steel e Morris c. Regno Unito*, ric. n. 68416/01, p.to 96.

[57] In concreto, il tribunale competente francese deve verificare se i danni attribuiti siano sproporzionati rispetto al danno alla reputazione e se tale sproporzione possa dissuadere la copertura mediatica di questioni simili, compromettendo la libertà di stampa. Cfr. Corte di giustizia, *Real Madrid Club de Fútbol c. Société Éditrice du Monde SA*, *cit*., p.to 69.

[58] Ivi, p.ti 66-68, 74.

[59] V. *supra* nota 38.

si limita all'attività giurisdizionale della Corte[60]. Si consideri, infatti, che quasi contestualmente alla pubblicazione delle conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar sul caso *Real Madrid Club de Fútbol*, il Parlamento europeo si riuniva a Strasburgo per approvare il testo della proposta di direttiva sulla protezione delle persone attive nella partecipazione pubblica da procedimenti giudiziari manifestamente infondati o abusivi[61]. La nuova direttiva, concordata con il Consiglio il 30 novembre 2023[62] e pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 16 aprile 2024[63], mira a garantire che cittadini (*in primis* giornalisti e attivisti) e organizzazioni impegnate su questioni di interesse pubblico siano protette contro le cause legali strategiche volte a bloccarne la partecipazione pubblica (note come *azioni bavaglio*, o *SLAPPs*, acronimo di *Strategic Lawsuits Against Public Participation*).

Tra le disposizioni della direttiva anti-SLAPP, le più significative risultano essere le seguenti: la possibilità per il tribunale di richiedere al ricorrente una cauzione per coprire le spese stimate del procedimento, inclusi i costi legali del convenuto e, se previsto dalla legge nazionale, i danni[64]; il rigetto anticipato della domanda se la causa è infondata[65]; la possibilità di addebitare al ricorrente le spese processuali, compresa la rappresentanza legale del convenuto[66]. Tali disposizioni mirano a prevenire l'avvio di azioni legali che, sebbene dichiarino di tutelare i diritti della personalità, sono in realtà promosse per ostacolare l'esercizio, da parte della persona convenuta, di attività fondamentali per la prosperità di uno Stato democratico[67]. La direttiva, infatti, non mira esclusivamente alla tutela dell'attività professionale dei giornalisti, bensì ha la ben più ampia vocazione di salvaguardare l'interesse pubblico delle questioni su cui i media informano[68]. A tal proposito, non è un caso che il primo articolo della direttiva, dedicato all'oggetto della normativa in esame, precisa che questa garantisce tutela a tutte le «persone fisiche o giuridiche» perseguite «in ragione della loro partecipazione

[60] Sulle recenti iniziative legislative dell'Unione, v. R. Mastroianni, C. Massa, *La nuova politica europea in tema di libertà di informazione e lo Stato di diritto*, in *Europa tra presente e futuro*, 2023, 143-154.

[61] Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 27 febbraio 2024 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla protezione delle persone attive nella partecipazione pubblica da procedimenti giudiziari manifestamente infondati o abusivi (c.d. "azioni legali strategiche tese a bloccare la partecipazione pubblica"), P9_TA(2024)0085.

[62] Accordo politico sul testo della direttiva, del 30 novembre 2023, 2022/0117(COD).

[63] Direttiva (UE) 2024/1069 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 aprile 2024 sulla protezione delle persone attive nella partecipazione pubblica da domande manifestamente infondate o procedimenti giudiziari abusivi (c.d. "azioni legali strategiche tese a bloccare la partecipazione pubblica").

[64] Ivi, capo II, art. 10.

[65] Ivi, capo III, art. 11 ss.

[66] *Ibidem*, capo IV, art. 14.

[67] V. E. Benvenuti, *Azioni strategiche tese a dissuadere la partecipazione pubblica e tutela delle libertà di espressione e informazione nel diritto internazionale privato dell'Unione europea,* in *Freedom, security & justice: european legal studies: 1, 2024*, 2024, 130-172.

[68] M. Castellaneta, *op. cit.*, 36 ss.

pubblica»[69]. Inoltre, si consideri che «[l]a durata dei procedimenti e la pressione finanziaria che ne deriva possono avere un effetto dissuasivo sulle persone fisiche e giuridiche attive nella partecipazione pubblica (…) con il conseguente impoverimento del dibattito pubblico a scapito della società nel suo complesso»[70]. L'obiettivo conclamato della direttiva è, dunque, quello di preservare il dibattito pubblico tramite la diffusione di opinioni e informazioni utili per la collettività e la democrazia[71].

D'altra parte, la direttiva fa parte di un ampio progetto della Commissione europea, chiamato *Piano d'azione per la democrazia europea* [72], tra le cui finalità principali vi è proprio la promozione della libertà (inclusa quella di stampa) e del pluralismo dei media[73]. Nell'ambito del consolidamento di questi principi, vale la pena far cenno ad un ulteriore prodotto del Piano d'azione della Commissione: l'*European media freedom act* (c.d. regolamento EMFA)[74]. Tale regolamento è costituito da un insieme di norme intese a proteggere, oltre la libertà e il pluralismo, l'indipendenza dei media nell'Unione. In particolare, ai sensi del par. 3 dell'art. 4, dedicato ai *Diritti dei fornitori di servizi di media*, «gli Stati membri provvedono affinché le fonti giornalistiche (…) siano efficacemente protette». A tal fine, i medesimi Stati devono astenersi da: obbligare i fornitori di servizi di media o il loro personale editoriale a divulgare informazioni sulle fonti giornalistiche[75]; fermare, sanzionare, intercettare, ispezionare o sorvegliare i fornitori di servizi di media o il loro personale editoriale, oppure perquisire e sequestrare i loro locali aziendali o privati, per ottenere informazioni sulle fonti

[69] Direttiva (UE) 2024/1069, *cit*., art. 1.

[70] Ivi, considerando n.16.

[71] M. Castellaneta, *op. cit*., 37.

[72] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Piano d'azione per la democrazia europea*, del 3 dicembre 2020, COM(2020) 790 *final*, 12-19;

[73] Gli altri due obiettivi principali del *Piano d'azione per la democrazia europea* sono la promozione della partecipazione democratica e la lotta alla disinformazione, concretizzatesi in altrettante proposte legislative; si tratta, rispettivamente, del Regolamento (UE) 2024/900 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 marzo 2024, relativo alla trasparenza e al *targeting* della pubblicità politica (testo rilevante ai fini del SEE) e del Codice rafforzato di buone pratiche sulla disinformazione (*The Strengthened Code of Practice on Disinformation 2022*), pubblicato il 16 giugno 2022 e consultabile online all'indirizzo: *https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/2022-strengthened-codepractice-disinformation*.

[74] Regolamento (UE) 2024/1083 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 aprile 2024 che istituisce un quadro comune per i servizi di media nell'ambito del mercato interno e che modifica la direttiva 2010/13/UE (regolamento europeo sulla libertà dei media) (Testo rilevante ai fini del SEE). Per una lettura critica del Regolamento, v. C. Massa, *L'European Media Freedom Act e il suo impatto sul Testo unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi,* in *Commentario al Testo unico dei servizi di media audiovisivi*, 2024, pp. 295-327; O. Pollicino, F. Paolucci, *Unveiling the Digital side of Journalism: Exploring the European Media Freedom Act's opportunities and challenges*, in *La Revue des Juristes de Sciences Po*, no 1, 2024, disponibile al seguente link: *https://ssrn.com/abstract=4760025*.

[75] Ivi, art. 4, par. 3, lett. a).

giornalistiche[76]; utilizzare software di sorveglianza intrusiva su dispositivi o strumenti digitali utilizzati dai fornitori di servizi media, il loro personale editoriale o chiunque abbia un rapporto professionale con loro, per ottenere informazioni sulle fonti giornalistiche[77].

4. Conclusione. – Innanzi al quadro sin qui delineato, risultano evidenti gli sforzi creativi, oltre che interpretativi, volti al consolidamento della libertà di stampa[78]; ciò avviene in un contesto, quello attuale, ove gli strumenti in grado di contrastare tale libertà diventano sempre più sofisticati.

Dunque, non resta che auspicare che la tutela della libertà in questione, insieme alla più generale salvaguardia delle nostre democrazie liberali, continuino ad essere una priorità delle istituzioni europee. A tal scopo, inoltre, è fondamentale che gli Stati membri promuovano e rispettino tale libertà, accogliendo con favore gli inequivocabili impulsi provenienti dall'Europa[79].

Solo attraverso un impegno congiunto e costante potrà essere garantito un ambiente mediatico libero e indipendente, essenziale per la resilienza di una società democratica e ben informata.

[76] Ivi, art. 4, par. 3, lett. b).

[77] Ivi, art. 4, par. 3, lett. c).

[78] Anche la Corte EDU collabora costantemente a questi sforzi. V., in particolare, Corte EDU, 15 marzo 2022, *OOO Memo c. Russia*, ric. n. 2840/10; in questa pronuncia viene accolto il ricorso di un giornalista contro un'azione SLAPP (riconosciuta espressamente come tale per la prima volta dalla Corte EDU) intrapresa con lo scopo illegittimo di inibire la libertà di stampa, ai sensi dell'art. 10 della CEDU.

[79] Oltre l'Unione europea, anche il Consiglio d'Europa (CoE) e l'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE) hanno espresso diversi segnali in questa direzione. Per quanto riguardo il CoE, si consideri la raccomandazione (2016)4 del Comitato dei ministri, *On the Protection of Journalism and Safety of Journalists and Other Media Actors*, del 13 aprile 2016, reperibile al link: *https://www.coe.int/en/web/cm/adopted-texts*; la risoluzione 2419 (2022) dell'Assemblea parlamentare, *The Role of the Media in Times of Crisis*, del 25 gennaio 2022; la risoluzione 2382 (2021) e la raccomandazione 2204 (2021), *Media Freedom, Public Trust and the Citizens' Right to Know*, del 22 giugno 2021; la risoluzione 2317 (2020) e la raccomandazione 2168 (2020), *Threats to Media Freedom and Journalists' Security in Europe*, del 28 gennaio 2020, disponibili al link: *https://pace.coe.int/*. L'OSCE, dal suo canto, ha adottato un rapporto speciale sulle SLAPPs contenente una guida volta agli Stati per l'adozione di normative a protezione dei giornalisti colpiti da assalti giudiziari (T. Van Den Brandt, *Legal Harassment and Abuse of the Judicial System against Media*, Vienna, 2021, reperibile al link: *https://osce.org*); il Consiglio OSCE, inoltre, ha già adottato, il 7 dicembre 2018, la decisione n. 3/18 sulla protezione dei giornalisti anche da attacchi giudiziari.

ABSTRACT

Elisa Bertolini, *I micro Stati: problematicità di una definizione e di una modellistica*

L'articolo discute le problematiche connesse alla definizione di micro Stato e alla proposta di un modello di micro statualità. Il problema definitorio è duplice: innanzitutto, il reale carattere statuale di un micro Stato e, secondariamente, come declinare la micro dimensione. Ormai pacifico il carattere statuale, l'articolo esamina criticamente le diverse definizioni proposte, basate su diverse variabili e soglie. Su questa base, è proposta l'adozione di due variabili, territoriale e demografica, con valori soglia di 1000 km^2 e 1 milione di abitanti rispettivamente. Pur conscia del carattere arbitrario della scelta, l'autrice mette in luce come nessuna variabile e soglia è scevra da arbitrarietà e inoltre la scelta segue la definizione offerta da molte organizzazioni internazionali. Infine, l'articolo discute la possibilità di individuare un modello costituzionale di micro statualità, basato su soluzioni costituzionali comuni che sono innanzitutto motivate dalla micro dimensione.

To Define a Micro Jurisdiction: Definitory Issues

The article discusses the definitory issues connected to micro jurisdictions, in terms of whether they meet the requirements to be considered a state and how to qualify the diminutive size. Indeed, when examining the legal literature, it emerges that legal scholars have not paid much attention to micro jurisdictions, opposite to economists and political scientists. Nevertheless, no consensual definition of micro jurisdictions exists. Concurrent definitions are proposed, based on different variables and thresholds. The article critically examines these definitions and then proposes adopting two quantitative variables, territorial and demographic size (1000 km^2 and 1 million inhabitants). Though recognising the arbitrariness of both variables and thresholds, the author considers that all variables are in the end arbitrary and that the choice follows the one offered by international organisations. Finally, the author goes beyond the mere definition, trying to assess the viability of a model of micro statehood, based on similar constitutional arrangements that are to be related to the diminutive size.

Stelio Mangiameli, *Verità e certezza nell'esperienza costituzionale*

Il saggio affronta la problematica che nasce nell'esperienza giuridica, nello specifico nel costituzionalismo, sulla verità e sulla certezza.

Il tema è trattato con riferimento specifico alle tesi di due Autori certamente distanti nel tempo, ma che hanno raggiunto una permanente centralità nella teoria dello Stato e nel pensiero costituzionale: Thomas Hobbes e Hans Kelsen. Il loro accostamento è alquanto simbolico: il primo nella versione latina del Leviatano scrisse la celebre frase *Auctoritas, non veritas facit legem*; e il secondo ha utilizzato a più riprese il brano del Vangelo dove Pilato pronuncia la frase *Quid es veritas?*. Le loro tesi, coerenti con l'estraneità della verità dall'esperienza giuridica, giungono a risultati fortemente problematici con la posizione dell'individuo, se questa si caratterizza – secondo i principi del costituzionalismo – per la libertà, i diritti e l'eguaglianza.

Truth and Certainty in the Constitutional Experience

The essay addresses the issue that arises in the legal experience, specifically constitutionalism, on truth and certainty.

The theme is treated with specific reference to the theses of two authors who are distant in time but have achieved a permanent centrality in the theory of the State and constitutional thought: Thomas Hobbes and Hans Kelsen. Their juxtaposition is quite symbolic: the first in the Latin version of Leviathan wrote the famous phrase "Auctoritas, non veritas facit legem", and the second repeatedly used the passage from the Gospel where Pilate pronounces the phrase "Quid es veritas?". Their theses, consistent with the extraneousness of truth from legal experience, reach highly problematic results with the individual's position if this is characterized – according to the principles of constitutionalism – by freedom, rights, and equality.

Francesco Rimoli, *Sulla dignità "in senso oggettivo" come argomento giuridico*

Il saggio esamina l'accezione "oggettiva" del concetto di dignità nella giurisprudenza costituzionale, rilevandone la sostanziale incompatibilità con il paradigma dello Stato democratico, liberale e pluralista.

Dignity "in the Objective Sense" as a Legal Argument

The essay examines the "objective" meaning of the concept of dignity in constitutional jurisprudence, highlighting its substantial incompatibility with the paradigm of the democratic, liberal and pluralistic State.

Guido Rivosecchi, *"Rileggere i Maestri": L. Paladin, voce "Presidente della Repubblica", in "Enciclopedia del diritto", vol. XXXV, Milano, Giuffrè, 1986*

Il presente contributo si propone di rileggere, a quasi quarant'anni di distanza dalla sua pubblicazione, la celebre voce enciclopedica di Livio Paladin dedicata al Presidente della Repubblica. In questa prospettiva – anche attraverso il richiamo di quelle opinioni dottrinali che, nel corso del tempo, hanno approfondito il saggio stesso, fornendone diverse letture –, ci si interroga sulla perdurante validità degli assunti ivi contenuti, soffermandosi tanto sugli elementi di attualità (si pensi, ad esempio, all'impianto metodologico induttivo o all'accento posto sulla irriducibile politicità dell'organo), quanto su quelli rispetto ai quali la prassi successiva ha imposto di pervenire a conclusioni, almeno in parte, difformi (è il caso, ad esempio, della rielezione). All'esito di tale disamina, viene tracciato – alla luce dell'insegnamento dell'Illustre Autore – qualche spunto conclusivo in merito all'attuale configurazione del ruolo del Capo dello Stato nel sistema costituzionale.

"Revisiting the Masters": L. Paladin, entry "President of the Republic", in "Enciclopedia del diritto" (Encyclopedia of Law), vol. XXXV, Milan, Giuffrè, 1986

The purpose of this paper is to re-examine Livio Paladin's renowned encyclopedic entry dedicated to the President of the Republic, almost forty years after its publication. From this perspective – and with reference to doctrinal opinions that have further explored the essay over time, offering different interpretations –, it examines the enduring validity of the assumptions contained therein. It focuses both on elements that remain relevant today (such as the inductive methodological approach or the emphasis on the irreducible political nature of the office) and on those aspects where subsequent practice has led to at least partially different conclusions (as in the case of re-election). At the end of this analysis, some final reflections will be offered on the current configuration of the role of the Head of State within the constitutional system, based on the teachings of the eminent Author.

Christian Iaione e Alberica Aquili, *Le comunità energetiche rinnovabili solidali per una transizione giusta e democratica*

Il contributo analizza il recepimento normativo e il funzionamento delle Comunità Energetiche Rinnovabili (CER) in Italia, esplorandone le implicazioni pratiche e normative. L'attenzione è rivolta ai diversi modelli di CER, caratterizzati da variazioni nella proprietà degli impianti, nella governance, nel coinvolgimento dei membri e nella gestione del surplus economico derivante dall'energia condivisa. L'analisi evidenzia come le Comunità energetiche rinnovabili e solidali (CERS) rappresentino la più corretta concretizzazione del modello delle CER

introdotto dal legislatore euro-unitario nel 2018 con l'art. 22 della Direttiva RED II. Esse rappresentano, infatti, l'unico modello di CER in grado di promuovere allo stesso tempo lotta alla povertà energetica, giustizia energetica e democrazia energetica, in questo modo contribuendo alla ad una transizione energetica giusta e democratica.

Social and Solidarity Renewable Energy Communities for a Just and Democratic Ecological Transition

The paper analyzes the regulatory transposition and operation of Renewable Energy Communities (RECs) in Italy, exploring their practical and regulatory implications. The focus is on different models of RECs, characterized by variations in plant ownership, governance, member involvement and management of the economic surplus resulting from shared energy. The analysis shows that the Renewable and Solidarity Energy Communities (ESRB) represent the most correct concretization of the CER model introduced by the Euro-unitary legislator in 2018 with art. 22 of the RED II Directive. They represent, in fact, the only model of ERC capable of promoting at the same time the fight against energy poverty, energy justice and energy democracy, thus contributing to a just and democratic energy transition.

Silvia Riccardelli, *La tutela della libertà di stampa nell'Unione europea: recenti passi avanti alla luce del caso Real Madrid Club de Fútbol e della direttiva anti-SLAPP*

Negli ultimi anni, le istituzioni dell'Unione europea hanno posto grande enfasi sulla libertà di stampa come pilastro fondamentale della democrazia e dello Stato di diritto. Garantita dall'articolo 10 della CEDU e dall'articolo 11 della Carta dei diritti fondamentali, essa è essenziale per il diritto dei cittadini a ricevere informazioni di interesse pubblico. Tuttavia, questo diritto è sempre più minacciato da attacchi fisici e legali contro i giornalisti. Per contrastare tali minacce, la Commissione europea ha proposto la direttiva anti-SLAPP, potenziando gli strumenti di tutela della libertà di stampa. Analogamente, la Corte di Giustizia ha adottato sforzi interpretativi mirati, come nel caso *Real Madrid Club de Fútbol*, per proteggere il pluralismo dei media. Questi e altri interventi riflettono il crescente impegno delle istituzioni europee nel garantire un ambiente mediatico libero e indipendente.

The Protection of Freedom of the Press in the European Union: Recent Progress in Light of the Real Madrid Club de Fútbol Case and the Anti-SLAPP Directive

In recent years, European Union institutions have placed significant emphasis on freedom of the press as a fundamental pillar of democracy and the Rule

of law. Protected by Article 10 of the ECHR and Article 11 of the Charter of Fundamental Rights, press freedom is essential for the right of citizens to receive information of public interest. However, this right is increasingly threatened by physical and legal attacks on journalists. In response to these threats, the European Commission has proposed the anti-SLAPP directive, strengthening the tools available to protect freedom of press. Similarly, the Court of Justice has undertaken targeted interpretative efforts, as seen in the *Real Madrid Club de Fútbol* case, to safeguard media pluralism. These and other interventions reflect the increasing commitment of European institutions to ensuring a free and independent media environment.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Elisa Bertolini, Professoressa associata di Diritto pubblico comparato, Università commerciale "L. Bocconi"

Stelio Mangiameli, Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi di Teramo

Francesco Rimoli, Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi Roma Tre

Guido Rivosecchi, Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi di Padova

Christian Iaione, Professore ordinario di Diritto amministrativo e pubblico, LUISS Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli

Alberica Aquili, Dottoressa di ricerca in *Law & Business*, LUISS Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli

Silvia Riccardelli, Dottoressa in Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II

La Rivista «Diritto e Società» – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansone e da Cedam.
«Diritto e Società» è dotata di un Codice etico e di un Regolamento, pubblicati sul sito web della Rivista all'indirizzo: www.rivistadirittoesocieta.it.

Estratto dal Regolamento della Rivista

ARTICOLO 2
(Tipologia dei contributi)

1. I contributi sono proposti per la pubblicazione dai componenti del Comitato di Direzione e del Comitato Scientifico. Il proponente ne accerta previamente la scientificità e la pertinenza con l'area tematica della Rivista.
2. «Diritto e Società» non accetta contributi già pubblicati su altre Riviste, anche telematiche. Gli Autori, sottoponendo il contributo a «Diritto e Società», si impegnano a non proporlo o pubblicarlo su altre Riviste, anche telematiche.
3. Possono essere proposti per la pubblicazione, sulla quale decide il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, contributi in corso di stampa in volumi collettanei.
4. I contributi inviati alla Rivista dall'Autore di sua iniziativa sono vagliati dal Direttore responsabile, il quale può anche sottoporli a uno o più componenti del Comitato di Direzione.
5. Tutti i contributi, tranne le *Recensioni*, sono sottoposti al procedimento di revisione di cui all'art. 3. Il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, può eccezionalmente decidere di non sottoporre a revisione un contributo; della circostanza è dato conto nella prima nota a pie' di pagina.

ARTICOLO 3
(Procedimento di revisione)

1. I contributi proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono sottoposti a un procedimento di revisione tra pari, almeno a singolo cieco (*single blind*).
2. Essi, dopo essere stati resi eventualmente anonimi, sono inviati dal Direttore responsabile a due *referee* scelti nell'ambito di un elenco, periodicamente aggiornato, di professori di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica. L'elenco dei valutatori impegnati nell'ultimo triennio è annualmente pubblicato assieme all'ultimo fascicolo della Rivista.
3. In casi eccezionali, il Direttore responsabile può individuare uno dei due *referee* anche tra i componenti del Comitato Scientifico.
4. Il *referee* valuta l'ampiezza e l'originalità della trattazione, la chiarezza dell'analisi critica, la familiarità con la letteratura, anche straniera, più rilevante sul tema, la correttezza dell'uso delle fonti e del metodo. A tal fine, a ciascun *referee* è inviata, assieme al contributo, una Scheda per la valutazione.

5. Il *referee* esprime la propria valutazione inviando la Scheda compilata all'indirizzo *e-mail* del Comitato di Direzione, entro il termine indicato dal Direttore responsabile.
6. Nel caso di dichiarata indisponibilità del *referee* o di mancato rispetto del termine per la revisione, il Direttore responsabile provvede a sostituire il *referee*.
7. Il *referee* può ritenere il contributo pubblicabile, non pubblicabile, pubblicabile con modifiche, pubblicabile con suggerimenti. Le modifiche o i suggerimenti sono inviati dal Direttore responsabile all'Autore, il quale resta libero di seguire o meno i suggerimenti.
8. Nel caso uno solo dei due *referee* ritenga il contributo non pubblicabile, la decisione sulla pubblicazione è presa dal Direttore responsabile, anche sentito uno o più componenti del Comitato di Direzione.
9. Il Direttore responsabile custodisce, in formato elettronico, copia di tutte le Schede di valutazione e delle *e-mail* con cui sono state ricevute.

Il Comitato di Direzione e il Comitato di Redazione hanno sede in Roma presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

e-mail del Comitato di Direzione: dirittoesocieta@gmail.com
e-mail del Comitato di Redazione: dirittoesocieta.red@gmail.com

Amministrazione
Editoriale Scientifica srl
80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. 081 5800459
www.editorialescientifica.it

Direttore responsabile
Maria Alessandra Sandulli

Abbonamenti
All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.
email: editoriale.abbonamenti@gmail.com
Abbonamento: Italia euro 120,00, estero euro 300,00

Registrazione
Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di gennaio 2025
da *Grafica Elettronica* – Napoli