

Giovanni Boggero

Il Bundesverfassungsgericht esige un sindacato pieno nei confronti degli atti della BCE

(doi: 10.1439/98180)

Quaderni costituzionali (ISSN 0392-6664)

Fascicolo 3, settembre 2020

Ente di afferenza:

Università di Torino (unito)

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

Note e commenti

Commenti

«Spaghetti, pollo, insalatina e una tazzina di caffè»... ai tempi del coronavirus (in margine a TAR Calabria, sent. n. 841/2020)

di *Carmela Salazar*

La sentenza n. 841/2020 del TAR della Calabria ha accolto il ricorso con cui il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato l'ordinanza n. 37/2020 della Presidente della stessa Regione, nella parte in cui autorizzava la ripresa delle attività di ristorazione nel territorio calabrese, consentendone l'esercizio non soltanto con le modalità dell'asporto e della consegna a domicilio del cibo – entrambe previste da un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri già in vigore – ma anche mediante il servizio al tavolo, purché all'aperto e con l'osservanza di alcune precauzioni di carattere igienico e sanitario. L'ordinanza è stata pertanto annullata *in parte qua*.

La vicenda offre molti spunti di riflessione, come del resto ogni altra che riguardi il *tourbillon* di atti statali, regionali e comunali adottati per contrastare la drammatica ed inedita emergenza connessa alla pandemia da coronavirus. Queste brevi note, tuttavia, si soffermeranno specificamente sul duplice ruolo giocato dal d.l. n. 19/2020, convertito dalla l. n. 35/2020, nella motivazione della decisione annotata, ove esso appare sia come parametro per la valutazione della legittimità dell'ordinanza calabrese, sia come oggetto delle questioni di costituzionalità prospettate da due Comuni intervenuti in giudizio e dichiarate manifestamente infondate dal Tribunale.

Si tratta della fonte che ha ridefinito in più punti il complesso ingranaggio costruito dal primo decreto legge successivo alla deliberazione con cui il 31 gennaio 2020 il Consiglio dei ministri ha dichiarato lo stato di emergenza, il n. 6/2020, convertito dalla l. n. 13/2020. In sintesi, questo ha affidato alla decretazione d'urgenza l'individuazione delle misure di contrasto al contagio – molte delle quali limitative di diritti fondamentali, a partire dalla libertà di circolazione – rimettendo l'attuazione delle stesse a decreti del Presidente del Consiglio (d.P.C.M.) e consentendo ai Presidenti di Regione e ai Sindaci il

ricorso alle ordinanze contingibili e urgenti, purché nelle more dell'adozione dei d.P.C.M. e in casi «di estrema necessità e urgenza». Tale sistema di gestione dell'emergenza, innovativo rispetto a quello previsto dal Codice di protezione civile, al suo debutto è apparso imperniato su norme connotate da un alto tasso di indeterminatezza, che consentivano la più ampia discrezionalità nella formulazione dei d.P.C.M., al riparo dal controllo del Capo dello Stato e da quello parlamentare. Da qui, per un verso, l'elusione del principio di legalità sostanziale e l'aggiramento delle riserve di legge in materia di restrizione dei diritti fondamentali; per l'altro, l'innesto di rilevanti fattori di incertezza nelle già tormentate dinamiche dei rapporti tra lo Stato e le autonomie locali.

Non è possibile, in questa sede, soffermarsi sull'intero quadro delle novità introdotte – con luci ed ombre – dal d.l. n. 19/2020, tra le quali spiccano la definizione dell'elenco tassativo delle misure adottabili, la fissazione per ciascuna di esse di un termine massimo di durata di trenta giorni (pur se rinnovabile) e l'obbligo del Presidente del Consiglio dei Ministri, o di un Ministro da lui delegato, di presentarsi ogni quindici giorni alle Camere per riferire sui provvedimenti assunti: obbligo a cui la legge di conversione ha aggiunto l'illustrazione preventiva alle Aule, da parte dei medesimi organi, del contenuto dei provvedimenti, «al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati» (la cosiddetta parlamentarizzazione dei d.P.C.M., che tuttavia potrebbe non aversi, «per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare»: art. 2, c. 1). Restando sui profili qui rilevanti, viene in luce l'art. 3, c. 1, che al fine di arginare la produzione incessante e caotica di ordinanze regionali, ne ha circoscritto il raggio d'azione alla introduzione di prescrizioni più restrittive di quelle statali già vigenti, nelle more dell'adozione dei d.P.C.M. e con efficacia limitata sino a tale momento, purché in relazione ad un aggravamento del rischio sanitario nelle singole Regioni e comunque «nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale». Questa norma, insieme al d.P.C.M. sulla ristorazione, campeggia tra i parametri del ricorso avverso l'ordinanza calabrese: l'esito del giudizio, pertanto, non stupisce. L'ordinanza, infatti, non si limitava – come sostenuto dalla difesa regionale – a porre statuizioni di mera specificazione delle prescrizioni statali, ma introduceva una fattispecie da queste non prevista. Non convincente è risultato anche l'ulteriore argomento difensivo, secondo cui l'ammissione del servizio al tavolo sarebbe stata giustificata dalla circostanza che gli accertamenti epidemiologici svolti in Calabria avrebbero segnalato un andamento regressivo del contagio. Il Tribunale rileva come l'istruttoria svolta dall'ente sul proprio territorio risultasse inadeguata a soddisfare il principio di precauzione, il cui rispetto appare ineludibile – afferma la sentenza – per presidiare «un ambito così delicato per la salute di ogni cittadino come è quello della prevenzione», specie dinanzi a una pandemia.

Può allora dirsi che il d.l. n. 19/2020 ha configurato per le Regioni il ruolo di sentinelle chiamate a rispondere immediatamente, sino all'intervento di un nuovo d.P.C.M., ad un allarme localizzato nel loro territorio ma in realtà minaccioso per tutto il Paese, secondo un'applicazione peculiare del principio di sussidiarietà. Per la verità, tale principio non viene evocato nello snodo della sentenza ora ripercorso, affacciandosi tuttavia prepoten-

temente nel passaggio in cui il TAR respinge le questioni di costituzionalità che, come si accennava, sono state proposte da due Comuni intervenuti in giudizio.

Dalla lettura della sentenza si evince che entrambi hanno motivato succintamente i propri dubbi: l'uno ha impugnato diverse norme del d.l. n. 19/2020, ritenendo che esse attribuissero al Presidente del Consiglio il potere di limitare i diritti fondamentali, che incidessero sulla potestà concorrente regionale in materia di tutela della salute e che configurassero un potere sostitutivo statale non previsto dalla Costituzione (da qui, l'ampio novero dei parametri evocati: 77, 13, 14, 15, 16, 17 e 41, 117, c. 3 e 120, c. 2, Cost.); l'altro ha ribadito tale ultima tesi, lamentando l'urto con gli artt. 117, c. 5, e 120, c. 2, Cost. e con i principi di sussidiarietà e di leale cooperazione.

Per contro, la dichiarazione di manifesta infondatezza delle questioni si fonda su una trama argomentativa molto ricca. Il TAR, infatti, riporta il d.l. n. 19/2020 all'esercizio della competenza esclusiva statale in materia di «profilassi internazionale» (art. 117, c. 2, lett. *g*, Cost.) e ne iscrive al tempo stesso la logica di fondo nell'orbita dei principi di sussidiarietà e di leale cooperazione, ribaltando la prospettiva sottesa alle due questioni. Si dipana, così, una ricostruzione che assume come perno l'art. 118, c. 1, Cost.: l'applicazione del principio di sussidiarietà giustifica, secondo il Tribunale, l'assegnazione al livello statale, quale livello amministrativo unitario, della attuazione mediante d.P.C.M. delle misure anti-coronavirus. Tale avocazione delle funzioni amministrative si completa in una chiamata in sussidiarietà, che attrae in capo allo Stato anche la competenza legislativa nelle materie di potestà concorrente relative alla «tutela della salute» e alla «protezione civile». In questa luce, il TAR esclude l'esercizio di un potere sostitutivo anomalo e, a catena, accerta l'inconsistenza anche delle altre censure formulate dai due Comuni. Il giudice calabrese nota, inoltre, come l'art. 2, d.l. n. 19/2020 richieda che il Presidente del Consiglio adotti i decreti sentiti (anche) i Presidenti delle Regioni interessate, qualora riguardino una o solo alcune tra esse, ovvero il Presidente della Conferenza Stato-Regioni, nel caso in cui coinvolgano l'intero territorio nazionale. Si tratta di una cooperazione debole, basata su un parere e non su un'intesa, come invece vorrebbero i canoni della chiamata in sussidiarietà tracciati dalla Consulta sin dalla nota sent. n. 303/2003, ma ciò non sminuisce l'importanza della norma. Essa, anzi, mostra come la necessità di decidere rapidamente per reagire all'emergenza possa bilanciarsi con l'esigenza di evitare il sacrificio integrale del principio di leale collaborazione, prevedendone la concretizzazione in una forma *soft*. Peraltro, per sua natura la leale collaborazione può realizzarsi anche al di fuori delle procedure formalizzate: proprio a tali moduli informali sembra riferirsi la sentenza, quando rileva come il mancato esercizio, da parte della Regione, «di qualsivoglia forma di intesa, consultazione o anche solo informazione nei confronti del Governo», lasci trasparire la violazione del dovere di leale collaborazione, «elemento sintomatico del vizio dell'eccesso di potere».

La motivazione sembra però infragilirsi nel punto in cui il Tribunale dà per scontata la natura di atto amministrativo generale privo di carattere normativo del d.P.C.M. sulla ristorazione, esprimendosi assertivamente su una questione che, come si sa, si trova al centro di un acceso dibattito. A tal proposito, nel giro di queste brevi riflessioni è appena possibile

suggerire che il TAR ha probabilmente inteso ribadire l'approdo cui è giunto il Consiglio di Stato (Sez. IV, sent. n. 5799/2011), secondo cui le «ordinanze *extra ordinem* non hanno carattere di fonti primarie dell'ordinamento giuridico, attesa la loro efficacia meramente derogatoria, e non innovativa, nell'ordinamento medesimo». Si tratta, peraltro, di una visione coerente con l'orientamento della Consulta sull'ammissibilità dei poteri di ordinanza *extra ordinem* delle autorità amministrative, se ed in quanto fondati su un'esplicita autorizzazione legislativa che indichi (almeno) il presupposto, la materia e le finalità dell'intervento, nel rispetto delle garanzie costituzionali e delle riserve assolute di legge, e sempre che i poteri siano adeguati alle dimensioni, territoriali e temporali, della situazione da fronteggiare (sent. n. 201/1987, ma v. anche, *ex multis*, sentt. n. 26/1961, 4/1977, 100/1987, 127/1995).

L'affermazione del TAR pare dunque muoversi entro queste coordinate, pur senza dichiararlo espressamente. Tuttavia, è inevitabile notare che, nella realtà, il ruolo dei d.P.C.M. posti in chiusura della filiera di produzione delle misure anti-coronavirus si è spinto sovente ben oltre i ristretti confini tracciati dalla ricostruzione ora richiamata. Risulta allora difficile superare le perplessità destinate dal ricorso a tali atti in luogo dei regolamenti di esecuzione o di attuazione, restando peraltro da vedere se la procedura di parlamentarizzazione cui si è accennato potrà contrastare efficacemente il pericolo di ulteriori deviazioni dal quadro costituzionale.

CARMELA SALAZAR è professoressa di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi «Mediterranea» di Reggio Calabria.

I limiti al culto pubblico durante la pandemia

di Michele Massa

Tra i molti elementi del c.d. *lockdown*, dovuto alla pandemia Covid-19, c'è stata la sospensione – decretata dai ben noti d.P.C.M. – delle riunioni e cerimonie di carattere religioso con la presenza di pubblico, salva la possibilità di accedere ai luoghi di culto individualmente. Tutte le comunità religiose ne sono state coinvolte. L'atteggiamento di quella cattolica si è caratterizzato (cfr. M.L. Lo Giacco, *In Italia è in quarantena anche la libertà di culto*, in *DIRESON Papers*, 12 marzo 2000), da un lato, per la radicalità nel sospendere tutte le liturgie con la presenza fisica dei fedeli, comprese quelle della Settimana Santa; dall'altro, per le manifestazioni di sofferenza dovute a questa situazione, culminate nella nota del 26 aprile (*DPCM, la posizione della CEI*, nel sito istituzionale di quest'ultima) con cui, alla vigilia della c.d. Fase 2 (d.P.C.M. 26 aprile), la Conferenza Episcopale Italiana (CEI) lamentava come le «settimane di negoziato» con il Governo non avessero ancora consentito di definire i protocolli con cui «affrontare una fase transitoria nel pieno rispetto di tutte le norme sanitarie».

Qui interessano esclusivamente i problemi di diritto costituzionale sostanziale posti dalle misure adottate (a prescindere dai problemi di interpretazione e applicazione, solo

in parte affrontati da una nota ministeriale del 27 marzo). Le misure sono state, e sono, temporanee, e hanno cambiato portata più volte: inizialmente circoscritte ad alcune aree; ben presto estese a tutto il territorio nazionale; ridotte in parte con il d.P.C.M. 26 aprile (limitatamente ai funerali, purché con i soli congiunti e con un massimo di quindici persone), fino alla riapertura vera e propria (d.P.C.M. 17 maggio), subito dopo la definizione dei protocolli con le comunità religiose (avvenuta il 7 e il 15 maggio), in anticipata esecuzione di quanto sarebbe stato poi disposto in sede di conversione (con legge n. 35) del d.l. n. 19 (cfr. ora art. 1, comma 1, lettera *h-bis*).

Limitazioni simili sono state adottate in molti altri Paesi e talora hanno dato adito a un contenzioso rapido ma non privo di interesse. Negli Stati Uniti, la Corte Suprema (*South Bay United Pentecostal Church, et al., v. Gavin Newsom, et al.*, 29 maggio) ha respinto le iniziative giudiziarie contro le norme californiane che limitavano la presenza del pubblico al 25% della capacità di ciascun luogo di culto, o a un massimo di 100 persone. Data la tipologia di decisione, essa avrebbe anche potuto non essere motivata. Invece lo è, a firma del *Chief Justice* Roberts, con due argomenti: *i*) limitazioni simili, o più severe, erano state imposte ad attività secolari comparabili; *ii*) la scelta di imporle appartiene a una materia dinamica, altamente fattuale, ragionevolmente opinabile e, pertanto, a maggior ragione in una situazione di incertezza scientifica, oggetto di ampia discrezionalità politica. La decisione è stata assunta con una maggioranza di cinque contro quattro. I giudici in minoranza rappresentano l'ala più conservatrice della Corte e tre di loro (Thomas, Gorsuch, Kavanaugh) hanno pubblicato un'opinione dissenziente (forse la vera ragione che ha indotto la maggioranza a una motivazione espressa) incentrata sul primo profilo (il limite di capienza è stato imposto solo ai luoghi di culto).

Il tema della disparità di trattamento è stato decisivo anche in Francia. Lì, il Consiglio di Stato (ordinanza 18 maggio, sui ricorsi n. 440366 e segg., *M.W. e altri*) si è pronunciato sul divieto di assembramenti e riunioni nei luoghi di culto, eccetto i funerali (per questi ultimi, con un massimo di 20 persone: divieto imposto da un decreto del Primo ministro, a propria volta basato su disposizioni legislative la cui incostituzionalità è stata esclusa dal *Conseil constitutionnel*, decisione 11 maggio, n. 2020-80 DC). Il divieto è stato giudicato sproporzionato, principalmente sulla base di due argomenti: *i*) per altre attività, connotate da rischi differenti ma dipendenti dai medesimi fattori, erano stati previsti regimi meno severi e, in generale, erano consentiti assembramenti con meno di dieci persone nei luoghi pubblici; *ii*) a quanto risultava dall'istruttoria, la motivazione del divieto consisteva nella pura e semplice necessità di interdire le attività a rischio, ma non nella difficoltà di elaborare appositi protocolli di sicurezza, o nel rischio che il rispetto di questi potesse non essere adeguatamente assicurato dai responsabili delle cerimonie e dai controlli pubblici. Il Consiglio di Stato ha concesso al Primo ministro un termine di otto giorni per accordarsi con i rappresentanti dei culti e modificare il decreto illegittimo.

In Italia, la stampa ha dato notizia di occasionali violazioni o contestazioni, ma, per ora e per quanto noto, il contenzioso è stato modestissimo e ha prodotto solo decreti cautelari monocratici con motivazioni speditive (TAR Roma, sez. I, 29 aprile, n. 3453; TAR Venezia, sez. II, 21 aprile, n. 205). Più ampio è stato il dibattito fra gli specialisti di diritto

ecclesiastico (anche in chiave comparata e sovranazionale: si vedano le numerose pubblicazioni in siti come *olir.it*, *dirisom.net*, *statoechiese.it*, ma anche P. Consorti, *La libertà religiosa travolta dall'emergenza*, nel *Forum di questa Rivista*, 2, 2020). Al centro della discussione stanno le logiche generali della proporzionalità e della comparazione con il trattamento attribuito ad altre attività a rischio, insieme ad alcuni dati normativi specifici dell'ordinamento italiano. A tale proposito, sono stati invocati: *i*) l'art. 19 Cost., che garantisce la libertà di culto, anche collettivo e pubblico, con il solo limite del buon costume; *ii*) i principi fondamentali sanciti agli artt. 7 e 8 Cost. quanto ai rapporti tra lo Stato, da un lato, e, dall'altro, la Chiesa cattolica e le altre confessioni; *iii*) l'Accordo di revisione del Concordato (1984), laddove (art. 2) garantisce alla Chiesa cattolica la «piena libertà» di svolgere la propria missione – ivi compresa, in particolare, «la libertà di organizzazione [e] di pubblico esercizio del culto» – e «ai cattolici e alle loro associazioni e organizzazioni la piena libertà di riunione»; *iv*) lo stesso accordo, laddove (art. 14), in caso di difficoltà interpretative o applicative, prevede che la Santa Sede e la Repubblica italiana affidino «la ricerca di un'amichevole soluzione ad una Commissione paritetica da loro nominata».

Il tema è indubbiamente delicato: sia per la speciale protezione costituzionale della libertà di culto; sia per le situazioni talora laceranti dei mesi passati. Nondimeno, l'impressione generale è che le comunità religiose abbiano agito correttamente nel conformarsi ad esse, sia pure negoziando e talora premendo per adattare al mutare del contesto; e che tali limitazioni, per quanto opinabili, superino il vaglio di legittimità, anche tenuto conto del punto di arrivo della vicenda.

Dalla recente giurisprudenza costituzionale in materia di luoghi di culto, basterà citare un passaggio della sentenza n. 63 del 2016: «[t]ra gli interessi costituzionali da tenere in adeguata considerazione nel modulare la tutela della libertà di culto – nel rigoroso rispetto dei canoni di stretta proporzionalità, per le ragioni spiegate sopra – sono senz'altro da annoverare quelli relativi alla sicurezza, all'ordine pubblico e alla pacifica convivenza». Il riferimento all'ordine pubblico e alla sicurezza è stato criticato, per la vaghezza di tali nozioni, «potenzialmente pericolose quando si parla di libertà» (così M. Croce, *L'edilizia di culto tra libertà religiosa, limitazioni ragionevoli e competenze normative*, in questa *Rivista* 2016, p. 368). Tuttavia, pericoli del genere non sussistono, quando i concetti sono agganciati a situazioni concrete di pericolo per l'integrità fisica. In questi casi, l'esercizio del culto non viene in rilievo nella sua dimensione di professione di un credo, da misurare solo nelle sue manifestazioni esteriori e solo alla stregua del «buon costume» (a prescindere dall'esatto significato di tale limite). Viene in rilievo puramente e semplicemente come riunione di persone, suscettibile di limitazione in quanto metta in pericolo l'incolumità dei partecipanti, di terzi o del pubblico. Come accadrebbe qualora fosse ordinato lo sgombero di un edificio di culto pericolante. Come è accaduto con i provvedimenti adottati a fronte di un rischio, purtroppo, molto più subdolo e capillare.

Restano i canoni, tra loro connessi, della «stretta proporzionalità» e della non discriminazione. Quanto al primo profilo, l'impressione – che qui può essere solo enunciata e non argomentata – è che il sindacato dovrebbe essere particolarmente cauto, tenuto conto anche delle condizioni di urgenza e di incertezza; dei legittimi obiettivi della dissuasione

generale e della facilità nell'applicazione e nel controllo, anche da parte dell'autorità amministrativa, soprattutto nelle fasi acute della crisi; del carattere comunque temporaneo delle misure, soggette peraltro a frequenti revisioni, oltre che a contatti e confronti con le comunità religiose. Quanto alla parità di trattamento, qui ci si limita a osservare che, fin tanto che è rimasto in vigore il divieto di cerimonie pubbliche, sono state parimenti vietate le riunioni di ogni tipo, anche se connesse all'esercizio di diritti costituzionali (ad es. quello all'istruzione); né implica necessariamente riunioni, tantomeno pubbliche, l'accesso alle limitate attività industriali e commerciali che non erano state sospese. Non appena il *lockdown* è stato allentato, lo è stato anche la sospensione delle cerimonie (4 maggio, data di efficacia del d.P.C.M. 26 aprile). Essa è poi venuta meno tredici giorni dopo, quando è stato completato il negoziato sui protocolli. Negoziato – si badi – avvenuto al di fuori della procedura di cui all'art. 14 dell'Accordo di revisione del Concordato, evidentemente non ritenuto dalle parti giuridicamente indispensabile nel caso. In questo modo, è stata garantita a tutti la possibilità di esercitare il culto in condizioni adeguate di sicurezza epidemiologica (e per la verità – aspetto non marginale – anche giuridica). Prima che in Francia, nonostante la situazione complessivamente più difficile. E senza bisogno di sentenze.

MICHELE MASSA è professore di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università Cattolica del S. Cuore, Milano.

Preferenza di genere e sostituzione legislativa della regione Puglia: quando il fine potrebbe già avere il mezzo

di *Lara Trucco*

Il recente intervento sostitutivo da parte del Governo (*ex art. 120, comma 2, Cost.*) nei confronti della regione Puglia in ragione del mancato recepimento dei principi fondamentali in materia di elezioni regionali posti dalla legge dello Stato (*ex art. 122, comma 1, Cost. e legge 15 febbraio 2016, n. 20, di modifica dell'art. 4 della legge 2 luglio 2004, n. 165*), rende di attualità il tema dell'efficacia delle tecniche adottate nel perseguimento dell'obiettivo della rappresentanza di genere e, più in generale, della promozione di diritti fondamentali di natura politica (sulla vicenda, si veda F. Corvaja, *Preferenza di genere e sostituzione legislativa della regione Puglia: il fine giustifica il mezzo?*, in questa *Rivista* e, se si vuole, L. Trucco, *Dal mar Ligure allo Ionio: norme elettorali «last minute» e rappresentanze di genere di «mezza estate»*, in *Consulta OnLine*, 10 agosto 2020).

A ben vedere, infatti, la legislazione pugliese non risultava del tutto sguarnita di norme al riguardo, vigendovi la previsione che, a pena di una sanzione pecuniaria (consistente nella riduzione dei contributi ai gruppi consiliari), voleva che nelle liste di candidati fosse «assicurata la rappresentanza di entrambi i sessi» e che in ogni lista nessuno dei due sessi potesse «essere rappresentato in misura superiore al 60 per cento» (art. 8, comma 13 della legge regionale n. 2 del 2005 come modificato dalla legge regionale n. 7

del 2015). Disposto che, peraltro, va notato, risultava e risulta a tutt'oggi rispondente alla giurisprudenza costituzionale consolidata in materia. La Consulta, lungi dal privilegiare il profilo coattivo delle norme concernenti il riequilibrio di genere, è parsa, piuttosto, sinora, meglio attenta a salvaguardare il diritto di voto dal possibile pregiudizio che potrebbero recargli previsioni legislative che incanalandone, in certa misura, gli esiti (a favore del sesso sottorappresentato), potrebbero portare ad una prefigurazione dei risultati. Ciò al punto da acconsentire, in ipotesi, anche alla predisposizione di tecniche promozionali orientate al mantenimento dei vecchi squilibri (sent. n. 4 del 2010 e, in precedenza, sent. n. 49 del 2003, oltre che la storica sent. n. 422 del 1995). Inoltre, va considerato come la medesima disposizione pugliese potesse risultare, per vero, astrattamente idonea a garantire un maggiore livello di tutela del principio di parità di genere rispetto a norme di altre regioni che (pure avendo ricevuto, come la Puglia, un atto di formale diffida) non si sono viste (in seguito) destinatarie di atti di sostituzione da parte dell'esecutivo. Ci si riferisce, nello specifico (al di là del Piemonte che nulla ha ancora disposto al riguardo), alle più blande previsioni di una qualche presenza in lista di «candidati di ambo i sessi» (è il caso della Calabria e, fatte le dovute differenze, della Valle d'Aosta).

Se si estende lo sguardo a quanto avviene nei diciassette enti territoriali *virtuosi* (incluse ovviamente le Province autonome), ci si avvede di come la cd. percentuale di lista sia stata adottata da sedici regioni (in cinque, nel pregnante rapporto 50-50%, in otto in quello 60-40% ed in tre nel rapporto dei due terzi), in ben quattordici delle quali congiuntamente alla doppia preferenza di genere; in tre di queste, poi, trova impiego altresì l'alternanza in lista; mentre in altre due regioni è quest'ultima tecnica insieme (soltanto) alla cd. doppia di genere o, invece, alla percentuale di lista ad essere utilizzata. Là dove, va evidenziato, a conferire effettività alle norme in questione è, pressoché ovunque, la previsione delle sanzioni dell'inammissibilità delle liste e dell'annullamento dei voti in caso di violazione delle relative prescrizioni (per un quadro normativo dettagliato dei sistemi elettorali regionali si rinvia al *Dossier* del Servizio Studi della Camera dei deputati del 3 agosto 2020, n. 109).

Stante, dunque, l'assoluta preponderanza del combinato disposto percentuale di candidature in lista – preferenza doppia di genere, rafforzato da sanzioni, le disposizioni di modifica della legge-quadro statale (interventive da ultimo) possono essere viste come incorporanti una sorta di *acquis*, ormai affermatosi a livello regionale (specialmente la legge n. 20 del 2016, cit.), la cui funzionalità, peraltro, è implicitamente confermata dall'ampio impiego che esso trova ormai a tutti i livelli di rappresentanza (da quello locale sino a quello eurounitario, passando per quello nazionale).

La presunta inadeguatezza della norma pugliese, come ritenuta da parte del Governo, ed il conseguente intervento sostitutivo dell'esecutivo stesso con l'introduzione della doppia preferenza di genere (v. l'art. 1 del decreto-legge 20 aprile 2020, n. 86, convertito, con modifiche, nella legge 19 giugno 2020, n. 59) vanno pertanto inquadrati nel suddetto contesto, ovvero nella prospettiva di «*garantire l'equilibrio nella rappresentanza tra donne e uomini nei consigli regionali*» (così nel titolo stesso della legge n. 20 del 2016, cit.).

Ebbene, il fatto è che, nonostante il proprio buon proposito, ai ravvisati limiti della normativa regionale, il laborioso impianto messo in opera dal Governo (per le cui criticità

si rinvia al puntuale esame di F. Corvaja, *Preferenza di genere e sostituzione legislativa della regione Puglia*, cit.) non pare avere rimediato, a sua volta, in modo adeguato, con la conseguenza di lasciare, in buona sostanza, impregiudicata la possibilità di presentare liste composte, perlopiù, da persone dello stesso sesso. Ed infatti, se si reputa che la norma contenuta nell'atto sostitutivo (relativa alla doppia di genere) integri ciò che già era previsto dalla legislazione regionale (la percentuale di lista), ciò che ne risulta è una norma comunque zoppa, in quanto erigentesi su di una gamba (la cd. doppia di genere) poggiante su di una sanzione efficace quale l'annullamento e sull'altra, invece, perdurantemente traballante (la percentuale di lista), in quanto presidiata, come in precedenza (v. *supra*), da una contenuta sanzione pecuniaria (v. la legge n. 165 del 2004 cit., come modificata dalla legge n. 20 del 2016, cit.). Là dove poi, si volesse invece ravvisare una vera e propria sostituzione, operata dal medesimo decreto-legge, della precedente normativa pugliese con l'abrogazione implicita dei relativi contenuti (v. *supra*), si avrebbe una disposizione (sancente la doppia di genere sanzionata) che, per non contraddire la stessa disciplina promozionale, necessiterebbe di poter fare affidamento su di una qualche candidatura di ambo i sessi (benché di percentuale non più espressamente prevista a livello legislativo).

Se, quindi, non stupisce apprendere che, nonostante tutto, in varie circoscrizioni (inclusa quella comprendente il capoluogo pugliese) sono state presentate numerose liste non conformi alla percentuale 60-40% (e men che meno a quella 50-50%), questa stessa situazione – in disparte gli adempimenti svolti dal Commissario *ad acta* – porta ad interrogarsi sulla proporzionalità del provvedimento adottato (specialmente in rapporto alla sua capacità di incidenza presente e futura rispetto all'autonomia regionale) rispetto ai risultati attesi (anche secondo una certa lettura dell'art. 8, comma 5 della legge 5 giugno 2003, n. 131), che nella migliore delle ipotesi non saranno molto diversi rispetto a quelli che si sarebbero avuti senza l'intervento del governo. Ma vi è di più. La vigenza, infatti, ora, della cd. doppia di genere, nell'ipotesi di liste con percentuali di candidature di un determinato sesso (ad es. femminile) irrisorie (ad es., al 26%), rende elevato il rischio di una distorsione dei risultati, data la non trascurabile probabilità di essere elette, con la discriminazione delle candidature dell'altro sesso presentate nelle medesime liste, ed un più ampio pregiudizio dello stesso «principio di promozione delle pari opportunità tra donne e uomini nell'accesso alle cariche elettive», in ragione della compromissione di quelle stesse condizioni di favore di una rappresentanza *equilibrata* nel consiglio regionale che lo stesso decreto sostitutivo si era proposto di assicurare (ex artt. 48; 51, comma 1; 117, comma 7; 122 Cost.).

La dubbia conformità al dettato costituzionale della normativa induce, per altro verso, a verificare, la praticabilità di altri mezzi in vista del conseguimento del medesimo buon fine (cfr., altresì, sul punto, F. Corvaja, *Preferenza di genere e sostituzione legislativa della regione Puglia*, cit.). E, a tale riguardo, un dato incontestabile è la vigenza, in una materia di potestà legislativa concorrente quale quella di cui qui si discute, di una normativa (la legge n. 165 del 2004 cit., come modificata dalla legge n. 16 del 2020 cit.) contenente disposizioni che, nel declinare i ridetti «criteri di attuazione del principio di promozione di pari opportunità tra uomini e donne nell'accesso alle cariche elettive», hanno in realtà

finito per porre norme vincolanti di diretta applicabilità «nella disciplina regolativa delle preferenze e delle candidature» (come si afferma nello stesso decreto). In un quadro siffatto ed in una prospettiva di più lungo periodo (che, peraltro, dovrebbe trovare l'avallo del giudice costituzionale, ad es. valorizzandosi alcuni passaggi argomentativi della sent. n. 143 del 2010), si potrebbe pensare di attribuire a quelle disposizioni-quadro che, come nel caso di specie, si spingano oltre la semplice predisposizione di norme di principio, una peculiare efficacia (spec. se inerenti a forme di promozione previste dalla Carta) nella direzione dell'obbligo di risultato. In altri termini, con riguardo alle regioni che non provvedano ad un tempestivo adeguamento della propria legislazione a principi fondamentali di natura costituzionale (spec., l'art. 122 Cost.), qualsiasi plesso amministrativo (e giudiziario) dovrebbe poter procedere alla diretta applicazione delle norme legislative quadro maggiormente dettagliate, rendendo non indispensabile il ricorso a misure normative in via sostitutiva (fermo restando il carattere cedevole delle prime e, dunque, la possibilità per i legislatori regionali di riappropriarsi della materia).

Un tale schema, pertanto, nella vicenda pugliese avrebbe chiamato in causa il Commissario *ad acta* e l'Ufficio centrale regionale, i quali si sarebbero trovati ad applicare una norma in grado di *garantire* l'unità giuridica (*rectius*: l'uniformità) della disciplina sull'intero territorio della Repubblica ed il pieno esercizio dei diritti politici (secondo quanto auspicato dallo stesso decreto-legge), nonché, in ultima analisi, il principio promozionale contenuto nella Carta (spec. all'art. 117, comma 7, della Costituzione).

Tornando al presente, volendo mantenere l'attenzione sul caso di specie, alla luce di quanto si è detto, tutt'altro che astratta potrebbe essere l'ipotesi di innesco, in sede di contestazione dei risultati delle operazioni elettorali, di un contenzioso davanti al giudice amministrativo per violazione, per l'appunto, delle stesse norme-quadro da parte della disciplina sostitutiva, con un esito che potrebbe verosimilmente portare anche all'annullamento dell'elezione ed al ripristino dello *status quo ante* (v. *supra*). Là dove, peraltro, nemmeno troppo remota potrebbe essere l'eventualità della sollevazione di una questione di legittimità costituzionale per la via incidentale, con la possibile levata di scudi da parte della Corte nei confronti dell'atto sostitutivo e, più radicalmente, dell'intero impianto procedimentale. Se, poi, si volesse procedere in modo ancora più ardito, si potrebbe prospettare in questa sede una decisione della Corte tesa nel senso dell'addizione manipolativa della previsione della sanzione dell'inammissibilità per le liste irrispettose della percentuale di genere (del 60-40%, o, secondo i migliori auspici, del 50-50%), proprio nella valorizzazione di quell'*acquis* contenuto nella legislazione-quadro di cui si è ragionato (*supra*). Il che, tra l'altro, a ben vedere, traccerebbe, altresì, la strada del ricorso diretto alla Consulta da parte dello Stato, a motivo dell'illegittimità sopravvenuta rispetto alla medesima normativa statale, nei confronti delle leggi regionali non ancora allineatesi, data la possibilità, che a quel punto ne deriverebbe, di far valere della medesima normativa statale (anche ed) a tutti gli effetti la portata sanzionatoria.

LARA TRUCCO è professoressa di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Genova.

Preferenza di genere e sostituzione legislativa della regione Puglia: il fine giustifica il mezzo?

di *Fabio Corvaja*

Lo Stato può sostituirsi ad una regione nell'esercizio dell'attività legislativa? Secondo il governo, sì. Con una diffida del 23 luglio 2020 il Presidente del Consiglio dei ministri ha intimato alla regione Puglia di provvedere, nel termine di cinque giorni, ad adeguare la legislazione elettorale ai principi in tema di promozione della parità di accesso di uomini e donne alle cariche elettive (dettati dall'art. 4, comma 1, lett. *c-bis*) della legge n. 165 del 2004, introdotta dalla legge n. 20 del 2016). Con il decreto-legge n. 86 del 2020, «Disposizioni urgenti in materia di parità di genere nelle consultazioni elettorali delle regioni a statuto ordinario», convertito dalla legge n. 98 del 2020, il governo ha poi sostituito la regione in tale adeguamento. Diffida e decreto-legge compongono una vicenda che presenta molteplici profili di interesse.

Questa la sequenza dei fatti, in sintesi. La diffida è stata preceduta da una lettera del 5 giugno 2020 del Ministro per gli affari regionali alla Conferenza delle regioni, con cui si invitavano le regioni ancora inadempienti ad adeguare la propria legislazione elettorale ai principi statali di pari opportunità; da una informativa dello stesso ministro al Consiglio dei ministri del 25 giugno in cui si segnalava tale situazione e si prefigurava la possibilità di un intervento del governo in sostituzione; dalla lettera del 3 luglio 2020 – informale, ma perentoria – del Presidente del Consiglio dei ministri al Presidente della giunta regionale della Puglia, con la quale, in vista delle imminenti elezioni per il rinnovo del consiglio regionale, si invitava ad allineare con la massima urgenza le disposizioni della normativa elettorale alle norme di principio sulla preferenza di genere recate dalla legge statale. A tale invito la regione rispondeva immediatamente con lettera del Presidente della giunta, in cui questi dichiarava di considerare l'intervento del governo nazionale annunciato per il caso di mancato adeguamento «un atto legittimo e di assoluta condivisione». La Giunta regionale dava poi seguito all'invito presentando, il 9 luglio 2020, un disegno di legge diretto ad introdurre la doppia preferenza di genere. L'esame del progetto di legge veniva calendarizzato in aula per il 28 luglio. Senonché la mancanza del numero legale, provocata dalla assenza strategica degli stessi consiglieri della maggioranza avversi ad un emendamento delle opposizioni approvato con voto segreto (relativo alla introduzione della ineleggibilità per i componenti delle *task force* regionali, che avrebbe coinvolto un candidato di spicco della lista del presidente uscente), determinava il fallimento del disegno di legge e dunque l'impossibilità di approvarlo in tempo per le elezioni regionali, da indire per il 20 settembre 2020. L'esito della vicenda è stato, quindi, l'intervento sostitutivo del governo preannunciato dalla diffida.

Il d.l. n. 86 del 2020 rappresenta il primo caso di dichiarato utilizzo dell'art. 120, comma 2, Cost., per la sostituzione rispetto ad una omissione legislativa della regione, utilizzo che è rivendicato nello stesso art. 1, comma 1, in cui si proclama che il mancato recepimento nella legislazione regionale dei principi fondamentali posti dall'articolo 4 della

legge n. 165 del 2004 «integra la fattispecie di mancato rispetto di norme di cui all'articolo 120 della Costituzione e, contestualmente, costituisce presupposto per l'assunzione delle misure sostitutive ivi contemplate».

A quasi vent'anni dalla entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001, la possibilità di utilizzare il potere di cui all'art. 120, comma 2, Cost., per la sostituzione legislativa delle regioni rimane estremamente controversa. Nonostante talune prese di posizione favorevoli alla estensione dei poteri sostitutivi alla omessa adozione di atti legislativi (motivate con argomenti che fanno leva, essenzialmente, sul fatto che la disposizione costituzionale ragiona di «organi», al plurale, ed evoca l'unità giuridica ed economica, in ipotesi meglio tutelabile con atti normativi), la tesi contraria è sempre apparsa maggiormente persuasiva, se si considera: *i*) sul piano sistematico, che il potere di sostituzione normativa è espressamente regolato nella sede propria, e cioè nell'art. 117 Cost., solo con riferimento agli obblighi internazionali e dell'Unione europea; *ii*) che il potere di sostituzione di cui all'art. 120, comma 2, Cost., è attribuito al governo, anziché al Parlamento; *iii*) che la natura amministrativa della sostituzione è suggerita dal fatto che la disposizione costituzionale è riferita in modo indifferenziato anche agli enti territoriali privi di potestà legislative; *iv*) che l'atto normativo del governo capace di sostituirsi alla legge regionale, cioè il decreto-legge, risulterebbe trasformato nella sua funzione, nei suoi presupposti e finanche nel procedimento; *v*) che la norma costituzionale sembra codificare i tradizionali poteri di sostituzione amministrativi già noti; *vi*) che la stessa giurisprudenza costituzionale si muove nel medesimo contesto argomentativo di una sostituzione nelle funzioni amministrative (L. Buffoni, *La metamorfosi della funzione di controllo nella Repubblica delle autonomie, Saggio critico sull'art. 120, comma II, della Costituzione*, Torino, 2007, pp. 273 ss.; C. Mainardis, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Milano, 2007, pp. 167 ss.). Gli argomenti contrari, dunque, avevano indotto la dottrina prevalente a leggere restrittivamente anche l'inciso, contenuto nell'art. 8, comma 1, della legge n. 131 del 2003, circa i provvedimenti anche normativi adottabili dal governo in sostituzione, intendendolo come limitato agli atti di normazione secondaria.

Quanto alla giurisprudenza costituzionale, non può darsi troppo rilievo all'ambiguo *obiter* contenuto nella sentenza n. 236 del 2004, in cui si afferma che il potere sostitutivo è posto «a presidio di fondamentali esigenze di eguaglianza, sicurezza, legalità che il mancato o illegittimo esercizio delle competenze attribuite, nei precedenti artt. 117 e 118, agli enti sub-statali, potrebbe lasciare insoddisfatte o pregiudicare gravemente» e in cui, dunque, si menziona anche la disposizione costituzionale sul riparto di competenze legislative. La successiva pronuncia n. 361 del 2010, lungi dal confermare una interpretazione estensiva dell'art. 120, comma 2, Cost., ricorda piuttosto che la possibilità di sostituzione in relazione all'attività legislativa regionale, mediante atti aventi forza di legge del governo, è un «dibattuto profilo» e che «anche volendosi interpretare la surrichiamata disposizione costituzionale come tale da legittimare il potere del Governo di adottare atti con forza di legge in sostituzione di leggi regionali», tale potere andrebbe comunque esercitato con gli atti di cui all'art. 77 Cost e non affidando tale potere ad altro organo.

Sul piano della prassi, in passato il governo si è appellato a tale disposizione quando ha disposto, con l'art. 4 del d.l. n. 297 del 2006, convertito dalla legge n. 15 del 2007, la sospensione dell'applicazione della legge regionale ligure 31 ottobre 2006, n. 36 (in materia di caccia in deroga alla direttiva 79/409/CEE sulla conservazione degli uccelli selvatici), in esecuzione dell'ordinanza del Presidente della CGCE 19 dicembre 2006, causa C-503/06, che aveva ingiunto, in via cautelare, di sospendere l'applicazione di tale legge per la stagione venatoria 2006/2007. Ma, a prescindere dalla assoluta anomalia della vicenda, quel caso non pare comunque significativo, giacché in relazione agli obblighi europei, il potere di sostituzione normativa è previsto dall'art. 117, comma 5, Cost., attuato dall'art. 41 della legge n. 234 del 2012.

Nel presente caso, invece, l'intervento del governo rappresenta – anche sul piano del procedimento – una programmatica applicazione dell'art. 120, comma 2, Cost., alla sostituzione di una regione che non si è adeguata ai principi fondamentali della materia, e forza nella disposizione costituzionale un precedente interpretativo pesante, sia sul piano della autonomia regionale, sia sul piano della forma di governo, sia sui caratteri dello stesso decreto-legge quali risultano dall'art. 77 Cost. E fa questo in presenza di una situazione di inadempimento che difficilmente è riconducibile ai presupposti contemplati dalla disposizione costituzionale per l'esercizio del potere sostitutivo, e in particolare alle esigenze della unità giuridica (si consideri che la preferenza di genere è una scelta del legislatore ordinario, che non vale, ad esempio, per gli enti ad autonomia differenziata; per ulteriori dubbi su questo punto vedi L. Trucco, *Dal mar Ligure allo Ionio: norme elettorali «last minute» e rappresentanza di genere di «mezza estate»*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta Online*, 10 agosto 2020, 13 s.; ritiene, invece, che sussistessero i presupposti per un intervento sostitutivo T. Groppi, *La democrazia paritaria alla prova dell'inerzia della Regione Puglia*, in *27esimaora.corriere.it*, 26 luglio 2020).

Invero, è innegabile che sullo sfondo dell'intervento vi fosse un problema reale e serio, vale a dire l'inadempimento regionale rispetto ad un principio fondamentale, che concreta un preciso obbligo costituzionale; così come è verosimile che il meccanismo di attivazione della responsabilità politica in questo caso si sarebbe rivelato insufficiente. Se, infatti, esiste una strutturale sottorappresentanza del genere femminile nelle assemblee legislative, è chiaro che difficilmente questo problema si possa risolvere senza un intervento esterno, proprio perché nel corpo legislativo il genere è sottorappresentato. Come giustamente notava Lorenza Carlassare «nessun monopolio si dissolve da solo» (L. Carlassare, *L'integrazione della rappresentanza: un obbligo per le Regioni*, in L. Carlassare, M. Giampieretti, A. Di Blasi, *La rappresentanza democratica nelle scelte elettorali delle regioni*, Padova, Cedam, 2002, p. 12). Ma certamente sono pensabili rimedi più appropriati, per quanto più laboriosi, quali l'attivazione del sindacato di legittimità costituzionale in via incidentale, o in sede di contestazione dei risultati delle operazioni elettorali, facendo valere la validità della seconda preferenza di genere, previa dichiarazione di incostituzionalità della legge pugliese nella parte in cui non prevede la possibilità di esprimerla, o anche in sede di giudizio di accertamento del diritto dell'elettore a votare con una legge conforme alla Costituzione (come ipotizza L. Trucco, *Dal mar Li-*

gure allo Ionio: norme elettorali «last minute», cit., p. 13), sempre che si ammetta una tale azione in relazione a leggi elettorali diverse da quelle per le camere (in senso contrario si è però pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza n. 110 del 2015); oppure l'intervento del Parlamento, diretto a chiarire, con legge, il carattere autoapplicativo, in assenza di recepimento regionale, dei precetti di cui all'art. 4, comma 1, lett. *c-bis*), della legge n. 165 del 2004, tanto più che tali precetti, già in partenza, apparivano oggettivamente più simili a norme di dettaglio suppletive che non a principi fondamentali, essendo una specifica traduzione del principio della promozione della parità di accesso alle cariche elettive nelle lingue dei diversi sistemi elettorali adottati dalle regioni (in un primo tempo, il «principio fondamentale» era stato formulato, dall'art. 3, comma 1, della legge n. 215 del 2012, in termini generalissimi e sostanzialmente riproduttivi della norma costituzionale). Ora, un intervento – minimo – della legge, in funzione interpretativa, avrebbe potuto risolvere in anticipo anche il problema dei possibili inadempimenti delle altre regioni (Piemonte e Calabria) che ancora non hanno introdotto la preferenza di genere o altre misure adeguate rispetto alla promozione della parità di accesso, e sarebbe stato giustificato anche alla luce della circostanza che già in partenza si poteva ritenere che i principi specificativi della parità di genere nell'accesso alle cariche elettive fossero suscettibili di applicazione diretta (in questo senso L. Trucco, *Dal mar Ligure allo Ionio: norme elettorali «last minute»*, cit., pp. 15 s). Una norma di questo tipo si sarebbe inserita nel solco della tecnica delle norme suppletive di dettaglio a corredo dei principi fondamentali della materia, avallata, come è noto, dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 214 del 1985 nel vigore del vecchio titolo V, e frequentemente utilizzata dal legislatore anche dopo la revisione costituzionale del 2001. Per quanto la Corte, con la decisione n. 205 del 2011, abbia preferito non entrare nella «complessa tematica» della ammissibilità, dopo la legge cost. 3 del 2001, delle norme di dettaglio cedevoli a completamento dei principi fondamentali, la giurisprudenza costituzionale non si è mostrata ostile a questa tecnica normativa (si vedano, ad esempio, le sentenze nn. 64 del 2020, 176 del 2010, 401 del 2007), che continua a rispondere al problema delle possibili omissioni del legislatore regionale e che nello stesso tempo, rispetto all'alternativa del potere sostitutivo di cui art. 120, comma 2, Cost., almeno mantiene salda la centralità del Parlamento, non sottopone a distorsioni l'uso del decreto-legge e si pone in linea di continuità con soluzioni già sperimentate. In questo caso, l'intervento con legge, anziché con il potere sostitutivo, poteva essere l'occasione per precisare la possibilità di diversi svolgimenti regionali, in questo modo consentendosi l'ulteriore sperimentazione locale in un campo in cui la legge regionale è tributaria di una funzione direttamente conferitale dall'art. 117, comma 7, Cost. (in forza del criterio di specialità, del resto, si poteva dubitare che la generale competenza statale sui principi del sistema elettorale ex art. 122, comma 1, Cost., potesse sovrascrivere o ulteriormente condizionare la specifica competenza regionale in ordine alle misure di promozione della parità di accesso, già finalisticamente orientata dalla norma costituzionale).

La scelta del decreto-legge, invece, determina il rischio che la *nuova pagina* nella storia dei diritti politici – come l'ha definita il Presidente del Consiglio e che in realtà è una

pagina che la regione Campania aveva scritto, più di un decennio prima, con la legge regionale n. 4 del 2009, all'epoca impugnata dal governo Berlusconi IV e salvata in quanto norma promozionale dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 4 del 2010 – diventi una *pessima lettura* per l'autonomia regionale.

FABIO CORVAJA è ricercatore di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Padova.

La Corte di cassazione chiude il caso *Emiliano* e sbarrata la strada ai magistrati in politica

di *Francesca Biondi*

Con una lunga e articolata sentenza depositata il 14 maggio 2020 le sezioni unite della Corte di cassazione hanno concluso, dopo sei anni, il procedimento disciplinare a carico di Michele Emiliano. Oltre che noto uomo politico, Emiliano è anche magistrato e, con la sentenza in commento, è stato condannato in via definitiva alla sanzione dell'ammonimento per essersi iscritto ad un partito politico e per aver partecipato alle sue attività in modo sistematico e continuativo, secondo quanto previsto dall'art. 3, comma 1, lett. h), d.lgs. n. 109/2006.

La decisione della Corte di cassazione giunge dopo una vicenda processuale complessa, nell'ambito della quale sono state anche sollevate dalla Sezione disciplinare del C.S.M. questioni di legittimità costituzionale sulla disposizione da ultimo menzionata. Il rimettente, dopo aver ricordato che è consentito ai magistrati candidarsi e assumere incarichi di natura politico-amministrativa (talvolta anche senza l'obbligo di collocamento fuori ruolo), lamentava che fosse contraddittorio punire il magistrato che, in aspettativa per mandato elettorale, si fosse iscritto ad un partito politico e avesse partecipato in modo sistematico e continuativo alle sue attività. La questione era nuova, poiché il precedente più immediato riguardava un magistrato che si trovava sì fuori ruolo, ma per l'espletamento di un incarico di natura tecnica e non politica (sent. n. 224/2009).

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 170/2018, ha rigettato tutte le censure con una decisione, per nulla scontata, la cui lettura mostra la sensibilità del collegio per una questione che incide sugli equilibri tra politica e magistratura. Soprattutto a partire dai primi anni '90 del secolo scorso, i partiti politici hanno infatti incluso nelle loro liste un considerevole numero di magistrati (nella XIII legislatura furono ben venti quelli risultati eletti). Non è possibile affermare con certezza se siano stati i magistrati a scegliere di impegnarsi nell'attività politica o se siano stati i partiti a cercare i magistrati, sull'assunto che, per la loro autorevolezza, potessero contribuire a rilegittimarne l'azione. Certo è che l'esposizione pubblica di questi magistrati-candidati o magistrati-eletti, in particolare di coloro che avevano indagato o giudicato soggetti investiti di responsabilità politiche, non ha aiutato a distendere le tensioni tra i due mondi. Nel contempo, le Camere, pur più volte sollecitate anche dal C.S.M., non sono riuscite ad approvare regole maggiormente rigorose per i magistrati che scelgono di candidarsi (ad esempio imponendo sempre il col-

locamento fuori ruolo) e ritengono poi di tornare ad esercitare la funzione giurisdizionale al termine dell'esperienza politica.

In tale contesto si comprende quale impatto avrebbe potuto avere la decisione della Corte costituzionale: un accoglimento della questione avrebbe potuto essere strumentalizzato per impedire o ritardare ancora l'approvazione degli auspicati interventi legislativi più restrittivi della partecipazione dei magistrati alla vita politica attiva; un rigetto *deciso* avrebbe enfatizzato la contraddizione tra la facoltà di svolgere attività politica esercitando il diritto garantito dall'art. 51 Cost. e il divieto disciplinare, introdotto avendo a mente soprattutto i magistrati in ruolo.

La Corte costituzionale, invece, da un lato, ha ritenuto che il descritto quadro normativo non contenga alcuna irragionevole discrasia, ma, dall'altro, nella parte finale della motivazione, ha opportunamente distinto, per il magistrato che esercita il proprio diritto di elettorato passivo, il divieto di «iscrizione», in attuazione dell'art. 98, comma 3, Cost., dal divieto di «partecipazione sistematica e continuativa» alle attività del partito.

Il primo, secondo la Corte, non incontra mai deroghe, perché l'iscrizione rivela una stabile e continuativa adesione ad un partito politico. Alcuni annotatori hanno criticamente osservato che la struttura organizzativa dei partiti odierni non è assimilabile a quella dei partiti costituenti, dove l'iscrizione era presupposto ordinario della partecipazione alla vita politica (L. Gori, *Sull'iscrizione e partecipazione sistematica e continuativa dei magistrati a partiti politici, ovvero sui rapporti perennemente irrisolti fra magistratura e politica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 2018, p. 1806). In realtà, all'opposto, proprio per tali ragioni l'atto dell'iscrizione, oggi più di allora, testimonia e manifesta in modo oggettivo una appartenenza organica al partito: quante volte uomini politici annunciano di aver preso la tessera del partito per manifestare pubblicamente la loro adesione organica e non solo ideale ad esso?

Quanto, invece, al secondo divieto, la Corte ha cura di sottolineare che «la valutazione sui requisiti di sistematicità e continuatività della partecipazione del magistrato alla vita di un partito esclude ogni automatismo sanzionatorio permettendo, al contrario, soluzioni adeguate alle peculiarità dei singoli casi». E, soprattutto: «se tale rilievo vale, in generale, per tutti i magistrati, vale particolarmente per coloro, tra di essi, che siano collocati in aspettativa per soddisfare i diritti garantiti dall'art. 51 Cost.». Sul presupposto che tutti (anche i magistrati che si proclamano «indipendenti») non possono che fare politica attiva attraverso i partiti, la Corte suggerisce al giudice disciplinare di interpretare la disposizione tenendo conto della condizione in cui si trova il magistrato, implicitamente ritenendo che un conto è fare *carriera nel partito* (certamente sempre vietata), altro è partecipare, anche in modo sistematico e continuativo, alle attività del partito strumentali all'esercizio del mandato o incarico politico. Del resto, non si può ragionevolmente pretendere che un magistrato in ruolo e un magistrato in aspettativa per mandato elettorale mantengano la stessa distanza dai partiti.

È in questo passaggio che – ad avviso di chi scrive – la sentenza della Corte costituzionale n. 170/2018 e quella della Corte di cassazione qui in commento divergono.

La prima, infatti, pur dando preminenza all'esigenza che il magistrato sia e appaia indipendente dalla politica dei partiti, riconosce che la rappresentanza politica è rappre-

sentanza attraverso i partiti, che nessun cittadino si candida senza l'appoggio di un partito, che la politica si fa nei partiti, e pertanto, come accennato, assegna al giudice disciplinare la delicata valutazione su quali siano le attività, consustanziali al mandato o incarico politico, che anche il magistrato-eletto deve poter svolgere nel partito.

La decisione della Corte di cassazione, invece, riproponendo la nozione di candidato «indipendente» (punto 9.2 della sentenza), sostenendo che il magistrato-parlamentare ben può esercitare il suo mandato «indipendentemente dai dettami di partito» perché l'art. 67 Cost. ne prevede lo svolgimento «senza vincolo di mandato» (punto 9.3 della sentenza), affermando che egli «rimane comunque un magistrato ... e come tale rimane soggetto ai doveri propri di tutti i magistrati» (punto 9.7 della sentenza), ribadendo che il magistrato, «nello svolgimento dell'attività politica, è tenuto a preservare la propria indipendenza rispetto al partito e a salvaguardare la propria immagine pubblica di imparzialità» (punto 9.8 della sentenza), crea un vero e proprio *statuto speciale del magistrato in-politica* (l'efficace espressione è di G. Sobrino, *Magistrati in politica: dalla Corte costituzionale un forte richiamo all'indipendenza (ed alla sua immagine esteriore)*, in questa *Rivista*, 4, 2018, p. 909) e alimenta – essa sì – le perplessità del costituzionalista rispetto all'idea che il magistrato (e con lui tutti i cittadini?) possa fare a meno della mediazione dei partiti.

In definitiva, la Corte costituzionale, bilanciando l'esercizio di diritti individuali con il principio di indipendenza della magistratura, aveva affidato al prudente apprezzamento del giudice disciplinare la valutazione in concreto della condotta del magistrato in aspettativa per mandato o incarico politico; la Corte di cassazione, invece, riduce questa discrezionalità, imponendo al magistrato che eserciti il diritto garantito dall'art. 51 Cost. la stessa *neutralità* che è richiesta al magistrato in ruolo. In tal modo, la decisione della Corte di cassazione, non solo manifesta l'avversione, cresciuta nel corso del tempo, della stragrande maggioranza dei magistrati nei confronti degli ormai pochi colleghi che decidono di lasciare la toga per la politica, ma finisce per produrre quell'effetto che da tempo inutilmente si chiede al legislatore. Si tratta di un ulteriore caso di supplenza della magistratura all'assenza della politica.

Nei giorni in cui si scrive questa breve nota, le forze politiche hanno comunque ripreso ad interrogarsi su quali riforme possano restituire credibilità al C.S.M. e alla magistratura, la quale, in piccola ma significativa parte, è stata coinvolta in vicende giudiziarie che minano la fiducia dei cittadini nella giustizia. Vi sarà dunque presumibilmente l'occasione per riflettere nuovamente anche sui magistrati *in-politica* e, in particolare, sull'opportunità di prevedere che debbano sempre essere chieste l'aspettativa e il collocamento fuori ruolo, nonché sulla possibilità di limitare, se non addirittura vietare, il ritorno all'esercizio delle funzioni giudiziarie. È tuttavia importante avere a mente che forme di limitazione della partecipazione dei magistrati alla vita politico-partitica potranno, forse, aumentare nei cittadini la percezione della loro indipendenza (l'*apparenza* di indipendenza) e, eventualmente, favorire la loro indipendenza (magari contenendo un certo uso politico della giustizia). Nulla, invece, possono fare per eliminare forme di collateralismo di singoli consiglieri del C.S.M. con quella politica da cui i magistrati dovrebbero essere

invece difesi, o per contenere il peso, sempre maggiore, delle logiche correntizie nella attribuzione di sedi e incarichi. Altre sarebbero, per quest'ultimo aspetto, le trasformazioni necessarie: ma è ovviamente un altro discorso.

FRANCESCA BIONDI è professoressa di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano.

Il triage in emergenza pandemica. Coordinate penalistiche di uno spazio solo apparentemente libero dal diritto

di Gian Marco Caletti

L'emergenza pandemica da Covid-19, perlomeno con riguardo a talune sue fasi, sarà consegnata alla storia come un particolare momento nel quale «il mondo non è stato governato dalla classe politica né da giunte militari, ma dai *medici*» (R. Casati, in *Il Sole24ore*, 19 aprile 2020). Di fronte a un quadro incerto e in costante mutamento, alla scienza sono spettate scelte spesso cruciali e impellenti. Esse hanno assunto, nella loro dimensione più lancinante, i contorni di un vero e proprio dilemma morale abbattutosi sui medici tenuti a ottimizzare le limitate risorse a disposizione. Lo straordinario e inatteso afflusso di domande di cure rianimatorie, intensive e *sub-intensive*, infatti, ha comportato che solo parte dei pazienti abbia potuto ricevere la ventilazione assistita necessaria, in molti casi, per sopravvivere. Di talché, nelle aree geografiche più colpite dall'epidemia, il *triage* del pronto soccorso non ha definito – come avviene in tempi normali – la gerarchia temporale degli interventi sanitari, ma l'alternativa tra la vita e la morte.

Gli scenari in cui la scelta tragica si è imposta sono essenzialmente di due tipi. Il primo è quello in cui due o più malati Covid necessitano dell'unico supporto respiratorio disponibile. Il secondo, simile ma ancora più drammatico, riguarda invece il caso in cui non esistano supporti respiratori disponibili a fronte di uno o più malati in sopravvenute condizioni critiche. In questa peculiare ipotesi, assistere uno o più tra i nuovi malati significa scollegare dal ventilatore pazienti con limitate *chances* di sopravvivenza. Preliminarmente, va specificato che nessun peso, specie con riguardo alla prima situazione, può essere attribuito al criterio *first come, first served*. I protocolli messi a punto in questi mesi prescrivono che i malati Covid vengano valutati clinicamente e monitorati a domicilio, per poi essere ricoverati soltanto su indicazione dei sanitari all'aggravarsi delle loro condizioni, sempre che vi siano posti disponibili o non vi siano altri pazienti più bisognosi dell'ospedalizzazione, che diviene, dunque essa stessa oggetto della scelta tragica. Secondo l'efficace definizione del Comitato Nazionale per la Bioetica, «il *triage* in emergenza pandemica ha inserito la valutazione individuale del paziente nella prospettiva più ampia di una “comunità dei pazienti”» (Cfr. CNB, *Covid-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del «triage in emergenza pandemica»*, in www.cnb.it).

bioetica.governo.it, 9 aprile 2020. La redazione del parere è stata coordinata dai Proff.: Stefano Canestrari, Carlo Casonato, Antonio Da Re, Lorenzo d'Avack, Assunta Morresi, Laura Palazzani, Luca Savarino).

Dall'esterno, l'impressione è che tali situazioni, laddove siano effettivamente emerse, siano state gestite secondo una logica di *Rechtsfreier Raum*, una sorta di silenzioso «spazio libero dal diritto» nel quale l'attività e le scelte sono state regolate dal buon senso dei singoli operatori sanitari. Ne sono sintomatiche le raccomandazioni cliniche della SIAARTI (Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva), elaborate con la specifica ed espresa finalità di supportare i propri membri in un momento «moralmente ed emotivamente difficile» e alleggerirne «il senso di solitudine». Si tratta di questioni senz'altro dolorosissime e vertiginose. Oltre ai primari beni in gioco e alle sconcertanti proporzioni numeriche, ciò che lascia privi di certezze è il sovvertimento della prospettiva dalla quale il diritto ha prevalentemente ragionato negli ultimi decenni: quella del principio di autodeterminazione del paziente, che può scegliere in autonomia di rifiutare o interrompere un trattamento sanitario e porre fine alla propria esistenza. Nella c.d. medicina delle catastrofi, invece, il medico diviene arbitro del destino di una intera «comunità di pazienti».

Simili frangenti, tuttavia, non sono ignoti alla scienza penalistica, che li ha già affrontati all'interno del capitolo sui conflitti di dovere e lo stato di necessità *ex art. 54 c.p.* (v. A. Baratta, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, Giuffrè, 1963; F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, Giuffrè, 2000); non a caso, l'esimente che più di ogni altra si avvicina all'idea di contesti liberi dall'intervento giuridico. In entrambi i casi prospettati, sull'anestesista-rianimatore vengono drammaticamente a gravare più doveri, tirannici ma incompatibili: nel primo scenario, *soccorrere* e curare tutti i malati che hanno bisogno dello stesso ventilatore per sopravvivere; nel secondo caso, *salvare* i nuovi pazienti e *non uccidere* i pazienti già ricoverati e tenuti in vita dall'assistenza ventilatoria. Nella prima ipotesi, in cui la natura di tutti i doveri è – uniformemente – «di soccorso», si tratta di elaborare un criterio per stabilire a quali pazienti accordare la precedenza nell'uso delle risorse disponibili; nella seconda, invece, di comprendere gli eventuali margini di liceità della condotta fondata sulla prevalenza del dovere di soccorso sul divieto di uccidere.

La già menzionata SIAARTI, in linea con quanto avvenuto in alcuni Paesi dell'Europa del Nord, ha prospettato l'esigenza di «porre un limite di età all'ingresso in TI», specificando tuttavia che «non si tratta di compiere scelte meramente di valore, ma di *riservare* risorse che potrebbero essere scarsissime a chi ha *in primis* più probabilità di sopravvivenza e secondariamente a chi può avere più anni di vita salvata». Tutto ciò «in un'ottica di massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone». Le pieghe delle raccomandazioni della Società scientifica sembrano dunque suggerire la possibilità di un preventivo diniego dell'intubazione a taluni pazienti, allo scopo di *riservare* le risorse in vista del prevedibile bisogno da parte di pazienti più giovani.

Diversamente dagli anestesisti-rianimatori, invece, il Comitato Nazionale per la Bioetica ha proposto che a orientare il sanitario di fronte alla scelta tragica sia il *criterio*

clinico, in quanto «il più adeguato punto di riferimento per l'allocazione delle risorse medesime». Ogni altro criterio di selezione, come l'età anagrafica, il sesso, la condizione e il ruolo sociale, l'appartenenza etnica, la disabilità, la responsabilità rispetto a comportamenti che hanno indotto la patologia, i diversi costi, è espressamente ritenuto dal Comitato «eticamente inaccettabile». Il CNB ha specificato cosa si intende per *appropriatezza clinica*, mettendo la valutazione medica dell'efficacia del trattamento in relazione con altri fattori, come il *bisogno* clinico di ogni singolo paziente, la *gravità* del manifestarsi della patologia, la possibilità prognostica di guarigione (da valutarsi anche in base all'età, alla comorbilità ecc.), l'*attualità* della necessità del sostegno ventilatorio.

Rispetto a quella della SIAARTI, la posizione del CNB pare più suscettibile di essere inquadrata nel contesto giuridico di riferimento: l'*attualità* valorizzata dal Comitato, ad esempio, riecheggia uno degli elementi costitutivi principali dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. A prescindere dal dibattito circa la controversa natura dell'esimente, sembrerebbe, dunque, potersi ritenere penalmente irrilevante la condotta del sanitario che si attenga ai criteri dell'*appropriatezza clinica* e della stretta *attualità* nella dolorosa scelta del paziente a cui garantire l'accesso in terapia intensiva. Del resto, non è difficile cogliere l'*oggettiva inesigibilità* di condotte alternative.

Lo spazio del *triage* è, dunque, solo apparentemente «libero dal diritto» (in questo senso anche L. Risicato, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *Discrimen*, 25 maggio 2020). Peraltro, ammettendo che la condotta del sanitario improntata al criterio dell'*appropriatezza clinica* sia giustificata sulla base dello stato di necessità (o, comunque, dell'adempimento del dovere *ex art.* 51 c.p.), permane sul sanitario il possibile rischio di una responsabilità per eccesso colposo (ai sensi dell'art. 55 c.p.), qualora commetta un errore, anche lieve, nel bilanciamento tra il bene salvato e quello sacrificato (su questi profili, v. M. Caputo, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in *Legislazione Penale*, n. 6/2020). Da questo punto di vista, tuttavia, appare auspicabile che il diritto penale mantenga un ruolo non protagonista, limitandosi a rimproverare solo valutazioni assolutamente eccentriche e riconducibili, pertanto, ad una colpa qualificabile «grave». Sul piano dell'*esigibilità soggettiva* del contegno alternativo, infatti, vanno tenuti in considerazione fattori come lo stress dovuto alla situazione di prolungata emergenza, l'incertezza scientifica, la pressione e il poco tempo per maturare la tragica decisione.

Il secondo scenario descritto pare ancora più lacerante, proprio perché, come segnalato, uno dei doveri confliggenti impone di «non uccidere» i malati già tenuti in vita dal respiratore.

Il principio offerto dalla scienza è il medesimo: i criteri di «giustizia distributiva e allocazione delle risorse» elaborati dalla SIAARTI, infatti, sono da intendersi validi sia per l'ammissione ai trattamenti intensivi che per la loro «sospensione».

La prevalente dottrina italiana, in contrapposizione con alcune posizioni emerse nella scienza penalistica tedesca (ad es. Welzel), ritiene «irrisolvibile», e pertanto inammissibile, un giudizio di proporzione che abbia ad oggetto la vita umana, dato il suo valore incommensurabile e incomparabile con qualsiasi altro bene. La vita (di un innocente non

aggressore), in altri termini, sarebbe un bene che non può mai essere sottoposto a calcoli o bilanciamenti, nemmeno nell'ambito della *scriminante* più «amorale» o «immorale» dell'ordinamento, lo stato di necessità (su questo principio, S. Canestrari, *Principi di bio-diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 2015, pp. 44 ss.). Si giunge alla medesima conclusione anche nella teorica del conflitto di doveri, che solitamente accorda prevalenza al divieto di uccidere nella sua dimensione difensiva di *Abwehrrecht*, rispetto al dovere sociale di soccorso (per un approfondimento, anche bibliografico v. G.M. Caletti, *Stato di necessità terapeutica*, in *Biodiritto*, n. 1/2013, pp. 23 ss.).

Si tratta di posizioni certamente condivisibili, che peraltro consentono di delineare un perimetro di non punibilità, da valutare però secondo gli stringenti requisiti dello stato di necessità e, segnatamente, dell'attualità del pericolo. In particolare, sembra doversi richiedere da un lato, l'immediato pericolo di vita del paziente che subentra nella fruizione del sostegno respiratorio, e dall'altro, la pressoché certa impossibilità di sopravvivenza del soggetto che viene staccato dal respiratore, di modo che la scelta non sia più tra due vite umane, ma tra il salvarne una o nessuna.

GIAN MARCO CALETTI è assegnista di ricerca di Diritto penale presso la Libera Università di Bolzano.

Il *Bundesverfassungsgericht* esige un sindacato pieno nei confronti degli atti della BCE

di Giovanni Boggero

Con sentenza 5 maggio 2020 (2 BvR 859/15) il II Senato del Tribunale costituzionale federale ha parzialmente accolto alcuni ricorsi individuali contro il *Public Sector Securities Programme* (PSPP), il programma di acquisto di titoli del settore pubblico sui mercati secondari rientrante nell'*Expanded Asset Purchase Programme* (c.d. *quantitative easing*), istituito dalla Banca centrale europea con Decisione (Ue) 2015/774 del 4 marzo 2015 e più volte modificato (per una prima analisi v. P. Faraguna, *Bundesverfassungsgericht contro tutti: Quantitative Easing incostituzionale per difetto di motivazione della proporzionalità*, in questa *Rivista*, 2020, 1, pp. 429 ss.).

In particolare, il Collegio ha dichiarato leso il diritto all'autodeterminazione democratica derivante dagli artt. 38, co. 1, per. 1; 20, co. 1 e 2; 79, co. 3 della Legge fondamentale da parte del Governo federale (*Bundesregierung*) e della Camera bassa del Parlamento (*Bundestag*); essi, infatti, avrebbero omesso di adottare misure idonee a contestare al Consiglio direttivo della BCE di non aver verificato (*geprüft*) e mostrato (*dargelegt*) la proporzionalità di tale Decisione. Pertanto, decorso un periodo transitorio di tre mesi al massimo, alla Banca centrale tedesca sarebbe stata inibita la partecipazione all'attuazione della Decisione, a meno che lo stesso Consiglio direttivo non ne avesse adottata *medio tempore* una nuova, atta a illustrare che gli obiettivi di politica monetaria perseguiti non

erano sproporzionati rispetto agli effetti di politica economica e fiscale (§ 235). Il parziale accoglimento dei ricorsi è avvenuto dopo che la Corte di Giustizia dell'Unione europea si era pronunciata in via pregiudiziale, negando che vi fosse «alcun elemento idoneo a inficiare la validità» della predetta Decisione e, in particolare, una qualche violazione del principio di proporzionalità (causa *Weiss*, C-493/17, §§ 71-100). Nondimeno, il BVerfG ha stabilito che la sentenza della CGUE, non avendo assoggettato a uno scrutinio rigoroso la Decisione della BCE (§§ 118 ss.), avesse pronunciato una sentenza al di fuori dei limiti stabiliti dai Trattati (*ultra vires*). Nel censurare l'improprio svolgimento del controllo giurisdizionale, il Tribunale costituzionale ha dichiarato la sentenza della Corte inapplicabile nell'ordinamento interno, finendo per svolgere essa stessa un sindacato sull'atto europeo (§§ 164 ss.).

Uno dei nodi non del tutto sciolti della sentenza in commento resta, tuttavia, proprio quello dell'applicazione del controllo *ultra vires* alla Decisione, ossia se la BCE abbia effettivamente ecceduto i limiti del proprio mandato, adottando misure di politica monetaria che interferiscono con la competenza degli Stati membri in materia di politica economica. Se, da un lato, l'autonomo svolgimento del controllo di proporzionalità porta il Tribunale a ritenere che gli effetti negativi di politica economica del c.d. *quantitative easing* siano superiori ai benefici di politica monetaria e, pertanto, che tale Decisione vada qualificata anch'essa come *ultra vires* (§§ 117, 178), dall'altro, il Tribunale giudica di non poter stabilire se la Decisione soddisfi il principio di proporzionalità, mancando una tale valutazione da parte del Consiglio direttivo (§§ 116, 176). Pertanto, se è vero che *Bundesregierung* e *Bundestag* hanno omesso di contestare tale difetto, ledendo il principio di autodeterminazione democratica, non è però (ancora) altrettanto vero che siano venuti meno alla loro responsabilità per l'integrazione europea (*Integrationsverantwortung*) per non aver richiesto di porre fine al PSPP (§ 179). In altre parole, il Tribunale suggerisce che il programma sia *ultra vires* in quanto sproporzionato nei suoi effetti, ma non è in grado di statuire definitivamente se lo sia davvero, in assenza di adeguata ponderazione da parte della BCE; come dire che, stando così le cose, il programma sarebbe da giudicarsi viziato da incompetenza assoluta, ma, in presenza di una convincente giustificazione in ordine alla proporzionalità delle misure, il vizio finora *accertato, ma non dichiarato* potrebbe anche sanarsi. Al netto della problematicità dell'applicazione del principio di proporzionalità nella definizione del riparto di competenza tra Ue e Stati membri in materia di politica economica e monetaria, il monito pare eccentrico rispetto alla giurisprudenza pregressa del Tribunale, che, nel caso *Honeywell* (6.07.2010 – 2 BvR 2661/06), aveva spiegato di poter dichiarare *ultra vires* soltanto atti strutturalmente e manifestamente esorbitanti le competenze fissate nei Trattati, rispetto allo scrutinio sui quali la CGUE avrebbe dovuto godere, peraltro, di un certo margine di tolleranza; nella pronuncia *de qua*, invece, il BVerfG sembra ammettere una *prova contraria* al proprio giudizio sulla lesività dell'atto, che, tuttavia, vista la sua natura condizionata, non può allora dirsi manifesta. Tale prova, del resto, avrebbe potuto essere fornita soltanto nel contesto di un rinvio pregiudiziale dall'unico organo abilitato a darla, ossia la CGUE, alla quale, invece, non solo è stato rimproverato un *deficit* metodologico, ma non è neanche stato riconosciuto il beneficio dell'errore (§§ 141, 153).

Il pregiudizio di Karlsruhe (cfr. J. Luther, *Il rinvio pregiudiziale di Karlsruhe sui poteri della BCE*, in questa *Rivista*, 1, 2014, pp. 422-424) si è protratto così anche dopo la conclusione dell'incidente processuale, tanto che a essere investita del compito di confutarlo è l'istituzione dell'Unione il cui atto è oggetto del giudizio, ma che non ha partecipato all'udienza pubblica (§ 83). La sentenza sembra, quindi, avanzare l'ipotesi di un dialogo *diagonale* con la BCE, che pure è soggetta soltanto al giudicato europeo o, forse, avallare una sorta di integrazione del contraddittorio *post iudicium* attraverso l'interposizione della *Bundesbank*. Di quest'ultima, tuttavia, non è stato accertato alcun inadempimento, visto che la responsabilità per l'integrazione spetta soltanto agli organi costituzionali (§ 95); pertanto, a differenza di Governo e Parlamento, su di essa non grava alcun obbligo immediato, ancorché non penda nemmeno un divieto costituzionale di adoperarsi per promuovere una giustificazione da parte della BCE circa l'uso dei propri poteri.

A questo proposito, il riscontro dell'*error in procedendo* risulta peculiare anche per il suo inquadramento sistematico. Per Karlsruhe il difetto di motivazione è in quanto tale suscettibile di ledere il diritto all'autodeterminazione democratica, atteso che ai cittadini tedeschi sarebbe stato *ex se* precluso conoscere le ragioni alla base di decisioni idonee a incidere sulla responsabilità di bilancio del *Bundestag*, «luogo nel quale si decidono le entrate e le uscite, anche con riguardo agli impegni internazionali ed europei» (§ 124) (*in primis* BVerfG 709.2011 – 2 BvR 987/10). Una simile declinazione del diritto in parola non equivale, in effetti, a «una semplice richiesta di chiarimenti» (cfr. L. Violini, *Bundesverfassungsgericht contro tutti: percorsi e dilemmi della sentenza sulla politica monetaria europea*, in questa *Rivista*, 2, 2020, p. 425), ma pare, anzi, riflettere un'evoluzione del sindacato di costituzionalità, preannunciata già con il caso *OMT* (21.06.2016 – 2 BvR 2728/13, §§ 186-189), verso una limitazione della discrezionalità di quegli organi le cui scelte originano da valutazioni di natura tecnica. A questo riguardo, allora, la sentenza del BVerfG enfatizza il ruolo che il controllo giurisdizionale, innanzitutto europeo, dovrebbe svolgere rispetto all'esigenza di garantire l'*accountability* della BCE in materia monetaria, non solo nei confronti delle istituzioni Ue, ma anche degli Stati membri e dei rispettivi Parlamenti nazionali (cfr. art. 21 Reg. (Ue) 1024/2013, su cui: D. Fromage, R. Ibrido, *The «Banking Dialogue» as a model to improve parliamentary involvement in the Monetary Dialogue?*, in *Journal of European Integration*, 2018). Illustrare i presupposti di fatto e le ragioni che, in relazione alle risultanze dell'istruttoria, hanno determinato l'adozione di una certa misura di politica monetaria attiene a una concezione procedurale della democrazia che non è affatto inconciliabile con il principio dell'indipendenza della BCE. L'indipendenza è, infatti, proclamata nei confronti dei governi (art. 88 GG e art. 130 TFUE), ma non del potere giudiziario (cfr. A. Bobić, M. Dawson, *What did the German Constitutional Court get right in the ECB decision?* in *EU Law Live*, 12 maggio 2020), cui, invece, è fatto carico di richiedere alla BCE di chiarire la portata dei propri atti allo scopo di controllarne la conformità al mandato (artt. 263.1 e 296.2 TFUE; art. 35.1 St. BCE). Diversamente, alla BCE sarebbe riconosciuta una completa autonomia in ordine alla scelta dei propri obiettivi, che, invece, sono definiti dai Trattati, oltreché degli strumenti per raggiungerli, che, invece, sono soggetti al limite della ragionevolezza/proporzionalità.

Rispetto all'esercizio di tale scrutinio, la CGUE non dovrebbe limitarsi a censurare manifesti errori di valutazione (causa *Gauweiler*, C-62/14, §§ 68, 74, 81; causa *Weiss*, C-493/17, §§ 24, 78), bensì sviluppare le competenze necessarie per verificare se e come le valutazioni di interessi contrapposti siano state oggetto di bilanciamento (J. Öberg, *The German Federal Constitutional Court's PSPP Judgment: Proportionality Review Par Excellence in European Law Blog*, 2 giugno 2020); a questo scopo, l'ostensione, eventualmente anche *ex post*, degli atti preliminari a una decisione garantirebbe la trasparenza necessaria a verificare se e da quali ponderazioni essa sia stata preceduta. Tale elemento è richiamato dal BVerfG anche per la diversa questione dell'idoneità del c.d. *blackout period* a evitare l'aggiramento del divieto di finanziamento monetario (§§ 190-191).

Una concezione giudiziaria della *accountable independence* (P. Magnette, *Towards Accountable Independence? Parliamentary Controls of the European Central Bank and the Rise of a New Democratic Model in European Law Journal*, 2000, pp. 326-340) presta naturalmente il fianco a critiche circa l'effettività di un sindacato fondato su parametri esclusivamente procedurali (M. Dawson, A. Maricut-Akbik, A. Bobić, *Reconciling Independence and Accountability at the European Central Bank: The False Promise of Proceduralism*, in *European Law Journal*, 2019, pp. 75-93), ma anche in ordine alla capacità di una Corte di entrare nel merito dei bilanciamenti; del resto, però, persino chi è scettico rispetto a quest'ultima ipotesi (M. Goldmann, *Adjudicating Economics? Central Bank Independence and the Appropriate Standard of Judicial Review in German Law Journal*, 2014, pp. 272-274) non esclude l'opportunità quantomeno di un controllo di razionalità intrinseca o di coerenza. Al netto di ogni critica, il monito del BVerfG iscrive l'illustrazione in dettaglio degli atti normativi e la valutazione dei loro effetti nello *statuto epistemologico* della democrazia europea. Nemmeno la BCE può pretendere di sottrarsi.

GIOVANNI BOGGERO è ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Torino.