

DIRITTO E SOCIETÀ

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

III serie - 4/2014

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli

Direttore responsabile

Beniamino Caravita di Toritto

Antonio D'Atena

Massimo Luciani

Franco Modugno

Giuseppe Morbidelli

Marco Ruotolo

Federico Sorrentino

Comitato scientifico

Marino Breganze

Giuseppe Caia

† Piero Alberto Capotosti

Paolo Carnevale

Marta Cartabia

Giuseppe de Vergottini

Pietro Giuseppe Grasso

Guido Greco

Natalino Irti

Anne-Marie Le Pourhiet

Stelio Mangiameli

Leopoldo Mazzaroli

Manlio Mazziotti

Fabio Merusi

Jorge Miranda

Giovanni Sartori

Dian Schefold

Franco Gaetano Scoca

Gaetano Silvestri

Aldo Travi

Redazione

Francesco Crisafulli

Daniele Chinni

Tatiana Guarnier

SOMMARIO 4/2014

saggi

- Antonio D'Atena, *Passato, presente... e futuro delle autonomie regionali speciali* 679
- Gladio Gemma, *Ratio della rappresentanza politica: il buongoverno* 699
- Alessandro Pace, *Informazione: valori e situazioni soggettive* 735
- Giovanni Zampetti, *Problemi di costituzionalità (e di conformità al diritto dell'Unione) della "nuova" mediazione civile obbligatoria: diritto alla tutela giurisdizionale e principio di proporzionalità* 773

osservatorio

- Zhai Yuanjian, *Quadro generale sulle fonti del diritto privato in Cina* 805
- Mauro Palma, *Un antico rapporto: matematica, logica e diritti fondamentali* 833

attualità

- Cécile Regourd, Giuliano Serges, *La metropoli nel sistema autonomistico francese. Spunti per uno studio di diritto costituzionale comparato* 851

SAGGI

Antonio D'Atena

PASSATO, PRESENTE... E FUTURO DELLE AUTONOMIE REGIONALI SPECIALI*

SOMMARIO: 1. La specialità come tratto specifico del primo regionalismo storico. – 2. Il modello italiano e il doppio circuito di autonomie regionali: tra *ratio* derogatoria e *ratio* traslativa. – 3. La prima stagione del regionalismo italiano: le Regioni speciali nel contesto dell'inattuazione del regionalismo ordinario. – 4. La seconda stagione: l'istituzione delle Regioni ordinarie e la rincorsa dell'autonomia ordinaria da parte delle Regioni speciali. – 5. La terza stagione: la preparazione della riforma costituzionale del titolo V. – 6. La quarta stagione: la riforma costituzionale del titolo V e la sua attuazione. – 7. La quinta stagione: le prospettive di una ulteriore riforma costituzionale, tra compressione dell'autonomia ordinaria e potenziamento (relativo) del regionalismo speciale.

1. *La specialità come tratto specifico del primo regionalismo storico*

È sufficiente una sommaria analisi comparatistica per rendersi conto che le autonomie speciali sono le autonomie regionali che più pienamente corrispondono alle ragioni originarie del regionalismo, e che, più chiaramente, ne marcano le differenze con il federalismo. Differenze – come vedremo – non trascurabili, dovute alla diversità dei processi storici di formazione.

Com'è noto, il percorso da cui prendono vita gli Stati federali (o, più esattamente: gli Stati federali “classici”) è un percorso di tipo centripeto. Alla cui origine si colloca la decisione di più Stati sovrani di dar vita ad uno Stato composto, del quale essi siano elementi costitutivi. Frequentemente

* Lo studio trae origine dalla prolusione tenuta dall'a. al Convegno dal titolo “Le Regioni ad autonomia speciale e il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria”, Università di Trento, Facoltà di Giurisprudenza e Trentino School of Management, 23.5.2014. Esso è destinato alla Raccolta di studi in onore di Gaetano Silvestri.

mente – soprattutto nelle esperienze più antiche – in questo percorso s'inserisce un momento intermedio, di tipo confederale.

Questa direzione (questo verso) del processo lascia nella disciplina costituzionale le sue stigmate.

Basti pensare che nelle Federazioni non c'è bisogno di una disciplina costituzionale che negli Stati regionali è assolutamente imprescindibile: la disciplina rivolta alla “costituzione” delle entità sub-statali (alla loro individuazione o al loro processo di formazione). Gli Stati che tengono a battesimo lo Stato composto, infatti, essendo entità ad esso preesistenti, non hanno bisogno di essere “costruiti” dalla Costituzione, poiché è la storia che li ha forgiati.

Nelle Costituzioni federali, inoltre, la disciplina delle competenze trova normalmente espressione nell'enumerazione delle competenze della Federazione. Si tratta – per usare la terminologia del federalismo statunitense – di competenze ad essa “delegate” dagli Stati membri¹, i quali, non solo rimangono “Stati”, mantenendo, con l'attributo della statualità, l'intero spettro di funzioni ad esso connesso (compreso il potere di darsi proprie “costituzioni”), ma sono accomunati dalla competenza generale (o residuale). Il che crea tra essi una condizione di fondamentale eguaglianza. È vero che nelle esperienze federali si rinvencono talora elementi di asimmetria². Essi, però, non mettono in discussione le linee portanti del modello.

Invece, nel caso del regionalismo il processo è inverso. Il punto di partenza è costituito da Stati di tipo unitario centralizzato, che, nel corso della propria storia, danno vita ad un sistema regionale. In genere, sono spinti a questo passo dall'esistenza, al loro interno, di comunità che, per loro caratteristiche specifiche (si pensi – ad esempio – al fattore linguistico), aspirano a spazi di autonomia.

Come si vede, quindi, la Costituzione dello Stato regionale compie un'operazione di segno opposto rispetto alla Costituzione federale. Poiché, da un lato, individua, in termini *costitutivi*, le Regioni (o, almeno, ne disciplina la nascita), d'altro lato, ne identifica le competenze, o, comun-

¹ Su questa terminologia: D'ATENA, *Conclusioni*, 246, in BALDUZZI, LUTHER (a cura di), *Dal federalismo devolutivo alla spending review*, Milano 2013.

² PALERMO, ZWILLING, KÖSSLER (a cura di), *Asymmetries in Constitutional Law*, Bolzano 2009. Sull'asimmetria originaria del *Reich* tedesco: LUTHER, *Momenti di devoluzione nel federalismo tedesco?*, in BALDUZZI, LUTHER (a cura di), *Dal federalismo devolutivo alla spending review*, cit., 207.

que, prevede le modalità attraverso cui queste possono essere fissate. La tecnica è quindi quella della enumerazione *regionale* delle competenze.

È, inoltre, il caso di sottolineare che il primo regionalismo storico – il regionalismo spagnolo della seconda Repubblica³ – non dotava le Regioni di competenze identiche, ma creava le condizioni perché le attribuzioni regionali fossero reciprocamente differenziate.

Si tratta del modello del “vassoio dei formaggi” (*tabla de quesos*), accolto anche dalla Costituzione spagnola vigente: quella del 1978. Alla sua stregua, il compito della Costituzione non è di allocare le competenze regionali, ma di dettare una disciplina preliminare di tipo strumentale: individuando un repertorio di possibili materie e demandando la scelta della “dieta” competenziale delle singole Regioni ai rispettivi statuti. I quali, delimitando complementariamente le competenze dello Stato centrale, richiedono l’accordo con quest’ultimo (e, quindi, l’approvazione del Parlamento nazionale).

Di qui la “specialità” di tutte le Regioni, la quale, ovviamente, non esclude fenomeni, anche marcati, di mimetismo statutario. Ma il mimetismo non è mai totale. E, comunque, la struttura del sistema è tale da consentire che tra le singole Regioni (o, secondo la terminologia attuale: tra le singole “Comunità autonome”) ci siano differenze anche molto rilevanti.

Oggi il territorio spagnolo è interamente regionalizzato, quantomeno nella parte europea, ma la regionalizzazione integrale non era considerata necessaria dalla Costituzione. La quale non ha elencato le Regioni, ma, al pari della Costituzione del 1931, ha disciplinato il processo della loro eventuale (si ripete: *eventuale*) costituzione: un processo di autoidentificazione dal basso, affidato all’iniziativa delle Province⁴.

Secondo tale modello, quindi, sia l’*an* della regionalizzazione (la nascita delle singole Regioni), sia il suo *quomodo* (le competenze di cia-

³ Può essere il caso, per inciso, di ricordare che un assetto regionale anteriore – quello disegnato dalla Costituzione peruviana del 1920 – non poteva considerarsi un autentico precedente, poiché le Regioni peruviane non erano dotate di potere legislativo. Con la conseguenza – come sottolineava argutamente un giornalista peruviano dell’epoca – che l’unica cosa che la Costituzione aveva regionalizzato fosse la retorica parlamentare (la notizia è fornita da GARCÍA BELAUNDE, *La descentralización en el Perú actual*, in *www.issirfa.cnr.it*, sub ‘Esperienze straniere’, ‘Perù’). Le Regioni spagnole, invece, erano Regioni in senso pieno, disponendo di competenze autenticamente legislative. Esse, peraltro, ebbero vita brevissima, essendo state travolte dal franchismo, da cui fu ripristinato lo Stato unitario centralizzato.

⁴ Art. 143.

scuna) non sono direttamente determinati dalla disciplina costituzionale. La quale deve, quindi, attrezzarsi per l'eventualità che non tutte le Regioni vengano effettivamente istituite (o che, comunque, non tutte dispongano delle stesse competenze). Di qui, la previsione di una competenza legislativa statale non ridimensionata dalla previsione di Regioni con potestà legislative: di una competenza statale, cioè, che può avere ad oggetto tutte le materie.

Per coniugare una competenza di questa estensione con l'esistenza di più legislatori regionali, la Costituzione si affida alla tecnica della *preferenza*. Conferisce, pertanto, agli atti legislativi dello Stato carattere suppletivo (o suppletorio, per riecheggiare la terminologia spagnola), prevedendone la recessività nei confronti della legislazione delle entità regionali⁵. Una recessività subordinata alla sussistenza di due ovvie condizioni: che la Regione (oggi la Comunità autonoma) sia titolare, in base allo statuto, di competenza nelle singole materie toccate da atti legislativi dello Stato; che essa, legiferando, abbia fatto concretamente uso della competenza statutariamente assegnata. Va peraltro segnalato che, nella concreta esperienza giurisprudenziale, questo modello ha subito un'evoluzione di segno italiano. Poiché il Tribunale costituzionale è giunto alla conclusione che, nelle materie in cui *tutte* le regioni hanno potestà legislativa, lo Stato perda la competenza suppletiva riconosciutagli in termini generali dalla Costituzione⁶.

Dal modello spagnolo è stato ispirato un altro regionalismo europeo: il regionalismo portoghese, nel quale sono, peraltro, visibili anche influenze italiane. Si tratta, comunque, di un regionalismo piuttosto debole e territorialmente molto circoscritto, trovando espressione in due sole entità regionali, corrispondenti ai due arcipelaghi atlantici delle Azzorre e di Madera. È vero che la Costituzione prevedeva anche Regioni ad autonomia ordinaria (le c.d. Regioni amministrative). Ma esse non sono mai venute ad esistenza. Con la conseguenza che il Portogallo rimane uno Stato unitario centralizzato, con due autonomie regionali speciali⁷.

⁵ Art. 149, comma 3, Cost.

⁶ Il Tribunale costituzionale, infatti, dal 1997 (*Sentencia* n. 61/1997), dichiara l'illegittimità della legislazione statale nelle materie che gli statuti d'autonomia assegnano alla competenza esclusiva di *tutte* le Comunità autonome.

⁷ Tanto che SALEMA D'OLIVEIRA MARTINS, *Il regionalismo portoghese*, in D'ATENA (a cura di), *I cantieri del federalismo in Europa*, Milano 2008, 317, può parlare di "mancato regionalismo portoghese".

2. *Il modello italiano e il doppio circuito di autonomie regionali: tra ratio derogatoria e ratio traslativa*

Se si muove da queste premesse, può considerarsi non casuale che in Italia il regionalismo sia stato inaugurato proprio da enti regionali di tipo speciale, il cui primo embrione va ravvisato nell'amministrazione autonoma della Valle d'Aosta: un ente territoriale *sui generis*, eccentrico rispetto agli *standard* della coeva organizzazione amministrativa dello Stato.

Al caso valdostano si affiancavano i casi sardo e siciliano, anche se in essi la scelta organizzativa era diversa. Per ciascuno dei due territori, infatti, si procedette alla nomina di un Alto Commissario, affiancato, da un certo momento in poi, da una Consulta regionale, che, rappresentando le forze politiche e sociali della rispettiva isola, aveva la funzione di fornire di una sponda, in qualche modo, democratica il vertice governativo dell'Amministrazione.

È peraltro noto che il parallelismo di vicende è venuto meno quando la Sicilia ha spiccato il volo, per effetto dell'elaborazione, da parte della Consulta regionale, di una proposta di statuto, che, inizialmente approvata dallo Stato con un decreto legislativo⁸, successivamente, nel mese di *prorogatio* assegnato all'Assemblea costituente per adottare gli statuti regionali speciali⁹, è stata da questa costituzionalizzata¹⁰.

Ma – com'è noto – la scelta dei nostri padri costituenti non è stata quella di limitare il regionalismo alle entità ad autonomia speciale (comprendenti, oltre a quelle appena ricordate, il Trentino-Alto Adige/*Südtirol*, articolato nelle due Province autonome, e la Regione Friuli-Venezia Giulia). Essi, infatti, hanno disegnato un sistema misto, mediante la previsione, accanto alle autonomie speciali, dell'autonomia ordinaria, riconosciuta alle restanti 15 Regioni.

I due tipi di autonomia hanno tratto ispirazione da due diversi modelli storici: da un lato, il regionalismo spagnolo, che, in Assemblea costituente, ha trovato il proprio massimo mediatore culturale in Gaspare Ambrosini; dall'altro, il federalismo mitteleuropeo, soprattutto weimariano e austriaco, veicolato nell'Assemblea dal drappello di costituzionalisti, che – come Costantino Mortati – avevano particolare familiarità con la dottrina di lingua tedesca¹¹.

⁸ D.lgs. 15 maggio 1946, n. 455.

⁹ ... *ex XVII disp. trans. e fin Cost.*

¹⁰ L. cost. n. 2/1948.

¹¹ Su questa duplice ascendenza, D'ATENA, *Tra Spagna e Germania. I modelli storici*

Per effetto di questo doppio *imprinting*, gli artefici della Costituzione, per un verso, hanno consolidato e sviluppato gli embrioni o gli spazi di autonomia speciale risalenti all'esperienza precostituzionale, riconoscendo ai singoli statuti speciali la funzione di identificare le competenze delle rispettive Regioni¹²; per altro verso, hanno introdotto l'autonomia ordinaria, che, sia pure ad enumerazione rovesciata rispetto ai modelli federali, presenta alcuni tratti comuni con questi. Per mutuare ancora una volta una metafora spagnola, il modello accolto per quest'ultima può essere espresso con la formula "caffè per tutti" (*café para todos*). Per effetto di esso, nonostante le differenze, anche profonde, sussistenti tra le singole realtà regionali, il trattamento competenziale riservato agli enti in cui esse trovano la propria proiezione istituzionale è identico.

Questa scelta lascia chiaramente trasparire che l'obiettivo perseguito mediante l'introduzione dell'autonomia ordinaria non è stato soltanto quello di riconoscere a certi territori e a certe realtà spazi di autonomia, quanto anche quello di alleggerire lo Stato di propri compiti: anzitutto, decongestionandone l'attività legislativa (limitata, nelle materie regionali, alla fissazione dei principi fondamentali); inoltre, riducendone l'impegno sul versante amministrativo (per effetto dello spostamento di numerose funzioni a livello regionale e locale). Il rapporto tra questi obiettivi e la creazione di un regime competenziale comune non può sfuggire. È, infatti, evidente che solo una disciplina destinata ad applicarsi a tutte, indistintamente, le Regioni¹³ consente allo Stato di liberarsi di competenze. Su queste basi, in dottrina, si distingue la *ratio* traslativa, che presiede

del regionalismo italiano, in MANGIAMELI (a cura di), *Il regionalismo italiano tra tradizioni unitarie e processi di federalismo. Contributo allo studio della crisi della forma di Stato in Italia*, Milano 2012 (nonché in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Bari 2012); ID., *Federalismo e regionalismo*, in CAPPELLINI, COSTA, FIORAVANTI, SORDI (a cura di), *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma 2012.

¹² ... statuti, tuttavia, a differenza degli omologhi spagnoli, non concordati con lo Stato, ma dettati da questo, nella forma della legge costituzionale. È, peraltro, da segnalare che a questa scelta, che è quella originaria, è stato apportato successivamente, dalla l. cost. n. 2/2001, un, pur debole, correttivo, prevedendosi il parere obbligatorio del Consiglio regionale in merito agli emendamenti statutari di provenienza governativa o parlamentare.

¹³ Sull'applicabilità dell'art. 117 Cost. anche alle Regioni speciali, sia consentito il riferimento a D'ATENA, *L'autonomia legislativa delle Regioni*, Roma 1974., 150 ss.; ID., *La parabola delle autonomie speciali*, in AA.VV., *La Sicilia e le altre Regioni a Statuto speciale davanti ai problemi delle autonomie differenziate* (Atti del Convegno organizzato a Palermo nei giorni 6-7 maggio 1983 dall'Assemblea Regionale Siciliana), Palermo 1984 (nonché in ID., *Costituzione e Regioni. Studi*, Milano 1991, 388 ss.).

all'autonomia ordinaria (in virtù della quale alle *competenze* delle Regioni corrispondono simmetriche *incompetenze* dello Stato), dalla *ratio* derogatoria, propria delle autonomie speciali (in nome della quale gli enti che ne sono titolari sono abilitati a delimitare territorialmente l'efficacia di leggi adottate dallo Stato nella pienezza della sua competenza)¹⁴.

Se ci si chiede perché l'Assemblea costituente, nonostante la creazione dell'autonomia ordinaria, abbia mantenuto (e potenziato) le autonomie speciali, non può non farsi riferimento agli elementi pregiudiziali che hanno presieduto alla nascita dei primi embrioni di specialità.

In proposito, illuminante è la formula usata dall'atto che ha introdotto la prima entità protoregionale: l'amministrazione autonoma della Valle d'Aosta¹⁵. Il quale fa riferimento alle "condizioni del tutto particolari" della realtà valdostana: condizioni geografiche, economiche e linguistiche. È, infatti, noto che, anche se non sempre congiuntamente, le medesime condizioni, unitamente a fattori ulteriori, come i movimenti autonomistici e separatistici sviluppatasi nel periodo transitorio, hanno presieduto all'individuazione delle altre entità regionali speciali.

Tutto ciò è spia di un altro elemento pregiudiziale della massima importanza: le radici antropologico-culturali degli enti ad autonomia speciale, i quali si fondano su solide identità collettive, di cui costituiscono la proiezione istituzionale¹⁶. Un elemento, che, atteso il metodo di individuazione delle Regioni ordinarie, meccanicamente costruite sul calco dei preesistenti compartimenti statistici, non è dato sempre riscontrare in queste ultime, le quali scontano frequentemente un non trascurabile

¹⁴ D'ATENA, *L'autonomia legislativa delle Regioni*, cit., 155 ss.

¹⁵ Art. 1 d. lgs. lgt. 7 settembre 1945.

¹⁶ Sottolinea questo aspetto, con riferimento alle nostre Regioni ad autonomia speciale, SILVESTRI, G., *Le autonomie regionali speciali: una risorsa costituzionale da valorizzare* (discorso tenuto dal Presidente Silvestri in occasione della seduta solenne in ricordo del 50° dell'Assemblea legislativa regionale, Trieste 26 maggio 2014), in *www.cortecostituzionale.it*, 8. Sui termini generali del problema è d'obbligo il riferimento a HÄBERLE, *Problemi attuali del federalismo tedesco*, in D'ATENA (a cura di), *Federalismo e regionalismo in Europa*, Milano 1994; HÄBERLE, , *Der Regionalismus als werdendes Strukturprinzip des Verfassungsstaates und als europarechtspolitische Maxime*, in *Arch. des öff. Rechts* (118), 1993. Nella letteratura italiana: MABELLINI, *Identità culturale e dimensione territoriale delle Regioni in Europa*, Milano 2008. Sul ruolo della componente culturale negli Stati federali multinazionali, da ultimo: GAGNON, *Oltre la "nazione" unificatrice (in difesa del federalismo multinazionale)*, trad. di F. Torchi, Bologna 2008. Sui termini della questione in Italia: BARTOLE (a cura di), *Le Regioni alla ricerca della loro identità culturale e storica*, Milano 1999. Per una comparazione tra il caso sardo e quello scozzese: DEMURO, MOLA, RUGGIU, *Identità e autonomia in Sardegna e Scozia*, Rimini 2013.

tasso di artificialità¹⁷. Ciò, peraltro, non ha impedito che, dopo più di un quarantennio di concreto funzionamento, esse abbiano gettato radici nelle collettività sottostanti, divenendo, così, fattore costitutivo di identità collettive¹⁸.

3. *La prima stagione del regionalismo italiano: le Regioni speciali nel contesto dell'inattuazione del regionalismo ordinario*

La storia successiva è storia nota.

Il regionalismo disegnato dalla Costituzione ha avuto per vent'anni un'attuazione zoppa. Infatti, la mancata realizzazione – a dispetto della tempistica prevista dai padri costituenti¹⁹ – delle Regioni ad autonomia ordinaria ha fatto sì che, sino al 1970, le sole Regioni esistenti e concretamente operanti fossero le Regioni a statuto speciale.

Tale circostanza ha pesato negativamente sulla condizione di queste ultime. Per la ragione che l'autonomia loro attribuita. La quale era configurata dalla Costituzione come un *plus* rispetto all'autonomia ordinaria (in cui avrebbe dovuto trovare il proprio correlato sistematico), in mancanza di quest'ultima, si è dovuta rapportare ad uno Stato che manteneva

¹⁷ Sul punto: D'ATENA, *Beiträge zur Diskussion*, in FLEINER-GERSTER (a cura di), *Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft. Eine neue Herausforderung an die europäische Verfassung. Wissenschaftliches Kolloquium zu Ehren des 60. Geburtstages von Peter Häberle in Disentis*, Fribourg 1995. In generale, sulla questione: PEDRAZZA GORLERO, *Le variazioni territoriali delle Regioni. Contributo allo studio dell'art. 132 della Costituzione*, vol. I, *Regioni storiche e regionalismo politico nelle scelte dell'Assemblea costituente*, Padova 1979; ID., *Art. 131*, in BRANCA, PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione. Art. 128-133*, Bologna-Roma, 1990; BARTOLE (a cura di), *Le Regioni alla ricerca della loro identità culturale e storica*, cit.; D'ATENA, *Il territorio regionale come problema di diritto costituzionale*, in *Rass. parl.*, n. 4/2008, 916; MABELLINI, *Identità culturale e dimensione territoriale delle Regioni in Europa*, cit., 45 s.

¹⁸ Ciò trova conferma nel fatto che le ipotesi di radicale riarticolazione dell'impianto regionale avanzate in sede politica nazionale (ci si riferisce soprattutto all'idea di sostituire le Regioni esistenti con macroregioni) non abbiano, sino ad ora, trovato seguito in iniziative dei comuni (secondo quanto richiede l'art. 132, comma 1, Cost., che subordina l'avvio del procedimento a richieste di un numero di Consigli comunali corrispondente ad almeno un terzo delle popolazioni interessate).

¹⁹ Com'è noto, entro un anno dall'entrata in vigore della Costituzione, si sarebbero dovute tenere le elezioni dei Consigli regionali (VIII disp. trans. e fin Cost., comma 1), mentre entro tre anni la legislazione statale avrebbe dovuto essere adeguata alle esigenze dell'autonomia locale ed alla competenza legislativa attribuita alle Regioni (IX disp. trans. e fin Cost.).

il suo originario assetto centralistico. E, in questo contesto, ha finito per essere intesa come un'autentica eresia. A ciò si deve – ad esempio – il totale smantellamento dello statuto siciliano ad opera della giurisprudenza costituzionale²⁰. La quale, rapportandone la specialità (che era una doppia specialità) alla realtà di uno Stato all'epoca in nessun modo scalfito dal riconoscimento costituzionale di un sistema di regionalismo integrale, ne ha ignorate le potenzialità. Potenzialità, che, per converso, non erano sfuggite, prima della sua soppressione, all'Alta Corte della Regione siciliana²¹.

In questa sede non è il caso di passare in rassegna tutte le scelte interpretative che hanno presieduto alla "normalizzazione" delle autonomie speciali. Non può, però, non ricordarsi una concezione, la quale ha impedito l'immediato decollo degli enti che ne erano dotati: la tesi dell'efficacia differita degli statuti (o, più esattamente, dell'efficacia differita della disciplina delle competenze in essi contenuta).

Alla stregua di essa, l'entrata in vigore dello statuto non avrebbe avuto come immediato effetto il passaggio delle competenze dallo Stato alla Regione. Si assumeva, infatti, che tale passaggio fosse subordinato all'adozione dei decreti di attuazione statutaria chiamati a disporlo materia per materia.

La tesi era esatta per le competenze amministrative, le quali, necessitando di "copertura amministrativa"²², non possono essere assunte dalla Regione, prima che lo Stato gliela trasferisca, unitamente ai mezzi necessari (ed al personale da dedicare ad esse)²³. Non era invece esatta per le competenze legislative, al cui esercizio sarebbe stata sufficiente la costituzione degli organi regionali, a seguito dell'elezione dei Consigli e di

²⁰ Sul punto e sull'intera vicenda, spec. MARTINES, *Lo Statuto siciliano oggi*, in *La Sicilia e le altre Regioni a Statuto speciale davanti ai problemi delle autonomie differenziate*, n. 20 del *Quaderni dell'A.R.S.*, Palermo 1984; ID., *La parabola delle Regioni*, in *L'autonomia regionale siciliana tra regole e storia*, n. 30 dei *Quaderni dell'A.R.S.*, Palermo 1983; D'ATENA, *Dalla "costituzionalizzazione" alla "dissoluzione" dello statuto siciliano (riflessioni sull'elaborazione giurisprudenziale del primo ventennio)*, in ISTITUTO GRAMSCI SICILIANO – SEZIONE GIURIDICA, *Lo Statuto siciliano dopo 40 anni*, Padova 1990 (nonché in *Giur. cost.*, 1990 ed in ID., *Costituzione e Regioni*, cit., 361 ss.).

²¹ Per una rassegna: D'ATENA, *Dalla "costituzionalizzazione" alla "dissoluzione" dello statuto siciliano (riflessioni sull'elaborazione giurisprudenziale del primo ventennio)*, cit., 364 ss.

²² Sulla nozione: BETTINI, *Il teorema della copertura amministrativa delle leggi*, in *Sociol. dir.*, 1990.

²³ VIII disp. trans. e fin. Cost., commi 2 e 3.

quella, da parte di questi ultimi (secondo la disciplina dell'epoca), delle Giunte²⁴.

D'altra parte, non si sarebbe potuto sostenere che, per effetto del principio del parallelismo delle funzioni, all'Amministrazione dello Stato fosse inibito applicare norme legislative regionali. E che, conseguentemente, la Regione sarebbe stata in grado di legiferare solo quando, a seguito del prescritto trasferimento delle funzioni, fosse stata messa in condizione di esercitare le proprie competenze amministrative. E, quindi, di dare esecuzione alle proprie leggi.

Che la fondatezza di quest'ultimo assunto fosse tutt'altro che certa, era confermato dalla coeva disciplina costituzionale della delega dallo Stato alle Regioni. La quale, contemplando tanto la delega legislativa (o normativa)²⁵ quanto la delega amministrativa²⁶ e non richiedendo che esse fossero esercitate congiuntamente, rendeva possibile che norme adottate dalle Regioni in forza di delega legislativa venissero applicate da apparati amministrativi decentrati dello Stato²⁷.

D'altra parte, è molto significativo che, quando sono state concretamente realizzate le Regioni ad autonomia ordinaria, l'art. 17, comma 5, della legge n. 281/1970 (*provvedimenti finanziari per l'attuazione delle Regioni a Statuto ordinario*) avesse previsto che, trascorso il primo biennio senza che fossero state adottate norme di trasferimento delle funzioni, le neocostituite Regioni potessero legiferare nelle materie loro assegnate dalla Costituzione: dando, così, vita a discipline della cui esecuzione in via amministrativa, in attesa del trasferimento predetto, si sarebbe dovuto dar carico lo Stato, attraverso le strutture da esso dipendenti.

4. *La seconda stagione: l'istituzione delle Regioni ordinarie e la rincorsa dell'autonomia ordinaria da parte delle Regioni speciali*

Se, per le ragioni appena richiamate, sulle autonomie speciali ha pesato il ritardo nell'attuazione dell'autonomia ordinaria, non è da credere

²⁴ Per l'affermazione che le attribuzioni degli organi costituzionali delle Regioni (ivi, quindi, ovviamente comprese le attribuzioni di tipo legislativo) potessero essere esercitate indipendentemente da qualsivoglia trasferimento: SANDULLI, A.M., *Sulla gestione dei beni statali attribuiti alla Regione siciliana*, in *Foro it.*, 1950, I, 4.

²⁵ Art. 117, comma 2, Cost.

²⁶ Art. 118, comma 2, Cost.

²⁷ Cfr. D'ATENA, *Funzione III) Funzioni amministrative delle Regioni*, in *Encicl. giur. Treccani*, XIV, Roma 1989, 1.2.1.2 (anche in ID., *Costituzione e Regioni*, cit., 247).

che la loro situazione si sia normalizzata quando le Regioni ordinarie hanno fatto concretamente il proprio ingresso sulla scena istituzionale, passando dalla condizione di soggetti “virtuali” a quella di soggetti “reali”²⁸.

In tale stagione, infatti, le Regioni ordinarie, costituendosi in gruppo di pressione unitario, sono diventate il traino del regionalismo, ottenendo risultati che le Regioni speciali non avevano mai conseguito. Risultati non entusiasmanti nei primi anni, ma certamente molto significativi a seguito del decreto 616/1977. Il quale, sia pure andando al di là di quanto previsto dalla Costituzione²⁹, ne potenziò enormemente le dotazioni competenziali.

Da questo processo gli enti ad autonomia speciale sono rimasti completamente tagliati fuori. Essi, infatti, restando isolati nella propria specialità, hanno seguito a trattare singolarmente con lo Stato, il quale – per riprendere un’immagine di Livio Paladin – nei loro confronti operava come l’ultimo degli Orazi, che, evitando di battersi con i tre Curiazi contemporaneamente, ne ebbe ragione *singulatim*.

In conseguenza di ciò, le Regioni speciali, non solo non hanno esercitato alcuna influenza sull’elaborazione del decreto 616, ma ne sono state praticamente ignorate, avendo questo dettato una disciplina riferita alle sole Regioni ordinarie. Ciò è confermato, sia dal chiarimento che, nel suo *corpus*, il termine “Regione” fosse usato come sinonimo di Regione ad autonomia ordinaria³⁰, sia dalla circostanza che, quando esso ha eccezionalmente ritenuto di contemplare anche gli enti ad autonomia differenziata, abbia sentito il bisogno di farlo espressamente³¹.

Mancato l’appuntamento con il decreto 616, le Regioni speciali si sono dovute impegnare nell’affannoso inseguimento dell’autonomia delle Regioni ordinarie, scandito da norme di attuazione che le hanno

²⁸ ... per esprimersi con le parole di una splendida sentenza a firma Crisafulli: Corte cost., sent. n. 39/1971.

²⁹ D’ATENA, *Il completamento dell’ordinamento regionale. Profili di costituzionalità del decreto 616 del 1977*, in *Dir. e soc.*, 1978 (nonché in ID., *Costituzione e Regioni*, cit., 333 ss., e in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, II, Milano 1982).

³⁰ Art. 3, comma 2. Del resto, il mandato del legislatore delegato era – come chiariva la legge di delega – quello di regolare il passaggio delle competenze, limitatamente alle “regioni a statuto ordinario” (art. 1, comma 1, l. n. 382/1975).

³¹ Così l’art. 113, comma 14, in materia di enti nazionali e interregionali, il quale prevedeva che i rappresentanti regionali nella Commissione tecnica chiamata ad elaborare schemi di decreto da sottoporre alla Commissione parlamentare per le questioni regionali dovessero essere scelti all’interno di rose proposte da ciascuna Regione ordinaria e da ciascuna Regione speciale.

rese tardivamente ed in parte partecipi dei risultati ottenuti da queste ultime.

5. *La terza stagione: la preparazione della riforma costituzionale del titolo V*

La terza stagione della vicenda è quella dell'elaborazione della riforma del tit. V Cost. che sarebbe culminata nelle leggi costituzionali n. 1/1999 e n. 3/2001.

Agli artefici della riforma, le Regioni ad autonomia speciale ponevano problemi di estrema complessità.

Basti considerare che, una volta rovesciata l'enumerazione delle competenze legislative, il mantenimento dell'autonomia speciale nella sua originaria consistenza avrebbe posto gli enti che ne erano dotati in posizione deteriore rispetto agli altri. Per l'evidente ragione che le competenze individuate dai rispettivi statuti, con tecnica enumerativa, avevano un'estensione decisamente inferiore rispetto a quelle assicurate alle Regioni ad autonomia ordinaria dalla clausola residuale.

D'altra parte, l'idea di eliminare i regimi differenziati, assoggettando all'autonomia ordinaria tutte, indistintamente, le Regioni – pure avanzata in dottrina³² – non sarebbe stata politicamente praticabile. Il che avrebbe, però, aperto un altro delicato problema politico, poiché le Regioni ordinarie a più elevato gettito fiscale erano (e sono) sempre meno disposte a finanziare il più favorevole trattamento finanziario delle Regioni speciali³³.

³² Per riflessioni critiche sul mantenimento delle autonomie speciali nel quadro del rovesciamento dell'enumerazione delle competenze proposto, all'epoca, dalla Commissione Bicamerale De Mita-Iotti: D'ATENA, *Intervento*, in ISR-CNR, *Forme di Stato e ordinamento regionale* (Forum svoltosi a Roma, il 9.11.1992), Roma 1993, 23 ss.; RUGGERI, *Intervento*, *ibidem*, 96 s.; DE MARTIN, *Intervento*, *ibidem*, 109; D'ATENA, *La vicenda del regionalismo italiano ed i problemi della transizione al federalismo*, in ID. (a cura di), *Federalismo e regionalismo in Europa*, Milano 1994, 236 s. V., peraltro, per la tesi secondo cui le autonomie speciali si configurerebbero come un limite alla revisione costituzionale: SILVESTRI, G., *Le autonomie regionali speciali: una risorsa costituzionale da valorizzare*, cit., 9: “così come la creazione di Regioni a statuto speciale non è stata l'effetto di pure volizioni politiche, ma è stata un portato della storia, allo stesso modo non è possibile la loro cancellazione per pura volontà politica”.

³³ Di autentico “privilegio finanziario” delle autonomie speciali parla ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, Milano 2000. Per una diversa valutazione: CEREJA, *Le autonomie speciali. L'altra versione del regionalismo fra squilibri finanziari e possibile equità*, Mi-

La riforma costituzionale del 2001 si è fatta carico di queste esigenze in maniera, tutto sommato, equilibrata: in primo luogo, mantenendo le autonomie speciali preesistenti³⁴, in secondo luogo, introducendo una clausola di equiparazione (o di maggior favore), grazie alla quale agli enti che ne sono dotati si estendono i nuovi spazi di autonomia riconosciuti alle Regioni ordinarie³⁵, in terzo luogo, prevedendo la possibilità che queste ultime accedano a forme di specialità³⁶.

Limitando, per il momento, l'attenzione a quest'ultima previsione, che, non avendo ricevuto concreta applicazione, non ha giocato un ruolo significativo nell'esperienza maturata a seguito dell'entrata in vigore del tit. V novellato, può ricordarsi che essa presenta carattere fortemente controverso. Tanto che non sono mancati i tentativi di eliminarla³⁷.

In questa sede non è il caso di riprendere tutte le critiche di cui essa è stata fatta oggetto. Le quali si sono soprattutto appuntate sull'eccessiva latitudine delle competenze acquisibili dalla Regione che intenda avvalersene³⁸. Si tratta, infatti, di competenze comprendenti, sia alcuni oggetti rientranti nella competenza esclusiva dello Stato, sia tutte – si badi: *tutte* – le materie di competenza concorrente (il cui catalogo – come noto – abbraccia anche materie di rilievo sicuramente nazionale, come quella denominata “produzione, distribuzione e trasporto *nazionale* dell'energia”).

lano 2013; MARCANTONINI, BALDI, *Regioni a geometria variabile. Quando, dove e perché il regionalismo funziona*, Roma 2013.

³⁴ Art. 116, comma 1.

³⁵ Art. 10 l. cost. n. 3/2001.

³⁶ Art. 116, comma 3, Cost.

³⁷ Così l'art. 50, comma 1, della riforma costituzionale votata dalla maggioranza politica della XIV legislatura e bocciata dal *referendum* popolare del giugno 2006. Nella stessa linea anche l'art. 25 d.d.l.cost. Renzi-Boschi (AS n. 1429), nella versione licenziata dal Consiglio dei Ministri e presentata alla Presidenza del Senato l'8 aprile 2014, il quale, però, è stato successivamente soppresso dal Senato della Repubblica. Nel testo senatoriale, la previsione dell'accesso delle Regioni ad autonomia ordinaria a forme di autonomia speciale viene mantenuta, ancorché modificata: modificata, anzitutto, per adeguarla all'eliminazione della competenza legislativa concorrente, che costituisce una delle novità più significative previste dal d.d.l.cost., inoltre, per superare la riserva alle Regioni dell'iniziativa del procedimento, infine, e soprattutto, per ammettere a fruire della possibilità da essa contemplata le sole Regioni che siano “in condizione di equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio”.

³⁸ D'ATENA, *Sette tesi per il riavvio delle riforme costituzionali*, in *Rassegna parlamentare*, n. 1/2007, nonché in ID., *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*, Torino 2007, 189 s. (e, senza titolo, in NARDELLA (a cura di), *Per una nuova stagione delle riforme istituzionali* (Atti del seminario di studi, Firenze – Fondazione Spadolini Nuova Antologia – 25 settembre 2006), Biblioteca di Nuova Antologia, Firenze 2006).

Ciò che, nell'economia di una riflessione dedicata alle autonomie speciali, interessa porre in luce è lo strabismo di cui la clausola predetta è espressione. Essa, infatti, riferendosi letteralmente alle Regioni ordinarie, taglia fuori dal proprio campo di applicazione gli enti ad autonomia speciale. E si pone, così, in tensione (se non in contraddizione) con la logica che ispira la clausola di equiparazione. Appare, infatti, difficilmente comprensibile per quale ragione la nuova disciplina, per un verso, intendendo evitare penalizzazioni degli enti ad autonomia speciale, estenda ad essi le maggiori competenze riconosciute alle Regioni di diritto comune, e, per altro verso, escludendoli dalla possibilità, concessa a queste ultime, di concordare con lo Stato ampliamenti delle competenze loro spettanti, li faccia oggetto di una discriminazione negativa.

6. *La quarta stagione: la riforma costituzionale del titolo V e la sua attuazione*

La quarta stagione del regionalismo italiano è quella dell'attuazione e dell'applicazione della riforma del tit. V, dovuta alle leggi costituzionali n. 1/1999, n. 3/2001 e, con specifico riferimento alle autonomie speciali, n. 2/2001.

Mantenendo sempre l'obiettivo puntato sulle autonomie speciali, può anzitutto ricordarsi che, in questa fase, in via almeno teorica, si sarebbero potuti porre alcuni problemi sulla portata da riconoscere alla clausola di equiparazione. Che, secondo taluno, si dovrebbe intendere come una clausola salva-autonomie (rivolta, tra l'altro, ad omologare la posizione dei comuni e delle province localizzati nelle Regioni speciali a quella dei medesimi enti ubicati nel restante territorio nazionale)³⁹, mentre, secondo altri, si configurerebbe come una clausola salva-specialità regionale (operante limitatamente alle prerogative e competenze delle Regioni e delle Province autonome)⁴⁰.

³⁹ Spec. DE MARTIN, *La condizione e il ruolo delle autonomie locali nelle Regioni a statuto speciale e nelle Province autonome*, in *Le autonomie locali nelle Regioni a statuto speciale e nelle Province autonome*, n. 20 dei *Quaderni del Formez*, 2004; ID., *Regioni ed autonomie se lo statuto è speciale*, in *Amministrazione civile*, 2004.

⁴⁰ D'ATENA, *Le Regioni speciali ed i "loro" enti locali, dopo la riforma del Titolo V* (relazione al Convegno su "Le autonomie locali nelle Regioni a statuto speciale e nelle Province autonome", Cagliari 20 marzo 2003), in *Le autonomie locali nelle Regioni a statuto speciale e nelle province autonome*, cit., nonché in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. II, Torino 2005, ed in ID., *Le Regioni dopo il Big Bang. Il viaggio continua*, Milano 2005.

La discussione è stata, tuttavia, chiusa dalla Corte costituzionale⁴¹. La quale ha seguito la seconda interpretazione, limitando l'applicazione della clausola alle Regioni (e Province autonome), e correlativamente negando che essa fosse rivolta ad aumentare ecumenicamente le competenze e le prerogative di tutti i livelli di governo presenti nei territori regionali speciali. Una soluzione – può aggiungersi – totalmente condivisibile: non solo per il tenore letterale della clausola predetta, la quale prevede che le ulteriori forme di autonomia si applichino “alle” e non “nelle” Regioni speciali, ma anche – e soprattutto – per la ragione che il sistema delle autonomie costituisce un sistema integrato, nel quale, l'incremento di competenze di un livello comporta normalmente la riduzione di competenze degli altri livelli. In relazione al secondo punto, è sufficiente rilevare, che, se agli enti locali presenti nei territori regionali speciali si fosse esteso il regime competenziale applicabile ai corrispondenti enti localizzati nei territori regionali ordinari, le Regioni speciali sarebbero state private di competenza amministrativa nelle materie sottoposte alla loro potestà legislativa (in forza del principio del parallelismo delle funzioni conservato agli Statuti). Il che significa che esse, lungi dal venire a godere di “forme di autonomia più ampie”, secondo quanto letteralmente prevede la clausola, avrebbero subito una decurtazione delle competenze loro statutariamente assegnate.

In ogni caso, sul piano delle competenze legislative, la specialità delle Regioni speciali ha subito un'attenuazione; sia per effetto dell'estensione ad esse di ulteriori competenze in materie non contemplate dagli statuti (o dell'*upgrading* di competenze in materie statutarie); sia in conseguenza della connotazione assunta dalle competenze finalistiche dello Stato, le quali, essendo rivolte a fissare *standard* minimi innovativi della disciplina, finiscono per valere anche nei confronti delle materie statutarie, in quanto – come la Corte frequentemente riconosce⁴² – norme fondamentali di riforma economico-sociale.

La specialità persiste, tuttavia, praticamente intatta: anzitutto, per quanto riguarda il regime delle competenze amministrative nelle materie

⁴¹ Corte cost., sent. n. 370/2006, sulla quale: MICHETTI, *Regioni speciali e Titolo V: la Corte definisce i confini*, in *Giur.cost.*, 2006, 3881 ss.; TAMBURRINI, *In tema di istituzione del Consiglio delle autonomie locali nelle Regioni a statuto speciale e nelle Province autonome*, *ibidem*, 3888 ss.

⁴² Cfr., ad es., con riferimento, rispettivamente, alle disposizioni legislative statali che individuano le specie cacciabili ed a quelle sui vincoli paesaggistici: Corte cost., sentt. nn. 227/2003 e 164/2009. *Adde*: Corte cost., sentt. nn. 378/2007, 61 e 272/2009, 101/2010.

statutarie (assoggettate – come si è ricordato – al regime del parallelismo delle funzioni), inoltre, per ciò che attiene ai raccordi con lo Stato: si pensi alla partecipazione del Presidente della Regione alle sedute del Consiglio dei Ministri⁴³ o alla composizione delle commissioni “paritetiche” chiamate a concorrere al processo formativo dei decreti di attuazione degli statuti speciali⁴⁴. La specialità persiste, inoltre – salvo quanto

⁴³ In tema, v. specificamente: SALEMI, *La partecipazione del Presidente della Regione siciliana al Consiglio dei Ministri*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, II, Padova 1957; SPAGNA MUSSO, *Il Presidente della Regione nel sistema degli ordinamenti regionali*, Napoli 1961; CUOCOLO F., *Osservazioni sui conflitti di attribuzioni e sulla partecipazione del Presidente regionale siciliano al Consiglio dei Ministri*, in *Giur. cost.*, 1963; AUSIELLO ORLANDO, *Partecipazione del Presidente della Regione al Consiglio dei Ministri*, in *Giur. siciliana*, 1963; DI SALVO, *L'intervento dei Presidenti delle Regioni a statuto speciale alle sedute del Consiglio dei Ministri*, in *Giust. civ.*, 1966; GROTTANELLI DE' SANTI, *Interesse regionale e partecipazione del Presidente regionale al Consiglio dei Ministri*, in *Giur. cost.*, 1968.

⁴⁴ SILVESTRI, G., *Le autonomie regionali speciali: una risorsa costituzionale da valorizzare*, cit., 5 s. sottolinea con forza il ruolo insostituibile che l'attività delle commissioni paritetiche potrebbe rivestire nella prevenzione dei conflitti tra lo Stato e le Regioni speciali. In generale sulle norme d'attuazione degli statuti speciali e sul ruolo delle commissioni predette: GASPARRI, *Natura dei decreti di attuazione degli Statuti regionali e sindacato sulla loro costituzionalità*, in *Riv. dir. proc.*, 1951; BRACCI A., *Le norme di attuazione degli Statuti per le Regioni ad autonomia speciale*, Milano 1961; TRIMARCHI BANFI, *Le disposizioni d'attuazione per gli Statuti regionali*, in AA.VV., *Studi preliminari sulle leggi cornice per le Regioni*, Milano 1968; GRIMALDI, *Le norme di attuazione degli Statuti speciali*, Palermo 1969; D'ATENA, *Potestà regionale integrativa e disposizioni di attuazione degli statuti speciali*, in *Giur. cost.*, 1971; MOR, *Considerazioni sulle norme di attuazione degli statuti delle Regioni ad autonomia differenziata*, in *Le Regioni*, 1981; BARTOLE, *Le norme di attuazione degli statuti speciali come fonte permanente*, *ivi*, 1985; GABRIELE, *Decreti legislativi di attuazione degli statuti speciali*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma 1988; ID., *Sulle ipotesi di non necessità delle norme d'attuazione degli statuti speciali*, in *Giur. cost.*, 1988; PITRUZZELLA, *Modifiche delle norme di attuazione dello Statuto siciliano: verso un “principio contrattualista” nei rapporti tra Stato e Regioni speciali?*, in *Le Regioni*, 1988; BARBAGALLO, *Le norme di attuazione dello statuto speciale per la Valle d'Aosta*, in *Foro amm.*, 1989; GABRIELE, *Disposizioni d'attuazione degli Statuti speciali e parere delle Commissioni paritetiche*, in *Giur. cost.*, 1989; PITRUZZELLA, *Sull'estensione della competenza dei decreti legislativi di attuazione statutaria*, in *Le Regioni*, 1989; BARBAGALLO, *Ruolo delle Commissioni paritetiche e poteri del Governo nella definizione delle norme di attuazione degli Statuti speciali*, *ivi*, 1990; DIMORA, *Strumenti e tecniche negoziali nella definizione delle competenze delle Regioni a statuto speciale*, *ibidem*; MARTINES, *Norme di attuazione ed erosione della specialità*, in AA.VV., *Lo statuto siciliano dopo 40 anni*, Padova 1990; LAMPIS, *Norme di attuazione degli statuti speciali e controllo della Corte dei Conti*, in *Le Regioni*, 1991; PAGANETTO, *La Corte costituzionale riconferma il ruolo delle norme di attuazione nella configurazione delle competenze delle Regioni speciali*, in *Giur. cost.*, 2006; CHIEPPA Rob., *Le esperienze delle commissioni paritetiche e il valore delle norme di attuazione degli statuti speciali regionali*, in *Le Regioni*, 2008; SIAS, *Le norme d'attuazione degli Statuti speciali. Dall'autonomia differenziata all'autonomia speciale*, Napoli 2013.

si è appena detto in merito all'incidenza delle competenze finalistiche dello Stato –, per le materie statutarie non assegnate dall'art. 117 alla competenza legislativa delle Regioni ordinarie, il cui esempio più significativo è costituito dalla materia denominata “ordinamento degli enti locali e delle relative circoscrizioni”, la quale fonda una competenza ordinamentale sugli enti locali di cui le Regioni ordinarie sono, invece, prive.

7. *La quinta stagione del regionalismo italiano: le prospettive di una ulteriore riforma costituzionale, tra compressione dell'autonomia e potenziamento (relativo) del regionalismo speciale*

La quinta stagione è quella che attualmente viviamo, nella quale il tema è quello della nuova riforma del titolo V. È in tale quadro, quindi, che vanno considerate le prospettive della specialità.

Gli eventi più recenti dispensano dal prendere in considerazione disegni di legge costituzionale che affrontavano la questione in modo radicale: o propugnando l'abolizione delle Regioni speciali (disegno di legge costituzionale Zanettin e altri al Senato⁴⁵, e disegno di legge costituzionale Palmizio e altri alla Camera⁴⁶), o prefigurandone la disarticolazione, per effetto della creazione di macroregioni (disegni di legge costituzionale, rispettivamente, a firma Calderoli⁴⁷ e Giorgetti e altri⁴⁸).

Infatti, in base al d.d.l.cost. C. n. 2613, approvato in prima lettura dal Senato (S. n. 1429) ed attualmente in discussione alla Camera, la specialità, non solo, viene mantenuta, ma risulta – come vedremo – potenziata. Potenziata – si badi – non rispetto alla situazione pregressa, che viene conservata, ma rispetto all'autonomia ordinaria, che il disegno di legge costituzionale condanna ad un drastico ridimensionamento. Si tratta, quindi, di un potenziamento “relativo”, non “assoluto”.

In questa sede non è il caso di soffermarsi analiticamente sulla disciplina prefigurata dalla riforma. Ai nostri fini, è sufficiente rilevare che essa, incrementando il numero di materie sottoposte alla competenza esclusiva dello Stato, eliminando le materie di competenza concorrente (le quali, pur essendo gravate dal limite dei principi fondamentali, offrono, pur sempre, alle Regioni un quadro di certezze in merito all'og-

⁴⁵ D.d.l.cost. S. n. 574.

⁴⁶ D.d.l.cost. C. n. 582.

⁴⁷ D.d.l.cost. S. n. 7.

⁴⁸ D.d.l.cost. C. n. 758.

getto delle loro competenze legislative) e riconoscendo allo Stato una licenza d'ingresso nell'area presidiata dalla competenza residuale⁴⁹, determinano un netto peggioramento della condizione delle Regioni ad autonomia ordinaria.

Questi effetti, tuttavia, non si comunicano alle Regioni ad autonomia speciale (ed alle due Province autonome),

Il testo licenziato dal Senato, infatti, all'art. 38, comma 11, introduce una clausola di salvaguardia a loro favore, prevedendo quanto segue: "Le disposizioni di cui al capo IV della presente legge costituzionale non si applicano alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano fino all'adeguamento dei rispettivi statuti sulla base di intese con le medesime Regioni e Province autonome".

In virtù di tale disposizione, non solo vengono messi in sicurezza gli statuti vigenti⁵⁰, ma, prevedendosi, sino al loro adeguamento, l'inapplicabilità alle Regioni speciali ed alle Province autonome della disciplina modificativa del vigente titolo V, viene a determinarsi un esito paradossale: l'ultrattività del tit. V, versione 2001. In base alla disciplina da essa dettata, infatti, agli enti predetti dovrebbe seguire ad applicarsi l'art. 10, l. cost. n. 3/2001, con conseguente attrazione, in loro favore delle "forme di autonomia più ampie" contemplate dall'art. 117, nella sua formulazione attuale⁵¹.

Ciò significa, tra l'altro, che nei loro confronti dovrebbero seguire a valere gli incrementi competenziali dovuti al combinato disposto tra la clausola di maggior favore e l'attuale disciplina della competenza concor-

⁴⁹ Il riferimento è alla clausola comunemente denominata "di supremazia" di cui all'art. 117, comma 4 (come modificato dall'art. 30 del d.d.l.cost.), la quale recita: "Su proposta del Governo, la legge dello Stato può intervenire in materie non riservate alla legislazione esclusiva quando lo richieda la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero la tutela dell'interesse nazionale".

⁵⁰ ... con conseguente messa in sicurezza delle "materie" da questi elencate. Sul rilievo di questo aspetto, con riferimento alla situazione attuale, ma in termini riferibili anche a quella che si determinerebbe per effetto della nuova riforma costituzionale: MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino 2002, 158; ID., *Regioni a statuto speciale*, in CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, 4993.

⁵¹ Sull'imprescindibilità della clausola di equiparazione (o di maggior favore): SILVESTRI, G., *Le autonomie regionali speciali: una risorsa costituzionale da valorizzare*, cit., 7, il quale, con riferimento all'originaria versione del d.d.l.cost. attualmente in discussione alla Camera dei Deputati, che nulla disponeva al riguardo, affermava che essa, in quanto non abrogata espressamente, sarebbe dovuta sopravvivere alla riforma del tit. V. Come abbiamo visto, peraltro, il problema è oggi superato dalla clausola di salvaguardia introdotta dal cit. art. 38, comma 11, del d.d.l.cost.

rente e della competenza residuale delle Regioni. E significa anche che, nei loro confronti, lo Stato non potrebbe far uso della clausola di supremazia.

È vero che tale situazione dovrebbe presentare carattere di provvisorietà, essendo destinata a durare “fino all’adeguamento” degli statuti speciali alla disciplina dettata dalla riforma. Non deve, però, dimenticarsi che – accogliendo una rivendicazione da tempo avanzata dagli enti ad autonomia differenziata⁵² e fatta propria dalla legge costituzionale approvata nella XIV legislatura e bocciata in sede referendaria⁵³ – tale adeguamento deve avvenire “sulla base di intese con le [...] Regioni e Province autonome”. Il che, in presenza di una disciplina costituzionale notevolmente penalizzante per le autonomie regionali, non rende peregrina l’ipotesi che – corrispondentemente ad una consolidata vocazione nazionale – anche in questo caso il provvisorio costituisca l’anticamera della definitività.

⁵² Particolarmente significativa, in proposito, la *Dichiarazione di Aosta*: un documento approvato dai Presidenti delle Regioni ad autonomie speciale e delle due Province autonome il 6 febbraio 2006, nel quale si legge: “non possono essere imposte modificazioni degli ordinamenti delle autonomie speciali senza il loro consenso ed è necessaria anzi la costituzionalizzazione del principio dell’intesa e della natura pattizia degli statuti ai fini dell’indispensabile adozione delle modifiche statutarie”.

⁵³ Questo il testo dell’art. 38 di tale atto: “All’articolo 116, primo comma, della Costituzione, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: ‘previa intesa con la Regione o Provincia autonoma interessata sul testo approvato dalle due Camere in prima deliberazione. Il diniego alla proposta di intesa può essere manifestato entro tre mesi dalla trasmissione del testo, con deliberazione a maggioranza dei due terzi dei componenti del Consiglio o Assemblée regionale o del Consiglio della Provincia autonoma interessata. Decorso tale termine senza che sia stato deliberato il diniego, le Camere possono adottare la legge costituzionale’”.

RATIO DELLA RAPPRESENTANZA POLITICA:
IL BUONGOVERNO

SOMMARIO: 1. Enunciazione della tesi: *ratio* della rappresentanza politica fondata sul rifiuto dell'ideologia democratica radicale – 2. Precisazioni preliminari: democrazia immaginaria e democrazia reale, soggetti della rappresentanza politica. – 3. Argomenti avanzati contro l'ideologia democratica e la sovranità popolare; A) natura fittizia del popolo; B) improponibilità della sovranità popolare alla luce delle attribuzioni costituzionali del popolo; C) teoria delle *élites*. – 4. Critica della configurazione della sovranità popolare quale fonte di legittimazione del potere pubblico. – 5. La rappresentanza politica non si sostanzia, e non può sostanzarsi, nella formulazione di un indirizzo di governo. – 6. Effetti dannosi dell'ideologia democratica radicale. – 7. Buongoverno quale fine ultimo delle istituzioni liberaldemocratiche. – 8. Indicazioni di fondo derivanti dalla finalità del buongoverno in tema di rappresentanza politica.

1. *Enunciazione della tesi: ratio della rappresentanza politica fondata sul rifiuto dell'ideologia democratica radicale*

Sul tema della rappresentanza politica e della sua connessione con la filosofia che ispira le istituzioni democratiche esiste una letteratura sterminata – e con opere e scritti di grande pregio – nella cultura storica, giuridica e politologica¹. Per quale motivo aggiungere uno scritto ai tanti?

¹ Per limitarci alla citazione di poche opere di giuristi e di politologi, v., nel campo giuridico, D. NOCILLA, L. CIAURRO, *Rappresentanza politica*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milano 1987, 543 ss.; N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare*, Milano 1991; S. LABRIOLA, *Rappresentanza*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano 2006, 4827 ss.; nel campo politologico, sempre a titolo indicativo, v. l'antologia di scritti di pensatori del passato e di politologi del XX secolo curata da D. FISICHELLA, *La rappresentanza politica*, Milano 1983; G. SARTORI, *Rappresentanza*, in ID., *Elementi di teoria politica*, Bologna 1987; L. CEDRONI, *La rappresentanza politica*, Milano 2004. Naturalmente gli scritti qui citati contengono una ricca bibliografia.

Non sarebbe appagante la pur esatta osservazione secondo la quale «la rappresentanza politica è da sempre un problema aperto che, mai risolto in modo soddisfacente, ritorna incalzante in alcuni passaggi della storia»² e che, fra le questioni sorte su tale istituto, «alcune... *restano* attuali benché antiche, altre *tornano* ad essere attuali ed altre ancora si *manifestano* in forme nuove»³? A parere di chi scrive uno scritto su una tematica assai esplorata, e con ricchi contributi, ha una giustificazione se volto a contestare qualche tesi di fondo e per di più assai radicato o nelle enunciazioni della cultura istituzionale e nell'opinione comune più o meno consapevole. Il presente modesto contributo ambisce ad avere la connotazione dianzi lumeggiata e la conseguente giustificazione.

Onde rendere più agevole la comprensione di quanto cercheremo di sostenere, enunciamo la tesi di fondo in tema di rappresentanza politica, che intendiamo contestare, ed abbozziamo la soluzione alternativa che tenteremo di motivare.

Espressa in termini quanto mai sommari, la tesi che rifiutiamo è lo svolgimento in forma radicale dell'ideologia democratica. Secondo tale orientamento, la rappresentanza politica va configurata nell'ottica della "essenza della democrazia", cioè quella concezione secondo la quale, per riprendere le parole di un autorevole giurista tedesco, «democrazia significherebbe fundamentalmente governo del popolo e il fatto che esso possa decidere autonomamente su tutto ciò che lo riguarda» ed è «il popolo stesso, sono i cittadini, a dover decidere, non altri soggetti che stanno di fronte al popolo e dispongono di una propria autorità su di esso»⁴. Quando non sia possibile l'*optimum*, cioè quell'espressione più rigorosa della sovranità popolare che è la decisione diretta del complesso dei cittadini e si debba attribuire una potestà decisionale di rappresentanti, si assume una nozione restrittiva di rappresentanza politica, concedendosi vincoli molto stretti a carico dei secondi, configurati come "delegati", meri esecutori della volontà popolare⁵.

² Cfr. L. CARLASSARE, *Problemi attuali della rappresentanza politica*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano 2001, 21.

³ Cfr. L. CARLASSARE, *Problemi*, cit., 22.

⁴ Cfr. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza. Per una critica dell'attuale discussione della democrazia*, in ID., *Stato, costituzione, democrazia*, Milano 2006, 500. Si avverte che l'Autore bene esprime, ma non condivide affatto, l'opinione del medesimo correttamente riportata circa la "essenza della democrazia".

⁵ Per una sintetica, ma lucida, esposizione del nesso: sovranità popolare – rappresen-

Corollario di tale impostazione è la tendenziale ricostruzione della rappresentanza politica in termini di rappresentanza di volontà, quale configurata dal diritto privato. Pur con le inevitabili differenze del concetto in esame nel diritto costituzionale e privato, è naturale, se si assume il popolo come soggetto antropomorfo dotato di volontà e *dominus*, configurare, si ripete tendenzialmente, il rappresentante quale esecutore della volontà del *dominus* e ridurre quanto più possibile «la distanza della rappresentanza politica dalla rappresentanza giuridica del modello civilistico»⁶. Solo l'assimilazione più ampia possibile, cioè in quanto consentita dalla differenza delle fattispecie, della rappresentanza politica a quella di volontà può risultare funzionale all'istanza di "continuità democratica", cioè all'esigenza «che le istituzioni di governo siano *in permanenza* espressione diretta o indiretta, della sovranità e della volontà popolare (democrazia permanente)»⁷.

In contrapposizione alla tesi poc'anzi richiamata cercheremo di dimostrare che l'ideologia costituzionale democratica sia infondata e che sia insostenibile una ricostruzione della rappresentanza politica correlata alla prima. Nel quadro di questa alternativa impostazione cercheremo poi di dimostrare che il fine da perseguire nella realizzazione di istituzioni costituzionali, nonché nella loro gestione, sia il buongoverno, inteso come soddisfazione delle esigenze dei cittadini, nei termini che saranno meglio definiti nel prosieguo.

tanza vincolata, con conseguente concezione del "deputato commesso", nesso che si rinviene nel pensiero di Rousseau e dei suoi epigoni e che è il motivo ispiratore, a ben vedere, dell'ideologia democratica anche attuale, v. G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris 1949, 25.

⁶ Per riprendere le parole della L. CARLASSARE, *Problemi attuali*, cit., 28.

⁷ Le parole sono di C. LAVAGNA, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, 856.

Abbiamo citato, mediante il richiamo delle espressioni riportate nel testo, due autorevoli costituzionalisti, di diversa generazione, che sono esponenti dell'indirizzo costituzionale in oggetto. Si tratta ovviamente di citazioni indicative poiché ben altre se ne possono aggiungere: v., ad esempio, l'affermazione di V. CRISAFULLI, *Partiti e rappresentanza politica nella Costituzione italiana*, in *Amministrazione civile*, 1958, n. 10-11, 24, secondo cui "gli ordinamenti informati al principio democratico tendono a realizzare l'autogoverno popolare, che è quanto dire a inverare l'identità di governanti e governati".

2. *Precisazioni preliminari: democrazia immaginaria e democrazia reale, soggetti della rappresentanza politica*

Prima di entrare nel merito della problematica in oggetto, riteniamo necessarie tre precisazioni fondamentali.

Anzitutto, la critica, che sarà condotta con un po' di *vis* polemica contro l'ideologia costituzionale democratica⁸, non implica in alcun modo il rifiuto delle istituzioni liberaldemocratiche, cioè di quel sistema politico comunemente denominato, sia pur con qualche imprecisione, "democrazia". Seguendo l'insegnamento di politologi o di intellettuali, che si sono occupati della democrazia, riteniamo che vada operata una netta scissione fra le istituzioni democratiche effettive e le motivazioni, avanzate da Rousseau ed i suoi epigoni. Per richiamare parole emblematiche di un autorevole intellettuale italiano non certamente "antidemocratico", «che la democrazia consista nell'autogoverno del popolo è un mito che la Storia continuamente smentisce»⁹. Nondimeno, rileva l'Autore in oggetto, «ciò non vuol dire che la democrazia non è mai esistita o non esisterà in avvenire», poiché se si rinuncia «a definire la democrazia come autogoverno del popolo»¹⁰ e si assumono altre connotazioni¹¹ si può cogliere bene il senso e la validità degli ordinamenti democratici reali in contrapposizione ai sistemi autocratici¹². In questa prospettiva la

⁸ Confessiamo di avere qualche nostalgia per la vivacità polemica, che si trova in certi scritti del passato (pur senza scadere nell'impiego di un linguaggio quasi offensivo, quale si ritrova, per citare un esempio, in certi scritti di un grande giuscommercialista bolognese di alcuni decenni fa), e di non provare entusiasmo per un certo atteggiamento acritico e talora conformista, che si rinviene in varie opere del presente. Ovviamente la *vis* polemica, contenuta nei binari della correttezza nei confronti di una tesi non significa assolutamente un disconoscimento del valore dei sostenitori della stessa e meno che mai mancanza del dovuto rispetto nei confronti di questi.

⁹ Cfr. N. BOBBIO, *Quale democrazia?*, Brescia 2009, 17 (si tratta di una conferenza tenuta dall'A. nel 1959, ma la tesi è ripresa in molteplici scritti di Bobbio sul tema della democrazia, scritti che, ci scusiamo per l'impertinenza (che è peraltro accompagnata da stima e deferenza culturale), sono spesso ignorati o rimossi da molti prestigiosi giuristi (che pur certamente conoscono molte opere di Bobbio).

¹⁰ Cfr. N. BOBBIO, *Quale democrazia?*, cit., 17-18.

¹¹ Secondo Bobbio il requisito costitutivo della democrazia reale, che è poi una liberaldemocrazia, è "il rapporto tra minoranze dirigenti e maggioranze" ed "il modo con cui queste minoranze emergono, governano e cadono" (v. *op. cit.*, 18).

¹² Senza dilungarci in citazioni della sterminata letteratura politologica, che assume una concezione realista della democrazia e rifugge dalla mitologia rousseauiana, si può richiamare, a titolo indicativo, l'opera di un altro prestigioso intellettuale italiano e politologo di fama internazionale: v. G. SARTORI, *Democrazia. Cosa è*, Milano 1993, soprattutto 20 ss.

contestazione dell'ideologia costituzionale democratica non conduce affatto alla negazione della democrazia, quale si è realizzata nei diversi paesi, né all'apologia di regimi autocratici (quali il fascismo, il comunismo, le teocrazie, ecc.)¹³.

La seconda precisazione riguarda i soggetti rappresentanti ed il dibattito relativo ai medesimi.

Come è noto c'è stata una discussione secolare (possiamo usare tale aggettivo) sull'attribuzione della funzione di rappresentanza politica, cioè se i titolari di questa debbano essere gli individui eletti (*rectius*, i parlamentari) oppure i partiti politici, e sul conseguente tipo di rapporto che debba intercorrere fra queste due categorie di soggetti¹⁴. Premesso che ci appare preferibile la tesi secondo cui sono i partiti piuttosto che i singoli eletti (parlamentari) i titolari della rappresentanza politica, riteniamo però di non entrare nel merito di questa storica disputa, poiché essa non è rilevante per la tesi cheosterremo. Infatti oggetto del presente scritto è, per riprendere le parole di una studiosa americana, la «controversia tra mandato e indipendenza»¹⁵, e quindi l'opzione circa la subordinazione o l'autonomia dei titolari del potere di indirizzo politico nei confronti del corpo elettorale (e del popolo). Le conclusioni di fondo che si raggiungono su tale controversia, cioè circa la discrezionalità o il vincolo di mandato dei rappresentanti (e dei governanti), valgono sia se ritengano titolari di rappresentanza politica i singoli eletti, sia se si ritengano invece titolari di essa i partiti politici. Se il problema è costituito dall'*an* e dal *quantum* di autonomia debba avere il rappresentante in rapporto al rappresentato in base all'*an* ed al *quantum* dell'eventuale volontà di quest'ultimo rileva ben poco se il primo sia un soggetto individuale oppure collettivo (partitico).

In terzo luogo, e questa è una precisazione di ordine epistemologico oppure logico (speriamo di usare una terminologia corretta), le figure ed i concetti di natura politica o giuridica sono confutabili se fondati su pro-

¹³ Quanto scritto nel testo sarà ripreso in seguito con ulteriori considerazioni e più ampia motivazione.

¹⁴ Il dibattito è tanto noto e gli scritti in materia sono tanto numerosi, che una rassegna bibliografica sarebbe quanto mai estesa nonché inutile. Ci limitiamo, proprio a titolo indicativo a rinviare a tre scritti, citati in nota (1): v. D. NOCILLA, L. CIAURRO, *Rappresentanza*, cit., soprattutto 571 ss.; N. ZANON, *Il libero mandato*, cit., soprattutto 89 ss.; L. CEDRONI, *La rappresentanza*, cit., soprattutto 55 ss. (con tutte le ricche indicazioni bibliografiche contenute in detti scritti).

¹⁵ Cfr. H.F. PITKIN, *I due volti della rappresentanza*, in D. FISICHELLA (a cura di), *La rappresentanza*, cit., 222.

posizioni fallaci. In verità le teorie o i principî di natura politico-costituzionale e (e non solo questi, ovviamente) appartengono alla sfera deontologica, cioè delle proposizioni prescrittive, mentre le valutazioni di fallacia pertengono alla sfera ontologica, cioè delle proposizioni descrittive. Orbene, se vale la nota “legge di Hume”, in virtù della quale è interdetto «il salto logico tra fatti e valori, descrizioni e prescrizioni»¹⁶, nondimeno ci sembra corretto (e non in contraddizione con la stessa) affermare che la normatività – regole, principî, teorie di natura giuridica – debba avere una ricaduta su comportamenti umani, debba avere cioè una relazione con condotte umane, sia pur in termini di possibilità, e che sarebbe irrazionale se essa non fosse traducibile in vincoli concreti di concrete azioni umane. Per fare un esempio, è logica la prescrizione di obbedienza ad un imperativo di un soggetto umano, pubblico o privato, mentre sarebbe assurda la prescrizione di obbedire agli ordini del destino.

Sulla base di quanto poc’anzi esposto, concetti o principî quali la sovranità popolare o la rappresentanza politica possono essere invalidati dalla constatazione della loro mancanza di relazione con la realtà sociale, cioè con comportamenti umani.

3. *Argomenti avanzati contro l’ideologia democratica e la sovranità popolare*

La prima parte della... *pars destruens* è costituita dalla critica dell’ideologia democratica radicale del concetto, ad essa intrinseco, di sovranità popolare¹⁷. Tale dottrina si sostanzia nella trasposizione di un attributo, proprio del re, ad un altro soggetto, il popolo¹⁸, con il conseguente (configurato) ruolo dominante della volontà popolare nel governo dello Stato, nonché quale parametro di valore dell’azione gover-

¹⁶ Cfr. G. FORNERO, *Hume, legge di*, in N. ABBAGNANO, terza edizione aggiornata ed ampliata da G. FORNERO, *Dizionario di filosofia*, Torino 2001, 546.

¹⁷ Riprendiamo le riflessioni esposte in un nostro scritto precedente: v. *Sovranità popolare: un mito pericoloso*, in *Studi in onore di L. Arcidiacono*, IV, Torino 2010, 1549 ss.

¹⁸ Anche in questa materia occorre parsimonia di citazioni. A titolo indicativo, si rinvia ad un ottimo scritto, dal quale attingeremo alcune valide considerazioni: v. M. SOBOLSKY, *De la notion de la souveraineté du peuple*, in *Il politico*, 1968, 271 ss. (tale scritto, pur pubblicato in rivista italiana, è stato poco citato – ad eccezione di qualche opera, quale il manuale di C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova 1975, 152 – e per nulla valorizzato).

nante. Orbene, siffatta concezione è una mistificazione, in quanto fondata su una motivazione irrazionale e fallace, cioè è, per riprendere le acute considerazioni di uno studioso francese di cose politiche del XIX secolo, una di quelle formule positive, che hanno solo una funzione in negativo, cioè servono per contestare degli assetti politici, ma che, ad un'analisi scientifica del loro contenuto, risultano un "*idéal apparent*" e "*chimerique*"¹⁹.

A) Natura fittizia del popolo

Un primo profilo critico investe il soggetto titolare della sovranità, cioè il popolo. Che cos'è il popolo?

Dalla letteratura sul popolo si evince che tale termine ha molteplici e variegati significati²⁰. Riteniamo, comunque, che, sulla base dei dati storici e culturali, si possono cogliere due dati.

Anzitutto c'è una bipartizione fra due tipi di significati. Più esattamente, con riferimento ad una comunità politica, il popolo può essere inteso come parte o come totalità della medesima. Si registra l'assunzione del primo significato in situazioni storiche di rivoluzione o rivolgimento sociale, allorché il termine popolo designa una fascia (ampia) della società che si fa portatrice (o, meglio, si assume come tale) del mutamento politico ed istituzionale: esempi noti, su epoche meno lontane, sono costituiti dal terzo stato della Rivoluzione francese o dai settori di popolazione in rivolta contro il dominio coloniale²¹. Si verifica, invece, la confi-

¹⁹ Cfr. E. BOUTMY, *À propos de la souveraineté du peuple*, in ID., *Etudes politiques*, Paris, 1907, 31 ss., il quale, come risulta dal titolo dello scritto, annovera fra le formule di valenza opposizionale, ma prive di contenuto positivo e sostanzialmente prescrittivo, anche la sovranità popolare. Si può ricordare pure la critica rivolta alle formule in oggetto da un'illustre dottrina costituzionalistica francese, che, sulle orme di pensatori non giuristi, ha sottolineato il carattere metafisico (e scientificamente infondato) di detta formula: v. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, I, Paris 1927, 581 ss., con il richiamo delle osservazioni critiche di Saint-Simon e Comte (*ivi*, 587-588).

²⁰ L'autore di un'opera classica del XX secolo in tema di democrazia ha individuato ben sei significati del termine popolo: cfr. G. SARTORI, *Democrazia. Cosa è*, Bologna 2007, 2° ed., 20-22.

²¹ Per un quadro lucido di vicende nelle quali il termine popolo designa settori della popolazione in stato di ribellione contro un ordine costituito, v. A. FACCHI, *Popolo*, in A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari 2006, soprattutto, 97 ss., e 105 ss.; A. BADIOU, *24 glosse sull'uso della parola "popolo"*, in A. BADIOU, P. BOURDIEU, J. BUTLER, G. DIDI-HUBERMAN, J. KHIARI, J. RANCIÈRE, *Che cos'è un popolo*, Roma 2011, 11 ss.

gurazione del popolo pressoché come totalità di una comunità politica con riferimento alle proclamazioni costituzionali, soprattutto nel XX secolo ed al conseguente lessico della dottrina giuridica che volge lo sguardo alle stesse²².

In secondo luogo, l'entità popolo nel significato (più diffuso e proprio del costituzionalismo più vicino a noi) di totalità di una comunità politica²³ è costituito da due componenti necessarie. Esiste un elemento personale, vale a dire il popolo è costituito da una moltitudine molto numerosa, cioè da tanti (milioni) individui, sia singoli che associati. Accanto a questa, c'è una seconda componente. Perché sussista il popolo occorre un fattore costitutivo, di ordine culturale, cioè una qualificazione di natura politica o giuridica. Popolo è un'entità strettamente correlata ad una comunità politica, in quanto composto da individui posti in una determinata relazione con la medesima²⁴. Senza una connotazione politica e, ancor più, giuridica una moltitudine non può essere qualificata come popolo. Il che comprova che il popolo è un'entità fittizia, una costruzione culturale, ben diversa da quei soggetti reali che sono i singoli individui e costituiscono l'oggetto di proclamazione e di tutela costituzionali²⁵.

A quanto scritto poc'anzi va aggiunta una osservazione, che ci sembra decisiva e ben difficilmente confutabile. Come è ben rilevato anche

²² A parte un accenno a tale significato della A. FACCHI, *Popolo*, cit., 113 ss., v., a titolo indicativo (e con riferimento alla dottrina italiana, D. NOCILLA, *Popolo*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano 1985, soprattutto 354 ss.

²³ Posto che ci riferiamo alla nozione di popolo quale si è affermata e radicata nel diritto costituzionale, assumeremo perciò il significato di totalità di una comunità politica. Può soggiungersi, peraltro, che le considerazioni sulle componenti di popolo possono valere anche nell'ipotesi che si assumesse la nozione di popolo circoscritta a parte di una società politica.

²⁴ Nel diritto costituzionale è invalsa la definizione di popolo quale "universalità dei cittadini", secondo la formula della costituzione francese del 1793 (v. D. NOCILLA, *Popolo*, cit., 364), cioè il complesso di «soggetti che si pongono in una particolare rapporto giuridico» con lo Stato «costituito dal rapporto di cittadinanza» (per riprendere le parole di R. ROMBOLI, *Popolo*, in *Enciclopedia giuridica "Treccani"*, XXVI, Roma 1991, 1).

²⁵ Onde prevenire l'obiezione, secondo cui esistono entità costruite dal diritto pur con sostrato reale costituito da un complesso di individui come ad esempio le persone giuridiche (si omette di richiamare il dibattito e le diverse teorie sulla persona giuridica: v., per tutti, F. GALGANO, *Persona giuridica*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, III, Torino 1995, 392 ss.), si può osservare che, salvo nostra disinformazione (pur ben possibile), non risultano proclamazioni costituzionali, volte al riconoscimento solenne di beni di alto valore etico e politico, le quali mirino alla prefigurazione di sfere giuridiche, e della loro tutela, di entità fittizie, frutto di una costruzione di ordinamenti giuridici.

da quella dottrina, che lo assume come totalità (conformemente al costituzionalismo attuale)²⁶, il popolo è un coacervo di milioni di individui e di migliaia e migliaia di gruppi percorsi da conflitti di interessi e da opinioni alternative sui bisogni sociali e sulle soluzioni atti a soddisfarli. La prefigurazione di una potestà suprema e di una volontà nell'esercizio di questa in capo ad una simile disordinata e scomposta moltitudine è un *non-sense*, cioè è solo una manifestazione assimilabile a quella censurabile (e censurata da pressoché tutta la cultura attuale, che si ispiri ad una concezione teoretica realista) stortura culturale, che è denominata antropomorfismo²⁷. Con una battuta, affermare che il popolo è sovrano non è diverso dal sostenere che il destino è sovrano: si tratta di metafore che, se riferite alla realtà, sono prive di senso.

B) Improponibilità della sovranità popolare alla luce delle attribuzioni costituzionali del popolo.

A riprova di quanto detto in precedenza, si può verificare sulla base delle attribuzioni costituzionali quanto sia infondata la trasposizione della sovranità dal re al popolo.

Riprendendo le lucide e corrette osservazioni di uno studioso, può notarsi la differenza radicale che intercorre fra re e popolo nell'esercizio delle funzioni sovrane. Come notato, «nell'epoca dell'assolutismo la fusione delle nozioni della sovranità del potere (*sic*) e della sovranità dell'organo-principe non comporta complicazioni», poiché «il monarca faceva il diritto, trovandosi lui stesso a di sopra del diritto». Non solo ciò, poiché «la nozione di sovranità del monarca si estendeva d'altronde... non solamente alla funzione indipendente di fare il diritto in quanto

²⁶ V., per tutti, D. NOCILLA, *Popolo*, cit., 360 ss.

²⁷ Si intende per antropomorfismo «quella tendenza ad attribuire forma, intelletto e sentimenti umani a esseri diversi dall'uomo» (cfr. *Antropomorfismo*, in S. BATTAGLIA (a cura di), *Grande dizionario della lingua italiana*, I, Torino 1961, 531); sul tema, un po' più ampiamente, v. pure N. ABBAGNANO, *Antropomorfismo*, in N. ABBAGNANO, G. FORNERO, *Dizionario*, cit., 68.

Non varrebbe opporre all'accusa di antropomorfismo rivolta alla tesi criticata che, nel caso in esame, il popolo non è un oggetto naturale, ma è pur sempre un complesso di uomini. Vero è che il popolo è (anche) una sommatoria di individui, ma ciò non comporta che esso sia somigliante ad un singolo individuo, poiché in realtà il popolo è un'entità fluttuante, disorganica ed indeterminata. Pertanto, con una configurazione un po' estensiva, tutt'altro che forzata, di antropomorfismo si può ricondurre a quest'ultimo pure la ricostruzione del popolo in termini simili a quelli propri di un soggetto umano individuale.

norme generali, ma anche al diritto indipendente di comandare, comportante l'adozione di decisioni concrete, la direzione suprema dell'apparato dello Stato»²⁸. Certamente il monarca poteva – e di questa facoltà si avvaleva in concreto – delegare i suoi poteri, ma ciò non modificava l'assetto della potestà regia. Infatti «il monarca delegava il suo potere e poteva in ogni momento revocare tale delegazione», vale a dire conservava le funzioni ed il potere di esercitarle. Come ben sottolineato, «la sovranità del monarca era possibile, perché il soggetto detentore di questa sovranità poteva mettere fisicamente in opera i poteri che ne derivavano»²⁹.

Ben diverso è il quadro relativo alle attribuzioni del popolo e la configurazione di una sua potestà sovrana è una “*métaphore excessive*”³⁰.

Riprendendo le icastiche parole della dottrina richiamata, «il potere sovrano del popolo non può significare né indipendenza nella funzione di dichiarare il diritto, né... diritto di comandare», e, di norma «gli atti del popolo devono limitarsi necessariamente all'elezione dei suoi rappresentanti», vale a dire «il popolo non governa se stesso, esso dà solo l'investitura di governare. Il popolo non comanda se stesso, esso lascia presumere talvolta quale sia il contenuto dei comandi che ad esso sembra il più conveniente. Il popolo non dirige l'apparato dello Stato», ma, al massimo, può «rifiutare l'investitura ai dirigenti che non siano più graditi»³¹. Per impiegare termini di confronto con la posizione del monarca, il popolo non è assolutamente in grado di “mettere fisicamente in opera i poteri” derivanti dalla sovranità.

Ci sono poi ulteriori elementi che comprovano la totale discrepanza fra la (possibile) sovranità del re e la (impossibile) sovranità del popolo. Il monarca può delegare l'esercizio dei suoi poteri, ma nel contempo, come s'è detto, può revocare la delega e comunque la sua sfera di potestà rimane intatta: pur «delegando il suo potere rimane sempre un monarca»³². Nulla di ciò si verifica nella sfera di potestà del popolo. Si ponga mente ai seguenti poteri dei suoi rappresentanti: «possono modificare legalmente e definitivamente la forma della collettività riconosciuta come popolo. Cambiando la legge elettorale essi possono restringere od allar-

²⁸ Cfr. M. SOBOLEWSKI, *De la notion*, cit., 274.

I passi riportati nel testo sono stati tradotti dallo scrivente.

²⁹ Cfr. M. SOBOLEWSKI, *De la notion*, cit., 275.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² Cfr. M. SOBOLEWSKI, *De la notion*, cit., 276.

gare i gruppi di soggetti aventi diritto di voto»³³ e possono perfino mutare la durata della delegazione. Insomma la sovranità popolare si traduce in «un paradosso tutto particolare: il regime legale che determina le circostanze e le condizioni della delegazione può essere modificato... da un atto unilaterale dell'agente senza il consenso del delegante»³⁴.

Se si voglia operare un confronto con il regime del diritto privato sui titolari dei diritti appare una differenza radicale fra detto regime e quello relativo al "popolo sovrano". Nel diritto privato il titolare dei diritti è un *dominus* (salvo i casi di incapacità, è sottinteso) che compie direttamente, di regola, gli atti (giuridici) e, se ricorre alla rappresentanza, determina la sfera giuridica, con tutti i limiti e vincoli conseguenti, del rappresentante. Nel campo del diritto costituzionale il (presunto) *dominus* non solo non adotta, di regola, gli atti di sovranità, ma addirittura ha una sfera giuridica che è determinata dai rappresentanti. Il regime delle attribuzioni costituzionali del popolo smentisce la configurazione di una potestà sovrana in capo a quest'ultimo.

C) Teoria delle élites

Contro il mito della sovranità popolare si può avanzare da ultimo l'argomento offerto, in sede politologica, della teoria delle *élites*. Secondo tale teoria, per riprendere qualche definizione sintetica, «le società sono perpetuamente guidate da minoranze, da un'aristocrazia, da una classe dominante, da una *élite*, in breve, il dominio della minoranza è un fatto consustanziale alla vita degli uomini che vivono in società»³⁵, o, detto con parole simili, «in ogni società è sempre e soltanto una minoranza quella che detiene il potere, nelle sue varie forme, di contro a una maggioranza che ne è priva»³⁶. Trattasi di un'impostazione teorica multiforme e variegata, avente diverse versioni ed operante su più versanti, della quale non tratteremo diffusamente, ma ne rileveremo alcuni aspetti essenziali per il discorso condotto nel presente saggio.

³³ Cfr. M. SOBOLEWSKI, *De la notion*, cit., 276.

³⁴ Cfr. M. SOBOLEWSKI, *De la notion*, cit., 276, il quale soggiunge che è dubbio (noi diremmo con più *vis* polemica, falso) che «in questa situazione... si possa attribuire al delegante il carattere di soggetto dotato di potere supremo ed indipendente» (*ibidem*).

³⁵ Cfr. G. BUSINO, *Élite et élitisme*, Paris 1992, 7 (con traduzione da parte dello scrivente).

³⁶ Cfr. N. BOBBIO, *Élites. Teoria delle*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Il Dizionario di Politica*, Torino 2004, 304.

Anzitutto la teoria in oggetto ha una rilevante polivalenza politico-culturale.

Esponenti importanti e pionieri dell'indirizzo in esame si ritrovano certamente nell'ambito conservatore o persino autoritario: basti pensare, che i primi *leaders* di questa teorica furono intellettuali e pensatori politici come Mosca e Poreto³⁷. Del resto ben si comprende che, dinanzi alla mitologia democratica delle correnti di sinistra, sia maturata in ambito conservatore – liberale e non – la propensione a ricostruire la dinamica del potere (politico, ma non solo) in termini di dominio minoritario, e che tale propensione trovi riscontro anche in autorevoli intellettuali di questa area successivi nel tempo. Nondimeno questa teoria dell'inevitabile governo di minoranze, dell'inevitabile potere politico minoritario in qualsiasi società e regime istituzionale, ha registrato l'adesione sia di illustri intellettuali, che non si possono definire in senso stretto conservatori, sia di altri, pur di valore, che si possono inquadrare nell'area di sinistra. Di questo indirizzo non conservatore o progressista ne abbiamo significative manifestazioni sia nel nostro Paese³⁸, sia altrove³⁹. Pertanto si tratta di una teoria, che investe vari settori politico-culturali, senza che possa avere un'etichetta politica di segno conservatore o reazionario.

In secondo luogo, la teoria delle *élites* è oggetto di versioni contrastanti sotto vari profili della medesima. Così c'è discussione sul termine stesso di *élite* e se esso debba essere assunto con un significato "apprezziativo o neutro", oppure estensivo o restrittivo⁴⁰; c'è poi una disputa

³⁷ Sul versante di "destra" (in senso lato del termine), v. E. PENNATI, *Le élites politiche nelle teorie minoritarie*, in AA.VV., *Le élites politiche*, Bari 1961, soprattutto 9 ss.: G. BUSINO, *Élite*, cit., 10 ss.; G. PASQUINO, *La teoria delle élites*, in G. PASQUINO (a cura di), *Il pensiero politico. Idee teorie dottrine*, III, *Ottocento e novecento*, II, Torino 1999, 349 ss.; G. SOLA, *La teoria delle élites*, Bologna 2000, 65 ss.

³⁸ In questa prospettiva vanno ricordati "scrittori democratici" italiani della prima metà del XX secolo, quali Gobetti, Dorso e Burzio; su questi v. N. BOBBIO, *La teoria della classe politica negli scrittori democratici in Italia*, in AA.VV., *Le élites*, cit.. Con riferimento poi alla diffusione della teoria elitista in un'area non conservatrice oppure progressista dopo gli anni '50, v., a titolo meramente indicativo, N. BOBBIO, *Quale democrazia?*, cit., 17 ss.; S. PASSIGLI, *Introduzione*, in S. PASSIGLI (a cura di), *Potere ed élites politiche*, Bologna 1971, 39 ss.; G. SARTORI, *Democrazia*, cit., 20 ss.; G. PASQUINO, *La teoria*, cit., 374 ss.

³⁹ Con riferimento alla cultura giuridica straniera il paese che offre il quadro più ricco ed articolato è costituito dagli U.S.A. Per una lucida panoramica della politologia e sociologia statunitense, con il riferimento ai più significativi esponenti in materia (Lasswell, Riesman, Mills, Dahl, ecc.), v. G. BUSINO, *Élites*, cit., 49 ss.

⁴⁰ Su questa polisemia e sulla valutazione dell'opportunità dei diversi significati, v. G. SARTORI, *I significati del termine élite*, in AA.VV., *Le élites*, cit., 94 ss.

sulla strutturazione sociale delle *élites*, vale a dire la contrapposizione fra concezione monista e pluralista delle *élites*⁴¹; c'è, ulteriormente, una diversità di opinioni sulle modalità di misurazione del potere delle *élites*⁴². Non ci diffondiamo su questo quadro variegato, e ciò non solo per la notevole carenza di dimestichezza dello scrivente con la politologia, ma anche, e soprattutto, perché un'indagine con conseguenti prese di posizione nella materia *de qua* non sarebbero pertinenti. Due affermazioni, però, rilevanti per il tema qui trattato sono possibili, anzi doverose.

Primo, la varietà di versioni nella teoria delle *élites* non smentisce assolutamente il nucleo fondamentale di questa, le cui componenti sono ben riassunte da una voce enciclopedica di Bobbio: «in ogni società organizzata i rapporti tra individui o tra gruppi... sono rapporti di ineguaglianza; la causa principale dell'ineguaglianza sta nell'ineguale distribuzione del potere... coloro che detengono il potere (specie il potere politico)... sono sempre una minoranza...una minoranza riesce a dominare un numero enormemente maggiore di persone [perché] i membri della classe politica, essendo pochi ed avendo interessi comuni, hanno legami tra loro e sono solidali se non altro nel mantenimento delle regole del gioco che permettono ora agli uni ora agli altri l'esercizio alternativo del potere» con la conseguenza rilevante che «un regime si differenzia da un altro in base al diverso modo con cui le [*élites*] nascono, si tramandano e decadono... con cui si organizzano [e] esercitano il potere»⁴³.

In secondo luogo, e questa è la considerazione più importante, la presenza di *élites* e di un potere minoritario sulla maggioranza del corpo sociale è un fenomeno che non solo si è sempre verificato, ma è destinato ineluttabilmente a verificarsi anche in futuro. Tale predizione negativa si fonda su asserzioni sinteticamente esposte circa condizioni strutturali del governo della società e circa i termini della «capacità dell'uomo di determinare la condotta dell'uomo»⁴⁴ sul piano sociale.

Su un primo versante, sussiste inevitabilmente una differenza di ruoli legali in ogni sistema politico che consente ad un minor numero di individui di decidere e di determinare comportamenti dei molti, dei più. Con

⁴¹ Sempre a titolo indicativo (e nell'ambito di scritti precedentemente citati), v. S. PASSIGLI, *Introduzione*, cit., 29 ss.; G. SOLA, *La teoria*, cit., 153 ss. con bibliografia richiamata da queste opere.

⁴² Su ciò, v. S. PASSIGLI, *Introduzione*, cit., 14 ss. ed autori i cui brani sono riportati in questa antologia (*op. cit.*, 45 ss.); G. SOLA, *La teoria*, cit., 221 ss.

⁴³ Cfr. N. BOBBIO, *Élites*, cit., 309.

⁴⁴ Per riprendere le parole di un politologo: cfr. M. STOPPINO, Voce *Potere*, in N. BOBBIO, N. MATEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Il Dizionario*, cit., 740.

un'esemplificazione banale, pochi costituiscono le autorità monetarie che condizionano i molti in campo monetario e finanziario, pochi sono al vertice di forze armate (per la tutela dell'ordine pubblico o la difesa nazionale) con potere di direzione di molti subordinati, pochi gestiscono la politica estera, ecc.. La complessità organizzativa, con ruoli apicali nei diversi settori pubblici (ma il discorso vale anche per strutture private, se si pensa alle imprese), determina la formazione e la persistenza di soggetti che hanno potere su molti altri e perciò costituenti *élites*.

Su un secondo, diverso ma non contrapposto (anzi integrativo), versante è insopprimibile una diversità di potere fra soggetti (non solo individuali, ma anche) sociali, all'interno o meno di ruoli legali. E' ben difficile ipotizzare che verranno meno in futuro le varie forme di persuasione e di manipolazione, con cui, anche a prescindere da pratiche coercitive o sanzionatorie, soggetti (sociali) più dotati di capacità manipolatoria possono determinare la condotta di masse di individui⁴⁵.

Le considerazioni di ordine politologico esposte in precedenza destituiscono implicitamente di fondamento una motivazione formalistica e mistificante avanzata da qualche sostenitore della sovranità popolare intesa quale autogoverno praticabile del popolo. Più esattamente, secondo tale fallace motivazione l'autogoverno popolare sarebbe possibile qualora il corpo sociale sia in grado attraverso certe procedure – assemblee di cittadini, referendum, meccanismi di votazione elettronica – di approvare leggi o di adottare decisioni di governo. Se mancano l'informazione e la competenza e se i “pochi”, mediante risorse di potere reale, determinano la condotta dei “più”, le procedure decisionali di natura formale costituiscono solamente un simulacro ingannevole di una potestà che, in termini effettivi, non appartiene affatto ai “più”⁴⁶ e una concezione realistica dei regimi, che sono definiti democratici, distrugge le basi della “ideologia radicaldemocratica”⁴⁷.

⁴⁵ Sulle tecniche manipolatorie, v., a titolo indicativo, M. STOPPINO, *Manipolazione*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di) *Il Dizionario*, cit., 546 ss.

⁴⁶ Si possono richiamare le considerazioni di un insigne politologo, il quale ha denunciato l'impraticabilità della «democrazia referendaria integrale» cioè di «un popolo che si autogoverna quotidianamente», non in quanto siano impraticabili le procedure formali («basta installare in ogni casa un terminale... collegato a un elaboratore centrale, di fronte al quale ogni sera i cittadini rispondono sì o no ai quesiti che passano sul video»), bensì in quanto mancano “il sapere, la competenza conoscitiva”, cioè una autentica reale “opinione pubblica” (cfr. G. SARTORI, *Opinione pubblica*, in G. SARTORI, *Elementi*, cit., 193 ss. (le parole riportate si rinvengono in *op. cit.*, 199).

⁴⁷ Sono quanto mai emblematiche di una visione realistica dei regimi democratici le

4. *Critica della configurazione della sovranità popolare quale fonte di legittimazione del potere pubblico*

Alla serrata critica dell'ideologia democratica radicale, della sovranità popolare, svolta in precedenza potrebbe avanzarsi un'obiezione, mirata a neutralizzare la critica esposta. Più esattamente, si potrebbe opporre che, nella storia del pensiero politico e giuridico, sono state avanzate teorie volte alla legittimazione del potere pubblico e, al fine di giustificare quest'ultimo cioè la potestà dei governanti nei confronti di sudditi o cittadini, è stato fatto ricorso non a fenomeni reali, fisici, bensì ad entità ideali, a relazioni prive di qualsiasi riscontro empirico. Si possono ricordare, senza soffermarsi su queste, le dottrine del diritto divino, del contratto sociale, della sovranità nazionale⁴⁸, alle quali si aggiunge quella della sovranità popolare. Si potrebbe quindi opporre che la configurazione della sovranità popolare è un'ulteriore dottrina prospettata in un ambito ove è quanto mai frequente l'adozione di formule aventi valore simbolico e fondanti la legittimazione della potestà pubblica su entità e relazioni esulanti dalla sfera dell'esperienza reale.

A tale obiezione, però, si potrebbe replicare con più argomenti.

Anzitutto ci si può domandare se un titolo ideale di legittimazione di un ordinamento sia veramente necessario. Come ha osservato un noto costituzionalista francese, mentre in certi paesi si è posto con intensità l'interrogativo sul fondamento del potere statale, in altri tale problema non è stato dibattuto⁴⁹. A prescindere da ciò ed assumendo che tale pro-

sofferte parole, la "ammissione allarmante" (per lui) di un acuto e colto filosofo della politica, pur collocato su posizioni di sinistra radicale, secondo cui «nelle società complesse... si rivela impraticabile l'idea classica di democrazia come "autogoverno" o "autorappresentanza" popolare, o, più modernamente... come "governo dei produttori"» ed è indubitabile che «oggi la nozione di *demos* come unità e totalità politica – assieme alla correlativa nozione di sovranità popolare – sia una metafora ideologica o dottrinarina gravemente fuorviante» (cfr. D. ZOLO, *La democrazia difficile*, Roma 1989, 95-96).

⁴⁸ Su queste diverse dottrine si rinvia, a titolo indicativo, alle lucide pagine di alcuni autorevoli costituzionalisti francesi della prima metà del XX secolo: v. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, II, Paris 1922, 149 ss.; L. DUGUIT, *Traité*, cit., 551 ss. Comunque, nella letteratura italiana, v. sia la ricca monografia di M. GALIZIA, *La teoria della sovranità dal Medio Evo alla Rivoluzione Francese*, Milano 1951, soprattutto 67 ss., sia lo scritto di sintesi di P. PASSAGLIA, *Sovranità*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano 2006, 5644-5647, e bibliografia citata in tali opere.

⁴⁹ V. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution*, cit., 145 ss., il quale rileva la differenza fra la Francia e l'Inghilterra circa l'interesse o meno per la tematica del fondamento del potere dei governanti.

blema si ponga, riteniamo, in secondo luogo, che la sovranità popolare sia una formula assolutamente inidonea allo scopo.

Il primo motivo di tale asserzione è costituito dalla natura istituzionale e non assiologica della democrazia e della sovranità popolare. La democrazia è un regime costituito da un complesso di istituzioni e può essere definita «come quel regime che si vale, per organizzare la società, di certe istituzioni piuttosto che di altre»⁵⁰. Ma un sistema istituzionale è un mezzo per realizzare fini, valori, e sono questi che conferiscono legittimazione al primo. Sui valori legittimanti l'ordinamento democratico si registrano ovviamente diverse versioni. Così, tanto per esemplificare, c'è chi afferma che «il fine [di] un regime democraticamente organizzato è, in una parola sola, l'eguaglianza»⁵¹, chi fonda la democrazia sulla «verità» e la «giustizia»⁵², chi invoca i principî enunciati dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino ed integrati da quelli maturati nei secoli successivi⁵³, e le citazioni potrebbero continuare. Non interessa ovviamente entrare nel merito dei vari richiami assiologici, bensì sottolineare che la democrazia, ed ancor più la sovranità popolare che è un principio di natura istituzionale⁵⁴, non sono fattori di legittimazione, bensì anche essi necessitanti di quest'ultima e quindi sono inidonei a fondare e legittimare un regime costituzionale, come al contrario lo sono beni fondamentali della società o dei cittadini.

V'è poi un secondo motivo. Partiamo dall'assunto, formulato da un intellettuale italiano che ha dedicato molta attenzione alla problematica del potere e della sua legittimazione, in virtù del quale «il principio di legittimità non può essere... una mistificazione» e deve contenere «un nocciolo sostanziale, essere una realtà, qualcosa di effettivo»⁵⁵. Riteniamo, altresì, che una dottrina legittimante i governanti debba, per avere i requisiti poc'anzi richiamati, valere come giustificazione, pur se fondata su entità di natura non empirica, del potere di soggetti che siano in grado di esercitarlo. Tale funzione hanno avuto, per stare nella concretezza dell'esperienza storica, dottrine quali il fondamento divino del potere

⁵⁰ Cfr. N. BOBBIO, *Quale democrazia?*, cit., 44.

⁵¹ Cfr. N. BOBBIO, *Quale democrazia?*, cit., 45.

⁵² Cfr. S. WEIL, *Manifesto per la soppressione dei partiti politici*, Roma 2008 (ma lo scritto è anteriore di vari decenni), 26.

⁵³ V. L. DUGUIT, *Traité*, cit., 678 ss.

⁵⁴ Tutte le affermazioni che hanno ad oggetto la sovranità sono di natura istituzionale, cioè strumentale in rapporto a fini e valori superiori.

⁵⁵ Cfr. G. FERRERO, *Potere*, Milano 1952, 224-225 (l'opera originale è stata pubblicata nel 1942).

monarchico o la sovranità nazionale: la prima ha avuto il ruolo di giustificazione del potere assoluto dei re⁵⁶, mentre la seconda, a cominciare dalle vicende della rivoluzione francese del 1789, è servita come giustificazione della potestà di governo di assemblee parlamentari “rappresentanti della nazione”⁵⁷. Entità astratte sì, ma in funzione di soggetti in grado di esercitare un potere pieno e reale.

Ben diverso è il discorso sulla sovranità popolare. La dottrina in oggetto legittima il potere di un soggetto collettivo che non è assolutamente in grado di esercitarlo (come s'è visto in precedenza). Quindi, a rigore, abbiamo una teoria politico-giuridica che legittima il nulla, cioè una potestà impossibile ad esercitarsi. Se poi si considerano i tentativi di svolgimento costituzionale di detta dottrina, cioè la configurazione di conseguenze istituzionali derivanti dalla medesima, si nota che tutto si riduce alla legittimazione di un regime rappresentativo con la presenza in esso di procedure di partecipazione popolare, ma in misura ben limitata. Il materiale probatorio a favore di questa tesi è smisurato, ma ci limitiamo a qualche breve *flash*. A tacere degli effetti che si volevano conseguire nei secoli anteriori alle rivoluzioni liberali⁵⁸, e, senza volgere lo sguardo al diritto comparato, ma limitandoci alla dottrina costituzionalistica italiana del periodo repubblicano, possiamo verificare il rapporto istituito fra sovranità popolare e modo di essere delle istituzioni rappresentative. Così, ad esempio, si è discusso se la sovranità popolare implichi un sistema elettorale proporzionale o maggioritario, se essa implichi o meno un governo che più o meno direttamente sia eletto dal corpo elettorale⁵⁹. Ora

⁵⁶ V., per tutti, R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution*, cit., 149 ss.; L. DUGUIT, *Traité*, cit., 556 ss.

⁵⁷ V., nella dottrina francese, R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution*, cit., 167 ss.; nella dottrina italiana, M. GALIZIA, *La teoria*, cit., 435 ss.

⁵⁸ Circa gli intenti che hanno animato i sostenitori della sovranità popolare nel Medioevo, v., a titolo indicativo W. ULMANN, *Il pensiero politico del Medioevo*, Roma-Bari 1984, 1780; per il ricorso alla sovranità popolare onde giustificare le tesi monarcomache nel pensiero cinquecentesco, v. E. CORTESE, *Sovranità*, cit., 221, 222.

⁵⁹ A titolo indicativo, v., a favore del sistema proporzionale C. LAVAGNA, *Il sistema*, cit., 855 ss.; G. FERRARA, *Alcune osservazioni su popolo, Stato e sovranità nella Costituzione italiana*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1964, 285 ss.; a favore di un sistema elettorale maggioritario, v. C. MORTATI, *Art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Principi fondamentali*, Bologna-Roma 1975 ss.; T.E. FROSINI, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano 1997, 249 ss. La contrapposizione di opinioni circa la preferibilità del sistema elettorale delle camere è il riflesso della divergenza di orientamenti circa l'opportunità o meno dell'investitura del governo da parte del corpo elettorale: v. gli AA. prima citati.

appare chiaro che, in questi come in tanti altri casi, il ricorso alla sovranità popolare è solo un argomento per sostenere una specifica soluzione all'interno del regime rappresentativo⁶⁰ ed è in netta antinomia con la logica dell'ideologia democratica radicale, quale espressa da Rousseau ed i suoi epigoni⁶¹.

5. *La rappresentanza politica non si sostanzia, e non può sostanzirsi, nella formulazione di un indirizzo di governo*

La confutazione dell'ideologia democratica radicale e della sovranità popolare può essere sufficiente a far cadere anche il corollario della rappresentanza politica – qualora non sia praticabile la democrazia diretta – quale “delegazione” di potere vincolato alle direttive ed alla volontà dei rappresentanti, cioè del popolo. Nondimeno, vogliamo aggiungere, a quanto scritto in precedenza, qualche ulteriore considerazione contro la specifica dottrina della rappresentanza politica intesa quale mandato vincolato, con ciò rafforzando la motivazione sfavorevole verso quest'ultima. Più esattamente, la rappresentanza politica non si sostanzia, e non può sostanzirsi, nella determinazione di un indirizzo politico di governo, che debba essere attuato dai rappresentanti, ed a tale fine riprendiamo le acquisizioni della cultura politica in materia elettorale con poche, sintetiche, notazioni.

Tralasciamo il dato dell'astensionismo elettorale (fenomeno peraltro crescente) e della ridotta manifestazione della “volontà popolare” ad esso conseguente e consideriamo i votanti. Secondo una nota classificazione dei comportamenti elettorali, si verificherebbero tre tipi di voto: di opinione, di appartenenza, di scambio⁶². Ora il voto di scambio non è

⁶⁰ Si potrebbe affermare, con una battuta, che a certe soluzioni istituzionali del regime rappresentativo avanzate da sostenitori della sovranità popolare, si potrebbe benissimo pervenire anche sulla base della dottrina della sovranità nazionale.

⁶¹ Si possono, di sfuggita, richiamare le considerazioni del costituzionalista francese, più volte citato, circa l'antinomia fra regime rappresentativo e la forma di governo (o, per usare la formula più diffusa oggi, forma di stato) democratica, intesa nella versione della ideologia democratica radicale: v. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution*, cit., 199 ss.

⁶² Cfr. A. PARISI, G. PASQUINO, *Relazioni partiti-elettori e tipi di voto*, in A. PARISI, G. PASQUINO (a cura di), *Continuità e mutamento elettorale in Italia*, Bologna 1977, 220 ss. Esiste anche una diversa tipologia di comportamento elettorale – voto “per ideali”, “per interessi”, “per consuetudine”, legato a “relazioni personali” (v. R. MANNHEIMER, G. SANI, *Il mercato elettorale*, Bologna 1987, 55 s.) – la quale comunque può rappresentare, a detta dei proponenti, un'articolazione dell'altra e non la invalida assolutamente.

certamente una espressione di indirizzo politico, rivolto ai rappresentanti, posto che la “prestazione del voto” mira ad una “controprestazione” del soggetto votato (individuali o collettivi) costituita dal “soddisfacimento di un bisogno” o di un interesse del “votante”, il quale è «immediato ed individuale»⁶³. Ai nostri fini, rileviamo che nemmeno il voto di appartenenza è veramente espressivo di una “volontà popolare” di indirizzo, posto che, sempre per riprendere le parole di autorevoli studiosi di sociologia elettorale, detto voto «più che l’espressione di una scelta è la testimonianza di un’appartenenza» e «chi lo esprime prescinde... dal prendere oggettivamente posizione all’interno di una serie di alternative programmatiche, ma considera innanzitutto il voto come l’affermazione di una identificazione soggettiva con una forza politica»: insomma conta l’appartenenza, la “identificazione organica”, non l’indirizzo di governo⁶⁴. Rimane, quale (per mera ipotesi) significativo, il voto di opinione, il quale, dovrebbe costituire «l’espressione di una scelta che accetta come campo dell’opzionalità i termini programmatici proposti dai partiti in lizza», ossia la «espressione di un’analisi che tiene conto sia delle condizioni congiunturali e strutturali del contesto politico, che delle caratteristiche soggettive dei singoli partiti»⁶⁵. Consideriamo perciò, anche ammettendo (senza concederlo) che quest’ultimo tipo di comportamento elettorale possa sussistere in commistione con gli altri (proprio per benevolenza argomentativa nei confronti della tesi che confutiamo), l’idoneità di tale tipo di voto ad indirizzare la politica complessiva dello Stato e negando che possa configurarsi siffatta idoneità.

Sussiste – ed è un dato tanto noto quanto rimosso dai fautori dell’ideologia democratica radicale – l’incompetenza della grande maggioranza degli elettori. V’è in primo luogo la disinformazione di natura storica e politica di tanti cittadini, che ignorano dati elementari relativi a partiti ed uomini politici⁶⁶. In secondo luogo, c’è una diffusa incapacità

⁶³ Per riprendere le parole di A. PARISI, G. PASQUINO, *Relazioni*, cit., 226.

⁶⁴ Cfr. A. PARISI, G. PASQUINO, *Relazioni*, cit., 224. Sul tema, v. pure le osservazioni di G. SARTORI, *La rappresentanza politica*, in *Studi politici*, 1957, 590 ss.

⁶⁵ Cfr. A. PARISI, G. PASQUINO, *Relazioni*, cit., 220.

⁶⁶ A titolo indicativo, nella prima metà degli anni ’80, il 30% dei cittadini bolognesi ed il 25% dei milanesi non conosceva il nome del sindaco della loro città, mentre, nel 1984, il 33% degli italiani non sapeva che Craxi era l’allora presidente del Consiglio (e qualcuno riteneva che titolare di tale carica fosse Pertini!): per tali dati v. R. MANNHEIMER, G. SANI, *Il mercato*, cit., 12 ss. Le prove di ignoranza potrebbero continuare, talvolta suscitando viva ilarità: Mao è stato ritenuto il diminutivo di Maometto, si è supposto che Berlinguer fosse un uomo politico francese, ecc.!

degli elettori di formulare una domanda politica, cioè di trasmettere razionali *inputs* ai rappresentanti. Per riprendere le icastiche parole di qualche politologo esperto, “solo pochi cittadini sono depositari di interessi che corrispondano chiaramente a «domande politiche» o «aspettative politiche»...solo pochi hanno posizioni meditate, coerenti e ferme sulla maggioranza delle questioni oggetto delle politiche pubbliche...è assai dubbio che la gente sia depositaria di domande di *policy*, sia pure sotto forma di orientamenti o vedute generali o di sistemi di credenze”⁶⁷. A questa (quanto mai consistente) lacuna, va aggiunto un altro grave difetto: l’incongruenza delle pretese e delle richieste dei cittadini. Procedendo, anche qui, con il richiamo di parole autorevoli (e lucide), sussiste un *gap* delle domande, vale a dire accade «spesso che il pubblico avanzi una richiesta per reagire poi ostilmente contro i politici che cercano di soddisfarla», vale a dire «un conto è... ciò che il pubblico dice di volere, e altro è ciò che è disposto a lasciar fare ai politici, e sono spesso i politici a dover conseguire, in qualche modo, la quadratura del cerchio»⁶⁸.

In presenza di tali gravi carenze culturali è ben arduo sostenere che sussista una “volontà popolare” idonea ad orientare la politica dei governanti⁶⁹.

⁶⁷ Cfr. J.C. WAHLKE, *Domande e sostegno*, in D. FISICHELLA (a cura di), *La rappresentanza*, cit., 264; concorde, con richiamo di parole dell’A. citato, D. FISICHELLA, *Introduzione sul concetto di rappresenta politica*, *ivi*, 16 ss. Su questa tematica v. pure le acute osservazioni di G. SARTORI, *La rappresentanza*, cit., 589 s.

⁶⁸ Cfr. M. FLINDERS, *In difesa della politica*, Bologna 2014, 45. Il politologo in oggetto ha poi richiamato alcuni casi clamorosi di contraddizione di pretese politiche dei cittadini, fra cui, per citare un’incongruenza che si manifesta spesso in campo ambientale, l’esistenza, nell’ambito dei cittadini australiani, di “un sostegno *bipartisan* alla protezione della grande barriera corallina” e nel contempo dello “stesso consenso *bipartisan*... favorevole a lasciare che l’inquinamento prodotto dall’anidride carbonica superi i livelli che distruggerebbero la stessa grande barriera” (*ibidem*, 45).

⁶⁹ Dinanzi alla constatazione dei limiti culturali dei cittadini talvolta coloro che soffrono per una lesa maestà popolare oppongono che anche molti governanti hanno gravi carenze culturali e che per questo motivo non risulterebbero più competenti dei cittadini rappresentati. Tale obiezione però è confutabile. Non sembra dubbio che talora il livello culturale di molti governanti (nonché *leaders*) sia quanto mai scadente (e non solo in Italia, ove pure sono emersi personaggi da baraccone) e in ciò il rilievo critico contiene una parte di verità. Però rimane una differenza fra governanti e governati che è costituita non dalla cultura e dal livello dei singoli componenti l’una o l’altra categoria, bensì dal ruolo e dalla diversità di competenze che da esso può derivare. Chi ha un ruolo istituzionale – sia di governo o meno – può avere più informazioni in materia politica e può avere più sensibilità, nonché più responsabilità, per le soluzioni che si debbono adottare. Parlamentari o ministri, sindaci od altro, sono investiti di temi e di responsabilità, che inducono, in media, ad informarsi ed a ponderare le scelte di governo (nazionale o locale) più

Oltre all'inesistenza della "volontà popolare", c'è un ulteriore, consistente, fattore ostativo: dalle elezioni non derivano indicazioni di governo da parte degli elettori. Prescindiamo, anche se si tratta di un dato rilevante, dalla "difficoltà di indole tecnica", cioè dall'imperfezione dello strumento elettorale che produce "drastiche semplificazioni" consentendo all'elettore di «mettere una croce, o al massimo segnare dei numeri e qualche nome, su una scheda, rispondendo con un "sì" o "no" a tutta una complessa serie di problemi e di alternative»⁷⁰. In qual modo gli elettori potrebbero dar indicazioni di indirizzo politico, di governo, ai rappresentanti? Si risponde: mediante l'approvazione, con il voto (a candidati o) al partito, del programma elettorale ad essi sottoposto. Orbene, tale risposta è totalmente infondata.

Anzitutto, esiste, minoritario ma tutt'altro che esiguo, il voto di protesta. Tale comportamento elettorale, per definizione, non rappresenta un'approvazione in positivo di un programma di governo, perché, anche qualora si esprima il suffragio per un partito (o candidato), l'intento è ben altro dalla espressione di un orientamento da seguire (da parte di eventuali eletti).

In secondo luogo, e questo appare un argomento decisivo, gli elettori non scelgono comunque programmi elettorali e non potrebbero dare indicazioni veramente vincolanti per il futuro. Va preliminarmente osservato che i programmi elettorali solo in parte denotano propositi di svolgimento di un indirizzo politico di governo, posto che essi hanno la funzione di attrarre consenso e perciò sono fonte di promesse e talora queste ultime sono illusorie, cioè non corrispondono alla possibilità di un loro concreto adempimento. Con una battuta, nessun partito (o candidato) in lizza, pur in una situazione difficile che richieda rinunce e sacrifici (sia pur nel breve periodo), si azzarderebbe a proporre misure di governo che comportino dette misure e detti sacrifici⁷¹. Comunque, a tacere della inattendibilità di molte promesse elettorali, c'è un dato, che risulta dall'esperienza e che non è contestato nella cultura politica: una stragrande

di quanto avvenga in coloro che sono estranei al processo decisionale. Possiamo ricordare, per citare un episodio emblematico anche se ci affidiamo alla memoria (senza una pezza d'appoggio scritta), che un sindaco di Bologna, Guido Fanti, dichiarò che l'assunzione di questa carica aveva mutato in meglio la sua percezione della politica comunale in rapporto a quanto avveniva allorché egli era segretario di federazione del PCI.

⁷⁰ Cfr. G. SARTORI, *La rappresentanza*, cit., 587.

⁷¹ Nessun candidato userebbe l'espressione famosa pronunciata da un premier inglese: "prometto sangue e sudore, lacrime e lutti".

maggioranza dei cittadini non conosce i programmi elettorali e non fonda su questi le opzioni di voto. Come ben sottolineato da uno studioso già citato, alla domanda se l'elettore conosca i programmi elettorali dei partiti gli esperti di comportamento elettorale rispondono in modo nettamente negativo⁷². Ciò poi è confermato dalle indagini sulle cause di comportamento elettorale. Gli studiosi della materia individuano varie motivazioni della condotta degli elettori, ma non indicano mai fra queste una valutazione comparativa dei programmi presentati dai partiti (o candidati) con conseguente scelta ragionata di questi⁷³. Vero è che la scelta elettorale può essere motivata da una valutazione di partiti (o candidati) e da una qualche aspettativa di una condotta futura, ma l'orientamento degli elettori, lungi dal fondarsi sui programmi, è determinata dall'immagine dei partiti (o candidati) e quindi dalla condotta tenuta in passato⁷⁴.

A tutto quanto detto in precedenza circa l'insussistenza della "volontà popolare", va aggiunta un'ulteriore osservazione, tratta dall'esperienza comune ed espressa dalla cultura istituzionale. Al momento del suffragio i rappresentati non possono comunque conoscere tutti i problemi che si porranno ai governanti, ai rappresentanti. Per riprendere le parole di un autorevole costituzionalista francese del XX secolo, «data la molteplicità dei problemi che sono sollevati dinanzi alle assemblee, dato anche che ce ne sono molti che non possono essere previsti al momento della consultazione elettorale, sarebbe evidentemente impossibile ai go-

⁷² Per riprendere le parole di M. SOBOLSKY, *The voters*, cit., 358 alla domanda se «*the voter*» è «*familiar with the programmes of the respective parties (candidates)*», gli «*experts on voting behaviour*» rispondono che «*he is not*».

⁷³ A titolo indicativo, v. la lucida sintesi sui fattori del comportamento elettorale esposta da G. SANI, *Elezioni. Comportamenti elettorali*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, III, Roma 1993, 523-524.

⁷⁴ Come esattamente rilevato, «in quanto valutazione di merito, e per quel tanto che investono il merito dei problemi le elezioni sono dunque una ratifica *ex postfacto*. Guardano indietro assai più che avanti» (cfr. G. SARTORI, *La rappresentanza*, cit., 594). *En passant*, anche al fine di dissipare un dubbio, può configurarsi qualche rara ipotesi di incidenza dei programmi sull'orientamento elettorale. Come ha rilevato un politologo, «in quasi tutte le elezioni sono alcuni temi... che acquistano una risonanza particolare e sui quali si incentra il dibattito durante la campagna elettorale» (cfr. G. SANI, *Elezioni*, cit., 523). Orbene, quand'anche tali temi investano una condotta futura di organi rappresentativi, ciò non smentisce quanto affermato in precedenza. Infatti, per definizione, l'attenzione su un tema specifico, agitato in campagne elettorali «di natura sempre più generica e prettamente emotiva» e facenti «leva su "bandiere", simboli visivi, *slogans*, stereotipi» (cfr. G. SARTORI, *La rappresentanza*, cit., 592), non determina affatto l'indicazione di un indirizzo generale rivolto ai futuri rappresentanti (a tacere del fatto che le *issues* specifiche possono incidere sull'orientamento elettorale di una limitata quota di elettori).

vernati dare utili istruzioni», motivo per cui gli elettori possono sì manifestare una loro volontà «su un punto preciso», ma «per il resto, rimettono una firma in bianco [un *blanc seign*] al partito»⁷⁵. Pertanto, anche un corpo elettorale, il quale, per assurdo, fosse in grado di esprimere una volontà organica, un indirizzo politico, non potrebbe comunque conferire un mandato puntuale ai rappresentanti per l'impossibilità di conoscere le (tante) circostanze e i problemi che sorgano dopo la consultazione elettorale.

Sulla base, ed a conclusione, di quanto scritto, in tema di rappresentanza si possono richiamare due considerazioni di autorevole dottrina politologica. Secondo la prima, la rappresentanza politica non è «la registrazione passiva di un'opinione preesistente», ma bensì è «un atto che crea l'opinione»⁷⁶, sicché, per riprendere una similitudine (perché, a rigore, di questa si tratta, e non di un'analogia), le due entità in oggetto vengono, con terminologia kantiana, assimilate al fenomeno (la rappresentanza) ed al noumeno (l'opinione politica da rappresentare)⁷⁷. A questa osservazione segue l'altra, secondo la quale, pur essendo vero che i cittadini (elettori) operano un rilevante condizionamento, in quanto il posto dei rappresentanti «dev'essere periodicamente guadagnato in concorrenza con altri candidati», nondimeno «il ruolo dei comuni cittadini nell'attività di governo è negativo, è passivo e non positivo», il che significa che «nessuna democrazia è un tipo di organizzazione politica *guidata* dall'elettorato: è al massimo un sistema controllato da elettori votanti»⁷⁸.

6. Effetti dannosi dell'ideologia democratica radicale

Nelle pagine precedenti abbiamo cercato di dimostrare l'infondatezza, perché priva di qualsiasi riscontro con la dinamica socio-politica

⁷⁵ Cfr. G. BURDEAU, *Traité de science politique*, VII, Paris 1973, 334 (la traduzione è dello scrivente).

⁷⁶ Cfr. M. DUVERGER, *Esquisse d'une théorie de la représentation politique*, in *L'évolution du droit public. Études en l'honneur d'A. Mestre*, Paris 1956, 211 (traduzione nostra).

⁷⁷ Questa similitudine è operata da M. DUVERGER, *Esquisse*, cit., 214-215. L'applicazione della stessa può essere adattata al discorso condotto nel nostro scritto, pur se l'Autore citato si è riferito all'aspetto della rappresentanza politica costituito dai sistemi elettorali.

⁷⁸ Cfr. G. SARTORI, *La rappresentanza*, cit., 595 (il corsivo è dell'Autore).

reale o potenziale, dell'ideologia democratica radicale, e della conseguente apologia dell'autogoverno popolare (nonché della rappresentanza politica quale ad essa correlata). A mo' di postilla aggiungiamo che tale ideologia costituzionale, oltre che fallace, appare pernicioso per due effetti, all'apparenza (ma solo all'apparenza) contraddittorî.

Da un lato, l'ideologia criticata rappresenta un fattore di legittimazione di condotte politicamente riprovevoli, in quanto dannose alla società, di minoranze, siano esse pubbliche oppure gruppi di potere privati. Come detto da un costituzionalista francese, la "volontà popolare" è stata «troppo sovente magnificata per servire da alibi a volontà molto particolari»⁷⁹. Quindi l'ideologia democratica radicale è un notevole strumento di condizionamento del popolo a disposizione di governanti o di capi-popolo o di *élites* di comando di gruppi od enti privati.

Dall'altro lato, l'apologia della sovranità popolare può essere un perverso fattore di condizionamento dei governati sui governanti. Quest'affermazione non contraddice tutto quanto sostenuto in precedenza circa l'impossibilità di un autogoverno popolare, poiché l'inidoneità del popolo a governare non esclude affatto che quest'ultimo possa condizionare l'attività di governo, dato che la società (che poi, a ben vedere, non è un'entità diversa dal popolo) condiziona i governanti. Per richiamare, a mo' di battuta, una similitudine, il comando (e la direzione) delle forze armate spetta, anche nell'effettività, ai generali, nondimeno un eventuale atteggiamento di passività (od all'estremo, di ribellione) dei militari subordinati condiziona l'operato dei comandanti. Orbene, l'ideologia contestata, conducendo ad una concezione esprimibile nella formula "*sacra populi lingua est*"⁸⁰, favorisce quella tendenza ad adeguarsi agli "umori popolari", al recepimento irrazionale con promesse ingannevoli di ciò che vuole e chiede il popolo, pur se le richieste non possono essere soddisfatte dalle risorse di governo disponibili (oppure lo possono al presente, ma con danni e costi devastanti nel futuro). Se l'approvazione del popolo, che si manifesta soprattutto nel momento elettorale, è l'attestato

⁷⁹ Cfr. G. BURDEAU, *Traité de science politique*, III, Paris 1968, 200. Precisiamo che abbiamo tradotto letteralmente il termine "particulières", che potrebbe anche significare "private", ma dubitando che tale ultimo termine rappresenti veramente il pensiero dell'A. Sull'utilizzazione strumentale da parte del potere politico della sovranità popolare (e quindi di formule democratiche) vale l'esatta notazione di un costituzionalista italiano: v. A. SPADARO, *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali"*, Soveria Mannelli 2005, 58 ss.

⁸⁰ Si tratta di un adagio di Seneca: v. l'espressione riportata in F. BORTOLOTTI, *The-saurus giuridico e dialettico*, Meda (Mi) 2009, 1261.

di merito per partiti (o candidati), posto che «i politici dipendono dal sostegno popolare per conservare la loro posizione»⁸¹, sarà legittimata dall'ideologia democratica radicale la sudditanza ai desideri inesaudibili degli elettori, cioè di un “pubblico” che «può essere un padrone egoista e volubile da servire»⁸². Ecco perché può parlarsi anche di un condizionamento perverso dei cittadini governati.

7. Buongoverno quale fine ultimo delle istituzioni liberaldemocratiche

Un discorso critico è però incompleto se non è accompagnato da una *pars construens*, nel nostro caso, sul significato di un ordinamento liberaldemocratico e su qualche indicazione di fondo che ne derivi.

A parere di chi scrive, è valida la concezione tradizionale, secondo cui lo scopo di un ordinamento dovrebbe essere la realizzazione del buongoverno, per ottenere la miglior condizione umana possibile. Buongoverno quindi, non autogoverno. Si tratta, è evidente, di una formula piuttosto vaga e suscettibile di una varietà di versioni e di traduzioni nella realtà. Per rendere la formula un po' meno generica, riteniamo che essa possa sostanzarsi in una triplice massimizzazione: buongoverno significa il massimo di soddisfazione della massima gamma di esigenze del maggior numero possibile di individui. Certamente, anche tale enunciazione ha un notevole grado di astrazione e non contiene indicazioni specifiche di governo della società⁸³. Però ci sembra che da

⁸¹ Cfr. M. FLINDERS, *In difesa*, cit., 92.

⁸² Cfr. M. FLINDERS, *In difesa*, cit., 41. Si rinvia alla brillante analisi del politologo inglese circa «il legame esistente fra democrazia e populismo... origine» di «quasi tutte le linee di faglia del sistema» liberaldemocratico (le parole citate si rinvengono in *op. cit.*, 74), ma l'indagine è contenuta in molti paragrafi perché percorre tutta l'opera menzionata.

⁸³ L'economia del presente scritto non rende necessario l'approfondimento del concetto del tema del buongoverno. È doverosa peraltro una precisazione, anche al fine di dissipare eventuali equivoci. In una recente pubblicazione si è fatto riferimento al buongoverno e si sono ricordate alcune accezioni specifiche di tale concetto. Più esattamente, si è ricordato che tale termine è stato assunto come sinonimo ora di governo delle leggi (e non di uomini), ora di efficienza economica (la quale sarebbe assicurata da un'economia di mercato e concorrenziale), ora di assetto costituzionale denotato dall'esistenza di un governo stabile ed eletto dal popolo (un mix di «componente rappresentativa e quella plebiscitaria negli Stati di democrazia costituzionale»): v. T. FROSINI, *Il buongoverno è un mito?*, in FONDAZIONE MAGNA CARTA, *Alla ricerca del buon governo*, Padova 2012, 1 ss. (le parole virgolettate si trovano *ivi*, 3). Senza entrare nel merito della validità o meno di tali accezioni, ci limitiamo a rilevare che la nozione prospettata nel testo è più generica e

questa formula si possa ricavare una direttiva di fondo sul piano politico-costituzionale.

Tra le esigenze umane da soddisfare nel massimo grado possibile – tenendosi conto della conflittualità degli interessi e della limitatezza delle risorse – vanno annoverate le libertà. Non ci sono solo bisogni di natura fisica da soddisfare, ma anche bisogni di natura psicologica e culturale. Ora è un'autentica necessità degli esseri umani anche il godimento delle diverse libertà (personale, di religione, di pensiero, ecc.), poiché la loro privazione costituisce una menomazione della persona umana nella sua integralità. Questa impostazione, di natura vagamente utilitarista⁸⁴, ci conduce all'assunzione, nell'ambito del parametro del buongoverno, della realizzazione di quei diritti – che una diffusa cultura istituzionale unitamente ad una diffusa coscienza comune, ha propugnato e che si riscontrano in documenti normativi internazionali e in testi costituzionali – tra i quali primeggiano i classici diritti di libertà.

Accanto poi al profilo teleologico, sussiste il profilo strumentale (se così vogliamo denominarlo) del buongoverno. I canoni istituzionali di una corretta attività di governo sono molteplici ed anche opinabili. Tuttavia ne sussiste uno che non sembra facilmente contestabile: non può esserci buongoverno se i governanti possono utilizzare, senza sanzioni, le risorse pubbliche per il loro interesse privato, inteso questo in termini di potere o di ricchezza. Orbene, l'applicazione di tale canone si sostanzia nella prefigurazione di (efficienti) istituzioni di controllo sui governanti nonché di regole che consentano la rimozione di essi, sia come singoli sia ancor più come partiti al potere. In termini concreti, sono funzionali al buongoverno sia istituzioni quali organi giurisdizionali (ivi compresi tribunali costituzionali), oppure di controllo amministrativo o finanziario (come le corti dei conti); sono pure funzionali all'uopo periodiche elezioni, che consentano la sostituzione di uomini e partiti di governo, senza necessità di intenderle come fonte di direttive di indirizzo politico nei confronti dei futuri governanti⁸⁵.

non si identifica con nessuna delle versioni specifiche richiamate dallo scritto poc'anzi citato.

⁸⁴ Intendiamo comunque evitare di addentrarci e di prendere posizione nella disputa filosofica ed etico-politica relativa all'utilitarismo. Pertanto nel testo usiamo le parole "vagamente utilitarista" e siamo convinti che anche concezioni filosofico-politiche diverse possano addivenire a conclusioni simili.

⁸⁵ Senza soffermarci diffusamente sul tema, rileviamo che le elezioni di rappresentanti, e quindi di governanti, sono comunque la tecnica più razionale (o meno irrazionale,

Le considerazioni testè avanzate possono avere una duplice valenza. In negativo esse implicano il rigetto di qualsiasi regime autocratico – fascista, comunista, teocratico, ecc. – poiché è proprio di sistemi politici di tale natura la negazione dei diritti di libertà e l'assenza di meccanismi costituzionali di controllo permanente e di rimozione dei governanti ad opera dei cittadini. In positivo, ed è l'altra faccia della medaglia, le considerazioni sul buongoverno conducono all'adesione a quella teoria che recepisce alcune istanze del pensiero democratico nel contesto di un rigoroso liberalismo (inteso questo come dissociato dal liberismo economico e quindi quale concezione di carattere politico-istituzionale)⁸⁶. In verità, riteniamo, pur senza avere prove di carattere filologico, che al fondo di questa teoria ci sia la diffusa convinzione della dannosità dell'applicazione della ideologia giuridica radicale e della democrazia diretta estensivamente configurata, e quindi implicitamente la motivazione del buongoverno, sia pur genericamente inteso. Comunque nella motivazione dell'adesione alla teoria realista della democrazia abbiamo cercato di esplicitare in termini (speriamo) inequivoci la funzione nettamente strumentale sia del regime costituzionale nel suo complesso, sia dell'istituto più specifico della rappresentanza politica, all'esigenza del buongoverno, il che corrisponde del resto ai desideri fondamentali dei cittadini (più dell'autogoverno «che mai sarà»⁸⁷).

se si vuole) di ricambio di una classe politica. Ciò è comprovato dall'irrazionalità di soluzioni alternative – quali il sorteggio oppure la selezione per concorso – che pure possono valere in altri settori, ma non nel campo della scelta del personale di governo, pena rischi altissimi.

⁸⁶ Non citeremo tanti esponenti di tale orientamento, perché dovremmo compilare un elenco quanto mai lungo. Ci limitiamo, proprio a titolo indicativo, a richiamare due opere, di due quanto mai autorevoli sostenitori della teoria in oggetto: v. nella cultura politologica, G. SARTORI, *Democrazia*, cit.; nella cultura giuridica A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino 2001, 27 ss.

⁸⁷ Per l'espressione «autogoverno che mai sarà», cfr. G. SARTORI, *Democrazia*, cit., 50. Per un cenno all'interesse dei cittadini al buongoverno più che all'autogoverno, v. J. BRYCE, *Democrazie moderne*, II, Milano 1931, 9 ss.

Non potendoci diffondere su questo tema, ci limitiamo ad osservare, per limitarci alle critiche dei cittadini, che i lamenti di questi ultimi riguardano la disoccupazione (quindi la mancanza di stipendio), le pensioni, le carenze della sanità, ecc., ma, assai raramente, la difficoltà a partecipare alle decisioni pubbliche.

8. *Indicazioni di fondo derivanti dalla finalità del buongoverno in tema di rappresentanza politica*

Dalla tesi seguita relativamente al senso sia della democrazia liberale sia della rappresentanza politica si possono derivare alcune indicazioni di fondo in campo di politica del diritto e di costume costituzionale.

a) Si delinea, in primo luogo e fondamentalmente, l'esigenza di realizzare la governabilità e di introdurre istituzioni nonché favorire il loro funzionamento nella prospettiva di quest'ultima.

Che esista l'esigenza di assicurare l'efficienza della struttura governante⁸⁸ e che essa non contrasti con il costituzionalismo è un'opinione che ha, nel tempo, autorevoli sostenitori. Si può richiamare, a titolo indicativo, un'opera famosa di storia del costituzionalismo, nelle cui ultime pagine l'Autore, dopo aver non solo descritto ma tessuto l'apologia di tale fenomeno storico-giuridico e del valore della *jurisdictio* come limite al *gubernaculum*, ha ammonito che l'«insistere... sull'indispensabilità dei limiti legali al potere esecutivo e sul controllo di tali limiti mercé tribunali indipendenti non significa affatto indebolire lo stesso potere esecutivo»⁸⁹ e che per un indebolimento, per una “dissipazione”, del potere del governo non si riescono «a trovare precedenti beneauguranti nella storia costituzionale»⁹⁰, concludendo poi che necessita “un *gubernaculum* forte abbastanza da poter provvedere ai suoi doveri essenziali e regolato in maniera tale da assicurare il funzionamento del principio della piena responsabilità innanzi a tutto il popolo per la fedeltà ai suoi programmi”⁹¹. Sono parole significative di un intellettuale pur quanto mai sensibile alle istanze di garanzia di un regime liberal-democratico, ma si tratta di un orientamento che ha investito anche molti costituenti in diversi paesi⁹².

⁸⁸ Preferiamo usare i termini “struttura governante” sulla falsariga della terminologia proposta da S. GALEOTTI, *Il Presidente della Repubblica: struttura garantista o struttura governante?*, in G. SILVESTRI (a cura di), *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Milano 1985, 17 ss., poiché il discorso condotto nel testo investe non solo l'organo governo, ma anche il parlamento collegato ad esso.

⁸⁹ Cfr. C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna 1990 (l'opera risale al 1947), 162.

⁹⁰ Cfr. C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo*, cit., 164. L'Autore sottolinea che la debolezza delle istituzioni di governo nel primo dopoguerra è stata una delle cause della caduta dei regimi democratici.

⁹¹ Cfr. C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo*, cit., 165.

⁹² Senza dilungarci in richiami storici, possiamo ricordare che l'auspicio di un governo forte si è registrato anche in settori della nostra Costituzione: su ciò v., per tutti, P. ARMAROLI, *L'introvabile governabilità*, Padova 1986, 1 ss.

Oggidi l'esigenza di assicurare la governabilità è ancor più viva posto che, per usare le parole di un autorevole politologo, si è verificata una «esplosione della complessità», cioè un complesso di problemi sociali ed economici di più difficile soluzione e «non ha fatto da contrappunto un miglioramento della capacità di governo della complessità stessa»⁹³. Ora non ci soffermeremo sui diversi profili del tema della governabilità⁹⁴, bensì su qualche aspetto rilevante per il rapporto buongoverno – rappresentanza politica. A tal fine muoviamo da due assunti, ampiamente condivisi dalla cultura politica e giuridica.

Anzitutto l'indirizzo politico ideale di una struttura governante (di uno Stato) dovendo soddisfare interessi di individui o gruppi che si intrecciano nello spazio e nel tempo, deve far fronte adeguatamente alle «sfide crescenti della società contemporanea che richiedono con urgenza scelte di lungo periodo»⁹⁵. In effetti basti pensare a problemi quali il debito pubblico, la disoccupazione, il degrado ambientale, l'impatto (dell'impiego) della tecnologia sulla vita privata, ecc., per comprendere quanti individui viventi e nascituri⁹⁶ sono coinvolti e quali e quante

⁹³ Cfr. G. PASQUINO, *Esplosione e governo della complessità*, in G. PASQUINO (a cura di), *Le società complesse*, Bologna 1983, 237-238. Lo scritto qui citato risale ad oltre trenta anni fa, ma l'osservazione non ha perduto validità, rinvenendosi la stessa anche in altri scritti posteriori: v., ad esempio uno scritto posteriore di G. PASQUINO, *Governabilità*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, IV, Roma 1994, 398 ss.

⁹⁴ Per un quadro generale, sia pur di sintesi, si rinvia a G. PASQUINO, *Governabilità*, cit.

⁹⁵ Cfr. P. PASQUINO, *A proposito di regimi elettorali democratici*, in *Il Mulino*, 2012, n. 1, 37 (è forse superfluo avvertire che lo studioso ha un'omonimia con il politologo citato nelle note precedenti).

⁹⁶ Come noto, si è prospettata in ambito sia etico che giuridico la necessità di un riconoscimento e di una tutela dei diritti delle generazioni future, desumendoli dai valori che costituiscono le radici del costituzionalismo (e della nostra costituzione) e da un'interpretazione evolutiva, ma non forzata, delle disposizioni (anche, e non solo) della nostra carta fondamentale relative ai diritti costituzionalmente sanciti. Su questo tema, esistono vari contributi di giuristi e nell'ambito costituzionale è d'uopo citare gli scritti in materia di due costituzionalisti: v. R. BIFULCO, *Rappresentare chi non esiste (ancora)?*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, Torino 2006, 265; A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in A. D'ALOIA, *Diritti e costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano 2003, LIII ss.; R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, Napoli 2008, IX ss. (volume ricco di scritti sul tema *de quo*).

In verità alla configurazione di diritti delle future generazioni sono stati mossi rilievi critici da parte di M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto*, cit., 423

azioni sono necessarie al fine di tentare una soluzione di dette questioni. La volontà e la possibilità di porre in essere un indirizzo politico di ampio respiro sono fattori costitutivi di una governabilità funzionale al buon governo, mentre l'assenza delle stesse è, per definizione, negazione di quest'ultimo.

In secondo luogo, c'è la necessità che l'indirizzo funzionale al buon governo possa realizzarsi. A tal fine non solo occorre avere, od acquisire la disponibilità di risorse di governo, ma, il che più interessa il nostro tema, necessita superare l'opposizione e le resistenze dei gruppi o settori più o meno ristretti, ma potenti, che siano contrari all'indirizzo politico in oggetto. La governabilità è compromessa dagli impedimenti a governare. Ora qui si manifesta il profilo critico del condizionamento popolare se unito alla sudditanza dei governanti.

Infatti, sul versante interno, cioè del popolo definito nello spazio e nel tempo, si verifica spesso un'egemonia, un potere condizionante di gruppi o settori minoritari, che con dovizia di mezzi e capacità manipolatoria, riescono ad ottenere un'agenda politica ad essi favorevole, e sfavorevole alle esigenze della maggioranza, la quale però, inconsapevole od inerte, non fa valere la sua voce. L'idoneità di minoranze a condizionare od a compromettere il consenso di cui dovrebbero godere i governanti (ma di cui non godono a causa della diserzione di maggioranze pure lese nei propri interessi) al fine di realizzare il bene comune e l'interesse generale è un fenomeno troppo noto perché si debba darne dimostrazione.

ss. Senza poter analizzare più diffusamente i rilievi critici, di notevole spessore, di Luciani, ci limitiamo a due sommarie considerazioni.

In primo luogo, ci sembra che le osservazioni critiche circa la configurabilità dei diritti *de quibus* ripercorran una linea che si ripropone nel tempo, allorché si delineino situazioni soggettive nuove, o per i soggetti titolari, o per i contenuti, come comprovano le vicende dei diritti degli animali oppure dei diritti sociali (in tempi più remoti). Comunque i rilievi sono utili come stimolo ad una configurazione più rigorosa giuridicamente di istanze che vengono avanzate su un piano etico-politico, ma non ai fini di una negazione del riconoscimento giuridico di dette istanze.

In secondo luogo, anche qualora si negasse la figura dei diritti delle future generazioni, un interesse etico meritevole di tutela giuridica pur permarrrebbe, salvo che non si voglia negare l'istanza di una "giustizia inter-generazionale" e si muova dalla domanda retorica "che cosa hanno fatto i posterì per me?" (riporta, in negativo, tale domanda E. RESTA, *Tra generazioni*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto*, cit., 414), ma pensiamo, conoscendo il suo orientamento politico-sociale, che anche Luciani convenga, o debba convenire, sull'esigenza di lasciare ai discendenti una eredità sia pur da definire, affinché essi possano godere di molti dei diritti di cui godiamo noi.

È, però, in rapporto agli individui non votanti perché non cittadini o perché non viventi – peraltro investiti dagli effetti dell’attività di governo – che si manifesta il potere interdittivo verso la tutela di loro interessi. Con riferimento a beni e diritti di grande portata delle generazioni future, ma con una riflessione che vale anche per la parte dell’umanità vivente che dovrebbe godere, sia pur con i limiti comprensibili e senza pretese di eguaglianza radicale⁹⁷, si è rilevata la presenza di una degenerazione” (o patologia): l’“individualismo” e il “presentismo”⁹⁸. Individualismo significa la crescente pretesa di esaudimento dei desideri e di soddisfacimento di bisogni senza quei limiti che sono imposti dal senso civico e dalla responsabilità⁹⁹. Presentismo significa, in base all’espressione di chi, se non ci inganniamo, ha coniato questo termine, il «favore pregiudiziale accordato alle generazioni presenti, a discapito di quelle future»¹⁰⁰, indotto dalla presenza condizionante dei viventi ed alla correlativa assenza degli individui futuri. Per sintetizzare con icastiche parole quanto detto, la tutela di interessi e diritti di una parte avviene «dimenticando gli *altri di oggi* e rimuovendo gli *altri di domani*»¹⁰¹.

Da ciò deriva una conseguenza nota, ma rimossa dai sostenitori dell’ideologia democratica radicale. Come è stato ben scritto, se «le sfide crescenti delle società contemporanee... richiedono con urgenza scelte di lungo periodo», queste ultime «rischiano di essere impopolari e dinanzi ad esse governi dipendenti dal consenso delle maggioranze arretrano e finiscono per posporre» per non «pagare il prezzo di una perdita di consensi»¹⁰². Esiste un “aspetto dei sistemi democratici” che può esser definito “*short-terminism*”, per il quale «il bene della parte in competizione... diventa preminente sull’interesse generale – qui banalmente

⁹⁷ In tal senso, v. le equilibrate, pur se appassionate, considerazioni di A. SPADARO, *Dai diritti*, cit., 53 ss.

⁹⁸ Cfr. R. BIFULCO, A. D’ALOIA, *Le generazioni*, cit., XIX.

⁹⁹ Su ciò, v., a titolo indicativo, M. FLINDERS, *In difesa*, cit., 82 ss.

¹⁰⁰ Cfr. D. THOMPSON, *In rappresentanza delle generazioni future. Presentismo politico e amministrazione fiduciaria democratica*, in *Filosofia e questioni politiche*, 2007, I, 13. Si rinvia a questo lucido scritto per un’analisi delle cause, per le quali «la democrazia mostra una certa parzialità nei confronti del presente» e «trascura i cittadini del futuro» (cfr. *op. cit.*, 13, 15) e per la formulazione di varie proposte, peraltro talora problematiche, per «un’amministrazione fiduciaria democratica che consenta al “futuro” di venire rappresentato nel presente» (per riprendere parole dell’opera citata, 22).

¹⁰¹ Cfr. R. BIFULCO, A. D’ALOIA, *Le generazioni*, cit., XIX.

¹⁰² Cfr. P. PASQUINO, *A proposito*, cit., 37.

quello che gli attori politici capiscono che si debba fare, ma il cui perseguimento farebbe perdere loro le benedette elezioni»¹⁰³.

Una strategia culturale e politico-costituzionale contro questa patologia delle democrazie, per dirla in breve, oltre a sostanzarsi in una priorità della governabilità in relazione alla rappresentatività (da non confondere assolutamente con le istanze di limitazione della struttura governante e conseguenti garanzie) e nella necessità di prefigurazione di meccanismi di stabilità e di funzionalità della struttura governante (qui si tratta di un'impostazione di fondo, senza entrare nel merito di specifiche proposte di riforma istituzionale) deve tradursi in una precisa direttiva circa la rappresentanza politica. Più esattamente, necessita una cultura istituzionale che motivi e propugni l'autonomia dell'indirizzo politico governativo-parlamentare dagli umori e dai contraddittori desideri popolari. In qualche modo si deve rilanciare, *mutatis mutandis*, l'impostazione di Burke, secondo cui l'opinione «degli elettori ha un suo peso, è degna di rispetto e un rappresentante deve sempre... tenerla nella massima considerazione», ma quest'ultimo deve essere guidato, nell'adozione di decisioni, esclusivamente dal «bene comune che nasce dalla ragione generale»¹⁰⁴. Questa versione di rappresentanza politica intesa come indipendenza dei rappresentanti (governanti) è l'unica concezione funzionale al buongoverno, cioè alla tutela degli interessi e dei diritti sanciti dal costituzionalismo unitamente al principio di eguaglianza (formale e sostanziale)¹⁰⁵.

b) La configurazione della governabilità in termini estensivi per i governanti – e restrittivi per la rappresentanza politica – richiede però una

¹⁰³ Cfr. P. PASQUINO, *A proposito*, cit., 37, 38.

¹⁰⁴ Cfr. E. BURKE, *No al mandato imperativo*, in D. FISICHELLA (a cura di), *La rappresentanza*, cit., 66.

¹⁰⁵ Il richiamo simbolico di Burke non deve evocare un "tradizionalismo reazionario", secondo un'immagine, che riteniamo inappropriata, di R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Le generazioni*, cit., XX. Il rifiuto della rappresentanza-mandato è una conseguenza logica della tesi in virtù della quale il politico ha "il dovere di rifiutarsi di assecondare i desideri del pubblico, e prendere comunque decisioni impopolari" (cfr. M. FLINDERS, *In difesa*, cit., 2 ss.). Orbene, questa raccomandazione ad adottare programmi e decisioni "impopolari" per interessi umani di grande portata è propria di intellettuali progressisti, e non reazionari, preoccupati del miglioramento della condizione umana: oltre al citato scritto di Flinders, v., a titolo indicativo, l'opera di A. SPADARO, *Dai diritti*, cit., che contiene una forte polemica contro la mitologia democratica radicale in nome della necessità di migliorare le condizioni di vita di una consistente parte dell'umanità sofferente, la quale è esclusa dalle procedure decisionali democratiche e dalla possibilità di costituire maggioranze all'interno delle stesse.

puntualizzazione (oltre tutto utile a dissipare eventuali equivoci od impressioni errate) in tema di partecipazione.

L'auspicio di un ruolo di vera *leadership* dei governanti, senza sudditanza verso gli umori popolari, non comporta affatto l'esercizio di un potere decisionale completamente avulso da forme di partecipazione di soggetti sociali. Un indirizzo politico può realizzarsi solo se i governanti, oltre a disporre di poteri legali, possono godere del consenso di una parte – anche se minoritaria – della società. Infatti una cosa è la ricerca del consenso come obiettivo primario, subordinando a questa esigenza la politica di governo e rinunciando all'adozione di giuste decisioni per evitare l'impopolarità, altro è il perseguimento di supporti per realizzare il buongoverno e quindi mirare ad avere dei consensi a tal fine. Quindi rimaniamo convinti che una partecipazione di cittadini, singoli o (ancor meglio) associati onde aiutare i governanti, controbilanciando le pressioni egoistiche, corporative, presentiste di gruppi sociali contrapposti, sia assolutamente funzionale al buongoverno, che non può realizzarsi senza l'adesione di almeno una parte della comunità politica¹⁰⁶.

Quanto detto in precedenza, se, da un lato, esclude una soluzione "verticistica" della governabilità, dall'altro lato comporta il rigetto di una concezione "panpartecipazionista", cioè della valorizzazione indiscriminata della partecipazione in sé. La partecipazione di segno positivo, favorita anche in quanto possibile da misure promozionali di varia natura, deve essere costituita dalla presenza, dall'iniziativa e collaborazione (senza escludere attività propulsive o contestative) di soggetti collettivi (preferibilmente, ma non necessariamente, associazioni) che tutelino interessi di ampia portata, contrapposti a quelli di natura corporativa e di *short-terminism*, ma purtroppo rappresentati da organizzazioni forti o espressi da un'opinione pubblica miope ed autoreferenziale. Non ci possiamo diffondere in questa sede su quali soggetti denotino una partecipazione di segno positivo. Ci limitiamo a configurare un requisito fondamentale, che può consentire una discriminazione, ai nostri fini, delle diverse entità sociali: sono utili alla realizzazione del buongoverno quei soggetti collettivi, che esprimono e tutelano interessi che sono propri di

¹⁰⁶ Se è consentita un'autocitazione, a riprova di una convinzione maturata da tempo (ed anche dall'esperienza personale dello scrivente), ci permettiamo di richiamare due scritti risalenti: v. G. GEMMA, *Governabilità della democrazia, domanda politica e promozione dell'associazionismo*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1981, 179 ss.; ID., *Costituzione ed associazioni: dalla libertà alla promozione*, Milano 1993, soprattutto 229 ss.

un numero di individui che va oltre, molto oltre, quelle dei componenti delle associazioni e dei movimenti stessi che li rappresentano, In quest'ottica, si possono menzionare, a titolo meramente indicativo, associazioni (od entità fluide) ambientaliste, di consumatori, di fautori della costituzione di strutture sovranazionali¹⁰⁷, o, per riferirci alle istanze relative alle generazioni future, organizzazioni non governative¹⁰⁸.

Con una considerazione finale sul punto, possiamo affermare, quasi a mo' di slogan, che, ai fini dell'investitura dei governanti (direttamente dei parlamentari, direttamente od indirettamente dei membri del governo), deve valere la *major pars*, mentre ai fini dell'ausilio ad un valido indirizzo di governo deve valere la *sanior pars*¹⁰⁹, sia essa maggioranza o meno.

c) La tesi di fondo qui seguita ha una ricaduta anche sull'interpretazione delle disposizioni della nostra Costituzione, la quale, come noto, proclama la sovranità popolare e contiene qualche norma relativa alla democrazia diretta (cioè al referendum).

Dalla critica mossa all'ideologia democratica radicale ed alla sovranità popolare scaturiscono due possibili ordini, diversi ma non in contrasto irriducibile, di conseguenze.

In una direzione, si può assumere il concetto di sovranità popolare con un'accezione radicalmente diversa da quella tradizionale ed usuale, cioè di preminenza nell'ordinamento del soggetto popolo e della sua (pretesa) volontà. È la strada battuta con incisività da una dottrina, che ha ricostruito in termini oggettivi (e non soggettivi) la sovranità popolare intendendola come "articolazione dei poteri pubblici", cioè come negazione del riconoscimento di un potere in capo ad «un soggetto cui spetti, anche in via puramente astratta, l'ultima parola in assoluto su *tutto*». Più esattamente il concetto in esame verrebbe inteso come contitolarità di più soggetti (*rectius*, organi) costituzionali, fra i quali sussisterebbe una «*circolarità del potere in generale*»¹¹⁰. Di conseguenza non esisterebbe «il

¹⁰⁷ Su questi aspetti, ci permettiamo rinviare al nostro *Governabilità*, cit., soprattutto 196 ss.

¹⁰⁸ Su questo ruolo delle ONG quali rappresentanti delle generazioni future, C. PITEA, *Chi rappresenta le generazioni future? Il contributo della Convenzione di Aarhus allo "status" giuridico delle ONG ambientali a livello nazionale*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto*, cit., 24 ss.

¹⁰⁹ Riprendiamo un'antinomia, che era presente alla cultura del passato. A titolo indicativo, v. L. EINAUDI, *Major et sanior pars*, in ID., *Il buongoverno*, Bari 1954, 92.

¹¹⁰ Cfr. G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasformazione di un concetto*, in ID., *Lo stato senza principe*, Torino 2005, 88 (il corsivo è dell'A.).

sovrano, ma i sovrani», cioè parlamento, governo, giudici, ecc., e sussisterebbe una «mutevolezza della... sede istituzionale» della sovranità, «secondo le esigenze di una migliore tutela dei valori essenziali»¹¹¹. Come si vede, pertanto, la sovranità popolare non viene rigettata, sì, ma alla condizione di una sua “trasfigurazione” radicale, che la ricollega al pensiero liberalgarantista ed al costituzionalismo, sradicandola dalla sua ascendenza storica (nonché dall’accezione attualmente preponderante) rousseauiana. Su questa trasfigurazione nutriamo perplessità per qualche motivo, che è superfluo esporre in questa sede; nondimeno si tratta di una tesi dottrinale quanto mai disincantata ed avveduta, che merita ben maggiore attenzione di quanto abbia prestato una cultura giuridica ancora prigioniera dei dogmi democraticistici.

In altra direzione, e questa appare preferibile a chi scrive, il concetto di sovranità popolare, cui fa riferimento (anche) la nostra costituzione, ha solo un significato retorico, dal quale non si debbono trarre conseguenze interpretative, cioè non ha alcuna funzione ai fini di una interpretazione sistematica della normativa costituzionale. Non si ignora che esiste un consolidato canone interpretativo, secondo cui è preferibile l’attribuzione di un significato a termini (concetti) giuridici o formule normative piuttosto che di nessuno. Però l’impiego di tale canone, a parere di chi scrive, non può spingersi fino al punto di compiere operazioni interpretative con esiti irrazionali¹¹².

Qualsiasi direzione si voglia seguire fra le due poc’anzi indicate ne deriva, a nostro parere, che le istanze della democrazia rappresentativa debbano prevalere, nell’interpretazione della normativa costituzionale, sulle suggestioni della democrazia diretta. Non ci possiamo soffermare, data l’economia del presente scritto, sulla specificazione delle conseguenze di detta prevalenza delle istanze della democrazia rappresentativa in ambito ove possono operare le istanze di segno opposto. Ci limiamo a segnalare, quale esempio, il tema del referendum e le controversie che hanno investito il campo della potestà legislativa del corpo elettorale

¹¹¹ Cfr. G. SILVESTRI, *La parabola*, cit., 89 (il corsivo è sempre dell’A.).

¹¹² V., in una prospettiva simile, per citare dottrina del passato, E. PIOLA-CASELLI, *Interpretazione della legge*, in *Digesto Italiano*, XIII, Torino 1901-1904, 85.

Per una svalutazione e lo svuotamento di significato di una formula normativa, ricordiamo, a mo’ di esempio, quanto è avvenuto, in epoca liberale, circa la statuizione dell’art. 1 dello Statuto albertino, secondo cui la «religione cattolica e romana» era la «sola religione dello Stato»: per un accenno a questa vicenda, con il richiamo di un noto commentario dello Statuto, ci permettiamo rinviare al nostro *Sovranità popolare*, cit., 1583.

nonché la ricostruzione di detto istituto in armonia con le esigenze della governabilità e della democrazia rappresentativa¹¹³. La tematica del referendum costituisce l'ambito più significativo, ma comunque non l'unico in cui può avere una ricaduta il discorso condotto nelle pagine precedenti.

¹¹³ L'indirizzo costituzionale seguito nel testo si ricollega a quell'orientamento minoritario, che ha configurato la netta supremazia della democrazia rappresentativa nei confronti di quella diretta: v., in tal senso ed a titolo indicativo, E.W. BÖCKENFÖRDE, *Democrazia*, cit., 503 ss.; A. DI GIOVINE, *Democrazia diretta: da chi?*, in *Teoria politica*, 1996, 7 ss.

INFORMAZIONE:
VALORI E SITUAZIONI SOGGETTIVE*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La libertà d'informazione nella dottrina. – 3. La libertà d'informazione come valore nella giurisprudenza costituzionale. – 4. La libertà d'informarsi (e la libertà di essere informati). – 5. La libertà d'informare. – 6. La libertà di informare e il mezzo di diffusione radiotelevisivo. – 7. Libertà d'informazione e servizio pubblico radiotelevisivo. – 8. Il diritto ad essere informati.

1. *Premessa*

Di informazione si può parlare in senso oggettivo e soggettivo. Nel primo senso si allude ad essa senza distinguere chi informa da chi viene informato e ricomprendendo in tale concetto tutte le attività materiali, giuridiche e organizzative di soggetti sia privati che pubblici, che siano strumentali alla diffusione e alla ricezione delle notizie. Le situazioni giuridiche soggettive (di seguito, ss.gg.ss.) a cui allude il concetto di informazione in senso oggettivo sono pertanto le più varie e anche potenzialmente contraddittorie: vanno dalla libertà di informare alla libertà di informarsi e di essere informato, al diritto ad essere informato, dalla libertà di diffusione al dovere e all'obbligo di diffusione e così via e coinvolgono finanche l'informazione istituzionale che, essendo di competenza dei pubblici poteri, non costituisce, né potrebbe mai costituire, un diritto di libertà.

Il concetto di informazione in senso *oggettivo* è quindi di per sé *inutilizzabile* per affermarne la natura di s.g.s. giustiziabile. Alludendo, l'informazione in senso *oggettivo*, nel contempo ad interessi contenutistica-

* Il saggio apparirà negli *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, a cui è affettuosamente dedicato.

mente diversi che postulano a loro volta comportamenti materiali altrettanto diversi (diritti assoluti alcuni, diritti relativi altri), il concetto, come tale, di informazione in senso oggettivo, non costituendo una s.g.s. potrebbe tutt'al più essere utilizzata descrittivamente per sostenere l'esistenza di una libertà "istituzionale" della informazione, secondo la nota formula del *Bundesverfassungsgericht*, ma non per identificare una s.g.s. avente una *data* struttura e un *dato* contenuto omogeneo.

Di informazione in senso soggettivo si può parlare, invece, con riferimento ai molteplici soggetti (individuali e collettivi) che operano nel settore e quindi alle svariate ss.gg.ss. che compongono il mondo dell'informazione, venendo quindi in evidenza, per poter cogliere il senso di tale locuzione, la diversità degli interessi per la realizzazione dei quali mentre talvolta è sufficiente una mera attività biomeccanica, altre volte si richiedono complesse attività collettive. Tra le quali possono rientrare tanto la confezione del giornale parrocchiale quanto l'edizione di un periodico quotidiano di milioni di copie o la produzione di programmi televisivi su scala nazionale: tecnostrutture nelle quali l'individuo praticamente scompare, con problemi di grande interesse circa la titolarità della libertà di informare.

È quindi evidente che, mentre il richiamo all'art. 21 Cost. con riferimento all'informazione in senso oggettivo, è puramente descrittivo (se non addirittura retorico), il concetto di informazione in senso soggettivo richiede che si identifichino con precisione sia gli interessi, i principi e i valori *direttamente* tutelati dall'art. 21, sia gli altri interessi presenti nel mondo dell'informazione meritevoli di tutela ancorché il loro fondamento costituzionale vada individuato in norme costituzionali diverse dall'art. 21, pur senza entrare in contraddizione con esso¹.

2. *La libertà d'informazione nella dottrina*

La tesi tuttora più diffusa, a proposito della s.g.s. riconosciuta e disciplinata dall'art. 21 Cost. è quella, di matrice liberale, secondo la quale la libertà di informazione – in quanto diritto di liberamente riferire a terze persone fatti o opinioni (che, se esercitato professionalmente, si identi-

¹ Condivisibile in tal senso è perciò le premessa metodologica al tema della libertà d'informazione di G. GARDINI, *Le regole dell'informazione. Dal cartaceo al Bit*, III ed., Torino 2014, 55.

fica con la libertà di cronaca) – costituisce una delle facoltà ricomprese nel diritto, di natura “individualistica”² (quindi, non funzionale)³, di manifestare liberamente il proprio pensiero (art. 21 Cost.)⁴. Ad una diversa

² In questo senso è la costante giurisprudenza della Corte costituzionale, a partire dalle sentenze nn. 175 del 1971, 105 del 1972, 113 del 1974 ecc. In dottrina, tra i molti, in tal senso v. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958, 40; S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano 1957, 199 ss., spec. 206; V. CRISAFULLI, *Problematica della libertà d'informazione*, in *Il politico*, 1964, 287; A.M. SANDULLI, *La libertà d'informazione* (1977), in AA.VV., *Problemi dell'informazione*, Milano 1979, 1 s.; P. BARILE, S. GRASSI, voce *Informazione (libertà di)*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, vol. IV, Torino 1983, 196 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 233; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Appunti sulla libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, negli *Scritti in onore di V. Crisafulli*, vol. II, Padova 1985, 523 ss.; L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà d'informazione. Le problematiche attuali*, in *Pol. dir.*, 1987, 5 ss.; M. PEDRAZZA GORLERO, *Giornalismo e Costituzione*, Padova 1987, 161 s.; M. LUCIANI, *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. dir.*, 1989, 613 ss.; P. COSTANZO, *L'informazione*, Bari 2004, 115 s.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, II ed., Torino 2005, 290 s.; A. PACE, *Problematuca delle libertà costituzionali. Parte speciale*, II ed., Padova 1992, 422 ss.; ID. e M. MANETTI, *Art. 21, La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna-Roma 2006, 345 s. e soprattutto 47 ss.; R. ZACCARIA, A. VALASTRO, E. ALBANESI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, VIII ed., Padova 2013, 5 ss., 15; M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, Torino 2014, 132 s.

³ Contro la concezione funzionale della libertà di informazione v. decisamente M. PEDRAZZA GORLERO, *Giornalismo e Costituzione*, cit., 161 s., che però afferma che la libertà di pensiero adempirebbe “anche” ad una funzione sociale non già come mezzo a fine, ma come fine a fine. Più convincente è la spiegazione che ne dava C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958, 4 nota 3 secondo il quale «...dalla circostanza che le manifestazioni del pensiero (e forse il pensare) presuppongono vita in società non pare si possa argomentare (...) che la libertà di manifestazione sia perciò riconosciuta a fini sociali». Al pensiero di Esposito, M. PEDRAZZA GORLERO, *op. cit.*, 163 nota 25 si ricollega per ciò che attiene al nesso tra libertà di manifestazione del pensiero e democraticità dell'ordinamento. Va tuttavia tenuto presente che per l'Esposito non era la democraticità dell'ordinamento a costituire la base della proclamazione della libertà di manifestazione del pensiero, ma l'esatto contrario (v. *op. cit.*, 12).

⁴ Criticamente, sul punto, v. C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione. Contributo ad una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna 2013, 94, il quale, con riferimento a A. PACE, in ID. e M. MANETTI, *Art. 21*, cit., 100, sottolinea che l'impostazione individualistica, «nonostante il forte afflato garantista, non convinc(e), anzitutto, sul piano metodologico laddove, accanto ad un'accezione formale della libertà di manifestazione del pensiero quale situazione soggettiva cristallizzata in un testo giuridico gerarchicamente sovraordinato, individu(a) eccezioni alla regola costituzionale basate su una comprensione materiale dei molteplici valori desumibili dalla Carta costituzionale».

Mi si consenta innanzi tutto di ricordare di aver io stesso sottolineato che, pur dovendosi sempre «verificare se l'identificazione del fondamento costituzionale dei vari limiti sia sempre stata correttamente effettuata sulla base di adeguati riscontri testuali», era

conclusione si potrebbe teoricamente pervenire solo se, accanto alla proclamazione del diritto di liberamente esprimere e diffondere idee e opinioni, fosse costituzionalmente previsto, autonomamente, il diritto di comunicare e ricevere liberamente informazioni veritiere⁵. Ma anche in tale diverso contesto normativo, oltre alla difficoltà pratica di distinguere la comunicazione di una notizia dall'espressione di un pensiero⁶, sarebbe ben difficile piegare ad esigenze funzionali "esterne" la libertà di pensiero dell'operatore dell'informazione⁷.

E quindi, avendo la libertà di manifestazione del pensiero la struttura di un diritto assoluto (in quanto s.g.s. «attiva» attribuita ai soggetti privati), anche la libertà d'informare non potrà che avere la stessa struttura⁸.

ed è comunque importante «per i fini che qui interessano, che la Corte abbia ormai condiviso la tesi che nega al legislatore ordinario l'autonomo potere di restringere il diritto di libera manifestazione del pensiero adducendo limiti immanenti» (A. PACE, in ID. e M. MANETTI, *Art. 21*, cit., 42).

In secondo luogo, l'accusa di aver io individuato delle «eccezioni alla regola costituzionale basate su una pre-comprensione dei molteplici valori desumibili dalla Carta costituzionale», per non essere gratuita, avrebbe dovuto essere puntualmente accompagnata dalla indicazioni dell'apriorismo logico di cui mi sarei avvalso nell'individuare le "eccezioni" a cui l'a. fa riferimento. L'illustrazione di esse la si trova però non tanto in A. PACE e M. MANETTI, *Art. 21*, cit., 111 ss. (perché la disamina dei limiti oggettivi alla libertà di manifestazione è stata curata soprattutto da Michela Manetti), quanto in A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte speciale*, II ed., Padova 1992, 398 ss. e in ID., *Libertà individuali e qualità della vita*, Napoli 2008, 62 ss.

⁵ ...come invece è previsto nell'ordinamento spagnolo. V. l'art. 20, comma 1, lett. d), Cost. sp., che garantisce la libertà di "informare" in contrapposizione alla lett. a) che garantisce la libertà di manifestazione del pensiero. Non sembra però che dalla distinta proclamazione costituzionale il *Tribunal constitucional* spagnolo abbia tratto delle nette conseguenze applicative con riferimento ad una possibile diversità di disciplina, tranne che relativamente alla prova della veridicità della notizia nel caso del diritto di informazione. Così da ultimo il TCE, sent. n. 79/2014 del 28 maggio.

⁶ Problema tutt'affatto diverso è quello, risolto favorevolmente dal *Bunderverfassungsgericht*, di includere la tutela della libertà di cronaca nell'art. 5 GG ancorché questo garantisca esplicitamente la libertà di espressione di "opinioni".

⁷ Problemi ben diversi sono quelli che sorgono con riferimento all'indirizzo politico-editoriale delle testate giornalistiche, con conseguenti limiti interni alla libertà del giornalista. Sul punto v. M. PEDRAZZA GORLERO, *Giornalismo e Costituzione*, cit., 79 ss.; ID., *Libertà di stampa nella modernità*, negli *Studi in onore di L. Elia*, Tomo II, Milano 1999, 1202 ss. nonché, se si vuole, A. PACE, in ID. e M. MANETTI, *Art. 21*, 542 ss.

⁸ ...con la conseguenza, tra l'altro, che tra soggetto che informa e destinatario delle informazioni non si crea alcun rapporto (tanto meno giuridico). Il destinatario esercita infatti la sua libertà di informarsi che non presuppone un rapporto (essendo un diritto di libertà) né necessariamente lo implica: non è infatti necessario essere abbonati ad un periodico per poterlo leggere; né il pagamento del canone di abbonamento radiotelevisivo – che, oltretutto è un'imposta e non una tassa – implica il dovere dell'utente di seguire le

Ciò nondimeno, la libertà di informare, pur avendo la stessa struttura della libertà di manifestazione, presenta delle caratteristiche specifiche, tra le quali una, soggettiva, essendo l'identità del titolare solitamente un ente collettivo; e un'altra, oggettiva e cioè l'essenziale e doverosa intelligibilità delle informazioni, la quale esclude che una fotografia o un filmato, senza il corredo di un commento, possa "informare"⁹.

È però da avvertire – come si vedrà nel prosieguo¹⁰ – che questa tesi, di matrice liberale, non è altrettanto individualista quando si affronti la problematica della disciplina dei mezzi di diffusione. Infatti – come fu subito sottolineato da Carlo Esposito – «l'essenza di questa libertà non è che il singolo abbia possibilità di uso dei mezzi di diffusione del pensiero, ma che egli possa liberamente manifestare ciò che pensa con i mezzi a propria disposizione»¹¹.

trasmissioni di una data emittente o di un dato programma. Sul punto v. sotto il profilo sociologico W. SCHRAMM, voce *Comunicazioni di massa*, in *Enc. novecento*, vol. I, Roma 1975, 905; D. MCQUAIL, voce *Comunicazioni di massa. Sociologia*, in *Enc. Sc. Sociali*, Roma 1992, 167 ss.; sotto il profilo giuridico v. A. PACE, voce *Comunicazioni di massa. Diritto*, ivi, 182; ID. in A. PACE e M. MANETTI, *Art. 21*, 18 ss. In senso contrario, anche se in maniera sfumata, sostiene l'esistenza di un rapporto «tra libertà di manifestazione del pensiero e diritto di ricevere informazioni», C. PANNACCIULLI, *Pluralismo e mercato nell'attività radiotelevisiva. Profili costituzionali*, Bari 2005, 134. Altrettanto fa, ma in maniera ben più radicale, N. LIPARI, *Libertà di informare o diritto ad essere informati?*, in *Dir. radiodiff. e telecom.*, 1978, 2, sul cui pensiero tornerò *infra*.

⁹ Alludo così all'annoso dibattito tra lo studioso che questo contributo intende onorare e il sottoscritto, relativamente alla possibilità dei fotocineoperatori di essere qualificati giornalisti senza dover superare, negli esami di abilitazione, la prova richiesta dal d.P.R. 19 luglio 1976, n. 649. In favore della soluzione positiva v. M. PEDRAZZA GORLERO, *La riproduzione di immagini per organi di informazione come attività giornalistica*, in *Giur. cost.*, 1982, I, 1777 ss. e ID., *L'insostenibile ininformatività dell'immagine*, in *Dir. inf.*, 1986, 445 ss., ora in ID., *Giornalismo e Costituzione*, cit., rispettivamente 289 ss., 332 ss.; per la soluzione negativa v. invece il mio *Stampa, giornalismo, radiotelevisione*, Padova 1983, 167 ss. ed ivi ulteriori indicazioni bibliografiche. Per un cenno alle vicende conclusive della vicenda v. A. PACE, in ID. e M. MANETTI, *Art. 21*, cit., 328 ss.

¹⁰ V. *infra* §§ 5 e ss.

¹¹ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., 27 nota 58, che si ricollega a N. BOBBIO, *Politica e cultura*, Torino 1955, 278. Con la frase riportata nel testo, Esposito escludeva che l'art. 21 garantisse a tutti il libero utilizzo dei mezzi di diffusione radiotelevisiva (come invece, tra gli altri, successivamente sostenuto da S. FOIS, *Libertà di diffusione del pensiero e monopolio radiotelevisivo*, in *Giur. cost.*, 1960, 1158 ss. ora in ID., *La libertà di informazione. Scritti sulla libertà del pensiero e la sua diffusione*, a cura di A. Vignudelli, Bologna 1991, 50 ss.; e da G. BOGNETTI, *Costituzione, televisione e legge antitrust*, Milano 1996, 45 e 107) nonché da M. PEDRAZZA GORLERO, *Giornalismo e Costituzione*, cit., 158 che ne parla come del contenuto della libertà (negativa) di diffusione, ancorché si tratti dell'acquisizione del mezzo.

Una tesi siffatta, per quanto di matrice liberale, non si oppone infatti a interventi normativi che, nella disciplina dei mezzi di diffusione, perseguano interessi d'ordine generale¹². Il che si rende possibile proprio sulla base dell'anzidetta premessa secondo la quale si può liberamente manifestare il proprio pensiero solo con i mezzi di cui si abbia la disponibilità. Va detto che tale tesi è stata seguita dalla Corte costituzionale nel negare l'esistenza del c.d. diritto "all'utilizzazione" dei mezzi di diffusione del pensiero¹³ (v. le sentenze nn. 59 del 1960, 48 del 1964, 11 del 1968, 105 del 1972, 225 del 1974 e 94 del 1977)¹⁴, la cui importanza non fu colta, e tanto meno seguita, dalla magistratura ordinaria che dette il via al caos dell'etere¹⁵ a seguito di un'interpretazione errata della sent. n. 202 del 1976 (dichiarativa dell'incostituzionalità del monopolio radiotelevisivo a livello locale). Un'interpretazione errata le cui conseguenze pregiudizievoli ad un effettivo pluralismo radiotelevisivo sono tuttora ben visibili.

Rispetto a questa tesi costituisce un'importante evoluzione, ma non una svolta, la successiva tesi di un altro illustre costituzionalista, Vezio

¹² È bensì vero, come rilevato da M. LUCIANI, *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. dir.*, 1989, 607, che «...anche gli "individualisti" corrono tuttavia qualche rischio di estremizzazione, perché è dubbio che sia interamente nel giusto la tesi che la proclamazione della democraticità dello Stato, con il conseguente nesso fra democrazia e manifestazione del pensiero, "niente aggiunge e niente toglie alla solenne e specifica proclamazione di libertà"», come appunto era stato affermato da C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione*, cit., 12. Bisogna tuttavia riconoscere ad Esposito, che proprio perché partiva da quel nocciolo duro riportato nel testo («l'essenza di questa libertà non è che il singolo abbia possibilità di uso dei mezzi di diffusione del pensiero ecc. ecc.»), egli era in grado di respingere le tesi che già allora ritenevano incostituzionale la riserva statale delle radiodiffusioni (p. 28). Con riferimento alle quali egli affermava non esservi dubbio che l'art. 3 comma 2 Cost. «imponga al legislatore ed alle autorità di disporre ed operare positivamente perché i mezzi di diffusione del pensiero siano adeguati al fine». Con il che, anche per Esposito, i valori democratici finivano per avere il loro peso, ma con riferimento alla sola disciplina dei mezzi di diffusione.

¹³ C. PANNACCIULLI, *Pluralismo e mercato nell'attività radiotelevisiva*, cit., 130 ss., 139 s.

¹⁴ V. anche in particolare Corte cost., sent. n. 105 del 1972: «Naturalmente, che "tutti" abbiano diritto di manifestare il proprio pensiero "con ogni mezzo", non può significare che tutti debbano avere, in fatto, la materiale disponibilità di tutti i possibili mezzi di diffusione, ma vuol dire, più realisticamente, che a tutti la legge deve garantire la giuridica possibilità di usarne o di accedervi, con le modalità ed entro i limiti resi eventualmente necessari dalle peculiari caratteristiche dei singoli mezzi o dalla esigenza di assicurare l'armonica coesistenza del pari diritto di ciascuno o dalla tutela di altri interessi costituzionalmente apprezzabili, giusta i criteri di cui questa Corte ha fatto applicazione in varie occasioni (sentenze n. 59 del 1960, n. 48 del 1964, n. 11 del 1968)».

¹⁵ Per la puntuale descrizione delle vicende giurisprudenziali, v. A. PACE, in ID. e M. MANETTI, *Art. 21*, cit., 579 ss.

Crisafulli che, pur identificando, in prima approssimazione, la libertà di informare con la libertà di espressione e di cronaca, affermò che nella locuzione libertà d'informazione rientrerebbe anche la libertà di essere informati. L'autorevole studioso sottolineò che l'accento, in questo caso, viene a cadere «sul risultato sociale dell'esercizio di quelle libertà (che si presuppongono, beninteso, saldamente garantite e definitivamente acquisite)»; e che «l'interesse pubblico all'informazione, se da un lato non può essere predicato «indiscriminatamente per qualunque manifestazione», dall'altro deve essere sempre temperato con il riconoscimento della libertà (attiva) di espressione»¹⁶.

Avendo presente la sent. n. 105 del 1972 – di cui dirò in prosieguo (che essendo stata redatta da Crisafulli, ne riportava il pensiero) – un terzo grande costituzionalista, Paolo Barile, acutamente sostenne che il c.d. «“diritto” a ricevere le informazioni, come mero risvolto passivo della libertà di espressione, non gode di una specifica tutela costituzionale, ma gode, appunto, di riflesso, di quella apprestata a favore del diritto di informare, di cui è un “aspetto dell'effettività”: peraltro comprende l'autonoma garanzia che esclude ogni limite alla ricezione dei messaggi oggetto della libertà di espressione, e comunque riveste il carattere di interesse costituzionalmente rilevante – “valore” costituzionale – implicito sia nell'art. 21, sia nei principi di partecipazione e di pluralismo, come tale idoneo perciò a giustificare norme positive volte a garantire la pluralità delle fonti di informazione e la stessa partecipazione dei cittadini all'elaborazione e al controllo delle informazioni. Questo profilo della libertà è dunque un “diritto sociale”, un “interesse diffuso”, affine al “diritto” alla salute, all'ambiente salubre, alla difesa dei consumatori. All'attuazione di questa libertà sono dirette quelle norme che impongono a particolari soggetti o enti pubblici il “dovere” di fornire informazioni ai cittadini»¹⁷.

¹⁶ V. CRISAFULLI, *Problematica della «libertà d'informazione»*, in *Il politico*, 1964, 291, 299, 300. Come giudice costituzionale, Crisafulli sarà poi il relatore di due importanti sentenze sul punto (nn. 105 del 1972 e 94 del 1977).

¹⁷ Così testualmente P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 235, che, in maniera volutamente sfumata, accenna al “diritto” a ricevere informazioni come un diritto sociale assimilabile ad un interesse diffuso, senza quindi parlare, a tal proposito, del diritto all'informazione come s.g.s. avente natura pretensiva (un diritto sociale in senso tecnico, quindi). È infatti significativo, in tal senso, il favorevole accenno di Barile alla mia tesi (*Stampa, giornalismo, radiotelevisione*, Padova 1983, 14 s.), secondo la quale il c.d. “diritto” a ricevere informazioni, nel costituire il «mero risvolto passivo della libertà di espressione», verrebbe in rilievo come «un aspetto dell'effettività» della libertà di informare. Per contro sia P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, cit., 290 s., sia, so-

In una ben diversa ottica si colloca l'originalissima tesi di Claudio Chiola, rimasta peraltro isolata, che distingue il diritto di informazione e di cronaca del singolo individuo dal diritto d'informazione e di cronaca dei *mass media* e di coloro che vi operano. Il primo avrebbe natura individualistica e sarebbe tutelato dall'art. 21 comma 1 Cost.; il secondo – relativo alla sola stampa periodica e alla radiotelevisione – esulerebbe invece da tale garanzia costituzionale e sarebbe un diritto “funzionale”, a vantaggio, però, non di interessi pubblici in senso stretto (dello Stato), bensì dell'interesse della collettività ad essere informata¹⁸.

In questa stessa linea di pensiero, ma coinvolgendo nella tesi “funzionalistica” anche la libertà di cronaca esercitata dai singoli individui, si è

prattutto R. ZACCARIA, A. VALASTRO, E. ALBANESI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 26 ss., parlano del diritto all'informazione come di un diritto sociale, da intendersi come s.g.s., il cui fondamento normativo viene individuato nell'art. 21 Cost. in collegamento con l'art. 3 comma 2.

Il che, a modesto avviso di chi scrive, è tutt'altro che sufficiente per configurare un diritto sociale (v. *infra* il §§ 4 e 8). L'utilizzo dell'art. 3 comma 2 Cost. può infatti servire a rimuovere gli ostacoli di fatto che limitano la libertà di tutti di manifestare e di informarsi, ma non è in grado di trasformare un diritto di libertà in un diritto sociale, e cioè in un diritto a prestazione positiva, che, per essere positivamente previsto, necessita del previo intervento del legislatore. In questo senso v. significativamente la sent. 220 del 1991 del Tribunale costituzionale spagnolo, secondo la quale «il diritto a ricevere informazioni veraci è un diritto di libertà che non consente di essere convertito in un diritto di prestazione».

Sulla confusione esistente in dottrina tra libertà d'informarsi, libertà di essere informati, libertà-diritto di essere informati «giungendo, talvolta con eccessiva disinvoltura, a parlare, quasi si trattasse della stessa nozione, di “libertà-diritto all'informazione”», v. anche R. ZACCARIA, A. VALASTRO, E. ALBANESI, *Diritto dell'informazione*, cit., 15.

¹⁸ C. CHIOLA, *L'informazione nella Costituzione*, Padova 1973, 7 ss. Per la tesi che il diritto di cronaca, con riferimento alla stampa periodica, avrebbe natura funzionale, ma nell'interesse del regime democratico, in sé e per sé, v. già G. CUOMO, *Libertà di stampa e impresa giornalistica nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli 1956, 160 ss. Va tuttavia osservato che, quale che sia il titolare dell'interesse «alieno» perseguito da coloro che eserciterebbero il cd. diritto-dovere di informare (i lettori nel primo caso, lo Stato-comunità nel secondo), la conseguenza è comunque la stessa. Sia che si segua la tesi di Chiola o quella di Cuomo non vi sarebbe più «libertà» da parte dell'operatore professionale dell'informazione. Il che suscita preoccupazioni quando l'impresa di stampa o radiotelevisiva abbia natura privata, in quanto tale impostazione legittimerebbe comunque l'istituzione di controlli sul contenuto dell'informazione con relativa negazione di quella che è la *ratio* ispiratrice del diritto di libera manifestazione del pensiero. Coerente, ma inaccettabile, è la tesi «funzionalistica» di C. GESSA, *Libertà di stampa e disciplina della professione giornalistica*, in *Foro amm.*, 1967, III, 615.

Le cose cambiano, invece, se il discorso investe il servizio pubblico radiotelevisivo che costituisce esercizio di funzioni e non di libertà, e quindi può ben essere sottoposto a obblighi pervasivi (ma pur sempre, a mio parere, solo modali e non contenutistici): v. A. PACE, in ID. e M. MANETTI, *Art. 21*, cit., 681 ss. nonché *infra* § 6.

successivamente affermato da un civilista, Nicolò Lipari, che, nel momento stesso in cui si dia all'art. 21 Cost. «il significato di una garanzia della libertà di informare», si sarebbe «già compiuto un salto qualitativo rispetto alla semplice libertà di manifestare il proprio pensiero», perché si sarebbe «già caratterizzato il dettato costituzionale non semplicemente in funzione dell'interesse di chi utilizza il mezzo di diffusione, ma altresì in funzione dell'utilità di un prevedibile destinatario della comunicazione»¹⁹. La norma costituzionale, per questa dottrina, avrebbe pertanto «riguardo ad una manifestazione del pensiero che diventa veicolo di un messaggio immediato, strumento di coesione e di crescita della collettività»²⁰. La libertà «di informare» acquisirebbe, di per ciò stesso, rilevanti caratteri di doverosità a fini sociali. Ciò che, a ben vedere, condurrebbe a revocare in dubbio la sua natura giuridica di «diritto di libertà»²¹, posto che il diritto di libertà, per definizione, implica la possibilità di scelta dell'*an*, del *quomodo* e del *quando* esercitarlo.

Con notevoli differenze, ma nella stessa linea «funzionalistica», si è poi esplicitamente affermato, da un altro civilista, Vincenzo Zeno Zenco-

¹⁹ N. LIPARI, *Libertà di informare o diritto ad essere informati?*, cit., 2. I. VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Estado democrático e información: el derecho de ser informado*, Oviedo s.d. (ma 1994), accosta il pensiero di Lipari sul punto a quello di H. RIDDER, *Meinungsfreiheit*, in F. NEUMANN, H.C. NIPPERDEY e U. SCHEUNER (cur.), *Die Grundrechte*, II ed., Berlin 1968, 255 ss.

²⁰ N. LIPARI, *Libertà di informare o diritto ad essere informati?*, cit., 3 s.; ID., *Già diritto*, in J. JACOBELLI (cur.), *Verso il diritto all'informazione*, Bari-Roma 1991, 92 s.

²¹ La tesi di Lipari ha incontrato forti critiche. V. ad es. L. PALADIN, *Libertà di pensiero e di informazione: le problematiche attuali*, in *Pol. dir.*, 1987, 19; A. PACE, *Libertà di informare e diritto ad essere informati. Due prospettive a confronto nell'interpretazione e nelle prime applicazioni dell'art. 7 co. 1, t.u. della radiotelevisione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 469; C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione*, cit., 130.

Rischia di determinare confusioni concettuali anche chi sostiene che la libertà di espressione (e quindi la stessa libertà di informare) sia «un diritto al contempo individuale e sociale» (G.E. VIGEVANI, *Informazione e democrazia*, in M. CUNIBERTI, E. LAMARQUE e altri, *Percorsi di diritto dell'informazione*, III ed., Torino 2011, 4). Il fatto che la libertà di manifestazione del pensiero abbia natura individualistica non esclude affatto che il suo esercizio abbia conseguenze sulla società (come sottolinea lo stesso C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 9 s., citato *supra* alla nota 3, e richiamato anche da Vigevani sul punto). Ma ciò non significa che la libertà di espressione abbia «anche» natura sociale, vale a dire che presenti elementi di doverosità, o addirittura consista in una «pretesa ad un comportamento attivo dello Stato, affinché, attraverso la formazione di un'opinione pubblica consapevole, sia garantita «l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»» (così G.E. VIGEVANI, *op. loc. cit.*). Che è cosa del tutto diversa, e che difficilmente individua una s.g.s. giustiziabile.

vich, che l'attività informativa costituirebbe addirittura un "ordinamento settoriale", il cui "principio cardine" (che governa il settore dell'informazione) *non* sarebbe "la manifestazione del pensiero" poiché l'impresa d'informazione non si differenzerebbe dall'impresa che gestisce strade ferrate, linee aeree o servizi di trasporto, perché la «rilevanza ai fini dell'esercizio di diritti fondamentali è più fonte di obblighi che di diritti, di responsabilità che di privilegi». Per i mezzi di comunicazione di massa «la manifestazione del pensiero [sarebbe] una funzione: la veicolano, la diffondono, la sollecitano, la favoriscono». Di qui l'esistenza di un vero e proprio statuto dell'attività informativa²².

Per l'importanza, condivisa anche dalla dottrina da ultimo ricordata, che la disciplina dei mezzi di diffusione esplica sull'esercizio professionale dell'attività informativa, merita, a questo punto, di essere ricordata la tesi, in controtendenza, di Giovanni Bognetti, che aderisce alla concezione individualistica della libertà di manifestazione del pensiero non solo con riferimento al contenuto delle manifestazioni di pensiero (in linea con la concezione liberale inizialmente ricordata), ma addirittura con riferimento alla stessa disciplina dei mezzi di diffusione del pensiero²³. Ciò che conduce l'illustre studioso a sostenere – in una logica non più liberale, ma liberista²⁴ – la spettanza, a quei pochi che sono in grado di conquistarselo²⁵, di quel "diritto al mezzo" costantemente negato dalla Corte costituzionale.

²² V. ZENO ZENCOVICH, *La libertà di espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna 1984, 25 s.

Sottolinea l'esistenza di uno «speciale "statuto" del diritto all'informazione in campo politico, che emergerebbe nella giurisprudenza costituzionale», il Tar Lazio, sez. III, sent. 22 giugno 2006, n. 5038, RTI – *AgCom*. Su di essa v. però le critiche di A. PACE, *Libertà di informare e diritto ad essere informati. Due prospettive a confronto*, cit., 491 ss.

²³ G. BOGNETTI, *Costituzione, televisione e legge antitrust*, cit., 45 e 107, per il quale è irrilevante «la circostanza che non tutti o solo pochi siano in grado di disporre del mezzo». Per un approccio in parte simile v. V. ZENO ZENCOVICH, *La libertà di espressione*, cit., 39 ss.

²⁴ ...o meglio anarco-liberista, secondo la definizione di J. BUCHANAN, *I limiti della libertà. Tra anarchia e Leviatano (The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan)*, 1975), trad. it. R. De Mucci, I. Schraffl e D. Plini, Milano 1998.

²⁵ V. ancora G. BOGNETTI, *Costituzione, televisione e legge antitrust*, cit., 45, secondo cui «la circostanza che non tutti o solo pochi siano in grado di disporre del mezzo (...), non giustifica il fare una legge che ostacoli o addirittura tolga anche ai pochi, che sono capaci di procurarselo, la possibilità di disporne». E poiché qui si trattava delle radiofrequenze via etere, e cioè di una risorsa pubblica, evidentemente l'essere in grado di "procurarselo" implicava l'occupazione *di fatto* di radiofrequenze, e cioè la commissione di un illecito amministrativo, se non anche penale, almeno *ab initio*, e fino al d.l. n. 807 del 1984 (c.d. decreto Berlusconi *bis*).

Infine non deve essere dimenticata la tesi di Aldo Loiodice, il quale, pur avvertendo che, nel nostro ordinamento, la libertà (attiva) di informare si identifica con la libertà di manifestazione del pensiero, sottolinea, ciò nondimeno, che «con libertà di informazione, invece, si identifica “in senso stretto”, e più correttamente, solo il diritto alla informazione, la libertà di informarsi e di porre in essere i relativi comportamenti, tesi ad acquisire l’informazione»²⁶. Tesi che, spostando decisamente il baricentro dell’informazione sul lettore e sull’utente radiotelevisivo²⁷, ha contribuito non poco a quelle incertezze concettuali nelle quali, come vedremo qui di seguito, è caduta la stessa Corte costituzionale.

3. *La libertà d’informazione come valore nella giurisprudenza costituzionale*

Il panorama concettuale della libertà d’informazione diviene ancora più complesso se si considera la libertà di informazione come valore (o principio), anziché come s.g.s.

Il discorso, in proposito, non può che indirizzarsi alla giurisprudenza della Corte costituzionale essendo numerose le decisioni in materia di stampa e radiotelevisione nelle quali la “libertà d’informazione” è stata presa in considerazione come un valore²⁸, identificato di volta in volta con l’interesse generale all’informazione, il pluralismo informativo o con il diritto alla informazione (a sua volta, comprensivo di tutti gli aspetti attivi e passivi delle ss.gg.ss. assolute e obbligatorie nelle quali l’informazione si realizza).

²⁶ A. LOIODICE, *Situazioni costituzionali e diritto all’informazione*, in *Trattato di diritto amministrativo* dir. da G. Santaniello, vol. XV, t. I, Padova 1990, 20. Ovviamente Loiodice mantiene fermo che, da un punto di vista terminologico, la libertà di informazione “in senso lato” identificherebbe «il duplice ordine di situazioni soggettive connesso sia all’attività acquisitiva di conoscenze (“informarsi”) sia al comportamento attivo di espressione (“informare”)».

²⁷ V. le attente considerazioni in proposito di C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione*, cit., 127.

²⁸ P. LOGROSCINO, *Le situazioni soggettive nella giurisprudenza costituzionale (Diritto alla libera informazione e televisione)*, in *Trattato di diritto amministrativo* dir. da G. Santaniello, vol. XV, t. I, cit., 82 ss., 98, nel ritenere interscambiabili i concetti di diritti e di valori, finisce per ritenere, inesattamente, che tutte le sentenze della Corte in materia radiotelevisiva abbiano a che fare con ss.gg.ss., laddove è bensì vero che tutti i diritti costituzionalmente garantiti presuppongono una scelta di valore e quindi sono valori, mentre non è vero il contrario, e cioè che tutti i valori costituiscono ss.gg.ss.

Poiché tanto la locuzione “libertà d’informazione” quanto la locuzione “diritto alla informazione” hanno assunto notevoli ambiguità – la prima perché viene confusa con la libertà passiva di informarsi, la seconda perché con essa talvolta si allude ad una s.g.s. “pretensiva” (il diritto ad essere informato) – meglio sarebbe stato se la Corte costituzionale, intendendo tutelare quel valore complessivo, l’avesse identificato come libertà *della* informazione²⁹, come si è fatto con la libertà *della* stampa e con la libertà *della* scuola per distinguerle dalle singole ss.gg.ss. che le compongono; e come si è fatto in dottrina con la libertà *del* mercato per distinguerla dalle singole libertà individuali degli operatori economici.

E meglio ancora sarebbe stato se, seguendo in tal senso le indicazioni del Tribunale costituzionale federale tedesco, la nostra Corte avesse fatto riferimento alla libertà “istituzionale” della informazione per designare, come si è detto all’inizio, l’insieme delle ss.gg.ss. e dei valori finalizzati alla più ampia circolazione delle informazioni³⁰.

Detto ciò, passiamo ora ad una rapida rassegna delle decisioni della Consulta che hanno sottolineato alcuni aspetti valoriali della libertà “della” informazione.

La sentenza che merita di essere ricordata per prima è, indubbiamente, la sent. n. 105 del 1972 (rel. Crisafulli), con la quale la Corte dichiarò incostituzionale il divieto, per la stampa quotidiana, di editare il settimo numero settimanale, in conseguenza del doveroso riposo settimanale delle maestranze. La Corte ritenne che, in forza di tale divieto, ne risultava, «dal lato attivo, indebitamente compressa la libertà di manifestazione (libertà di dare e divulgare notizie, opinioni, commenti)», e fin qui si trattava della tutela di una s.g.s. Ma per la Corte ne risultava «altresì menomato – dal punto di vista dei destinatari della manifestazione – l’interesse generale, anch’esso indirettamente protetto dall’articolo 21, alla informazione; il quale, in un regime di libera democrazia, implica pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di in-

²⁹ Sulla libertà “della” informazione, come valore comprensivo della libertà di informare e della libertà di informarsi v. *amplius* A. PACE, in ID. e M. MANETTI, *Art. 21*, cit., 345 ss.; sulla libertà di informare e sul diritto all’informazione come idee-forza della disciplina della stampa e della radiotelevisione v. ancora *amplius* A. PACE, in ID. e M. MANETTI, *op. loc. ult. citt.*, 528 ss.

³⁰ Sulla libertà “istituzionale” dell’informazione, v. le sentenze del *Bundesverfassungsgericht*, 22 febbraio 1961 (*BVerfGE*, vol. 12, 259 ss.), 27 luglio 1971 (*ivi*, vol. 31, 325 ss.), 16 giugno 1981 (*ivi*, vol. 57, 319 ss.), 4 novembre 1986 (*ivi*, vol. 73, 152 ss.), 24 marzo 1987 (*ivi*, vol. 74, 323 ss.).

giustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee».

L'interesse generale ad essere informati, anche se con un lessico lievemente diverso, ritornerà di lì a poco, nella famosa sent. n. 225 del 1974 (rel. Verzi), con la quale venne dichiarato incostituzionale non il monopolio radiotelevisivo statale bensì i modi mediante i quali veniva (illegittimamente) esercitato³¹. Disse infatti la Corte, con trasparente riferimento non all'art. 21 Cost. bensì all'art. 43 Cost. che «La sottrazione del mezzo radiotelevisivo é legittima solo se si assicuri che il suo esercizio sia preordinato a due fondamentali obbiettivi: a trasmissioni che rispondano alla esigenza di offrire al pubblico una gamma di servizi caratterizzata da obbiettività e completezza di informazione, da ampia apertura a tutte le correnti culturali, da imparziale rappresentazione delle idee che si esprimono nella società; a favorire, a rendere effettivo ed a garantire il diritto di accesso nella misura massima consentita dai mezzi tecnici. In mancanza di una disciplina legislativa che imponga queste due linee direttive e che predisponga gli strumenti all'uopo adeguati, il mezzo radiotelevisivo, posto nella libera disponibilità di chi lo gestisce, rischia – non meno, e forse con maggior danno, che se fosse nelle mani di pochi privati – di essere un poderoso strumento a servizio di parte, non certo a vantaggio della collettività. In altri termini, il monopolio pubblico, una volta libero da ogni regola che correttamente ed efficientemente ne disciplini l'esercizio, potrebbe tendere a fini e portare a risultati diametralmente opposti a quelli voluti dalla Costituzione». Di qui tutta una serie di prescrizioni (o, meglio, di comandamenti)³² che sarebbero stati realizzati con la l. 14 aprile 1975, n. 103.

Con riferimento, ancora, al settore televisivo è la successiva decisione della Corte rilevante per questa rassegna. A poco più di un anno dalla l. n. 103 del 1975, e in un contesto politico nel quale si prefigurava (e si temeva) che nelle elezioni politiche di quell'anno vi sarebbe stato il sorpasso della DC da parte del PCI, la Corte, con la sent. n. 202 del 1976 (rel. De Marco), dichiarava l'incostituzionalità del monopolio radiotele-

³¹ Tuttavia la Corte dichiarò inammissibili le qq.ll.cc. relative al d.P.R. 26 gennaio 1952, n. 180, e cioè il provvedimento amministrativo di concessione. Il che consentì alla Rai di continuare ad operare ancorché le norme legislative che ne disciplinavano l'esercizio erano state dichiarate illegittime.

³² Così C. CHIOLA, *I comandamenti della Corte per il settore televisivo* in *Giur. cost.*, 1974, 2191 ss.; su tale sentenza v. anche R. ZACCARIA, *L'alternativa posta dalla Corte: monopolio "pluralistico" della radiotelevisione o liberalizzazione del servizio*, ivi, 2169 ss.

visivo statale a livello locale. La relativa q.l.c. concerneva l'illegittimità delle sole norme penalistiche poste a difesa della riserva statale. Di qui la duplice conseguenza: 1) che, a stretto rigore, la pronuncia, riguardando le sole norme penali, non avrebbe dovuto coinvolgere l'assetto amministrativo della disciplina radiotelevisiva allora vigente; 2) che l'utilizzo di radiofrequenze senza il previo "momento" pubblicistico della pianificazione e dell'assegnazione delle stesse avrebbe dovuto essere considerato amministrativamente (e civilmente) illecito. Il che era oltretutto confermato dall'elenco delle condizioni, previste nel n. 8 del considerato in diritto, che avrebbero dovuto essere dettate preliminarmente dal legislatore.

Ciò nondimeno la netta affermazione contenuta in tale sentenza – secondo la quale «esclusa la possibilità di monopoli od oligopoli per le trasmissioni su scala locale, viene meno l'unico motivo che per queste ultime trasmissioni possa giustificare *quella grave compressione del fondamentale principio di libertà*, sancito dalla norma a riferimento³³, che anche un monopolio di Stato necessariamente comporta» – si risolse, nei fatti, in un forte segnale politico in favore del pluralismo³⁴, che assunse, com'è noto, le forme scorrette del c.d. caos dell'etere, prima, e del duopolio RAI-Fininvest (poi Mediaset), poi³⁵.

³³ E cioè l'art. 21 Cost.

³⁴ F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995, 80 s., ha esattamente osservato, con esplicito riferimento alle sentenze della Corte costituzionale nn. 225 del 1974, 148 del 1981, 235 del 1985, 14 e 108 del 1987, 826 del 1988, 420 del 1994 (ma con implicito riferimento alla sent. n. 202 del 1976), che «la garanzia del pluralismo riduce la libertà incondizionata di tutti – ma in realtà di pochi – nella ragionevolmente proporzionata libertà delle varie istituzioni che concorrono alla erogazione del prodotto della manifestazione del pensiero attraverso la stampa. // Ma il diritto che sostanzia l'istituto giuridico ispirato al valore della libertà non viene più in considerazione del diritto individuale bensì come valore costituzionale inviolabile. // La conversione del valore della libertà nel valore del pluralismo comporta che l'intervento del legislatore assuma una valenza non più soltanto limitativa dei diritti dei singoli ma soprattutto una valenza positiva volta a rendere possibile e ad assicurare l'effettivo esercizio di quei diritti in conformità del valore costituzionale». Il che, nella logica dei valori, è senz'altro esatto, mentre non è altrettanto esatta la conclusione che Modugno ne trae. E cioè che il valore del "pluralismo" renderebbe possibile ed assicurerebbe "l'effettivo esercizio di quei diritti".

Se infatti è evidente che tali "nuovi" diritti non possono essere i diritti di libertà spettanti a tutti ("in luogo" dei quali la Corte ha, appunto, fatto ricorso al valore "pluralismo"), deve altresì notarsi che il diritto all'informazione – cui Modugno fa riferimento come succedaneo della libertà – è anch'esso un "valore" (come esplicitato nelle sentenze della Corte costituzionale) e quindi non si risolve in un puntuale "diritto" soggettivo giudizialmente azionabile (sul punto v. *infra* i nn. 7 e 8).

³⁵ Per una differente lettura della sentenza v. C. CHIOLA, *Il pluralismo spontaneo per*

Alla citata sent. n. 105 del 1972 si collega la sent. n. 94 del 1977 (rel. lo stesso Crisafulli), con la quale venne dichiarata l'incostituzionalità di una legge siciliana che prevedeva a carico della Regione la potestà di erogare contributi ad aziende editrici di quotidiani siciliani nonché l'istituzione di un fondo, anch'esso della Regione, da erogare a periodici a diffusione regionale per «servizi di interesse dell'Autonomia e della Sicilia». In tale occasione la Corte avvertì, ancora una volta, che l'interesse all'informazione indirettamente tutelato dall'art. 21 «implica altresì (...) esclusione di interventi dei pubblici poteri suscettibili di tradursi, anche indirettamente, e contro le intenzioni, in forme di pressione per indirizzare la stampa verso obiettivi predeterminati a preferenza di altri».

Nella sent. n. 1 del 1981 (rel. Gionfrida), relativa alla legittimità costituzionale delle norme che non garantiscono pienamente il segreto dei giornalisti, la Corte enunciava per la prima volta il concetto di «diritto all'informazione», inteso come «presupposto della libertà di manifestazione del pensiero, in quanto destinato ad ampliare i canali informativi ed a garantire le condizioni migliori per la loro continuità e fluidità», ma concludeva nel senso che «l'interesse protetto dall'art. 21 della Costituzione non è in astratto superiore a quello parimenti fondamentale della giustizia: nei cui confronti è stato anzi ritenuto cedevole nelle concrete situazioni giuridiche esaminate dalle precedenti sentenze n. 25 del 1965 e n. 18 del 1966».

Al tanto sollecitato “diritto all'informazione” non in senso tecnico, ma quale valore ordinamentale, la Corte si richiamò ...finalmente con la sent. n. 153 del 1987 (rel. Caianiello), e lo fece per affermare che, nelle trasmissioni radiotelevisive su scala nazionale, tale diritto dovrebbe essere assicurato dallo Stato alla generalità dei cittadini-utenti, promuovendo lo sviluppo sociale e culturale della collettività mediante «il riconoscimento dell'emittenza quale servizio pubblico essenziale di preminente interesse generale». La declaratoria d'incostituzionalità della norma in questione – che riservava allo Stato le trasmissioni verso l'estero – venne però pronunciata dalla Corte non con riferimento alla disciplina costituzionale dei mezzi di diffusione – come fino ad allora la Corte aveva fatto -, bensì in nome di un valore contenutistico, e cioè il “principio plu-

la radiotelevisione locale, in *Giur. cost.*, 1976, 1418 ss.; F. D'ONOFRIO, *Groviglio nell'etere: la Corte “apre” ai privati “locali*, ivi, 1424 ss.; A. PACE, *Liceità condizionata delle emittenti locali e disciplina pubblica dell'impresa radiotelevisiva privata*, in *Dir. radiodiff. telecom.*, 1979, 23 ss. ora in ID., *Stampa, giornalismo, radiotelevisione*, cit., 425 ss.

ralistico”, in considerazione del quale l’attività di ripetizione verso l’estero di programmi in lingua straniera (nella specie, le trasmissioni in lingua tedesca, verso la Svizzera) ricadrebbe bensì nell’art. 21 Cost., con riferimento al quale i provvedimenti di diniego o di revoca emessi in forza di «poteri autoritativi» dovrebbero essere adeguatamente motivati. Il che non poteva non suscitare forti perplessità³⁶.

Il valore del diritto all’informazione viene esplicitamente evocato nell’importantissima sent. n. 826 del 1988 (red. Spagnoli)³⁷, nella quale la Corte, ricollegandosi alla citata sent. n. 225 del 1974, pone la prima chiara distinzione tra “pluralismo interno” e “pluralismo esterno”, da un lato ribadisce la legittimità costituzionale del monopolio radiotelevisivo statale su scala nazionale, dall’altra respinge la q.l.c. del c.d. decreto Berlusconi *bis* (d.l. n. 807 del 1984 convertito nella l. n. 10 del 1985) che la Corte giustificava però in considerazione della sua “provvisorietà” (dopo quattro anni!) e della sua “transitorietà” nei confronti della futura legge di sistema (*sic!*)³⁸.

Dopo aver sottolineato, a questo proposito, che «ovviamente spetta al legislatore di provvedere a che il servizio pubblico disponga delle frequenze e delle fonti di finanziamento atte a consentirgli di assolvere i propri compiti», la Corte rilevava che, per «quanto riguarda l’emittenza radiotelevisiva privata», si sarebbe trattato «di comporre il diritto all’informazione dei cittadini e le altre esigenze di rilievo costituzionale in materia con le libertà assicurate alle imprese principalmente dall’art. 21, oltre che dall’art. 41 Cost., in ragione delle quali il pluralismo interno e l’apertura alle varie voci presenti nella società incontra sicuramente dei limiti. Di qui la necessità di garantire, per l’emittenza privata, il massimo di pluralismo esterno, onde soddisfare, attraverso una pluralità di voci

³⁶ Sul punto, criticamente, v. C. CHIOLA, *La licenza per le trasmissioni radiotelevisive verso l’estero*, in *Dir. informaz.*, 1987, 955 ss.; A. PACE, *Le trasmissioni radiotelevisive verso l’estero: dalla riserva allo Stato al regime di autorizzazione discrezionale*, in *Giur. cost.*, 1987, 1164, ed ivi il rilievo che, in tale occasione, la Corte, avesse utilizzato, per la prima volta, con riferimento alla disciplina dei mezzi di diffusione, argomenti attinenti alla disciplina non dei mezzi, bensì dei contenuti della libertà di espressione del pensiero, con esiti pregiudizievole proprio per la stessa garanzia della libertà del contenuto, che veniva così parificata, *quoad effectum*, alla disciplina del mezzo, per ciò che riguarda l’ammissibilità di provvedimenti autoritativi.

³⁷ V. a proposito di tale decisione, il commento di R. BORRELLO, *Cronaca di una in-costituzionalità annunciata (ma non ... dichiarata)*, in *Giur. cost.*, 1988, parte I, 3950 ss.

³⁸ V. sul punto gli acuti rilievi mossi a questa e ad altre sentenze in materia radiotelevisiva da G. AZZARITI, *La temporaneità perpetua, ovvero la giurisprudenza costituzionale in materia radiotelevisiva (rassegna critica)*, in *Giur. cost.*, 1995, 4655 ss.

concorrenti, il diritto del cittadino all'informazione». Veniva inoltre sottolineato l'importante *caveat* che però resterà inascoltato: «...il pluralismo in sede nazionale non potrebbe in ogni caso considerarsi realizzato dal concorso tra un polo pubblico e un polo privato che sia rappresentato da un soggetto unico o che comunque detenga una posizione dominante nel settore privato».

Il contesto del discorso rende però evidente che, alludendo al «diritto all'informazione», la Corte, in questa importante decisione, non alludeva ad una s.g.s. «pretensiva» avente un oggetto impossibile (il diritto del singolo nei confronti del legislatore a che il sistema radiotelevisivo fosse disciplinato in una maniera più che in un'altra!), ma si richiamava, ancora una volta, al «principio pluralistico», il quale, con una notevole forzatura retorica, veniva però presentato come se si fosse trattato di un «diritto del cittadino». Il che ha indotto in errore qualche studioso che è stato portato a ritenere che il «principio pluralistico» configuri di per sé una s.g.s. azionabile.

Con la sent. n. 348 del 1990 (red. Cheli), resa in un giudizio di legittimità costituzionale in via principale tra Stato e Regione, la Corte, nel respingere il ricorso del Presidente del Consiglio, affermava, superando nella sostanza il *dictum* della sent. n. 94 del 1977, che «l'informazione attuata attraverso i mezzi di comunicazione di massa (si tratti di stampa o di radiotelevisione) è attività che – per il fatto di collegarsi, nel nostro sistema, all'esercizio di una libertà fondamentale (quale quella di espressione del pensiero) ed alla presenza di un valore essenziale per la democrazia (quale quello del pluralismo) – non può essere collocata sullo stesso piano delle materie elencate nell'art. 117 Cost.». Conseguentemente «(l)'informazione, nei suoi risvolti attivi e passivi (libertà di informare e diritto ad essere informati) esprime, infatti, – al di là delle singole sfere di attribuzioni rispettivamente assegnate allo Stato ed alle Regioni³⁹

³⁹ Questa affermazione della Corte si espone a forti critiche. La Corte sembrerebbe ritenere che una certa materia, per il solo fatto di costituire nel contempo anche un valore costituzionale, non possa essere collocata sullo stesso piano delle materie elencate nell'art. 117 Cost. Il che, allora, dovrebbe valere anche per l'ambiente, l'istruzione, la tutela della salute, la sicurezza pubblica ecc. che certamente sono anch'essi valori costituzionali. Ma il vero è che, così opinando, l'informazione istituzionale (non già, ovviamente, la disciplina della libertà di manifestazione del pensiero e di informazione) finirebbe per essere assoggettata alla competenza sia dello Stato sia delle Regioni ipotizzandosi così un «concorso libero tra più fonti». Ciò che contraddice il principio di competenza (V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 804).

– una condizione preliminare (o, se vogliamo, un presupposto insopprimibile) per l’attuazione ad ogni livello, centrale o locale, della forma propria dello Stato democratico. Nell’ambito di tale forma, qualsivoglia soggetto od organo rappresentativo investito di competenze di natura politica non può, di conseguenza, pur nel rispetto dei limiti connessi alle proprie attribuzioni, risultare estraneo all’impiego dei mezzi di comunicazione di massa. Questo impiego, per quanto concerne le Regioni, quali soggetti costituzionali investiti di competenze sia politiche che amministrative, si riferisce, in particolare, a due aspetti: quello delle informazioni che la Regione è tenuta ad offrire ai cittadini in ordine alle proprie attività ed ai propri programmi e quello delle informazioni che la Regione può ricevere dalla società regionale e che concorrono a determinare la partecipazione di tale società alle scelte attraverso cui si esprime l’indirizzo politico e amministrativo regionale».

Per rigettare la q.l.c. sottopostale, la Corte dichiaratamente si riferisce, in questa decisione, non a ss.gg.ss. assertivamente violate, ma a due valori: in primo luogo, il “pluralismo” e, in secondo luogo, l’«informazione, nei suoi risvolti attivi e passivi (libertà di informare e diritto ad essere informati)». I quali non convivono né potrebbero convivere come contenuto di una medesima s.g.s.⁴⁰. Va anzi sottolineato che la nozione di informazione cui la Corte fa riferimento in questa pronuncia è quella che nel paragrafo iniziale ho definito “obiettiva”, e nella quale rientra anche l’informazione istituzionale che, per definizione, costituisce esercizio di “funzione” e non di “libertà”⁴¹.

E veniamo finalmente alla sent. n. 112 del 1993 (red. Baldassarre),

Favorevole alla sent. n. 348 del 2000 è stato invece P. CARETTI, *Il ruolo delle Regioni nell’ordinamento della comunicazione. Profili generali e problemi aperti*, in ID., *Stato, Regioni enti locali tra innovazione e continuità. Scritti sulla riforma del titolo V della Costituzione*, Torino 2003, 128 s., il quale conseguentemente ha sostenuto che «qualunque soggetto rappresentativo, investito di competenze di natura politica non può essere estraneo ad un impiego dei mezzi di comunicazione di massa, pur nel rispetto dei limiti costituzionalmente imposti alle proprie attribuzioni». Con il che, il limite competenziale, uscito dalla... finestra, rientrerebbe dalla porta, perché la competenza in materia di informazione non attiene al puntuale e specifico impiego di un dato mezzo di comunicazioni di massa, ma alla disciplina dei mezzi di comunicazioni di massa.

⁴⁰ V. *supra* la nota 17. Avverte l’importanza della svolta giurisprudenziale prodotta da questa sentenza M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, cit., 135, che però non ne sottolinea la gravità delle conseguenze concettuali.

⁴¹ Ampiamente sul punto v. i contributi di P. MARSOCCHI, *Poteri e pubblicità. Per una teoria giuridica della comunicazione istituzionale*, Padova 2002, 111 ss.; ID. (a cura di), *“Esporre” la democrazia*, Milano 2007.

nella quale, allo scopo di coonestare il c.d. principio di concessione introdotto anche per i privati dalla legge n. 223 del 1990, viene dilatato il valore del “diritto all’informazione” fino a specificarlo in veri e propri precetti quali il rispetto della dignità umana, dell’ordine pubblico, del buon costume e del libero sviluppo psichico e morale dei minori. Precetti, tutti questi, che, a ben vedere, costituiscono la positivizzazione di valori autonomi, i quali non abbisognano, per essere tutelati, di essere ricompresi nel “diritto all’informazione”. Ma c’è di più.

La Corte, dopo aver ricordato che «la Costituzione, all’art. 21, riconosce e garantisce a tutti la libertà di manifestare il proprio pensiero con qualsiasi mezzo di diffusione e che tale libertà ricomprende tanto il diritto di informare, quanto il diritto di essere informati (v., ad esempio, sentt. nn. 202 del 1976, 148 del 1981, 826 del 1988)», sottolinea «che il “diritto all’informazione” va determinato e qualificato in riferimento ai principi fondanti della forma di Stato delineata dalla Costituzione, i quali esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale. Di qui deriva l’imperativo costituzionale che il “diritto all’informazione” garantito dall’art. 21 sia qualificato e caratterizzato: a) dal pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie – che comporta, fra l’altro, il vincolo al legislatore di impedire la formazione di posizioni dominanti e di favorire l’accesso nel sistema radiotelevisivo del massimo numero possibile di voci diverse – in modo tale che il cittadino possa essere messo in condizione di compiere le sue valutazioni avendo presenti punti di vista differenti e orientamenti culturali contrastanti; b) dall’obiettività e dall’imparzialità dei dati forniti; c) dalla completezza, dalla correttezza e dalla continuità dell’attività di informazione erogata; d) dal rispetto della dignità umana, dell’ordine pubblico, del buon costume e del libero sviluppo psichico e morale dei minori»⁴². Con il che si è finito per includere, nel diritto all’informazione, tutto e il contrario di tutto!

A questa decisione, indiscutibilmente importante anche se poco lineare, si collega la ben più rigorosa sent. n. 155 del 2002 (red. Capotosti)⁴³, anch’essa estremamente importante non solo – come vedremo –

⁴² Su questa sentenza v. la severa e condivisibile critica di P. COSTANZO, «Diritto all’informazione» e «diritto d’informazione» nei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale in materia radiotelevisiva, in *Rapporto ’93 sui problemi giuridici della radiotelevisione in Italia* a cura di P. Barile e R. Zaccaria, Torino 1994, 480 s.

⁴³ ... che come studioso aveva tra i primi sostenuto l’esistenza del principio di con-

per quanto riguarda il c.d. principio di concessione e perché ribadisce l'importanza nel nostro ordinamento del principio della *par condicio* (e i limiti dello stesso), ma anche perché il valore della libertà “della” informazione viene più rigorosamente tratteggiato con le seguenti parole: «Il diritto alla completa ed obiettiva informazione del cittadino appare dunque, alla luce delle ricordate pronunce, tutelato in via prioritaria soprattutto in riferimento a valori costituzionali primari, che non sono tanto quelli – come sostiene la difesa delle parti private – alla “pari visibilità dei partiti”, quanto piuttosto quelli connessi al corretto svolgimento del confronto politico su cui in permanenza si fonda, indipendentemente dai periodi di competizione elettorale, il sistema democratico. È in questa prospettiva di necessaria democraticità del processo continuo di informazione e formazione dell'opinione pubblica, che occorre dunque valutare la congruità del bilanciamento tra principi ed interessi diversi attuato dalla disciplina censurata mediante la previsione di modalità e forme della “comunicazione politica”. Attraverso di esse infatti, proprio al fine specifico di consentire – in ogni tempo e non solo nei periodi elettorali – la più ampia informazione del cittadino per formare la sua consapevolezza politica, si esplica la libertà di espressione delle singole emittenti private».

Non diversamente dalla sent. n. 155, anche l'immediatamente successiva sent. n. 284 del 2002 (rel. Onida) affronta il tema della libertà dell'informazione nell'ottica dei destinatari. In essa infatti si legge: «L'esistenza di un servizio radiotelevisivo pubblico, cioè promosso e organizzato dallo Stato, non più a titolo di monopolista legale della diffusione di programmi televisivi, ma nell'ambito di un sistema misto pubblico-privato, si giustifica però solo in quanto chi esercita tale servizio sia tenuto ad operare non come uno qualsiasi dei soggetti del limitato pluralismo di emittenti, nel rispetto, da tutti dovuto, dei principi generali del sistema (cfr., in proposito, la sentenza n. 155 del 2002), bensì svolgendo una funzione specifica per il miglior soddisfacimento del diritto dei cittadini all'informazione e per la diffusione della cultura, col fine di “ampliare la partecipazione dei cittadini e concorrere allo sviluppo sociale e culturale del Paese”, come si esprime il citato art. 1 della legge n. 103 del 1975. Di qui la necessità che la concessione preveda specifici obblighi di servizio pubblico (si vedano, oggi, la convenzione approvata con il d.P.R. 28

marzo 1994, e il contratto di servizio per il triennio 2000-2002 approvato con il d.P.R. 8 febbraio 2001) e imponga alla concessionaria l'obbligo di assicurare una informazione completa, di adeguato livello professionale e rigorosamente imparziale nel riflettere il dibattito fra i diversi orientamenti politici che si confrontano nel Paese, nonché di curare la specifica funzione di promozione culturale ad essa affidata e l'apertura dei programmi alle più significative realtà culturali».

Da ultimo sono meritevoli di menzione due sentenze, politicamente (anche se non giuridicamente) assai importanti, in entrambe le quali il valore del "pluralismo" informativo, delle voci e dei mezzi – già preso in considerazione con riferimento alla libertà d'informazione in precedenti decisioni (v. le sentenze nn. 225 del 1974, 231 del 1985, 153 del 1987, 826 del 1988, 348 del 1990, 112 del 1993 ecc.) – ne costituisce per entrambe la ragione determinante per la pronuncia d'accoglimento. La prima è la sent. n. 420 del 1994 (red. Granata), con riferimento all'art. 15 comma 4 della l. n. 223 del 1990 (c.d. legge Mammi) che consentiva ad uno stesso soggetto di detenere la maggioranza del pacchetto azionario di ben tre emittenti operanti su scala nazionale. La seconda è la sent. n. 466 del 2002 (red. Chieppa), con riferimento all'art. 3 comma 7 della l. n. 249 del 1997 (c.d. legge Maccanico) nella parte in cui non prevedeva, con riferimento al doveroso abbandono delle frequenze terrestri da parte della terza emittente del gruppo Fininvest-Mediaset, «un termine finale certo e non prorogabile che comunque non oltrepassi il 31 dicembre 2003».

Nell'una come nell'altra pronuncia, il fatto che la Corte costituzionale, per pervenire alla declaratoria d'incostituzionalità delle norme contestate, si sia fondata su un valore (il pluralismo) – anziché su una s.g.s. costituzionalmente tutelata (e cioè il diritto⁴⁴ ad una copertura televisiva più estesa, nella sent. n. 420 del 1994; e il diritto⁴⁵ a poter fruire dell'assegnazione delle radiofrequenze "liberate" in conseguenza dell'abbandono delle frequenze terrestri da parte di Retequattro, nella sent. n. 466 del 2002) – spiega, ma non giustifica, che entrambe le sentenze non abbiano poi esplicitato alcuna rilevanza nei giudizi *a quibus*. In luogo della caducazione della norma dichiarata incostituzionale, la Corte ha infatti rivolto al legislatore un invito (rimasto ovviamente inascoltato) ad adeguarsi alla pronuncia⁴⁶, con la conseguenza che alle parti vittoriose di-

⁴⁴ *Rectius*, l'interesse legittimo.

⁴⁵ *Rectius*, l'interesse legittimo.

⁴⁶ Per considerazioni fortemente critiche sul punto, non essendo consentito alla

nanzi alla Corte, non è derivato alcun effetto utile da far valere davanti al giudice *a quo*⁴⁷.

In conclusione, i valori costituzionali desumibili dalla giurisprudenza della Corte sono: l'interesse generale all'informazione (sentenze nn. 105 del 1972 e 94 del 1977); l'obiettività e la completezza dell'informazione, l'ampia apertura a tutte le correnti culturali, l'imparziale rappresentazione delle idee, il diritto d'accesso, la diffusione della cultura, l'ampliamento della partecipazione dei cittadini a concorrere allo sviluppo sociale e culturale del Paese come caratteri essenziali del servizio pubblico radiotelevisivo (sentenze nn. 225 del 1974 e 284 del 2002); il diritto all'informazione come presupposto della libertà di manifestazione del pensiero (sent. n. 1 del 1981); il diritto all'informazione come finalità perseguibile mediante il principio pluralistico interno ed esterno dell'informazione radiotelevisiva e mediante il pluralismo delle fonti (sentenze nn. 153 del 1987, 826 del 1988, 112 del 1993, 420 del 1994, 466 del 2002); l'informazione come condizione preliminare dello Stato democratico (sent. n. 349 del 1990); il principio di concessione (sentenze nn. 102 del 1990, 112 del 1993 e 155 del 2002); la *par condicio* (sent. n. 155 del 2002).

4. *La libertà d'informarsi (e la libertà di essere informati)*

Torno adesso ad occuparmi della libertà d'informazione come s.g.s., descrivendo le tre ss.gg.ss. specificamente garantite in Costituzione, partendo da un efficace rilievo contenuto nella sent. n. 348 del 1990.

«L'informazione – disse la Corte costituzionale in quella decisione – nei suoi risvolti attivi e passivi (libertà di informare e diritto ad essere informati) esprime [...] – al di là delle singole sfere di attribuzioni rispettivamente assegnate allo Stato ed alle Regioni – una condizione preliminare (o, se vogliamo, un presupposto insopprimibile) per l'attuazione ad ogni livello, centrale o locale, della forma propria dello Stato democratico». Con il che la Corte recepiva un'affermazione pacifica nella dottrina

Corte costituzionale di dissociare la pronuncia d'incostituzionalità di una norma dall'effetto caducatorio, v. A. PACE, *Il discutibile avvio del «digitale terrestre» tra la sent. n. 466 della Corte costituzionale e il rinvio ex art. 74 Cost. del Presidente della Repubblica*, in *Giur. cost.*, 2004, 1378 ss.

⁴⁷ Così, assai acutamente, P. COSTANZO, *La libertà d'informazione non può più attendere: ma la Corte continua ad ammettere il transitorio pur censurando l'indefinito*, in *Giur. cost.*, 2002, 3899.

italiana e straniera, costituzionalistica e politologica, sulla coesistenzialità dell'informazione allo Stato democratico⁴⁸.

Tra democrazia e libertà di espressione sussiste un legame indissolubile; e colpire quello che gli americani chiamano il *free flow of informations* (libertà di informare, di informarsi e di essere informati) significa colpire al cuore lo stesso Stato democratico.

Si può quindi sottoscrivere quanto osservava molti anni fa Stefano Rodotà⁴⁹: la democrazia non può «essere ridotta soltanto al momento estremo del voto finale che chiude un periodo elettorale o un procedimento di decisione»⁵⁰. È infatti sempre più evidente «che la disponibilità dell'informazione ha, in sé, un valore democratico, perché permette trasparenza e diffusione del potere, e può consentire un controllo di chi prende le decisioni attraverso una critica argomentata o, addirittura, una contrapposizione di diverse ipotesi, grazie anche alla crescente possibilità di passare da modelli di decisione piramidale a modelli di decisione a rete»⁵¹.

Ciò che soprattutto rileva per uno Stato democratico non è quindi la “passiva” libertà dei suoi cittadini di “ricevere” informazioni (e cioè la libertà di essere informati alla quale la libertà di informarsi è spesso appaiata), ma l’“attiva” libertà d’informarsi. Essa rileva per lo Stato democratico non tanto (o non solo) perché il cittadino possa a sua volta manifestare (ciò che ha indotto autorevoli studiosi a ritenere la libertà di informarsi implicitamente garantita dall’art. 21 Cost.), quanto perché egli possa contribuire consapevolmente, nei più vari settori, ai destini della comunità nella quale vive e opera⁵².

⁴⁸ Che la libertà d’informarsi configuri una delle “precondizioni” della democrazia era stato in precedenza, tra gli altri, sottolineato da S. FOIS, *Profili costituzionali e disciplina radiotelevisiva*, cit., 2156, facendo applicazione della terminologia di Norberto Bobbio.

⁴⁹ Nello stesso senso v. A. SEN, *La democrazia degli altri. Perché la libertà non è un’invenzione dell’occidente*, Mondadori, Milano, 2004, il quale elenca tutta una serie di precedenti ultrasecolari extraeuropei sul rapporto tra democrazia e dibattito pubblico, per dimostrare come la democrazia possa realizzarsi pur prescindendo dall’idea occidentale dell’elezione politica (il che è però assai discutibile).

⁵⁰ S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari 1997, 4 ss.

⁵¹ S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 4.

⁵² Si badi che il discrimine tra libertà d’informarsi e libertà di essere informato è sottilissimo, posto che lo stesso comportamento può rilevare in un senso o nell’altro, a seconda dell’*animus* che lo caratterizza, come è dimostrato dal diverso approccio che l’utente può avere con la fonte informativa (ad es., il televisore): approccio dinamico e se-

Che tra le ss.gg.ss. orbitanti nella libertà d'informazione si parli, in primo luogo, come qui faccio, della libertà di informarsi è certamente inusuale. È infatti scontato che, da un punto di vista storico-giuridico, essa non rivesta l'importanza della "libertà di informare" e che notoriamente essa vive "di riflesso" grazie al sistema informativo, privato e pubblico, esistente in un dato momento storico (come riconosce benissimo l'art. 5 comma 1 GG che riferisce espressamente la libertà di informarsi soltanto «alle fonti generalmente accessibili a tutti»)⁵³. Ed è proprio per questo modo riduttivo di intendere la libertà di informarsi, che a quest'ultima non è stata finora riconosciuta un'autonomia concettuale, essendo stata in genere ritenuta implicita nel riconoscimento costituzionale della libertà di informare, in quanto strumentale ad essa⁵⁴.

A ben vedere, la libertà di informarsi svolge però nella democrazia un ruolo cruciale, che induce ad una qualche riflessione ulteriore a proposito della sua struttura come s.g.s.

È ben vero che la libertà d'informarsi dipende integralmente dalle fonti pubbliche e private d'informazione e quando queste si inaridiscono, l'utente non ha modo di attivarle. Tuttavia è altrettanto vero che la libertà d'informarsi non serve solo per manifestare il proprio pensiero ma anche per esercitare attività e funzioni addirittura di rilevanza costituzionale. Ne segue che il suo fondamento costituzionale non sta tanto, implicitamente, nell'art. 21 Cost., ma – altrettanto implicitamente – in tutte quelle norme costituzionali che configurano la posizione costituzionale del cittadino nello Stato democratico (artt. 1, 3, 9, 33, 51, 64, 97 Cost.)⁵⁵.

Per il fatto stesso che la libertà d'informarsi svolge un ruolo apparentemente strumentale e secondario, essa non può tuttavia essere conside-

lettivo, nel caso della libertà d'informarsi; puramente passivo e aprioristicamente recettivo, nel caso della libertà di essere informati.

⁵³ Che in giurisprudenza e in dottrina vengono identificate, in Germania, nella stampa, nel cinema, nella radiotelevisione, nei manifesti, nei volantini, nei pubblici registri, nelle decisioni giudiziarie regolarmente pubblicate ecc.

⁵⁴ Così anche V. CRISAFULLI, *Problematica della «libertà d'informazione»*, cit., 300: «Non credo che la libertà-diritto di informarsi, nel senso precisato, richieda apposita consacrazione nei testi costituzionali e legislativi, perché sembra piuttosto che essa sia implicita nella garanzia della libertà di espressione, vista dal lato attivo». Analogamente L. PALADIN, *Libertà di pensiero*, cit., 20; P. BARILE e S. GRASSI, voce *Informazione (libertà di)*, cit., § 5, 26 estr.

⁵⁵ A. LOIODICE, *Contributo allo studio sulla libertà d'informazione*, Napoli 1969, 134 ss.; ID., *Situazioni costituzionali e diritto all'informazione*, cit., 26; ID., voce *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano 1971, 474 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 234; A. PACE, in ID. e M. MANETTI, *Art. 21*, cit., 354 ss.

rata come una s.g.s. “passiva”. Il soggetto che vuole informarsi esercita infatti un’attività biomeccanica: pone in essere comportamenti materiali che spesso richiedono impegno se non addirittura fatica (spostarsi da un luogo all’altro, riunirsi, leggere, scrivere, porre questioni...). La libertà d’informarsi non è quindi una s.g.s. “inattiva”, come il diritto all’onore, il diritto al nome, il diritto di cittadinanza, che spettano al soggetto ancorché egli non li eserciti⁵⁶. Affermare che la libertà di “informarsi”, non meno della libertà di “essere informati”, costituisca l’aspetto “passivo” del sistema informativo concretamente esistente, non destituisce quindi di fondamento la loro natura di diritti di libertà (e quindi di s.g.s. “attiva”).

Per quanto passivo possa essere l’atteggiamento del soggetto di fronte alla fonte notiziale (si pensi all’esercizio della libertà di “essere informato” dell’utente televisivo particolarmente pigro), egli conserva pur sempre la sua possibilità di scelta in ordine alla ricezione o meno di quella notizia o di quel tipo di notizie, come tali rivolte alla generalità dei soggetti. Anzi, sia pure in ipotesi assai circoscritte, egli ha addirittura il diritto di potersi tutelare giudizialmente (v. *infra*).

Beninteso: parlando dell’esercizio della libertà “di informarsi” non mi riferisco solo alle riunioni “di massa”, nelle quali la libertà di cercare informazioni si combina con la libertà di riunione e con la libertà di manifestazione del pensiero ancorché mediante comportamenti concludenti (*expressive conducts*). Mi riferisco piuttosto alle più oscure vicende quotidiane di tanti cittadini che, per tenersi al corrente dei problemi socio-politici, leggono i periodici o accendono il *computer* e così facendo approfondiscono le loro conoscenze. «Questo sforzo di acquisizione di conoscenze – è stato detto giustamente – costituisce (...) il “prezzo” irrinunciabile della democrazia»⁵⁷.

Ed è proprio per le ragioni or ora evidenziate che la libertà di informarsi manifesta tutta la sua importanza per la democrazia. È infatti la capacità di reazione degli utenti finali – della moltitudine di oscuri individui che si vedono precluso l’accesso al museo, alla biblioteca, alle notizie da una legge-bavaglio – ciò che, in ultima analisi, costituisce l’elemento politicamente decisivo, per riottenere, con la forza democratica del numero, che il flusso informativo interrotto o dimezzato ritorni ad esistere.

⁵⁶ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, III ed., Padova 2003, 85 s.

⁵⁷ Così P. LOGROSCINO, *Libertà di comunicazione e convergenza multimediale*, Cavallino 2008, 15.

Escluso che la libertà d'informarsi si identifichi con il diritto "ad essere informato" – perché mentre quella costituisce un diritto di libertà, questa costituisce un diritto ad una prestazione positiva da parte del soggetto, pubblico o privato che detenga una data informazione non coperta da riservatezza o da segreto (v. *infra* n. 8) –, ne segue che tanto la libertà d'informarsi quanto la libertà di essere informato costituiscono ss.gg.ss. giustiziabili solo nell'ipotesi che il normale flusso informativo sia impedito a danno di uno dei possibili destinatari dell'informazione (ad es., nel caso della libertà di informarsi, impedendo arbitrariamente a Tizio o a Caio l'ingresso ad una biblioteca, ad un museo o alla cancelleria di un tribunale; nel caso della libertà di essere informato, danneggiando l'antenna radiotelevisiva di un determinato utente), non però quando il flusso informativo sia interrotto nei confronti di tutti.

Mentre nel primo caso la pretesa alla rimozione dell'ostacolo rinviene il suo fondamento sostanziale nel riconoscimento della libertà d'informarsi o della libertà di essere informato⁵⁸; nel secondo, legittimato alla tutela giurisdizionale non sarà il titolare della libertà d'informarsi o della libertà di essere informato bensì il soggetto titolare del diritto o del potere di informare. Infatti, come autorevolmente rilevato⁵⁹, «nella garanzia della libertà di manifestazione del pensiero con ogni mezzo di diffusione è insita anche la garanzia volta ad escludere ogni limite o disturbo alla ricezione dei messaggi oggetto della libertà di espressione»⁶⁰.

5. La libertà d'informare

La libertà d'informare, come si è già ricordato, non è esplicitamente prevista nella nostra Costituzione. Poiché però la narrazione di un fatto senza alcuna pretesa di sistemazione scientifica, cioè la cronaca, costitui-

⁵⁸ In questo senso v. A. LOIODICE, *Contributo allo studio sulla libertà d'informazione*, cit., 260 s; P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 235.

⁵⁹ P. BARILE e S. GRASSI, voce *Informazione (libertà di)*, cit., § 5, 25 estr.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 300.

⁶⁰ *Contra* v. R. ZACCARIA, A. VALASTRO, E. ALBANESI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 18., i quali a sostegno della tesi secondo la quale legittimato alla tutela giurisdizionale sarebbe il titolare della libertà d'informarsi o della libertà di essere informato, ricordano la vicenda del divieto di installare in Italia impianti ripetitori di programmi esteri (dichiarato incostituzionale con la sent. n. 225 del 1974), senza avvertire che le ss.gg.ss. allora dedotte in giudizio erano quelle dei titolari degli impianti di ripetizione e non quelle degli utenti radiotelevisivi.

sce manifestazione del pensiero, la Corte costituzionale e la quasi unanimità degli studiosi hanno da sempre correttamente ritenuto che la libertà d'informare – come anche la libertà di stampa – goda dello stesso riconoscimento costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero ed abbia, quindi, la stessa natura individualistica. Con ciò intendo dire che, per quanto commendevoli possano essere le finalità d'interesse generale, queste non vincolano né possono vincolare il soggetto privato, individuale e collettivo, nelle sue espressioni di pensiero. E quindi, se è vero che il nostro ordinamento è democratico per le ragioni ideali sottese al riconoscimento della libertà di manifestazione del pensiero e non in conseguenza della democraticità del nostro ordinamento⁶¹, ne segue che sostenere che la libertà di manifestare e di informare sarebbe «una libertà anche *funzionale*, in quanto tendente al buon funzionamento del regime democratico»⁶², si palesa per un verso contraddittorio e per un altro verso pleonastico.

Va inoltre avvertito che costituisce una sorta di dogma, nelle democrazie occidentali, che la «logica della libertà» debba caratterizzare l'agire dell'impresa di stampa, quale ne sia la dimensione. La libertà di stampa, sin dal suo primo apparire, è stata infatti considerata sinonimo della parola parlata (anzi, la “sorella maggiore” di questa), tant'è vero che nelle dichiarazioni settecentesche delle *ex* colonie americane e nelle costituzioni del primo '800 spesso era la stampa e non la parola ad essere esplicitamente garantita, probabilmente per la maggiore importanza «politica» del mezzo⁶³. In questo senso, il divieto di autorizzazioni e censure (art. 21 comma 2 Cost.), ancorché non escluda costituzionalmente la presenza – peraltro eccezionale – della mano pubblica nel settore dell'editoria (si pensi all'editoria scientifica e culturale), ha ideologicamente rappresentato un baluardo politico contro ogni tentativo di monopolizzazione e di condizionamento pubblico del settore e, comunque, una diffusa avversione al finanziamento pubblico nella stampa d'informazione.

Di qui la conseguenza che, nel settore della stampa, il pluralismo dovrebbe esclusivamente identificare il pluralismo «esterno», garantito come tale dalle norme concernenti la corretta concorrenza tra imprese,

⁶¹ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 11 s.

⁶² P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 229.

⁶³ V. *amplius* A. PACE, voce *Comunicazioni di massa*, cit., 177 ss. Il che, *a fortiori*, non dovrebbe implicare uno speciale statuto dell'informazione, in quanto tutti dovrebbero poter informare senza la previsione di particolari privilegi. V. invece *supra* la nota 22.

con lo specifico limite del divieto di posizione dominante (e non del mero divieto di abuso di tale posizione), ma *non* con l'istituzionalizzazione di strutture di pluralismo interno⁶⁴. Né i limiti modali e di contenuto che incontrano giornale e giornalisti potranno essere ulteriori rispetto a quelli che limitano la comune libertà di manifestazione del pensiero⁶⁵.

6. *La libertà di informare e il mezzo di diffusione radiotelevisivo*

La «logica della libertà», tipica del mezzo di diffusione «stampa», non si attaglia in pari misura – per le ragioni che vedremo – alla radiotelevisione quale che sia il mezzo trasmissivo (frequenze analogiche o digitale terrestre, frequenze satellitari). E ciò per la semplice ragione che la comunicazione radiotelevisiva è un *aliud* rispetto al diritto di libera manifestazione del pensiero⁶⁶.

In primo luogo alla «logica della libertà» non si ispira, né può ispirarsi, la disciplina dell'impresa concessionaria del servizio pubblico, poiché questa dovrebbe istituzionalmente perseguire finalità di interesse generale. E quindi, ancorché organizzata come società per azioni (quale, appunto, è la Rai), l'impresa concessionaria del servizio pubblico dovrebbe sempre muoversi in una logica «funzionale», antitetica, come tale, alle ss.gg.ss. di cui la libertà costituisca il contenuto. Una logica che, tutt'al contrario, presuppone sia la doverosa ricerca della «qualità» nella programmazione sia l'esistenza di pervasivi limiti «modali» (non di «contenuto») in tutti i generi comunicativi, siano essi informativi o d'intrattenimento, come tali ulteriori rispetto a quelli incombenti sulle c.d. televisioni commerciali. Corrispondentemente questi limiti costituiscono limiti (e si risolvono in divieti) tanto per la dirigenza amministrativa, quanto per i programmisti e i giornalisti⁶⁷.

⁶⁴ Problema diverso da quello dell'istituzionalizzazione di strutture di pluralismo interno è quello del rispetto dell'indirizzo politico-editoriale della testata, con riferimento al quale, per la sua complessità, sono costretto, ancora una volta, a rinviare a A. PACE, in ID. e M. MANETTI, *Art. 21*, cit., 542 ss.

⁶⁵ Il che, *a fortiori*, non dovrebbe implicare uno speciale statuto dell'attività informativa, in quanto tutti dovrebbero poter informare in pari misura, senza la previsione di particolari privilegi. V. invece *supra* la nota 20.

⁶⁶ Così W. HOFFMAN-RIEM, *Kommunikations- und Medienfreiheit*, in E. BENDA, W. MAIHOFFER, H.I. VOGEL, *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, II ed., Berlin-New York 1983, 407 ss.

⁶⁷ V. sul punto l'importante sent. n. 284 del 2002 (rel. Onida): «L'esistenza di un ser-

Proprio perché l'impresa televisiva è un *aliud*, la «logica della libertà» si attaglia bensì, ai sensi degli artt. 21 e 41 Cost., alle imprese radiotelevisive private, ma solo in via di principio. E ciò, in conseguenza di tutta una serie di ragioni elaborate in dottrina e in giurisprudenza.

Queste ragioni – di volta in volta individuate nella scarsità delle frequenze elettroniche, nella forza suggestiva dell'immagine unita alla parola, nel “potere” legalmente conferito solo a pochi soggetti e così via – hanno condotto, non solo in Italia, alla conclusione che l'operatività dell'impresa radiotelevisiva debba essere condizionata da un previo «momento pubblicistico»⁶⁸, avente un contenuto regolatorio, allo scopo di difendere l'utente “debole” dai rischi di un potere privato, quello radiotelevisivo, potenzialmente più pericoloso dello stesso potere pubblico in un ordinamento democratico⁶⁹. In questa logica si è giunti gradualmente all'idea che le imprese private potessero costituire oggetto non solo di divieti ma anche di obblighi, purché soltanto puntuali, e ciò al fine di evitarne la “funzionalizzazione” in contrasto con la logica di libertà in via di principio riconosciuta alle imprese private (v. Corte cost. sent. n. 155 del 2002).

Le ragioni favorevoli al previo «momento pubblicistico» furono però chiaramente esplicitate dalla Corte costituzionale solo con le sentenze nn. 102 del 1990 e 112 del 1993, nella quale si teorizzò il “principio di

vizio radiotelevisivo pubblico, cioè promosso e organizzato dallo Stato, non più a titolo di monopolista legale della diffusione di programmi televisivi, ma nell'ambito di un sistema misto pubblico privato, si giustifica però solo in quanto chi esercita tale servizio sia tenuto ad operare non come uno qualsiasi dei soggetti del limitato pluralismo di emittenti, nel rispetto, da tutti dovuto, dei principi generali del sistema (cfr., in proposito, la sentenza n. 155 del 2002), bensì svolgendo una funzione specifica per il miglior soddisfacimento del diritto dei cittadini all'informazione e per la diffusione della cultura, col fine di “ampliare la partecipazione dei cittadini e concorrere allo sviluppo sociale e culturale del Paese”, come si esprime il citato art. 1 della legge n. 103 del 1975. Di qui la necessità che la concessione preveda specifici obblighi di servizio pubblico (si vedano, oggi, la convenzione approvata con il d.P.R. 28 marzo 1994, e il contratto di servizio per il triennio 2000-2002 approvato con il d.P.R. 8 febbraio 2001) e imponga alla concessionaria l'obbligo di assicurare una informazione completa, di adeguato livello professionale e rigorosamente imparziale nel riflettere il dibattito fra i diversi orientamenti politici che si confrontano nel Paese, nonché di curare la specifica funzione di promozione culturale ad essa affidata e l'apertura dei programmi alle più significative realtà culturali».

⁶⁸ In questo senso, già prima, in vari scritti a partire dal 1976, v. A. PACE, *Stampa, giornalismo, radiotelevisione*, cit., 379 ss.

⁶⁹ Così Corte cost., sent. n. 148 del 1981, che sulla base di questa argomentazione respinse la questione di legittimità costituzionale sull'allora esistente monopolio radiotelevisivo pubblico su scala nazionale.

concessione”⁷⁰. Quindi troppo tardi rispetto al primo apparire, a metà degli anni '70, delle emittenti radiotelevisive private.

Va comunque aggiunto che, pur a seguito dell'abolizione di provvedimenti concessori in materia radiotelevisiva disposta con le direttive europee del 2002, l'importanza del previo «momento pubblicistico» sembrerebbe sopravvivere, ancorché in diverse forme, anche a seguito dell'avvento delle trasmissioni in tecnica digitale terrestre⁷¹, come dimostrano, nel nostro ordinamento, i principi “conformativi” del sistema radiotelevisivo (anche) privato previsti dell'art. 3 del t.u. della radiotelevisione (d.lgs. n. 177 del 2005) e i principi generali in materia di informazione radiotelevisiva previsti nell'art. 7 commi 1, 2 e 3 dello stesso t.u., talmente pervasivi al punto di qualificare “servizio di interesse generale” l'attività di informazione radiotelevisiva, anche se svolta da imprese private⁷².

Queste disposizioni, e soprattutto l'art. 7 comma 3, sono state infatti utilizzate dall'AgCom, nel combinato disposto con l'art. 1 comma 6, lett. b), n. 9 della legge n. 249 del 1997, per garantire – in un delicato periodo della nostra storia politica⁷³ – la parità di trattamento dei soggetti politici

⁷⁰ Sul quale, già prima, v. P.A. CAPOTOSTI, *Problemi della riserva statale sull'attività radiotelevisiva*, cit., 108 s., e, successivamente, ID. *L'emittenza radiotelevisiva privata tra concessione e autorizzazione*, in *Giur. cost.*, 1993, 118 ss. Al principio di concessione si è poi richiamata anche la sent. n. 155 del 2002. Osservò la Corte in quest'ultima decisione (red. Capotosti), richiamandosi alla precedente sent. n. 112 del 1993, che «la concessione, per ciò che riguarda gli aspetti relativi ai controlli sull'attività erogata e sull'organizzazione dell'impresa, “costituisce uno strumento di ordinazione nei confronti di facoltà e di doveri connessi alla garanzia costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero e della libertà di iniziativa economica privata, nonché ai correlativi limiti posti a tutela di beni d'interesse generale”».

⁷¹ Si vedano in questo senso il “considerando” n. 5 della dir. quadro n. 2002/21/CE – che riconosce la possibilità di collegamenti tra disciplina dei mezzi e disciplina dei contenuti «al fine di garantire il pluralismo dei mezzi d'informazione, la diversità culturale e la protezione dei consumatori» – e l'art. 5 n. 2 comma 2 dir. autorizzazioni n. 2002/20/CE, che, nella concessione di diritti individuali d'uso, fa salvi le procedure e i criteri adottati dagli Stati membri «per il conseguimento di obiettivi d'interesse generale conformemente alla normativa comunitaria». Sul punto v. A. PACE, in ID. e M. MANETTI, *Art. 21*, cit., 671.

⁷² Sul punto v. le censure di costituzionalità sollevate da A. PACE, *Libertà di informare e diritto ad essere informati. Due prospettive a confronto*, cit., 477 ss. e da O. GRANDINETTI, *Par condicio e programmi di informazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1157 ss.

⁷³ Non è un caso, infatti, che il Tar Lazio, sez. III, nella sent. 22 giugno 2006, n. 5038, *RTI c. AgCom.*, nel respingere il ricorso della RTI contro l'AgCom per l'annullamento della del. 22/06/CSP, che aveva imposto per prima questa interpretazione estensiva dell'art. 7 comma 3, avesse sottolineato che siffatto limite modale (*sic!*) «può ritenersi com-

anche in periodi non elettorali, come invece previsto dalla legge n. 28 del 2000.

7. Libertà d'informazione e servizio pubblico radiotelevisivo

Per quanto detto – e cioè per il fatto che l'impresa concessionaria del servizio pubblico dovrebbe perseguire sempre interessi generali – non si è mai dubitato, diversamente da quanto è accaduto con riferimento alle imprese radiotelevisive private, che l'imposizione, a carico di essa, non solo di doveri ma anche di obblighi pervasivi, sia del tutto legittima. Ed è proprio in conseguenza del doveroso perseguimento, da parte dei pubblici servizi radiotelevisivi, di esclusive finalità di interesse generale, che tutte le imprese europee di servizio pubblico sono prevalentemente (o addirittura totalmente) finanziate con risorse pubbliche, laddove le emittenti private, rinvenendo le proprie risorse finanziarie esclusivamente nei proventi pubblicitari, sono ovviamente condizionate, quanto alla loro programmazione, dalle più diffuse inclinazioni dell'utenza di massa⁷⁴.

Non è quindi condivisibile la tesi, secondo la quale l'attività di servizio pubblico potrebbe essere esercitata anche da un ente formalmente e sostanzialmente privato⁷⁵, e ciò per la semplice ragione che il finanzia-

patibile con la prospettiva della necessaria democraticità del processo continuo di informazione e formazione dell'opinione pubblica» *«in un dato contesto storico del Paese»* (sic!).

Lo stesso Tar Lazio, sez. III, 2 agosto 2006, n. 6832, RTI c. AgCom, respinse altresì i ricorsi della RTI contro le delibere dell'AgCom 26/07/CSP e 30/06/CSP, emesse per la violazione della *par condicio* in favore dell'on. Berlusconi in trasmissioni di approfondimento politico di Retequattro.

Giova ricordare che il ricorso in appello contro la prima sentenza venne rigettato dal Consiglio di Stato, sez. VI, con sent. 21 marzo 2011, n. 1709, che ha confermato l'autonomia normativa dell'art. 7 comma 3 t.u. n. 177 del 2005 rispetto alla legge n. 28 del 2000. Il ricorso contro la seconda sentenza è stato invece dichiarato improcedibile dal Consiglio di Stato, sez. III, con sent. 15 luglio 2011, n. 4316, per sopraggiunta carenza di interesse di RTI alla coltivazione del proprio ricorso.

⁷⁴ In favore della tesi, così come formulata nel testo, v. già i miei studi *La televisione pubblica in Italia*, in *Foro it.*, 1995, parte V, 245 ss. e part. 259 ss., ripubblicato con aggiunte negli *Scritti in onore di F. Benvenuti*, vol. III, Modena 1996, 1223 ss. e part. 1251 ss.; *Verso la fine del servizio pubblico radiotelevisivo?*, in *Europa e informazione* a cura di M. Manetti, Napoli 2004, 9 ss.; *Privato e pubblico nella radiotelevisione*, in AA.VV., *Il pluralismo radiotelevisivo tra pubblico e privato*, cit., 7 ss.

⁷⁵ Così ad es. F. CARDARELLI, *Servizio pubblico radiotelevisivo*, in *La televisione digitale*, cit., 173 s.

mento pubblico serve (*rectius*, dovrebbe servire) a garantire l'indipendenza delle trasmissioni del servizio pubblico dal ricatto dell'*audience*⁷⁶, al fine di poter perseguire quegli obiettivi di carattere politico-sociale, politico-culturale, economico e tecnologico che costituiscono le storiche ragioni giustificatrici del servizio pubblico⁷⁷.

Con un efficace ossimoro prospettato dal Tribunale costituzionale federale tedesco, l'attività esercitata dal servizio pubblico radiotelevisivo viene quindi ad essere descritta come una libertà servente («*dienende Freiheit*»)⁷⁸, e i suoi giornalisti, secondo lo stesso Tribunale costituzionale, non sono, pertanto, i «signori della radio»⁷⁹.

Nel d.lgs. n. 177 del 2005 si registra però un singolare appiattimento della disciplina dell'emittenza privata nazionale su quella dell'emittenza pubblica e viceversa. Ciò, per un verso, è comprovato dalla già ricordata qualificazione di «servizio di interesse generale» dato alle trasmissioni di informazione ancorché private (art. 7 t.u. n. 177 del 2005) e, per altro verso, dal fatto che, diversamente da quanto disponeva l'art. 1 della legge n. 103 del 1975⁸⁰ – rimasto in vigore fino alla c.d. legge Gasparri (legge n. 112 del 2004) –, in nessun articolo del t.u. sono indicate le funzioni qualificanti del servizio pubblico (l'ausilio alla partecipazione dei cittadini a concorrere allo sviluppo sociale e culturale del Paese, l'obiettività e l'apertura alle diverse tendenze politiche, sociali e culturali)⁸¹. Si è invece preferito elencare minutamente soltanto gli obblighi gravanti sulla Rai (art. 43).

⁷⁶ In questo senso, v. gli svariati interventi dei partecipanti al seminario sulle *Linee guida per la riforma della Rai* in ASTRID, *La Rai del futuro*, Firenze 2007, a partire dall'introduzione di Enzo Cheli, *ivi*, 13.

⁷⁷ Così F. CARDARELLI, *Servizio pubblico radiotelevisivo*, cit., 172 s., che si riferisce, rispettivamente, al mantenimento della coesione sociale, al sostegno e alla difesa delle culture nazionali e della diversità culturale, alla introduzione e allo sviluppo delle nuove tecnologie.

⁷⁸ Bundesverfassungsgericht, sentenza 16 giugno 1981, in *BverfGE* 57, 295 ss.

⁷⁹ Bundesverfassungsgericht, sentenza 27 luglio 1971, in *BverfGE* 31, 315 ss., 340.

⁸⁰ L'obiettivo del servizio pubblico radiotelevisivo essendo l'ampliamento della «partecipazione dei cittadini a concorrere allo sviluppo sociale e culturale del Paese in conformità ai principi sanciti dalla Costituzione», laddove i «principi fondamentali della disciplina del servizio pubblico radiotelevisivo» venivano individuati nell'«indipendenza, l'obiettività e l'apertura alle diverse tendenze politiche, sociali e culturali, nel rispetto delle libertà garantite dalla Costituzione». Le ragioni dell'esistenza del servizio pubblico sono con forza evidenziate nella sent. n. 284 del 2002.

⁸¹ In questo senso v. anche C. PANNACCIULLI, *Pluralismo e mercato nell'attività radio-televisiva*, cit., 94.

Tale omissione è esiziale. I dirigenti, i programmisti e i giornalisti della Rai sono infatti indotti, da tale carenza normativa, a comportarsi come (e peggio) dei loro colleghi privati, laddove, vigendo l'art. 1 della legge n. 103 del 1975, gli stessi c.c.n.l. stipulati dalla Rai con le rappresentanze sindacali imponevano specificamente, ai giornalisti e ai dipendenti di quest'ultima, di perseguire, nel loro lavoro, le finalità di servizio pubblico previste in tale norma.

Ciò non di meno, tale omissione potrebbe maliziosamente giustificarsi nella prospettiva della prevista privatizzazione della società concessionaria (art. 49). Parlare di una concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo totalmente o prevalentemente in mano privata⁸² è, infatti, un ossimoro, in quanto – come riconosce l'art. 2 del t.u. n. 177 – il servizio pubblico generale radiotelevisivo si realizza «mediante la complessiva programmazione, anche non informativa»⁸³ che persegue fini di interesse generale⁸⁴. Il che porrebbe certamente in difficoltà i privati che si troverebbero a dover perseguire finalità essenzialmente generali⁸⁵. La scelta del legislatore di tacere del tutto sulle funzioni qualificanti il servizio pubblico, per quanto cinica, avrebbe quindi il merito di evitare, alla società concessionaria «privatizzata», di incorrere in stridenti contraddizioni.

⁸² La Corte di cassazione, sez. un. civ., ord. 22 dicembre 2009, n. 27092 (in *Foro it.*, 2010, parte I, 1472 ss. e in *Giur. cost.*, 2010, 4025 ss.), con una discutibilissima ordinanza resa in sede di regolamento di giurisdizione, aveva ritenuto che la Rai, nonostante sia legislativamente qualificata come società per azioni, abbia la natura giuridica di ente pubblico. Su tale decisione v. A. PACE, *La Cassazione ignora la storia, disapplica la legge e qualifica la Rai ente pubblico*, in *Giur. cost.*, 2010, 4036 ss. Successivamente però la natura privatistica della Rai è stata riconfermata dalle stesse Sez. un. civili, ordinanze 22 gennaio 2011, nn. 283329 e 28330, in *Giur. cost.*, 2011, 4736 ss. con osservazione di A.A. DI TODARO, *La natura giuridica della Rai (ancora) al vaglio delle Sezioni unite*.

⁸³ Di qui l'illegittimità della pretesa del Governo Monti di contrassegnare con un bollino blu le sole trasmissioni finanziate dal canone d'abbonamento nelle quali non sarebbero rientrate le trasmissioni d'intrattenimento leggero. La proposta, che era stata addirittura positivizzata nel contratto di servizio, fu però giustamente bocciata dalla Commissione parlamentare per l'indirizzo e la vigilanza sul servizio pubblico. Sul punto v. A. PACE, *Quel bollino blu sui programmi del servizio pubblico*, ne *la Repubblica* del 18 ottobre 2013; *Il pasticcio dei bollini RAI*, *ivi* 28 gennaio 2014.

⁸⁴ *Amplius* v. A. PACE, *Verso la fine del servizio pubblico radiotelevisivo?*, cit., 27 ss.; ID., in ID. e M. MANETTI, *Art. 21*, cit., 690 ss.

⁸⁵ V. in tal senso gli acuti e condivisibili rilievi di S. MERLINI, *Sulla «privatizzazione» della Rai*, in *Quad. cost.*, 2005, 639 ss.

8. *Il diritto ad essere informati*

Escluso, in via logica, che l'art. 21 Cost. possa costituire il fondamento giuridico, nel contempo, della libertà di informare e del diritto ad essere informati aventi entrambi la medesima portata generale – poiché se il comportamento è “libero” non può essere “doveroso” –, deve tuttavia ammettersi che in *specifiche* materie (alle quali sia applicabile la disciplina derogatoria di disposizioni costituzionali diverse dall'art. 21 Cost.) è invece possibile predicare, già sulla base della Costituzione, l'esistenza di un diritto soggettivo del singolo ad ottenere le informazioni di suo interesse, come tale pienamente “giustiziabile”. Così è a dire del diritto dell'individuo ad essere informato circa il contenuto dei medicinali e dei prodotti edibili; circa l'esistenza di sistemi di sicurezza sui luoghi in cui lavora; circa l'identità di colui che detiene il controllo di un'impresa radiotelevisiva o editrice di periodici ecc.: materie, tutte queste, nelle quali non esiste nemmeno il «diritto di tacere» del soggetto al quale l'informazione viene richiesta⁸⁶.

Resta comunque fermo – e ciò vale anche per coloro che sembrerebbero poter dedurre dai «principi generali del sistema radiotelevisivo a garanzia degli utenti» (art. 4 t.u. n. 177 del 2002) taluni diritti immediatamente esigibili – che, come la previsione dei doveri inderogabili dell'uomo (art. 2 Cost.), così anche la configurazione di puntuali doveri ed obblighi a carico del singolo spetti in esclusiva al legislatore. Come sostenuto altrove, il principio di legalità «non consente infatti che un pubblico potere possa essere esercitato se non “sulla base” di norme legislative che determinino competenze e attribuzioni (cfr. l'art. 97 Cost.). Inoltre la concretizzazione di un dovere a carico di un terzo non può, *a fortiori*, essere direttamente effettuata da parte di soggetti privati, perché l'art. 23 Cost. prevede, con portata generale, che l'imposizione di prestazioni personali e patrimoniali (e, quindi, l'imposizione di “obblighi” e “doveri”) non può avvenire “se non in base alla legge”. È bensì vero che tale norma prevede una riserva relativa di legge, ma la giurisprudenza costituzionale è ben ferma nel ritenere che, in tale ipotesi, la legge debba comunque contenere elementi e criteri idonei a delimitare chiaramente la discrezionalità dell'amministrazione e – ben potrebbe aggiungersi –, *a fortiori*, l'esercizio di poteri di natura privata»⁸⁷.

⁸⁶ Sull'identità dell'area delle informazioni assentibili con quella nella quale non esiste il diritto di tacere v. A. PACE, in ID. e M. MANETTI, *Art. 21*, 75 ss., 346 ss.

⁸⁷ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., cit., 58.

L'opposta tesi «funzionalistica» – secondo la quale il baricentro del sistema dell'informazione va individuato non nell'operatore dell'informazione (il direttore responsabile, il giornalista o quant'altri)⁸⁸, ma nel lettore o nell'utente radiotelevisivo, al quale tale dottrina conseguentemente intesta un corrispondente diritto ad essere informato⁸⁹ – è senz'altro criticabile per ciò che attiene alla carta stampata, data “la logica di libertà” che caratterizza l'informazione scritta (ed anzi a tal proposito potrebbe essere aggiunto che, negli Stati Uniti, lo stesso diritto di rettifica è addirittura considerato lesivo dell'*editorial freedom*).

Per ciò che invece riguarda la programmazione radiotelevisiva bisogna distinguere. Nei confronti sia delle imprese commerciali sia dell'impresa di servizio pubblico non esiste, in via generale, alcuna s.g.s. in forza della quale il *quivis de populo* possa pretendere che una trasmissione debba ispirarsi a caratteristiche contenutistiche o modali diverse da quelle autonomamente decise⁹⁰. Coloro che, sia pure in via teorica, sostengono l'opposta tesi⁹¹ finiscono inavvertitamente per confondere il “diritto all'informazione” come valore (o principio) – di cui è indiscuti-

⁸⁸ Non affronto qui il tema, altrove discusso, della linea politico-editoriale e dei relativi suoi titolari. V. A. PACE, in ID. e M. MANETTI, *Art. 21*, 542 ss.

⁸⁹ Così, ancora, N. LIPARI, *Libertà di informare o diritto a essere informati?*, cit., 3 ss.; ID., *Etica e professionalità del giornalista*, cit., 505 ss.; V. CUFFARO, *Profili civilistici del diritto all'informazione*, Napoli 1986, 32 ss., 102 ss.

⁹⁰ Trib. Roma, sez. I civ., sent. 8 luglio 1978, Partito Radicale-RAI, in *Temi Romana*, 1979, 62 ss., in *Foro it.*, 1978, I, 2062, confermata da App. Roma, sez. I civ., 19 luglio 1982, in *Dir. radiodiff.*, 1982, 578 ss.; Pret. Roma, sez. I civ., ord. 3 settembre 1974, Della Rovere-RAI, in *Foro it.*, 1975, I, 470; Pret. Roma, sez. I civ., ord. 10 giugno 1976, Partito radicale-RAI, in *Foro it.*, 1976, I, 2729; Pret. Roma, sez. I civ., ord. 11 giugno 1976, Lotta continua-RAI, *ibidem*; Pret. Roma, sez. I civ., ord. 12 novembre 1976, Renzi, Flavoni e Rocca-RAI, in *Giur. cost.*, 1976, I, 1980, in *Giur. it.*, 1977, I, 2, 135, in *Giur. merito*, 1977, 495; Pret. Roma, sez. I civ., Promotori di otto referendum abrogativi-RAI, in *Giur. merito*, 1977, I, 1003; Pret. Roma, sez. lav., ord. 21 luglio 1981, Selva e Colombo-RAI e Codacons, in *Foro it.*, 1981, I, 2223 ss., in *Riv. giur. lav.*, 1982, II, 297; Pret. Roma, sez. lav., sent. 9 gennaio 1982, Selva e Colombo-RAI e Codacons; Pret. Roma, giud. Bonaccorsi, ord. 28 marzo 1986, Servello-RAI, in *Giur. it.*, 1987, I, 2, 12; Trib. Roma, sez. I civ., ord. 25 novembre 1995, Bernardini, Pannella e altri c. RAI, in *Giur. cost.*, 1995, 4575 ss.; Trib. Roma, sez. I civ., ord. 9 giugno 1997, Bernardini, Fiori e Sabatano c. RAI, in *Giur. cost.*, 1997, II, 2765 ss.; Trib. Roma, sez. I civ., ord. 9 giugno 1999, Cito c. RAI e Redazione «Porta a Porta» di RAI Uno (ined.); App. Roma, 9 ottobre 2006, n. 4258, Ass. pol. Naz. Lista Marco Pannella e G. Pannella c. RAI e B. Vespa; Trib. Roma, sez. I civ., 24 luglio 2009, n. 16400, Ente naz. Sordi – RAI (ined.); Trib. Roma, sez. IX civ., sent. 8 giugno 2011, n. 12468, RAI – Bollino (ined.).

⁹¹ Così, ad es., R. ZACCARIA, A. VALASTRO, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 297.

bile l'esistenza nel nostro ordinamento – con una s.g.s. giustiziabile nei confronti delle imprese radiotelevisive, che qualora fosse positivamente riconosciuta, renderebbe i magistrati garanti dei palinsesti televisivi in luogo del direttore di testata. Ovviamente, resta fermo il diritto di rettifica per chiunque si ritenga leso nei suoi interessi morali o materiali da trasmissioni contrarie a verità⁹².

La legge n. 249 del 1997 ha disposto, all'art. 1 comma 6, lett. b), n. 9, che la Commissione Servizi e Prodotti (CSP) dell'AgCom «garantisce l'applicazione delle disposizioni vigenti sulla propaganda, sulla pubblicità e sull'informazione politica nonché l'osservanza delle norme in materia di equità di trattamento e di parità di accesso nelle pubblicazioni e nella trasmissione di informazione e di propaganda elettorale ed emana le norme di attuazione». All'attuazione regolamentare delle relative leggi del settore (leggi nn. 515 del 1993, 28 del 2000, 313 del 2003) provvede, quanto alla Rai, la Commissione parlamentare per l'indirizzo e la vigilanza e, quanto alle emittenti e ai fornitori privati di contenuto, l'AgCom, che si avvale dei Comitati regionali per le comunicazioni.

Ancorché queste disposizioni non abbiano creato, in capo al *quivis de populo*, un diritto ad essere informato, il legislatore, conferendo una specifica s.g.s. giustiziabile (un interesse legittimo) al soggetto pregiudicato dalla altrui scorretta comunicazione politica, ha con ciò stesso ampliato la libertà “della” informazione. Anzi, mentre la legge n. 28 del 2000 e la sent. n. 155 del 2002, ad essa relativa, hanno limitato la garanzia della *par condicio* ai periodi elettorali, l'AgCom – con le già citate delibere n. 22/06/CSP, n. 26/06/CSP e n. 30/06/CSP⁹³, seguite dalla del. n. 22/07/CSP e, più di recente, dalle delibere nn. 221 e 222/10/CSP, 242 e 243/10/CSP – è andata ben oltre, avendo imposto a tutte le trasmissioni di approfondimento e di informazione, compresi i telegiornali, anche per i periodi non elettorali, il rispetto del principio di parità di trattamento, peraltro valutabile nell'arco di più puntate della stessa trasmissione. E ciò ancorché la Corte costituzionale avesse escluso quei programmi dall'applicabilità della legge n. 28 del 2000 al fine di evitare «ogni paventata forma di “funzionalizzazione” del mezzo radiotelevisivo o di “espropriazione” dell'identità politica delle singole emittenti private (e di) consentire invece ad ognuna di esse di fare emergere, anche attraverso le pro-

⁹² Così ora l'art. 32 comma 1 t.u. n. 177 del 2005.

⁹³ V. *supra* la nota 72.

prie analisi e considerazioni di ordine politico, l'immagine propria di un'impresa di tendenza»⁹⁴.

Quindi, una discutibile “funzionalizzazione” dell'emittenza privata, probabilmente giustificata dal contesto politico nel quale le delibere dell'AgCom sono state via via adottate⁹⁵, il che, nel limitare l'autonomia editoriale dell'emittente⁹⁶, si risolveva corrispondentemente in un ampliamento, per quanto modesto, del diritto ad essere informato.

Superato però quel contesto politico, il Tar Lazio sez. I, con le sentenze nn. 1392 e 1394 del 2014 – in due giudizi promossi dalla Rai contro le delibere AgCom nn. 476 e 477/13/Cons e nei confronti del gruppo parlamentare “*Il Popolo della Libertà – Berlusconi Presidente*” – non ha minimamente preso in considerazione le anzidette delibere n. 200/00/CSP, n. 22/06/CSP e n. 243/10/CSP ancorché fossero esplicitamente richiamate nei provvedimenti impugnati. Conseguentemente, con riferimento a programmi di informazione della concessionaria pubblica (il che potrebbe destare qualche perplessità, trattandosi di attività funzionalizzata) ha ritenuto di poter privilegiare la libertà di informare rispetto al diritto ad essere informato⁹⁷.

⁹⁴ Sent. n. 155 del 2002, *cons. in dir.*, n. 2.2.

⁹⁵ V. ancora la nota 72.

⁹⁶ Che i limiti in discorso, come dice la Corte costituzionale nella sent. n. 155 del 2002, siano solo “modali”, non esclude che essi incidano sul contenuto della libertà di espressione. Poiché le norme costituzionali in tema di libertà, garantiscono infatti l'esercizio di queste ultime, i limiti di esercizio ridondano sempre, per definizione, in limiti di contenuto (sul punto v. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 322 ss.).

⁹⁷ Per critiche alla delibera AgCom n. 22/06/CSP perché contrastante con l'art. 2 comma 2 della legge n. 28 del 2000 e con la sent. n. 155 del 2002 della Corte costituzionale v. il mio *Libertà di informare e diritto ad essere informati. Due prospettive a confronto*, cit., 488 s.

PROBLEMI DI COSTITUZIONALITÀ
(E DI CONFORMITÀ AL DIRITTO DELL'UNIONE)
DELLA “NUOVA” MEDIAZIONE CIVILE OBBLIGATORIA:
DIRITTO ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE
E PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

SOMMARIO: 1. La mediazione civile obbligatoria introdotta con il d.lgs. n. 28 del 2010; i dubbi di legittimità costituzionale e di compatibilità con il diritto dell'Unione. – 2. La sentenza n. 272 del 2012 della Corte costituzionale: illegittimità costituzionale per eccesso di delega e assorbimento degli ulteriori profili. – 3. La “nuova” mediazione civile obbligatoria inserita nel d.l. n. 69 del 2013 convertito, con modificazioni, in legge n. 98 del 2013. – 3.1. Diritto alla tutela giurisdizionale e onerosità della mediazione obbligatoria: problemi di legittimità costituzionale e di conformità al diritto dell'Unione. – 3.2. Mediazione obbligatoria, principio di proporzionalità e diritto alla tutela giurisdizionale: problemi di legittimità costituzionale e di conformità al diritto dell'Unione. – 4. Osservazioni conclusive: ordinamento italiano, giurisdizione condizionata e limiti costituzionali alla compressione del diritto alla tutela giurisdizionale.

1. *La mediazione civile obbligatoria introdotta con il d.lgs. n. 28 del 2010: i dubbi di legittimità costituzionale e di compatibilità con il diritto dell'Unione*

Con il d.lgs. n. 28 del 2010 ha fatto ingresso nell'ordinamento italiano la “*mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*”¹.

Il provvedimento è stato approvato sulla base dell'art. 60 della legge n. 69 del 2009, recante “*Disposizioni per lo sviluppo economico, la sempli-*

¹ Sui caratteri della mediazione introdotta dal d.lgs. n. 28 del 2010 si vedano, tra gli altri, C. BESSO (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, Torino 2010; M. BOVE (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Padova 2011; F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna 2011; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino 2011; A. VECCHIONE, *Note in tema di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in AA.VV., *Globalizzazione e pluralità delle fonti giuridiche: un duplice approccio*, Napoli 2012, 689 ss.

ficazione, la competitività nonché in materia di processo civile”, che ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale “*nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria*”.

Sono queste, in sostanza, le modalità con le quali il legislatore nazionale ha inteso dare attuazione alla Direttiva 2008/52/CE relativa a “*determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*”².

Tra i caratteri essenziali della mediazione descritta dalla normativa sovranazionale va innanzitutto evidenziata la finalità posta alla base della richiesta di introduzione dello strumento negli ordinamenti degli Stati membri: quella di “*garantire un migliore accesso alla giustizia*” attraverso un meccanismo di “*risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti*”³.

Si evince, pertanto, che nell’ottica dell’Unione europea l’obiettivo perseguito tramite la diffusione di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale è il miglioramento del sistema di tutela dei diritti individuali, a prescindere dalle peculiarità organizzative dei diversi apparati giudiziari degli Stati membri e dalla necessità di porre un argine al livello quantitativo del contenzioso giurisdizionale⁴.

È proprio questo, del resto, il generale principio ispiratore dei mezzi di tutela alternativi al processo giurisdizionale, che a partire dal modello delle *Alternative Dispute Resolution* di derivazione statunitense si fondano sui meccanismi cooperativi tipici della c.d. giustizia coesistenziale,

² Oltre al rinvio operato dalla legge n. 69 del 2009 alla normativa comunitaria, la Direttiva 2008/52/CE viene espressamente richiamata nel preambolo del d.lgs. n. 28 del 2010.

³ Cfr. i Considerando nn. 5 e 6 della Direttiva 2008/52/CE.

⁴ Come rilevato da M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 357 ss., 369, l’orientamento dell’Unione europea in tema di conciliazione non è quello di “risposta ad un sistema giudiziario inadeguato rispetto alla domanda di giustizia, ma di strumento che completa e diversifica il sistema della tutela dei diritti dei cittadini europei”. Allo stesso obiettivo, ma con specifico riferimento alle controversie avviate dai consumatori, sono diretti i più recenti interventi normativi rappresentati dalla Direttiva 2013/11/UE “*sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*” (c.d. Direttiva sull’ADR per i consumatori) e dal Regolamento UE n. 524/2013 relativo alla “*risoluzione delle controversie online dei consumatori*”, (c.d. regolamento sull’ODR per i consumatori), entrambi approvati il 21 maggio 2013.

i quali a loro volta presuppongono la volontarietà dell’accesso per i soggetti che esercitano liberamente la facoltà di disporre delle controversie di cui sono parti⁵.

A fronte di ciò, è apparso sin da subito chiaro che, accanto allo scopo di stimolare un mutamento culturale nella gestione dei conflitti sociali, ciò che ha animato l’introduzione della mediazione da parte del legislatore italiano è stata la volontà di ridurre il numero dei processi civili facendo leva sulla auspicata capacità deflattiva del nuovo strumento⁶.

Ed anzi, che la finalità di deflazione del contenzioso sia stato il vero intento avuto di mira dal legislatore è emerso dalla previsione di una forma di mediazione obbligatoria (accanto a quella facoltativa e a quella disposta su invito del giudice) congegnata quale condizione di procedibilità per la domanda giudiziale, e dunque in chiave limitativa del diritto di azione, rispetto ad un’amplissima gamma di controversie⁷, nella con-

⁵ Sull’ampia tematica si vedano L.P. COMOGLIO, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 318 ss.; T.E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le alternative dispute resolution*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, vol. II, Bari 2012, 1255 ss.; F. DANОВI, F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano 2013. È noto che tradizionalmente suole distinguersi tra strumenti alternativi di risoluzione delle controversie “autonomi” ed “eteronomi” (sulla distinzione cfr. F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1201 ss., 1202), dove nei primi campeggia la volontà delle parti nel perseguire il fine di comporre negozialmente la lite attraverso il contenimento dei contrapposti interessi; nei secondi – che in questo risultano maggiormente simili alla giurisdizione – è centrale il ruolo svolto da un soggetto terzo cui viene attribuito il potere di adottare una decisione obiettiva e vincolante nel caso concreto. Da questo punto di vista la mediazione, caratterizzata dalla presenza del terzo che si produce attivamente per la composizione della lite, rappresenta una figura intermedia tra le due categorie: su questo aspetto v. F. DANОВI, F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, cit., 16 ss.

⁶ Sintomatico in proposito è l’inserimento della delega di cui all’art. 60 della legge n. 69 del 2009 all’interno del capo IV “Giustizia” tra le misure relative al processo civile e, ancor più, il tenore della *Relazione illustrativa* al d.lgs. n. 28 del 2010, dove si legge espressamente, nella parte relativa all’analisi normativa, che “L’obiettivo finale della novità che si introduce nell’ordinamento sta nella capacità deflattiva dell’istituto, sia per la prevenzione di specifiche liti, sia per la prevenzione generale cui è sotteso un cambio nella cultura della gestione dei conflitti sociali”.

⁷ Cfr. il testo originario dell’art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010: “Cbi intende esercitare in giudizio un’azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione”.

vinzione che potesse essere proprio il meccanismo della obbligatorietà a meglio garantire in via preventiva la contrazione del numero dei processi⁸.

In buona sostanza, è stata colta l'occasione fornita dalla necessità di dare attuazione alla menzionata direttiva europea⁹ per innestare l'adozione della mediazione civile sul tronco dei frequenti provvedimenti dettati per la deflazione del contenzioso: con la conseguenza, però, di stravolgere il reale carattere dell'istituto mediante la scelta normativa di una forma anche obbligatoria di tale strumento che ha finito nella sostanza per riprodurre la dimensione strutturale del conflitto¹⁰.

Quanto alla significativa estensione della forma di giurisdizione condizionata introdotta, va evidenziato come il nostro ordinamento già prevedesse casi di conciliazione obbligatoria, limitati però ad ipotesi specifiche dettate per particolari settori¹¹: al contrario, l'adozione della condi-

previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni”.

⁸ Cfr. ancora la Relazione illustrativa che si esprime in termini di “condizione di procedibilità a largo raggio, in particolare per garantire che tale limitazione del diritto di azione sia realmente efficace in chiave deflattiva” e, ancora nella parte relativa all'analisi normativa, ove attesta che al fine di rafforzare la capacità deflattiva dell'istituto “si prevede che l'esperimento della mediazione sia condizione di procedibilità del processo civile avente il medesimo oggetto, limitatamente ad alcune materie ad elevato tasso di litigiosità o in cui vi è particolare possibilità di rilevare possibili complementarità negli interessi in conflitto”.

⁹ La direttiva 2008/52/CE si limita a prevedere in tema di obbligatorietà della mediazione che “il procedimento di mediazione può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro” (art. 3, lettera a)) e a disporre che resta “impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario” (art. 5, comma 2).

¹⁰ V. F. DANOVÌ, F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, cit., 51, per i quali ragionare di mediazione obbligatoria “ha il sapore di vero e proprio ossimoro”.

¹¹ Per un quadro relativo alle fattispecie normative in materia di conciliazione, ob-

zione di procedibilità coinvolgente una così ampia serie di controversie in materia civile e commerciale ha quasi ridotto la possibilità di esperire in via diretta l'azione giudiziale a situazione eccezionale rispetto alla generalizzata e necessaria attivazione preventiva del procedimento di mediazione¹².

Oltre a ciò, la mediazione obbligatoria è stata anche configurata come onerosa¹³, essendo previsto un costo a corresponsione dell'attività espletata dagli organismi di mediazione. Inoltre, l'impianto dell'istituto è stato fortemente connotato da una serie di misure che ne hanno segnato l'interferenza con il successivo ed eventuale giudizio, quali il termine di durata del procedimento di mediazione fino a quattro mesi e la previsione di alcune sanzioni di tipo processuale ed economico per la parte che non avesse partecipato al procedimento di mediazione senza giustificato motivo o per la parte vincitrice in caso di corrispondenza tra il provvedimento conclusivo del giudizio e il contenuto della proposta in precedenza formulata dal mediatore¹⁴.

bligatoria e non, v. ancora F. DANOVI, F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, cit., 31-32, nota 78.

¹² Così A. MAIETTA, *La mediazione negli ordinamenti stranieri*, in A. MAIETTA (a cura di), *La nuova mediazione civile e commerciale*, Padova 2014, 259 ss., 259-260, per il quale “contrariamente al passato, in cui la conciliazione rivestiva carattere specifico e settoriale, la diretta azionabilità dei diritti in giudizio si è trasformata quasi in regola eccezionale rispetto a quella di più ampia portata che stabilisce il ricorso preventivo alla mediazione”.

¹³ Cfr. l'art. 16, comma 2, del d.lgs. n. 28 del 2010 che rimette ad appositi decreti del Ministro della giustizia la determinazione delle indennità spettanti agli organismi di mediazione; il successivo art. 17, comma 4, che stabilisce che con il decreto di cui all'art. 16, comma 2, sono determinate le riduzioni minime delle indennità nelle ipotesi in cui la mediazione è condizione di procedibilità ai sensi dell'art. 5, comma 1; nonché il comma 4 del medesimo art. 17, confermativo della onerosità della mediazione obbligatoria, laddove è prevista l'esenzione dal pagamento dell'indennità per la parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nei casi in cui la mediazione è condizione di procedibilità della domanda. In attuazione della previsione di cui al secondo comma dell'art. 16 del d.lgs. n. 28 del 2010 è intervenuto il D.M. n. 180 del 2010, successivamente modificato dal D.M. n. 145 del 2011.

¹⁴ In proposito è stata prevista la possibilità per il giudice di desumere argomenti di prova ai sensi dell'art. 116, comma 2, del c.p.c. dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, con l'aggiunta da parte dell'art. 2, comma 35-*sexies*, del d.l. n. 138 del 2011 della condanna per la parte costituita, che nei casi in cui vige la condizione di procedibilità non ha partecipato al procedimento medesimo senza giustificato motivo, al versamento al bilancio dello Stato di una somma pari al contributo unificato dovuto per il giudizio (art. 8); l'esclusione da parte del giudice della ripetizione delle somme sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta nel caso in cui il provvedimento che definisce il giudizio corrisponda interamente alla

In questo quadro la dottrina ha evidenziato sin da subito una serie di significativi dubbi di costituzionalità relativamente alle previsioni normative introdotte¹⁵, segnalando in particolare la problematicità di una mediazione al contempo obbligatoria e onerosa in riferimento all'art. 24 della Costituzione¹⁶ e, prima ancora, il vizio di eccesso di delega in cui era incorsa l'introduzione stessa della obbligatorietà della mediazione, non essendo presente nell'art. 60 della legge n. 69 del 2009 alcuna indicazione in tal senso¹⁷. Non senza evidenziare i problemi di ragionevolezza e proporzionalità comunque posti dalla previsione generalizzata dell'obbligatorietà del meccanismo di conciliazione, anche in rapporto alla natura, altamente eterogenea, delle materie interessate dall'istituto¹⁸.

stessa, per il periodo successivo alla sua formulazione, nonché la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo e al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto (art. 13).

¹⁵ Sui diversi vizi di legittimità costituzionale prospettati e, più in generale, sui vari aspetti problematici che hanno caratterizzato la mediazione obbligatoria di cui al d.lgs. n. 28 del 2010, quali ad esempio il ravvisato eccesso di delega, il regime dei costi, la mancanza di professionalità specifica richiesta al mediatore e la disparità di trattamento tra attore e convenuto si vedano, tra gli altri, R. CAPONI, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, in *Judicium.it*, 1 aprile 2011; L.P. COMOGLIO, *Mediazione e accesso alla giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 288 ss.; G. D'ELIA, *Profili di illegittimità costituzionale di una mediazione civile obbligatoria "purchessia"*, in *Federalismi.it*, 30 novembre 2011; A. GRECO, *Rilievi critici sulla mediazione obbligatoria*, in *Resp. civ.*, 2011, 326 ss.; G. MONTELEONE, *La mediazione "forzata"*, in *Judicium.it*, 29 aprile 2010; L. NANNIPIERI, *Profili di legittimità costituzionale della mediazione civile e commerciale*, in *Consulta Online.it*, 15 ottobre 2012; I. PAGNI, *La mediazione dinanzi alla Corte costituzionale dopo l'ordinanza del TAR Lazio n. 3202/2011*, in *Corr. giur.*, 2011, 1001 ss.; G. SCARSELLI, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.leg. 28/10*, in *Foro it.*, 2011, V, 54 ss.; G. SERGES, *La «mediazione civile» e la Costituzione (riflessioni a margine dell'ordinanza Tar Lazio, sezione prima, n. 3202 del 2011)*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, a cura di M. D'Amico – B. Randazzo, Milano 2011, 1815 ss.; M. SCUDIERO, *La mediazione obbligatoria in materia civile e commerciale: problemi di costituzionalità (in margine al D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28)*, in *Studi in onore di Claudio Rosano*, vol. I, Napoli 2013, 1347 ss.; V. TALLINI, *I nuovi procedimenti di mediazione "civile" e "tributaria": le limitazioni al diritto di azione tra norme costituzionali e dell'U.E.*, in *Forumcostituzionale.it*, luglio 2012; I. ZINGALES, *La fase di mediazione obbligatoria nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Judicium.it*, 19 aprile 2011.

¹⁶ Per tutti G. SCARSELLI, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.leg. 28/10*, cit., 55.

¹⁷ In via esemplificativa v. G. SERGES, *La «mediazione civile» e la Costituzione (riflessioni a margine dell'ordinanza Tar Lazio, sezione prima, n. 3202 del 2011)*, cit., in particolare 1833 ss.

¹⁸ Secondo G. D'ELIA, *Profili di illegittimità costituzionale di una mediazione civile obbligatoria "purchessia"*, cit., 5, "si tratta, allora, di verificare se il catalogo dei rapporti

Agli interventi della dottrina sono seguite numerose ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, che hanno appunto sollevato, tra le altre, le questioni di legittimità costituzionale delle norme relative alla onerosità della mediazione obbligatoria e, alla radice, della previsione della stessa condizione di procedibilità per vizio di eccesso di delega¹⁹.

Parallelamente, anche due rinvii pregiudiziali sono stati formulati all'indirizzo della Corte di giustizia UE, aventi ad oggetto la questione della compatibilità con il quadro normativo del diritto dell'Unione delle disposizioni in tema di costi, competenza dei mediatori e sanzioni processuali caratterizzanti l'impianto della mediazione obbligatoria²⁰.

sottoposti al regime obbligatorio della mediazione civile sia doverosamente assistito da un interesse pubblicistico di tono costituzionale. Il che evidentemente non è. Anzi, il catalogo dei rapporti sottoposti alla mediazione obbligatoria è stato da più parti contestato come disegnato in modo occasionale e confuso, senza che sia ispirato ad alcun criterio e, quindi, tantomeno, al criterio della soddisfazione di interessi pubblicistici di tono costituzionale. Ciò che espone, altresì, questo catalogo a censure con riguardo anche al principio di ragionevolezza delle leggi, ex art. 3 della Costituzione”. Aveva messo in luce il potenziale contrasto della disciplina in tema di mediazione obbligatoria con il principio di ragionevolezza anche M. SCUDIERO, *La mediazione obbligatoria in materia civile e commerciale: problemi di costituzionalità (in margine al D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28)*, cit., 1351, osservando che il parametro di cui all'art. 3 Cost. “richiede, come è noto, che la disciplina della legge sia congruente, adeguata e necessaria rispetto al fine perseguito, alla *ratio legis*; mentre comporta un giudizio di irragionevolezza, quando non vi sia rispondenza tra gli interessi tutelati dalla legge e i valori ricavabili dalla tavola costituzionale, e non si attui un appropriato bilanciamento tra gli stessi”.

¹⁹ In totale sono state otto le ordinanze che hanno sollevato le diverse questioni di legittimità costituzionale successivamente esaminate dalla Corte: Tar Lazio 12 aprile 2011; Giudice di pace di Parma 1 agosto 2011; Giudice di pace di Catanzaro 1 settembre 2011 e 3 novembre 2011; Giudice di pace di Recco 5 dicembre 2011; Giudice di pace di Salerno 19 novembre 2011; Tribunale di Torino 24 gennaio 2012; Tribunale di Genova 18 novembre 2011.

²⁰ Ord. del Tribunale di Palermo, sezione distaccata di Bagheria, del 16 agosto 2011 e ord. del Giudice di pace di Mercato San Severino del 21 settembre 2011. Sui rinvii pregiudiziali in oggetto v. G. SPINA, *Le questioni interpretative sottoposte dall'Italia alla Corte di giustizia U.E. in materia di mediazione civile (gennaio-settembre 2011)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 643 ss. La prima ordinanza aveva richiamato in particolare i profili problematici relativi alla competenza del mediatore, ai criteri di competenza territoriale degli organismi di mediazione e alla possibilità per il mediatore di formulare in ogni caso una proposta di mediazione a fronte del mancato accordo amichevole e spontaneo tra le parti. La seconda aveva sollevato dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione in relazione alla previsione in tema di argomenti di prova desumibili dal giudice a carico della parte che avesse mancato di partecipare alla procedura; alla esclusione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che avesse rifiutato la proposta di conciliazione e alla condanna della stessa al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore

2. *La sentenza n. 272 del 2012 della Corte costituzionale: illegittimità costituzionale per eccesso di delega e assorbimento degli ulteriori profili*

Con la sentenza n. 272 del 6 dicembre 2012 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010²¹. La pronuncia ha eliminato alla radice l'obbligatorietà della mediazione civile in quanto ha ritenuto che il Governo avesse ecceduto i limiti della delega conferitagli dal legislatore delegante, ritenendo assorbito ogni altro profilo nella ravvisata violazione, logicamente prioritaria, dell'art. 76 Cost.²².

In via consequenziale la Corte ha inoltre dichiarato l'illegittimità di

somma di importo corrispondente a quella già versata a titolo di contributo unificato ove la sentenza emessa a definizione del giudizio corrispondesse interamente al contenuto della proposta stessa; alla formulazione della proposta di conciliazione da parte del mediatore anche in mancanza di accordo delle parti ed anche in caso di mancata partecipazione delle parti alla procedura; al termine di conclusione del tentativo di mediazione previsto fino a quattro mesi; al costo della procedura di mediazione obbligatoria ritenuto "almeno due volte più elevato di quello del processo giurisdizionale che la procedura di mediazione mira a scongiurare" e capace di aumentare esponenzialmente e in modo sproporzionato "con l'aumentare del valore della controversia (fino a far diventare il costo della mediazione anche più del sestuplo rispetto al costo del processo giurisdizionale) o con l'aumentare della sua complessità (in tale ultimo caso rivelandosi necessaria la nomina di un esperto, da retribuirsi dalle parti della procedura, che aiuti il Mediatore in controversie che richiedono specifiche competenze tecniche senza che la relazione tecnica stilata dall'esperto o le informazioni da lui acquisite possano essere utilizzate nel successivo giudizio)".

²¹ Corte cost. 6 dicembre 2012, n. 272, in *Giur. cost.*, 2012, 4282 ss. con commento di G. PISTORIO, *Uso o abuso dell'assorbimento? Nota a margine della sentenza n. 272 del 2012*, in *Giur. cost.*, 2012, 4333 ss.. Sulla decisione si vedano anche A. BUSACCA, *Ratio della riforma e coerenza con la disciplina europea: è incostituzionale la "mediazione obbligatoria"*, in *I contratti*, 2013, 241 ss.; F.P. LUISO, *L'eccesso di delega della mediazione obbligatoria e le incostituzionalità consequenziali*, in *Le Società*, 2013, 76 ss.; L. NANNIPIERI, *Incossituzionalità della mediazione civile e commerciale obbligatoria: l'eccesso di delega assorbe ogni altro profilo*, in *Forumcostituzionale.it*, 24 febbraio 2013; I. PAGNI, *Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 dicembre 2012, n. 272*, in *Corr. giur.*, 2013, 262 ss.; R. TISCINI, *L'incossituzionalità della mediazione obbligatoria per eccesso di delega: una scelta discutibile*, in *Riv. arb.*, 2013, 105 ss.

²² Individua la sentenza n. 272 del 2012 quale caso paradigmatico di assorbimento c.d. improprio, "caratterizzato dalla totale mancanza di un qualsivoglia rapporto di interdipendenza e dunque di connessione fra le censure prospettate che consenta di ritenere la decisione di una di esse inclusiva della decisione delle altre", A. BONOMI, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, Napoli 2013, 27 ss. Sul tema dell'assorbimento con riguardo alla pronuncia in oggetto v. G. PISTORIO, *Uso o abuso dell'assorbimento? Nota a margine della sentenza n. 272 del 2012*, cit., 4339-4341.

tutte le disposizioni comunque collegate alla condizione di procedibilità non prevista dalla delega²³.

Al fine di verificare la sussistenza o meno dell'eccesso di delega, nella decisione la Corte ha dapprima esaminato i profili concernenti il rispetto del diritto dell'Unione, non potendo ignorarsi il richiamo operato dalla stessa legge di delega al rispetto della normativa sovranazionale vigente in materia e il riferimento espresso alla Direttiva 2008/52/CE contenuto nel d.lgs. n. 28 del 2010²⁴.

All'esito dell'analisi dei riferimenti normativi e giurisprudenziali of-

²³ E successivamente Corte cost. 21 giugno 2013, n. 156 ha dichiarato la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale degli articoli 5, comma 1, 8, comma 5, 13 e 16 del d.lgs. n. 28 del 2010 sollevate dalle ordinanze del Giudice di pace di Parma del 24 novembre 2011; del Tar Lazio del 2 maggio 2012; del Tribunale di Firenze, in composizione monocratica, dell'11 maggio 2012; del Tribunale di Latina del 19 aprile 2012 e del 6, 19, 8, 6 e 21 giugno 2012; del Tribunale di Tivoli del 27 giugno 2012 e del 30 e 2 maggio 2012. Va anche rilevato che la sentenza n. 272 del 2012 della Corte costituzionale ha fatto venir meno la necessità del coinvolgimento nella vicenda della Corte di giustizia UE. Difatti, nella causa C-464/11, il Tribunale di Palermo – sezione distaccata di Bagheria – ha ritirato il proprio rinvio pregiudiziale e la Corte, con ordinanza del Presidente della terza sezione dell'8 febbraio 2013, ha cancellato la causa dal ruolo; con riferimento al rinvio pregiudiziale operato dal Giudice di pace di Mercato San Severino, invece, Corte giust. 27 giugno 2013, C-492/11, *Di Donna* ha pronunciato il non luogo a rispondere per carenza di oggetto e difetto di rilevanza in considerazione dell'intervento della Corte costituzionale. Per un inquadramento della vicenda in oggetto nel più ampio fenomeno della c.d. doppia pregiudizialità v. L. CAPPUCCIO, *I giudici italiani ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dopo il Trattato di Lisbona*, in AA.VV., *Dove va il sistema italiano accentratò di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella Constitutional Courts and Democratic Values*, a cura di L. Cappuccio ed E. Lamarque, Napoli 2013, 81 ss., in particolare 124 ss., secondo la quale nonostante pendessero alcune questioni pregiudiziali davanti alla Corte di giustizia UE “la Corte costituzionale non ha aspettato l'intervento di Lussemburgo, ma ha deciso di decidere”, in controtendenza rispetto all'orientamento maturato sino ad allora e di fatto sminuendo il precedente della Corte di giustizia richiamato.

²⁴ In questo modo è evidente la scelta autonoma del legislatore italiano, che ha deciso di modellare l'intera disciplina della materia sulla scorta del diritto dell'Unione anche per le situazioni puramente interne, nonostante la Direttiva del 2008 avesse riguardo in primo luogo alle controversie civili e commerciali a carattere transfrontaliero. Sul punto v. L. D'ANTILIO, M. DI FILIPPO, *Mediazione obbligatoria e diritto alla tutela giurisdizionale: contrasti (reali e apparenti) tra la normativa italiana e il diritto UE*, in *Giur. it.*, 2012, 660 ss. Quanto alla verifica del rispetto dei principi dettati dalle norme dell'Unione nell'ambito del sindacato sull'eccesso di delega va ricordato quanto la Corte ha ancora da ultimo affermato nella sentenza n. 184 del 9 luglio 2013, e cioè che “*Nel caso poi di delega per l'attuazione di una direttiva comunitaria, i principi che quest'ultima esprime si aggiungono a quelli dettati dal legislatore nazionale e assumono valore di parametro interposto, potendo autonomamente giustificare l'intervento del legislatore delegato (sentenza n. 32 del 2005)*”.

ferti dal diritto dell'Unione la Corte è giunta alla conclusione che il *favor* da quest'ultimo dimostrato per l'istituto della mediazione “*non impone e nemmeno consiglia l'adozione del modello obbligatorio, limitandosi a stabilire che resta impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio*”. Con la conseguenza che “*la disciplina del diritto dell'UE si rivela neutrale in ordine alla scelta del modello di mediazione da adottare, la quale resta demandata ai singoli Stati membri, purché sia garantito il diritto di adire i giudici competenti per la definizione giudiziaria delle controversie*”. In altri termini, “*l'opzione a favore del modello di mediazione obbligatoria, operata dalla normativa censurata, non può trovare fondamento*” nella disciplina di diritto dell'Unione²⁵.

Il ragionamento della Corte si è incentrato sul richiamo a due risoluzioni del Parlamento europeo, del 25 ottobre 2011 e del 13 settembre 2011²⁶, prive di efficacia vincolante ma particolarmente significative dell'ispirazione europea in tema di mediazione, e sulla interpretazione della sentenza della Corte di giustizia UE che ha nello specifico affrontato, a seguito di rinvio pregiudiziale operato da un giudice italiano, la questione della compatibilità con il diritto dell'Unione del procedimento di conciliazione obbligatorio innanzi ai Comitati regionali in materia di comunicazioni elettroniche²⁷.

Quanto in particolare alle risoluzioni del Parlamento europeo, il giudice costituzionale ha inteso evidenziare come sia sentita a livello dell'Unione europea l'esigenza che i metodi alternativi di risoluzione delle controversie mantengano un carattere essenzialmente facoltativo e come l'attivazione dei medesimi debba essere rimessa alla libera scelta delle parti: e ciò anche con specifico riferimento al caso della mediazione italiana²⁸. In relazione alla sentenza della Corte di giustizia richiamata, in-

²⁵ Punto 12.2. del Considerato in diritto.

²⁶ Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011 (2011/2117-INI) e Risoluzione del 13 settembre 2011 (2011/2026-INI).

²⁷ Corte giust. 18 marzo 2010, cause riunite da C-317/08 a C-320/08, *Alassini*, in *Foro it.*, 2010, IV, 361 ss. con nota di G. ARMONI, P. PORRECA, *La mediazione civile nel sistema costituzional-comunitario*, 372 ss., i quali sinteticamente evidenziano come la Corte abbia nell'occasione evocato il necessario rispetto di sei condizioni da parte della normativa nazionale: che la procedura non conduca a una decisione vincolante; che non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale; che sospenda la prescrizione dei diritti in questione; che non generi costi per le parti o non ne generi di ingenti; che non sia accessibile esclusivamente per via elettronica; che consenta l'adozione di provvedimenti provvisori nei casi eccezionali imposti dall'urgenza della situazione.

²⁸ Cfr. la Risoluzione del 25 ottobre 2011, in cui si afferma che “*l'ADR deve avere un*

vece, la Corte costituzionale ha voluto affermare con chiarezza che il riferimento nella specie operato dal giudice dell'Unione alla maggiore efficacia dello strumento della obbligatorietà per la realizzazione degli obiettivi comunitari non potesse che intendersi quale mero *obiter dictum*, in quanto il caso affrontato nella pronuncia pregiudiziale concerneva una procedura di conciliazione relativa a un “*tipo ben circoscritto di controversie (quelle in materia di servizi di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e fornitori di tali servizi)*”, non assimilabile alla mediazione di cui al d.lgs. n. 28 del 2010, “*anche per le differenze strutturali*” che caratterizzano le due procedure, laddove quest'ultima riguarda “*un rilevante numero di vertenze*”²⁹.

Esclusa la rilevanza della normativa dell'Unione al fine di sciogliere il dubbio di costituzionalità, la Corte ha dunque esaminato il tenore della legge di delega, per concludere non soltanto che dalla stessa non potesse ricavarsi alcun elemento nel senso dell'opzione della obbligatorietà³⁰, ma che anzi fossero presenti nel dato normativo indicazioni ad essa espressamente contrarie³¹.

carattere facoltativo, fondato sul rispetto della libera scelta delle parti durante l'intero arco del processo, che lasci loro la possibilità di risolvere in qualsiasi istante la controversia dinanzi ad un tribunale, e che esso non deve essere in alcun caso una prima tappa obbligatoria preliminare all'azione in giudizio” e la Risoluzione del 13 settembre 2011 in cui si osserva che “*nel sistema giuridico italiano la mediazione obbligatoria sembra raggiungere l'obiettivo di diminuire la congestione dei tribunali*”, ma che ciononostante “*la mediazione dovrebbe essere promossa come una forma di giustizia alternativa praticabile, a basso costo e più rapida, piuttosto che come un elemento obbligatorio della procedura giudiziaria*”.

²⁹ Punto 12.2. del Considerato in diritto.

³⁰ Nello specifico la Corte ha voluto sottolineare come l'omissione di ogni riferimento alla obbligatorietà fosse estremamente significativa in quanto relativa ad un elemento centrale nella definizione della struttura dell'istituto “*come risulta sia dall'ampio dibattito dottrinale svoltosi in proposito, sia dai lavori parlamentari durante i quali il tema dell'obbligatorietà o meno della mediazione fu più volte discusso*”.

³¹ Cfr. il punto 13 del Considerato in diritto, dove la Corte afferma che il vizio di eccesso di delega “*non potrebbe essere superato considerando la norma introdotta dal legislatore delegato come un coerente sviluppo e completamento delle scelte espresse dal delegante, perché – come sopra messo in rilievo – in realtà con il censurato art. 5, comma 1, si è posto in essere un istituto (la mediazione obbligatoria in relazione alle controversie nella norma stessa elencate) che non soltanto è privo di riferimenti ai principi e criteri della delega ma, almeno in due punti, contrasta con la concezione della mediazione come imposta dalla normativa delegata*”. Come indici espressi nel senso della contrarietà alla previsione di una mediazione di tipo obbligatorio la Corte ha citato il rinvio contenuto nell'art. 60 della legge n. 69 del 2009 alla conciliazione in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia di cui agli artt. 38-40 del d.lgs. n. 5 del 2003, abrogati dallo stesso d.lgs. n. 28 del 2010, i quali prevedevano un procedimento di

Ancora, la Corte ha operato una precisa distinzione tra il caso sottoposto alla sua attenzione e quello oggetto della precedente decisione n. 276 del 2000, con la quale era stata dichiarata non fondata, anche con riferimento al profilo dell'eccesso di delega, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 410, 410-bis e 412-bis c.p.c. che prevedevano il tentativo obbligatorio di conciliazione nel rito del lavoro³²: e ciò, in particolare, in quanto in quell'occasione a far propendere per l'assenza di violazione della delega si era rivelato determinante il "*contesto della riforma attuata, senza dubbio di ampio respiro ma circoscritta alle controversie nel settore del diritto del lavoro*", a differenza della procedura di cui al d.lgs. n. 28 del 2010 che "*delinea un istituto a carattere generale, destinato ad operare per un numero consistente di controversie, in relazione alle quali, però, alla stregua delle considerazioni sopra svolte, il carattere dell'obbligatorietà per la mediazione non trova alcun ancoraggio nella legge delega*"³³.

In collegamento a quest'ultimo punto la Corte ha anche aggiunto che a sostegno del rispetto della delega nemmeno "*varrebbe addurre che l'ordinamento conosce varie procedure obbligatorie di conciliazione, trattandosi di procedimenti specifici, per singoli settori, in relazione ai quali nessun rapporto di derivazione è configurabile in riferimento all'istituto in esame*". Ed in conclusione, subito prima della declaratoria di illegittimità costituzionale, ha voluto affermare che "*quanto alla finalità ispiratrice del detto istituto, consistente nell'esigenza di individuare misure alternative per la definizione delle controversie civili e commerciali, anche al fine di ridurre il contenzioso gravante sui giudici professionali, va rilevato che il carattere obbligatorio della mediazione non è intrinseco alla sua ratio, come*

conciliazione a carattere volontario, e il richiamo operato al dovere dell'avvocato di informare il proprio assistito sulla "possibilità" della conciliazione, indipendentemente dalla tipologia della procedura.

³² Com'è noto, il tentativo di conciliazione in questione è stato reso facoltativo ad opera della legge n. 183 del 4 novembre 2010, c.d. "collegato lavoro".

³³ Al punto 13 del Considerato in diritto la Corte ha inoltre ricordato, con riguardo alla fattispecie oggetto della pronuncia del 2000, che pur a fronte della non espressa menzione della obbligatorietà vi era nella legge n. 59 del 1997 uno specifico criterio direttivo che abilitava il Governo a introdurre misure generali per porre argine al sovraccarico del contenzioso, anche con procedure stragiudiziali di conciliazione e arbitrato. Inoltre, dato il contesto specifico della disciplina, ben poteva ritenersi che nel disporre tali misure a carattere generale il legislatore delegato potesse regolare diversamente il sistema vigente introducendo l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, anche in coerente sviluppo e completamento di un principio già esistente nel settore per le controversie di pubblico impiego privatizzato.

agevolmente si desume dalla previsione di altri moduli procedurali (facoltativi o disposti su invito del giudice), del pari ritenuti idonei a perseguire effetti deflattivi e quindi volti a semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia”.

Dal quadro riportato, e dall'impianto argomentativo della decisione della Corte, si evince allora che, se è vero che non sono state direttamente affrontate nella pronuncia le questioni sostanziali sollevate dalle ordinanze di rimessione, con la valutazione sul profilo relativo all'art. 76 Cost. sembra non soltanto che la Corte sia stata mossa ad un'interpretazione rigorosa della delega conferita al Governo dalla stessa conformazione della mediazione quale obbligatoria e generale, anche in relazione ai principi espressi a livello di diritto dell'Unione, ma che gli stessi connotati dell'istituto siano stati quasi implicitamente stigmatizzati dal tenore delle affermazioni del giudice costituzionale.

3. *La “nuova” mediazione civile obbligatoria inserita nel d.l. n. 69 del 2013 convertito, con modificazioni, in legge n. 98 del 2013*

All'indomani della declaratoria di incostituzionalità il legislatore si è rivelato piuttosto solerte nel reintrodurre il meccanismo della obbligatorietà nel sistema della mediazione rimasto orfano della condizione di procedibilità, evidentemente sulla scorta della considerazione secondo la quale la Corte si era limitata ad assorbire tutti i dubbi di merito avanzati dai giudici comuni decidendo sul solo vizio formale dell'eccesso di delega.

Stavolta lo strumento utilizzato è stato il decreto-legge n. 69 del 21 giugno 2013, recante “*Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia*” (c.d. decreto del fare) convertito, con modificazioni, in legge n. 98 del 9 agosto 2013, che all'art. 84 ha reinserto la condizione di procedibilità all'interno del d.lgs. n. 28 del 2010 con decorrenza a partire dal termine di trenta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione.

Ora, tralasciando in questa sede l'esame della problematica dei decreti-legge che contengono disposizioni ad efficacia differita³⁴, nonché

³⁴ Mette conto di ricordare che conformemente all'art. 15, comma 3, della legge n. 400 del 1988 i decreti-legge “*devono contenere misure di immediata applicazione [...]*”. Sulla prassi dell'adozione di decreti-legge contenenti disposizioni ad efficacia differita v. A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, I, Padova 1997, 436 ss.. In tema cfr. anche L. DE BERNARDIN, *Il problematico*

quella ancor più ampia dei decreti-legge incidenti in via duratura su materie centrali per il funzionamento dell'ordinamento³⁵, ciò che qui interessa è l'analisi del contenuto di alcune tra le nuove disposizioni introdotte al fine di comprendere quanto dell'impianto della precedente mediazione obbligatoria è stato conservato e quali elementi, al contrario, sono stati oggetto di modifica normativa ad opera del decreto-legge e della legge di conversione³⁶.

Innanzitutto, come emerge dal preambolo del d.l. e dal titolo in cui sono inserite le disposizioni relative alla mediazione civile (*"Misure per l'efficienza del sistema giudiziario e la definizione del contenzioso"*), si evince ancora una volta l'intento di deflazione del contenzioso perseguito con il nuovo intervento normativo, che si propone di incidere sul funzionamento della giustizia civile andando a diminuire il numero dei contenziosi giurisdizionali in entrata.

vizio di illegittimità dei decreti-legge ad efficacia differita, in *Giur. cost.*, 2002, 264 ss. Richiamano la valenza politica che gli interpreti normalmente riconnettono ai limiti di cui all'art. 15, commi 2 e 3, della legge del 1988, pur se questi paiono connessi alle previsioni costituzionali, F. SORRENTINO, G. CAPORALI, voce *Legge (atti con forza di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IX, Torino 1994, 120 ss., 122.

³⁵ Rispetto al tema delle modifiche ordinamentali realizzate con lo strumento della decretazione d'urgenza va menzionato quanto di recente affermato da Corte cost. 19 luglio 2013, n. 220 in tema di riforma delle province, e cioè che *"I decreti-legge traggono la loro legittimazione generale da casi straordinari e sono destinati ad operare immediatamente, allo scopo di dare risposte normative rapide a situazioni bisognose di essere regolate in modo adatto a fronteggiare le sopravvenute e urgenti necessità. Per questo motivo, il legislatore ordinario, con una norma di portata generale, ha previsto che il decreto-legge debba contenere «misure di immediata applicazione» (art. 15, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400 «Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri»). La norma citata, pur non avendo, sul piano formale, rango costituzionale, esprime ed esplicita ciò che deve ritenersi intrinseco alla natura stessa del decreto-legge (sentenza n. 22 del 2012), che enterebbe in contraddizione con le sue stesse premesse, se contenesse disposizioni destinate ad avere effetti pratici differiti nel tempo, in quanto recanti, come nel caso di specie, discipline mirate alla costruzione di nuove strutture istituzionali [...]".* Con la conseguenza che non è *"utilizzabile un atto normativo, come il decreto-legge, per introdurre nuovi assetti ordinamentali che superino i limiti di misure meramente organizzative"*. In argomento v. di recente R. CALVANO, *La decretazione d'urgenza nella stagione delle larghe intese*, in *Rivista AIC*, 2/2014, in particolare 18 ss.; D. FIUMICELLI, *Dalla "urgenza nel provvedere" alla "opportunità/convenienza del provvedimento": la decretazione di urgenza tra origine storica, crisi economica e Corti costituzionali. Un confronto tra i casi di Italia e Spagna*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2014, spec. 38 ss.

³⁶ Sulla "nuova" mediazione obbligatoria v. V. VASAPOLLO, *Mediazione obbligatoria*, in G. FALCO, G. SPINA (a cura di), *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del fare" (d.l. 69/2013, conv., con mod., in l. 98/2013)*, Milano 2013, 185 ss.; A.D. DE SANTIS, *Rapporti tra mediazione, conciliazione e processo civile*, in A. MAIETTA (a cura di), *La nuova mediazione civile e commerciale*, Padova 2014, 175 ss.

Inoltre, la legge di conversione del decreto ha previsto che la disposizione sulla condizione di procedibilità sia da considerarsi efficace per i quattro anni successivi alla data della sua entrata in vigore e che decorsi due anni competa al Ministero della giustizia di attivare il monitoraggio degli esiti della sperimentazione.

Dalle materie oggetto della reintroduzione della obbligatorietà è stata esclusa quella del risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, mentre tra le stesse è stata inserita in sede di conversione quella delle controversie relative alla responsabilità medica e sanitaria (art. 5, comma 1-*bis* del d.lgs. n. 28 del 2010).

La durata del procedimento è stata fissata in tre mesi rispetto ai quattro previsti dalle disposizioni originarie (art. 6, comma 1, del d.lgs. modificato).

È stata prevista una forma incisiva di mediazione c.d. delegata da parte del giudice, il quale, anche in sede di giudizio di appello, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione che diviene condizione di procedibilità della domanda giudiziale (art. 5, comma 2).

È stata reintrodotta la sanzione processuale della possibilità che il giudice desuma argomenti di prova ai sensi dell'art. 116 c.p.c. dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, con la condanna per la parte costituita, che nei casi in cui vige la condizione di procedibilità non ha partecipato al procedimento medesimo senza giustificato motivo, al versamento al bilancio dello Stato di una somma pari al contributo unificato dovuto per il giudizio (art. 8, comma 4-*bis*). Allo stesso modo sono state reintrodotte le sanzioni relative alle spese processuali già oggetto di previsione da parte del d.lgs. n. 28 del 2010 (art. 13).

È stato previsto un "primo incontro" nel quale il mediatore debba chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, con la previsione che l'eventuale conclusione dello stesso senza che le parti pervengano all'accordo permetta di considerare avverata la condizione di procedibilità nei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione deve necessariamente precedere l'instaurazione del giudizio (art. 5, comma 2-*bis*).

In proposito viene chiarito che, in caso di mancato accordo, al termine di questo primo incontro nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione (art. 17, comma 5-*ter*).

Quanto ai costi, viene riproposto l'impianto oneroso previgente del procedimento di mediazione obbligatorio, con la previsione che il de-

creto ministeriale di cui all'art. 16, comma 2, del d.lgs. n. 28 del 2010 disciplini le riduzioni minime delle indennità dovute nelle ipotesi in cui la mediazione è condizione di procedibilità o è disposta per ordine del giudice (art. 17, comma 4) e che vi sia l'esenzione dal pagamento dell'indennità per i soggetti ammessi al patrocinio a spese dello Stato (art. 17, comma 5-*bis*). In aggiunta, circostanza che inevitabilmente rappresenta un ulteriore costo da computare, è stata prescritta l'assistenza dell'avvocato nel corso del procedimento di mediazione obbligatoria.

Emerge in particolare dal quadro delle nuove disposizioni che la mediazione obbligatoria è stata nuovamente concepita come onerosa³⁷, e

³⁷ Tale conclusione non è scalfita dalla gratuità del primo incontro conclusosi con il mancato accordo: in primo luogo perché la previsione non incide sull'impianto oneroso dell'intero procedimento di mediazione obbligatoria (dovendosi peraltro considerare che il mancato accordo possa verificarsi a seguito degli incontri successivi pur a fronte di una iniziale volontà di comporre amichevolmente la controversia), ed in secondo luogo perché non può parlarsi di totale gratuità nemmeno con riferimento al primo incontro in quanto le parti devono comunque corrispondere all'organismo di mediazione le spese di avvio del procedimento fissate originariamente dal D.M. n. 180 del 2010 in euro 40,00 (cfr. su quest'ultimo aspetto la circolare 27 novembre 2013 del Ministero della giustizia). Sul punto è intervenuto espressamente il recente D.M. 4 agosto 2014, n. 139, pubblicato in G.U. n. 221 del 23 settembre 2014 ed in vigore dal 24 settembre 2014, recante "*Regolamento recante modifica al decreto del Ministro della giustizia 18 ottobre 2010, n. 180, sulla determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione nonché sull'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo n. 28 del 2010*", il quale ha previsto che: a) le spese di avvio sono dovute dalle parti per lo svolgimento del primo incontro; b) insieme alle spese di avvio sono dovute anche le spese vive documentate; c) l'importo è dovuto anche in caso di mancato accordo. Inoltre, il D.M. ha aumentato l'importo delle spese di avvio in euro 80,00 per le liti di valore superiore a 250.000 euro. La versione attuale dell'art. 16, comma 2, del D.M. n. 180 del 2010 dispone pertanto che "*Per le spese di avvio, a valere sull'indennità complessiva, è dovuto da ciascuna parte per lo svolgimento del primo incontro un importo di euro 40,00 per le liti di valore fino a 250.000,00 euro e di euro 80,00 per quelle di valore superiore, oltre alle spese vive documentate che è versato dall'istante al momento del deposito della domanda di mediazione e dalla parte chiamata alla mediazione al momento della sua adesione al procedimento. L'importo è dovuto anche in caso di mancato accordo*". Alla conclusione della non totale gratuità del primo incontro poteva già giungersi, del resto, attraverso l'interpretazione sistematica delle disposizioni del d.lgs. n. 28 del 2010 e del D.M. n. 180 del 2010, da cui si desume la distinzione tra il compenso, che rappresenta il pagamento delle spese di mediazione, e l'indennità che è comprensiva tanto del compenso quanto delle spese di avvio (così l'art. 16, comma 1, del D.M.): del resto è significativo che conformemente all'art. 17 del d.lgs. n. 28 del 2010 la totale gratuità si abbia soltanto in caso di soddisfacimento delle condizioni per l'ammissione al gratuito patrocinio, ove non è dovuto il pagamento di alcuna indennità, a differenza della previsione relativa alla esclusione del solo compenso per il mediatore nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro.

che la stessa è stata ancora una volta prevista a livello generale per una serie davvero cospicua ed eterogenea di materie afferenti al contenzioso civile e commerciale.

Quel che è oggetto di specifica analisi in questa sede è a questo punto la verifica della compatibilità di un procedimento di mediazione obbligatorio e oneroso con la garanzia costituzionale del diritto di accesso alla tutela giurisdizionale, nonché il rapporto di una condizione di procedibilità così estesa e generalizzata con i principi costituzionali di ragionevolezza e proporzionalità.

Si pongono infatti nuovamente varie questioni relativamente alla struttura della mediazione reintrodotta nell'ordinamento italiano, delle quali alcune già prospettate con riguardo alle norme introdotte con il d.lgs. del 2010, che impongono all'interprete di valutare se la reintroduzione della mediazione obbligatoria sia avvenuta conformemente ai principi e ai diritti fondamentali dell'ordinamento costituzionale.

Vanno pertanto analizzati partitamente i due profili indicati, distinti ma collegati, alla luce della giurisprudenza costituzionale nonché rispetto ai principi generali del diritto dell'Unione.

3.1. Diritto alla tutela giurisdizionale e onerosità della mediazione obbligatoria: problemi di legittimità costituzionale e di conformità al diritto dell'Unione

Viene in primo luogo in rilievo il problema della costituzionalità degli oneri economici connessi all'instaurazione del giudizio in riferimento all'art. 24 della Costituzione³⁸. Del resto il tema era stato oggetto delle riflessioni della dottrina e delle ordinanze di rimessione che hanno portato alla sentenza n. 272 del 2012 della Corte costituzionale.

L'indagine non può che prendere le mosse dalla giurisprudenza costituzionale consolidatasi in materia.

Secondo la Corte il problema della compatibilità tra il principio costituzionale di cui all'art. 24 Cost., che garantisce a ciascun individuo la tutela giurisdizionale dei propri diritti, e le disposizioni che impongono specifici incumbenti, anche di natura economica, in capo ai soggetti richiedenti la tutela medesima va “risolto alla luce della distinzione fra gli oneri

³⁸ La questione è stata affrontata dalla giurisprudenza costituzionale sin dagli anni '60 del secolo scorso. In argomento già L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova 1970, 249 ss.

che sono «razionalmente collegati alla pretesa dedotta in giudizio, allo scopo di assicurare al processo uno svolgimento meglio conforme alla sua funzione», da ritenere evidentemente consentiti, e quelli che tendono, invece, «alla soddisfazione di interessi del tutto estranei alle finalità predette», i quali – conducendo al risultato «di precludere o ostacolare gravemente l'esperimento della tutela giurisdizionale» – incorrono «nella sanzione dell'incostituzionalità» (cfr. sentenze n. 522 del 2002 e n. 333 del 2001)»³⁹.

Nessun dubbio vi può essere in proposito: l'unico limite costituzionalmente ammesso rispetto al pieno dispiegarsi del diritto di agire in giudizio è l'onere economico, ragionevole e proporzionato, che sia immediatamente ricollegato alla pretesa dedotta in giudizio e alla funzione di questo (come una cauzione diretta o un tributo), a nulla rilevando sotto questo profilo il perseguimento di finalità generali quali la riduzione del carico di lavoro gravante sugli uffici giudiziari pur se attinente in senso ampio ad un interesse proprio della funzione giurisdizionale⁴⁰. Diversamente, nessun costo economico, di qualsivoglia entità, può ritenersi costituzionalmente ammesso, anche ove lo stesso costituisca un onere meramente simbolico.

Se così è, è evidente che nessun collegamento diretto vi può essere tra funzione del processo e onere finanziario imposto con il procedimento di mediazione, essendo il costo da sopportare per definizione del tutto sganciato dal giudizio ed anzi concepito, unitamente alla condizione di procedibilità, in modo da poterne scongiurare la celebrazione.

Ne consegue che, conformemente alla dottrina che si era espressa in precedenza sulla incostituzionalità di una mediazione obbligatoria e one-

³⁹ Corte cost. 8 aprile 2004, n. 114, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, 1009 ss., con nota di G. MANFREDI, *Giurisdizione condizionata e limiti al diritto di azione*, 1012 ss., punto 5.2. del Considerato in diritto.

⁴⁰ In questo senso cfr. R. CAPONI, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, cit., 5-6. Si veda anche quanto affermato da A. BUSACCA, *Ratio della riforma e coerenza con la disciplina europea: è incostituzionale la "mediazione obbligatoria"*, cit., 250, per la quale "nel caso della mediazione non può certo ravvisarsi la natura di tributo giudizio o cauzione, pur nella considerazione del collegamento funzionale con la risoluzione della controversia, ma piuttosto quella di controprestazione per l'erogazione di un servizio nell'ambito del contratto per l'amministrazione della procedura. L'obbligo di pagamento delle spese, dunque, si inserisce nell'ambito di un rapporto privato, quale appunto il contratto tra i soggetti che richiedono la procedura e l'organismo deputato allo svolgimento e determina, in capo a quest'ultimo, il sorgere di un diritto di credito al soddisfacimento del quale può essere sottoposto il rilascio del verbale". Di diverso avviso G. ARMONE, P. PORRECA, *Costi della mediazione tra dubbi di costituzionalità e giustizia coesistenziale*, in *Foro it.*, 2011, V, 205 ss., 206.

rosa al tempo stesso⁴¹, gli stessi dubbi accompagnano la rinnovata previsione di tale forma di risoluzione delle controversie diversa dal processo che comporta un costo per i singoli costretti ad accedervi.

Significativo è anche il quadro offerto dal diritto dell’Unione, dal momento che – come già si è detto – la Corte di giustizia ha avuto modo di esprimersi sul collegamento esistente tra obbligatorietà e onerosità nei procedimenti di conciliazione preventivi di composizione delle liti.

Nella sentenza del 2010, avente ad oggetto il ben più circoscritto ambito del procedimento obbligatorio di conciliazione in materia di comunicazioni elettroniche, la Corte ha messo in luce il rilievo che nell’ordinamento dell’Unione è riservato al principio della tutela giurisdizionale effettiva, che “*costituisce un principio generale del diritto dell’Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che è stato sancito dagli artt. 6 e 13 della convenzione europea dei diritti dell’uomo, oltre ad essere stato ribadito anche dall’art. 47 della carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*”. Ebbene, rilevando che in ogni caso i diritti fondamentali possono essere soggetti a restrizioni, “*a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti*”, la Corte ha ritenuto compatibile con il diritto dell’Unione il procedimento di conciliazione obbligatoria innanzi al Corecom, in quanto non manifestamente sproporzionato, anche sulla base della circostanza che i costi derivanti da tale procedura erano da considerarsi “*inesistenti*”⁴².

Può dunque osservarsi come, tenendo conto del diverso impianto del procedimento di conciliazione – non a carattere tendenzialmente generale – preso in esame nella specie dalla Corte di giustizia, anche rispetto al diritto dell’Unione possa ugualmente e ragionevolmente porsi il problema di compatibilità tra costi della mediazione obbligatoria e diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva⁴³.

⁴¹ Vedi G. SERGES, *La «mediazione civile» e la Costituzione (riflessioni a margine dell’ordinanza Tar Lazio, sezione prima, n. 3202 del 2011)*, cit., 1835 ss.; R. CAPONI, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, cit., 3 ss.; G. SCARSELLI, *L’incostituzionalità della mediazione di cui al d.leg. 28/10*, cit., 56; M. SCUDIERO, *La mediazione obbligatoria in materia civile e commerciale: problemi di costituzionalità (in margine al D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28)*, cit., 1349-1350.

⁴² Sul punto cfr. M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 4/2014, 43.

⁴³ Evidenzia M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, cit., 43,

In ogni caso, ove si ritenesse che i dubbi di legittimità dell'istituto siano meno consistenti sul versante del diritto dell'Unione (considerato anche il fatto che la Corte di giustizia potrebbe presumibilmente riservare al giudice del rinvio l'accertamento in ordine all'entità e alla proporzione dei costi da sopportare per il necessario esperimento del tentativo preliminare di conciliazione⁴⁴), va comunque evidenziato che il problema qui posto rientra in un'area – quella dei diritti fondamentali – che potrebbe portare ad esiti diversi rispetto ai bilanciamenti con altri interessi generali nei distinti ordinamenti. Con la conseguenza che la Corte costituzionale, a fronte della stabilità della propria giurisprudenza formatasi sul punto e sensibile alle esigenze di garanzia del diritto alla tutela giurisdizionale⁴⁵, potrebbe a ragione esercitare direttamente il controllo di costituzionalità, specialmente ove chiamata in causa prima della Corte di giustizia, e ravvisare che la disciplina della mediazione obbligatoria onerosa si pone in contrasto con i principi costituzionali in materia di limiti al diritto di azione da essa stessa elaborati⁴⁶.

che per la Corte di giustizia “istituti come la mediazione o simili possono essere obbligatori od onerosi, non entrambe le cose assieme”. Sul punto v. anche L. D'ANTILIO, M. DI FILIPPO, *Mediazione obbligatoria e diritto alla tutela giurisdizionale: contrasti (reali e apparenti) tra la normativa italiana e il diritto UE*, cit., 665-666 in relazione al rinvio pregiudiziale che era stato operato dai giudici italiani. E si badi che nelle proprie osservazioni scritte depositate nella causa C-492/11, *Di Donna*, la Commissione europea aveva ritenuto di dubitare “che una mediazione obbligatoria che sia anche onerosa, sia una misura non manifestamente sproporzionata rispetto all'obiettivo di giungere ad una risoluzione più economica delle controversie”, affermando che “In realtà, la previsione di un costo per la mediazione sembra piuttosto destinata a realizzare l'obiettivo del decongestionamento dei tribunali che, pur legittimo in sé, non può tuttavia esser disgiunto dall'obiettivo della risoluzione più economica delle controversie che è quello fissato nell'interesse delle parti”.

⁴⁴ Questa l'opinione della Commissione ancora nelle citate osservazioni scritte, in cui dopo aver affermato che “la direttiva 2008/52/CE, letta alla luce dell'art. 47 CDFUE, deve essere interpretata nel senso che osta, in linea di principio, ad una normativa come quella oggetto della presente causa che prevede una mediazione obbligatoria onerosa” ha concluso nel senso che “Tuttavia, spetta al giudice nazionale stabilire caso per caso se i costi di una mediazione obbligatoria sono tali da rendere la misura sproporzionata rispetto all'obiettivo di una composizione più economica delle controversie”.

⁴⁵ Sul diritto alla tutela giurisdizionale quale principio supremo dell'ordinamento cfr. Corte cost. 21 aprile 1989, n. 232; Corte cost. 2 febbraio 1982, n. 18.

⁴⁶ In proposito si veda quanto affermato da M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, cit., 9, in relazione al fondamento del principio della tutela effettiva nella giurisdizione, e cioè che “postularne un radicamento costituzionale piuttosto che eurounitario o convenzionale implica – a tacer d'altro – la conseguenza che il principio potrebbe essere inserito tra quelli (“fondamentali” o “supremi”) che caratterizzano la nostra forma di Stato in modo così profondo da sottrarsi alla revisione costituzionale, il che è logicamente impossibile nell'ipotesi in cui si preferisca la sua fondazione extracostitu-

Fermo l'autonomo profilo appena esaminato, va ora verificata più in generale la costituzionalità di un sistema che impone in via generalizzata una condizione di procedibilità rispetto al successivo giudizio quale quella configurata nell'ordinamento italiano: problema sul quale non ha sinora avuto occasione di pronunciarsi compiutamente la giurisprudenza costituzionale espressasi in materia di giurisdizione condizionata.

3.2. Mediazione obbligatoria, principio di proporzionalità e diritto alla tutela giurisdizionale: problemi di legittimità costituzionale e di conformità al diritto dell'Unione

Innanzitutto è noto che per giurisprudenza costante della Corte deve ritenersi in linea di principio compatibile con la Costituzione l'introduzione di condizioni di procedibilità della domanda giudiziale, in quanto è sempre possibile subordinare l'esercizio del diritto di azione a controlli o condizioni: ciò a patto che non siano imposti oneri o modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale e che una simile limitazione sia volta al soddisfacimento di interessi generali di primario rilievo e tesa al più idoneo soddisfacimento delle situazioni giuridiche sostanziali. Quel che l'art. 24 Cost. non ammette è invece la circostanza che oltre al differimento del momento in cui è possibile presentare la domanda giudiziale sia prevista una vera e propria condizione di proponibilità, che – ove non soddisfatta – comporti irrimediabilmente la perdita del diritto di azione.

Su tale questione, che ha interessato in particolare l'ampio tema dell'ammissibilità dei rimedi amministrativi da esperire obbligatoriamente in via preventiva⁴⁷, la Corte ha avuto di recente occasione di fare ulteriore chiarezza, richiamando compiutamente la propria pregressa giurisprudenza nella recente n. 98 del 2014, con la quale ha da un lato ritenuto infondata la questione di costituzionalità sollevata in relazione alla

zionale. Non è innocente neppure la scelta fra i trattati UE o la CEDU, almeno se si continua a ritenere (come sarebbe doveroso, per rispettare l'art. 11 Cost.) che i rapporti fra ordinamento eurounitario e ordinamento nazionale siano retti ancora dal principio di competenza e non da quello gerarchico (in chiaro: appoggiandosi ai primi, il raggio di applicazione del principio si accorcia, essendo ridotto al pur ampio spazio delimitato dalle competenze dell'Unione”.

⁴⁷ In argomento v. di recente R(ICC). CHIEPPA, *Sulla legittimità costituzionale di previi ricorsi o rimedi o procedimenti precontenziosi per poter adire un giudice e sugli effetti della inosservanza delle relative previsioni*, in *Giur. cost.*, 2013, 5083 ss.

obbligatorietà per il contribuente del reclamo tributario di cui all'art. 17-*bis*, comma 1, del d.lgs. n. 546 del 1992, introdotto dal d.l. n. 98 del 2011; dall'altro ha censurato per violazione dell'art. 24 Cost. la sola disposizione del successivo comma 2 che nella sua formulazione originaria aveva previsto tale strumento come condizione di proponibilità della domanda giudiziale (lo stesso legislatore ha peraltro nel frattempo sostituito la stessa condizione di proponibilità della domanda con la previsione della condizione di procedibilità mediante apposita disposizione contenuta nella legge n. 147 del 27 dicembre 2013)⁴⁸.

⁴⁸ Corte cost. 16 aprile 2014, n. 98. Il giudice costituzionale ha premesso che *“la consolidata giurisprudenza di questa Corte esclude che la garanzia costituzionale della tutela giurisdizionale implichi necessariamente una relazione di immediatezza tra il sorgere del diritto (o dell'interesse legittimo) e tale tutela (sentenze n. 154 e n. 82 del 1992, n. 130 del 1970, n. 64 del 1964), essendo consentito al legislatore di imporre l'adempimento di oneri – in particolare, il previo esperimento di un rimedio amministrativo – che, condizionando la proponibilità dell'azione, ne comportino il differimento, purché gli stessi siano giustificati da esigenze di ordine generale o da superiori finalità di giustizia (sentenze n. 132, n. 81 e n. 62 del 1998, n. 233 del 1996, n. 56 del 1995, n. 255 del 1994, n. 406 del 1993, n. 154 del 1992; in termini simili, sentenze n. 403 del 2007, n. 251 del 2003, n. 276 del 2000, n. 113 del 1997, n. 82 del 1992, n. 130 del 1970)”* e ha di seguito affermato che *“È questo il caso del reclamo e della mediazione tributari, i quali, col favorire la definizione delle controversie (che rientrano nel menzionato ambito di applicazione dei due istituti) nella fase pregiudiziale introdotta con il reclamo, tendono a soddisfare l'interesse generale sotto un duplice aspetto: da un lato, assicurando un più pronto e meno dispendioso (rispetto alla durata e ai costi della procedura giurisdizionale) soddisfacimento delle situazioni sostanziali oggetto di dette controversie, con vantaggio sia per il contribuente che per l'amministrazione finanziaria; dall'altro, riducendo il numero dei processi di cui sono investite le commissioni tributarie e, conseguentemente, assicurando il contenimento dei tempi e un più attento esame di quelli residui (che, nell'ambito di quelli promossi nei confronti dell'Agenzia delle entrate, comportano le più rilevanti conseguenze finanziarie per le parti). Quanto alla configurazione del reclamo come condizione di ammissibilità, invece, la Corte ha ricordato che nell'affermare *“la legittimità di forme di accesso alla giurisdizione condizionate al previo adempimento di oneri quando questi siano finalizzati al perseguimento di interessi generali”* essa stessa abbia *“tuttavia precisato che, anche là dove ricorra tale circostanza, il legislatore «è sempre tenuto ad osservare il limite imposto dall'esigenza di non rendere la tutela giurisdizionale eccessivamente difficoltosa» (sentenza n. 154 del 1992; in termini analoghi, sentenze n. 360 del 1994, n. 406 del 1993, n. 530 del 1989), «deve contenere l'onere nella misura meno gravosa possibile» (sentenze n. 233 del 1996 e n. 56 del 1995), deve operare un «congruo bilanciamento» tra l'esigenza di assicurare la tutela dei diritti e le altre esigenze che il differimento dell'accesso alla stessa intende perseguire (sentenza n. 113 del 1997). In linea con tale prospettiva, questa Corte ha più volte dichiarato l'illegittimità, per violazione dell'art. 24 Cost., di disposizioni che comminavano la sanzione della decadenza dall'azione giudiziaria in conseguenza del mancato previo esperimento di rimedi di carattere amministrativo (sentenze n. 296 del 2008, n. 360 del 1994, n. 406 e n. 40 del 1993, n. 15 del 1991, n. 93 del 1979)”*. Più di recente, richiamando la pronuncia appena citata, riassume le con-*

Sotto un primo profilo va però evidenziato che anche nell’ambito della condizione di procedibilità l’interesse pubblicistico sembrerebbe quantomeno dover rivestire un rilievo costituzionale e dovrebbe essere in ogni caso ricollegato in via immediata al processo⁴⁹. Ciò che non potrebbe dirsi, anche per quanto evidenziato in precedenza, con riferimento alla finalità di deflazione del contenzioso, e che per questo, unitamente alla irragionevole previsione di un vasto ed eterogeneo numero di materie rispetto alle quali non può cogliersi con esattezza la pretesa efficacia della mediazione⁵⁰, potrebbe far sorgere alcuni sospetti di incostituzionalità della disciplina oggetto di esame.

Ad ogni modo, prendendo in esame il fine deflattivo che ha dichiaratamente animato il legislatore nell’introduzione della mediazione obbligatoria tanto nel 2010 quanto nuovamente nel 2013, può procedersi alla verifica della ragionevolezza e proporzionalità della previsione a carattere pressoché generale della condizione di procedibilità in relazione alla compressione del diritto inviolabile alla tutela giurisdizionale.

A ben vedere, lo spunto per la riflessione che qui si conduce è offerto anche dalle stesse parole della Corte costituzionale enunciate in coda alla motivazione della sentenza n. 272 del 2012, laddove questa ha precisato – lo si ricorda ancora – che *“quanto alla finalità ispiratrice del detto istituto, consistente nell’esigenza di individuare misure alternative per la definizione delle controversie civili e commerciali, anche al fine di ridurre il contenzioso gravante sui giudici professionali, va rilevato che il carattere obbligatorio della mediazione non è intrinseco alla sua ratio, come agevolmente si desume dalla previsione di altri moduli procedimentali (facoltativi*

dizioni che rendono legittime forme di accesso alla giurisdizione, subordinate al previo adempimento di oneri finalizzati al perseguimento di interessi generali, anche Corte cost. 28 ottobre 2014, n. 243 in tema di accertamento tecnico preventivo obbligatorio *ex art. 445-bis c.p.c.*

⁴⁹ Sulla scorta di tali considerazioni ad esempio V. DENTI, *Il diritto di azione e la Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 116 ss., 124, aveva categoricamente affermato che “non basta, quindi, dire che l’esercizio del diritto di azione deve essere ‘incondizionato’, poiché, come si è visto, sono possibili oneri o ‘condizioni’ *interni* al processo, e giustificati dal fine del miglior funzionamento degli istituti processuali: essenziale è l’esclusione di qualsiasi ‘condizione’ *esterna* al giudizio, perché nessun interesse pubblico diverso da quello proprio della funzione giurisdizionale può ‘giustificare’ limitazioni all’esercizio dell’azione. Si deve quindi concludere, contro l’orientamento emerso nelle recenti pronunce della Corte, che il legislatore ordinario non può ‘condizionare’ ad alcun ‘altro’ pubblico interesse il diritto riconosciuto dall’art. 24 della Costituzione”.

⁵⁰ Sul punto cfr. G. D’ELIA, *Profili di illegittimità costituzionale di una mediazione civile obbligatoria “purchessia”*, cit., 4-6.

o disposti su invito del giudice), del pari ritenuti idonei a perseguire effetti deflattivi e quindi volti a semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia.

Ebbene, un simile argomentare non può che richiamare alcuni dei canoni tipici del principio di proporzionalità, che nella giurisprudenza della Corte costituzionale è da sempre intimamente legato a quello di ragionevolezza⁵¹.

L'elaborazione del principio di proporzionalità è in particolare figlia della dottrina e della giurisprudenza costituzionale tedesche, che hanno tradizionalmente impostato il controllo della *Verhältnismäßigkeit* della legge sulla base di una struttura trifasica, concentrata sui tre gradi di scrutinio costituiti dal nesso di astratta idoneità del mezzo rispetto al fine (*Geeignetheit* o *Tauglichkeit*); dalla necessità dello strumento previsto dalla legge (*Notwendigkeit* o *Erforderlichkeit*), anche nota come regola del mezzo più mite a fronte di una pluralità di alternative possibili; infine dalla ponderazione tra contrapposti diritti e interessi (*Abwägung* o *Proportionalität*) che si risolve in un giudizio di bilanciamento vero e proprio⁵².

⁵¹ Per tutte Corte cost. 22 dicembre 1988, n. 1130, per la quale “*il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti*”.

⁵² Si veda, per tutti, G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza*, Milano 2000, 270 ss. Sul principio di proporzionalità, ed anche per gli aspetti concernenti l'ordinamento tedesco, v. A.A. CERVATI, *In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e «bilanciamento» tra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca)*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano 2000, 55 ss., 81 ss.; J. LUTHER, *Ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *Dir. soc.*, 1993, 307 ss.; N. VICECONTE, *Proporzionalità e bilanciamento di interessi nelle decisioni delle Corti*, in AA.VV., *Interpretazione costituzionale*, a cura di G. Azzariti, Torino 2007, 189 ss. In generale, sui principi costituzionali di ragionevolezza e proporzionalità, si vedano, tra gli altri, M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it, 12 novembre 2013; A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Treccani*, agg. XIV, Roma 2006, 20-21; J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino 1997, 341 ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007; A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, tomo II, Milano 2008, 185 ss.; ID., *Il custode della ragionevolezza*, Milano 2001, 191 ss.; A. MOSCARINI, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Torino 1996, 83 ss.; G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza*, cit.; ID., *Ragionevolezza delle leggi*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, V, 4805 ss.

Parimenti, è noto che dall'ordinamento tedesco il principio ha fatto breccia nell'ordinamento dell'Unione per poi confluire nuovamente ed essere adottato in via autonoma negli altri ordinamenti dei singoli Stati membri: tanto che può affermarsi con la Corte costituzionale che “ *il test di proporzionalità utilizzato da questa Corte come da molte delle giurisdizioni costituzionali europee, spesso insieme con quello di ragionevolezza, ed essenziale strumento della Corte di giustizia dell'Unione europea per il controllo giurisdizionale di legittimità degli atti dell'Unione e degli Stati membri, richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi*”⁵³.

Va a questo proposito segnalato che proprio di recente si rinven-
gono nella giurisprudenza della Corte costituzionale alcune incisive ap-
plicazioni del canone di proporzionalità in rapporto al bilanciamento
tra principi e diritti fondamentali⁵⁴, laddove è stato affermato che il re-
lativo “ *punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in
anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle
norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo secondo criteri di pro-
porzionalità e ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro
nucleo essenziale*”⁵⁵ e che “ *nelle operazioni di bilanciamento, non può es-
servi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa
riscontro un corrispondente incremento di tutela di un interesse di pari
rango*”⁵⁶.

Venendo al rapporto tra mediazione obbligatoria, principio di pro-
porzionalità e diritto alla tutela giurisdizionale può in prima battuta evi-
dentemente ritenersi che lo strumento superi il vaglio di mera idoneità
astratta al perseguimento del fine della deflazione del contenzioso.

⁵³ Corte cost. 13 gennaio 2014, n. 1, punto 3.1. del Considerato in diritto.

⁵⁴ Vedi ad esempio la stessa Corte cost. n. 1 del 2014, con la quale attraverso l'appli-
cazione del *test* di proporzionalità è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale delle
norme relative al sistema elettorale.

⁵⁵ Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85 sul noto caso ILVA, in tema di conflitto tra diritti
alla salute e all'ambiente da una parte e diritto al lavoro e libertà di iniziativa economica
dall'altra.

⁵⁶ Corte cost. 20 giugno 2013, n. 143, in tema di conflitto tra diritti dei detenuti sot-
toposti al “carcere duro” e l'interesse alla salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicu-
rezza dei cittadini.

Quel che è fortemente dubbio, invece, è che lo stesso sia in grado di soddisfare il criterio del minimo mezzo anche avuto riguardo al bilanciamento da operare con il diritto fondamentale di azione.

Gli ultimi due elementi che connotano la struttura applicativa del principio di proporzionalità tendono infatti a questo punto a fondersi e, dal momento che possono ravvisarsi altri mezzi ugualmente idonei al perseguimento dell'obiettivo di alleggerire il sovraccarico degli apparati giudiziari, va osservato che rispetto al meccanismo coercitivo il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale subirebbe una pura e semplice *deminutio*, ancor più ingiustificata perché non capace di favorire, di rimando, un significativo incremento di efficacia per l'interesse contrapposto alla deflazione del contenzioso giudiziario. Tale ultima finalità, infatti, può essere già adeguatamente garantita attraverso altri strumenti, da prevedere o già presenti nell'ordinamento come ad esempio la stessa mediazione di tipo facoltativo (gli altri moduli procedurali, facoltativi o disposti dal giudice, cui ha fatto riferimento la Corte nella pronuncia n. 272 del 2012), non soltanto ritenuti pacificamente e parimenti adeguati allo scopo deflattivo, ma meno pervasivi e con ciò rispondenti alla vera natura dei mezzi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile.

Insomma, come ormai più volte anticipato, sembra quasi esser stata la stessa Corte a tracciare la strada per una simile conclusione, laddove nella sentenza n. 272 del 2012 ha incidentalmente ma non troppo implicitamente affermato, senza anche includere nel ragionamento – non essendone richiesta l'indagine – il diritto inviolabile di azione, che difficilmente un sistema di mediazione obbligatorio conformato alla stregua di quello vigente nell'ordinamento italiano potrebbe giustificarsi in termini di necessità. Senza considerare in aggiunta l'elemento dell'onerosità, di per sé potenziale oggetto di una pronuncia di incostituzionalità, il meccanismo delle sanzioni processuali e la dilazione temporale fino a tre mesi per la proposizione della domanda giudiziale.

Non sembra allora essere un caso, alla luce di quanto si va osservando, che nella decisione di incostituzionalità della mediazione obbligatoria per eccesso di delega la Corte abbia altresì segnato la differenza tra l'estensione dello strumento in parola e la settorialità, pur comprendente un vasto numero di controversie, del tentativo obbligatorio di conciliazione nel rito del lavoro oggetto della nota decisione n. 276 del 2000: differenza che varrebbe, seguendo ancora il ragionamento della Corte, più in generale con riguardo a tutti i “*procedimenti specifici, per singoli set-*

tori, in relazione ai quali nessun rapporto di derivazione è configurabile in riferimento all'istituto in esame”.

In linea con tale ricostruzione appaiono altresì significative le ulteriori affermazioni svolte dalla Corte nella sentenza n. 98 del 2014 in tema di “mediazione” tributaria prevista dall'art. 17-*bis* del d.lgs. n. 546 del 1992, proposta all'interno del reclamo o d'ufficio dall'amministrazione, con le quali è stato giudicato ragionevole e proporzionato un simile strumento di tutela amministrativa anche deflattivo del contenzioso, opportunamente marcandone la differenza ontologica rispetto alla mediazione obbligatoria vigente in materia civile e commerciale⁵⁷.

⁵⁷ Si legge nella pronuncia (punto 7 del Considerato in diritto) che “*Va anzitutto precisato che la mediazione disciplinata dall'art. 17-bis, sia che venga proposta nel reclamo (comma 7) sia che venga proposta d'ufficio (comma 8), si svolge solo tra il contribuente e l'Agenzia delle entrate, cioè tra le parti del rapporto d'imposta, senza l'intervento di alcun terzo nel ruolo di mediatore*”. Ancora, “*Tale mancanza di un soggetto terzo che, come avviene per la mediazione delle controversie civili e commerciali disciplinata dal d.lgs. n. 28 del 2010 (art. 1, comma 1, lettere a e b), svolga la mediazione, se comporta l'impossibilità di ricondurre la mediazione tributaria al modello di quella civilistica – e induce a dubitare della stessa riconducibilità dell'istituto all'ambito mediatorio propriamente inteso – non determina, tuttavia, alcuna violazione degli invocati parametri costituzionali. In primo luogo, non è conferente il richiamo alla direttiva n. 2008/52/CE sul quale la Commissione tributaria rimettente basa, pressoché esclusivamente, le proprie argomentazioni. Tale atto comunitario, infatti, si applica «nelle controversie transfrontaliere, in materia civile e commerciale», con l'espressa esclusione della «materia fiscale, doganale e amministrativa» (art. 1, comma 2), cioè proprio della materia che viene qui in rilievo.*

Più in generale, va osservato che la mediazione tributaria introdotta dall'impugnato art. 17-*bis* costituisce una forma di composizione pregiudiziale delle controversie basata sull'intesa raggiunta, fuori e prima del processo, dalle stesse parti (senza l'ausilio di terzi), che agiscono, quindi, su un piano di parità. Deve dunque escludersi che un tale procedimento conciliativo preprocessuale, il cui esito positivo è rimesso anche al consenso dello stesso contribuente, possa violare il suo diritto di difesa o il principio di ragionevolezza o, tanto meno, il diritto a non essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge”. In tale contesto va rilevato che la già citata Corte cost. n. 243 del 2014 ha ritenuto, rispetto all'accertamento tecnico preventivo obbligatorio di cui all'art. 445-*bis* c.p.c., che “*il legislatore ha effettuato un congruo bilanciamento tra gli interessi generali di cui sopra [alla riduzione del contenzioso assistenziale e previdenziale; al contenimento della durata dei relativi processi; al conseguimento della certezza giuridica in ordine all'accertamento del requisito medico-sanitario] e l'interesse della parte a far valere il suo diritto di assistenza o previdenza, basato sullo stato di invalidità, nell'ambito dell'esercizio della discrezionalità che compete al medesimo legislatore*” (p. 3 del Considerato in diritto): ciò, peraltro, dopo aver precisato che “*Nel caso di specie non si tratta di previo adempimento di oneri, nel senso di previo esperimento di rimedi amministrativi, ma di un procedimento giurisdizionale sommario, sul modello di quelli d'istruzione preventiva, a carattere contenzioso; in particolare, il legislatore ha previsto un procedimento sommario, avente ad oggetto la verifica delle condizioni sanitarie legittimanti la pretesa che s'intende far valere in giudizio, cui fa seguito un (eventuale) giudizio di merito a cognizione piena*”.

Dal punto di vista del diritto dell'Unione, del resto, il raggio di azione del principio di proporzionalità⁵⁸ abbraccia non soltanto il sindacato giurisdizionale degli atti posti in essere dalle istituzioni sovranazionali, ma ha ad oggetto nello specifico anche le misure adottate dagli Stati membri in senso limitativo delle libertà fondamentali sancite dal Trattato e dei diritti individuali riconosciuti anche dall'ordinamento dell'Unione, quale ad esempio il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, per le vertenze che rientrano nel campo di applicazione di questo, e, alla stessa stregua, i provvedimenti adottati in attuazione del diritto dell'Unione.

Con riferimento alla vicenda della mediazione obbligatoria si è già avuto modo di precisare come la Corte di giustizia abbia nella sostanza ritenuto non manifestamente sproporzionata la disciplina dettata dal legislatore italiano sul tentativo di conciliazione obbligatorio – settoriale – da esperire dinnanzi al Corecom, non potendosi non rilevare che ad una diversa conclusione il giudice dell'Unione potrebbe forse giungere in ordine alla compatibilità di un sistema generalizzato di previsione obbligatoria come quello previsto dall'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010: per di più oneroso e accompagnato da una serie di sanzioni di tipo processuale applicabili nell'ambito del successivo giudizio⁵⁹.

Del resto, come già evidenziato, è stata proprio la Corte costituzionale a voler significare che se anche il giudice dell'Unione ha incidentalmente affermato che *“l'introduzione di una procedura di risoluzione extragiudiziale meramente facoltativa non costituirebbe uno strumento altrettanto efficace per la realizzazione degli obiettivi perseguiti”*, di altro non si tratterebbe appunto se non di un *“obiter dictum”*, essenzialmente in quanto la sentenza del 2010 è intervenuta *“su una procedura conciliativa concernente un tipo ben circoscritto di controversie (quelle in materia di servizi di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e fornitori di tali servizi), là dove la mediazione di cui qui si discute riguarda un rilevante nu-*

⁵⁸ Sul principio di proporzionalità nel diritto dell'Unione si vedano D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2011, 110 ss. G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo*, vol. II., *L'esercizio delle competenze*, Milano 2006, 225 ss. M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli 1999; G. TESAURO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria*, Napoli 2012.

⁵⁹ Si consideri, del resto, che ai sensi del Considerando n. 27 della Direttiva 2008/52/CE la stessa normativa in questione *“cerca di promuovere i diritti fondamentali e tiene conto dei principi riconosciuti in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”*.

mero di vertenze, che rende non comparabili le due procedure anche per le differenze strutturali che le caratterizzano”.

Anche l'interrogativo in ordine alla compatibilità tra disciplina italiana della mediazione obbligatoria e principio europeo di proporzionalità rimane pertanto aperto, così come non può nemmeno del tutto scongiurarsi il rischio che le due Corti, ove interpellate in tal senso, possano giungere ad esiti diversi nei rispettivi bilanciamenti in una materia così delicata che interessa il rispetto dei diritti fondamentali⁶⁰.

4. Osservazioni conclusive: ordinamento italiano, giurisdizione condizionata e limiti costituzionali alla compressione del diritto alla tutela giurisdizionale

L'indagine che precede ha inteso mostrare i problemi di costituzionalità che ancora interessano la mediazione obbligatoria congegnata dal legislatore italiano.

Sul presupposto che le tecniche *ADR* sono intrinsecamente fondate sulla volontarietà dell'accesso per le parti e sulla rapidità della definizione delle controversie, è emerso innanzitutto che la mediazione introdotta nell'ordinamento interno quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale si propone al contrario di rispondere all'esigenza di deflazione del contenzioso civile pendente. Tale finalità caratterizza del resto sempre più di frequente i provvedimenti che vengono adottati in materia processuale, anche attraverso lo strumento della decretazione d'urgenza, con i quali si tende a porre rimedio ai cronici problemi che affliggono la giustizia italiana in un'ottica prevalentemente esterna al processo⁶¹.

⁶⁰ Sul problema dei possibili bilanciamenti dei diritti di segno diverso in ambito nazionale ed europeo con riferimento al principio di proporzionalità v. N. VICECONTE, *Proporzionalità e bilanciamento di interessi nelle decisioni delle Corti*, cit., 225.

⁶¹ Si veda in proposito quanto aveva con nettezza affermato il C.S.M. nel Parere emesso sullo schema del d.lgs. n. 28 del 2010: “*Non si tratta di scegliere e promuovere la mediazione perché il sistema processuale dei singoli paesi incontra difficoltà sempre maggiori a trattare in modo rapido ed efficiente le cause. Al contrario, la mediazione ha caratteristiche positive in sé e, se mai, richiede un sistema giudiziario efficiente come migliore incentivo per il suo sviluppo*”. E in questo senso si consideri anche il recente decreto-legge n. 132 del 12 settembre 2014 convertito, con modificazioni, in legge n. 162 del 10 novembre 2014, recante “*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*”. Del resto, l'evidenziata tendenza alla

In disparte la circostanza, tutta da dimostrare, della pretesa maggiore efficacia pratica di deflazione del contenzioso civile offerta dagli strumenti obbligatori di risoluzione alternativa delle controversie, ciò che preme evidenziare è la necessità che ne venga verificata la compatibilità strutturale rispetto ai limiti costituzionali posti a presidio del diritto alla tutela giurisdizionale come anche riflessi negli orientamenti del giudice costituzionale⁶².

dissuasione dall'esperienza del ricorso al giudice si coglie anche in alcuni provvedimenti riguardanti direttamente il processo: sintomatica è in questo senso l'ordinanza del Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento n. 23 del 29 gennaio 2014 che ha sottoposto alla Corte di giustizia la questione della compatibilità con il quadro normativo di diritto dell'Unione delle disposizioni nazionali che hanno disposto elevati importi di contributo unificato per l'accesso alla giustizia amministrativa nel settore dei contratti pubblici. Argomentando proprio in base al principio di proporzionalità il giudice amministrativo ha affermato che *"l'aumento continuo e progressivo del contributo unificato, via via attuato con i diversi interventi normativi citati sopra, sembra in contrasto anche con i principi comunitari di proporzionalità e di divieto di discriminazione, nonché, soprattutto, con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, che è centrale nella logica della stessa direttiva 89/665 e che costituisce un principio generale non solo dell'ordinamento interno, ma anche e viepiù del diritto dell'Unione (v. ancora, in tal senso, Corte giustizia Unione Europea, sent. 13/3/2007, causa C-432/05, e giurisprudenza ivi citata; cfr. anche, ibidem: sent. n. 145 del 6/5/2010; sent. n. 406 del 28/1/2010; sent. n. 584 del 18/7/2013; n. 93 del 27/6/2013; n. 393 del 30/4/2009; Grande sezione, 3/9/2008, n. 402; Grande sezione, 13/3/2007, n. 432). Sotto ulteriore profilo, la normativa interna sul contributo unificato comporta, ad avviso del Collegio, altresì la violazione del principio di proporzionalità, che, com'è noto, costituisce parte integrante dei principi generali del diritto comunitario ed esige che la normativa nazionale non ecceda i limiti di ciò che è idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi pur legittimamente perseguiti da ciascuno Stato. Alla stregua di tale principio, infatti, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno restrittiva e penalizzante, in modo che gli inconvenienti causati dalle stesse misure non siano sproporzionati rispetto ai fini da raggiungere (cfr., ad es.: sent. Corte di giustizia UE 12.7.2001, causa C-189/01; id., 12/9/2013, n. 660; 8/5/2013, n. 197; 13/12/2012, n. 395; Grande sezione, 27/11/2012, n. 566; Grande sezione, 21/12/2011, n. 28)".* Nutre seri dubbi di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3, 24 e 97 Cost., delle norme che prevedono tali livelli elevati di contributo unificato M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, cit., 49 ss., il quale auspica che la Corte costituzionale venga correttamente adita e possa pronunciarsi sui costi della giustizia.

⁶² Sul punto cfr. L.P. COMOGLIO, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, cit., 371, che con riferimento alla tendenza verso le *alternative dispute resolution* invita ad una cautela particolare e ad "un attento esame dei valori costituzionali coinvolti", che se nella sostanza sacrificati comporterebbero, pur a fronte degli innegabili vantaggi apportati dalle tecniche *adr*, "un prezzo globale troppo alto da pagare, in termini di civiltà e giustizia". E non si trascuri nemmeno quanto messo in luce da M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, cit., 378-379, la quale invita a "essere consapevoli del fatto che fare a meno del processo non solo significa privarsi di provvedimenti che con la loro idoneità al giudicato contribuiscono a fisare la cer-

Il problema è stato in questa sede impostato sotto il duplice profilo della contrarietà all'ordinamento costituzionale di un sistema preventivo di composizione delle liti contemporaneamente obbligatorio e oneroso da un lato, e dei dubbi di costituzionalità che possono avanzarsi in ordine alla previsione generalizzata – e per questo potenzialmente sproporzionata – di una forma di giurisdizione condizionata di così vasta portata⁶³. In proposito qualche indicazione nel senso del necessario rispetto del principio di proporzionalità può evincersi dal tenore delle argomentazioni che hanno condotto il giudice costituzionale a sancire una prima volta l'incostituzionalità della mediazione obbligatoria per eccesso di delega e dalla distinzione segnata dalla stessa Corte tra la mediazione civile obbligatoria ed altri tipi di condizioni di procedibilità rinvenibili nell'ordinamento (quale ad esempio quella relativa al reclamo e alla c.d. “mediazione” tributaria). E forse da questo punto di vista può ricavarsi in materia un *test* abbastanza solido per lo scrutinio di costituzionalità, relativamente al criterio del mezzo meno invasivo nel temperamento della contrapposta finalità deflattiva del contenzioso con il diritto inviolabile alla tutela giurisdizionale, pur nella necessaria prudenza che deve accompagnare l'applicazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità⁶⁴.

tezza del diritto, ma significa anche privarsi di quell'opera selettiva e creativa rimessa ai giudici ed alla loro funzione interpretativa delle norme”.

⁶³ Allo stesso modo, *mutatis mutandis*, dubbi di compatibilità costituzionale potrebbero ravvisarsi sin d'ora rispetto al sistema della “*Convenzione di negoziazione assistita da un avvocato*” configurata dal citato d.l. n. 132 del 2014 convertito, con modificazioni, in legge n. 162 del 2014 quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale (cfr. art. 3, comma 1, in forza del quale “*Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti deve, tramite il suo avvocato, invitare l'altra parte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita. Allo stesso modo deve procedere, fuori dei casi previsti dal periodo precedente e dall'articolo 5, comma 1-bis, del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28, chi intende proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro*”). Da un lato, infatti, il necessario coinvolgimento dell'avvocato ne permette di individuare il carattere inevitabilmente oneroso (come dimostra anche la previsione dell'art. 3, comma 6, sulla non debenza del compenso per la parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al gratuito patrocinio); dall'altro la previsione si riferisce ad un numero particolarmente vasto di controversie.

⁶⁴ Si rammentino in proposito le affermazioni di A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1975, 561 ss., 575, volte a mettere in guardia il giudice costituzionale dall'ingerirsi nelle scelte politiche del legislatore, in quanto “*Il metro per definire la linea di demarcazione tra contraddizione e discriminazione consentita, tra misure pertinenti e impertinenti, adeguate e inadeguate, è estremamente difficile da operare, e va impiegato con straordinaria prudenza*”.

QUADRO GENERALE SULLE FONTI DEL DIRITTO PRIVATO IN CINA*

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. L'influenza del diritto internazionale, Taiwan, Hong Kong e Macao, cenni. – 3. La Costituzione e le Leggi di rango costituzionale. – 4. Le Leggi ordinarie e le Interpretazioni del Comitato Permanente dell'ANP. – 5. Regolamenti amministrativi, leggi locali, Leggi di autonomia e Leggi speciali delle Province e delle Zone autonome. – 6. Regolamenti di livello ministeriale ed i regolamenti dei governi locali. – 7. Interpretazioni giudiziarie e le sentenze dei tribunali. – 8. Le consuetudini. – 9. La dottrina. – 10. La gerarchia delle fonti del diritto privato cinese. – 11. Conclusioni.

1. *Cenni introduttivi*

Chiunque studia il diritto senza dubbio riconosce l'importanza delle sue fonti, tuttavia, circa quello che può essere il vero significato di questa espressione che contiene una metafora le opinioni sono molto diverse. Questa espressione è impiegata in diverse accezioni di significato. Ad esempio, nella dottrina statunitense, possiamo vedere che Roscoe Pound sottolinea che l'espressione abbia almeno 5 significati¹; nella dottrina pura del diritto, Kelsen ritiene persino che l'espressione "fonti del diritto" sia così ambigua che sarebbe meglio abbandonarla ed impiegare piuttosto un termine che sia in grado di indicare in modo chiaro e diretto il fenomeno di cui si intende parlare². Crisafulli, invece, pur sottolineando la genericità ed elasticità di contorni del termine ri-

* Supported by Program for Young Innovative Research Team in China University of Political Science and Law.

¹ R. POUND, *Jurisprudence*, vol. 3, traduzione cinese di Liao Deyu, Pechino 2007, 379-380.

² H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960, 239.

tiene che sia preferibile continuare ad avvalersene, evitando di interrompere “una tradizione ormai abbastanza consolidatasi nella moderna scienza giuridica, non foss’altro che per comodità e brevità di eloquio”³.

Pur tenendo in considerazione le difficoltà e le ambiguità che l’impiego di tale termine può sollevare, in questa sede, si farà comunque riferimento allo stesso e, dopo aver svolto brevi riferimenti all’influenza che le norme di diritto internazionale esercitano sul diritto cinese ed alle peculiarità delle stesse a Taiwan, così come nelle SARs di Hong Kong e Macao, seguendo prevalentemente la linea delle *Disposizioni sull’Applicazione nelle sentenze di Leggi, Regolamenti ed altri Atti di carattere normativo* emanate dalla Corte Suprema nel 2009, si tratterà, un quadro generale circa le fonti di produzione del diritto privato nella Cina cd. continentale, ossia, la Costituzione e le Leggi di rango costituzionale approvate o modificate dall’Assemblea Nazionale del Popolo (ANP); le leggi ordinarie approvate dall’ANP e dal suo Comitato Permanente, così come le interpretazioni del Comitato Permanente dell’ANP); i regolamenti emanati dall’organo esecutivo di più alto livello, il Consiglio di Stato, sulla base della competenza riconosciutagli dalla Costituzione e dalle leggi. Per quanto riguarda gli atti, emanati dagli organi legislativi di vario livello e dunque gerarchicamente organizzati tra di loro, saranno prese in considerazione le leggi locali delle Assemblee di livello locale o dei Comitati permanenti delle stesse (ove ne siano provviste) emanate al fine di dare risposta ad esigenze concrete ed alla luce di circostanze specifiche e che costituiscono il numero maggiore di atti legislativi, le leggi di autonomia e le leggi speciali delle Province e delle Zone Autonome. Per quanto riguarda gli atti emanati da organi esecutivi di livello inferiore a quello del Consiglio di Stato, ancora sottolineando che si deve tener conto di una gerarchia tra gli stessi, sarà dato conto dei regolamenti di livello ministeriale ed i regolamenti dei governi locali. Verrà altresì affrontato il tema delle Interpretazioni giudiziarie ed il ruolo che possono avere le sentenze dei tribunali, così come del ruolo del diritto consuetudinario e della dottrina.

³ V. CRISAFULLI, voce *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano 1968, 925.

2. *L'influenza del diritto internazionale, Taiwan, Hong Kong e Macao, cenni*

A causa dello sviluppo e dell'intensificazione delle relazioni anche di carattere commerciale tra i vari paesi, hanno di recente visto la luce molti trattati internazionali che sono giunti ad avere come oggetto anche norme di diritto privato uniforme, norme volte a regolare i rapporti tra privati nei casi in cui siano coinvolti elementi esteri, norme riguardanti i conflitti tra leggi applicabili etc. Per quando riguarda i rapporti tra privati che recano elementi stranieri, i commi 2 e 3 dell'art. 142 della Legge sui principi generali del diritto civile della Repubblica Popolare Cinese stabilisce che se un tratto internazionale concluso o accettato dalla RPC contiene norme diverse da quelle dettate nelle leggi cinesi in materia civilistica, si applicano le norme previste dal trattato internazionale, salvo nei casi in cui la RPC abbia posto riserva. Qualora non vi siano norme né nelle leggi della RPC né nei trattati internazionali conclusi o accettati dalla RPC, si possono applicare le norme consuetudinarie internazionali. Ciò significa che nonostante i trattati internazionali conclusi o accettati dalla RPC siano considerati per l'appunto come fonti di diritto internazionale e non nazionale sono vincolanti ed assumono ben ampio rilievo nei casi in cui sono implicati degli elementi esteri e si configurano dunque quali rilevanti fonti del diritto privato per il paese⁴. Ad esempio, la CISG che la RPC ha firmato e ratificato è un'importante fonte di diritto privato che può venire in rilievo nei rapporti contrattuali di compravendita di beni mobili che recano elementi stranieri.

L'art. 1 del Codice civile cinese del 1931 che è ancora oggi in vigore a Taiwan stabilisce che «In materia civilistica, se non ci sono norme di legge, si applicano le consuetudini; se non ci sono le consuetudini, deve farsi ricorso alla *ratio iuris*».

Negli anni 1997 e 1999, la Cina ha recuperato sovranità, rispettivamente, su Hong Kong e Macao, ed ha costituito due regioni ad amministrazione speciale (SARs). Secondo le previsioni della Legge fondamentale della SAR di Hong Kong e la Legge fondamentale della SAR di Macao, nel complesso, l'ordinamento giuridico sia di Hong Kong che di Macao non sarebbero mutati, pertanto, le fonti del diritto privato di queste due SARs sono diverse da quelle della Cina continentale: ad Hong Kong, i precedenti rappresentano una categoria molto importante di

⁴ WEI ZHENYING (a cura di), *Minfa*, Pechino 2000, 15.

fonti del diritto, mentre, a Macao è il Codice civile di Macao ad occupare un posto di primo rilievo tra queste. In base all'art. 18 della Legge fondamentale della SAR di Hong Kong ed all'art. 18 della Legge fondamentale della SAR di Macao, le leggi nazionali della Cina continentale, tranne quelle richiamate dall'allegato 3 alle Leggi fondamentali stesse, non sono applicabili nelle due SARs. Un dato da sottolineare è che tra queste leggi della Cina continentale richiamate dall'allegato 3 non sono ricomprese quelle direttamente attinenti alla materia privatistica.

3. *La Costituzione e le Leggi di rango costituzionale*

Il 20 aprile 1954 la prima sessione dell'Assemblea Nazionale del Popolo (ANP) ha approvato la prima "Costituzione Socialista". Il primo capitolo di questa Costituzione, riguardante i principi fondamentali, ha stabilito il regime della proprietà di carattere socialista ed il principio della democrazia del popolo, prevedendo un sistema politico fondato sulla ANP.

Nel secondo capitolo, intitolato "Organi dello Stato", erano previste le norme che regolavano l'ANP, il Comitato permanente della stessa, Il Presidente della RPC, il Consiglio di Stato, le Assemblee locali di ogni livello ed i 'Governi' locali, gli Organi delle zone autonome, i Tribunali, le Procure.

Nel terzo capitolo, intitolato, "Diritti e doveri fondamentali dei cittadini", ad esempio, l'art.85 stabiliva che "Tutti i cittadini sono uguali davanti alla legge"; l'art. 86 stabiliva che, ad eccezione dei malati di mente ed i soggetti giudicati responsabili dell'aver compiuto talune tipologie di gravi reati, i cittadini avessero goduto di eguali diritti all'elettorato sia attivo che passivo. Negli artt. dall' 87 al 90 era previsto che i cittadini godessero della libertà di parola, di stampa, di associazione, di manifestare, di credo religioso, di movimento, di residenza e trasferimento della stessa etc. Sebbene tale Costituzione stata in possesso dei necessari requisiti formali, tuttavia, non venne propriamente applicata; in particolare, dopo che nel 1966 esplose la "Grande rivoluzione culturale", le norme in questa contenuta divennero lettera morta.

Il primo gennaio 1975, la quarta sessione dell'ANP, nella prima seduta, approvò una nuova Costituzione che constava di soli 30 articoli tra le cui disposizioni erano quasi del tutto assenti quelle riguardanti i diritti dei cittadini. Tale Costituzione fu il risultato dell'ideologia della rivolu-

zione culturale, rispetto a quella del 1954 fu un passo indietro nella storia.

Il 5 marzo del 1978, da parte della quinta sessione dell'ANP, nella prima seduta successiva alla fine della rivoluzione culturale, venne ad essere approvata una nuova Costituzione che conteneva in tutto 60 articoli tra cui 16 regolavano i "Diritti e doveri fondamentali dei cittadini". Questa Costituzione venne poi emendata per due volte nel 1979 e nel 1980.

Il 4 aprile del 1982 nella quinta seduta della quinta ANP venne approvata e promulgata la Costituzione che è ancora oggi in vigore e che consta di 138 articoli. Nel Preambolo è chiaramente disposto che questa sia la "grande legge fondamentale dello Stato" dotata del più elevato rango tra tutte le leggi dello Stato. Il primo capitolo di questa, riguardante i principi fondamentali, consta di 32 articoli, tra cui nell'art. 5 è chiaramente disposto che tutte le leggi, i regolamenti e le leggi locali non debbono recare norme contrastanti con la Costituzione⁵. Nel secondo capitolo, dedicato ai "Diritti e doveri dei cittadini", l'art. 33 stabilisce che "Tutti i cittadini sono eguali davanti alla legge. Ogni cittadino gode dei diritti riconosciuti dalla Costituzione e dalle leggi; al contempo, ogni cittadino deve adempiere ai doveri imposti dalla Costituzione e dalle leggi". L'art. 35 stabilisce che i cittadini godono della libertà di parola, di stampa, di riunione, di associazione, di manifestazione etc.; l'art. 36 regola la libertà di credo religioso; l'art. 37 stabilisce l'inviolabilità della libertà personale; l'art. 38 stabilisce l'inviolabilità della dignità delle persone e vieta l'utilizzo di qualsiasi mezzo volto a porre in essere ingiuria, diffamazione, formulazione di accuse infondate; l'art. 39 e l'art. 40 regolano la libertà di comunicazione e segretezza; l'art. 41 prevede che qualora gli organi dello Stato o i pubblici dipendenti, nell'esercizio delle loro funzioni violino i diritti dei cittadini, questi ultimi godono del diritto al risarcimento in base alla legge. Il terzo capitolo della Costituzione ha ad oggetto le norme relative agli organi dello Stato.

La Costituzione del 1982 è stata emendata per quattro volte, rispettivamente, il 12 aprile 1988 nella prima seduta della settima sessione dell'ANP⁶; il 29 marzo 1993 nella prima seduta dell'ottava sessione

⁵ Ulteriori delucidazioni al riguardo saranno fornite *infra*.

⁶ Con la riforma del 1988, è stato aggiunto nell'art. 11 che lo Stato permette l'esistenza e lo sviluppo dell'impresa privata nell'ambito regolato dal diritto quale forma di integrazione dell'economia pubblica socialista; lo Stato protegge i legittimi diritti ed interessi dell'impresa privata esercitando, nei confronti della stessa, il ruolo di guida, super-

dell'ANP⁷; il 15 marzo 1999 nella seconda seduta della nona sessione dell'ANP⁸; il 14 marzo 2004 nella seconda seduta della decima sessione dell'ANP⁹.

Circa il fatto che la Costituzione costituisca una fonte del diritto la dottrina cinese sembra essere pacifica, tuttavia, opinioni discordanti vengono avanzate nel ritenerla o meno come una delle fonti del diritto privato, essendo, infatti, taluni studiosi propensi a risolvere la questione in senso affermativo¹⁰, altri, in senso negativo¹¹.

Il dibattito tra gli studiosi cinesi circa tale aspetto si è infiammato nel 2001 dopo che la Corte Suprema della RPC emanò un responso al Tribunale di livello superiore della Provincia dello Shandong chiarendo che la Costituzione si sarebbe dovuta applicare nei giudizi civili al fine di dirimere le controversie tra privati¹².

In questo caso, la parte attrice, Qi Yulin, aveva superato nel 1990 l'esame per poter essere ammessa a frequentare scuole superiori o professionali nella Provincia dello Shandong, tuttavia, la sua lettera di am-

visione e controllo. Nell'art. 10 venne invece riconosciuta la possibilità di trasferimento del diritto di uso dei fondi.

⁷ Nella riforma del 1993 venne, tra le altre cose, riconosciuta una maggior autonomia gestionale per le imprese di Stato e le imprese collettive, essendo, ad esempio, eliminata la necessità di seguire i piani di Stato.

⁸ Nella riforma del 1999, furono, ad esempio, aggiunte nell'art. 5 disposizioni riguardanti la costruzione dello Stato di diritto con caratteristiche socialiste; nel primo comma dell'art. 11 venne chiarito che l'economia individuale e privata, nell'ambito regolato dal diritto, costituisca uno degli elementi di maggior importanza dell'economia di mercato socialista.

⁹ Nella riforma del 2004 è stato, ad esempio, previsto che per quanto riguarda le espropriazioni ed i relativi indennizzi debba seguirsi quanto disposto dalla legge.

¹⁰ Si veda, ad esempio, JIANG PING, *Minfaxue*, Pechino 2000, 22-23; GAO FUPING, *Minfaxue*, Pechino 2009, 30; WANG LIMING, YANG LIXIN, WANG YI, CHENG XIAO, *Minfaxue*, Pechino 2011, 16.

¹¹ In LIANG HUIXING, *Minfa zonglun*, Pechino 2001, 22-27, la Costituzione non è menzionata tra le fonti del diritto civile; in MA JUNJU, YUYANMAN, *Minfa yuanlun*, Pechino 2010, 29 si ritiene che la Costituzione non sia una fonte del diritto civile; in WU HANDONG, CHEN XIAOJUN (a cura di), *Minfaxue*, Pechino 2013, 16 è detto che nonostante nella Costituzione siano previste delle norme riguardanti i diritti sul patrimonio, sulle successioni ed altre questioni attinenti alla materia civilistica, può ritenersi che la Costituzione funga da base per l'interpretazione del diritto, ma non possa essere direttamente impiegata dai giudici al fine di risolvere controversie di natura civilistica.

¹² Si veda, *Qi Yulin contro Chen Xiaoqi et al.*, in *Zuigao renmin fayuan gongbao* (Gazzetta Ufficiale della Corte Suprema), n. 5, 2001, 152 ss. Per la dottrina si vedano le opinioni al riguardo avanzate in LIANG HUIXING, *Zuigao fayuan guanyu qinfan shoujiaoyuquan an de fashi* 2001, 25 hao pifu pingxi, in *Minsbangfa luncong*, n. 2, 2002, 332 ss.; si veda anche ZHANG QIANFAN, *Xianfaxue jiangyi*, Pechino 2011, 173 ss.

missione venne, ad insaputa della stessa, presa dai genitori di una sua compagna di scuola media, Chen Xiaoqi, che poi, fingendo di essere Qi Yulin, frequentò il corso di studi presso la scuola professionale e successivamente entrò a lavorare in una banca; la vera Qi Yulin, invece, non avendo potuto conseguire il titolo presso la scuola professionale, finì con il poter soltanto lavorare presso una piccola fabbrica e dovette sopportare delle non semplici condizioni di vita. Qi Yulin, trascorsi circa dieci anni, venne a conoscenza di quanto accaduto e chiamò in giudizio Chen Xiaoqi, il padre della stessa, la scuola professionale, la scuola media e l'assessorato all'istruzione di Zhaozhuang presso il Tribunale di grado intermedio di Zhaozhuang (città della Provincia dello Shandong). Tale Corte, risolse il caso condannando i convenuti a pagare un risarcimento del danno alla parte attrice per violazione del suo diritto al nome e ritenne che la parte attrice avesse rinunciato al proprio diritto all'istruzione. Qi Yulin fece appello al Tribunale di livello superiore della Provincia dello Shandong il quale, al fine di decidere come pronunciarsi, chiese il parere della Corte Suprema.

La Corte Suprema, nel responso n. 25 del 2001 venne a chiarire che sulla base dei fatti come accertati con riferimento a tale caso, i convenuti, tramite la violazione del diritto al nome della parte attrice erano giunti altresì a violare un diritto fondamentale della stessa costituzionalmente garantito, quale è il diritto all'istruzione, cagionando alla stessa dei danni per cui avrebbero dovuto dunque assumere responsabilità per illecito civile. Il Tribunale Superiore della Provincia dello Shandong, alla luce del responso ottenuto dalla Corte Suprema, richiamando nel testo della sentenza l'art. 46 della Costituzione; gli artt. 9 e 81 della Legge sull'istruzione; gli artt. 120 e 134 della Legge sui Principi generali del diritto civile ha deciso che Chen Xiaoqi e suo padre avrebbero dovuto risarcire le perdite dirette ed indirette subite dalla parte attrice a seguito della violazione del diritto all'istruzione; la scuola professionale cui si iscrisse Chen Xiaoqi grazie alla lettera sottratta a Qi Yulin, la scuola media in cui le due erano iscritte e l'assessorato all'istruzione di Zhaozhuang furono considerati come solidalmente responsabili con Chen Xiaoqi e suo padre.

Tuttavia, con la decisione n. 15 del 2008 "Circa l'abrogazione delle Interpretazioni giudiziarie emanate prima del 2007", la stessa Corte Suprema ha abrogato il menzionato responso n. 25 del 2001 senza però spiegare la *ratio* di tale scelta.

La dottrina cinese avanza seri dubbi circa la possibilità che il diritto

all'istruzione possa venire ad essere considerato come oggetto di un illecito civile. Il responso n. 15 del 2001 e la sentenza del Tribunale Superiore hanno entrambi sostenuto che Chen Xiaoqi e gli altri convenuti, attraverso il mezzo costituito dalla violazione del diritto al nome di Qi Yulin, nella sostanza avessero violato un diritto fondamentale della stessa costituzionalmente garantito, quale è il diritto all'istruzione. Sebbene nel responso la Corte Suprema non abbia menzionato le norme giuridiche da applicare, ciò venne fatto dal Tribunale Superiore. La dottrina, tuttavia, come già anticipato dubita che la Costituzione possa essere applicata in tal modo in un giudizio civile. Ad esempio, Liang Huixing, facendo leva su talune norme della Costituzione e della Legge sull'istruzione¹³, ha osservato come sia possibile notare che la scuola media e l'assessorato abbiano violato il diritto, costituzionalmente garantito, all'istruzione, tuttavia, ad avviso dell'Autore, sembra difficile riuscire a sostenere che questo sia stato violato anche da Chen Xiaoqi e suo padre; si sarebbe dovuto infatti, ancora ad avviso dello Stesso, agire contro tale violazione sul piano del diritto amministrativo e non tramite l'esercizio di un'azione civile.

Zhang Qianfan, ritiene, dal canto suo che la Costituzione non debba essere direttamente impiegata come fondamento delle sentenze nelle cause in materia civile e commerciale; la Costituzione è la legge posta al vertice, tuttavia, questa principalmente esplica le proprie funzioni in am-

¹³ L'Autore richiama l'art. 9, co. 1 della Legge sull'istruzione che coincide in modo completo con l'art. 46 della Costituzione il cui testo è il seguente: "I cittadini della RPC hanno il diritto ed il dovere all'istruzione". Richiama altresì l'art. 36 della Legge sull'istruzione, che prevede che i soggetti hanno eguali diritti di accesso alle scuole, di progredire verso livelli di istruzione più elevati, di trovare un'occupazione lavorativa etc.; le scuole e gli organi amministrativi debbono, nel rispetto delle leggi dello Stato, assicurare che le donne abbiano eguali diritti rispetto agli uomini nell'accesso all'istruzione, nel progredire verso livelli di istruzione più elevati, nell'accesso ad un'occupazione lavorativa, nell'ottenimento di titoli di studio, nell'opportunità di recarsi a studiare all'estero etc. L'Autore richiama, inoltre, ancora, l'art. 37 della Legge sull'istruzione alla stregua del quale lo Stato e la società debbono offrire ogni tipo di assistenza materiale al fine di permettere l'accesso all'istruzione per bambini e giovani le cui condizioni patrimoniali familiari siano difficili; così come l'art. 38 in base al quale lo Stato, la società, le scuole e gli altri organi di istruzione debbono offrire l'opportunità di poter conseguire un'istruzione ed aiutare e facilitare i disabili, in base alle loro condizioni fisiche, mentali ed alle loro necessità; l'art. 39 per cui lo Stato, la società, la famiglia, la scuola e gli altri organi di istruzione debbono creare le condizioni per cui i minori che abbiano commesso dei crimini possano comunque conseguire un'istruzione. Si veda, al riguardo, LIANG HUIXING, *Zuigao fayuan guan yu qinfan shoujiaoyuquan an de fashi* 2001, 25 hao pifu pingxi, cit., 332 ss.; si veda anche ZHANG QIANFAN, *Xianfaxue jiangyi*, cit., 340 ss.

¹⁴ Cfr. ZHANG QIANFAN, *Xianfaxue jiangyi*, cit., 174.

bito pubblicistico e, pertanto, i doveri ivi previsti debbono essere adempiuti dagli organi dello Stato e non dai cittadini¹⁴.

In altri termini, ad avviso di numerosi studiosi cinesi, i diritti costituzionalmente garantiti debbono considerarsi come prevalentemente rivolti a regolare i rapporti tra lo Stato o il potere pubblico ed i cittadini così come tra i vari organi dello Stato tra di loro, ma non i rapporti tra i privati¹⁵. Ancora, in base alle osservazioni formulate dagli studiosi di Taiwan, i diritti fondati sulla Costituzione non sono volti soltanto a tracciare un limite per il governo nei confronti delle possibili ingerenze che potrebbe avere rispetto alla libertà ed al patrimonio dei cittadini, ma piuttosto dovrebbero esprimere un ordine oggettivo dei valori e tracciare l'ambito oggettivo che deve essere rispettato dal potere legislativo, esecutivo e giudiziario al fine di assicurare che i cittadini non subiscano violazioni da parte del pubblico potere o di altre persone. Tale dottrina sottolinea, comunque, che gli effetti dei diritti fondamentali garantiti della Costituzione nei confronti delle "altre persone" ora menzionate siano soltanto indiretti, ossia, che questi debbano essere realizzati attraverso l'impiego delle norme dettate in materia civilistica o commerciale, ovvero, attraverso i principi generali afferenti, sempre, a tali materie¹⁶.

Ad avviso, ancora, di Liang Huixing così come di altri studiosi, l'influenza della Costituzione sulle norme del diritto privato emerge con riferimento a due aspetti¹⁷. Il primo è quello per cui l'interpretazione delle norme del diritto privato deve essere conforme alla Costituzione stessa al fine di raggiungere un sistema armonioso in cui le norme di livello inferiore non siano impiegate in modo confliggente con quelle di livello superiore. In questo caso, le norme costituzionali riguardanti il diritto all'istruzione avrebbero potuto essere usate come fondamento dell'interpretazione, ma oggetto dell'interpretazione sarebbe dovuto essere il secondo comma dell'art. 106 della Legge sui principi generali del diritto civile della RPC che regola la responsabilità per fatti illeciti¹⁸. Come cor-

¹⁵ Cfr. MA JUNJU, *YuYanman, Minfa yuanlun*, cit., 29.

¹⁶ Cfr. WANG ZEJIAN, *Minfa zongze*, Pechino 2009, 39.

¹⁷ LIANG HUIXING, *Zuigao fayuan guanyu qinfan shoujiaoyuquan an de fashi* 2001, 25 hao pifu pingxi, cit., 332 ss. 332 ss.; si veda anche ZHANG QIANFAN, *Xianfaxue jiangyi*, cit., 347.

¹⁸ Si tenga presente che al tempo la *Legge sulla responsabilità da illecito civile della Repubblica Popolare Cinese* non era ancora stata approvata. Per una traduzione in italiano di questa legge, si veda S. PORCELLI (trad.), *Legge sulla responsabilità da illecito civile della Repubblica Popolare Cinese*, in *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 28/2010, 229 ss.

rettamente sottolineato dagli Autori da ultimo richiamati, questo caso riguarda l'interpretazione di norme civilistiche alla luce dei diritti fondamentali garantiti dalla costituzione, ma non un impiego diretto della Costituzione in un caso di natura civilistica¹⁹.

Tali Autori sottolineano poi che (e questo è il secondo degli aspetti) le caratteristiche del rapporto tra Costituzione e diritto privato emergono anche sul piano del controllo costituzionale delle leggi. Il 15 marzo del 2000 la nona sessione dell'ANP, nella terza seduta, ha approvato la Legge sulla legislazione della RPC, a cui deve riconoscersi rango costituzionale²⁰. L'art. 78 di questa ribadisce che la Costituzione è la legge di rango più elevato, tutte le leggi, regolamenti, leggi locali, gli atti legislativi e regolamentari delle province autonome non debbono essere in contraddizione con la Costituzione.

Da tali disposizioni possiamo comprendere che le norme in contrasto con la Costituzione sono inefficaci; tuttavia, il problema emerge nel momento in cui ci si trova a dover individuare chi può stabilire se una norma in materia privatistica sia o meno contraria alla Costituzione. Questo è un problema che (come si vedrà anche più avanti nel presente lavoro) ancora oggi non è stato adeguatamente risolto²¹.

Una cosa che comunque sembra potersi affermare con certezza è che questi problemi di conformità di norme privatistiche con la Costituzione non possono essere risolti nelle sentenze pronunciate in materia civile o commerciale poiché il giudice in questi casi può soltanto risolvere le dispute tra le parti private, ma non può stabilire se una data norma sia o meno in contrasto con la Costituzione.

Inoltre, osservando le previsioni dell'art. 78 della Legge sulla legislazione da un punto di vista logico, possiamo notare che il riferimento al "tutte le leggi" ovviamente non include la Costituzione stessa. La menzionata Interpretazione n. 15 del 2008 "Circa l'abrogazione delle Interpretazioni giudiziarie emanate prima del 2007", seppur senza offrire spiegazioni al riguardo, ha comunque 'abrogato' il responso n. 25 del 2001 e tra le "leggi" elencate nelle già richiamate *Disposizioni sull'Applicazione nelle sentenze di Leggi, Regolamenti ed altri Atti di carattere nor-*

¹⁹ LIANG HUIXING, *Zuigao fayuan guanyu qinfan shoujiaoyuquan an de fashi* 2001, 25 hao pifu pingxi, cit., 332 ss., 332 ss.; si veda anche ZHANG QIANFAN, *Xianfaxue jiangyi*, cit., 347.

²⁰ Cfr. ZHOU WANGSHENG, *Lifaxue*, Pechino 2009, 105 ss.

²¹ Si veda al riguardo quanto riportato in ZHANG QIANFAN, *Xianfaxue jiangyi*, cit., 174 ss.

mativo del 2009 per stabilire quali siano le leggi che i giudici possono direttamente applicare al fine di dirimere le controversie, si compie riferimento alle stesse menzionate nell'art. 78 della Legge sulla legislazione tra le quali non è inclusa la Costituzione.

Sembra potersi dunque ritenere che la Costituzione o le leggi di rango costituzionale non siano, nella RPC, considerate come fonti dirette del diritto privato e per quanto riguarda il problema dell'impiego in ambito giudiziario della Costituzione, la Cina ha ancora una lunga strada da percorrere.

4. *Le Leggi ordinarie e le Intepretazioni del Comitato Permanente dell'ANP*

La Cina dalla fine del XIX secolo ha iniziato a recepire i modelli propri del sistema giuridico romanistico²². Nel 1908, il governo della dinastia Qing costituì una Commissione per la redazione delle leggi. Nell'agosto del 1911 vennero completati la parte generale, il libro sulle obbligazioni, il libro sui diritti reali, il libro sul diritto di famiglia, il libro sulle successioni di una Bozza di Codice civile della dinastia Qing. Tuttavia, questo non entrò mai in vigore poiché di lì a poco la dinastia venne rovesciata dalla rivoluzione capeggiata da SunYat-sen ad esito della quale in Cina si passò ad un sistema repubblicano.

La parte generale, così come il libro sulle obbligazioni e quello sui diritti reali, vennero redatti da due studiosi giapponesi, mentre, al fine di mantenersi in maggiore aderenza con la tradizione, i libri su famiglia e successioni vennero redatti da studiosi cinesi²³.

²² La Cina, per quanto riguarda la recezione di modelli stranieri, ha scelto di seguire i modelli codificati tipici degli ordinamenti che si collocano nel solco della tradizione romanistica rispetto a quelli della tradizione anglosassone. Ciò non solo per questioni di ordine tecnico, ma anche per questioni legate agli aspetti di sovranità nazionale. Si veda, al riguardo, Zhang Junhao (a cura di), *Minfaxue yuanli*, Pechino, 2000, p. 45 e si vedano sul punto anche i rilievi svolti in S. Porcelli, 'Accordo e reciprocità' nel contratto in Cina, Tesi di Dottorato di ricerca, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi di Roma Tor Vergata, p. 142. Si tenga inoltre conto della rilevante decisione presa dal Comitato centrale del Partito Comunista Cinese proprio nei giorni in cui il presente lavoro si accinge a vedere la luce; si è, infatti, deciso di accelerare i tempi per la stesura finale di un Codice Civile per la RPC (http://news.xinbuanet.com/house/suzhou/2013-11-12/c_118113773.htm).

²³ Circa il fatto che anche a livello transnazionale vi sia una maggiore urgenza e pressione nel trovare soluzioni di armonizzazione, più con riferimento al diritto dei contratti

Dopo la rivoluzione, il nuovo governo insediatosi costituì a sua volta una Commissione per la redazione delle Leggi (composta esclusivamente da studiosi cinesi) che pervenne, nel 1926, al completamento di una Bozza di Codice civile per la Repubblica Cinese. Sebbene quest'ultima non sia mai formalmente entrata in vigore, occorre, tuttavia, tenere presente che il Ministero della Giustizia emanò all'epoca una nota ai tribunali affinché impiegassero tale bozza quale *ratio* delle proprie decisioni.

Il Governo nazionalista poi, nel 1929 ha nominato una Commissione composta da Fu Binchang, Jiao Yitang, Shi Shangkuan, Lin Bin, Zheng Yuxiu (poi sostituito da Wang Yongbin) al fine di completare un Codice civile che raccogliesse le parti su famiglia e successioni già in vigore e completasse il lavoro di redazione di un Codice civile unitario che fu poi promulgato nel successivo 1930. Questo Codice civile è ancora in vigore a Taiwan.

Dopo la fondazione della RPC, invece, nella Cina continentale vennero presto abrogati i sei Codici in vigore (tra cui quello civile). Nel 1956 il Comitato Permanente della ANP propose una nuova Bozza di Codice Civile che tuttavia non entrò in vigore. Un'ulteriore Bozza in versione provvisoria, che constava di soli 262 articoli, venne completata nel 1964 da Sun Yaming; neanche questa entrò in vigore a causa del sopraggiungere della "Grande rivoluzione culturale" e dell'apertura di quello che viene dagli studiosi definito come periodo del nichilismo giuridico²⁴. Dopo l'avvio dell'epoca di aperture e riforme inaugurata sul finire degli anni '70 da Deng Xiaoping, nel 1982, per la terza volta si tentò di redigere un Codice civile, tuttavia, anche in questo caso, la Bozza non venne promulgata.

Per adesso, la Cina non ha ancora un proprio Codice civile²⁵ né un Codice commerciale, mentre ad esempio vi è un Codice penale e vi sono dei codici per il diritto processuale civile, penale ed amministrativo. La fonti più rilevanti sono, per ora, delle leggi su singole materie. In Cina, le leggi sono dei documenti normativi approvati dall'ANP ed il suo Comitato Permanente nei limiti ed in base alle procedure stabilite. Tra le più importanti possono essere menzionate: la Legge sui Principi generali del

che non, ad esempio, nel diritto di famiglia anche a causa del maggior peso che in quest'ultimo caso rivestono cultura e tradizioni, si veda S. PORCELLI, Y. ZHAI, *The Challenge for the Harmonization of Law*, in *Transition Studies Review*, 17/2010, 431.

²⁴ WANG WEIGUO (a cura di), *Minfa*, Pechino 2012, 10 ss.

²⁵ Si tenga, al riguardo, presente dei più recenti sviluppi cui si è dato poco avanti cenno.

diritto civile, la Legge sui contratti, la Legge sulle garanzie, la Legge sui matrimoni, la Legge sulle successioni, la Legge sulle adozioni, la Legge dei diritti reali, la Legge sulla responsabilità da illecito civile, la Legge sulle società, la Legge sui titoli di credito, la Legge sul diritto della navigazione, la Legge sulle assicurazioni, la Legge sugli strumenti finanziari, la Legge sul diritto d'autore, la Legge sui brevetti, la Legge sui marchi, la Legge sul trust, ecc.

Inoltre, non poche norme rilevati in materia privatistica sono altresì, ad esempio, contenute nella legge sulla amministrazione della terra, nella legge sull'amministrazione del suolo e degli immobili nelle aree urbane, la legge sulla qualità dei prodotti, la legge sulla tutela dei diritti ed interessi dei consumatori etc.

Le leggi ordinarie sono quelle maggiormente invocate nelle decisioni dei tribunali cinesi al fine di dirimere le controversie a questi sottoposte.

L'articolo 2 delle *Disposizioni sull'Applicazione nelle sentenze di Leggi, Regolamenti ed altri Atti di carattere normativo* della Corte Suprema stabilisce che qualora sia necessario invocare più di un tipo di atto recante norme giuridiche, si deve rispettare il seguente ordine: leggi e interpretazioni delle leggi svolte dall'ANP, i regolamenti amministrativi del Governo centrale, le leggi ed i regolamenti locali, gli atti a carattere normativo emanati dagli organi delle Province autonome, le interpretazioni giudiziarie dalla Corte Suprema o della Procura Suprema. Se deve essere invocata più di una legge, prima si debbono invocare le leggi fondamentali, poi le altre leggi. Tra leggi che dettano norme di natura sostanziale e procedurale debbono invocarsi prima quelle che dispongono norme di natura sostanziale. In base a tale articolo, le Interpretazioni delle leggi poste in essere dalla ANP sono considerate una fonte di diritto privato. Un punto da precisare è che le interpretazioni delle leggi da ultimo menzionate sono, appunto, quelle redatte dal Comitato permanente dell'ANP seguendo le procedure stabilite per le leggi ordinarie emanate dallo stesso e pertanto coincidono con quelle regolate nel comma 1 dell'art. 42 della Legge sulla legislazione vengono ove sono però definite Interpretazioni legislative. Secondo tale articolo della Legge sulla legislazione, «la legge è interpretata dal Comitato permanente dell'Assemblea Popolare Nazionale nei seguenti casi: 1) il significato concreto della norma della legge è da precisare ulteriormente; 2) dopo la promulgazione della legge la situazione cambia».

L'art. 47 della stessa Legge dispone poi che «le interpretazioni delle leggi poste in essere dal Comitato Permanente dell'ANP hanno valore di

legge”; ciò significa che tali attività di interpretazione svolte dal Comitato Permanente dell’ANP possono considerarsi come attività legislative, non essendovi differenza sostanziale tra il valore riconosciuto alle leggi e quello che è riconosciuto a tali interpretazioni delle stesse²⁶.

Sino ad ora, il Comitato Permanente dell’ANP ha emanato pochissime di queste interpretazioni nell’ambito di materie attinenti al diritto privato; la maggior parte è stata, infatti, emanata in materia penalistica²⁷.

5. *Regolamenti amministrativi, leggi locali, Leggi di autonomia e Leggi speciali delle Province e delle Zone autonome*

In Cina, i documenti normativi elaborati dal Consiglio di Stato alla luce dei poteri che gli sono conferiti dalla Costituzione e dalle leggi, nei limiti e in base alle procedure stabilite nelle stesse, vengono denominati Regolamenti amministrativi. La promulgazione della Legge sulla legislazione ha chiarito i limiti del potere normativo del Consiglio di Stato. L’art. 56 della Legge sulla legislazione stabilisce, infatti, che il Consiglio di Stato, in base alla Costituzione e alle leggi, può promulgare i Regolamenti amministrativi. I Regolamenti amministrativi possono emanati: 1) ove per rendere possibile l’applicazione delle leggi vi sia bisogno di promulgare dei regolamenti amministrativi; 2) per le questioni previste dall’art. 89 della Costituzione. Inoltre, sulla base dell’art. 9 della Legge sulla legislazione, con riferimento alle questioni per cui l’ANP o il suo Comitato Permanente avvertano la necessità di promulgare delle leggi, ma non lo abbiano ancora fatto, possono, in base ad una reale necessità, autorizzare il Consiglio di Stato a promulgare dei Regolamenti amministrativi. Tali Regolamenti amministrativi emanati dal Consiglio di Stato dettano spesso previsioni rilevanti in materia civile o commerciale come, ad esempio, è avvenuto nel caso delle *Norme provvisorie sulla vendita e trasferimento del diritto di uso del suolo statale nelle città*; delle *Norme provvisorie sul trattamento degli incidenti terapeutici*; delle *Norme provvisorie sui contratti di appalto*; delle *Norme provvisorie sui mutui*, ecc.

²⁶ L’art. 43 della Legge sulla legislazione dispone che “l’emanazione di un’interpretazione delle leggi può essere richiesta al Comitato Permanente dal Consiglio di Stato, dalla Commissione Militare Centrale, dalla Corte Suprema, dalla Procura Suprema, dalle Commissioni dell’ANP, dai Comitati Permanenti delle Assemblee delle Province, Province Autonome e Municipalità”.

²⁷ ZHU QINYU, *Minfa zonglun*, Pechino 2014, 37-38.

Nelle leggi locali promulgate dalle Assemblee popolari ed i rispettivi Comitati permanenti a livello di Provincia e di 'grandi città' (quali ad esempio i capoluoghi delle Province, i capoluoghi delle Province autonome, le città delle Zone economiche speciali²⁸ e le città a ciò autorizzate dal Consiglio di Stato), così come nelle Leggi di autonomia e Leggi speciali delle Province e delle Zone autonome, possono altresì sovente incontrarsi norme rilevanti in materia privatistica. Queste, non possono essere, tuttavia, contrarie a quelle dettate nelle Leggi dell'ANP e del suo Comitato Permanente ed ai Regolamenti amministrativi emanati dal Consiglio di Stato; queste hanno, inoltre efficacia solo nelle zone di competenza dell'organo che le ha promulgate.

6. *Regolamenti di livello ministeriale ed i regolamenti dei governi locali*

I Regolamenti di livello ministeriale includono, ad esempio, i Regolamenti emanati dai Ministeri, dalla Banca del Popolo della Cina (la Banca centrale cinese), l'Ufficio di revisione dei bilanci dello Stato etc. Tali organi possono, in base alla Legge sulla legislazione ed alla luce dello 'spirito' delle leggi e dei regolamenti, delle decisioni e degli ordini emanati dal Consiglio di Stato, nei limiti della propria competenza, emanare atti normativi che sono, appunto, denominati Regolamenti di livello ministeriale. Tali Regolamenti riguardano questioni attinenti all'applicazione delle leggi promulgate dall'ANP e dal relativo Comitato Permanente, così come all'applicazione dei regolamenti, delle decisioni e ordini emanati dal Consiglio di Stato. Ad esempio, il Ministero dell'Istruzione ha emanato il *Regolamento sui metodi di trattamento delle ferite subite dagli studenti*.

Gli atti normativi emanati dai governi locali prendono il nome di Regolamenti dei governi locali. Anche in questi possono incontrarsi delle norme rilevanti in materia di diritto civile e commerciale.

L'art. 6 delle *Disposizioni sull'Applicazione nelle sentenze di Leggi, Regolamenti ed altri Atti di carattere normativo* della Corte Suprema stabilisce che gli atti di carattere normativo non inclusi tra quelli di cui agli

²⁸ Dal 1980 la Cina ha istituito cinque Zone economiche speciali: Shenzhen, Zhuhai, Shantou, Xiamen e Hainan. L'art. 65 della Legge sulla legislazione prevede che le Assemblee ed i relativi Comitati Permanenti delle Province o delle Città in cui si trovano le Zone economiche speciali, dietro autorizzazione dell'ANP, possono emanare delle Leggi locali con efficacia all'interno delle Zone economiche speciali stesse.

artt. 3, 4 e 5, se sono considerati legittimi e validi, possono, qualora necessari alla luce delle circostanze del caso da decidere, essere impiegati come fondamento delle motivazioni delle sentenze. L'art. 4 stabilisce che nelle sentenze devono essere invocate le Leggi dell'ANP e del relativo Comitato Permanente, le Interpretazioni delle leggi svolte dal quest'ultimo e le Interpretazioni giudiziarie mentre, invece, i Regolamenti amministrativi del Consiglio di Stato, le Leggi locali, Leggi di autonomia e Leggi speciali delle Province e delle Zone autonome, non debbono ma possono essere direttamente invocati²⁹. Dalla lettura dell'art. 6 e dell'art. 4 possiamo dunque dedurre che Leggi dell'ANP e del relativo Comitato Permanente, le Interpretazioni delle leggi svolte dal quest'ultimo e le Interpretazioni giudiziarie, i Regolamenti amministrativi del Consiglio di Stato, le Leggi locali, Leggi di autonomia e Leggi speciali delle Province e delle Zone autonome sono delle fonti di produzione del diritto; a queste possono aggiungersi, anche i Regolamenti di livello ministeriale ed i Regolamenti dei governi localise sono considerati legittimi e validi qualora necessari alla luce delle circostanze del caso da decidere. Per quanto riguarda le ultime due tipologie di Regolamenti richiamati, occorre, tuttavia, notare che questi possono rivestire carattere normativo, ma tale carattere può anche non essergli riconosciuto; i tribunali, infatti, non sono vincolati ad applicarli e dunque i giudici possono scegliere se applicarli o meno in base ad una propria libera valutazione. Al contempo si deve altresì prestare attenzione ad un'ulteriore caratteristica dell'ordinamento cinese, ossia al fatto che l'espressione "possono essere utilizzati come fondamento della motivazione" deve intendersi nel senso che è possibile impiegare le eventuali norme dettate in tali Regolamenti soltanto per fondare una parte della motivazione stessa e non l'intera decisione; dunque, questi possono essere invocati non in via esclusiva, ma comunque, insieme ad almeno una delle altre norme già viste di rango superiore.

In base ai principi fondamentali che regolano lo stato di diritto, gli organi amministrativi, sia nel esercizio di potere normativo delegato, sia nell'emanazione degli atti amministrativi, devono rispettare le leggi ed essere da queste autorizzati a tale esercizio. Perciò, i regolamenti emanati dagli organi amministrativi non devono essere contrari alle leggi e dunque, in altri termini, sono a queste subordinati. Inoltre, per salvaguardare

²⁹ Gli artt. 3 e 5 delle *Disposizioni sull'Applicazione nelle sentenze di Leggi, Regolamenti ed altri Atti di carattere normativo* dettano, rispettivamente, norme riferite alle decisioni in materia penale ed amministrativa.

il principio della separazione dei poteri, tali deleghe di potere normativo debbono essere limitate anche sotto il profilo formale e dunque deve esserci una delega esplicita da parte della legge; il contenuto, lo scopo ed i limiti del potere delegato debbono essere stabiliti nella delega; nei regolamenti amministrativi deve richiamarsi il fondamento della delega; i regolamenti devono essere pubblicati nelle modalità previste dalla legge³⁰. In questo ambito, la Cina sta compiendo dei grandi passi in avanti, tuttavia, in particolare per quanto riguarda la chiarezza delle deleghe con riferimento, come detto, ai contenuti, allo scopo etc., è necessario compiere ancora ulteriori progressi.

7. Interpretazioni giudiziarie e le sentenze dei tribunali

Nelle *Decisioni sulle questioni riguardanti le interpretazioni delle leggi* emanate nel 1995 dal Comitato permanente della ANP, è previsto che, per quando riguarda i problemi attinenti all'applicazione delle leggi e dei regolamenti, il Comitato sulle decisioni giudiziarie della Corte Suprema³¹ emana delle Interpretazioni. Già l'art. 33 della Legge sull'organizzazione dei Tribunali (approvata nel 1979 dall'ANP, entrata in vigore nel 1980 e poi modificata nel 1983 e tutt'ora in vigore) stabilisce che la Corte Suprema emana le interpretazioni giudiziarie riguardanti l'applicazione, in concreto, della legge durante i processi. Inoltre, le *Decisioni per il rafforzamento del lavoro di interpretazione giudiziaria* emanate nel 1981 dal Comitato Permanente dell'ANP (anche queste tutt'ora in vigore) prevedono che nelle questioni di competenza dei tribunali la Corte Suprema emana Interpretazioni volte a chiarire il modo in cui le leggi debbono essere applicate, nelle questioni di competenza delle procure, lo stesso lavoro viene svolto dalla Procura Suprema. Nel caso in cui le opinioni della Corte Suprema e della Procura Suprema siano divergenti su rilevanti questioni di principio, queste possono rivolgersi al Comitato Permanente dell'ANP al fine di chiedere allo stesso di emanare un'Interpretazione ovvero di decidere quale delle diverse opinioni avanzate dai due organi sia quella da seguire.

³⁰ HUANG MAORONG, *Faxue fangfa yu xiandai minfa*, Pechino 2007, 7.

³¹ Il Comitato sulle decisioni giudiziarie della Corte Suprema, inoltre, in base all'art. 10 della Legge sull'organizzazione dei tribunali raccoglie le varie esperienze che emergono dalle decisioni di casi concreti ed analizza casi di grande rilievo o che sollevano rilevanti dubbi interpretativi.

Le interpretazioni emanate dalla Corte Suprema o dalla Procura Suprema sono denominate Interpretazioni giudiziarie. Come già accennato, di solito le Interpretazioni emanate dalla Procura Suprema non riguardano problemi di natura privatistica e dunque, in prevalenza, sono le Interpretazioni emanate dalla Corte Suprema che giungono ad essere rilevanti con riferimento al diritto privato.

Il primo aprile 2007 sono entrate in vigore le *Regole sul lavoro di interpretazione del diritto della Corte Suprema* e al contempo è stata abrogata la versione precedente che era stata emanata il primo luglio 1997.

Secondo l'articolo 6 delle *Regole* del 2007, le tipologie di Interpretazioni giudiziarie sono 4: interpretazioni, regole, responsi e decisioni; tuttavia ogni qualvolta sia necessario chiarire come applicare in concreto la legge, si impiega la denominazione di "Interpretazione" (ad esempio, nell'ambito del diritto dei contratti, la Corte suprema ha sino ad oggi emanato tre Interpretazioni). L'articolo precisa, comunque, poi che le interpretazioni emanate sulla base dello spirito delle leggi, ma in assenza di specifiche previsioni delle stesse al riguardo, al fine di chiarire come orientarsi nelle decisioni di casi concreti sono denominate Regole (ad esempio, nella seduta 1497 del Comitato sulle decisioni giudiziarie della Corte Suprema tenutasi il 2 Agosto 2010 sono state approvate le *Regole su alcune questioni riguardanti i casi di registrazione degli immobili*). Ancora lo stesso articolo dispone poi che per le interpretazioni giudiziarie svolte a seguito di richieste formulate dai Tribunali popolari superiori o dai Tribunali militari dell'Esercito di Liberazione Popolare circa questioni relative all'applicazione del diritto in casi specifici, si usa la forma del Responso (ad esempio, nella causa di Qi Yuling, la Corte Suprema ha, come si è già avuto occasione di vedere, emanato un Responso al Tribunale superiore della Provincia dello Shangdong. Infine, il menzionato art. 6 dispone che al fine di modificare o abrogare le interpretazioni giudiziarie, si impiega la forma della Decisione.

Le Interpretazioni giudiziarie della Corte suprema giungono, ad essere delle fonti di produzione poiché le norme in queste dettate debbono essere, alla luce di quanto disposto dagli artt. 27 e 28³², osservate ed ap-

³² L'art. 27 prescrive che dopo che le Interpretazioni siano state emanate, qualora i Tribunali ne facciano impiego, debbono essere invocate nel testo della sentenza (nel caso in cui il tribunale dovesse invocare sia delle Leggi sia delle Interpretazioni, le leggi debbono essere richiamate per prime); l'art. 28 dispone, altresì, che la Corte Suprema svolge supervisione e controllo sull'applicazione delle Interpretazioni che viene svolta dai Tribunali di livello inferiore e dai Tribunali speciali così come che i Tribunali di livello su-

plicate dai tribunali di livello inferiore; inoltre, le cd. Interpretazioni, Regole e Decisioni sono anche formulate in modo astratto ed hanno valenza generale. Probabilmente una delle principali ragioni per cui si è reso necessario il riconoscere delle simili competenze alla Corte Suprema è che, come osservato da Zhang Junhao, poiché la politica legislativa adottata in Cina ha, in un primo momento, privilegiato l'emanazione di norme generali e dunque non molto approfondite, su singole materie ed è stata sottovalutata l'importanza di un sistema compiuto di norme, la Corte Suprema si è vista, in sostanza, costretta ad adottare simili atti seppur formalmente non investita di potere legislativo³³. Inoltre, ritengo che la Corte Suprema dia, attraverso i responsi, istruzioni ai tribunali inferiori, non soltanto perché in genere la formazione dei giudici della Corte suprema è migliore di quella degli altri giudici, ma poiché in Cina il principio dell'indipendenza del singolo giudice non è stato ancora attuato sino in fondo.

La Cina è un paese che appartiene al sistema di tradizione romanistica e dunque i precedenti non dovrebbero essere una fonte del diritto. In ogni caso occorre prestare attenzione al fatto che, nel 2010, la Corte Suprema ha emanato le *Regole sul lavoro diguida della Corte Suprema nella decisione dei casi*. In base a queste Regole, le sentenze che possono rivestire una funzione di guida nel giudicare casi successivi sono le seguenti: 1) le sentenze che attraggono la massima attenzione in generale; 2) quelle riferite a casi in cui sono applicate delle norme di legge che sono troppo generali; 3) le sentenze che possono assurgere ad esempio; 4) le sentenze complicate o nuove; 5) le altre sentenze che possono avere funzione di guida. Inoltre, le sentenze che possono essere prese come guida debbono essere già passate in giudicato ed essere scelte, esaminate e sottoposte ancora all'esame del Comitato sulle decisioni giudiziarie dall'Ufficio delle sentenze con funzioni di guida della Corte Suprema per poi venire avallate a seguito di discussione e decisione presa dal Comitato sulle decisioni giudiziarie della Corte Suprema e, ancora, pubblicate nella Gazzetta della Corte suprema, nel sito della Corte Suprema e nella Gazzetta dei Tribunari popolari. Secondo l'art. 7 di queste Regole, i tribu-

rior debbono svolgere supervisione e controllo circa l'applicazione delle Interpretazioni da parte dei Tribunali di livello inferiore. Si veda sul punto anche la breve disamina al riguardo svolta in S. PORCELLI, *'Accordo e reciprocità' nel contratto in Cina*, Tesi di Dottorato di ricerca, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi di Roma Tor Vergata, 173 ss.

³³ Si veda, al riguardo, ZHANG JUNHAO, *Minfaxue yuanli*, vol. I, cit., 53.

nali di ogni livello devono considerare tutte le sentenze con funzioni di guida pubblicate dalla Corte Suprema quando giudicano in cause simili. Pertanto queste sentenze giungono a rivestire quasi un effetto vincolante per gli altri giudici, assumendo una funzione quasi uguale a quella dei precedenti vincolanti nel *common law*. Questo è un grande cambiamento per un paese tradizionalmente appartenente alla tradizione romanistica poiché nel sistema di diritto romano, le sentenze valgono soltanto con riferimento alle singole cause, e dunque vincolano soltanto le parti ed in alcuni casi i loro successori, ma non vincolano tutti gli altri cittadini nelle cause simili che per quanto, appunto, simili non possono essere comunque del tutto identiche. Occorre tenere presente, comunque, che diversamente dalle disposizioni precedentemente richiamate secondo cui le Interpretazioni possono essere invocate a fondamento delle motivazioni delle sentenze, all'art. 7 delle menzionate Regole del 2010 è stabilito che questi casi debbano essere presi in considerazione dai giudici di ogni livello e dunque non posti come fondamento delle decisioni stesse, tuttavia, è ancora difficile pronunciarsi circa l'impatto che delle simili previsioni possano avere circa il modo in cui il diritto è applicato in Cina ed in generale sulla società. Una discussione più approfondita sarebbe in realtà altresì necessaria con riguardo ai profili di costituzionalità di simili soluzioni così come al modo in cui potere legislativo e giudiziario vengono a coordinarsi.

8. *Le consuetudini*

Nel diritto romano, le consuetudini erano una fonte di diritto molto importante. In D. 1,3,40 è attribuita a Modestino l'affermazione secondo cui «Ogni diritto venne creato dal consenso, o statuito dalla necessità, o confermato dal consuetudine»³⁴; così come ad Ermogeniano è ascritta, in D. 1,3,35, l'osservazione secondo cui «Anche quel diritto, che è stato pienamente approvato da una lunga consuetudine ed è stato osservato per moltissimi anni, viene osservato, quale tacita convenzione dei cittadini, non meno del diritto scritto»³⁵ ed a Paolo, in D. 1,3,36, la notazione se-

³⁴ (*Modestinus libro secundoregularum*) *Ergo omneius aut consensusfecit aut necessitasconstituit aut firmavitconsuetudo.*

³⁵ (*Hermogenianus libro primo epitomarum*) *Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minusquam ea quae scriptae sunt iuraservantur.*

condo cui «Anzi, questo diritto è considerato di grande autorità, perché è stato approvato a tal punto che non fu necessario redigerlo per iscritto»³⁶.

Di solito la dottrina cinese³⁷ ritiene che, al fine di poter individuare una norma consuetudinaria è necessario essere in presenza, oltre che degli elementi della reiterazione, nel corso del tempo, di un dato comportamento da parte dei consociati e dell'*opinio iuris ac necessitatis*, cioè una libera convinzione di tenere un comportamento obbligato sulla base di una norma vincolante; la dottrina cinese sottolinea altresì la necessità del fatto che questo comportamento non sia contrario a buon costume ed ordine pubblico. L'esistenza di un comportamento reiterato è un fatto oggettivo, il generico convincimento è un dato soggettivo, il buon costume e l'ordine pubblico rappresentano il controllo del contenuto sostanziale del diritto consuetudinario.

In realtà, anche nei paesi che hanno diritto formulato per iscritto, tra cui quelli che si sono dettati dei codici civili, non sembra sia comunque possibile riuscire a poter prevedere e dunque poi regolare per iscritto l'infinita varietà di situazioni che possono venire a manifestarsi nei rapporti civili e dunque, anche in questi casi, le consuetudini rappresentano una fonte importante del diritto. Inoltre in Cina, spesso, le norme dettate nelle leggi in ambito privatistico sono molto approssimative e, per questo, il ruolo svolto dalle consuetudini viene ad assumere una certa rilevanza.

L'art. 1 del Codice civile cinese del 1931 che, come visto, è ancora in vigore a Taiwan stabilisce che «In materia civilistica, se non ci sono norme di legge, si applicano le consuetudini; se non ci sono le consuetudini, deve farsi ricorso alla *ratio iuris*». Secondo l'opinione di Su Yongqin tale regola venne, con buona probabilità, ripresa dall'art. 1 del Codice civile svizzero³⁸.

Sebbene nella Legge sui principi generali del diritto civile le consuetudini non sono espressamente menzionate tra le fonti del diritto, tuttavia, in altre leggi o nelle Interpretazioni della Corte Suprema, queste sono considerate come fonte del diritto. Ad esempio, negli artt. 60 e 61 della Legge sui contratti, è regolata la funzione degli usi del commercio nel-

³⁶ (*Paulus libro septimo ad Sabinum*) *Immo magna auctoritatis hoc ius habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere.*

³⁷ LIANG HUIXING, *Minfa zonglun*, cit., 28.

³⁸ SU YONGQIN, *Minfa diyitiao de guifan yiyi*, in *Minfa zongze zhengyi wenti yanjiu*, a cura di Yang Yuling, Pechino 2004, 4 ss.

l'adempimento dei contratti³⁹, nell'art. 125 la funzione degli usi nell'interpretazione dei contratti⁴⁰ etc.; ancora, il primo comma dell'art. 7 della Seconda interpretazione della Legge sui contratti (Interpretazione della Corte Suprema, n. 5, 2009) stabilisce che gli usi commerciali a cui ci si riferisce nella Legge sui contratti sono (qualora non siano contrari alle leggi ed ai regolamenti) i seguenti: 1) le prassi usualmente adottate nel luogo in cui i negozi *de quo* siano posti in essere o adottate in un dato ambito o settore e che siano conosciute o avrebbero dovuto essere conosciute dalle parti al momento della stipula del contratto; 2) le prassi consuetudinariae cui le due parti abitualmente ricorrono. In ambito matrimoniale può, ancora a titolo esemplificativo, menzionarsi il caso dei cd. doni di fidanzamento che non sono ricondotti all'ambito della donazione in quanto posti in essere in vista del matrimonio e dunque si ravvisa la presenza di uno scopo⁴¹ ma che rappresentano una consuetudine ancora oggi molto rilevante in Cina. In riferimento a tali doni, seppur questi non sono direttamente regolati nella Legge sul matrimonio, la Corte Suprema nell'art. 10 della Seconda interpretazione della Legge sul matrimonio stessa, detta delle disposizioni⁴².

³⁹ L'art. 60 dispone che le parti debbono adempiere in modo completo ai doveri derivanti dal contratto e che nel porre in essere ciò debbano rispettare il principio di buona fede e, sulla base della natura del contratto, dello scopo e degli usi commerciali adempiere ai doveri di informazione, di cooperazione, di segretezza etc.; l'art. 61, dispone poi che dopo che il contratto sia divenuto efficace, qualora le parti non avessero stabilito, o lo avessero fatto in modo ambiguo quanto in riferimento alle quantità, prezzi, compensi, al luogo dell'adempimento etc., queste possono accordarsi al fine di chiarirlo, qualora tuttavia non riuscissero a raggiungere un accordo, questi aspetti debbono essere stabiliti alla luce delle relative clausole contenute nel contratto e degli usi commerciali.

⁴⁰ L'art. 125 dispone che qualora sia controverso come interpretare delle clausole contrattuali si deve, al fine di chiarire il significato di tali clausole, compiere riferimento al tenore letterale delle clausole stesse, alle altre clausole che nel contratto possono essere al riguardo rilevanti, allo scopo del contratto, agli usi commerciali, al principio di buona fede.

⁴¹ ZHANG XUEJUN, *Caili fanbuan zhidu yanjiu*, in *Zhongwai faxue*, 2006, vol. 5.

⁴² In base all'art. 10 della menzionata Interpretazione della Corte Suprema, se una parte chiede la restituzione dei doni di fidanzamento, verificati i seguenti casi, i tribunali popolari debbono sostenere tale richiesta: 1) le due parti non hanno posto in essere la registrazione del matrimonio; 2) le due parti hanno posto in essere la procedura di registrazione ma non hanno vissuto insieme; 3) la dazione dei doni è stata posta in essere prima del matrimonio ed ha reso difficoltosa la vita di colui che ha dato (l'applicazione di quanto *sub* 2 e 3 è condizionata al divorzio delle parti).

9. *La dottrina*

In alcune opere giuridiche, anche la dottrina è inclusa tra le fonti di diritto. Ad avviso di taluni Autori cinesi la ragione di ciò risiede nel fatto che le analisi della dottrina sono di aiuto, per i giudici e per gli operatori della pratica, al fine di individuare l'esistenza di norme così come nel chiarire i contenuti delle stesse o di altre norme. Il ruolo della dottrina è dunque, da un lato, percepibile, dall'altro, risponde a delle esigenze che si affermano nell'ambito del diritto e dunque in un certo qual modo assume rilevanza quale fonte del diritto. Tuttavia, la dottrina difficilmente può dirsi che produca direttamente il diritto, ma, prevalentemente, lo scopre e lo fa conoscere ai membri della società. Nella pratica, gli orientamenti della dottrina sono spesso seguiti tribunali e poi, attraverso le sentenze, sebbene le opere non siano direttamente invocate nelle stesse, diviene, comunque, un vincolo giuridico di fatto. Vale la pena, comunque, sottolineare altresì che in Cina l'influenza esercitata dalla dottrina nei confronti sia dei giudici che del legislatore è molto forte⁴³.

10. *La gerarchia delle fonti del diritto privato cinese*

Alla luce delle differenze tra i soggetti che producono il diritto, dei rispettivi ambiti di competenza, delle caratteristiche dei singoli tipi di fonte, delineati nella Legge sulla Legislazione, viene posta in essere una gerarchia formale delle fonti del diritto⁴⁴. Le norme di rango superiore prevalgono su quelle di rango inferiore, l'efficacia delle norme di rango relativamente inferiore deriva dal riconoscimento della stessa da parte di norme di rango relativamente superiore a cui le inferiori debbono essere conformi.

Nei Paesi in cui è presente una Costituzione formale, questa assume il primo posto nella gerarchia delle fonti.

Anche il già visto art. 78 della Legge sulla legislazione (che come si è avuto occasione di sottolineare riveste, di per sé, rango costituzionale) stabilisce che la Costituzione sia la fonte di livello più elevato e che tutte

⁴³ HUANG MAORONG, *Faxue fangfa*, cit., 14 e 15.

⁴⁴ Occorre precisare che, data la complessità e la frammentarietà del quadro che nella menzionata Legge è tratteggiato, si potrà nel presente lavoro compiere una descrizione di massima al riguardo, rinviando ad eventuali futuri approfondimenti per quanto di cui non si riesce qui a dar conto.

le leggi, regolamenti, leggi locali, gli atti legislativi e regolamentari delle province autonome non debbono essere in contraddizione con la Costituzione.

L'art. 79 della stessa Legge chiarisce che le leggi dell'ANP abbiano rango superiore rispetto ai regolamenti del Consiglio di Stato, alle leggi locali ed ai regolamenti di livello ministeriale o locale e che i Regolamenti del Consiglio hanno rango superiore rispetto alle leggi locali ed ai regolamenti di livello ministeriale e locale. L'art. 80, prevede, invece, che le leggi locali hanno rango superiore rispetto a quello dei regolamenti emanati dai governi locali dello stesso livello o inferiore, i regolamenti dei governi delle Province o delle Province autonome hanno rango superiore rispetto a quelli emanati dai governi delle cd. grandi città che si trovano nelle stesse zone. Pertanto qualora vi siano difformità tra le previsioni di fonti di livello inferiore e fonti di livello superiore le prime non vengono applicate; ovviamente, qualora vi siano difformità tra fonti dello stesso livello, in genere, si seguono le regole per cui le norme più specifiche derogano a quelle più generali e per cui quelle più recenti prevalgono sulle più risalenti.

Tuttavia, tale struttura viene posta a dura prova da quanto avviene nella prassi, il caso più noto negli ultimi tempi al riguardo è quello che è stato deciso dal giudice Li Huijuan del Tribunale di livello intermedio della città di Luoyang nella Provincia dello Henan⁴⁵.

Il giudice Li Huijuan venne chiamato a decidere in merito ad un caso tra due società che di per sé non presentava delle rilevanti difficoltà, tuttavia, nell'analisi dello stesso sono emersi problemi di compatibilità tra una legge di livello provinciale dello Henan e leggi di livello nazionale.

Si trattava di un caso di adempimento di un contratto stipulato nel maggio del 2001 tra la società Ruyang Zhongzi (società con sede nel distretto di Ruyang) e la Yichuan Zhongzi (società con sede nel distretto di Yichuan) per l'acquisto di sementi ove la prima delle due era l'acquirente, la seconda il venditore. Il termine per l'adempimento venne fissato al 31 ottobre 2002 con un prezzo che era stato pattuito dalle parti poter essere di 2,2 o 2,5 volte superiore ai prezzi di mercato. Tuttavia, il venditore ricevette successivamente delle offerte da altri potenziali acquirenti disposti a pagare un prezzo maggiore e decise di vendere a questi, con la conseguenza che la società di Ruyang chiamò il venditore in giudizio nel

⁴⁵ Si veda, al riguardo, GUO GUOSONG, *Faguan pan difangxing fagui wuxiao: weifa haishi hufa*, in *Nanfang zhoumo*, 2003-11-20.

2003 al fine di ottenere un risarcimento che gli venne riconosciuto dal Tribunale di livello intermedio di Luoyang.

Il convenuto, ossia la società Yichuan fu d'accordo sul fatto che avrebbe dovuto risarcire, tuttavia, mostrò dissensi circa le modalità in cui la cifra del risarcimento veniva calcolata. La società attrice invocava le modalità di calcolo previste dalla Legge sulle sementi della RPC e dunque di una legge di livello nazionale; la Yichuan voleva che il risarcimento venisse, invece, calcolato sulla base di quanto disposto in una legge locale e in una legge locale emanato dal Asemblea provinciale dello Henan. La differenza tra quanto risultante a seguito dei calcoli posti in essere in base alle due modalità era di 600.000 RMB. Il giudice Li Huijuan decise per l'applicazione della legge di livello nazionale ritenendo che la legge provinciale in questione avrebbe dovuto, sul punto, essere conforme a quella di livello nazionale.

Il venditore fece appello nei confronti di tale decisione ed in pendenza della lite di fronte al Tribunale superiore dello Henan l'Assemblea della Provincia e della Città vennero a conoscenza di quanto stesse accadendo e non apprezzarono il fatto che il giudice avesse considerato come non valida una parte di una legge emanata dall'Assemblea provinciale stessa, sostenendo che non sarebbe stata competenza del giudice Li decidere se una legge locale fosse stata o meno valida poiché l'Assemblea provinciale aveva, comunque, ricevuto competenza a disporre norme in materia dalla stessa ANP.

Il Comitato Permanente dell'Assemblea Provinciale dello Henan inviò una lettera al Tribunale Superiore dello Henan in cui sottolineava che il giudice Li di Luoyang avesse, nel decidere il caso in modo simile, abusato del proprio potere e pertanto di revocare la decisione del Tribunale intermedio e di licenziare il giudice Li. Il giudice Li, dal canto suo, fece in modo che tali accadimenti, attraverso l'Associazione dei giudici donna, venissero a conoscenza della Corte Suprema e ricevette supporto da parte della dottrina con un quasi unanime consenso tra i giuristi cinesi nel ritenere non adeguato il rimedio del licenziamento.

Il Tribunale dello Henan interpellò poi direttamente la Corte Suprema chiedendo come avrebbe dovuto risolvere la questione e la Corte Suprema, nel marzo del 2004, emanò un Responso in cui, sulla base dell'art. 79 della Legge sulla legislazione e dell'Interpretazione (I) della Legge sui contratti, ritenne che qualora i giudici nel loro lavoro di decisione di casi dovessero notare delle difformità tra norme di livello locale e norme di leggi dell'ANP o Regolamenti del Consiglio di Stato, avreb-

bero dovuto risolvere simili questioni in favore delle leggi dell'ANP e dei Regolamenti del Consiglio di Stato. Il Tribunale Superiore dello Henan giunse dunque, infine, a dare conferma alla sentenza emanata dal giudice Li.

Da ciò può evincersi che il potere giudiziario, nella struttura dell'organizzazione dei poteri, resta ancora frequentemente soggetto all'influenza del potere legislativo ed amministrativo che tentano di sopraffarlo, ad esempio, come si sarebbe risolta la questione di cui sopra qualora invece che essere stata disapplicata una legge provinciale fosse stato disapplicato un Regolamento del Consiglio di Stato? La Corte Suprema sarebbe riuscita ad intervenire con egual vigore? I giudici spesso non riescono ad imporre le proprie visioni ed il proprio controllo giudiziario in casi di difformità tra norme⁴⁶.

⁴⁶ Sul caso del giudice Li Huijuan si veda ZHANG QIANFAN, *Xianfaxue jiangyi*, cit., 194 ss. e GAO QICAI, *Falixue*, Pechino 2011, 96 ss. In realtà l'art. 87 della Legge sulla legislazione prevede che le leggi, i regolamenti del Consiglio di Stato, le leggi locali, gli atti legislativi e regolamentari delle province autonome, i regolamenti di livello ministeriale e locali nei seguenti casi possono essere modificati o abrogati dai relativi organi in base all'art. 88: qualora questi superino i limiti di competenza dell'organo che li abbia emessi; l'atto normativo di rango inferiore non sia conforme a quello di rango superiore; tra regolamenti di livello ministeriale rispetto alla stessa questione siano dettate diverse previsioni e si renda necessario modificare o abrogare uno di questi; le norme dettate da regolamenti di livello ministeriale sono considerate non appropriate e si debba quindi modificarle o abrogare; siano state approvate in violazione delle procedure stabilite. L'art. 88 della stessa Legge, dispone che l'ANP ha il potere di modificare o abrogare le leggi promulgate dal proprio Comitato Permanente qualora siano considerate come non appropriate, ha il potere di abrogare le approvazioni degli atti legislativi e regolamentari delle province autonome poste in essere dal proprio Comitato Permanente che non siano conformi alla Costituzione ed al secondo comma dell'art. 66 della Legge sulla legislazione stessa; che il Comitato Permanente dell'ANP può abrogare i regolamenti del Consiglio di Stato che non siano conformi alla Costituzione o alle leggi; può abrogare le leggi locali che non siano conformi alla Costituzione, alle leggi ed ai Regolamenti amministrativi del Consiglio di Stato, ed ha il potere di abrogare gli atti legislativi e regolamentari delle province autonome e delle municipalità che siano state approvati dal Comitato Permanente stesso in violazione delle disposizioni della Costituzione o del secondo comma dell'art. 66 della Legge sulla legislazione. Il Consiglio di Stato ha il potere di modificare o abrogare i regolamenti di livello ministeriale o di livello locale che non siano appropriati; le Assemblee del Popolo di livello di Provincia, di Provincia autonoma, di Municipalità hanno il potere di modificare o abrogare le leggi locali non appropriate che siano state promulgate o approvate dai rispettivi Comitati Permanenti; i Comitati Permanenti delle Assemblee locali hanno il potere di abrogare i regolamenti locali approvati dai Governi locali dello stesso livello che siano non appropriati; i Governi di livello di Provincia, Provincia autonoma hanno il potere di modificare o abrogare i regolamenti approvati dai governi locali di livello inferiore che siano considerati come non appropriati; gli organi che

11. *Conclusioni*

In Cina, la Costituzione è la più importante fonte del diritto, tuttavia non può essere impiegata direttamente nella decisione di casi in materia privatistica, mentre si ritiene debba essere il criterio alla luce del quale interpretare e valutare le altre norme quando si deve decidere circa la loro legalità. La Cina continentale non ha ancora un proprio Codice civile e le singole leggi, i regolamenti amministrativi del Consiglio di Stato, le leggi locali, gli atti legislativi e regolamentari delle province autonome, sono le principali fonti del diritto. Le norme dei regolamenti di livello ministeriale e locale possono essere utilizzate in parti della motivazione delle sentenze, ma non possono essere impiegati come principale fondamento delle decisioni stesse, i tribunali non sono vincolati ad un loro impiego. A causa della mancanza di un riconoscimento dell'importanza delle consuetudini, queste non sono quasi mai richiamate nei singoli giudizi. Le interpretazioni giudiziarie sono numerose e quelle della Corte Suprema si rivelano di particolare rilievo con riferimento all'ambito privatistico; i casi scelti come esempio dalla corte Suprema non sono vincolanti ma stanno acquistando un maggior rilievo. La dottrina non è formalmente una fonte del diritto, tuttavia, questa dispiega una influenza sia sui giudici e sulla pratica del diritto che sul legislatore nei processi di redazione delle leggi. Sia la dottrina stessa che il legislatore hanno messo in piedi una gerarchia delle fonti, ma a causa della mancanza, nei fatti, di chiare norme che i giudici possono applicare nello svolgimento della propria attività, la Cina può ritenersi abbia ancora una lunga via da percorrere in questo ambito.

autorizzano hanno il potere di abrogare gli atti emanati dagli organi autorizzati che superino l'ambito o lo scopo imposti nell'autorizzazione, ove necessario possono anche revocare l'autorizzazione. Resta il fatto che non sembra essere chiaro come debbano comportarsi i giudici nel caso in cui i vari organi di livello superiore non siano già intervenuti nei confronti di norme non conformi dettate da organi di livello inferiore e debbano comunque riuscire a dirimere le controversie a loro sottoposte.

OSSERVATORIO

Mauro Palma

UN ANTICO RAPPORTO: MATEMATICA, LOGICA E DIRITTI FONDAMENTALI

SOMMARIO: 1. La possibile formalizzazione del diritto. – 2. Un nodo irrisolto. – 3. L'esperienza del crimine e il diritto come restituzione della dignità. – 4. Una provvisoria nota conclusiva.

Matematica, logica e diritti fondamentali: il rapporto è antico, ma la sua radice affonda anche nel presente. Affonda nel desiderio di poter dare una fisionomia logica, ordinata e riconoscibile, ai sistemi nazionali e internazionali che definiscono le tutele dei diritti fondamentali di ogni persona e del cittadino di un dato Stato. La distinzione è d'obbligo perché mentre alcuni diritti appartengono alla sfera del rapporto che uno Stato ha con i propri cittadini, riconoscendo loro funzioni ed esercizio di quelle potenzialità che configurano l'appartenenza all'Ordinamento in cui tale Stato si concretizza, altri diritti attengono alla sfera della persona in quanto tale, all'essere "nudo", cioè spogliato di ogni possibile connotazione giuridica o di appartenenza, ma semplicemente riconosciuto come essere umano. Se tra i primi possiamo, per esempio, includere l'esercizio dei diritti politici, tra i secondi dobbiamo certamente includere il diritto alla tutela della propria integrità fisica.

Del resto la Dichiarazione dei diritti proclamata all'indomani della Rivoluzione francese (26 agosto 1789) aveva nel titolo proprio tale distinzione: *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, così indicando le due polarità: la persona e il cittadino. La distinzione espressa dall'endiadi del titolo – uomo *versus* cittadino – non deve tuttavia far supporre che tra i diritti enunciati per il primo e quelli per il secondo esista una diffe-

* Il testo riprende la relazione tenuta al *Convegno Matematica e democrazia*, organizzato dall'Università Bocconi a Orvieto nell'aprile 2014.

renza di struttura. La differenza è essenzialmente una differenza di estensione. Infatti, se da un lato è essenziale riconoscere che esiste un insieme di diritti primari che attengono all'individuo in quanto tale – e da qui appunto la forza del concetto di diritti dell'uomo – dall'altro non si può non osservare che il limite posto all'estensione di tale concetto è un prodotto storicamente determinato e che a sua volta implicitamente determina il restringimento dell'ambito di azione di altri diritti, pur riconosciuti come fondamentali, a determinati sottoinsiemi. Un limite, questo, che è innegabilmente il prodotto storico dello stesso concetto di "persona" come esso si è andato elaborando paradigmaticamente nel corso dei secoli e nel solco delle culture.

Questa osservazione sulla storicità del concetto di persona non vuole minimamente diminuire l'assolutezza dei diritti che noi oggi attribuiamo a ogni individuo né accettare forme di giustificazione di una qualsiasi possibile loro compressione sulla base di riferimenti d'ordine antropologico-culturale: non c'è spiegazione culturale che possa minimamente giustificare il loro mancato rispetto, spesso connotato da violenza e negazione dell'altro, né diminuire la responsabilità di chi tali diritti aggredisce. Vuole soltanto sottolineare che il concetto stesso di persona naturale si connota nel tempo e nello spazio assumendo una dimensione giuridica che è sempre il portato di una evoluzione storica e di una serie di successive acquisizioni.

Lo scorrere del tempo è rintracciabile attorno a temi che noi oggi riconosciamo essere giunti a una definizione assoluta. Per esempio, nella romanità la schiavitù poteva essere regolata e l'universalità delle connotazioni attributive del concetto di persona non configgeva allora con tale possibilità di determinazione normativa. La sua abolizione sarà invece proclamata nel XIX secolo nella nazione americana che su di essa aveva costituito la propria struttura economica, da Abraham Lincoln, che pur esprimeva ancora con tale atto una volontà piuttosto che un'avvenuta acquisizione. Il suo divieto assoluto diverrà soltanto ben più avanti quel cardine universale di ciò che noi oggi riconosciamo quale attribuzione del concetto di persona. Non solo, ma sappiamo bene come tale assolutezza sia messa in crisi dalla realtà odierna, in particolare in Europa, ove il lavoro servile e le forme di vera schiavitù riemergono attorno al fenomeno delle migrazioni verso il suo territorio di grandi numeri di persone spinte dalla povertà.

La soglia estensiva dei diritti umani ha, quindi, un suo percorso storico, antropologico e geografico alle spalle, fatto di lotte, conquiste di pensiero e di produzione collettiva, e non può essere vista come limite in-

valicabile connaturato allo stesso concetto di persona perché altrimenti rinvierebbe inevitabilmente a una astratta naturalità che finirebbe per fondarsi su elementi trascendenti dove etica e diritto si confondono. Il concetto di diritti umani è sì assoluto rispetto al tempo della sua definizione, ma sempre in continua espansione rispetto al limite della sua estensione perché nuovi diritti connotano la persona nella sua mutabilità all'interno del mutamento relazionale, sociale, tecnologico e diritti che oggi noi includiamo nella sfera di quelli riservati alla cittadinanza potranno un giorno essere inseriti nella sfera della persona: diverranno elementi costitutivi del "naturale". Penso, in particolare, proprio al diritto di libero movimento nel desiderio di fissare la propria dimora in un "altrove" rispetto ai propri luoghi: migrazioni crescenti all'interno di un mondo con sempre maggiori possibilità di circolazione immateriale – di informazione e comunicazione – e che vede i limiti politici come riduzioni delle espansioni comunicative individuali e della ricerca, anch'essa individuale, di soddisfacimento di bisogni primari. Un mondo potenzialmente reticolare in cui il limite difensivo dello spazio delle nazioni – di quelle ricche a danno di quelle depauperate – rischia sempre più di presentarsi con il volto del respingimento, della difesa del confine in un misto di ferocia e di inefficacia.

La dimensione estensiva dei diritti dell'uomo risulta così un terreno di successive acquisizioni, in un processo comunque in espansione. Varia il confine tra quelli dell'uomo e quelli del cittadino – una sorta di estensione orizzontale – ma varia altresì la tipologia e la semantica dei diritti che in un dato momento sono inclusi in ciascuna di queste due classi – una estensione, sotto questo aspetto, verticale.

1. *La possibile formalizzazione del diritto*

Il rigore che le Costituzioni e le Convenzioni internazionali seguono nella definizione dei diritti dei singoli e dei simmetrici obblighi per gli Stati apre al tema della ricerca di un linguaggio formale che tenga gli asseriti in esse contenuti al riparo di ambiguità e di oscura interpretazione semantica e tenga altresì il sistema che essi costituiscono con le loro molteplici interrelazioni al riparo di fallacie logiche. Nasce qui l'ipotesi, più volte ricercata nello sviluppo della filosofia del diritto di un linguaggio univoco attraverso cui esprimere le norme; un linguaggio che, proprio perché depurato da possibili interferenze della semantica dei linguaggi

naturali, abbia una connotazione formale. Da qui la ricerca del rapporto tra diritto e logica formale.

Per sviluppare alcune riflessioni su tale rapporto e su come esso debba però necessariamente misurarsi con la concretezza fattuale del diritto concreto, cioè applicato e vissuto, e con le frequenti violazioni dei suoi enunciati, possiamo muovere da un lavoro relativamente recente di Luigi Ferrajoli – uno dei filosofi del diritto contemporanei che più ha indagato il rapporto tra logica formale e sistema del diritto, alla ricerca proprio di una possibile formulazione delle affermazioni del diritto stesso, e quindi delle norme, che garantisca l'assenza di fallacie e che assumendo i principi costituzionali come assiomi di partenza si caratterizzi come un sistema coerente di espressione dell'ordinamento che la Costituzione definisce.

L'opera a cui mi riferisco è *Principia Iuris*¹: un'opera monumentale di complessiva ri-costruzione dello spazio delle norme, delle azioni, degli effetti, delle garanzie, dei diritti individuali e sociali e dei riflessi obbligati. Il suo asse esplicito di impostazione culturale è la centralità del *diritto* nella costruzione della *democrazia*, vedendo nella *ragione* – e quindi nella logica – l'essenza costitutiva del *diritto* stesso. Si tratta di un'opera che si muove nel solco illuminista dell'assoluta prevalenza della ragione, e che, in tal senso, sebbene si presenti amara nell'analisi del presente, sottoponendo impietosamente a criteri di razionalità e consistenza logica nuove pratiche e nuovi temi del diritto concreto, è un'opera sostanzialmente ottimista, perché fiduciosa nella possibilità di un criterio informatore e riorganizzatore della complessità.

Al di là dell'ampia argomentazione circa le radici e il ruolo del diritto, nel solco di quel "gius-costituzionalismo" di cui Ferrajoli è un rappresentante, *Principia Iuris* si caratterizza per la presentazione di una *teoria assiomaticizzata del diritto*. Se ne possono qui delineare alcuni aspetti considerando un insieme di esplicite indicazioni contenute nella parte introduttiva del terzo volume – quello che riporta tutto il calcolo logico che è servito di supporto nei due volumi precedenti. Tali indicazioni definiscono il linguaggio della teoria assiomaticizzata del diritto, il suo vocabolario, i segni utilizzati, le regole di formazione delle formule ben formate e quelle di trasformazione che consentono la costruzione di catene deduttive.

Il *linguaggio* è, come già detto, un linguaggio formale, definito, quindi, da un *vocabolario*, dalle *regole di formazione* di scritture ben for-

¹ L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Bari 2007 (3 voll.)

mate (le formule ben formate, dette semplicemente *formule*) e dalle *regole di trasformazione*, che permettono di passare da una formula ben formata a un'altra formula anch'essa ben formata. Il *vocabolario* del linguaggio è l'insieme dei segni utilizzati, distinti in *segni descrittivi* e *segni logici*: i primi si distinguono in *segni soggettivi*, cioè variabili individuali, e *segni predicativi*, cioè *predicati*; a questi vanno aggiunti i *segni ausiliari*, come le parentesi tonde utilizzate per combinare gli enunciati semplici in enunciati composti. Sono segni soggettivi anche le variabili individuali precedute dal funtore di omissione indicato con \perp , cosicché mentre la variabile x , interpretata come azione, indica la commissione dell'azione x , la scrittura $\perp x$ indica l'omissione dell'azione x . Come *segni logici* si considerano, oltre agli usuali connettivi e quantificatori (universale ed esistenziale), due operatori modali espressi dai simboli M, che equivale a «è possibile che», e «L», che equivale a «è necessario che». Con essi si costruiscono gli enunciati modali. Così gli enunciati composti si costruiscono attraverso le regole di formazione – che sono quelle usuali della logica – e attraverso gli operatori modali e l'insieme degli enunciati si ripartisce quindi nei sottoinsiemi rispettivamente degli enunciati *semplici*, di quelli *composti* e di quelli *modali*.

Con le *regole di trasformazione* il sistema acquisisce la configurazione di sistema di calcolo deduttivo che permette di ricavare, a partire da un insieme di assiomi, espressioni ben formate. O meglio, permette di stabilire se una data espressione ben formata – che nell'interpretazione esprime un asserto o una norma – sia effettivamente deducibile da quell'insieme di assiomi: quindi di verificare la consistenza della norma all'interno del sistema logico definito e dunque la sua consistenza con il sistema costituzionale che quegli assiomi esprimono. Vengono introdotti innanzitutto i *termini primitivi* (Ferrajoli ne introduce sedici, quali per esempio «permesso», indicato con PER, «comportamento» indicato con COM, «modalità» con MOD e altri simili) e i *postulati*. Anche i *postulati* che legano tra loro questi termini sono sedici; mi limito qui a indicarne i primi cinque, con anche la loro scrittura formale e con semplice interpretazione del simbolo di tre lettere che denota ciascun termine primitivo:

P1. Di ciò di cui non è permessa la commissione è permessa l'omissione:
 $\forall x (\neg \text{PER } x \rightarrow \text{PER } \perp x)$

P2. Ogni comportamento suppone una modalità da cui è deonticamente qualificato:

$\forall x (\text{COM} \rightarrow \exists y (\text{MOD } yx))$

P3. Se di qualcosa esiste l'aspettativa della commissione, allora esiste anche una corrispondente modalità in forza della quale non ne è permessa l'omissione, e viceversa:

$$\forall x (\exists y' (\text{ASP } y'x) \leftrightarrow \exists y'' (\text{MOD } y''x \wedge \neg \text{PER } \perp x))$$

P4. Per ogni comportamento, per ogni modalità, per ogni aspettativa e per ogni interesse esiste qualcuno che ne è il soggetto:

$$\forall x ((\text{COM } x \vee \text{MOD } x \vee \text{ASP } x \vee \text{INT } x) \rightarrow \exists z (\text{SOG } zx))$$

P5. I soggetti hanno uno status in forza del quale non sono oggetti:

$$\forall z (\text{SOG } z \rightarrow \exists y (\text{STA } yz \wedge \neg \text{OGG } z))$$

Accanto a questi postulati, si aggiungono gli usuali assiomi logici (quali per esempio l'assioma che stabilisce l'equivalenza logica tra una implicazione ($a \rightarrow b$) e la sua contronominale ($\neg b \rightarrow \neg a$) e quelli che definiscono le proprietà dei connettivi). Si costruisce poi l'*impianto deontico*, definendo le categorie deontiche di *facoltativo*, *vietato*, *obbligatorio* e *vincolato*:

- *Facoltativo* è ciò di cui sono permesse sia la commissione che l'omissione

$$\forall x (\text{FCO } x \leftrightarrow (\text{PER } x \wedge \text{PER } \perp x))$$

- *Vietato* è ciò di cui è permessa l'omissione e non è permessa la commissione

$$\forall x (\text{VIE } x \leftrightarrow (\text{PER } \perp x \wedge \neg \text{PER } x))$$

- *Obbligatorio* è ciò di cui è permessa la commissione e non è permessa l'omissione

$$\forall x (\text{OBB } x \leftrightarrow (\text{PER } x \wedge \neg \text{PER } \perp x))$$

- *Vincolato* è ciò di cui o non è permessa la commissione o non è permessa l'omissione

$$\forall x (\text{VIN } x \leftrightarrow (\neg \text{PER } x \vee \neg \text{PER } \perp x))$$

In questo sistema di logica modale deontica si possono così dimostrare i primi teoremi². Per esempio:

Teorema. Se di qualcosa non è permessa l'omissione, allora ne è permessa la commissione.

$$\forall x (\neg \text{PER } \perp x \rightarrow \text{PER } x)$$

La dimostrazione si ottiene dal postulato P1 e dall'assioma della contronominale.

² Esempi e formalizzazioni, sono tratti da L. FERRAJOLI, *op. cit.*

E via via teoremi di dimostrazione più complessa, quale:

Teorema. Ciò che è vietato non è permesso, e viceversa.

$$\forall x (\text{VIE } x \leftrightarrow \neg \text{PER } x)$$

Dimostrazione (a partire dalla definizione di «vietato», che è uno dei termini primitivi e dal postulato P1. Indichiamo a lato di ogni deduzione postulati, passi precedenti e regole utilizzati):

- | | | |
|-----|--|--|
| 1. | $\forall x (\text{VIE } x \leftrightarrow (\text{PER} \perp x \wedge \neg \text{PER } x))$ | definizione di «vietato» |
| 2. | $\forall x (\neg \text{PER } x \rightarrow \text{PER } \perp x)$ | postulato P1 |
| 3. | $\text{VIE } x \leftrightarrow (\text{PER } \perp x \wedge \neg \text{PER } x)$ | da 1, con la particolarizzazione di x |
| 4. | $\neg \text{PER } x \rightarrow \text{PER } \perp x$ | da 2, con la particolarizzazione di x |
| 5. | $\text{VIE } x \rightarrow (\text{PER } \perp x \wedge \neg \text{PER } x)$ | da 3, passando da «se e solo se» a «se» |
| 6. | $\text{VIE } x \rightarrow \neg \text{PER } x$ | da 5 e dall'assioma logico
$p \rightarrow (q \wedge m) \rightarrow (p \rightarrow q)$ |
| 7. | $(\text{PER } \perp x \wedge \neg \text{PER } x) \rightarrow \text{VIE } x$ | da 3 e dall'assioma logico
$(p \wedge q) \rightarrow (q \wedge p)$ |
| 8. | $\text{PER } \perp x \rightarrow (\neg \text{PER } x \rightarrow \text{VIE } x)$ | da 7 e dall'assioma logico
$((p \wedge q) \rightarrow m) \equiv (p \rightarrow (q \rightarrow m))$ |
| 9. | $\neg \text{PER } x \rightarrow (\neg \text{PER } x \rightarrow \text{VIE } x)$ | da 4 e 8 e dall'assioma logico
$((p \rightarrow q) \wedge (q \rightarrow m)) \rightarrow (p \rightarrow m)$ |
| 10. | $\neg \text{PER } x \rightarrow \text{VIE } x$ | da 9 e dall'assioma logico
$((p \rightarrow (p \rightarrow q)) \rightarrow (p \rightarrow q))$ |
| 11. | $\text{VIE } x \leftrightarrow \neg \text{PER } x$ | da 6 e 10 e dalla definizione di doppia implicazione |
| 12. | $\forall x (\text{VIE } x \leftrightarrow \neg \text{PER } x)$ | da 11 e dalla regola di generalizzazione |

A questa scelta di metodo Ferrajoli rivendica una funzione pratica: egli scrive, infatti, che «il metodo assiomatico rappresenta [...] un potente strumento di chiarificazione concettuale, di elaborazione sistematica e razionale, di analisi critica e – si badi bene – di invenzione teorica, quindi, particolarmente efficace ai fini dell'esplicazione della crescente complessità e ineffettività degli ordinamenti moderni». Il sistema assiomatico, formale non sarebbe, quindi, parte aggiuntiva, eliminabile dell'opera di sistemazione del diritto; ne è l'intrinseca struttura e ragione. La scelta di tale metodo è giustificata da due divaricazioni deontiche che rappresentano il rischio dei sistemi di diritto e degli ordinamenti contem-

poranei: la prima divaricazione è tra *validità* e *vigore* delle leggi e la seconda è tra *vigore* ed *effettività* del diritto nelle prassi istituzionali. La riduzione di tali divaricazioni è il principio che informa la ricerca del rapporto, a opera di una corrente di filosofia del diritto, tra sistema delle norme e sistema logico – in particolare, logico-formale. Dall'esame di tali divaricazioni e dall'uso di un rigoroso criterio logico-deduttivo si sviluppa, infatti, il concetto critico del diritto *illegittimo*, cioè in contrasto con la Costituzione, non deducibile da quei postulati che essa, esplicitamente o implicitamente determina: concetto che aiuta a elaborare le garanzie quali tecniche per ridurre l'ineffettività delle promesse costituzionali.

Come già accennato, l'impianto di cui abbiamo considerato l'aspetto strutturale appartiene a una linea di analisi del diritto definita "gius-costituzionalista" o anche di "costituzionalismo fortissimo", che vede la Costituzione come insieme di valori, vincoli, contrappesi, garanzie che definiscono l'universo di discorso di un ordinamento democratico. Tale definizione, condivisa ovviamente da tutto il pensiero costituzionalista, è però portata alla conseguenza stretta di una definizione anche formalizzata, tale da sottoporre a preventivo esame la produzione di norme per precludere la produzione di norme invalide in quanto in contrasto con i diritti di libertà. Le Costituzioni del secondo dopoguerra sono del resto un sistema di limiti e anche di obblighi al potere, altrimenti sovrano, della maggioranza e in tale possibile limite all'onnipotenza della maggioranza risiede il nucleo del concetto stesso di democrazia costituzionale.

2. *Un nodo irrisolto*

Si evidenzia però un nodo che appare irrisolto e che riguarda il complesso rapporto tra logica formale e diritto. Esso risiede nell'intrinseca incompletezza del sistema. Può, infatti, un sistema quale quello proposto essere completo? In termini generali, ritengo che la risposta non possa che essere negativa, perché altrimenti i sistemi di diritto non evolverebbero in sintonia con l'evolversi della storia o addirittura sarebbe la storia stessa – ipotesi di per sé assurda – a non evolversi³.

³ Del resto sull'incompletezza di un sistema formale coerente il Novecento si è misurato, giungendo a punti definitivi con l'opera di Kurt Gödel. L'ipotesi di un sistema

Sappiamo, infatti, che i sistemi logici non sfuggono a due criteri: il criterio della coerenza e quello della completezza. Nel caso dei sistemi normativi essi costituiscono due principi che si impongono allo stesso legislatore, dovendo le norme essere non contraddittorie e tali da risolvere tutte le possibili situazioni di regolazione.

È semplice accettare il principio della coerenza per un sistema che debba funzionare come sistema regolativo di comportamenti: nel sistema penale, un comportamento non deve essere qualificabile sia come lecito sia come non lecito, né un atto correttamente derivato da uno lecito deve poter mai essere qualificato come illecito. La questione della completezza è invece meno lineare perché si pone sotto due diversi aspetti. Il primo è che una qualsiasi condotta deve poter essere qualificata deonticamente; il secondo è che affinché il sistema sia completo, il legislatore deve svolgere tutte le implicazioni logiche delle norme di un dato ordine per qualificare quelle di ordine inferiore. Sono quindi possibili due tipi d'incompletezza dei sistemi normativi: la mancata connotazione deontica di una condotta e la mancata emanazione di una norma che renda effettiva un'altra norma. Penso per esempio alla necessità di connotazione deontica di comportamenti che avvengono sulla rete, difficilmente riconducibili in tutti i loro aspetti al sistema dei diritti stabilita prioritariamente in Costituzione – del resto anche se si confrontano le Carte dei diritti fondamentali si osservano differenze, ampliamenti dovuti alla mutata situazione in cui sono state pensate e redatte. Ma, penso altresì ai diritti enunciati e non resi effettivi (si tratta in questo caso di mancata emanazione di norme che rendano effettive altre norme) quali per esempio i diritti sociali costituzionalmente affermati e non resi vincolanti, effettivi, primo tra tutti il diritto al lavoro.

Autori che potenziano l'aspetto giuridico-formale non negano il rischio dell'incompletezza; al contrario lo presentano come valore aggiunto, a condizione che ogni norma adottata sia preventivamente posta al vaglio della sua deducibilità dai postulati dati o che si ampli l'insieme di postulati. In realtà questa ipotesi rimane sullo sfondo perché la vera finalità che si evidenzia dietro il ricorso alla logica e alle sue regole per racchiudere il diritto è piuttosto dettata da una esigenza di natura politico-normativa riassumibile a un grande desiderio di porre a verifica la produzione delle norme, per stabilire la loro coerenza o meno all'interno del

normativo coerente e completo inteso come sistema logico-formale appare, quindi, minato alla radice.

quadro costituzionale e soprattutto di porre ordine, freno e verifica logica a derive ed erranee interpretazioni. In sostanza, la necessità di distinguere ciò che è logicamente deducibile dai postulati costituzionali e ciò che non lo è, quasi operando attraverso il sistema logico un grande filtro per sottoporre a verifica di coerenza molti temi, elementi spuri entrati nel sistema normativo spesso sulla spinta di criteri di opportunità e spendibilità politica e non sottoposti al vaglio della fondatezza giuridica e della coerenza con il complessivo quadro ordinamentale.

Nel risistemare e depurare quanto prodotto attraverso il vaglio logico, il filosofo del diritto opera allora più come un Euclide delle norme esistenti che non come un Hilbert del diritto possibile: è più rivolto a dare forma e ri-sistemazione logica a quanto precedentemente empiricamente prodotto, piuttosto che a darne una espressione formale depurata da riferimenti esperienziali e, quindi, ad aprire la via ad altre possibili interpretazioni dello stesso schema formale costruito. Non si tratta di costruire un “nuovo diritto”, come per il geometra greco non era costruire un nuovo spazio possibile; si tratta piuttosto di capire se e come nuovi elementi siano coerenti con l’impianto complessivo e stabilire per essi la deducibilità dai principi che delineano il sistema ordinamentale. Non c’è la libertà di movimento logico, né il gioco coerente o quell’idea di verità come combinazione possibile e quell’apertura verso l’imprevedibile che connotano la logica del Novecento.

Qui si inserisce la difficoltà che ho progressivamente maturato nel considerare l’impianto strettamente logico del diritto; in particolare nel rivolgermi alla teoria del diritto a partire dall’esperienza del diritto stesso nella concretezza dell’implementazione delle norme, della verifica della loro effettività e della loro concreta possibilità di misurarsi con le contraddizioni poste dai rapporti di forza all’interno delle società complesse.

La mia difficoltà ha innanzitutto una radice strettamente biografica: di formazione matematico-logica, ho abbandonato da anni la frequentazione della logica. Parallelamente, di formazione iniziale non giuridica, ho da molti anni accentuato la frequentazione delle discipline giuridiche, fino a guidare i lavori di Organismi composti prevalentemente di giuristi. Nei primi anni Duemila sono stato membro per l’Italia del Comitato europeo⁴ incaricato di controllare il rispetto degli obblighi che derivano agli Stati

⁴ Comitato europeo per la prevenzione della tortura, dei trattamenti e delle pene inumane o degradanti (CPT), organo del Consiglio d’Europa, stabilito da una apposita Convenzione nel 1987 che ne indica funzioni, indipendenza e poteri; è operativo dal 1989.

dall'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁵ – l'articolo che vieta la tortura e le pene o i trattamenti inumani o degradanti – e dal 2007 alla fine del 2011 ne sono stato Presidente. Attualmente presiedo il Consiglio europeo per la cooperazione nell'esecuzione penale, che definisce regole per migliorare l'efficacia delle istituzioni detentive, la loro funzione di accompagnamento verso il ritorno nella società e la rigorosa tutela della dignità di ogni persona, pur doverosamente soggetta all'esecuzione di una sanzione⁶.

Questo lavoro di costante monitoraggio di luoghi opachi quali sono quelli della privazione della libertà, mi ha portato e mi porta a confrontarmi con la materialità spuria dell'esercizio e del non esercizio del diritto: un lavoro *nel diritto*, quindi, che difficilmente si misura col rigore definitorio e deduttivo del lavoro di chi si misura con il diritto stesso dal versante strettamente logico formale, configurandosi, questo, sostanzialmente come un lavoro *sul diritto*. Il lavoro *nel diritto* è fortemente incardinato nella materialità dell'applicazione, è segnato nel suo corpus teorico dalla effettività degli esiti di quanto affermato e stabilito; quello *sul diritto* è invece depurato da tale materialità e indica i principi e le linee asintotiche verso cui quelle attualizzazioni dovrebbero convergere.

Nel diritto penale empirico con cui mi misuro, quello dei luoghi ove l'esercizio di giustizia ha il suo punto di arrivo e la sanzione si manifesta in concretezza e quotidianità, in materialità che si fa sofferenza e spesso violazione, ignominia, tortura, la fallacia non è logica, è fattuale e, come tale, è insanabile. Sembrano stridere con questa esperienza le definizioni di condanna, sanzione e responsabilità che vengono date all'interno di un sistema assiomatico puro, quale quello prima sommariamente delineato: «condanna è la decisione che accerta un atto illecito, in attuazione dell'aspettativa pre-disposta da una norma come suo effetto in capo al soggetto che dell'illecito è imputato, e che produce come effetto la sog-

⁵ In sigla CEDU, adottata nel 1950, un anno dopo la costituzione del Consiglio d'Europa. Oltre a elencare i diritti di ogni persona stabilisce l'autorità di un'apposita Corte, che siede a Strasburgo, per accertare le violazioni di tali diritti da parte degli Stati e nel caso sanzionarli con il pagamento di un rimedio di natura essenzialmente pecuniaria nei confronti del soggetto che ha adito la Corte. L'adesione di uno Stato alla CEDU è pre-requisito per essere membro del Consiglio d'Europa. Gli Stati membri sono attualmente 47 e coprono l'Europa geografica – con estensione all'Asia nel caso della Turchia e della Federazione Russa – con l'esclusione della Bielorussia.

⁶ In sigla PC-CP. A differenza del CPT che è organismo indipendente dai governi, il PC-CP è un organismo tecnico di cooperazione tra governi e riferisce al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

gezione del medesimo soggetto a una lesione o all'obbligo di una prestazione, l'una e l'altra svantaggiosi e imposti con la forza». Un definizione così formalizzata:

$$\forall x'' \forall x' (\text{CON } x''x' \leftrightarrow \exists y'' \exists y' \exists r \exists z (\text{DEC } x''y'' \wedge \text{ACC } x''x' \wedge \text{ILL } x' \wedge \text{ASP } y'x'' \wedge \text{REG } ry' \wedge \text{NOR } r \wedge \text{EFF } y'x' \wedge \text{IMP } y'z \wedge \text{SBB } z \wedge \text{IMP } zx' \wedge \text{EFF } y''x'' \wedge \text{IMP } y''z \wedge \text{M}(\exists x)((\text{ASP } y''x \wedge \text{LES } x) \vee (\text{OBL } y''x \wedge \text{PRT } x)) \wedge \text{ATZ } xy'' \wedge \text{SVA } x \wedge \text{FZA } x))$$

O con analoghe definizioni, teoricamente ineccepibili, per la sanzione e la responsabilità: «sanzione è la lesione o la prestazione consistenti nell'attuazione svantaggiosa e coercitiva dell'aspettativa dell'una o dell'obbligo dell'altra prodotti dalla decisione di condanna per un illecito»; «responsabilità è l'effetto di un atto illecito, consistente nell'aspettativa, pre-disposta da una norma in capo al soggetto che dell'illecito è imputato, di una condanna a subire una sanzione». Anche se tali rigorose definizioni sono imprescindibili in un sistema democratico, basato appunto su regole certe e su un complesso equilibrio tra diversi poteri, la pratica dell'applicazione del diritto porta a una visione della responsabilità, della sanzione e della condanna molto distanti dalla loro purezza e de-contestualizzazione. Anche in sistemi formalmente democratici.

Aggiungo un ulteriore problema che emerge nel rapporto tra logica e diritto quando ci si misura con i sistemi implementati in ambito europeo. Si tratta della diversa tradizione tra sistemi continentali e sistema anglosassone, cosiddetto del *common law* e, quindi, della diversa definizione delle fonti del diritto: nel primo sistema le fonti sono le norme e al più la giurisprudenza interpretativa delle stesse; nel secondo, l'unica fonte è la giurisprudenza intesa come sistema casistico di precedenti a cui rifarsi. Ovviamente anche un sistema di *common law* ha il vincolo di rigore e di consistenza logica, ma non si articola come sistema deduttivo, poiché muove da pochissimi assiomi di partenza e costruisce sé stesso con continuità e successive espansioni nel fluire del proprio misurarsi con i casi in esame. La giurisprudenza della Corte europea per i diritti umani di Strasburgo ha proprio questo tipo di impianto⁷, pur riferendosi ai diritti fondamentali, ai diritti cioè di massima tutela in quanto inerenti alla persona in quanto tale.

⁷ Per esaminare il complesso *thesaurus* delle sentenze della Corte di Strasburgo, è disponibile una base di dati all'indirizzo web: *hudoc.echr.coe.int*.

Sono questi problemi che emergono nello stridore del contrasto tra il diritto teoricamente formalizzato e il suo esercizio, tra la purezza del sistema e le criticità delle pratiche, soprattutto nel contesto della tutela dei diritti fondamentali di coloro che sono ai margini della comunità sociale, a imporre un diverso approccio nel considerare la concretezza delle violazioni, la domanda di giustizia che da esse emerge, la richiesta pressante del ripristino sostanziale di quell'ordine che il diritto deve garantire. L'analisi, vista da quest'ottica, diviene allora più densa di storie, di immagini, anche di sensazioni; il linguaggio stesso si affida meno alla linearità semantica e si contestualizza in narrazioni esperienziali.

Così avviene in chi si immerge in un continuo percorso che, come un pendolo, muove da ciò che è affermato per andare a verificare ciò che concretamente si realizza, con tutta la corporeità che tale verifica comporta, per poi tornare nuovamente a dare valutazioni e a formulare raccomandazioni, cioè nuove affermazioni. Così avviene anche a queste mie note che ora vogliono discostarsi dall'impianto teorico e immergersi in quanto visto, verificato nel corso d'ispezioni, di visite ai luoghi di privazione della libertà, di confronto con chi in essi è ristretto. Note che vogliono immergersi nella distanza riscontrata tra impegni solennemente dichiarati e violazioni quotidianamente attuate dagli Stati.

3. *L'esperienza del crimine e il diritto come restituzione della dignità*

È stato del resto proprio Bertrand Russell, colui che aveva dedicato la propria vita scientifica alla restituzione di rigore logico alle teorie semi-formalizzate, riconducendole a un sistema di *principi* da cui poter dedurre le varie diramazioni del loro impianto, a proporre un approccio casistico come indicatore della discrasia tra norme enunciate e realtà, quando si è misurato con il problema delle violazioni dei diritti fondamentali. In primo luogo con la violazione del diritto a vivere in un contesto democratico.

Il Tribunale internazionale contro i crimini di guerra da lui stabilito insieme a Jean-Paul Sartre nel 1966 si mosse innanzitutto per indagare i crimini commessi durante la guerra in Vietnam, in particolare ai danni della popolazione civile. Successivamente si occupò dei crimini commessi in Cile dopo l'uccisione dell'esperienza democratica di Salvador Allende; poi nel 2001 tenne sessioni per la tutela dei diritti umani nell'ambito dei trattamenti psichiatrici, con una sessione a Berlino, nel 2004 sui

diritti umani in Iraq e nel periodo dal 2009 al 2012 sulla situazione palestinese, con sessioni nei diversi continenti. Russell era ormai morto da molto – egli visse a lungo e morì nel 1970 – ma quell’esperienza aveva seminato un metodo e un’attenzione che sono sopravvissuti ai suoi fondatori, essendo anche Sartre deceduto dieci anni dopo il filosofo e logico inglese. Al vaglio logico sottopose la ricostruzione ufficiale dell’assassinio di John Fitzgerald Kennedy dimostrando le inconsistenze che minavano la credibilità di tale versione.

La sua è stata un’esperienza alla base di successivi sviluppi del diritto penale internazionale relativamente ai crimini contro l’umanità: si sono avuti i tribunali speciali relativi alla ex Jugoslavia e al Ruanda e soprattutto si è avviata l’esperienza della Corte penale internazionale, sotto l’egida del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, definita dallo Statuto di Roma del 1998 ed entrata in funzione nel 2002. Tutti casi, questi, in cui il diritto si è misurato con la materia spuria della realtà, con la crudeltà delle pratiche e con la realtà dell’inesistenza di una Convenzione universale da tutti accettata e per tutti vincolante – non essendo tale la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo – a cui poter riferirsi come insieme di assiomi.

In termini molto ridotti, questa difficoltà ha connotato anche la mia esperienza nel contesto della tutela di un diritto fondamentale e inderogabile stabilito, in ambito europeo, dal già menzionato articolo 3 della Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali che tiene uniti i 47 Paesi del Consiglio d’Europa. Tale articolo recita: «Nessuno può essere sottoposto a tortura o a pene o trattamenti inumani o degradanti». Nessuno, neppure il peggior colpevole. Si tratta di uno dei pochi articoli della Convenzione non derogabile in alcuna situazione, quantunque di emergenza, neppure quando possa essere in gioco la stessa sicurezza dello Stato⁸. Come è noto, la Convenzione europea per i diritti umani affida alla Corte di Strasburgo il compito di accertare le eventuali violazioni e conseguentemente di irrogare una condanna allo Stato responsabile: la Corte agisce come giudice sovranazionale, sulla base del ricorso di un singolo cittadino di uno degli Stati parti della Convenzione, che ritenga di essere stato privato di uno

⁸ Gli articoli della CEDU non derogabili sono soltanto quattro e, oltre a questo relativo al divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti, riguardano la tutela della vita (articolo 2), il divieto di lavoro forzato e schiavitù (articolo 4.1) e il principio di legalità che deve governare l’azione penale, sintetizzato dalla nota frase «*nulla poena sine lege*» (articolo 7).

dei diritti che essa tutela e che abbia inutilmente percorso le vie legali nazionali per ottenere rimedio a quanto subito. La Convenzione è del 1950 e la Corte ha iniziato a operare nel 1959. Negli anni tuttavia, nonostante l'importanza dei risultati conseguiti, l'esperienza ha mostrato la necessità di rafforzare gli strumenti di protezione per quanto attiene le persone private della libertà. Per questo negli anni Ottanta si è integrato il sistema di controllo con un ulteriore organismo non giurisdizionale, ma di carattere preventivo per evitare lo stesso proporsi di situazioni di maltrattamento o tortura. Un organismo in grado di agire in proprio, anche in assenza di denuncia del singolo, per tenere sotto costante osservazione i luoghi di privazione della libertà – dalle stazioni di Polizia, alle prigioni, ai Centri di permanenza temporanea per immigrati irregolari, alle istituzioni psichiatriche. Un Comitato, quindi, non configurato come organo di giudizio, che non emette sentenze bensì invia raccomandazioni agli Stati affinché questi accertino le eventuali violazioni, perseguano i responsabili e rimuovano le cause del loro verificarsi; che successivamente controlla l'adempimento delle proprie raccomandazioni.

Il Comitato – indicato in sigla CPT e di cui sono stato Presidente – ha illimitato accesso a ogni luogo di privazione della libertà e a ogni fonte di informazione; intervista in privato le persone che vi sono ristrette e redige un Rapporto su quanto osservato e accertato, che invia poi al singolo Stato, indicando le azioni da svolgere sotto forma, appunto, di raccomandazioni. Due principi reggono la sua attività: la cooperazione con le autorità nazionali e la riservatezza di quanto accertato. Il Rapporto relativo a una visita è infatti pubblicato solo su richiesta dello Stato coinvolto, unitamente alle risposte date dalle autorità ai singoli rilievi sollevati e alle raccomandazioni formulate. Solo se è evidente la mancata collaborazione da parte del governo del Paese interessato o il suo rifiuto ad attuare le raccomandazioni ricevute, il Comitato ha il potere di rompere il vincolo della riservatezza, adottando una dichiarazione pubblica in cui rende noto sia quanto ha accertato sia l'assenza di azioni conseguenti da parte del governo⁹. Spesso è una misura più minacciata che agita poiché gli Stati hanno interesse a mostrare la propria capacità a rimuovere situazioni in violazione dell'articolo 3 della Convenzione piuttosto che rendere evidente che la loro rimozione avviene sotto l'obbligo imposto da un organismo sovranazionale. Infatti, questa misura di rottura del vincolo della riservatezza è stata adottata sei volte: per due volte nei con-

⁹ Per le attività e i metodi di lavoro del CPT si veda il sito www.cpt.coe.int.

fronti della Turchia negli anni Novanta, per tre volte nei confronti della Federazione Russa relativamente alla Cecenia e alle altre Repubbliche della zona del Nord-Caucaso, negli anni Duemila; infine recentemente, nel 2011 nei confronti della Grecia per le condizioni di detenzione in particolare dei migranti privati della libertà per la irregolarità o illegalità della loro presenza nel territorio greco.

Negli anni di mia attività mi sono più volte misurato con situazioni in cui la procedura per tale misura eccezionale era stata avviata e non conclusa perché gli Stati interessati avevano finalmente adottato provvedimenti, proprio poco prima che essa giungesse alla conclusione. Solo nel caso della Cecenia si è ripetuta l'adozione di questa misura per ben tre volte in un lasso di tempo piuttosto breve. Una delle ragioni di un provvedimento reiterato è stata la non disponibilità delle autorità russe ad autorizzare la pubblicazione dei Rapporti del Comitato relativi alle visite effettuate in varie regioni della Federazione e in particolare nel Nord-Caucaso: un atteggiamento che è mutato in quest'ultimo anno, ma che era assolutamente fermo negli anni caldi del conflitto ceceno. Rendere pubblico ciò che le delegazioni da me guidate avevano direttamente visto, indagato e accertato nel corso delle proprie ripetute visite a quel difficile contesto, era il solo modo perché la comunità internazionale conoscesse quanto stava avvenendo, fosse informata dei metodi di interrogatorio, delle detenzioni irregolari, delle sparizioni; che lo fosse da parte di un organismo istituzionale indipendente e, come tale, credibile.

Questo modello di controllo con funzione preventiva ha dimostrato negli anni di costituire in ambito europeo un valido sistema di riduzione dei rischi di tortura e di altri trattamenti contrari alla dignità delle persone. Proprio per questo si cerca di estenderlo al di là del limite di azione europea, in un quadro internazionale più ampio. Infatti, a partire dal 2002 un analogo Organismo è stato istituito dalle Nazioni Unite attraverso un Protocollo opzionale alla Convenzione contro la tortura¹⁰. Tut-

¹⁰ La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura è stata approvata dall'Assemblea ONU il 10 dicembre 1984 ed è entrata in vigore il 26 giugno 1987. Essa prevede un Comitato (CAT) che controlla l'adempimento da parte degli Stati degli obblighi previsti dalla Convenzione, ma che non ha poteri di libero e indipendente accesso ai luoghi di privazione della libertà. Dopo una discussione che si è protratta per molti anni, il 10 dicembre 2002 è stato approvato il Protocollo opzionale a tale Convenzione (in sigla OPCAT) che istituisce un organismo che ha poteri di accesso relativamente agli Stati che lo ratificano – il Protocollo è, appunto, opzionale. A oggi (marzo 2015) è stato ratificato da 77 Stati (altri 18 hanno firmato il Protocollo, ma non lo hanno ancora ratificato).

tavia la sua connotazione di atto “opzionale” fa sì che importanti Paesi del pianeta, quantunque membri della Convenzione ONU contro la tortura, abbiano votato contro la sua adozione e non intendono aderirvi: Stati Uniti, Cina, India, Pakistan, per esempio, non ne fanno parte. È comunque importante il fatto in sé che tale modello si vada estendendo in alcune aree asiatiche, latino-americane, africane. L'Italia lo ha ratificato nel 2013.

Ogni Stato che ratifica il Protocollo s'impegna a stabilire un'autorità nazionale indipendente che abbia poteri di accesso del tutto analoghi a quelli del Comitato europeo che ho precedentemente indicato. Tale autorità nazionale deve tenere poi un rapporto costante con un Organismo di coordinamento – chiamato Sottocomitato ONU contro la tortura (SPT) – che ha sede a Ginevra e che definisce metodologie di monitoraggio comuni nei vari Paesi e standard da rispettare.

4. *Una provvisoria nota conclusiva*

Credo che sarebbe bene che i giovani conoscessero questi strumenti che il diritto internazionale offre, pur partendo dall'innegabile dato empirico, negativo, che le violazioni di tali principi persistono e che la lotta per ridurle è ancora un campo del tutto aperto.

A volte, quando mi capita di spiegare ai giovani il sistema di controllo che il diritto internazionale si è dato in Europa mi viene posta la domanda cruciale sulla sua effettività. La difficile domanda è quella banale: «Ma tutto ciò serve a debellare la tortura o comunque le gravi violazioni dei diritti delle persone?». La risposta è duplice. Da un lato è negativa, perché la tortura non è stata espulsa dalle pratiche che si manifestano, anche in Europa, nelle situazioni di conflitto; un conflitto non necessariamente di tipo tradizionale, tuttavia basato sulla distorsione che porta a vedere la persona fermata o che ha comunque commesso un reato come *nemico* e non semplicemente come *reo* – un nemico potenzialmente aggressore per il fatto stesso di esistere della dimensione esistenziale di chi rappresenta l'autorità. Tuttavia, da un altro lato è positiva perché la tortura, quantunque non sconfitta e abolita, deve comunque nascondersi, negarsi, non manifestarsi e perché nel contesto europeo non può esistere un luogo di privazione della libertà che sia sottratto allo sguardo di un Organismo sovranazionale. Non può esistere una Guantanamo europea, cioè un luogo di detenzione palese, noto, ma sottratto alla

tutela dei diritti fondamentali, alle regole della detenzione e alla possibilità di controllo da parte di qualunque autorità sovranazionale: ciò non significa che non si possano essere verificate e non si verifichino detenzioni illegali anche in Europa, soprattutto nella lotta contro il terrorismo internazionale; significa però che esse devono essere tenute nascoste, non esibite, non accettate e fatte accettare come ineluttabili.

Qui torna una specie di verifica che ha a che vedere con quanto la logica insegna: con quella parte della logica che parte dalla rigida sottoposizione di un asserto a quel principio di falsificazione, che Karl Popper ha preso come criterio di validazione di una teoria. Nel diritto empirico spetta a chi ha il potere dell'esercizio della forza e della coercizione e il potere della privazione della libertà adottare pratiche che non possano essere confutate dall'evidenza dei segni delle persone maltrattate o offese nella propria dignità. L'asimmetria che esiste tra chi è singolo e privato della libertà e chi esercita il potere di privarlo della libertà, fa sì che spetti a quest'ultimo, cioè all'Istituzione che questi rappresenta, confutare l'eventuale denuncia di maltrattamento e di offesa della propria dignità formulata dal primo. Il modello logico è quello della confutazione e richiede di essere sempre nella posizione di poter agire secondo questa via che ha anch'essa un fondamento logico. Ma qui si apre forse un altro capitolo della nostra riflessione.

ATTUALITÀ

*La metropoli nel sistema autonomistico francese.
Spunti per uno studio di diritto costituzionale comparato**

Cécile Regourd, Giuliano Serges

SOMMARIO: 1. L'importanza di un confronto con l'esperienza francese. – 2. *Collectivités territoriales* ed *EPCI*: un'importante distinzione terminologica... e non solo. – 3. La questione metropolitana in Francia. – 4. La legge di «modernizzazione dell'azione pubblica territoriale e di affermazione delle *métropoles*». – 5. Francia e Italia nella sfida europea per una metropoli competitiva: spunti di comparazione a mo' di conclusione.

1. *L'importanza di un confronto con l'esperienza francese.* – Da quando, nel 1990, la nozione di “Città Metropolitana” è stata introdotta nell'ordinamento italiano, essa è sempre stata presentata dal legislatore (o dal Governo) come ispirata alle esperienze straniere e, in particolare, a quelle europee¹, avendo oramai assunto, la c.d. “questione metropolitana”, una dimensione, per l'appunto, europea².

Tra le varie esperienze europee, quella di maggior interesse per il giurista italiano, con riferimento alla questione in esame, è senz'altro quella francese. In primo luogo perché il «sempre affascinante» modello «francese rivoluzionario con i tre livelli del potere centrale, dei dipartimenti e dei comuni»³ condivide con l'Italia l'articolazione del governo locale su tre fondamentali livelli di governo, scandita dalla prima parte del comma 1 dell'art. 72 *Const. Fr.*, per quanto

* Il presente lavoro è frutto di una ricerca congiunta e della riflessione comune dei due autori. La redazione materiale del testo, ad eccezione del § 4, è stata svolta da Giuliano Serges, il quale ha altresì tradotto in italiano la restante parte, originariamente redatta in francese da Cécile Regourd, e i testi normativi, giurisprudenziali o dottrinali citati.

¹ Da ultimo si veda, per esempio, la relazione introduttiva al d.d.l. cost. n. AC 1543, con la quale le Città Metropolitane sono state presentate come «una moderna soluzione per il governo delle aree metropolitane, così come avviene anche nell'ambito dell'esperienza di altri Paesi europei».

² Sul punto cfr. CH. VALLAR, *La métropole: l'institutionnalisation d'une aire urbaine à l'échelle européenne*, in J. CARLES, D. GUIGNARD, S. REGOURD (a cura di), *Réformes et mutations des collectivités territoriales*, Paris 2012, 255 ss.

³ D. SCHEFOLD, *Fra regione e comune*, in D. SCHEFOLD, *Contributi comparatistici in fase di crisi finanziaria. Rechtsvergleichende Beiträge in Zeiten der Finanzkrise*, in *Deutsch-Italienische Studien – Studi Italo-tedeschi*, vol. 3, Bremen 2013, 8.

riguarda la Francia, e dal primo comma dell'art. 114 Cost., per quanto riguarda l'Italia. Inoltre anche la Francia, come l'Italia e, forse, persino di più, soffre la presenza di una "micro-frammentazione" comunale dovuta a ragioni storico-politiche e che mal si concilia con le esigenze dell'efficienza amministrativa. Ciò significa, in terzo luogo, che anche la "questione metropolitana" si presenta, nei due Paesi, in forma in qualche misura analoga, trattandosi in ambo i due casi di individuare ed "istituzionalizzare" le aree metropolitane già esistenti in quanto situazioni di fatto e non coincidenti con le ripartizioni amministrative preesistenti.

Un quarto elemento di analogia, infine, lo si può trovare nel tipo di soluzione che, da ultimo, entrambi gli ordinamenti di cui si tratta hanno elaborato relativamente al fenomeno metropolitano, consistente, in buona sostanza, nel oggetto di un approccio funzionalista⁴ e nella creazione di un nuovo ente di governo del territorio metropolitano: la *Métropole*⁵, in Francia, e la Città Metropolitana, in Italia.

Più che le analogie, tuttavia, ciò che è interessante individuare ed analizzare sono le differenze tra i due sistemi, numerose ed assai rilevanti, le quali, in un'ottica comparatistica, possono fornire importanti spunti di riflessione per un esame più approfondito del caso italiano. L'obiettivo di questo articolo, però, non è quello di presentare *direttamente* uno studio di diritto comparato bensì, come si evince dal titolo e dal sottotitolo, di analizzare esclusivamente il sistema francese – con le competenze di una giurista francese e gli "occhi" di un giurista italiano – fornendo alcune informazioni utili ed alcuni spunti di approfondi-

⁴ Cfr. E. ROTELLI, *Le aree metropolitane in Italia. Una questione istituzionale insoluta*, in G. MARTINOTTI (a cura di), *La dimensione metropolitana*, Bologna, 1999. Sul punto sia inoltre consentito rinviare a GIU. SERGES, *Alla ricerca di una definizione giuridica di città metropolitana. Dalla metropolitana culture dei primi del '900 alla riforma Delrio*, in *Federalismi.it, Osservatorio sulle Città Metropolitane*, n. 1/2014, § 2, a).

⁵ Per evitare qualsivoglia ambiguità terminologica, l'ente territoriale metropolitano francese verrà indicato con il termine in lingua originale, *métropole*, mentre si utilizzerà la parola italiana "metropoli" esclusivamente con riferimento all'area metropolitana in quanto realtà sociale, economica, territoriale e funzionale. Una scelta analoga è stata compiuta per il termine "*département*", ente territoriale francese corrispondente, in via approssimativa, alla Provincia, la cui traduzione letterale in italiano ("dipartimento") assume un significato diverso. Nel corso dell'articolo, inoltre, si è scelto di lasciare in lingua francese alcuni termini o alcuni brani citati poiché se, da un lato, la traduzione non è stata ritenuta coesenziale alla comprensione globale del testo, dall'altro si è voluto evitare che un "eccesso di traduzione" non consentisse al Lettore di cogliere il reale significato e le esatte sfumature del testo originale. In alcuni casi si è ritenuto, peraltro, di spiegare il significato dei termini francesi con delle note esplicative in italiano. Occorre, infine, segnalare che nel testo sono state utilizzate alcune abbreviazioni d'uso corrente nella saggistica giuridica francese, per le quali è possibile consultare l'elenco pubblicato dal *Syndicat national de l'édition* (SNE) e oggi disponibile all'indirizzo internet http://xvm-12-234.gbst.net/img/pdf/SNE/Abr_principales_ref_matiere_juridique.pdf. La rivista *Cahiers administratifs et politistes du Ponant* è citata sotto l'abbreviazione CAPP. Per alcune riviste oggi non più pubblicate si vedano anche gli elenchi messi a disposizione in www.blogdroitadministratif.net/index.php/2006/10/06/98-les-revues-de-droit-public ed in www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi_0066-3085_2004_tab_50_1_3840.

mento *per* uno studio di diritto comparato sull'argomento. Soltanto nell'ultima parte si troveranno alcuni accenni di comparazione, volutamente essenziali e senza alcuna pretesa di esaustività, che hanno come unica utilità quella di stimolare la riflessione del Lettore⁶. Da qui, peraltro, la scelta, che a noi è sembrata inevitabile, di limitare, nei paragrafi successivi, i riferimenti bibliografici alla sola dottrina francese.

Si è inoltre deciso, per non estendere eccessivamente l'area di ricerca, di non approfondire un argomento sul quale pure sarebbe utile una riflessione, e sul quale sarebbe peraltro auspicabile una particolare attenzione da parte della dottrina⁷, vale a dire quello del rapporto intercorrente tra l'introduzione di specifici enti di governo metropolitano, come le *Métropoles* e le Città Metropolitane, e il quadro generale della forma di Stato.

Questo lavoro è dunque esclusivamente volto ad offrire una sintetica ricostruzione del sistema autonomistico francese e dell'approccio che il legislatore d'oltralpe ha utilizzato nell'affrontare la questione metropolitana⁸, prestando prevalente attenzione nell'evidenziare le peculiarità che contraddistinguono l'ordinamento francese da quello italiano. Una particolare premura, inoltre, verrà usata nel mettere in rilievo i profili problematici degli istituti esaminati ed a dare cenno del dibattito dottrinale in materia, nella convinzione che la "comparazione giuridica" – cui questo articolo è finalizzato, nei termini sopra precisati – sia non già lo sterile raffronto dei testi normativi stranieri con quelli italiani, bensì la ricerca di una maggiore comprensione dei fenomeni giuridici attraverso un'analisi critica e quanto più approfondita di diversi ordinamenti.

2. *Collectivités territoriales ed EPCI: un'importante distinzione terminologica... e non solo.* – Prima di entrare nel vivo della questione, bisogna preliminarmente chiarire il significato della locuzione *collectivité territoriale* (o *collecti-*

⁶ In tal senso, peraltro, ci sembra che vada, sia pur con riferimenti assai meno essenziali di quelli proposti in questo lavoro, anche il testo di L. VANDELLI, *Les réformes territoriales en France et en Italie: parallélismes et divergences*, su *Astrid-online.com*, elaborato in occasione di un'audizione presso il Senato francese il 27 novembre 2014.

⁷ Essendo entrambe le normative, quella francese e quella italiana, piuttosto recenti e destinate ad entrare in funzione solo il primo gennaio 2015, è normale che il dibattito in materia sia ancora in fase di sviluppo. Sull'aspetto peculiare dei rapporti tra governo delle aree metropolitane e la forma di Stato non sembrano esserci stati significativi interventi da parte della dottrina francese, mentre per quella italiana possiamo ricordare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, il saggio di A. LUCARELLI, *Le Città metropolitane. Tipi di Stato e trasformazioni territoriali*, su *Federalismi.it*, Osservatorio Città Metropolitane, n. 3/2014.

⁸ Su tali tematiche sia consentito richiamare, altresì, il saggio di C. REGOURD, pubblicato in lingua francese sulla Rivista *Federalismi.it* (Osservatorio Città Metropolitane n. 3, novembre 2014) con il titolo *Les mutations de l'organisation territoriale française au prisme de la création des métropoles*. Un contributo in lingua italiana sul tema è invece quello di G. MARCOU, *Le Città metropolitane nella riforma dell'assetto territoriale francese*, sempre in *Federalismi.it*, Osservatorio Città Metropolitane n. 3.

*vit  locale*⁹), a volte resa in italiano come “ente locale” o “ente territoriale”. Tale traduzione  , invero, imprecisa, poich  la locuzione “ente territoriale”, in italiano,   generica e vale ad identificare qualunque ente di governo del territorio. Le *collectivités territoriales*, letteralmente “collettivit  territoriali”, invece, sono una specifica categoria di ente locale¹⁰, vale a dire quella composta dagli enti di cui all’art. 72 *Const. Fr.*, i quali godono di una particolare autonomia e di una specifica garanzia costituzionale e sono, in qualche misura, assimilabili agli enti enumerati nella Costituzione italiana all’art. 114.

Gli “altri” enti locali sono invece identificati con diverse denominazioni (alle quali corrispondono diversi regimi giuridici)¹¹. Tra di essi, rivestono parti-

⁹ Una vecchia questione posta dalla dottrina francese riguardava la scelta della locuzione pi  appropriata tra «*collectivités locales*» e «*collectivités territoriales*». Bench  le due locuzioni fossero – e siano ancora – correntemente utilizzate come sinonimiche «senza che possa essere sempre percepita una distinzione tra le due denominazioni»,   pur vero che esse presentano, sul piano del pi  stretto significato, delle sfumature diverse. Da un lato, infatti, «nel linguaggio giuridico si parla “* lus locaux*” [“eletti locali”] ma non di *fonctionnaires territoriaux* [funzionari territoriali]» ma, dall’altro, «si poteva preferire parlare di *collectivités territoriales* in quanto questa espressione pone l’accento su di un elemento importante della loro definizione, vale a dire il territorio» (M. VERPEAUX, *Les collectivités territoriales en France*, IV ed., Paris 2011, 1-2). Tale ambiguit  inoltre, era in passato alimentata dal fatto che «il Ministero dell’Interno comprende una “direzione generale delle *collectivités locales*”, ma   un *Code générale des collectivités territoriales* quello che   stato promulgato con la legge del 21 febbraio 1996», senza considerare che «le giurisdizioni supreme utilizzano [le due espressioni] in maniera sinonimica, cos  come la maggior parte della dottrina» (M. VERPEAUX, *Les collectivités territoriales*, cit., 1-2). In ogni caso tale questione sembra ormai superata grazie alla *loi constitutionnelle* del 28 marzo 2013, che ha sostituito, all’art. 34 *Const. Fr.*, la locuzione «*collectivités locales*» con quella «*collectivités territoriales*».

¹⁰ Secondo la definizione offerta dalla migliore dottrina giuridica francese, «*les collectivités territoriales sont des éléments de l’administration décentralisée*», posto che «*la décentralisation peut être d finie, sur le plan juridique, comme la reconnaissance,   c t  de l’ tat, de personnes publiques dot es de la personnalit  morale charg es de compétences administratives*» (M. VERPEAUX, *Les collectivités territoriales*, cit., 2).

¹¹ Gli enti locali diversi dalle *collectivités* pi  comuni in Francia sono quelli previsti dall’articolo L.5111-1 del *Code général des collectivités territoriales* (da qui “CGCT”), di cui il secondo comma, introdotto con la riforma delle *collectivités territoriales* nel 2010 e modificato nel 2014, fornisce, un elenco di tipologie di enti associativi di *collectivités territoriales* nel quale si trovano menzionati gli * tablissements publics de coopération intercommunale* (EPCI), i *syndicats mixtes*, i *pôles métropolitains*, le *agences d partementales*, i *pôles d’équilibre territoriaux e ruraux*, le *institutions* o gli *organismes interd partementaux* e le *ententes interr gionales*. Gli EPCI, a loro volta, possono essere raggruppati in due categorie: quelli “*  fiscalit  propre*” (“a fiscalit  propria”), cio  con autonomia tributaria, e quelli “*sans fiscalit  propre*”. A seguito delle modifiche apportate dalla riforma del 2010, alla prima di queste categorie appartengono: *communautés de communes*, *communautés d’agglomération*, *communautés urbaines*, *métropoles*, *syndicats d’agglomération nouvelle* (SAN); alla seconda categoria appartengono invece i *syndicats de communes*, che si possono a loro volta suddividere in: *syndicats intercommunaux   vocation unique* (SIVU), *syndicats intercommunaux   vocation multiples* (SIVOM) e *syndicats mixtes*. Un caso a parte   costituito dai *pôles métropolitains* (sui quali v. *infra*, § 3.5) che, pur essendo “a fiscalit  propria”, non sono degli EPCI, bens  dei “raggruppamenti” (cio  delle forme associative) di EPCI. Per altro verso, quelle enumerate al secondo comma dell’art. L. 5111-1 non sono le uniche forme possibili di cooperazione tra *collectivités*. Accanto ad esse troviamo, innanzitutto, quelle previste da leggi speciali – quali: gli * tablissements publics industriels et commerciaux*, le *sociétés publiques locales* (l. n. 2010-559 del 28 maggio 2010), i GIP (o *groupement*

colare rilievo quelli appartenenti alla categoria degli *EPCI*, sigla che sta per *établissements publics de coopération intercommunale* (enti pubblici di cooperazione intercomunale). Si tratta di enti associativi di tipo intercomunale che godono, ormai, di garanzie, di competenze e di poteri che li rendono sempre meno distinguibili, sul piano sostanziale, dalle *collectivités territoriales* (v. *infra*, § 2.2, nonché *supra*, nota n. 11).

La distinzione tra *collectivités territoriales*, *EPCI* e altri enti di governo del territorio assume un rilievo non solo terminologico. La scelta sull'assegnazione della *Métropole* all'una o all'altra categoria di ente locale è stata, infatti, al centro del dibattito che ha preceduto (e seguito) la legge francese istitutiva del nuovo ente metropolitano, ed è ancora oggi oggetto principale del dibattito dottrinale relativo alla questione in esame.

Per approfondire la disciplina relativa alle *métropoles* è dunque utile, se non necessario, esaminare, sia pur sinteticamente, le principali caratteristiche dello statuto giuridico delle *collectivités territoriales* e degli *EPCI* nel sistema costituzionale francese.

2.1. *Le collectivités territoriales dopo la riforma costituzionale del 2003.* – La norma di riferimento per quanto riguarda le *collectivités territoriales* è, senz'altro, l'art. 72 *Const. Fr.*, il quale “apre”, per così dire, il Titolo XII, dedicato, per

d'intérêt public, previsti dall'art. 98 della *l. n.* 2011-525, 17 maggio 2011) –, nonché quelle create per favorire lo sviluppo locale (art. 22, *l. n.* 1995-115 del 4 febbraio 1995, ormai abrogato dall'art. 51 della *l. n.* 2010-1563; art. 95, *l. n.* 2003-590 del 2 luglio 2003). Inoltre, com'è stato osservato, «il primo comma [dell'articolo L. 5111-1 del CGCT] non impedisce ai *départements* di creare un'associazione di diritto privato ai sensi della *loi* del 1° luglio 1990, né di aderirvi [...]. Inoltre, delle disposizioni particolari possono condurre a porre in essere dei meccanismi di cooperazione tra i Comuni, senza ricorrere alla costituzione di un *EPCI*» (J. DOMENACH, Commento all'Art. L. 5111-1 in J. MOREAU (a cura di), *Code général des collectivités territoriales commenté*, Paris 2013, 844). Sono poi possibili anche forme di cooperazione tra *communautés urbaines* ed altri enti, nei modi previsti dall'art. 5215-27 del *Code général des collectivités territoriales*. Si tenga presente, infine, che anche l'art. 72, comma 5, della Costituzione francese, così come modificato dalla *loi constitutionnelle n.* 2003-276 del 28 marzo 2003, consente la creazione di altri modi di cooperazione tra *collectivités territoriales*. Le categorie enumerate all'art. L. 5111-1 del *Code*, infatti, sono, per la maggior parte, forme di cooperazione, per così dire, tradizionali dell'ordinamento francese, e non trovano necessariamente il loro fondamento nell'art. 72 della Costituzione. Quest'ultimo, invece, è stato interpretato dalla dottrina francese come attinente ad una ulteriore forma di cooperazione, quella che viene comunemente individuata con l'espressione “*collectivité chef de file*” (J. DOMENACH, Art. L. 5111-1, cit., 844). Non si tratta di una vera e propria forma associativa, bensì piuttosto di una forma di cooperazione verticale tra le *collectivités territoriales* esistenti che può attivarsi quando l'esercizio di una competenza o di un gruppo di competenze riguarda diversi livelli di governo e, quindi, diverse *collectivités*. In tal caso una sola di esse potrà assumere il ruolo di “*chef de file*” – cioè un “ruolo guida” – nell'esercizio di tali competenze, facendosi garante della coerenza generale dell'insieme delle misure adottate in materia (Cfr. V.F. LEFÈVRE, *La notion de chef de file dans la législation sur l'aménagement du territoire*, in *Territoire 2010*, n. 8, luglio 2003). Va detto, per altro verso, che «il legislatore ha assai poco esplorato» la strada della cooperazione verticale, «forse per paura che le grandi *collectivités* ne approfittassero per invadere le competenze delle piccole» (M. VERPEAUX, *Les collectivités territoriales*, cit., 155), ma la dottrina prevalente ne auspica un incremento.

l'appunto, alle *collectivités territoriales*. Il primo comma di tale articolo, nella prima parte, sancisce che: «Le *collectivités territoriales* della Repubblica sono i Comuni, i *Départements*, le Regioni, le *collectivités* a statuto speciale e le *collectivités* d'oltremare disciplinate all'art. 74».

Questa statuizione, che corrisponde, in qualche misura, all'art. 114, comma 1, della Costituzione italiana, si differenzia tuttavia da quest'ultimo almeno per una ragione. Il Costituente francese, infatti, si limita ad enumerare quali siano le *collectivités territoriales*, senza utilizzare delle formule in qualche maniera assimilabili a quelle “si riparte” o “è costituita”, caratteristiche invece dell'art. 114 (vecchia e nuova formulazione). Non si tratta di un caso, ma di una scelta precisa, poiché la Francia ha già conosciuto il criterio della “secca” e chiusa ripartizione territoriale¹², e ne ha dunque già sperimentato lo «*choc* permanente» dato dalla difficile conciliabilità «dell'unità e della pluralità nella struttura dello Stato»¹³.

La riforma costituzionale del 2003¹⁴ ha profondamente riformato il *Titre XII* ed ha in qualche maniera rappresentato il coronamento di vent'anni di “esper-

¹² Già l'art. 1 del Titolo II della Costituzione del 3 settembre 1791 prevedeva che «*Le Royaume est un et indivisible: son territoire est distribué en 83 départements, chaque département en districts, chaque district en cantons*». La Costituzione del 24 giugno 1793 utilizzava il termine “distribuzione” (Art. 3: «*[Le peuple] est distribué, pour l'administration et la justice, en départements, districts, municipalités*»). La Costituzione del 5 fructidor an III, che usa il termine “divisa”, è quella che si avvicina forse di più al nostro vecchio art. 114 (Art. 3 «*La France est divisée en [...] département*»; art. 5 «*chaque département est distribué en cantons, chaque canton en communes*»). La Costituzione bonapartista del 22 frimaire an VIII torna al criterio della “distribuzione”, precisando, inoltre, che la Repubblica è “indivisibile” (Art. 1 «*La République française est une et indivisible. Son territoire européen est distribué en départements et arrondissements communaux*»). La Costituzione del 1848, invece, recupera il termine “divisione” e sancisce, all'art. 76, che «*la division du territoire en départements, arrondissements, cantons et communes est maintenue. Les circonscriptions actuelles ne pourront être changées que par la loi*». È proprio a seguito della Costituzione del 1848, rimasta in vigore fino alla metà del XX secolo, che il dibattito sulla formulazione delle disposizioni costituzionali riguardanti le *collectivités territoriales* si farà più sentito. Nel progetto della Costituzione del 19 aprile 1946, all'articolo 114, era previsto che: «*La République française, une et indivisible, reconnaît l'existence de collectivités territoriales. Ces collectivités sont les communes et départements, les territoires et fédérations d'Outre-Mer. Elles s'administrent librement, conformément à la loi nationale*». Come spiega il Lavigne, «questo testo [...] esprimeva la sintesi delle proposte dei gruppi comunisti e socialisti, che facevano dell'espressione della personalità giuridica, dell'autonomia e della gestione degli interessi propri delle *collectivités locales* una condizione di esercizio della sovranità popolare» (P. LAVIGNE, Commento all'Art. 72, in F. LUCHAIRE, G. CONAC (a cura di), *La constitution de la république française. Analyses et commentaires*, II ed., Paris 1987, 1212-1213). Nell'elaborazione della Costituzione del 27 ottobre 1946, il dibattito assumerà toni più accesi. In particolare, deve riscontrarsi la presenza di due posizioni assolutamente contrapposte: da un lato i repubblicani, fermamente contrari all'introduzione di un Titolo dedicato alle *collectivités territoriales*; dall'altro, invece, socialisti e comunisti, che spingevano in senso opposto. Alla fine furono questi ultimi ad avere ragione sui primi. L'articolo 85 del Titolo X («*Des collectivités territoriales*») della Costituzione del 27 ottobre 1946, che in qualche modo rappresenta il precedente storico dell'attuale art. 72 *Const. Fr.*, disponeva così che: «1. *La République française, une et indivisible, reconnaît l'existence de collectivités territoriales. 2. Ces collectivités sont les communes et département, les territoires d'Outre-Mer*».

¹³ P. LAVIGNE, *Art. 72*, cit., 1211.

¹⁴ *Loi constitutionnelle* n. 2003-276 del 28 marzo 2003.

menti” legislativi volti al raggiungimento della c.d. “decentralizzazione amministrativa”¹⁵.

Per quanto riguarda il disposto dell’art. 72, rispetto alla formulazione originale del 1958¹⁶ possiamo notare, innanzitutto, l’inserimento delle Regioni tra gli enti enumerati; un inserimento avvenuto, invero, solo a seguito di un lungo dibattito e di numerosi tentativi¹⁷.

¹⁵ Se l’auspicato obiettivo della “decentralizzazione” sia stato veramente raggiunto è discusso in dottrina. Da un lato troviamo chi ha salutato con favore la riforma del 2003, nella convinzione che «dopo vent’anni di esperimenti, la riforma costituzionale del 2003 instaur[asse] una vera e propria organizzazione decentralizzata della Repubblica» (B. MALHEY, *Les collectivités territoriales et leur compétences*, in É. LANDOT, B. MALHEY, M. VERPEAUX (a cura di), *La réforme des collectivités territoriales*, Paris 2011, 21). Dall’altro lato, invece, non sono mancate critiche: sia con riferimento al contenuto della legge costituzionale (si vedano, ad esempio: E. BROSSET, *L’impossibilité pour les collectivités territoriales françaises d’exercer le pouvoir législatif à l’épreuve de la révision constitutionnelle sur l’organisation décentralisée de la République*, in *RFD const.*, 2004, 695; L. BAGHESTANI-PERREY, *La pertinence des nouveaux modes constitutionnels de répartition et de régulation de l’exercice des compétences décentralisées*, in *LPA*, 2005, 78; AA.Vv., *Colloque de Brest 2009 «Corriger la décentralisation»*, in *RGCT*, 2010, n. 47; M. VERPEAUX, *Le renouvellement constitutionnel de la décentralisation. Mythe et réalités*, in *JCP A.*, 2012, n. 43, 24 ss.); sia in riferimento alla scarsa incisività pratica della riforma, resa ulteriormente inefficace da alcune interpretazioni conservatrici del *Conseil constitutionnel* (cfr. B. FAURE, *La révision constitutionnelle de 2003. Vérités dix ans après*, in *AJDA*, n. 23/2013, 1328 -1334); sia, infine, con riferimento al concetto stesso di decentralizzazione e alla sua “bontà” (Cfr. M. POCHARD, *La maladie infantile de la décentralisation*, in *AJDA*, 2002, 829). Sulla definizione di “decentralizzazione”, e sul suo sviluppo in Francia, si vedano, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, P. BODINEAUX, M. VERPEAUX, *Histoire de la décentralisation*, II ed., Paris 1997; C. CORNET, J. FERSTENBERG, L. TOURET, *Les grands arrêts de la décentralisation*, II ed., Paris 2001; P. BERNARD, *La décentralisation à la française*, in *AJDA*, 2002, 1253 ss.; SOLEIL, L. JAUME, *Centralisation – Décentralisation (aspect historique)*, in *AJDA*, 2004, 760 ss.; F. CHALTIEL, *Actualité de la notion de décentralisation*, in *LPA*, 6 giugno 2012, n. 113, 6. Sugli effetti della riforma costituzionale del 2003 sul diritto delle *collectivités territoriales* si vedano almeno: AA.Vv., *Dossier sulla riforma delle collectivités territoriales*, in *AIDA*, dossier n. 11/2003, con interventi di BRISSON, FRIER, GOHIN, HERTZOG, THEILLAY e VERPEAUX; AA.Vv., *Articoli sulla riforma delle collectivités territoriales*, in *JCP A.*, 2002, n. 3, 1094-1998, con interventi di BOUVIER, FABERON, MOREAU e VERPEAUX; AA.Vv., *Articoli sulla riforma delle collectivités territoriales*, in *RDF adm.*, n. 4, 2003, con interventi di VERPEAUX, DOLLAT, GOHIN e ORAISON; AA.Vv., *Articoli sulla riforma delle collectivités territoriales*, in *RDF adm.*, n. 1, 2004, con interventi di DELVOLVÉ, COUZATIER-DURAND, CALS, ORAISON e FLAMAND-LEVY; AA.Vv., *Articoli sulla riforma delle collectivités territoriales*, in *CAPP*, con interventi di DELBOND, FIALAIRE, HASTINGS-MARCHADIER, GUISELIN e JOYAU; L. FAVOREU, *La loi, le règlement et les collectivités territoriales*, in *AJDA*, 2002, p. 561; O. GOHIN, *La nouvelle décentralisation et la réforme de l’État en France*, in *AJDA*, 2003, 522-528; G. GAUDEMONT e O. GOHIN (a cura di), *La République décentralisée*, Paris 2004; O. GOHIN, *La réforme de l’État décentralisé*, in B. MATHIEU (a cura di), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris 2008, 765-774; J. FERSTENBERG, F. PRIET, P. QUILICHINI, *Droit des collectivités territoriales*, Paris 2009; M. VERPEAUX, *Droit des collectivités territoriales*, cit.; B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, II ed., Paris 2011; O. GOHIN, M. DEGOFFE, A. MAITROT DE LA MOTTE, CH.-A. DUBREUIL, *Droit des collectivités territoriales*, Paris 2011.

¹⁶ «Le *collectivités territoriales* della Repubblica sono i Comuni, i *départements*, i territori d’Oltremare. Qualunque altra *collectivité territoriale* è creata con legge. Le *collectivités* si amministrano liberamente con dei Consigli eletti e nel rispetto delle condizioni previste dalla legge. Nei *départements* e nei territori, il delegato del Governo è incaricato degli interessi nazionali, del controllo amministrativo e del rispetto delle leggi».

¹⁷ Cfr. la ricostruzione di P. LAVIGNE, *Art. 72*, cit., 1215 ss.

Un secondo elemento da evidenziare, poi, riguarda la modifica della seconda parte del primo comma dell'articolo in esame. Se, nella formulazione originale, era permessa la creazione eventuale con legge formale di nuove *collectivités territoriales*¹⁸, la versione attuale dell'articolo 72 prevede che «qualunque altra *collectivité territoriale* è creata con legge, se del caso al posto di una o più *collectivités* menzionate al presente comma».

Si tratta di un'innovazione di consistente entità: da un lato il legislatore ordinario non solo può creare delle nuove *collectivités territoriales*, ma può addirittura *sopprimerne*, eventualmente, altre preesistenti pur se costituzionalmente garantite¹⁹; dall'altro il legislatore costituzionale francese si è preoccupato di garantire che la modificazione o la creazione di *collectivités territoriales* avvenga senza pregiudizio del principio democratico, da cui la previsione, *ex art.* 72-1, comma 3, di un eventuale *referendum* al fine di «consultare gli elettori iscritti nelle *collectivités* interessate».

Va detto, peraltro, che già alcuni progetti di legge avevano manifestato la volontà di utilizzare la clausola in esame proprio per istituire il nuovo ente della

¹⁸ Tale «enumerazione aperta» delle *collectivités territoriales* costituiva già di per sé una notevole evoluzione rispetto alla Costituzione del 1946 (cfr. M. VERPEAUX, *Les collectivités territoriales*, cit., 21), e si spiega e trova la sua ragion d'essere nella volontà di cercare soluzioni, per così dire, dinamiche al problema dell'Algeria, senza dover creare nuove Regioni.

¹⁹ Sarà di agevole comprensione il fatto che tale statuizione abbia creato alcune difficoltà interpretative. Essa prevede, infatti, che nuovi tipi di collettività territoriali possano essere previsti da una legge ordinaria, anche in sostituzione di una di quelle previste dalla Costituzione (e per la cui soppressione sarebbe necessaria, normalmente, una legge costituzionale). Come si collocherebbe tale legge nel sistema delle fonti? In quale categoria è possibile enumerare queste nuove collettività territoriali? Quali sono i limiti del legislatore? Il *Conseil constitutionnel* ha avuto modo di pronunciarsi sul punto almeno in due occasioni: una prima volta nel 1982 e una seconda nel 1991 (*Cons. Const.*, nn. 81-138 e 91-290 DC). In tali occasioni il Consiglio ha chiarito come la legge possa creare delle categorie differenti da quelle che sono enumerate in costituzione, tanto nella Francia metropolitana quanto nei territori d'oltre-mare, anche composte da «una sola unità» (è il caso della Corsica). Per altro verso «il legislatore può anche operare delle modifiche all'interno delle categorie preesistenti, dotando una *collectivité* di un nuovo statuto ovvero facendola cambiare di categoria» (M. VERPEAUX, *Les collectivités territoriales*, cit., 23). Un altro problema relativo alla clausola *ex art.* 72, comma 1, seconda parte, *Const. Fr.*, che in ottica comparatistica non è di grande interesse ma che riportiamo per dovere di completezza, riguarda la tipologia della riserva di legge ivi prevista, se essa sia, cioè, di tipo relativo ovvero assoluto. Non fornendo la Costituzione delle risposte chiare, va detto che la prassi, sin dal 1958, è sempre stata quella di ritenere possibili l'intervento di fonti regolamentari, ma solo per la creazione, la fusione o la soppressione di Comuni, mentre unicamente al legislatore spetta la creazione o la soppressione di nuovi *départements* o di nuove Regioni. Come spiega M. VERPEAUX, *Les collectivités territoriales*, cit., pp. 23, infatti, «se adottiamo una lettura estensiva dell'articolo 72, solo il legislatore dovrebbe essere competente per creare o sopprimere un *département* o un Comune. Tuttavia, se viene operata una lettura più restrittiva, il legislatore è competente solo per determinare delle nuove categorie ma, all'interno di esse, la creazione può essere effettuata sia dalla legge, sia dal potere regolamentare. La Costituzione non fornisce alcuna risposta precisa. La prassi seguita dal 1958, così come un certo buon senso, mostra che se il potere regolamentare è competente per creare o sopprimere dei Comuni, per esempio nell'ambito della fusione o della creazione di nuovi Comuni, solo il legislatore può creare dei nuovi *départements* o delle nuove Regioni».

*Métropole*²⁰, e che tale possibilità è stata recentemente sfruttata per la *Métropole* di Lione (v. *infra*, § 4.2.2).

L'organizzazione complessiva del sistema francese consente quindi, almeno in teoria, una certa elasticità nelle scelte attuative del legislatore. Benché l'attuale sistema delle *collectivités territoriales* francesi, almeno sul territorio della Francia metropolitana, si presenti grossomodo strutturato sul criterio c.d. della "ripartizione territoriale" (data dalla necessaria presenza, sul tutto il territorio, di Comuni, *départements* e Regioni), il dettato costituzionale non impedisce affatto la futura creazione di nuovi enti basati su diversi criteri. Ciò costituisce senz'altro, com'è stato notato²¹, *una delle più rilevanti differenze con il sistema italiano*.

Per altro verso, bisogna notare come, pure nella Costituzione francese – sempre a seguito della riforma costituzionale del 2003 – non manchi una indicazione, sia pure molto generica, circa il criterio generale che deve informare il sistema delle *collectivités territoriales*, ma esso si trova non già nel *Titre XII*, bensì nell'art. 1, il quale statuisce, tra le altre cose, che «La Francia è una Repubblica indivisibile [...]. La sua organizzazione è decentralizzata»²².

Un'ulteriore novità della riforma del 2003 è costituita dal secondo comma del "nuovo" articolo 72²³, nel quale viene riconosciuto, dalla dottrina francese, il principio di sussidiarietà. Viene così "costituzionalizzata" la sussidiarietà, intesa dal Revisore francese quale corollario della decentralizzazione. Il secondo comma dell'art. 72 *Const. Fr.* è, in un certo senso, il "cugino" francese dell'art. 118 della Costituzione italiana, anche se le due formulazioni sono assai differenti

²⁰ Era il caso del progetto Balladur poi parzialmente naufragato (v. *infra*, § 3.3).

²¹ Cfr. M. VERPEAUX, *Les collectivités territoriales*, cit., 23, che osserva come «la formula utilizzata all'articolo 72, comma 1, prevedendo che la legge possa creare delle nuove categorie, anche composte da una sola unità, non impedisce che la legge possa creare, a sua volta, delle nuove unità all'interno delle categorie esistenti [...]. La Costituzione francese, infatti, non ha fissato il numero delle *collectivités territoriales* per ciascuna categoria, a differenza della Costituzione italiana che fissa il numero delle Regioni, si tratti di quelle a statuto speciale o di quelle di diritto comune».

²² Come spiega M. VERPEAUX, *Les collectivités territoriales*, cit., p. 3, «la legge di revisione costituzionale del 28 marzo 2003 ha precisato, all'art. 1 Cost., che l'organizzazione della Repubblica francese è "decentralizzata". Questa disposizione, discussa, significa solamente che la Francia si afferma quale Stato decentralizzatore, vale a dire che essa intende conferire maggiore autonomia alle sole *collectivités territoriales*, e non, dunque, agli *établissements publics*. Essa vale altresì a sfumare la prima frase dello stesso articolo 1, secondo la quale la Francia è una "Repubblica indivisibile". Malgrado la formulazione adottata dalla nuova disposizione, non è dunque tutta l'organizzazione della Francia ad essere decentralizzata, ma l'organizzazione delle *collectivités territoriales*. Alcune parti del territorio francese sono dunque dotate di una esistenza giuridica distinta rispetto a quella dello Stato. La nozione di personalità giuridica non è sufficiente, tuttavia, a definire tutta la decentralizzazione, ma ne costituisce la condizione giuridica preliminare. La decentralizzazione presuppone anche l'esistenza di affari separati da quelli dello Stato e di mezzi sufficienti ed organi distinti, per quanto le *collectivités* agiscano comunque sotto la sorveglianza dello Stato. Dall'equilibrio, o dal disequilibrio, tra i due principi, quello della libertà e quello del controllo, nascerà o meno una decentralizzazione credibile».

²³ «*Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon*».

tra di loro. Non c'è, come nell'articolo 118, un *favor* espresso per la collettività territoriale più piccola, né figura alcun riferimento all'"esercizio unitario": la Costituzione francese si limita a dire, in maniera più generica, che le *collectivités territoriales* "hanno vocazione" a prendere le decisioni per il complesso delle competenze che possono essere meglio esercitate al loro livello.

I commi 3 e 5²⁴ esprimono, allo stesso tempo, il *principio democratico*, il principio di autonomia (chiamato in Francia "*principio della libera amministrazione*"²⁵) e quello che in Italia abbiamo chiamato il *principio di pari-ordinazione degli Enti locali*. Così la Costituzione francese da un lato impone che le *collectivités* si amministrino per mezzo di un Consiglio *eletto*, mentre dall'altro prevede che esse si amministrino liberamente, dispongano di un potere regolamentare per l'esercizio delle loro competenze e siano indipendenti l'una dall'altra (senza, cioè, vincoli di subordinazione). Quando è necessario l'esercizio comune di una competenza, le *collectivités territoriales* interessate possono essere autorizzate dalla legge a organizzare le modalità di esercizio comune di tale competenza. Si tratta di quella che i francesi chiamano *la coopération entre collectivités territoriales* e che, almeno in teoria, può essere sia di tipo "verticale" (tra collettività di livello diverso: ad es. tra *Commune* e *Département*), sia di tipo "orizzontale" (v. *supra*, nota n. 11).

Un'ultima novità considerevole del "nuovo" articolo 72, tralasciando qui il comma 6²⁶ che non rileva ai fini della nostra ricerca, è quella fornita del quarto comma, a norma del quale «Alle condizioni previste con legge organica, e salvo qualora siano in causa le condizioni essenziali per l'esercizio di una libertà pubblica o di un diritto costituzionalmente garantito, le *collectivités territoriales* o i loro *groupements* possono, quando, secondo il caso, la legge o il regolamento lo prevedono, derogare, a titolo sperimentale e con oggetto e durata limitati, alle disposizioni legislative o regolamentari che regolano l'esercizio delle loro competenze»²⁷. Con tale disposizione risulta evidente come l'obiettivo del Revisore

²⁴ Art. 3: «*Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences*»; Art. 5: «*Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre. Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune*».

²⁵ Sul principio della libera amministrazione delle *collectivités territoriales* e per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia si veda l'ottimo articolo di H. ALCARAZ, *Le principe de libre administration des collectivités territoriales dans la jurisprudence constitutionnelle après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003. Illustration des limites du contrôle de constitutionnalité*, in *RFDA*, n. 3/2009, 497-514.

²⁶ Art. 6: «*Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois*».

²⁷ Va precisato che, quando la Costituzione francese parla di legge organica, essa si riferisce ad un tipo di legge ben preciso, quello cioè previsto dall'articolo 46 della Costituzione stessa, caratterizzantesi per un procedimento di formazione particolare e rafforzato che prevede, tra le altre cose, la deliberazione a maggioranza assoluta dell'Alta Assemblea ed il controllo preventivo di costituzio-

costituzionale francese sia stato quello di attuare una decentralizzazione del sistema delle *collectivités territoriales*, e di farlo prevedendo istituti che diano una grande elasticità al sistema. Così, come abbiamo visto, è ora possibile, quando una legge organica lo preveda, e purché non venga arrecato pregiudizio all'esercizio di una libertà pubblica o di un diritto costituzionalmente garantito, che tanto le singole *collectivités territoriales* quanto, addirittura, i *groupements de collectivités territoriales* possano derogare alle disposizioni legislative o regolamentari che disciplinano le loro competenze a titolo sperimentale, per il conseguimento di un obiettivo specifico e per una durata limitata.

2.2. *Gli EPCI a confronto con le collectivités territoriales riformate.* – La questione relativa alle differenze tra *collectivités territoriales* ed EPCI è stata posta, dalla dottrina francese, ormai da molto tempo²⁸. Maggiore è lo sviluppo dell'autonomia dei secondi, minore è la distanza che separa questi dalle prime, tanto che ormai le differenze tra i due istituti sono appena percettibili, se non, con particolare riferimento agli EPCI a fiscalità propria (v. *supra*, nota n. 11), quasi del tutto scomparse²⁹.

nalità obbligatorio. Si noti come sull'interpretazione da darsi e sulla reale portata dell'art. 46 si è espresso più volte il *Conseil Constitutionnel* (*Décisions*: n. 2007-559, DC del 6 dicembre 2007; n. 2008-572, DC del 8 gennaio 2009; n. 2009-576, DC del 3 marzo 2009; n. 2009-579, DC del 9 aprile 2009; n. 2009-586, DC del 30 luglio 2009; n. 2009-587, DC del 30 luglio 2009).

²⁸ A. DE LAUBADÈRE, *Vicissitudes actuelles d'une distinction classique : établissement public et collectivité territoriale. À propos des groupements des collectivités territoriales*, in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse 1974, 411 ss.; E. FATÔME, J. MOREAU, *L'établissement public territorial. Mode de gestion du service public?*, in *AJDA*, 1988, 699 ss.; J. CHEVALLIER, *Les transformations du statut d'établissement public*, in *JCP*, I/1972, 2496 ss.; J.-F. JOYE, *Les E.P.C.I. à fiscalité propre. Des collectivités territoriales mal nommées?*, in *LPA*, n. 98/2003, 4 ss.; B. FAURE, *L'hypothèse des bases constitutionnelles de l'établissement public territorial*, in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Douence*, Paris, 155 ss.; G. GLÉNARD, *Les EPCI à fiscalité propre sont-ils des collectivités territoriales?*, in LANDOT, MALHEY, VERPEAUX, *op. cit.*, 137 ss.; B. MALHEY, *Les collectivités*, cit., 33 ss.; L. JANICOT, *Les collectivités territoriales. Une définition doctrinale menacée ?*, in *RFDA*, 2011, 227 ss.

²⁹ Così è stato detto che gli EPCI sarebbero oggi, in realtà, degli «établissements publics atipici, unici nel loro genere, ovvero delle *collectivités territoriales* col nome sbagliato» (J.-F. JOYE, *Les E.P.C.I. à fiscalité propre*, cit., 4 ss.), o delle «nuove *collectivités territoriales*» (A. DE LAUBADÈRE, *Vicissitudes*, cit., 447), o ancora degli «ibridi, metà *établissement public* intercomunali e metà *établissements publics territoriaux*» (G. VEDEL, *Droit administratif*, Paris, IV ed., 1968, 655), ovvero degli «*établissements publics territoriaux*» anziché «intercomunali» (J.-M. PONTIER, *L'intercommunalité, hier, aujourd'hui et demain*, in *JCP A.*, n. 30-40/2010, *ét.* n. 2201, 23). Con particolare riferimento alle *métropoles*, che nella legge del 2010 (e in parte anche nella disciplina attuale) appartenevano formalmente alla categoria degli EPCI, è stato sostenuto che esse sarebbero, in virtù delle loro peculiarità, una «nuova formula», «supplementare», «rinnovata» e «snaturata» di EPCI à fiscalité propre (L. GARRIDO, *La métropole : une nouvelle formule d'EPCI?*, in F. LERIQUE, (a cura di), *À l'heure de la métropolisation. Quels contours juridiques?*, Paris 2012, *passim*, al cui saggio si rimanda per una esaustiva trattazione del tema relativo alle peculiarità della *Métropole* in quanto EPCI), secondo alcuni una sorta di «*super-communauté urbaine*», o addirittura «succedanea delle *collectivités territoriales*, falso *établissement public*» (G. MARCOU, *Les métropoles ont-elles une chance ?*, in *JCP A.*, n. 30-34, 26 luglio 2010, *ét.* n. 2246, 61).

Pur potendosi convenire, in linea di principio, sul fatto che «la questione di sapere se un ente sia una *collectivité territoriale* o un ente pubblico non si pone sul piano del diritto positivo, nella misura in cui le *collectivités territoriales* sono denominate in quanto tali»³⁰, è altresì vero che, al di là della definizione formale dei due istituti, «riflettere sulla [loro] definizione concettuale conserva un reale interesse», soprattutto al fine di comprendere «se sia ancora utile applicare [alle *collectivités territoriales*] delle qualificazioni e dei regimi differenti rispetto a quelle e a quelli di altri enti, e se non sia opportuno proporre delle altre classificazioni»³¹.

Cominciamo dall'inizio. La differenza tradizionale tra *collectivités territoriales* ed EPCI sta (o, per meglio dire, stava) in questi sei punti, invero non tutti "caratterizzanti" alla stessa maniera: 1) il diverso *nomen iuris*; 2) il metodo di riconoscimento delle competenze ("chiuso" per gli EPCI, "aperto" per le *collectivités*); 3) l'elettività a suffragio universale e diretto degli organi (prevista in origine solo per le *collectivités territoriales*); 4) l'autonomia finanziaria; 5) l'autonomia esterna (laddove le *collectivités territoriales* sono pari-ordinate tra loro, mentre gli EPCI sono ad esse subordinate); 6) il territorio (che negli EPCI poteva essere, in origine, anche discontinuo).

a) *Qualificazione formale, elettività degli organi decisionali, autonomia finanziaria, autonomia esterna e territorio.* – Ora, il punto 1) resta ancora oggi un elemento differenziale. Ma trattandosi di una qualificazione meramente formale, non basta, come abbiamo scritto poc' anzi, a caratterizzare l'istituto giuridico cui si riferisce.

Il punto 3), invece, è certamente scomparso, almeno con riferimento agli EPCI *à fiscalité propre*. In origine gli organi degli EPCI erano eletti dagli stessi Consiglieri comunali (elezione di secondo grado), ciò che aveva suscitato la denuncia, da più parti, di un *deficit* democratico, specie proprio a seguito della introduzione nell'ordinamento delle *Métropoles* (v. *infra*, § 3.4). Con la *loi* del 16 dicembre 2010 è stato modificato il *Code général* agli artt. L. 5211-6 ss., prevedendo l'elezione a suffragio universale diretto degli EPCI *à fiscalité propre*³². Il 17 maggio 2013, poi, è stata approvata la *loi* n. 2013-403, con la quale sono state disciplinate le modalità di tale elezione diretta³³. Vi è stato, quindi, chi ha soste-

³⁰ L. JANICOT, *Les collectivités territoriales*, cit., 227.

³¹ L. JANICOT, *Les collectivités territoriales*, cit., 227. In termini analoghi A. DE LAUBADÈRE, *Vicissitudes*, cit., p. 421.

³² Per una analisi critica di queste disposizioni si veda N. WOLFF, *L'élection au suffrage universel direct des représentants des EPCI. Les paradoxes de la légitimité*, in *AJDA*, n. 20/2011, 1120-1127, la quale, peraltro, nota come «se la modifica delle modalità di elezione dei rappresentanti intercomunali rappresenta un progresso sul terreno della legittimità democratica, essa conduce altresì ad una minima visibilità delle costruzioni istituzionali classiche» (p. 1120).

³³ Le elezioni si svolgeranno in contemporanea a quelle municipali, con due modalità diverse a seconda che si tratti di un Comune con più di mille abitanti ovvero di un Comune che non raggiunga

nuto che almeno gli EPCI a fiscalità propria (categoria alla quale, giova ricordarlo, appartengono le *métropoles* di diritto comune) dovessero considerarsi degli organi eletti ai sensi dell'art. 72, terzo comma, *Const. Fr.*³⁴. È stato notato in dottrina, peraltro, che se da un lato è vero che l'art. 72, comma 4, *Const. Fr.* sancisce il principio dell'elettività delle *collectivités territoriales*, dall'altro bisogna riconoscere come «questo articolo non significhi che l'elezione sia un tratto esclusivo delle *collectivités territoriales*. Esso, in effetti, non costituisce ostacolo a che degli organi deliberanti di alcuni *établissements publics*, quali le Camere professionali o le Università, possano essere eletti»³⁵.

Quanto al punto 4), va detto che esso non è caratteristico *ab origine* solo delle *collectivité territoriales*, bensì anche, almeno, degli EPCI *à fiscalité propre*, ed è quindi solo parzialmente distintivo.

Sul punto 5), poi, la caratterizzazione dell'autonomia esterna come elemento distintivo è già stata messa in dubbio dalla dottrina da ormai molto tempo³⁶. La differenza starebbe nel fatto che mentre le *collectivités territoriales* sono pari-ordinate tra loro e liberamente amministrate, gli E.P.C.I. sarebbero, invece «*rattachés*», dunque subordinati a, o comunque dipendenti da, una *collectivité territoriale*. Questo «*rattachement*» era dato, in origine, soprattutto dal fatto che gli organi degli EPCI non erano eletti a suffragio universale, ma nominati dal Consiglio comunale. Ora, invece, esso «non significa più nulla al di là del fatto che gli EPCI sono costituiti dai Comuni e che questi ultimi conservano un diritto di controllo sul loro avvenire»³⁷.

tale soglia demografica. Nel primo caso si seguirà il metodo dello *scrutin de liste* (o «*par fléchage*»), vale a dire che agli elettori verrà presentata, per ciascuna lista, una scheda divisa in due parti: quella di sinistra conterrà l'elenco dei candidati a consigliere comunale, quella di destra i candidati per il Consiglio dell'EPCI interessato (che dovranno necessariamente essere candidati anche per il Consiglio comunale). Nel secondo caso, invece, si seguirà il metodo dell'*ordre du tableau*: agli elettori verrà presentata una scheda per ogni lista, contenente un solo elenco di candidati, quello relativo al Consiglio comunale. La preferenza espressa dall'elettore per il Consiglio comunale sarà valida, indirettamente, anche per l'elezione del Consiglio dell'EPCI, poiché quest'ultimo sarà composto sulla base dell'elenco degli eletti a consigliere comunale, seguendo un ordine prestabilito (prima il Sindaco, poi i suoi vice, poi i consiglieri municipali che hanno ottenuto più voti). Sono previsti dei meccanismi per far sì che ciascun Comune sia rappresentato all'interno dell'EPCI. Il Presidente del Consiglio dell'EPCI viene eletto dai consiglieri.

³⁴ G. GLÉNARD, *Les EPCI à fiscalité propre*, cit., 147.

³⁵ L. JANICOT, *Les collectivités territoriales*, cit., 235.

³⁶ Si veda, anche per ulteriori riferimenti, l'ottimo articolo di J.-F. JOYE, *Les E.P.C.I. à fiscalité propre*, cit., 4 ss.

³⁷ J.-F. JOYE, *Les E.P.C.I. à fiscalité propre*, cit., 4. L'Autore spiega, infatti, che «come tutte le *collectivités locales* di diritto comune, l'E.P.C.I. non ha altro *rattachement* (né altra vocazione) se non il territorio, asse geografico delle sue competenze. Opera nell'interesse degli abitanti di tale territorio secondo le sue competenze. Se l'EPCI nasce dalla volontà dei Comuni (non necessariamente di tutti, peraltro), il suo funzionamento spetta a lui solo. Certo, può essere sottomesso all'influenza degli eletti municipali designati in seno al suo Consiglio (in particolare quelli della Città principale per peso demografico ed economico), ma non vi è alcun *rattachement* certo a ciascuno dei vari Comuni presi isolatamente. Non deve dargli conto di nulla, salvo per il fatto che il Presidente dell'EPCI è tenuto a fare un rapporto dell'attività accompagnato da un rendiconto amministrativo al Sindaco di

Quanto, infine, alla continuità territoriale, il *Code général des collectivités territoriales* (da qui: CGCT) prevede ormai che anche gli EPCI debbano essere istituiti su territori *“d'un seul tenant et sans enclave”* (contigui e senza enclave), salvo alcune rare e puntuali eccezioni consentite dalla legge. Da qui, peraltro, nasce la proposta di definizione degli EPCI come *“établissements publics territoriales”* (v. *supra*, nota n. 29).

b) La questione delle competenze ed il diverso status costituzionale. – Ciò chiarito, la qualificazione sostanziale degli EPCI si gioca ormai, quindi, tutta sul metodo di riconoscimento delle competenze. Si tratta di un aspetto del diritto francese degli enti locali tanto interessante quanto complesso.

In principio la differenza sostanziale tra EPCI e *collectivités territoriales* stava in ciò: mentre per i primi le competenze erano puntualmente definite in un elenco “chiuso”, le seconde avevano competenza su qualunque materia anche non specificamente loro attribuita. Tale caratteristica è sancita dalla c.d. “clausola generale delle competenze” (*clause générale de compétences*) – altresì nota come *clause générale de compétence* (clausola generale di competenza) o, forse più correttamente, *clause de compétence générale* (clausola di competenza generale) – inizialmente introdotta per i soli Comuni con la *loi municipale* del 1884³⁸ e poi “allargata” anche a *départements* e Regioni nel 1982. «Questa “clausola generale delle competenze”», spiega il Verpeaux, «aveva una doppia vocazione, interna perché operava un riparto di competenze tra l'organo deliberante e quello esecutivo conferendo al primo una competenza di principio, esterna in quanto proteggeva i Comuni contro le invasioni dello Stato, innanzitutto, e dei *départements*»³⁹. La clausola generale delle competenze è poi stata, in tempi più recenti, trasfusa negli articoli L. 2121-29 (per i Comuni), L. 3211-1 (per i *Départements*) e L. 4221-1 (per le Regioni). Tali clausole sono formulate secondo una formula *standard* per la quale “Il Consiglio (municipale/generale/regionale) regola tramite le sue delibere gli affari de... (il Comune/il *Département*/ la Regione)”.

Tanto la clausola delle competenze è ritenuta caratterizzante delle *collectivités territoriales*⁴⁰, che la dottrina aveva cominciato a interrogarsi sul riconosci-

ciascun Comune membro [...]. Questo quadro rappresenta un *diritto di controllo* ma non un vero e proprio *rattachement*. Si tratta di una semplice esigenza di trasparenza. La subordinazione ai Comuni è dunque tenue. Sarebbe d'altronde curioso immaginare un *rattachement* degli EPCI, divenuti veri e propri livelli dell'amministrazione, a un gradino territoriale che gli è geograficamente inferiore» (Ivi, p. 5).

³⁸ Secondo la quale «il Consiglio municipale regola tramite le sue delibere gli affari del Comune».

³⁹ M. VERPEAUX, *Les collectivités territoriales*, cit., 116-117. Sul punto si vedano anche: J.M. PONTIER, *Semper manet. Sur une clause générale de compétences*, RDP, 1984, 1443 ss.; ID., *Nouvelles observations sur la clause générale des compétences*, *Mélanges en l'honneur de J.C. Douence*, 2006, 365 ss.

⁴⁰ Tra gli altri, la ritengono un criterio fondamentale per la definizione delle *collectivités terri-*

mento dell'eventuale valore costituzionale di essa in quanto principio fondamentale integrante il principio di libera amministrazione *ex art. 72 Const. Fr.*⁴¹. Ricostruzione che, tuttavia, il *Conseil Constitutionnel*, con una decisione del 9 dicembre 2010, ha scartato, negando che la clausola in questione avesse valore di principio fondamentale⁴².

Tale decisione scaturiva dal fatto che con l'art. 73 della *loi* di riforma del 16 dicembre 2010, «nonostante l'ambiguità»⁴³ del suo disposto, si era abolita la clausola delle competenze per i *départements* e per le Regioni, di tal guisa che essa avrebbe dovuto restare in vigore solo per i Comuni. Con la disposizione in questione, infatti, se da un lato si prevedeva che ogni competenza per materia fosse attribuita ad una sola *collectivité* (ivi compresi i Comuni) e «a titolo esclusivo» (paragrafo IV), dall'altra si modificavano gli articoli L. 32211-1 e L. 4221-1 del CGCT, statuendo che i Consigli dei *départements* o regionali regolamentassero gli aspetti concernenti le loro rispettive *collectivités* «nell'ambito delle competenze che la legge gli attribuisce».

Tuttavia ci si è chiesti in dottrina se, in realtà, la clausola delle competenze non dovesse considerarsi come abolita, o comunque in qualche maniera attenuata, anche con riferimento ai Comuni⁴⁴.

Se la risposta a tale domanda fosse risultata positiva, allora si sarebbe dovuto prendere atto del fatto che non vi era più alcuna differenza tra EPCI a fiscalità propria e *collectivités territoriales*, salvo, s'intende, il *nomen iuris*. Ci si era dunque domandati se almeno gli EPCI à *fiscalité propre* non fossero ormai dive-

toriales, in opposizione agli EPCI: L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français LGDJ*, 1932; L. CONSTANS, *Le dualisme de la notion de personne administrative en droit français*, Paris 1966; J.P. THÉRON, *Recherches sur la notion d'établissement public*, LGDJ, 1976; A. DE LAUBADÈRE, *Vicissitudes*, cit.

⁴¹ Per una ricostruzione di tali posizioni si veda ancora L. JANICOT, *Les collectivités territoriales*, cit., 231.

⁴² *Conseil Constitutionnel*, *décision* n. 2010-618, DC del 9 dicembre 2010, pubblicata sul JO del 17 dicembre, *Cons. nn.* 53 e 54.

⁴³ L. JANICOT, *Les collectivités territoriales*, cit., 230. Sulla "ambiguità" della disposizione in questione si vedano anche V. DONIER, *Les clairs-obscur de la nouvelle répartition des compétences*, in *AJDA*, n. 2/2011, 92-98 (in particolare p. 95); J.-M. PONTIER, *Requiem pour la clause générale de compétences*, in *JCP A*, 2/2011, n. 2015; ID., *Mort ou survie de la clause générale de compétences?*, in *BJCL*, n. 1/2011, 11 ss.; L. JANICOT, *La loi de réforme des collectivités territoriales. Une loi efficace?*, in *RTCL*, n. 1/2011, n. 64, 72 ss.; M. VERPEAUX, *La clause générale de compétences, consécration ou remise en cause?*, in *Revue Lamy Collectivités Territoriales*, 2009, 66 ss.

⁴⁴ L. JANICOT, *Les collectivités territoriales*, cit., 230-231, che argomenta: «Queste disposizioni [gli artt. L. 32211-1 e L. 4221-1 CGCT] potrebbero addirittura condurre a sopprimere, o piuttosto a limitare, l'interesse della clausola generale delle competenze per i Comuni. Certo, l'articolo 73 della legge non modifica la redazione dell'articolo L. 2121-29 del CGCT [...]. Tuttavia, le competenze esclusive che dovrebbero essere attribuite ai *départements* e alle Regioni potrebbero, se si rivelassero numerose, costituire altrettanti limiti opposti alla vocazione generale dei Comuni ad agire allo scopo dell'interesse locale. In più, il nuovo articolo L. 1111-4, comma 1, del CGTC prevede senza alcuna distinzione che "le competenze attribuite dalla legge alle *collectivités territoriales* lo sono a titolo esclusivo". Non potremmo intravedere, in questa affermazione, la rimessa in questione della clausola generale delle competenze dei Comuni?».

nuti, di fatto, delle vere e proprie *collectivités territoriales*⁴⁵. Essi, infatti, presentavano tutte e tre le caratteristiche distintive di queste ultime: 1) un consiglio eletto; 2) delle competenze effettive; 3) autonomia finanziaria. Potevano trovarsi argomenti a favore di entrambe le tesi. Intanto, dal punto di vista della *voluntas legislatoris*, va detto che «è un dato acquisito che il Costituente non ha mai voluto fare degli EPCI a fiscalità propria delle *collectivités territoriales*»⁴⁶. Infatti, originariamente, «gli EPCI non hanno la clausola generale delle competenze dal momento che non sono altro che *établissements publics* rispondenti al principio di specialità» e «i loro organi deliberanti non sono eletti a suffragio universale diretto»⁴⁷. A questa obiezione, tuttavia, si poteva rispondere che a seguito della *loi* del 16 dicembre 2010, «gli organi deliberanti degli EPCI sono eletti ai sensi dell'art. 72 della Costituzione»⁴⁸, mentre la *clause de compétence* era stata abolita. A ciò si poteva ancora replicare, tuttavia, che gli EPCI non erano istituiti con legge, bensì con *arrêté préfectoral*, a seguito di delibera dei Consigli comunali dei Comuni interessati. Contro questa obiezione, tuttavia, vi è chi ha replicato che si trattava di un argomento «non dirimente nella misura in cui è comunque la legge che prevede le condizioni per la creazione degli EPCI»⁴⁹. Inoltre, è stato fatto notare, «il potere di iniziativa del prefetto che esiste in materia di creazione degli altri EPCI non è riconosciuto per le *métropoles*»⁵⁰, che pure erano tutte, nella normativa del 2010, degli EPCI (e in parte lo sono anche nella disciplina attuale).

Non ostante la scomparsa delle clausole delle competenze regionali e dipartimentali, e la suddetta “attenuazione” della clausola delle competenze comunale, tuttavia, non si poteva comunque arrivare ad affermare che le competenze di Comuni, *départements* e Regioni fossero assegnate secondo uno schema chiuso. Le argomentazioni avanzate dalla dottrina francese a sostegno di tale affermazione sono di due tipi.

In primo luogo si è sostenuto che la clausola generale delle competenze fosse stata, in qualche maniera, assorbita dall'introduzione del principio di sussidiarietà in Costituzione (v. *supra*, § 2.1), anche se tale ricostruzione non era pacifica in dottrina⁵¹.

⁴⁵ Si veda, per tutti, G. GLÉNARD, *Les EPCI à fiscalité propre sont-ils des collectivités territoriales?*, in LANDOT, MALHEY, VERPEAUX, *op. cit.*, 137 ss.

⁴⁶ G. GLÉNARD, *Les EPCI*, cit., 144.

⁴⁷ G. GLÉNARD, *Les EPCI*, cit., 145.

⁴⁸ G. GLÉNARD, *Les EPCI*, cit., 146.

⁴⁹ G. GLÉNARD, *Les EPCI*, cit., 145.

⁵⁰ J. DOMENACH, Commento all'Art. L. 5217-2 in J. MOREAU, *Code général*, cit., 2013, 1113.

⁵¹ Come nota puntualmente L. JANICOT, *Les collectivités territoriales*, cit., 233, del legame intercorrente tra le nozioni di “sussidiarietà” e “competenza generale” si possono dare almeno due interpretazioni. Una prima secondo la quale il principio di sussidiarietà potrebbe «sottintendere» la clausola generale delle competenze dal momento che esso, consacrando la «distinzione tra interesse locale ed interesse nazionale», può «permettere di riconoscere un fondamento costituzionale alla clausola generale delle competenze». Una seconda, invece, secondo la quale la disposizione costitu-

Se, tuttavia, del principio di sussidiarietà si può dare un'interpretazione ambigua⁵², non altrettanto può dirsi riguardo alla seconda argomentazione che la dottrina francese ha proposto relativamente al tema trattato. Va detto, preliminarmente, che la norma con cui si aboliva la clausola delle competenze per *départements* e regioni aveva incontrato, al momento della sua approvazione, una tenace resistenza al Senato, tale che, alla fine, il progetto originale di legge era stato emendato. Così se, da un lato, si era prevista una deroga, sia pur «à titre exceptionnel» (a titolo eccezionale), alla regola che voleva che ogni competenza per materia venisse esercitata a titolo esclusivo da una sola collettività, dall'altro, negli articoli L. 3211-1 e L. 4221-1 del CGCT, subito dopo la succitata disposizione che avrebbe dovuto limitare le competenze di *départements* e Regioni a quelle espressamente indicate dalla legge, era stata aggiunta un'altra disposizione, secondo la quale i Consigli dei *départements* e regionali potevano «farsi carico di tutti gli oggetti d'interesse [*départementale* / regionale] per i quali la legge non ha assegnato la competenza a nessun'altra persona pubblica» Alla più attenta dottrina non è sfuggito come, di fatto, «quest[e] regol[e] supplementar[i] indic[hino], né più né meno, il ritorno alla competenza generale delle due *collectivités* sotto una nuova formula redazionale»⁵³. La sola differenza stava in ciò: che mentre, prima, la competenza generale delle *collectivités territoriales* era espressa per il tramite di una formulazione altrettanto generale (da cui il nome di “*clause générale*”), ora essa si esprimeva per mezzo di una «clausola d'iniziativa residuale»⁵⁴, assumendo cioè la forma di una deroga. Senonché, come è stato notato, le condizioni di esercizio di tale deroga fossero talmente vaghe (quali sono i “casi eccezionali?”), che di fatto essa è finita ben presto per divenire la regola generale, nel senso che il limite dei “casi eccezio-

zionale che sancisce il principio di sussidiarietà «può essere interpretata come privilegiante la tecnica dei blocchi di competenze, nella misura in cui essa “obbliga ormai a ricercare il livello più adeguato per l'esercizio di una competenza”. La ricerca del territorio più pertinente o più efficiente giustificherebbe così la specializzazione delle competenze delle *collectivités territoriales*». Le parole citate dall'Autrice sono tratte da J.-M. LEMOYNE DE FORGES, *Subsidiarité et chef de file. Une nouvelle répartition de compétences?*, in *La République décentralisée*, LGDJ, 2004, 47, lavoro al quale, peraltro, si rimanda per un approfondimento della questione.

⁵² Sarebbe peraltro interessante ipotizzare, anche alla luce della normativa del 2014, quali potrebbero essere gli sviluppi, nel futuro, del principio di sussidiarietà. Per non allargare eccessivamente l'orizzonte di riflessione di questo lavoro, si è ritenuto di non svolgere una tale riflessione in questa sede. Tuttavia si possono richiamare, anche per ulteriori riferimenti, alcuni Autori che si sono occupati del tema quali, in particolare, J.P. DÉROSIER, *Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité*, VI^{ème} Congrès de droit constitutionnel; F. DELPÉRÉE (a cura di), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles-Paris 2002; A. DELCAMP, *Principe de subsidiarité et décentralisation*, in RFDC, 1995, n. 23, 609-624; V. AUBELLE, *Réflexion autour de la grammaire commune dont font usage l'Union européenne et l'intercommunalité*, in RLCT, n. 106, Novembre 2014, 47 ss.

⁵³ B. FAURE, *La nouvelle compétence générale des départements et des régions*, in RFDA, n. 2/2011, 242. In termini analoghi anche V. DONIER, *Les clairs-obscur*, cit., 97, e M.-Th. VIEL, *À la recherche de l'échelon pertinent*, in F. LERIQUE, *À l'heure*, cit., 223.

⁵⁴ B. FAURE, *La nouvelle compétence générale*, cit., 243.

nali” è stato sostanzialmente ignorato, né, verosimilmente, sarebbe potuto essere diversamente⁵⁵.

Non a caso già da prima della riforma vi era chi si domandava se il dibattito relativo alla soppressione, alla modifica o all'estensione della clausola delle competenze fosse veramente utile⁵⁶.

L'ambiguità della “nuova” clausola delle competenze non ha, d'altronde, mancato di suscitare critiche in dottrina⁵⁷, non solamente nei confronti del legislatore, ma anche con riferimento al *Conseil Constitutionnel* che, come abbiamo visto prima, aveva rigettato la questione relativa all'abolizione della clausola delle competenze, da un lato negando ad essa il valore di principio fondamentale ma, dall'altro, affermando che il principio della libera amministrazione *ex art. 72* era comunque garantito dalle nuove disposizioni nonché dal principio di sussidiarietà⁵⁸. In altri termini il *Conseil Constitutionnel* sembrava voler dire che, a seguito della riforma del 2010, pur essendo stata abolita la clausola generale delle competenze non era però stata abolita la competenza generale delle *collectivités territoriales*, comunque garantita dalla nuova normativa. Ciò non faceva che confermare la contraddittorietà della disciplina in esame, della quale era davvero difficile comprendere l'utilità, avendo come unico reale effetto quello di creare problemi interpretativi, senza cambiare nulla all'atto pratico rispetto alla normativa previgente. Il *Conseil*, quindi, ben avrebbe potuto, secondo una parte della dottrina (in generale molto critica nei confronti della D.C. in esame), adottare una decisione di incostituzionalità sulla base del criterio della “adeguatezza delle misure allo scopo”⁵⁹, secondo gli usi del controllo di costituzionalità in Francia⁶⁰.

⁵⁵ Come nota B. FAURE, *La nouvelle compétence générale*, cit., 243, «l'esigenza proclamata di “competenze esclusive” rileva di impossibilità logica poiché la realtà ne contraddice l'idea. È sempre stato vano cercare di relegare le amministrazioni decentralizzate nei loro ambiti di competenze eliminando qualunque punto di contatto tra tali ambiti (azione economica e turismo, insegnamento e sociale)».

⁵⁶ G. LA CHATELIER, *Le débat sur la clause générale de compétences est-il vraiment utile?*, in *AJDA*, 2009, 186 ss.

⁵⁷ Si vedano, ad esempio, B. FAURE, *La nouvelle compétence générale*, cit., *passim*, e M. VERPEAUX, *Des ambitions aux lois ou du Comité Balladur à la loi du 16 décembre 2010*, in *AJDA*, n. 2/2011, 78 ss.

⁵⁸ *Conseil Constitutionnel*, *décision* n. 2010-618 DC, cit., *Cons.* nn. 55 e 56.

⁵⁹ Su tale criterio, che in Italia rientrerebbe nell'ambito operativo del controllo di ragionevolezza, si veda, anche per ulteriori riferimenti, M. GROS, *Il principio di precauzione dinanzi al giudice amministrativo francese*, in questa *Rivista*, n. 4/2013, § 2, b, 2.

⁶⁰ Si veda, per esempio, il già citato articolo di B. FAURE, *La nouvelle compétence générale*, cit., 245, il quale osserva che «questo articolo 73 sembra una parata inutile, e non si pensa che il rimedio che esso apporta possa costituire, rispetto alla situazione anteriore, un miglioramento sufficiente per renderlo necessario [...]. La semplificazione dell'amministrazione decentralizzata non ci guadagnerà nulla, ma l'intelligibilità del diritto avrà molto da perdere. Se il giudice costituzionale avesse voluto applicare sulla legge il suo controllo sulla adeguatezza dei mezzi impiegati per soddisfare l'obiettivo perseguito dal legislatore di chiarificazione dell'azione locale, pochi elementi sarebbero sopravvissuti alla sua sanzione».

In ogni caso, viste non solo le critiche provenienti dalla dottrina ma anche gli oggettivi problemi applicativi di una disciplina così ambigua, la legge sulle *métropole* del 2014 ha ripristinato le clausole generali delle competenze agli artt. L. 2121-29, L. 3211-1 e L. 4221-1 CGCT.

Al netto delle ricostruzioni e delle problematiche proposte dalla dottrina, la domanda fondamentale da porsi, in conclusione, è la seguente: il metodo di distribuzione delle competenze è ancora un carattere differenziale delle *collectivités territoriales*? La risposta deve essere senz'altro positiva, tanto più che, come appena ricordato, ormai le clausole generali sono state ripristinate. Ma sarebbe stata positiva anche senza tale intervento, per quanto è innegabile che le modifiche apportate dalla *loi* del 2010 avessero, in qualche maniera, avvicinato le *collectivités territoriales* a quello che i francesi chiamano il “principio di specialità delle competenze”, carattere distintivo delle forme associative di enti, e avessero reso la competenza generale delle *collectivités* un'ipotesi formalmente residuale e valida solo a costo di complesse ricostruzioni interpretative.

Va detto, peraltro, che la legge del 2014, se da un lato ha “corretto” alcune ambiguità della normativa del 2010, per altro verso, prevedendo soluzioni differenziate per ciascuna realtà metropolitana, ha comunque determinato, come si vedrà più avanti (*infra*, § 4.2.2., b)), l'insorgere di nuove problematiche relative al discorso sulle competenze e sulla “clausola generale”, senza contare che esiste una *métropole*, quella di Nizza, che è stata creata ai sensi della previgente disciplina (v. *infra*, § 3.4). Il quadro attuale, insomma, presenta ancora numerose, rilevanti, complessità.

La sola cosa che si può dire con certezza, sul punto, è che quelli che erano stati a suo tempo individuati come caratteri distintivi delle *collectivités territoriales* non sono più così “distintivi” e che la definizione dottrinale delle *collectivités territoriales* debba essere ripensata⁶¹.

Al di là di tale considerazione non si può andare.

Sia detto da ultimo che, oltre a quello relativo alle competenze, esiste anche un altro aspetto differenziale tra EPCI à *fiscalité propre* e *collectivités territoriales*, stranamente sfuggito alla dottrina francese, che pur non potendo essere annoverato tra i caratteri distintivi tradizionali, in quanto è stato introdotto nell'ordinamento francese piuttosto di recente, riveste, a nostro avviso, un'importanza fondamentale. Si tratta della possibilità concessa alla legge di istituire nuove *collectivités territoriales* anche *in soppressione* di quelle previste in Costituzione (v.

⁶¹ Come ha notato, sia pur prima dell'intervento del 2014, L. JANICOT, *Les collectivités territoriales*, cit., 230-231, se è vero che «esiste una categoria “*collectivités territoriales*” identificabile nel diritto positivo, questa non può più essere caratterizzata da un punto di vista concettuale, dal momento che tende a raggruppare degli enti in maniera arbitraria. Tutt'al più si potrà dire, nell'immediato e senza che ciò possa soddisfarci, che le *collectivités territoriales* sono distinte dallo Stato. La riforma implica quindi di riprendere il lavoro dottrinale di sistematizzazione della nozione di *collectivités territoriales*, ammesso che sia possibile».

supra, § 2.1), possibilità che invece non è data quando trattasi di EPCI. L'istituzione di questi ultimi, quindi, anche se *à fiscalité propre*, non può comportare la soppressione di una *collectivité territoriale* alla quale, anzi, l'EPCI è subordinato, sia pure, come visto poc'anzi, in maniera sempre più tenue. Un aspetto di non poco conto, non solo per i suoi risvolti pratici, ma anche perché rappresenta il diverso *status* costituzionale attribuito nell'ordinamento francese agli enti in esame, ciò che peraltro costituisce, di per sé, un rilevante elemento di differenziazione tra i due.

3. *La questione metropolitana in Francia.* – Prima di esaminare la disciplina legislativa relativa alle *Métropole*, è necessario delineare, sia pur sinteticamente, la “storia” della questione metropolitana in Francia, vale a dire come nasce e da quali propositi è scaturita l'idea di istituire uno specifico ente metropolitano.

3.1 *La metropoli prima della métropole: il progetto DATAR e le communautés urbaines.* – Il legislatore francese tentò sin dagli inizi del '900 di dare una risposta normativa alla questione in esame, basandosi in modo particolare sulla nozione di “metropoli di equilibrio” (o “di riequilibrio”, come talvolta la dottrina italiana preferisce) il cui obiettivo era quello di «dotare le grandi città di provincia di una rete di servizi tale da consentire alle regioni circostanti di non dipendere in tutto dalla capitale»⁶². L'idea, insomma, era quella di dotare «le più grandi agglomerazioni [urbane] di uno statuto specifico che permettesse loro di avere delle competenze più ampie in materia di sviluppo economico, trasporti, strade e abitazione»⁶³.

Nel 1963 venne istituita la DATAR⁶⁴, con il compito di «definire e organizzare l'armatura urbana del territorio francese», la quale selezionò «otto “metropoli d'equilibrio” destinate a fare da contrappeso a Parigi e a formare un livello superiore di servizi urbani»⁶⁵. Così, per la prima volta, veniva usato ufficialmente il termine “*métropoles*” per descrivere il governo delle aree metropolitane. Naturalmente la soluzione adottata era insufficiente, e lasciava ancora amministrativamente scoperta la gestione di un territorio urbano sempre più “me-

⁶² L. CARDI, D. PRIMICERIO, E. DECLEVA, M. COLESANTI, E. SCHNEIDER EQUINI, J. CLAIR, G. PICCINATO, voce *Francia*, in *Enciclopedia Italiana Treccani*, IV Appendice, 1978, ora su www.treccani.it.

⁶³ F. CROUZATIER-DURAND, *À l'heure de la métropolisation, quelle politique d'aménagement du territoire ?*, in F. LERIQUE, *À l'heure*, cit., 147.

⁶⁴ *Délégations à l'aménagement du territoire et à l'action régionale*.

⁶⁵ J.-C. DOUENCE, *Les métropoles*, in *RFDA*, n. 2/2011, Paris, 258. In particolare, le otto metropoli d'equilibrio individuate erano: *Lyon/Saint-Etienne*, *Nancy/Thionville/Metz*, *Marseille/Aix*, *Lille/Roubaix/Tourcoing*, *Bordeaux*, *Nantes/Saint-Nazaire*, *Strasbourg*, *Toulouse*. Per un'esposizione sintetica del progetto DATAR in italiano cfr. G. SCIMENI, Voce *Pianificazione*, in *Enciclopedia Italiana Treccani*, IV Appendice (1979), App. III, 11, 414 ss., ora su www.treccani.it.

tropolitano” (come testimoniato da un bel saggio del 1985 dell’urbanista Georges-Hubert Radkowski⁶⁶).

Abbandonato il progetto delle metropoli di equilibrio, il legislatore tentò un approccio più “strutturalista” con le *communautés urbaines*, create «in quattro delle otto metropoli di equilibrio, la cui gestione era impedita dalla frammentazione comunale del loro territorio»⁶⁷. Le *communautés urbaines* – che trovano un loro corrispondente italiano, con qualche approssimazione, nella “Unione di Comuni” – sono degli EPCI creati dalla *loi* n. 66-1061 del 31 dicembre 1966⁶⁸ «allo scopo di raggruppare dei Comuni attorno ad una grande agglomerazione»⁶⁹. È con tale legge che il termine *métropole* acquisirà, almeno parzialmente, «la dimensione istituzionale che gli mancava»⁷⁰. La *communauté urbaine* è, in un certo senso, l’“antenato” della *Métropole* – e ancora oggi ne rappresenta una valida alternativa – cioè una delle prime risposte (dopo la vecchia DATAR) che il legislatore francese diede alla nascita di fatto di “aree metropolitane”, intese queste ultime come grandi agglomerazioni urbane⁷¹ legate da integrazione funzionale e sviluppatasi su di un territorio amministrativamente diviso in più comuni. Come spiega Jacqueline Domenach, le *communautés urbaines* sono «una forma di cooperazione molto integrata, [...] in ragione dell’estensione delle competenze trasferitele [dai Comuni], e che beneficia di una grande autonomia (finanza e fiscalità distinte, personale specifico, beni propri). Tenuto conto della sua forte integrazione e delle condizioni della sua creazione, il numero delle *communautés urbaines* è rimasto a lungo debole e stabile, ma è cresciuto recentemente per raggiungere, nel 2009, il numero di 16, rappresentante 7,4 milioni d’abitanti, vale a dire circa il 12% della popolazione francese»⁷². Malgrado il loro successo, tuttavia, già dal principio le *communautés urbaines* si rivelarono essere non del tutto idonee al governo del territorio metropolitano: «la fissazione di una soglia demografica troppo bassa (50.000 abitanti nel testo iniziale) snatura il progetto originale e permette la creazione volontaria di *communautés urbaines* nelle città medie (in primo luogo *Le Creusot-Montceau-les-Mines*). In seguito, la politica di pianificazione del territorio vacilla e le riforme decentralizzatrici orientano lo sviluppo dell’intercomunalità verso altre direzioni»⁷³.

Diversi sono stati i tentativi del legislatore per cercare di migliorare e mo-

⁶⁶ G.-H. RADKOWSKI, *La métropolisation. Du plein au vide*, in *Metropolis*, n. 56, 1/1983, 32-38.

⁶⁷ J.-C. DOUENCE, *Les métropoles*, cit., 258.

⁶⁸ Pubblicata sul *JO*, 4 gennaio 1967, 99 ss.

⁶⁹ J. DOMENACH, Commento all’*Art. L. 5214-29* in J. MOREAU (a cura di), *Code général*, cit., 1069.

⁷⁰ J.-C. DOUENCE, *Les métropoles*, cit., 258.

⁷¹ I criteri per il riconoscimento della qualità di “grande agglomerazione urbana” in base al numero di abitanti sono variati con il tempo: 50.000 abitanti all’origine, 20.000 con la *loi* del 6 febbraio 1992, 500.000 con la *loi* del 12 luglio 1999, 450.000 con la *loi* n. 2010-1563 e, infine, 250.000 con la *loi* n. 2014-58.

⁷² J. DOMENACH, *Art. L. 5214-29*, cit., 1069.

⁷³ J.-C. DOUENCE, *Les métropoles*, cit., 258.

dernizzare lo strumento della *communauté urbaine*. Una prima modifica avvenne con la *loi* del 6 febbraio 1992, poi, ancora nel 1999 con l'art. 5 della *loi* n. 99-586 del 12 luglio (detta anche "*loi Chevènement*")⁷⁴, che ha introdotto la *communauté urbaine* all'art. L 5215-1 del *Code générale des collectivités territoriales*. Quest'ultimo è stato, infine, modificato diverse volte, l'ultima con la *loi* n. 2014-173, art. 11.

Non ostante i varî ritocchi legislativi, tuttavia, il "peccato originale" delle *communautés urbaines* non è mai stato "purgato". In altri termini, l'inidoneità iniziale a gestire il territorio metropolitano non è mai stata superata ma, anzi, è stata in qualche modo assecondata con il tempo, di tal guisa che esse si sono trasformate in formidabili strumenti di governo di aree urbane di medie dimensioni, inadeguate però rispetto alle grandi aree urbane comunemente definite come "metropolitane".

Da qui l'esigenza di trovare una soluzione diversa per queste ultime.

3.2 *L'intervento del Conseil économique, social et environnemental*. – Il 27 novembre 2001 il *Bureau del Conseil économique, social et environnemental* francese (da qui *Cesef*) ha conferito alla *section des économies régionales et de l'aménagement du territoire* il compito di predisporre un rapporto ed un *projet d'avis* sul tema "*Métropoles et structuration du territoire*". Relatore del rapporto fu nominato Jean-Claude Bury. Dopo due anni di ricerche, studî, statistiche ed audizioni, il *Cesef* ha emanato un *Avis* dedicato a "*Métropoles et structuration du territoire*", integrato con il rapporto Bury⁷⁵. Si tratta di uno studio molto attento dedicato al fenomeno metropolitano, ai problemi legati alla sua gestione ed alle

⁷⁴ La *loi Chevènement* nasceva nell'ottica di una semplificazione del c.d. "millefoglie amministrativo" francese. In particolare il legislatore del 1999 prendeva le mosse dal fatto che in Francia esisteva – ed esiste – un numero impressionante di Comuni (36.783 nel 2007, contro gli 8.414 della Germania, gli 8.111 della Spagna, e gli 8.101 dell'Italia, per citare i tre col numero più alto dopo la Francia. Fonte: CONSEIL DE L'EUROPE, *Comité sur la démocratie locale et régionale*, 2007, riportato da PH. TRONQUOY in *Cab. fr.*, n. 346 "*La réforme de l'État*", p. 50). La "ricetta" del 1999 fu quella di sviluppare la cooperazione intercomunale, incentivando la costituzione di EPCI. Più in particolare, la *loi Chevènement* offriva un quadro complessivo dato da tre tipologie (già preesistenti, ma rinnovate) di EPCI: i *syndicats intercommunaux de gestion* (SIVU o SIVOM), che non avevano "fiscalità propria"; le *communautés (de communes, d'agglomération, urbaines)*, a fiscalità propria; e, infine, i "*pays*", «dapprima apparsi sotto la forma associativa nel corso degli anni '70, si sono poi affermati, con la *loi* n. 95-115 del 4 febbraio 1995 per la pianificazione e lo sviluppo del territorio, quali raggruppamenti di Comuni e di EPCI legati da interessi comuni in ragione della loro appartenenza ad un territorio caratterizzato da coesione geografica, culturale, economica o sociale. Si estendono su di un perimetro fissato dal prefetto della Regione, sono provvisti di organi propri, che presentano la particolarità di poter fare spazio agli ambiti socio-economici, così come di una "carta dello sviluppo"» (E. BALLADUR (a cura di), «*Il est temps de décider*». *Rapport au Président de la République*, marzo 2009, su www.ladocumentationfrancaise.fr, 42).

⁷⁵ CONSEIL ÉCONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, «*Métropoles et structuration du territoire*». *Avis sur le rapport présenté par Monsieur Jean-Claude Bury au nom de la section des économies régionales et de l'aménagement du territoire*, Mandature 1999-2004, *Séance* dell'8 e 9 aprile 2003, su www.lecese.fr.

proposte per la loro soluzione. Duecentosessantotto pagine nelle quali vengono ricostruiti con attenzione e dovizia il fenomeno c.d. della “metropolizzazione” e i problemi specifici legati a ciascuna delle grandi città francesi (*Paris, Marseille-Aix-en-Provence, Lyon, Lille, Nice, Toulouse, Bordeaux, Rennes, Lorraine, Strasbourg*). È particolarmente apprezzabile, poi, la struttura stessa dello studio in questione: si comincia dalla *ricerca di una definizione di “metropolizzazione” e di “metropoli”*, fenomeni la cui comprensione viene considerata indispensabile per la formulazione di proposte concrete⁷⁶; si continua con uno studio della realtà francese, volta ad un riscontro empirico – città per città – dei concetti precedentemente definiti; si individuano i principali problemi relativi alla gestione delle aree urbane in Francia; si conclude, infine, con una serie di proposte concrete.

La metropolizzazione viene definita, in via generica, come la «traduzione urbana della globalizzazione»⁷⁷, avendo poi cura di precisare che i termini “metropolizzazione” e “metropoli” esprimono una «terminologia incerta» e che «l'accordo è lontano dall'essere unanime tra gli studiosi»⁷⁸. Si passano così in rassegna una serie di definizioni emerse in dottrina od in ambito istituzionale. Si riporta financo la definizione di “metropoli” contenuta nei più noti vocabolarî della lingua francese. Cercando di far concordare le varie definizioni offerte su di un nucleo essenziale, si arrivano così ad enumerare una serie di caratteristiche sintomatiche di ciò che dovrebbe essere una metropoli⁷⁹ precisandosi, tuttavia,

⁷⁶ Qualche anno più tardi Perben, *rapporteur* de la *loi* che ha istituito le *Métropoles*, diceva: «Non sarebbe stato realistico tentare di immaginare le “*métropoles*” del domani, senza avere un'idea precisa del contenuto della realtà metropolitana francese attuale, della sua posizione, quindi della sua attrattività in Europa. La Francia tiene onorabilmente, a volte anche in maniera apprezzabile, la posizione ed il ruolo che le sono stati propri nel corso degli ultimi secoli. Ma il riferimento alla storia ed a quanto è stato acquisito è del tutto insufficiente per rispondere alle sfide più grandi rappresentate dalla mondializzazione delle economie ed alla attuazione delle dinamiche dello sviluppo sostenibile. // Nessun modello di sviluppo urbano è migliore di un altro. Più che mai, le città francesi ed europee traggono la loro forza e la loro ricchezza dall'inserimento nelle risorse e nelle dinamiche del sistema urbano europeo nel suo insieme. Spetta all'insieme degli attori, pubblici e privati, politici, imprenditoriali ed associativi, dopo aver osservato la realtà attuale, di definire gli obiettivi e le prospettive da raggiungere e, in seconda battuta, di intraprendere le azioni necessarie per permettere alle metropoli francesi di rinforzarsi nella rete urbana europea» (D. PERBEN, *Imaginer les métropoles d'avenir. Rapport*, Paris 2008, su www.ladocumentationfrancaise.fr, 31).

⁷⁷ CONSEIL ÉCONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, *Métropoles et structuration du territoire*, cit., 15, 53 e 79.

⁷⁸ CONSEIL ÉCONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, *Métropoles et structuration du territoire*, cit., 75.

⁷⁹ In particolare: 1) «*ampiezza dell'agglomerazione*: generalmente al di sotto dei 500.000 abitanti, che rappresenterebbe la soglia critica»; 2) «*densità, diversità e diversificazione delle popolazioni e delle attività*: ampia gamma di attività differenti, complementari o concorrenti, presenza di funzioni terziarie superiori, economie d'agglomerazione, esternalità positive; questa densità comporta un'assicurazione contro i rischi, rischi di perdita d'attività per le imprese, rischi di perdita dell'impiego per i lavoratori retribuiti (in caso di licenziamento, essi possono ritrovare lavoro più facilmente e le imprese non subiscono le pressioni di prossimità che subirebbero nelle piccole città)»; 3) «*rete di servizi*: le metropoli sono degli spazi di attrazione e di diffusione, catalizzatrici di flussi (di attività, d'informazioni, d'innovazione); esse sono il punto di articolazione dei servizi: servizi d'impresa (sub-

che essa non è ovunque uguale, ed i suoi connotati cambiano a seconda della realtà cui il termine si riferisce. Così, ad esempio, deve rilevarsi come, in Francia, «le più grandi metropoli del Sud funzionano, più spesso, su di un modello assai differente rispetto a quello descritto in questa riflessione; esse attirano molto di più la povertà»⁸⁰. Alla fine il *Cesef* arriva ad adagiarsi su di una definizione di massima, che poi verrà declinata per ogni realtà urbana francese⁸¹.

3.3 *Il comitato Balladur*. – Negli anni successivi il dibattito sulla gestione del territorio metropolitano ha continuato ad appassionare la dottrina e la politica francese⁸², parallelamente ad una discussione più generale relativa al sistema del governo locale in Francia ed alle esigenze di semplificazione.

Tale dibattito ha poi portato alla *loi* n. 2010-1563 del 16 dicembre 2010 la quale, riformando profondamente il sistema delle *collectivités territoriales* a li-

appalti, filiali di multinazionali), servizi tecnici d'innovazione, di trasporti, di tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC), servizi sociali, di affinità, di poteri»; 4) «punti di forza e attrattività: influenza esterna, financo internazionale, aumento del potere di comando su di un'area più importante, financo dominazione»; 5) «irreversibilità: la metropoli risulta da processi cumulativi ed irreversibili, ciò che la differenzia dalla città: la città può conoscere il declino, mentre la metropoli trae dalla sua diversità gli elementi per rinnovarsi verso una nuova dinamica» (CONSEIL ÉCONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, *Métropoles et structuration du territoire*, cit., 78).

⁸⁰ CONSEIL ÉCONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, *Métropoles et structuration du territoire*, cit., 78.

⁸¹ «La metropolizzazione è all'incrocio tra le logiche regionali, nazionali e della mondializzazione, con i suoi effetti positivi (creazione di ricchezza) e quelli negativi (massificazione delle esclusioni). La metropoli è una tappa della crescita urbana che si caratterizza per aver raggiunto particolari soglie quantitative e qualitative. Si tratta di una grande città che si estende sempre di più, che concentra popolazioni e impiego, che riunisce delle attività diversificate che comportano numerose funzioni terziarie superiori, che sviluppa sempre più servizi al pari delle altre grandi città. Ovunque nel mondo, la popolazione tende a raggrupparsi in insiemi urbani sempre più vasti: molto densi e costituiti a cerchi concentrici ovvero più lineari lungo i litorali ovvero, ancora, sotto forma di aree metropolitane» (CONSEIL ÉCONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, *Métropoles et structuration du territoire*, cit, 15).

⁸² A tal riguardo, e per quanto riguarda lo specifico aspetto del governo metropolitano, possono richiamarsi, anche per ulteriori riferimenti bibliografici: CH. LEFÈVRE, *Gouverner les métropoles*, Paris 2009; E. NÉGRER, J. PRÉAU, PH. TEILLET (a cura di), *Intercommunalités. Le temps de la culture*, Grenoble 2008; PH. ESTÈBE, *Gouverner la ville mobile*, Paris 2008; A. FAURE, PH. LERESCHE, P. MULLER, S. NAHRATH (a cura di), *L'action publique à l'épreuve des changements d'échelle*, Paris 2007; E. FRIEDBERG, *L'intercommunalité a réussi, rendons-la à la démocratie*, in *Pouvoirs locaux*, n. 72/2007, 36-40; V. CHOMENTOWSKI, *L'intercommunalité sur un plateau*, in *Pouvoirs locaux*, n. 73/2007, 11-14; R. QUINCEROT (a cura di), *La métropolisation relance le débat institutionnel*, in *Rev. urb.*, «Métropole en question, métropole en action», hors-série n. 28, marzo-aprile 2006, 41 ss.; E. NÉGRER, *La question métropolitaine*, Grenoble 2005; COUR DE COMPTES, *L'intercommunalité en France*, Paris 2005; M. CH. BERNARD-GÉLABERT, *Quel avenir pour l'intercommunalité ?*, in *RF fin. publ.*, n. 81/2003, 241-253; B. JOUVE, CH. LEFÈVRE (a cura di), *Métropoles ingouvernables. Les villes européennes entre globalisation et décentralisation*, Paris 2002. Per un approccio sociologico-urbanistico al problema si vedano i classici lavori di F. ASCHER, da ultimo *L'Âge des métropoles*, Paris 2009. Per studi precedenti al 2002 si richiama la bibliografia contenuta in CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, *Métropoles et structuration du territoire*, cit. Da apprezzare anche la bibliografia presentata da D. PERBEN, *Imaginer les métropoles d'avenir*, cit.

vello legislativo con un'ampia modifica del CGCT, istituisce per la prima volta le *métropoles*. Tale legge, oggi in larghissima parte superata dalla n. 58 del 27 gennaio 2014 (v. *infra*, § 4), è stata approvata a seguito di una lunga discussione (tre letture parlamentari), l'intervento del *Conseil Constitutionnel*⁸³ – che ha censurato l'art. 6 del progetto – e la istituzione di una Commissione bicamerale (“*Commission mixte paritaire*”) che è infine riuscita a trovare un accordo *in extremis*.

Il progetto di fondo prende le mosse da un discorso del *Président de la République* Nicolas Sarkozy che, nel 2008, ha dichiarato di voler procedere ad una riforma delle collettività territoriali. Gli obiettivi iniziali della riforma sono ben individuati in un discorso del Presidente del 2008, con il quale quest'ultimo annunciava l'approvazione da parte del Consiglio dei Ministri di un decreto che istituiva un *Comité pour la réforme des collectivités locales*⁸⁴, presieduto da Eduard Balladur. In tale discorso, tra le molte cose, veniva posta l'attenzione sulla “questione delle grandi metropoli” e sulla necessità di adottare “soluzioni diversificate secondo il territorio”, invitando il *Comité* a proporre delle soluzioni “innovative e audaci”. L'istituzione del Comitato (c.d. “*Comité Balladur*”) ha dunque costituito il “primo passo” per una riforma del sistema da molti auspicata⁸⁵.

Il Comitato Balladur, nella sua relazione finale, accompagnata dai due progetti di legge, sintetizzò le riflessioni svolte in venti proposte, tra le quali erano

⁸³ *Conseil Constitutionnel, décision* n. 2010-618 DC, cit., 22181. Su tale decisione v. R. BOUSTA, *Les sages choisissent la prudence*, in *LPA*, n. 14, 2011, 5; J.C. DOUENCE, *La nouvelle répartition des compétences, gage de clarification*, *JCP A*, n. 14, 2011, 40; S. LAMOUROUX, *La réforme des collectivités territoriales et le Conseil constitutionnel*, *RFDC*, 2012, 83; A. MARCEAU, *Le Conseil constitutionnel est-il toujours le garant de la libre administration?*, *RFDC*, 2011, 789; G. MARCOU, *Le Conseil constitutionnel et la réforme des collectivités territoriales*, *AJDA*, 2011, 129; M.C. ROUAULT, *La loi de réforme des collectivités territoriales au crible du Conseil constitutionnel*, *JCP A.*, n. 2, 2011, 16; M. VERPEAUX, *Les ambiguïtés constitutionnelles entretenues du droit constitutionnel des collectivités territoriales*, *AJDA*, 2011, 99.

⁸⁴ N. SARKOZY, *Déclaration sur la réforme des collectivités locales. Installation du Comité pour la réforme des collectivités locales, présidé par Édouard Balladur*, su www.discours.vie-publique.fr, Paris, 22 ottobre 2008.

⁸⁵ La *ratio* sottesa all'istituzione del *Comité Balladur* viene ben sintetizzata dal *Secrétaire d'État à l'intérieur et aux collectivités territoriales* (che all'epoca doveva essere Alain Marleix) in una risposta data ad una interrogazione parlamentare postagli dall'On. Yvan Lahu all'*Assemblée nationale*: «L'organizzazione territoriale della Francia conosce oggi un gran numero di livelli di decisione. Questa situazione si traduce in una certa confusione nell'esercizio delle competenze da parte delle *collectivités* e nella ripartizione dei loro mezzi finanziari, si tratti di ricette fiscali o di concorsi dello Stato. Per porvi rimedio, il Presidente della Repubblica ha affidato al signor Édouard Balladur la presidenza del Comitato per la riforma delle *collectivités locales*. Tale Comitato è incaricato di studiare le misure adeguate per semplificare le strutture delle *collectivités locales*, a chiarire la ripartizione delle loro competenze, a permettere una migliore allocazione dei loro mezzi finanziari, così come di formulare qualunque altra proposta che riterrà utile. Rimetterà il suo rapporto al Presidente della Repubblica entro il 1° marzo 2009» (A. MARLEIX, *Réponse*, in *JO, Assemblée nationale – Débats parlementaires*, n. 49-53, 2 dicembre 2008, 10498).

annoverate: l'introduzione dell'elettività a suffragio universale degli organi deliberanti degli EPCI a fiscalità propria (n. 7); la creazione con legge delle prime undici *métropoles* (Lille, Marseille, Bordeaux, Toulouse, Nantes, Nice, Strasbourg, Rouen, Toulon e Rennes), lasciando poi la possibilità ad altre intercomunalità di accedere a tale istituto (n. 8)⁸⁶; il riconoscimento della clausola generale delle competenze (v. *supra*, § 2.2., b)) alle sole *métropoles* ed ai Comuni, specializzando invece le competenze dei *départements* e delle Regioni (n. 11); la creazione di una *collectivité locale* a statuto speciale denominata «Grand Paris» sul territorio di Parigi e dei *départements* di Seine-Saint-Denis, Val-de-Marne e Hauts-de-Seine (n. 18)⁸⁷.

La *Métropole*, come presentata dal Comitato, si iscrive “al livello comunale” e serve a dare un “nuovo impulso” e “forza sufficiente” alle “più importanti” tra le “agglomerazioni” urbane, introducendo nell’ordinamento una vera e propria *collectivité territoriale*, più dinamica e più autonoma rispetto alle “vecchie” “*communautés urbaines*” che, invece, non hanno lo *status* di *collectivités territoriales*. In altri termini la *métropole* è un ente associativo di Comuni che “ascende” allo *status* di *collectivité territoriale*; essa prende il posto dei Comuni che sostituisce, acquisendone, in linea di principio, le competenze; i Comuni re-

⁸⁶ Premesso che ogni proposta era accompagnata da una breve esplicazione, colpisce il fatto che relativamente alla proposta n. 8 il Comitato si fosse dilungato di più rispetto alle altre diciannove. In particolare, la proposta in esame era così sintetizzata: «A/. Nel 1966 sono state create, con legge, le *communautés urbaines*. Per dare un nuovo impulso alle più importanti tra queste e dotare il nostro Paese di agglomerazioni munite di una forza sufficiente, si propone di creare, con legge, entro il 2014, un primo gruppo di *métropoles* (Lyon, Lille, Marseille, Bordeaux, Toulouse, Nantes, Nice, Strasbourg, Rouen, Toulon e Rennes), alle quali potranno aggiungersi, se lo ritengono, le altre intercomunalità che soddisfino le condizioni stabilite dalla legge stessa. B/. Le *métropoles* così costituite saranno delle *collectivités locales* a statuto speciale che esercitano, oltre ad alcune competenze dei Comuni, le competenze, soprattutto sociali, devolute ai *départements*. C/. Sia i Comuni membri delle *communautés urbaines* o d'*agglomération* sulla base e nel perimetro sul quale saranno create le *les métropoles* avranno lo *status* di “villes” [lett. “città”], persone morali di diritto pubblico dotate di competenze e di risorse fiscali proprie e di Consigli eletti. In tal caso i consiglieri metropolitani saranno eletti sulla stessa lista e lo stesso giorno dei consiglieri comunali, secondo le modalità già descritte per le altre elezioni simultanee raccomandate da questo Comitato. Sia i Comuni membri delle *communautés urbaines* o d'*agglomération* sulla base e nel perimetro sul quale saranno create le *les métropoles* conserveranno lo *status* di *collectivité locale*, ciò che implicherebbe che siano modificate le disposizioni del 5° comma dell’art. 72 della Costituzione, che impediscono la subordinazione di una *collectivité locale* ad un'altra. In tale ipotesi, i consiglieri metropolitani saranno 124, sempre eletti sulla stessa lista e lo stesso giorno dei consiglieri comunali, secondo le modalità già descritte» (E. BALLADUR, «*Il est temps de décider*», cit., 123-124).

⁸⁷ Il progetto “*Gran Paris*”, con il quale si propone di dare alla Regione dell’*Île-de-France* una autonomia e uno statuto particolare, ha poi seguito un percorso parallelo ma diverso, che ha portato all’approvazione di una legge ad esso dedicata (*loi* n. 2010-597 del 3 giugno 2010), per quanto oramai in parte superata dalla normativa del 2014 (v. *infra*, § 4.2.1, a)). Lo stesso Edouard Balladur, con una lettera del 5 maggio 2009 inviata al Presidente della Repubblica e contenuta come allegato nel rapporto finale del Comitato, segnalava come il *Comité* avesse preferito presentare due diversi progetti di legge: uno per la riforma generale delle *collectivités territoriales*, l’altro per il progetto *Grand Paris* (E. BALLADUR, «*Il est temps de décider*», cit., *Annexe n. 3*, 157).

stano in vita, e compongono la *Métropole*, ma sono, in qualche maniera, ad essa sottoposti. Tale sottoposizione si realizza, alternativamente, sia conferendo ai Comuni lo *status* di “*villes*”⁸⁸, sia continuando a riconoscergli quello di *collectivité territoriale*. Nella prima ipotesi, i Comuni/*villes*, riuniti in un unico organo denominato “*conseil des villes*”, hanno la possibilità di “trasferire” alcune competenze alla *Métropole*, così come ai *Conseils métropolitains* è data la possibilità di “restituire” alcune competenze alle *villes*. Nel secondo caso considerato, invece, secondo il Comitato Balladur si renderebbe necessaria una revisione dell’art. 72, quinto comma, *Const. Fr.*, laddove prevede, in virtù del principio di pari-orinazione degli enti (v. *supra*, § 2.1), che nessuna *collectivité territoriale* possa esercitare forme di “tutela”, cioè di controllo, su di un’altra.

Nel quadro della proposta del *Comité Balladur*, quindi, la *Métropole* si poneva, nel particolare, come alternativa alle “vecchie” *communautés urbaines*” e, da un punto di vista più generale, come strumento di innovazione di tutto il sistema. Il quadro dell’intercomunalità lasciato “in eredità” dalla *loi Chevènement* – che, come abbiamo accennato, si proponeva di “snellire” il “millefoglie” dell’amministrazione territoriale francese – veniva, infatti, definito dal *Comité* come un “palliativo”⁸⁹, e si poneva l’accento, invece, sui molti problemi irrisolti⁹⁰. Così il *Comité*, preso atto anche dei suggerimenti provenienti dalla dottrina, aveva individuato varie soluzioni a tali problemi: rafforzamento degli EPCI, elezione dei loro organi e, infine, trasformazione di alcuni EPCI in vere e proprie *collectivités territoriales*: le *Métropoles*⁹¹.

Naturalmente nel disegno del *Comité* era previsto anche che la *Métropole* assumesse su di sé alcune competenze delle *collectivités territoriales* di livello “superiore” ai Comuni, e in particolar modo dei *départements*. Questi ultimi sono portati ad uno “svuotamento” di tutte le funzioni e le loro competenze passano sostanzialmente alla *Métropole*. Il quadro complessivo, in questo modo, non perde di coerenza, ma anzi ne assume. Tra gli obiettivi principali della riforma, infatti, doveva esserci quello, individuato dal Presidente Sarkozy, della semplificazione del “millefoglie amministrativo” (espressione cara ai giuristi francesi, anche se il Verpeaux la ritiene «*un peu galvaudée*»⁹²). Così, nel progetto

⁸⁸ Nota a tal riguardo J.-C. DOUENCE, *Les métropoles*, cit., 259, che i Comuni trasformati in *villes* sono investiti da una sorta di *capitis deminutio* «dal momento che esse cesserebbero di essere delle *collectivités territoriales*».

⁸⁹ «Un palliatif fut trouvé à cet ébec par les dispositions législatives qui ont entendu développer la coopération intercommunale. Ce fut notamment l’objectif poursuivi, et atteint, par la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999, dite loi Chevènement, qui a permis, en quelques années, l’éclosion d’un grand nombre d’établissements publics de coopération intercommunale (EPCI)» (E. BALLADUR, «*Il est temps de décider*», cit., p. 40).

⁹⁰ E. BALLADUR, «*Il est temps de décider*», cit., 40 ss.

⁹¹ E. BALLADUR, «*Il est temps de décider*», cit., 44 ss. e 78.

⁹² M. VERPEAUX, *La jupe-culotte et le chemin de croix. La réforme des collectivités territoriales*, in *AJDA*, n. 23/2013, 1321.

Balladur, la *Métropole*, da un lato, assorbe tutte le forme di cooperazione intercomunale che si trovano nel territorio che le spetta, facendole scomparire e rimpiazzandole con uno strumento di gestione più efficiente ed autonomo e, dall'altro, rende di fatto inutili i *départements*, le cui funzioni intercomunali possono ora essere esercitate da una vera e propria *collectivité territoriale* calibrata, però, non già sulla mera ripartizione territoriale bensì su quella che potremmo chiamare la "territorialità funzionale"⁹³, mentre quelle di altro tipo possono passare alla Regione o alle associazioni tra *Métropoles* (o tra *Métropoles* e *Communes*).

3.4. *I problemi delle métropoles EPCL*. – Malgrado i "buoni propositi" del Comitato Balladur, la soluzione poi adottata dal Legislatore nel 2010 ha preso strade diverse a causa, soprattutto, di una nutrita opposizione che non la riteneva necessaria⁹⁴ o che la riteneva essere eccessivamente penalizzante per i Comuni. Anche il *Cesef* e l'opinione pubblica non avevano mancato di segnalare alcune perplessità⁹⁵. La dottrina, invece, pur formulando alcuni appunti critici su singoli aspetti del progetto Balladur, si dimostrava essere nel complesso abbastanza favorevole alle proposte del *Comité*⁹⁶, criticando anzi gli "aggiusta-

⁹³ Su tale concetto sia consentito richiamare ancora GIU. SERGES, *Alla ricerca della definizione*, cit.

⁹⁴ Come nota M. VERPEAUX, *Introduction*, in E. LANDOT, B. MALHEY, M. VERPEAUX, *op. cit.*, 15, «la volontà del Presidente della Repubblica, nell'autunno 2008, di operare una riforma delle *collectivités territoriales* poteva sembrare sorprendente. La necessità di una tale riforma non era del tutto scontata, soprattutto dopo la revisione costituzionale operata dalla *l. const.* n. 2003-276 [...] e la promulgazione della *l.* n. 2004-809 [...], che costituivano gli elementi principali del c.d. "atto II" della decentralizzazione, iniziata nel 1982. L'utilità di un "atto III" non era reale, agli occhi degli oppositori, se non per contribuire ad un reale sviluppo della decentralizzazione. Ora, i critici che hanno denunciato il ritorno dello Stato, o la scrittura di un vero e proprio "atto I" della ri-centralizzazione non sono mancati» (sul punto v. anche *infra*, nota n. 95).

⁹⁵ Si veda, ad esempio, l'articolo di P. MAUROY, *La réforme territoriale, une "recentralisation" qui n'ose pas dire son nom*, su *Le Monde*, 19 gennaio 2010. Quanto al *Cesef*, esso rimproverava una certa ambiguità relativa alla definizione generale di metropoli usata dal *Comité Balladur*: «Il CESE[f] stima tuttavia che delle precisazioni dovrebbero essere apportate sulla definizione del termine *métropole*: si tratta di grandi città o delle reti di servizi delle grandi città (come quelle della *côte d'Opale*), di metropoli regionali (che possono essere in duopolio come *Nancy-Metz*) o di *métropoles* a vocazione europea o internazionale (se ne contano, ad oggi, sei o sette)? La *métropole* deve essere assimilata alla struttura intercomunale o a ciò che i geografi chiamano l'area urbana?» (CONSEIL ÉCONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, *Avis et rapport pour la réforme des collectivités locales*, *Mandature 2004-2009, Séance des 3 e 4 novembre 2009*, su www.lecese.fr, 28).

⁹⁶ Tra i molti saggi e articoli pubblicati in quel periodo, alcuni dei quali sono già richiamati in questo lavoro, notevoli, per la ricchezza degli interventi, sono i lavori contenuti in J.-C. NÉMÉRY (a cura di), *Quelle nouvelle réforme pour les collectivités territoriales*, Paris 2010, pubblicato a esattamente un anno dal progetto Balladur, in concomitanza con la presentazione al *Sénat* dei progetti di legge. Tra i saggi contenuti in questo volume, tutti di grande interesse, sono specificamente dedicati alla questione delle *Métropoles* e dell'intercomunaltà: G. MARCOU, *La réforme territoriale. Analyse du nouveau projet de réforme des collectivités territoriales*, 21-80; J.-M. PONTIER, *L'enchevêtrement des compétences*, 107-118; N. PORTIER, *L'intercommunalité au tournant*, 119-132; F. RANGEON e N. SANSON, *Communes, intercommunalités, métropoles et démocratie locale. La distinction entre villes et*

menti” imposti dal *Sénat*⁹⁷ al progetto di legge originario.

In ogni caso, sia pure con molte difficoltà, alla fine la riforma «ha dunque trionfato sui numerosi ostacoli»⁹⁸ ed è arrivata ad approvazione il 16 dicembre 2010 (*l. n. 2010-1563*), anche se tale “trionfo” appare di portata piuttosto ridotta, almeno riguardo alle aspettative. La necessità di trovare un compromesso ha infatti portato ad una complessiva attenuazione delle proposte del Comitato Balladur. Tra le differenze che più risaltano vi è, da un lato, quella del mancato riconoscimento dello *status* di *collectivités territoriales* alle *métropoles*, che vengono invece introdotte nell’ordinamento quali EPCI a fiscalità propria, e, dall’altro, la integrale rimessione della istituzione del nuovo ente alla volontà dei Comuni interessati. Di fatto «lo sviluppo metropolitano ne esce completamente lasciato al libero arbitrio dei Comuni, sia direttamente, sia tramite la mediazione dei loro rappresentanti in seno agli EPCI»⁹⁹.

Non deve, dunque, stupire come il proposito del superamento della riforma del 2010 sia stato centrale nella campagna elettorale dell’allora candidato del *Parti socialiste* (PS) François Hollande il quale, una volta eletto Presidente, nel suo discorso per la *Cérémonie d’investiture* ha ribadito, coerentemente con quanto promesso, l’intenzione di procedere ad una nuova riforma della decentralizzazione¹⁰⁰. Da tale intenzione è poi nata la legge del 2014, sulla quale ci soffermeremo successivamente (v. *infra*, § 4).

Per altro verso, tuttavia, non può neppure parlarsi di un vero e proprio “fallimento” delle *métropoles*-EPCI del 2010, sol che si pensi che, come già accennato, esse sono state istituite o, per meglio dire, ne è stata istituita una, quella di Nizza. Ciò significa, dunque, che non può dirsi che il sistema di governo metro-

agglomérations, 133-146; E. KERROUCHE, *Les logiques d’approfondissement de l’intercommunalité en France*, 147-154; J.-L. ALBERT, *Le devenir de l’intercommunalité*, 155-164; I. MULLER-QUOY, *La Métropole: contours juridiques*, 165-174; J. FIALAIRE, *Quelles perspectives pour les métropoles?*, 175-185; N. KADA, *Réforme territoriale et intercommunalité. Y-a-t-il un pilote (étatique) dans l’avion?*, 185-194; F. DURAND, *Réflexions complémentaires sur les métropoles*, 237-240; F. THURIOT, *Réflexions complémentaires sur l’intercommunalité*, 41; J.-C. DOUENCE, *La spécialisation des compétences*, 245-254; J.-D. DREYFUS, *La correction (ou le contournement) de la spécialisation des compétences par le jeu de la délégation de compétence*, 255-262; E. NÉGRIER, *La différenciation positive*, 315-324; M. CASCALES, *L’avenir contingent de la commune*, 325-332; H. WOLLMANN, *La réforme des collectivités locales. Vers un «big bang» ou une autre «mini-réforme?»*, 349-358; A. LUCARELLI, *La chute des Communes et le triomphe de l’intercommunalité. Aspects de droit comparé*, 359-368.

⁹⁷ Va detto, infatti, che è stato soprattutto il Senato ad essersi opposto alla riforma, mentre l’Alta Assemblea si è rivelata, al contrario, piuttosto favorevole alle proposte del progetto Balladur. Come nota E. NÉGRIER, *Métropolisation et réforme territoriale*, in *RF adm. publ.*, 2012/1 n. 141, 81, tra i due “rami” del Parlamento si è animata una polemica, con «con l’Assemblée piuttosto “metropolista” ed il Sénat genericamente dipartimentalista».

⁹⁸ M. VERPEAUX, *Des ambitions aux lois*, cit., 75.

⁹⁹ E. DESCHAMPS, *Métropole et pôle métropolitain dans la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales*, in *AJDA*, n. 20/2011, 1134. Sui *Pôles métropolitaines* si veda *infra*, § 3.5.

¹⁰⁰ F. HOLLANDE, *Discours pour la cérémonie d’investiture, Palais de l’Élysée*, Martedì 15 maggio 2012, su www.elysee.fr.

politano introdotto dalla legge del 2010 sia rimasto inattuato. Si tratta di una conquista non da poco, se si pensa – in ottica comparatistica – che le Città Metropolitane, introdotte nell'ordinamento italiano sin dal 1990 e poi riproposte da un corposo susseguirsi di successivi interventi legislativi e legislativo-costituzionali, non sono ancora state istituite (lo saranno solo a gennaio 2015).

Si può forse parlare, allora, di un “mezzo fallimento”, nella misura in cui la riforma ha avuto una portata molto ridotta rispetto alle aspettative.

Sarebbe di scarsa utilità analizzare, nel concreto, le singole disposizioni relative alla *métropole* della legge del 2010, visto che ormai sono state superate dalla normativa del 2014. Tuttavia è utile esaminare, sia pure brevemente, quali siano state le ragioni del “fallimento” della prima versione della *métropole* francese, poiché è sostanzialmente sulla volontà di risolvere i problemi legati alla legge del 2010 che si basa la nuova disciplina.

Dando uno sguardo anche alle critiche mosse dalla dottrina, questi sono, a nostro avviso, i punti che principalmente hanno decretato il parziale fallimento dell'ente in esame:

1. Un primo punto risiede, naturalmente, nel mancato riconoscimento dello *status* di *collectivité territoriale*, anche se esso ha giocato, in sé, un ruolo minore dal momento che, come abbiamo visto *supra* (§ 2.2), gli E.P.C.I. à *fiscalité propre* hanno ormai assunto un tal numero di competenze – e possono ancora assumerne – che, di fatto, il mancato riconoscimento di una competenza generale-residuale nei loro confronti non comporta necessariamente una decisiva diminuzione della loro potenziale efficacia. Non può tuttavia negarsi che, sotto questo profilo, il mancato riconoscimento dello *status* di *collectivité territoriale* nei confronti della *Métropole* comporti uno “snaturamento” nei confronti dell'ente immaginato dal *Comité Balladur* e alcune conseguenze indirette;

2. Tra tali conseguenze indirette vi è, o meglio vi era, il *deficit* democratico dato dal fatto che, in quanto EPCI, gli organi deliberanti delle *métropoles* non erano eletti a suffragio universale diretto e, come aveva saggiamente affermato il *sénateur* Michel Giraud già nel 1981, «la democrazia locale non esiste se non è partecipativa»¹⁰¹. Tuttavia questo problema, come già ricordato, è stato prontamente risolto dal legislatore francese (v. *supra*, § 2.2., a));

3. Una seconda conseguenza indiretta deriva dalla eccessiva somiglianza della *métropole* con la *communauté urbaine*, denunciata da parte della dottrina, sotto almeno tre distinti profili: la selezione delle competenze assegnate alla *métropole*; la debolezza fiscale; la “inappetibilità” politica del nuovo ente. Quanto alle competenze, il mancato riconoscimento dello *status* di *collectivité territoriale* comporta innanzitutto, come già ricordato, la non applicabilità all'ente in esame della clausola generale delle competenze. Si è ritenuto, in secondo luogo, che le competenze assegnate alla *métropole* caratterizzerebbero quest'ultima quale una

¹⁰¹ M. GIRAUD, in *JO, Sénat déb.*, 5 novembre 1981, 2482.

sorta di “*super communauté urbaine*”¹⁰², in quanto la possibilità, per l’ente in esame, di esercitare delle competenze diverse da quelle tradizionalmente comunali (e in particolar modo quelle dei *départements* e, in minor misura, delle Regioni) è stata prevista in maniera troppo limitativa (con riferimento alle competenze economiche) od è comunque subordinata al previo consenso dei *départements* o delle Regioni¹⁰³. Un terzo elemento di critica relativo alle competenze riguarda il possibile «conflitto d’interessi» tra la *métropole* ed il *département*, sia pure nell’ambito ristretto delle competenze che passano dal livello dipartimentale a quello metropolitano, dato dal fatto che la maggioranza del Consiglio del *département* sarebbe stata composta da eletti sul territorio metropolitano e avrebbe deliberato su dei servizi pubblici che non riguardavano la loro circoscrizione e su di un *budget* del quale una gran parte sarebbe stata spartita tra i due enti, venendosi così a creare una situazione di fatto per il quale il *département*, vera e propria *collectivité territoriale*, sarebbe divenuta una specie di «colonia» della *métropole*, semplice EPCI a fiscalità propria¹⁰⁴. Un ulteriore elemento di critica, infine, riguarda non già la distribuzione di competenze tra *département* e *métropole*, bensì tra quest’ultima e i Comuni, dal momento che l’ente metropolitano, non differenziandosi di molto rispetto alle *communautés urbaines*, non avrebbe inciso adeguatamente «sui poteri dei Comuni», soprattutto con riferimento a talune materie (ad esempio le autorizzazioni urbanistiche)¹⁰⁵;

4. Quanto alla “debolezza fiscale”, la critica sul punto è sostanzialmente della stessa natura di quella relativa alle competenze. La dottrina, infatti, rimprovera alle *métropoles* EPCI uno statuto fiscale e finanziario «del tutto identico a quello delle *communauté urbaines*»¹⁰⁶, mentre, stando al progetto Balladur, «il salto qualitativo della *métropole* rispetto alle altre strutture intercomunali avrebbe dovuto misurarsi proprio rispetto al suo regime fiscale e finanziario»¹⁰⁷.

5. Quanto alla “inappetibilità politica”, si tratta di un profilo che è intimamente legato non solo alla mancata previsione della *métropole* quale *collectivité territoriale*, dunque alla sua eccessiva somiglianza con la *communauté urbaine*, bensì anche alla rimessione alla volontà delle *collectivités territoriales* dell’istituzione dell’ente metropolitano. Le *métropoles*, infatti, presentavano un aspetto paradossale: figlie di un compromesso “al ribasso” rispetto alle proposte del Comitato Balladur, voluto per venire incontro alle rivendicazioni dei Comuni, e tut-

¹⁰² G. MARCOU, *Les métropoles*, cit., 61 ss.

¹⁰³ G. MARCOU, *Les métropoles*, cit., 62.

¹⁰⁴ J.-C. DOUENCE, *Les métropoles*, cit., 261.

¹⁰⁵ E. DESCHAMPS, *Métropole et pôle métropolitain*, cit., 1135.

¹⁰⁶ E. DESCHAMPS, *Métropole et pôle métropolitain*, cit., 1135.

¹⁰⁷ G. MARCOU, *Les métropoles*, cit., 63. Sul punto cfr. anche: E. DESCHAMPS, *Métropole et pôle métropolitain*, cit., 1135; J.-C. DOUENCE, *Les métropoles*, cit., 266; M. HOUSER, *Le régime financier de la métropole à la croisée des chemins*, in F. LERIQUE, *À l’heure*, cit., 63-79, al quale si deve lo studio più approfondito sugli aspetti finanziari dell’ente in esame.

tavia proprio da questi ultimi ripudiate, perché divenuto “troppo” al ribasso, nel senso che, da un lato, non offrivano vantaggi decisivi rispetto alle *communautés urbaines* e, dall’altro, rimanevano geneticamente vocate a sostituirsi definitivamente ai Comuni, magari in un futuro più politicamente favorevole al compimento di questo ulteriore passo¹⁰⁸. Essendo, dunque, integralmente rimessa alla volontà dei Comuni la loro istituzione, questi hanno preferito continuare ad avvalersi della *communauté urbaine*, piuttosto che sfruttare il nuovo ente il quale non offriva particolari vantaggi nell’immediato e avrebbe potuto mettere a repentaglio, nel futuro, la loro stessa esistenza. Vi è, inoltre, un altro profilo legato alla “inappetibilità politica”, vale a dire l’eventuale arricchimento di un ulteriore livello del “millefoglie amministrativo” francese che, contrariamente ai propositi del Comitato Balladur (v. *supra*, § 3.3), sarebbe derivata dall’istituzione dell’ente metropolitano, mettendo i Comuni che avessero voluto avvalersi del nuovo istituto davanti ad un quadro amministrativo ancora più complicato¹⁰⁹;

6. Un ultimo punto degno di nota è quello legato alla insufficiente diversificazione delle soluzioni prospettate per ciascuna realtà metropolitana. L’unica possibilità offerta in tal senso dalla normativa del 2010 era quella di un volontario “scambio delle competenze” tra *Métropole* e *collectivités territoriales* di livello “superiore” rispetto ai Comuni, lasciato alla libera iniziativa degli stessi enti interessati. Si è ritenuto, dunque, che tale previsione non consentisse di diversificare sufficientemente l’ente metropolitano rispetto alle precipue caratteristiche di ciascuna realtà, non riuscisse cioè a raggiungere quell’equilibrio dato dalla «*différenciation positive*» di cui parlava il Négrier¹¹⁰. Questo profilo è stato notato, ad esempio, da Jean-François Brisson, il quale ritiene che la risposta data dal Parlamento francese al problema del governo delle grandi agglomerazioni «resti globalmente deludente» anche perché «la riforma territoriale non si interessa in quanto tale alla diversità dei territori» e «la questione delle relazioni dei nuovi territori metropolitani con gli altri spazi è largamente ignorata»¹¹¹. Si vedrà a breve (*infra*, §§ 4.1, a) e c), et 4.2)) come, di fatto, la preoccupazione di diversificare le soluzioni secondo ciascuna realtà sia stata fra le principali, se non la principale, che hanno ispirato la nuova normativa in materia.

3.5. *I pôles métropolitains*. – La normativa del 2010 prevede un secondo nuovo ente di governo del territorio metropolitano, vale a dire il *pôle métropoli-*

¹⁰⁸ Si vedano, sul punto: N. PORTIER, *La coopération intercommunale dans la réforme des collectivités*, in *AJDA*, n. 2/2011, 84; E. NÉGRER, *Métropolisation*, cit., 81; G. MARCOU, *Les métropoles*, cit., 64; E. NÉGRER, *Métropolisation*, cit., 82.

¹⁰⁹ Cfr. E. DESCHAMPS, *Métropole et pôle métropolitain*, cit., 1135; M. VERPEAUX, *Les collectivités territoriales*, cit., 172; J.-M. PONTIER, *L’intercommunalité*, cit., 22; ID, *En attendant la prochaine loi*, in *AJDA*, n. 4/2011, 185.

¹¹⁰ E. NÉGRER, *La différenciation positive*, cit.

¹¹¹ J.-F. BRISSON, *La métropole, une chimère?*, in F. LERIQUE, *À l’heure*, cit., 26.

tain, inserito agli artt. L. 5731-1 ss. del CGCT dall'art. 20 della l. n. 2010-1563 e anch'esso oggetto di alcune modifiche da parte della l. n. 2014-58 del 27 gennaio 2014.

La previsione di questo ulteriore ente di governo del territorio metropolitano si spiega alla luce della distinzione, operata dal Comitato economico e sociale europeo, tra "Metropoli" e "Area metropolitana"¹¹², alla quale il legislatore francese ha voluto dare seguito. Volendo molto semplificare, la differenza tra "area metropolitana" e "metropoli" starebbe in ciò: che solo la prima ammette al suo interno zone diverse da quelle esclusivamente urbane (e in particolar modo "rurali"), mentre la seconda è solo una zona urbana molto estesa¹¹³. Insomma la "metropoli" sarebbe la grande città ovvero la grande agglomerazione urbana, mentre la "area metropolitana" sarebbe l'area circostante la metropoli composta da realtà rurali e municipali ad essa legata.

Da un punto di vista giuridico, la differenza principale tra *Métropole* e *pôle métropolitain*, sta in ciò: che mentre la prima è un EPCI à *fiscalité propre* che raggruppa diverse *collectivités territoriales*, il secondo è un *établissement publics* che raggruppa diversi EPCI à *fiscalité propre* o, per essere più precisi, «un *syndicat mixte* per federare gli EPCI delle aree urbane»¹¹⁴.

I *pôles métropolitains* costituiscono una sorprendente innovazione. Si tratta, innanzitutto, della «prima volta che la legge attribuisce un oggetto urbano ad un *syndicat mixte*»¹¹⁵. In secondo luogo, i *pôles métropolitains*, almeno in teoria, possono anche avere territorio discontinuo, salvo quelli situati in zone transfrontaliere che «devono necessariamente essere costituiti su territori contigui e senza *enclaves*»¹¹⁶. Una terza caratteristica peculiare, infine, è data dal fatto che «il *pôle* appare come un *syndicat mixte* multifunzione che definisce lui stesso il suo interesse metropolitano»¹¹⁷.

I *pôles métropolitains* si presentano come uno strumento interessante di ge-

¹¹² «Bisogna ben distinguere tra "metropoli" e "aree metropolitane". Generalmente una metropoli è concepita come una grande città od un'agglomerazione, mentre una "area metropolitana" è l'insieme dato da una città molto grande, o da città importanti, e dalle altre municipalità e zone rurali che le attorniano. Di conseguenza, le aree metropolitane hanno una superficie molto più larga di quella delle metropoli» (COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN, *Avis sur les aires métropolitaines européennes: implications socio-économiques pour l'avenir de l'Europe*, in *JOUE (fr)*, 2007/C 168/02, 1, n. 2).

¹¹³ La differenza tra zone "rurali" e zone "urbane" è di provenienza economica, ed è così ben sintetizzata dal *Cesef*, che richiama a sua volta la definizione fornita dall'*Institut national de la statistique et des études économiques* francese (INSEE): «l'unità urbana o agglomerazione riposa sulla continuità dell'abitato. Una unità urbana è l'insieme di uno o più Comuni il cui territorio sia parzialmente o totalmente coperto da una zona abitata di almeno 2.000 abitanti e le cui costruzioni siano separate da meno di 200 metri. Tutti i Comuni che non appartengono ad una unità urbana sono detti "rurali"» (CONSEIL ÉCONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, *Avis* 9/5/2003, cit., 75).

¹¹⁴ E. DESCHAMPS, *Métropole et pôle métropolitain*, cit., 1131.

¹¹⁵ E. DESCHAMPS, *Métropole et pôle métropolitain*, cit., 1129.

¹¹⁶ E. DESCHAMPS, *Métropole et pôle métropolitain*, cit., 1132.

¹¹⁷ E. DESCHAMPS, *Métropole et pôle métropolitain*, cit., 1134.

sione del territorio metropolitano, che ha accattivato le simpatie dei Comuni molto più della *Métropole*, vista anche l'assenza di una "vocazione a sostituirsi" agli stessi e la flessibilità del suo statuto giuridico. Non è un caso che, dal 2010, si siano costituiti ben 12 *pôles métropolitains*, e molti altri sono ancora in corso di costituzione.

Tuttavia, a livello normativo, la *métropole*, che muove da intenzioni ben più ambiziose, resta senz'altro lo strumento privilegiato dal legislatore per l'amministrazione del territorio metropolitano, come risulta chiaramente dalla legge del 2014 che ci apprestiamo ad analizzare.

4. La legge di «modernizzazione dell'azione pubblica territoriale e di affermazione delle *métropoles*». – La legge n. 58 del 27 gennaio 2014¹¹⁸ conferisce dunque, in conformità con il suo titolo, un posto centrale alle *métropoles*, ed è volta ad integrare ed innovare lo statuto giuridico di queste ultime rispetto alla legge del 16 dicembre 2010, conseguendo una nuova tappa del c.d. "atto III della decentralizzazione" francese (v. *supra*, nota n. 94).

Questo ulteriore intervento normativo è chiaramente orientato dalla volontà di fornire una risposta efficace al fatto urbano, alla globalizzazione e quindi, correlativamente, alla necessità di adattare, financo di ridefinire, i contorni dell'intelaiatura istituzionale classica dell'amministrazione territoriale francese.

Se è vero, infatti, che la nuova legge si iscrive nel solco di quella del 2010, è vero pure che essa, come già evidenziato, nasce, in buona sostanza, con il proposito di superare quest'ultima – che non aveva corrisposto le ambizioni iniziali – sviluppandone le potenzialità. Le *métropoles* diventano, ora, un istituto centrale dell'organizzazione territoriale, venendosi così a porre in essere una chiara rottura con il principio di uniformità che a lungo ha caratterizzato l'organizzazione delle *collectivités territoriales* francesi. Tale rottura si manifesta, come ha esattamente rilevato L. Janicot, con il fatto che lo statuto delle *métropoles* non è più uniforme, ma varia a seconda della singola metropoli¹¹⁹.

La legge in esame, infatti, riforma lo statuto giuridico delle *métropoles* di diritto comune e crea, in modo autoritativo, tre *métropoles* dotate di un proprio statuto particolare: Parigi, Lione e Marsiglia. Possiamo stimare, con B. Faure,

¹¹⁸ Legge n. 2014-58, 27 gennaio 2014, JO n. 23, 28 gennaio 2014; CC *décision* n. 2013-687, DC del 23 gennaio 2014. Sull'argomento si vedano almeno: M. DEGOFFE, *L'organisation des métropoles*, RFDA, 2014, 481; B. FAURE, «*Penser le changement*» ou «*changer le pansement*», AJDA, 2014, 600; N. FERREIRA, *Les métropoles de droit commun*, AJCT, 2014, 249; L. JANICOT, *Les métropoles à statut particulier: le Grand Paris, Lyon et Aix-Marseille-Provence*, AJDA 2014, 613; N. KADA, *Les métropoles: vers un droit (peu) commun?*, AJDA, 2014, 619; F. LAURIE, *La métropole d'Aix-Marseille-Provence, une déclinaison statutaire d'un projet contesté*, AJCT, 2014, 245; G. LE CHATELIER, *La métropole de Lyon*, AJCT, 2014, 214; D. MABIN, *Quels enjeux pour la loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles?*, AJCT, 2014, 232.

¹¹⁹ L. JANICOT, *Les métropoles*, cit., 613.

che «si assiste ad un sovra-sfruttamento della parola *métropole*, alla quale si richiede di designare, allo stesso tempo, quattro realtà giuridiche differenti»¹²⁰. Ciò che, con tutta evidenza, pone non pochi problemi circa la comprensione e l'individuazione della definizione di tale categoria giuridica¹²¹.

Per ragioni di chiarezza espositiva, dunque, conviene analizzare preliminarmente le *métropoles* di diritto comune riformate e, solo in un secondo momento, quelle a statuto differenziato.

4.1 *La riforma dello statuto delle métropoles di diritto comune.* – La legge in esame riforma la disciplina del 2010 relativa alle *métropole* di diritto comune sotto tre aspetti. In particolare: viene fornita una diversa definizione giuridica dell'istituto (a); viene elaborata una nuova procedura istitutiva (b); vengono modificate le competenze assegnate in via generale all'ente (c).

a) *La nuova definizione giuridica delle métropoles di diritto comune.* – Il progetto di legge, depositato dal Governo nel 2013, definiva la *métropole* come un «*établissement public de coopération intercommunale* a fiscalità propria volto a riunire più comuni contigui e senza *enclave* in seno ad uno spazio di solidarietà, per elaborare e condurre insieme un progetto di pianificazione e di sviluppo economico, ecologico, educativo, culturale e sociale del relativo territorio al fine di migliorarne la competitività e la coesione. Essa valorizza le funzioni economiche metropolitane, la rete di trasporti pubblici e le risorse universitarie, di ricerca e d'innovazione»¹²².

Questa definizione è stata leggermente modificata nel testo definitivo, il quale prevede che «la *métropole* è un EPCI a fiscalità propria, volto a riunire più comuni contigui e senza *enclave* in seno ad uno spazio di solidarietà, per elaborare e condurre insieme un progetto di pianificazione e di sviluppo economico, ecologico, educativo, culturale e sociale del relativo territorio, al fine di migliorarne la coesione e la competitività e di concorrere ad uno sviluppo sostenibile e solidale del territorio regionale. Essa valorizza le funzioni metropolitane, le reti di trasporto pubblico e le risorse universitarie, di ricerca e d'innovazione, in uno spirito di cooperazione regionale ed interregionale e nell'intento di realizzare uno sviluppo territoriale equilibrato»¹²³.

Possiamo dunque constatare un ampliamento dell'arco di obiettivi perseguiti dalla *métropole* ma, soprattutto, correlativamente, il prefigurarsi di un rapporto concorrenziale – o, comunque, di difficile articolazione – con la Regione, dal momento che le finalità perseguite dall'ente metropolitano s'iscrivono,

¹²⁰ B. FAURE, «*Penser le changement*», cit.

¹²¹ Cfr. L. JANICOT, *Les métropoles*, cit., 619.

¹²² Progetto di legge art. L. 5217-1 CGCT.

¹²³ Art. L. 5217-1 CGCT.

ormai, nell'ottica del «territorio regionale» e «in uno spirito di cooperazione regionale ed interregionale».

Come già premesso, la legge del 27 gennaio 2014 modifica, poi, anche il procedimento istitutivo delle *métropoles*.

b) La consacrazione della creazione autoritativa. – Sin dall'inizio la modalità di creazione delle nuove *métropole* era stata concepita, dal Governo, come un procedimento di tipo autoritativo. Il progetto di legge governativo disponeva, infatti, che fossero «trasformati in *métropole* gli EPCI a fiscalità propria che form[asser]o un insieme di più di 400.000 abitanti all'interno di un'area urbana, ritenuta tale dall'Istituto Nazionale di Statistica e degli Studi Economici (INSEE), di più di 500.000 abitanti»¹²⁴.

Tale procedimento istitutivo, tuttavia, non aveva ricevuto unanime consenso. Così, in occasione della prima lettura, il Senato lo aveva trasformato da autoritativo a volontario, lasciando così ai soggetti locali coinvolti la mera facoltà di creare la *métropole*¹²⁵.

Nel corso delle successive letture del progetto di legge è stata poi trovata una forma di compromesso tra le due posizioni, consistente nel prevedere, in alcuni casi, la creazione imposta dal legislatore e, in altri, quella volontaria, anche se, a ben vedere, il procedimento principale resta il primo, mentre il secondo assume rilievo solamente in via residuale.

Il 1° gennaio 2015 saranno così trasformati in *métropole*, con decreto, «gli EPCI a fiscalità propria che formino, alla data prevista per l'istituzione delle *métropole*, un insieme di più di 400.000 abitanti all'interno di un'area urbana, ritenuta tale dall'INSEE, di più di 650.000 abitanti»¹²⁶. Quando tali soglie demografiche sono raggiunte, dunque, la trasformazione in *métropole* avviene di diritto.

La creazione volontaria, invece, è condizionata da diversi fattori e riguarda due tipi diversi di EPCI. Da una parte, possono accedere allo *status* di *métropole* «gli EPCI a fiscalità propria che formino, alla data prevista per l'istituzione delle *métropole*, un insieme di più di 400.000 abitanti e che includano nel proprio perimetro il capoluogo di regione». Dall'altra, analoga possibilità è concessa agli EPCI che costituiscano «centri di una *zone d'emploi*¹²⁷ di più di 400.000 abitanti, ritenuta tale dall'INSEE», e che esercitino in luogo dei Comuni le competenze assegnate alle *métropoles* di diritto comune. Sono altresì prese in conside-

¹²⁴ Progetto di legge art. L. 5217-1, comma 2, CGCT.

¹²⁵ Secondo tale approccio, avrebbero potuto ottenere lo statuto di *métropole* gli EPCI a fiscalità propria che formassero, alla data della loro creazione, un insieme di più di 400.000 abitanti all'interno di un'area urbana, ritenuta tale dall'INSEE, di più di 650.000 abitanti.

¹²⁶ Art. L. 5217-1, comma 2, CGCT.

¹²⁷ Secondo la chiara definizione fornita dall'istituto INSEE (www.insee.fr) una *zone d'emploi* «è uno spazio geografico all'interno del quale la maggior parte della popolazione attiva risiede e lavora e nella quale gli stabilimenti ivi operanti possono trovare l'essenziale della manodopera necessaria per occupare gli impieghi offerti».

razione «le funzioni del comando strategico dello Stato e le funzioni metropolitane effettivamente esercitate sul territorio dell'EPCI, così come il suo ruolo in materia di equilibrio del territorio nazionale»¹²⁸.

In tali ipotesi, è preliminarmente richiesto l'accordo dei 2/3 dei Consigli municipali dei Comuni interessati che rappresentino più del 50% della popolazione dell'area o, in alternativa, l'accordo della metà dei Consigli municipali che rappresentino i 2/3 della popolazione. Si tratta dei classici criteri previsti per la creazione degli EPCI.

La legge in esame, infine, ridefinisce le competenze metropolitane.

c) *La ridefinizione delle competenze.* – La determinazione delle competenze, per le *métropoles* di diritto comune, ha subito alcune modifiche nel corso del dibattito parlamentare.

La legge, promulgata il 27 gennaio 2014, assegna alla *métropole* competenze di diversa natura. Innanzitutto, essa esercita di diritto, in luogo dei Comuni, una lunga lista di competenze comunali (tra le quali possiamo ricordare: lo sviluppo e la pianificazione economica, sociale e culturale; la pianificazione dello spazio metropolitano; la politica locale dell'abitazione; la politica della città; la gestione dei servizi collettivi; la protezione e la valorizzazione dell'ambiente, *etc.*), secondo una logica d'assegnazione simile a quella che caratterizzava le *communautés urbaines*. Le legge precisa che, trattandosi di competenze così numerose, il loro trasferimento può essere sia integrale, sia temperato in virtù dello specifico «interesse metropolitano» da conseguire, concepito su basi analoghe a quelle dell'«interesse comunitario» degli EPCI a fiscalità propria.

Di là da questo “nucleo duro” di competenze propriamente metropolitane, nel quale vengono inglobate tutte le funzioni relative agli obiettivi di pianificazione e sviluppo urbano, le *métropoles* possono poi farsi carico dell'esercizio delle competenze che verranno loro delegate dagli altri enti pubblici, a partire dallo Stato, confermando l'evoluzione dello statuto degli EPCI già intrapresa con la revisione costituzionale del 2003¹²⁹, venendo così ad emanciparsi da un attaccamento esclusivo ai Comuni che la compongono.

¹²⁸ Art. L. 5217-1, comma 2, CGCT.

¹²⁹ Legge costituzionale n. 2003-276 del 28 marzo 2003, relativa all'organizzazione decentralizzata della Repubblica, JO del 29 marzo 2003, 5568. Sul punto si vedano almeno: G. DRAGO, *Les principes de répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales après la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003: clarification ou continuité ?*, in G. GUIHEUX (a cura di) *La mise en œuvre de la décentralisation: étude comparée France, Belgique, Canada, Bruxelles, LGDJ*, 2006, 32; B. FAURE, *La révision constitutionnelle de 2003, Vérités dix ans après*, AJDA, 2013, 1328; J.C. GROSHENS, J. WALINE, *A propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003*, *Mélanges en l'honneur de P. Amselek*, Bruxelles 2005, 375; H. RIHAL, *Le statut constitutionnel des collectivités territoriales issu de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003: entre innovations et complexités*, RFAP, 2003, 549; M. VERPEAUX, *La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République: libre propos*, RFDA 2003, 661.

La *métropole*, disponendo della competenza di programmazione delle politiche dell'abitazione, può, così, beneficiare di alcune competenze delegate dallo Stato nell'ambito specifico dell'abitazione e dell'alloggio. Essa può, inoltre, esercitare delle competenze dipartimentali all'interno del suo perimetro, nei limiti di una convenzione stipulata con il *Département* (attribuzione degli aiuti a titolo di fondo di solidarietà per l'alloggio; missioni conferite al servizio pubblico dipartimentale dell'azione sociale; adozione, adattamento e messa in opera del programma dipartimentale di inserzione; aiuti ai giovani in difficoltà; atti di prevenzione specializzata nei confronti dei giovani e delle famiglie in difficoltà o in rottura con il loro ambiente; gestione di strade, delle loro *dépendances* e dei relativi accessori, di competenza dipartimentale; attività di promozione all'estero del territorio e delle relative attività economiche, *etc.*¹³⁰). Infine, sulla base della stessa logica della delega, la *métropole*, previa convenzione, può esercitare in luogo della Regione un certo numero di competenze, che la Regione può affidarle di sua iniziativa o su richiesta della *métropole* stessa.

Le competenze, così disposte dalla legge, rivelano dunque, nei confronti delle *collectivités territoriales*, una concezione "più prudente" rispetto a quella fatta propria dalla riforma del 2010. Fatta eccezione per le competenze comunali trasferite alla *métropole*, che sono sostanzialmente analoghe a quelle previste nella normativa previgente¹³¹, dobbiamo infatti rilevare uno "sganciamento" relativo alle competenze dipartimentali e regionali. In altri termini si deve evidenziare come, se nella riforma del 2010, alcune competenze – soprattutto dipartimentali¹³² – erano trasferite di diritto alla *métropole*, ciò non avviene più nella legge del 2014. Lo stesso discorso vale con riguardo alle Regioni, anche se già nel 2010 il trasferimento delle competenze regionali era di minore portata: la *métropole* esercitava di diritto, in luogo della Regione, solo le competenze relative alla promozione all'estero del territorio e delle relative attività economiche.

Dopo tale sguardo d'insieme, bisogna però rilevare come anche all'interno della categoria delle *métropoles* di diritto comune vi sia una rottura del principio di uniformità, con specifico riferimento a due realtà particolari: la *métropole* di Strasburgo «sede delle istituzioni europee», denominata «*Eurométropole de Strasbourg*» (Eurometropoli di Strasburgo), e quella di Lilla, denominata «*Métropole européenne de Lille*» (Metropoli europea di Lilla)¹³³. Pur non potendosi

¹³⁰ Art. 3211-1-1 CGCT.

¹³¹ Già nella normativa previgente, infatti, era affidato alla *métropole*, "di pieno diritto", sottraendolo ai Comuni, un insieme di competenze in materia: di sviluppo e di pianificazione economica, sociale e culturale; di pianificazione dello spazio metropolitano; di politica locale dell'abitazione; della politica della città; della protezione e della valorizzazione dell'ambiente; *etc.*

¹³² La *métropole* esercitava, "di pieno diritto", al posto dei *départements*, un insieme di competenze quali i trasporti scolari, la gestione delle strade pubbliche dipartimentali (assieme alle loro *dépendances* ed ai loro accessori), così come le competenze relative alle zone d'attività ed alla promozione all'estero del territorio e delle sue attività economiche.

¹³³ Art. L. 5217-1 CGCT.

parlare di un vero e proprio statuto differenziato, infatti, la loro particolare denominazione esprime alcune peculiarità che le distinguono dalle altre *métropoles* di diritto comune, a partire dal fatto che esse sono istituite con legge. Proprio la legge, inoltre, dispone per queste due *métropoles* alcune particolarità nella loro disciplina, in funzione della loro inclinazione europea – o, per così dire, del loro “tropismo” europeo.

Più nel dettaglio possiamo menzionare l’obbligo, per la *métropole* di Strasburgo, di tenere in considerazione la presenza delle istituzioni europee ed internazionali quando debba elaborare un *contrat de plan*¹³⁴ da concludersi con lo Stato, il quale assumerà la forma peculiare di un «contratto specifico chiamato “contratto triennale, Strasburgo, capitale europea”»¹³⁵ volto ad assicurare i mezzi adeguati allo svolgimento della sua funzione di città capitale. Allo stesso modo, sono previste delle disposizioni specifiche riguardanti la cooperazione transfrontaliera delle *métropoles* di Lille e di Strasburgo¹³⁶.

Salvo queste minime differenze intercorrenti tra le varie *métropoles* di diritto comune, però, la vera differenziazione si ha con le tre grandi *métropoles* a statuto speciale – Parigi, Lione e Marsiglia – che costituiscono il cuore della legge in esame e la cui autonomia viene decisamente accresciuta rispetto a quella, piuttosto flebile, prevista dalla legge del 20 dicembre 1982, dove essenzialmente si esauriva nel regime elettorale fondato sugli *arrondissements* o sui *secteurs*¹³⁷.

Con la creazione autoritativa delle tre grandi *métropoles* a statuto speciale, quindi, la legge di «modernizzazione dell’azione pubblica territoriale e di affermazione delle *métropoles*» attua una vera e propria rottura del principio di uniformità che, fino ad ora, aveva costituito il fondamento dell’organizzazione decentralizzata in Francia. Vediamone le caratteristiche specifiche.

4.2. *La creazione autoritativa di tre métropoles dotate di uno statuto giuridico speciale.* – Come poc’anzi ricordato, la legge del 27 gennaio 2014 istituisce tre *métropoles* a statuto speciale per le tre più grandi città francesi. Solo due di esse conservano la struttura giuridica di fondo dell’EPCI, mentre la terza (Lione) è una vera e propria *collectivité territoriale* a statuto speciale.

¹³⁴ I *contrats de plan*, nel diritto francese, sono lo strumento privilegiato di coordinamento dell’azione dello Stato e degli enti locali, con il quale è possibile definire le priorità comuni nella gestione del territorio. Si tratta dunque di documenti attraverso i quali lo Stato e l’Ente si impegnano sulla programmazione ed il finanziamento pluriennale di progetti importanti, quali, ad esempio, la creazione di nuove infrastrutture.

¹³⁵ Art. L. 5217-1-VI CGCT.

¹³⁶ Art. L. 5217-2-VIII CGCT.

¹³⁷ Legge n. 82-1169, 31 dicembre 1982, relative all’organizzazione amministrativa di Parigi, Marsiglia, Lione e degli EPCI, JO del 1 gennaio 1983, 3.

4.2.1. *La creazione di métropoles EPCI a statuto speciale.* – Sia pure per ragioni differenti, le *métropoles* di Parigi (il *Grand Paris*) e di Marsiglia (*Aix-Marseille-Provence*) rientrano, dunque, nella categoria degli EPCI, all'interno della quale si distinguono per il fatto di avere uno statuto speciale.

a) *La métropole del Grand Paris.* – Il *Grand Paris*, la cui proposta iniziale era stata formulata dal Comitato Balladur (v. *supra* § 3.3 et nota n. 87), era stato originariamente concepito, nel progetto governativo, come un *établissement public* nel quale sarebbero stati ricompresi la città di Parigi e gli EPCI a fiscalità propria dell'unità urbana parigina. Secondo un approccio classico, la sua creazione è presentata «in vista della definizione e della realizzazione di azioni d'interesse metropolitano, al fine di promuovere un modello di sviluppo sostenibile e di migliorare la competitività e l'attrattività del suo territorio»¹³⁸.

La creazione del *Grand Paris* ha suscitato vive reazioni, tali che il Senato, in prima lettura, aveva addirittura soppresso l'articolo relativo alla sua creazione, poi reintegrato nei successivi passaggi dell'*iter* legislativo.

Parallelamente alle controversie politiche suscitate, lo statuto giuridico ed i limiti territoriali della *métropole* parigina hanno subito diverse mutazioni nel corso del dibattito parlamentare.

L'istituzione del *Grand Paris* è prevista per il 1° gennaio 2016, dopo che una *mission de préfiguration*¹³⁹ ne avrà curato gli aspetti giuridici e del bilancio e le condizioni di esercizio delle competenze ed avrà svolto una «analisi diagnostica generale, sociale, economica ed ambientale del territorio metropolitano»¹⁴⁰. Quanto alle polemiche suscitate dalle disposizioni in esame, sul punto specifico è lecito interrogarsi se non sarebbe stato meglio che la *mission de préfiguration* iniziasse ad operare prima della promulgazione della legge, tanto più che il metodo «a tappe forzate» per la realizzazione di questa *métropole* tentacolare, fuori dal comune, si realizzerà, secondo quanto previsto dalla stessa legge, per il tramite di ordinanze governative. Il Governo potrà così apportare numerose precisazioni relative alle regole «del bilancio, finanziarie, fiscali e contabili applicabili alla *métropole*»¹⁴¹. Tutto ciò comporta che, allo stato attuale, i contorni giuridici del *Grand Paris* non siano ancora del tutto definiti.

Quanto alla delimitazione spaziale del *Grand Paris*, questa *métropole* raggruppa il Comune di Parigi e l'insieme dei Comuni dei *départements* della *Seine-Saint-Denis* e della *Val-de-Marne*. Il perimetro potrà poi estendersi: ai Comuni degli altri *départements* della Regione *Ile-de-France* che, alla data del 31 dicembre 2014, appartengono ad un EPCI comprendente almeno un Comune dei *dé-*

¹³⁸ Progetto di legge Art. L. 5732-1, comma 2, CGCT.

¹³⁹ Lett. «missione preparatoria». Trattasi di una conferenza permanente composta da membri in parte eletti e in parte non eletti, rappresentanti lo Stato, l'*Ile-de-France* e la metropoli parigina.

¹⁴⁰ Art. L. 5219-11-III CGCT.

¹⁴¹ Art. L. 5219-11-II CGCT.

partements della *Hauts-de-Seine*, della *Seine-Saint-Denis* e della *Val-du-Marne*, e del quale il Consiglio municipale abbia deliberato favorevolmente prima del 30 settembre 2014; a tutti i Comuni che si trovino in contiguità territoriale con almeno un Comune dei *départements* della *Hauts-de-Seine*, della *Seine-Saint-Denis* e della *Val-du-Marne* e dei quali il Consiglio municipale abbia deliberato favorevolmente prima del 30 settembre 2014, a condizione che i due terzi dei Comuni dell'EPCI a fiscalità propria al quale essi appartengano, rappresentanti almeno la metà della popolazione, o la metà dei Comuni rappresentanti i due terzi della popolazione dell'EPCI a fiscalità propria, non si siano opposti con delibera entro il 31 dicembre 2014¹⁴².

In questo contesto, le disposizioni relative all'*Ile de France* ed alla «realizzazione della carta intercomunale» si connotano per una caratteristica davvero singolare, dal momento che l'intercomunalità già esistente, realizzata volontariamente dai Comuni interessati, conoscerà una «conclusione» non desiderata. Gli EPCI inclusi nel perimetro della *métropole*, infatti, spariranno per lasciar spazio al nuovo ente metropolitano, e saranno assorbiti in un insieme demografico e territoriale la cui ampiezza genera necessariamente un allentamento del legame tra gli eletti e gli elettori. Legame che costituisce, tuttavia, la condizione minima della «democrazia locale».

Per compensare, in qualche maniera, tale effetto collaterale, la legge prevede che la *métropole* del *Grand Paris* sia organizzata in «*territoires*»¹⁴³ (territori) che, in un certo senso, colmino il vuoto lasciato dagli EPCI, assumendone un ruolo in qualche misura analogo. Questi *territoires* dovranno essere contigui e senza *enclave* e contare almeno 300.000 abitanti. Ciascuno è organizzato attorno ad un Consiglio territoriale composto da delegati dei Comuni inclusi nel perimetro interessato. Tali Consigli territoriali, tuttavia, eserciteranno esclusivamente delle competenze facoltative ovvero delegategli, in alcune materie, dal Consiglio metropolitano. I *territoires*, insomma, non costituiranno affatto un nuovo livello né di autonomia territoriale, né di *établissement public*.

Nel testo finale la *métropole* è, più precisamente, costituita, ai sensi della legge, «in vista della definizione e della realizzazione di azioni metropolitane approntate al fine di migliorare il livello di vita dei suoi abitanti, di ridurre le ineguaglianze tra i territori che la compongono, di sviluppare un modello urbano, sociale ed economico sostenibile, per una migliore attrattività e competitività a beneficio dell'insieme del territorio nazionale»¹⁴⁴. Il *Grand Paris*, in vista della realizzazione di questi obiettivi, deve predisporre un «progetto metropolitano» che determini «gli orientamenti generali della politica», gli «orientamenti strategici» e gli «ambiti di intervento prioritario»¹⁴⁵.

¹⁴² Art. L. 5219-1-I CGCT.

¹⁴³ Art. L. 5219-2 CGCT.

¹⁴⁴ Art. L. 5219-1, comma 4, CGCT.

¹⁴⁵ Art. L. 5219-1, comma 5, CGCT.

L'insieme delle disposizioni in causa testimonia chiaramente la prevalenza di logiche economiche, d'attrattività e di competitività «a beneficio dell'insieme del territorio nazionale», come significativamente precisato dalla legge¹⁴⁶.

Il *Grand Paris* non si pone però in reale discontinuità con le logiche tradizionali dell'intercomunalità, dal momento che non solo ritroviamo, nella enumerazione delle sue competenze, le grandi competenze costitutive della *communautés urbaines*, ma anche è previsto, per ciascuna di esse, la possibilità di individuare un «interesse metropolitano» per modulare la portata di tali attribuzioni «di pieno diritto». Tale interesse metropolitano è stabilito con la maggioranza dei due terzi dei membri del Consiglio metropolitano, al massimo due anni dopo la sua creazione. In caso di mancato accordo, la *métropole* esercita l'integralità delle competenze trasferitele.

Così il *Grand Paris* esercita un assai importante insieme di competenze «di pieno diritto» al posto dei Comuni¹⁴⁷. Tale insieme potrà poi essere integrato da altre competenze «trasmesse» dai Comuni stessi, nonché da quelle che erano già state trasferite agli EPCI a fiscalità propria¹⁴⁸ preesistenti alla data della creazione della *métropole* che li ha assorbiti.

Conformemente alla soluzione adottata per le *métropoles* di diritto comune, poc'anzi ricordata, la disciplina relativa alla *métropole* del *Grand Paris* non prevede il trasferimento «di pieno diritto» delle competenze appartenenti all'*Ile-de-France* o, *a fortiori*, dei *départements* interessati. Questa soluzione è logica, dal momento che la totalità dei territori dei tre *départements* e dalla *première couronne*¹⁴⁹ sono inglobati nel territorio metropolitano e, nel caso si fosse adottata una soluzione diversa, i *départements* si sarebbero visti privare dell'essenza della loro esistenza stessa. È su tale base che si fonda, per altro, dialetticamente, l'idea di alcuni politici di sopprimere, in un futuro, i *départements* in questione.

La legge prevede, invece, secondo il modello di diritto comune, che lo Stato possa delegare alla *métropole* del *Grand Paris*, su domanda di quest'ultima e tramite convenzione, un numero non trascurabile di competenze nell'ambito delle politiche dell'abitazione. Queste ultime, quindi, saranno «esercitate in nome e

¹⁴⁶ Art. L. 5219-1-I CGCT.

¹⁴⁷ Trattasi di competenze in materia: di pianificazione dello spazio metropolitano; della politica locale dell'abitazione; dello sviluppo e della pianificazione economica, sociale e culturale; della politica della città, della protezione e valorizzazione dell'ambiente e della politica delle condizioni di vita.

¹⁴⁸ La legge prevede tuttavia che alcune competenze esercitate anteriormente dagli EPCI a fiscalità propria possano essere restituite dalla *métropole* e essere esercitate dai Comuni, sia pur sotto il rispetto di talune condizioni.

¹⁴⁹ Il territorio parigino si divide, infatti, in due *couronnes* (corone): la piccola corona (o prima corona) costituita dalla Città di Parigi e dai tre *départements* limitrofi (Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis e Val-de-Marne); la grande corona, che attualmente ricomprende i *départements* di Seine-et-Marne, Yvelines, Essonne e Val-d'Oise.

per conto dello Stato»¹⁵⁰. Lo Stato può inoltre delegare certe competenze di sua iniziativa, purché nella loro totalità (cioè non solo parzialmente), in materia di abitazione, se la *métropole* dispone di un piano metropolitano esecutivo dell'abitazione e dell'alloggio. L'obiettivo perseguito è quello di «favorire la costruzione di nuove abitazioni, la riabilitazione delle vecchie abitazioni e la riqualificazione delle abitazioni fatiscenti»¹⁵¹.

Quanto alla *métropole* marsigliese, anch'essa, come ricordato, è dotata di uno statuto riconducibile a quello di un EPCI a statuto speciale, ma tale scelta è stata effettuata sulla base di considerazioni assai diverse rispetto a quelle che hanno ispirato il legislatore nella disciplina della metropoli parigina.

b) La métropole di Aix-Marseille-Provence. – La *métropole* in questione è sottomessa al regime delle *métropoles* di diritto comune, salvo che per alcune singolarità. L'originalità di questa scelta, dunque, «riposa sulla declinazione di alcuni elementi statutarî identici a quelli delle altre *métropoles* con altri che se ne allontanano»¹⁵². La sua genesi risiede in alcuni fattori esplicativi di natura differente ma convergenti sulla considerazione di base che il troppo grande disordine istituzionale caratterizzante la situazione dell'agglomerazione marsigliese nelle sue dimensioni più vaste costituiva un ostacolo per portare avanti delle politiche pubbliche coerenti, soprattutto nel campo sensibile della sicurezza.

A partire da tale constatazione, sono i varî EPCI esistenti ad essere stati scelti come «vittime sacrificali» e che formano l'oggetto di una procedura autoritativa di fusione-sostituzione. La legge formula il principio secondo il quale la *métropole* in causa «raggruppa l'insieme dei comuni membri della *communauté urbaine* di *Marseille-Provence-Métropole*, della *communauté d'agglomération* di *Pays d'Aix-en-Provence*, della *communauté d'agglomération* di *Salon Etang de Berre Durance*, della *communauté d'agglomération* di *Pays d'Aubagne et de l'Etoile*, del *syndicat d'agglomération nouvelle* di *Ouest Provence* e della *communauté d'agglomération* di *Pays de Martigues*»¹⁵³.

La *métropole* esercita le «competenze che erano, alla data della creazione, trasferite dai Comuni membri agli EPCI fusi»¹⁵⁴, assieme alle competenze delle *métropoles* di diritto comune, precedentemente richiamate. Le competenze attribuite ad *Aix-Marseille-Provence* in virtù del suo statuto speciale, in altri termini, risultano come la semplice addizione delle competenze appartenenti, in precedenza, alle sei intercomunalità fuse. Ciò spiega la previsione legislativa della natura derogatoria delle competenze della *métropole* in esame, contrariamente alle altre *métropoles* per le quali è prevista una formulazione enumerativa

¹⁵⁰ Art. L. 5219-1-VI CGCT.

¹⁵¹ Art. L. 5219-1-VI CGCT.

¹⁵² F. LAURIE, *La métropole d'Aix-Marseille-Provence*, cit., 247.

¹⁵³ Art. L. 5218-1-I CGCT.

¹⁵⁴ Art. L. 4218-2 CGCT.

delle competenze. Solo per quanto riguarda il titolato «competenze del consiglio del territorio»¹⁵⁵ è prevista una lista enumerativa, trattandosi di competenze che non possono essere delegate dal Consiglio metropolitano al Consiglio territoriale (lista di 14 rubriche riguardanti vari settori, dalle zone di attività economica alle concessioni di elettricità e gas, passando per l'urbanismo e gli SCOT¹⁵⁶, i piani locali dell'abitazione, i trasporti metropolitani... ed altrettanti ambiti caratteristici delle competenze dell'insieme delle *métropoles*)¹⁵⁷.

Così come la *métropole* del *Grand Paris*, anche quella di *Aix-Marseille-Provence* è divisa in *territoires*, tenuto conto delle «solidarietà geografiche preesistenti»¹⁵⁸, i cui Consigli si vedono riconoscere delle competenze principalmente consultative. La *métropole* in questione è inoltre dotata di altre istituzioni complementari, sulle quali, tuttavia, non ci soffermeremo in questa sede.

Se il *Grand Paris* e la *métropole* di *Marseille-Aix-Provence* rimettono in causa il principio di uniformità territoriale, la rottura più importante di quest'ultimo risiede senz'altro nella creazione della terza *métropole* a statuto speciale, vale a dire Lione, che ha la natura giuridica di una vera e propria *collectivité territoriale*.

4.2.2. *La creazione di una métropole quale collectivité territoriale a statuto speciale.* – Fare delle *métropoles* delle vere e proprie *collectivités territoriales* a statuto speciale costituiva, come visto in precedenza (v. *supra*, § 3.3), una delle proposte del progetto Balladur. I *grands édiles* lionesi hanno saputo ottenere, per loro, ciò che è stato rifiutato alle altre *métropoles*.

a) *La singolare consacrazione di una proposta del progetto Balladur.* – «L'originalità di questa creazione risulta [...] dal fatto che la *métropole* comporta una fusione inedita tra un EPCI (una *communauté urbaine*, nello specifico) con una *collectivité* dipartimentale, costituendo così un oggetto istituzionale di nuovo genere»¹⁵⁹.

La *métropole* di Lione è dunque creata quale *collectivité territoriale* a statuto speciale per trasformazione della *communauté urbaine* di Lione, integrando in questo perimetro una parte del *département* di Rhône. Questa operazione viene giustificata ai sensi dell'articolo 72 *Const.* che, come abbiamo ricordato (v. *supra*, § 2.1), riconosce in capo al legislatore la competenza a creare delle *collectivités* a statuto speciale, anche al posto delle *collectivités* già esistenti.

Capire perché una sola *métropole*, quella di Lione, sia dotata di uno statuto da *collectivité territoriale*, mentre tutte le altre restano nell'ambito della catego-

¹⁵⁵ Art. L. 5218-7-II CGCT.

¹⁵⁶ Lo SCOT, *schéma de cohérence territoriale* (schema di coerenza territoriale), è uno strumento di pianificazione dell'azione intercomunale riferita ad un'area urbana o di ampie dimensioni, introdotto nel dicembre 2000 nell'ordinamento francese in luogo dei vecchi *schémas directeurs*.

¹⁵⁷ Art. L. 5218-7-II CGCT.

¹⁵⁸ Art. L. 5218-3 CGCT.

¹⁵⁹ G. LE CHATELIER, *La métropole de Lyon*, cit., 241.

ria degli EPCI, sembrerebbe, purtroppo, oltrepassare i limiti di una razionalità propriamente giuridica. Le singolari logiche di consenso politico intercorse tra l'esecutivo municipale di Lione e l'esecutivo dipartimentale di Rhône costituiscono senz'altro una chiave di lettura, che però non spetta al giurista commentare. Ma neppure può ignorarla. Peraltro, le giustificazioni addotte nel testo di legge a sostegno della creazione di questa *métropole* così singolare non sembrano essere così diverse da quelle usate con riferimento alle altre *métropoles*.

La *métropole* in questione, infatti, è rivolta a formare «uno spazio di solidarietà per elaborare e condurre un progetto di pianificazione e di sviluppo economico, ecologico, educativo, sportivo, culturale e sociale del relativo territorio, al fine di migliorarne la competitività e la coesione. Essa assicura le condizioni per il suo sviluppo economico, sociale ed ambientale per mezzo di infrastrutture, risorse e impianti strutturali metropolitani»¹⁶⁰. Si tratta con tutta evidenza di una definizione assimilabile a quella delle altre *métropoles*.

Quanto alle competenze, uno dei tratti più singolari, legato alla natura di *collectivité territoriale* di questa *métropole*, concerne quelle riconosciute al Presidente del Consiglio metropolitano in materia di *police*¹⁶¹. Egli è infatti competente in materia di regolamentazione dell'igiene pubblica, della quale le infrazioni possono essere ricercate e constatate da agenti della *métropole*, nei limiti delle condizioni fissate con decreto dal Consiglio di Stato. La *police* relativa agli accampamenti delle *gens du voyage*¹⁶², la sicurezza delle manifestazioni culturali e sportive, la *police* della circolazione nel complesso delle vie di comunicazione, la *police* della circolazione sulle strade pubbliche dei Comuni e della *métropole* (sotto riserva dei poteri di *police* del prefetto sulle strade ad alta frequentazione), la *police* dei parcheggi e la difesa contro gli incendi figurano anch'esse tra le più importanti competenze di *police* affidate al Presidente del Consiglio metropolitano. Come corollario, sembra che coabiteranno due categorie di agenti della polizia municipale: quella messa a disposizione della *métropole* dai Comuni e quella propria della *métropole*.

Dobbiamo ora chiederci: al di fuori della qualificazione giuridica particolare di questa *métropole*, dal momento che gli obiettivi perseguiti a Lione sono gli

¹⁶⁰ Art. L. 3611-2 CGCT.

¹⁶¹ Art. L. 3642-2-I CGCT. Si è ritenuto di lasciare inalterato il termine *police*, e di non tradurlo nel corrispondente italiano di "polizia", in considerazione del fatto che il termine francese, riferendosi ad ambiti di regolazione particolarmente estesi, sembra assumere una valenza più ampia rispetto al termine italiano.

¹⁶² Con l'espressione *gens du voyage* si intende, nel diritto francese, quella categoria di persone rientranti nella descrizione fornita dalla *Loi* n. 69-3 del 3 gennaio 1969 (peraltro oggi parzialmente dichiarata incostituzionale con decisione del *Conseil Constitutionnel* del 5 ottobre 2012), vale a dire coloro che circolano in Francia od in uno Stato membro dell'Unione Europea da più di sei mesi senza avere né domicilio, né residenza fissa. Malgrado risulti evidente la volontà del legislatore di evitare che la definizione inquadrasse specificamente una etnia od un gruppo particolare di persone, nel linguaggio giornalistico corrente l'espressione *gens du voyage* viene solitamente usata per indicare i nomadi *Rom*.

stessi perseguiti a Parigi o nella agglomerazione marsigliese, quali saranno le conseguenze giuridiche di questo nuovo statuto del tutto particolare?

b) I dubbi suscitati da uno statuto ambiguo. – Dal momento che una nuova *collectivité territoriale* – sia pure a statuto speciale – viene creata, senza che i Comuni presenti all'interno del suo perimetro territoriale siano stati soppressi, si pone il problema dell'articolazione tra i vari enti e della definizione delle loro competenze. In effetti, se «la creazione di questa nuova *collectivité territoriale*, che costituisce certamente, sul piano simbolico, l'affermazione più forte del fatto metropolitano nella *loi* del 27 gennaio 2014, non è certamente fine a se stessa [...] la creazione della *métropole*, nuova *collectivité territoriale*, porta necessariamente ad interrogarsi sullo spazio e sull'organizzazione dei Comuni ricompresi in questo insieme. La *loi* istitutiva delle *métropoles* è, dunque, solo una tappa di un processo che sarà senz'altro soggetto ad evoluzioni negli anni a venire»¹⁶³.

Ebbene, se l'oggetto centrale della legge è quello delle *métropoles*, bisogna tuttavia notare come le disposizioni introduttive di questa legge rimettano in questione una serie di problematiche che avevano già fatto discutere dopo la legge del 2010, a partire da quella relativa alla conservazione o alla ricasazione della famosa clausola generale delle competenze, sulla quale, come si è già evidenziato, esiste un consenso abbastanza largo in dottrina nel considerarla quale criterio fondamentale della definizione di *collectivité territoriale* e quale criterio distintivo rispetto agli *établissements publics* definiti sulla base del principio di specialità (v. *supra*, § 2.2, b)).

Il Capitolo 1° del Titolo 1° della *loi* in esame ha un titolo privo di ogni ambiguità: «il ripristino della clausola generale delle competenze». Le nuove versioni degli articoli L. 3211-1 e L. 4433-1 del CGCT, modificati dalla legge in esame, proclamano, rispettivamente, che il Consiglio generale – o il Consiglio regionale – regoli con le sue delibere gli affari del *département* – o della Regione – e, specificamente, ch'egli deliberi «su tutte le questioni di interesse dipartimentale» o «d'interesse regionale». Non viene però fatta alcuna menzione, in questo articolo, del riconoscimento della clausola generale delle competenze riguardo alla *collectivité* metropolitana di Lione.

Il nuovo articolo L. 3611-1 CGCT, relativo alla *métropole* di Lione, usa, invece una formula ambigua, secondo la quale «la *métropole* di Lione si amministra liberamente»¹⁶⁴ – riferimento al principio della libera amministrazione sancito all'art. 72 della Costituzione riguardo alle *collectivité territoriales* (v. *supra*, § 2.1) – precisando subito dopo «alle condizioni fissate nel presente libro». Allo stesso modo, la definizione ulteriore delle «attribuzioni del Consiglio metropolitano e del suo Presidente» prende in prestito la formula secondo la quale «il

¹⁶³ G. LE CHATELIER, *La métropole de Lyon*, cit., 246.

¹⁶⁴ Art. L. 3611-3 CGCT.

Consiglio metropolitano regola con le sue delibere gli affari della *métropole* di Lione»¹⁶⁵, ma si astiene da fare qualsivoglia riferimento generale ad una formula del tipo «il Consiglio... delibera su tutte le questioni di interesse metropolitano».

A causa di queste ambiguità di formulazione, che consentono diverse interpretazioni anche di molto divergenti tra loro, sembrerebbe possibile ritenere che non vi sia un riconoscimento formale di una clausola generale delle competenze a vantaggio della *métropole* di Lione. Ciò sembra accordarsi, peraltro, con la previsione di una lista di competenze, ricalcata sulla formulazione enumerativa caratterizzante, d'altronde, le altre *métropoles* dotate di uno statuto da EPCI.

La creazione della *métropole* di Lione quale *collectivité territoriale* sprovvista di clausola generale delle competenze, aggrava dunque considerabilmente il «groviglio» delle categorie giuridiche, già complicato dalla revisione costituzionale del 2003 (v. *supra*, § 2).

Questo groviglio è, inoltre, accentuato da un certo numero di disposizioni «trans-categoriche». La *métropole* può, in effetti, delegare, tramite convenzione, taluni servizi o strutture ai Comuni od agli EPCI, ma soprattutto, e all'inverso, dei semplici EPCI possono delegare essi stessi taluni servizi o strutture alla *métropole* di Lione. Lo stesso discorso vale anche in ambito finanziario, dal momento che il concorso finanziario dello Stato alle finanze della *métropole* lionese è costituito principalmente da una «attribuzione a titolo di DGF degli EPCI»¹⁶⁶.

La *métropole* di Lione esercita «di pieno diritto», in luogo dei Comuni, un insieme di competenze assimilabile a quello delle altre *métropoles*: in materia di sviluppo e pianificazione economica, sociale e culturale; di pianificazione dello spazio metropolitano; di politica locale dell'abitazione; di politica della città; di gestione di servizi d'interesse collettivo; di protezione e valorizzazione dell'ambiente, *etc.* La sua singolarità in tale ambito proviene soprattutto dal fatto che, in aggiunta, essa esercita «di pieno diritto» l'insieme delle competenze che la legge conferisce al *département*, limitatamente al perimetro della *métropole*.

Essa può inoltre beneficiare, a certe condizioni, di competenze delegate dalla Regione o dallo Stato.

Sotto altro profilo, la coesistenza di numerose *collectivités territoriales* sullo stesso territorio si caratterizza per la creazione di numerose strutture volte a garantire un funzionamento efficace della *métropole*.

Questa creazione d'istituzioni complementari, particolarmente evidente nel caso della *métropole* lionese, sembrerebbe, in realtà, caratterizzare l'insieme delle disposizioni giuridiche della legge sulle *métropole*. La proliferazione istituzionale che ne risulta sembrerebbe dunque rafforzare la critica ormai classica del «mille foglie» territoriale francese¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Art. L. 3642-1 CGCT.

¹⁶⁶ Art. L. 3662-4-1 CGCT. La sigla «DGF» sta per *Dotation globale de fonctionnement*.

¹⁶⁷ Cfr. N. KADA, *Quelle place pour les métropoles au sein du mille-feuille administratif français?*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Città Metropolitane, n. 3/2014.

In dottrina ci si è chiesti, inoltre, se la *collectivité territoriale* a statuto speciale creata a Lione costituisca «una nuova categoria di *collectivité territoriale* alla stessa stregua del Comune, del *département* o della Regione, o se essa debba essere riferita ad una delle categorie già esistenti»¹⁶⁸. Nell'ambito di tale problematica, si è provato a ragionare per analogia con la situazione della Corsica, che il *Conseil Constitutionnel* ha ammesso essere una nuova categoria di *collectivité territoriale*¹⁶⁹. Ci si è domandati, dunque, se tale fosse il caso della *métropole* lionese ovvero se essa non debba invece essere integrata alla categoria dei *départements*.

In ogni caso, si deve osservare come la riforma dello statuto giuridico delle *métropoles* si accompagni ad una proliferazione di nuove strutture che aggravano il «mille foglie territoriale», rendendo più aggrovigliata l'azione amministrativa. La riforma, inoltre, non riesce neppure a semplificare la distribuzione delle competenze, a causa dei numerosi trasferimenti di competenze possibili.

5. *Francia e Italia nella sfida europea per una metropoli competitiva: spunti di comparazione a mo' di conclusione.* – Ciò che sembra emergere dai profili fin qui esaminati è, con tutta evidenza, che il legislatore francese, pur muovendo da problematiche in qualche misura simili a quelle da cui è partito il legislatore italiano (v. *supra*, § 1), ha poi scelto di andare in una direzione diversa rispetto a quella intrapresa da quest'ultimo.

Deve innanzitutto notarsi come la somiglianza del sistema degli enti locali italiano con il sistema delle *collectivités territoriales* sia meno marcata di quanto non potrebbe sembrare a prima vista, connotandosi il sistema francese per una elasticità potenziale che quello italiano non ha (ad es.: possibilità di istituire e sopprimere delle *collectivités territoriales* costituzionalmente garantite con una semplice legge ordinaria; possibilità per gli enti locali di derogare, a certe condizioni, alle disposizioni legislative o regolamentari che regolano l'esercizio delle loro competenze; *etc.*).

Una seconda differenza sta nell'approccio adottato dalle istituzioni dei due Paesi per affrontare la questione metropolitana. In Francia si è prima cercato, come ricordato *supra* (§§ 3.2 e 3.3), di individuare la definizione di “territorio metropolitano” più utile al caso. Tale definizione, poi, è stata, per così dire, “normativizzata”, cioè trasposta nel testo di legge. Così, nell'affermare che la *métropole* è l'ente di governo del territorio metropolitano, potrà affermarsi altresì che per quest'ultimo (salvo le eccezioni che abbiamo visto *supra*, §§ 4.1, b), *et* 4.2) si intende un'area urbana, ritenuta tale dall'INSEE, di più di 650.000 abitanti nella quale siano già presenti degli EPCI a fiscalità propria che formino,

¹⁶⁸ L. JANICOT, *Les métropoles à statut particulier*, cit., 614.

¹⁶⁹ V. CC *décision* n. 91-920 DC.

alla data prevista per l'istituzione delle *métropole*, un insieme di più di 400.000 abitanti all'interno dell'area considerata. In Italia invece il problema della definizione del territorio metropolitano è stata del tutto accantonata, assumendo le Città Metropolitane, in linea tendenziale, lo stesso identico territorio della Provincia preesistente alla quale vanno a sostituirsi, salvo la possibilità per i singoli Comuni di non aderirvi. Ciò potrebbe comportare che in alcuni casi il territorio della Città Metropolitana non corrisponda con l'effettiva estensione della metropoli, intesa quest'ultima quale situazione di fatto¹⁷⁰.

Da queste ultime considerazioni, inoltre, emerge un'ulteriore differenza tra i due sistemi. Se in Francia la *métropole* è stata intesa quale ente incidente, prevalentemente, al livello comunale, assumendo altresì alcune competenze dei *départements* i quali, tuttavia, non vengono soppressi, in Italia la Città Metropolitana – almeno nella sua ultima versione – prende a tutti gli effetti il posto (territoriale ed ordinamentale) e le competenze delle Province, mentre il livello comunale viene solo “toccato” dal nuovo ente, senza subirne determinanti mutazioni.

Ancora, va notato come in Francia sia stata centrale la preoccupazione che all'introduzione di enti di governo del territorio metropolitano si accompagnasse un incremento delle forme di democrazia rappresentativa locale, tanto che tra le ragioni del fallimento della *métropole* del 2010 vi era proprio il lamento *deficit* democratico degli organi deliberanti e che tale profilo problematico è stato il primo ad essere risolto dal legislatore francese. In Italia è stata fatta una scelta esattamente opposta a quella compiuta dal legislatore francese, il quale ha invece agito nella convinzione, giusta o sbagliata che sia, che per un incremento dell'efficienza amministrativa fosse necessario il sacrificio delle istanze democratiche locali. Come si legge nella relazione illustrativa del d.d.l. cost. AC 1543, infatti, nel disegno di riforma del sistema autonomistico italiano viene previsto un governo dei territori metropolitani «chiaramente collocato in una visione funzionale più ad una razionale e coerente organizzazione dell'attività dei comuni insistenti sul territorio che non ad un livello di democrazia locale espressione della comunità metropolitana», da cui la previsione, nella l. n. 56/2014 (e contrariamente ai testi normativi con i quali si era precedentemente tentato di istituire la Città Metropolitana), che il Sindaco metropolitano sia di diritto il Sindaco del Comune capoluogo e che la composizione degli organi istituzionali dell'ente sia ormai interamente demandata a meccanismi elettivi di secondo grado o a suffragio limitato e a cariche ottenute “di diritto”.

Un ultimo, relevantissimo, elemento di differenziazione tra *métropole* e Città Metropolitana sta nella differenziazione delle soluzioni adottata dal legislatore francese, che invece manca completamente nella legislazione italiana. Il legislatore italiano, infatti, non ostante la nuova formulazione dell'art. 114 Cost., non

¹⁷⁰ Sul punto si veda, ancora, GIU. SERGES, *Alla ricerca di una definizione*, cit.

ha voluto uscire dal criterio della ripartizione territoriale, né differenziare le soluzioni normative adottate con riferimento a ciascuna delle realtà metropolitane interessate dalla riforma. Ciò deriva direttamente dall'approccio italiano alla questione nel quale, come evidenziato poc'anzi, non si è voluto far precedere l'istituzione della Città Metropolitana dall'individuazione di una definizione giuridica e funzionale del territorio metropolitano. Nell'approccio francese, invece è stata centrale la preoccupazione di sviluppare il governo dell'area metropolitana non solo su di un piano orizzontale – come avviene per i tradizionali “livelli” di governo – bensì anche in senso verticale. In altri termini si è partiti dalla considerazione che il vero problema della gestione del territorio metropolitano risieda nella eventualità che, talvolta *e in maniera non eguale per ciascuna realtà metropolitana*, l'esercizio di una competenza appaia inadeguata per il Comune, perché incidente su di una porzione di territorio troppo limitata, o per il *département*, perché incidente su di una porzione di territorio troppo vasta. E lo stesso può accadere relativamente agli altri livelli di governo. La sola soluzione possibile, prima delle *métropole*, era quella di creare forme associative di enti locali, le quali, tuttavia, hanno un inconveniente: possono esercitare solo le competenze che vengono loro trasmesse dagli enti locali (tutti dello stesso “livello” di governo) che le formano. Quindi un'associazione di Comuni potrà esercitare solo competenze di tipo comunale, mentre invece le resteranno precluse quelle di tipo provinciale/dipartimentale, regionale o statale. Non solo: spesso – e, anzi, è questa la situazione più frequente – alcune competenze sono ben allocate ad un certo livello in riferimento ad una specifica realtà, ma non lo sono in riferimento ad un'altra. La vera novità della creazione di un ente di governo “metropolitano”, dunque, avrebbe dovuto essere non già quella di cercare le “competenze pertinenti” per ciascun ente, bensì quella di andare «à la recherche de l'échelon pertinent»¹⁷¹ per ciascuna competenza e con riferimento a ciascuna realtà. Da questo punto di vista l'impostazione francese è probabilmente più corretta di quella italiana, anche se, come abbiamo visto *supra* (§§ 4.1, a), et 4.2.2., b)), molte delle soluzioni escogitate, in concreto, dal legislatore d'oltralpe suscitano diverse perplessità.

In conclusione si può dire che Città Metropolitana e *métropole* condividono più differenze che analogie. Pur muovendo da problematiche in qualche misura simili, Francia e Italia sono partite da approcci distanti e hanno adottato misure differenti per gestire la questione metropolitana. In entrambi i casi non mancano le perplessità sulle soluzioni approntate dai due legislatori, e solo il tempo ci dirà se entrambe risulteranno efficaci, o se ve ne sarà una che si dimostrerà più adeguata nella “sfida” alla creazione di metropoli competitive a livello europeo. Nella speranza, naturalmente, che tale “sfida” non si concluda solo con due perdenti.

¹⁷¹ M.-TH. VIEL, *À la recherche*, cit.

ABSTRACT

Antonio D'Atena, *Passato, presente... e futuro delle autonomie regionali speciali*

Lo studio è dedicato alle Regioni ad autonomia speciale (ed alle due Province autonome), che costituiscono una peculiarità del sistema istituzionale italiano. Esso, dopo essersi soffermato sulle origini e sulle ragioni giustificative di tali enti, ne illustra le vicende, nelle diverse stagioni che il regionalismo ha vissuto nel nostro Paese. Nella parte finale considera il possibile impatto, sulle Regioni predette, della riforma costituzionale attualmente in discussione.

Past, present ... and Future of the Regions enjoying Special Forms of Autonomy

The study is devoted to the s.c. special Regions (i.e. Regions enjoying “special forms and conditions of autonomy pursuant to the special Charters adopted by constitutional law”), which are a peculiarity of the Italian institutional system. The author, after having focused the origins and justifications of such institutions, illustrates their evolution in the different seasons that regionalism has lived in Italy. In the final section the author considers the possible impact, on the special Regions, of the constitutional reform currently under discussion.

Gladio Gemma, *Ratio della rappresentanza politica: il buongoverno*

Lo scritto mira a confutare quella concezione democratica radicale secondo cui il potere decisionale diretto del popolo costituisce l'*optimum* della democrazia e, in via subordinata, la democrazia rappresentativa comporta una subordinazione dei rappresentanti alla volontà ed agli orientamenti politici popolari. Contro tale concezione vengono avanzati diversi argomenti.

Anzitutto è infondata la configurazione antropomorfa del popolo inteso quale soggetto simile ad un essere umano. In verità il popolo non esiste come entità unitaria, essendo composto da tanti individui e gruppi aventi divergenti interessi ed opinioni, e quindi non sussiste alcuna volontà popolare che presenti qualche somiglianza con la volontà individuale.

In secondo luogo, le costituzioni e le leggi, che pur proclamano la sovranità popolare, non conferiscono poteri sovrani al popolo. Ciò è comprovato dalle attribuzioni costituzionali dei rappresentanti, i quali detengono potestà supreme con la possibilità perfino di determinare la composizione e le funzioni del popolo stesso.

Infine la politologia ha costantemente comprovato che non può esistere un autogoverno popolare nella realtà effettiva. Data la differenza degli esseri umani circa la loro capacità e, ancor più, circa le loro risorse di potere, sussisterà sempre una diversa distribuzione del potere politico a favore di minoranze, cioè di *élites*, ed a sfavore della maggioranza dei membri della società.

Tale analisi critica viene accompagnata dalla dimostrazione che, nell'elezione dei rappresentanti, il corpo elettorale non formula mai, o per incompetenza o per disinteresse, un indirizzo di governo. Sicché, in sede politica, non sussiste, in concreto, nessuna rappresentanza di volontà.

Lo scritto, nella parte finale, mira a dimostrare che la vera finalità di un ordinamento liberaldemocratico è costituita non dall'autogoverno, ma dal buongoverno. Scopo di un regime costituzionale dev'essere la soddisfazione al massimo grado delle esigenze del maggior numero di individui, viventi e futuri, con l'inclusione nelle esigenze anche il bisogno fondamentale di libertà. Dalla necessità di perseguire il buongoverno scaturiscono varie conseguenze, quali la realizzazione della governabilità, cioè istituzioni di governo efficienti, di una partecipazione dei cittadini alla vita pubblica ma funzionale al perseguimento di obiettivi di interesse generale (e non particolare) e, infine, una prevalenza delle istanze della democrazia rappresentativa nell'interpretazione della normativa costituzionale.

The Rationale of Political Representativeness: Good Government

This paper aims to refute the democratic radical presumption according to which direct public decision-making power constitutes the optimum form of democracy, subjecting elected representatives to the popular political will. Various arguments will be presented in support of this argument.

Firstly, the anthropomorphic conceptualisation of the people as a subject similar to the human being is misguided. In reality the people does not exist as a unitary entity but consists of various individuals and groups with divergent interests and views and thus there can be no will of the people comparable to the will of an individual.

In the second place, even though constitutions and laws proclaim the sovereignty of the people, they do not confer the respective sovereign powers on the people. This is shown by the constitutional assignment of power to representatives who preserve supreme power and even the power to determine the composition and functions of the people governed.

Thirdly, political science has constantly demonstrated that in real life popular self-government cannot exist. Considering the differences between human beings in terms of their capacities and especially their powers, a different distribution of political power favouring minorities, i.e. elites, will always inevitably prevail over the majority of individuals in society.

This critical analysis is supported by the argument that in the election of representatives, the electorate does never determine government policies and this may be explained either by a lack of competence or by a lack of interest.

This lends weight to the argument that no representation of the popular will exists in concrete terms within the political framework.

In conclusion the paper aims to demonstrate that the true purpose of the liberal democratic system is constituted not by self-government but by good government. The main aim of the constitutional regime should be the maximum possible satisfaction of the needs of the greatest number of individuals, both present and future, while safeguarding the fundamental need for freedom. The need to establish good government gives rise to various implications such as achieving governability, i.e. efficient government institutions, and the participation of citizens in public life in a way that is functional to the fulfilment of general public-interest goals. Finally, it implies the prevalent role of representation democracy in the interpretation of constitutional norms.

Alessandro Pace, *Informazione: valori e situazioni soggettive*

Secondo l'a., di informazione si può parlare in senso oggettivo e soggettivo. Egli ritiene che con informazione in senso oggettivo si possa alludere descrittivamente all'informazione sia attiva che passiva, ricomprendendo in essa tutte le attività materiali, giuridiche e organizzative di soggetti sia privati che pubblici che siano strumentali alla diffusione e alla ricezione delle notizie. Con informazione in senso soggettivo si dovrebbe invece alludere ai molteplici soggetti (individuali e collettivi) che operano nel settore e quindi alle svariate situazioni giuridiche soggettive che compongono il mondo dell'informazione.

Ciò premesso l'a., dopo aver effettuato la disamina delle varie posizioni dottrinali e delle più significative pronunce della Corte costituzionale sul tema in oggetto, illustra dettagliatamente le seguenti situazioni giuridiche soggettive: libertà di informarsi, libertà di essere informato, libertà di informare e diritto ad essere informato. Il che viene da lui effettuato anche con riferimento al mezzo radiotelevisivo in mano privata e al servizio pubblico radiotelevisivo.

Information: Values and Subjective Legal Situations

According to the author, we can talk about information in an objective and in a subjective sense. He considers that information in an objective sense may descriptively allude to both active and passive information, including all the material, legal and organizational activities, of both private and public entities, that are instrumental to the dissemination and reception of news. Information in the subjective sense instead alludes to the many subjects (individual and collective) operating in the field and, thus, to the various subjective legal situations that compose the world of information.

That being stated, the author, after an examination of the several doctrinal positions and of the most significant decisions of the Constitutional Court on this issue, illustrates in detail the following subjective legal situations: freedom

of getting information, freedom of being informed, freedom of giving information, right to be informed. This examination is done by the author also with reference to privately owned radio and television stations and to public service broadcasting.

Giovanni Zampetti, *Problemi di costituzionalità (e di conformità al diritto dell'Unione) della "nuova" mediazione civile obbligatoria: diritto alla tutela giurisdizionale e principio di proporzionalità*

Il contributo intende mettere in luce alcuni problemi di legittimità costituzionale e di conformità al diritto dell'Unione che interessano la disciplina della mediazione civile obbligatoria contenuta nel d.lgs. n. 28 del 2010. In particolare, prendendo le mosse dai caratteri intrinseci dei mezzi alternativi di risoluzione delle controversie civili, si evidenzia come nell'ottica del legislatore nazionale la mediazione introdotta in attuazione della Direttiva 2008/52/CE sia concepita in prevalenza come strumento idoneo alla deflazione del contenzioso giudiziario. Dopo la sentenza n. 272 del 2012 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionali le disposizioni sulla mediazione obbligatoria per eccesso di delega, il legislatore ha reinserto il meccanismo della obbligatorietà con il d.l. n. 69 del 2013 convertito, con modificazioni, in legge n. 98 del 2013, riproponendo nella sostanza l'impianto della previgente disciplina. Nello specifico, infatti, la mediazione obbligatoria è stata nuovamente concepita come onerosa e per essere applicata ad una tipologia davvero ampia di controversie, a differenza delle forme settoriali di conciliazione obbligatoria già esistenti nell'ordinamento. Molti dei dubbi di costituzionalità che erano stati avanzati dalla dottrina, e che non sono stati direttamente affrontati dalla Corte costituzionale, si ripresentano pertanto rispetto alla nuova disciplina. In particolare, nel contributo, vengono evidenziati i profili di incostituzionalità e di incompatibilità con il diritto dell'Unione rispetto ai limiti alla compressione del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale, con riguardo alla onerosità della mediazione obbligatoria e alla ipotizzata violazione del principio di proporzionalità. Sotto quest'ultimo profilo si rinviene la possibilità dell'applicazione del principio attraverso un *test* abbastanza solido, tenuto conto degli orientamenti della Corte costituzionale, anche sulla base delle affermazioni contenute nella stessa sentenza n. 272 del 2012, e della Corte di giustizia.

Issues of Constitutional Legitimacy (and of Compliance with EU Law) Concerning the "New" Mandatory Civil Mediation: Right to Judicial Protection and Principle of Proportionality

The article seeks to highlight issues of constitutional legitimacy and compliance with EU law affecting the regulation of mandatory civil mediation contained in the legislative decree n. 28 of 2010. In particular, given the intrinsic na-

ture of alternative dispute resolution, it is argued that mediation introduced to enforce Directive 2008/52/EC has been conceived by the national legislator mainly as tool to decrease the number of cases litigated before the courts. Following the Constitutional Court's judgment n. 272 of 2012, which declared the regulations on mandatory mediation unconstitutional for breach of the enabling law, the latter has been reintroduced with the law decree n. 69 of 2013 converted, with amendments, into law n. 98 of 2013, thus reproducing the same substantial structure of the previous regulation. In particular, mandatory mediation has been once again conceived as costly and, by contrast with other pre-existing sector-specific forms of mandatory conciliation, is to be adopted for a very broad range of disputes. Several doubts of constitutional legitimacy thus arise concerning the new regulation, which the above mentioned decision of the Court has not dealt with. Specifically, the article highlights profiles of unconstitutionality and non-compliance with EU law regarding the limits to the contraction of the right to judicial protection, with reference to the costs of mandatory mediation and to the likely breach of the principle of proportionality. From this latter perspective, a robust test of proportionality is considered based on the precedent case law of the Constitutional Court, including some statements of judgment n. 272 of 2012, and that of the European Court of Justice.

Mauro Palma, *Un antico rapporto: matematica, logica e diritti fondamentali*

La ricerca di un linguaggio formale con cui esprimere le norme penali ha sempre affascinato: per evitare discrasie interpretative e per ricostruire il filo logico che lega le norme ai principi costituzionali che definiscono un ordinamento o, al contrario, per mostrarne l'impossibile derivazione da essi e, quindi, criticarne la legittimità.

La *logica deontica* si è sviluppata proprio per analizzare il sistema delle regolazioni dei comportamenti umani in relazione a quanto le norme prescrivono e, quindi, come strumento di analisi del sistema penale. Eppure tale formalizzazione mutila il sistema penale della sua intrinseca connotazione storica e sociale e rischia di creare una distanza tra ciò che è coerentemente definito e ciò che è di fatto agito nelle pratiche applicative. L'articolo segue, a partire dalla personale esperienza dell'autore, lo stridore dei due diversi approcci: il primo si confronta con la logica, il secondo con la dura concretezza delle violazioni.

An Ancient Relationship: Mathematics, Logic and Fundamental Rights

Defining a formal language in order to express the penal laws is always a fascinating challenge: crucial to avoid discrepancies in their implementation and to identify the logical thread that ties them to the constitutional principles defining the legal system or, conversely, to show their impossible derivation from these principles, so criticizing the legitimacy of the norms.

The *deontic logic* was specifically developed to analyse the systems regulating the human behaviour as regards the legal prescriptions. Therefore it was developed as a tool helpful to analyse the penal system. However any formalization deprives the penal system of its historic and social dimension and risks creating a distance between what is consistently defined and what is actually implemented in practice. The article examines, from the author's personal experience, the gap between the two different approaches: the first tackles the logic, the second the harsh concrete violations.

Zhai Yuanjian, *Quadro generale sulle fonti del diritto privato in Cina*

Nella RPC, la Costituzione o le leggi di rango costituzionale non sono considerate come fonti dirette del diritto privato; per quanto riguarda il problema dell'impiego in ambito giudiziario della Costituzione, è infatti ancora necessario percorrere una lunga via. La Cina continentale non ha ancora un proprio Codice civile; le Leggi dell'ANP e del relativo Comitato Permanente, le Interpretazioni delle leggi svolte da quest'ultimo e le Interpretazioni giudiziarie, i Regolamenti amministrativi del Consiglio di Stato, le Leggi locali, Leggi di autonomia e Leggi speciali delle Province e delle Zone autonome sono le principali fonti del diritto. Per quanto riguarda i Regolamenti di livello ministeriale ed i Regolamenti dei governi locali, i tribunali non sono vincolati ad applicarli e dunque i giudici possono scegliere se applicarli o meno in base ad una propria libera valutazione. A causa della mancanza di un riconoscimento dell'importanza delle consuetudini, queste non sono quasi mai richiamate nei singoli giudizi. Nella pratica, gli orientamenti della dottrina sono spesso seguiti dai tribunali e dunque sebbene le opere non siano direttamente invocate nelle sentenze, vengono, comunque, ad assumere valore di fonte giuridica di fatto. Sia la dottrina stessa che il legislatore hanno elaborato una gerarchia delle fonti, ma a causa della mancanza, nei fatti, di chiare norme che i giudici possono applicare nello svolgimento della propria attività, la Cina può ritenersi abbia ancora una lunga via da percorrere in questo ambito.

The Sources of Private Law in China: an Overview

The Constitution and the Constitutional statutes are not considered as direct sources of private law of PRC; with regard to the possibility of a direct application of the Constitution in the courts, China still has a long way to go. A Civil Code for Mainland China has not been promulgated yet; the Statutes of the NPA and of its Standing Committee as well as the Interpretations of the statutes put in place by the mentioned Committee, the Judiciary Interpretations, the Regulations of the State Council, the Local laws, the Laws of autonomy and the Special laws of the Provinces and the Autonomous Zones are the main sources of PRC private law. The courts are not bound to apply the Ministerial

level Regulations and the Local Government Regulations, and therefore the judges can decide, on the basis of their discretionary evaluation, whether to enforce them in a private law case or not. Since the relevance of the customary law is not well recognized, those are almost never referred to in the trials. The opinions of the legal scholars are often followed by the judges in the trials and despite the fact that their works are not recalled in the judgments, they play the role of *de facto* sources of private law. Both, the legal scholars and the legislator outlined a hierarchy of the sources of law, nonetheless, given the lack of clear rules that judges have to follow in undertaking their activities, it is possible to maintain that in this field China still has a long way to go.

Cécile Regourd, Giuliano Serges, *La metropoli nel sistema autonomistico francese. Spunti per uno studio di diritto costituzionale comparato*

Questo lavoro è volto ad offrire una sintetica ricostruzione del sistema autonomistico francese e dell'approccio che il legislatore d'oltralpe ha utilizzato nell'affrontare la questione metropolitana, prestando prevalente attenzione nell'evidenziare le peculiarità che contraddistinguono l'ordinamento francese da quello italiano. Una particolare premura è stata usata nel mettere in rilievo i profili problematici degli istituti esaminati ed a dare cenno del dibattito dottrinale in materia, nella convinzione che la "comparazione giuridica" – cui questo studio è indirettamente finalizzato – sia non già lo sterile raffronto dei testi normativi stranieri con quelli italiani, bensì la ricerca di una maggiore comprensione dei fenomeni giuridici attraverso un'analisi critica e quanto più approfondita di diversi ordinamenti.

The Metropolis in the French Local Government System. Some Thoughts for a Constitutional Comparative Law Search

This essay is aimed at providing an overview of the French local government system and of the French approach to the governance of metropolitan areas. The Authors have paid priority attention to highlighting the peculiarities of the French system compared to the Italian one. Special care was taken to point out the criticalities related to the solutions considered and to refer to the scholarly debate on these issues. The Authors believe that "juridical comparison" – which is what this essay is ultimately striving to achieve – does not merely consist in matching foreign legal texts with Italian ones, as it rather entails the search for a better understanding of legal phenomena by making as in-depth a critical appraisal as possible of different legal systems.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

ANTONIO D'ATENA, Professore emerito di Diritto costituzionale, Università di Roma "Tor Vergata", Presidente dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC)

GLADIO GEMMA, già Professore ordinario di Giustizia costituzionale, Università di Modena e Reggio Emilia

ALESSANDRO PACE, Professore emerito di Diritto costituzionale, "Sapienza" Università di Roma

GIOVANNI ZAMPETTI, Dottore di ricerca in Diritto costituzionale e diritto pubblico generale, "Sapienza" Università di Roma

MAURO PALMA, Matematico e dottore in Giurisprudenza h.c., Presidente del Consiglio europeo per la cooperazione nell'esecuzione penale, Consiglio d'Europa

ZHAI YUANJIAN, Lecturer nella Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza (Pechino)

CÉCILE REGOURD, Dottoranda a contratto in Diritto costituzionale, Università degli Studi "Paris 1 – Panthéon-Sorbonne" (École de droit della Sorbona)

GIULIANO SERGES, Dottorando di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali, Università degli studi di Pisa

Il sommario e gli *abstracts* dei contributi pubblicati in ciascun fascicolo sono reperibili anche in **www.editorialescientifica.com**, nella apposita pagina web dedicata a «Diritto e Società».

La direzione e la redazione di «Diritto e Società» hanno sede in Roma, presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

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 Sansoni e da Cedam.

La Rivista è dotata di un Comitato di direzione che ha il compito di curarne la gestione, con specifico riguardo al programma editoriale. A tale fine la direzione si avvale della collaborazione del Comitato scientifico.

I lavori proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono vagliati dal Comitato di direzione e successivamente sottoposti ad almeno due esperti esterni al predetto Comitato. I contributi sono inviati ai *referees* in forma anonima e dopo aver eliminato anche i riferimenti, non solo bibliografici, che possano determinarne la riconoscibilità. Allo stesso modo, rimangono anonimi per l'autore del contributo gli esperti esterni che procedono alla valutazione.

I *referees* cui sottoporre i contributi sono scelti dal Comitato di direzione da un elenco approvato e periodicamente aggiornato dal predetto Comitato. Tale elenco è composto da professori ordinari 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, in numero non inferiore a quindici.

Il parere degli esperti, che deve attenersi ai criteri definiti in via generale dal Comitato di direzione, è comunicato in via riservata al predetto Comitato. In caso di parere non unanime dei *referees*, il Comitato di direzione decide a maggioranza sulla pubblicazione.

In casi particolari, quali ad esempio la pubblicazione di relazioni svolte a Convegni, il Comitato di direzione può decidere di non sottoporre il lavoro alla valutazione di esperti esterni alla Rivista. Ad ogni modo, a detta valutazione sono soggetti almeno il 60% dei lavori pubblicati in ciascun fascicolo nelle sezioni Saggi, Osservatorio, Attualità.

In questo fascicolo sono stati sottoposti a valutazione esterna i contributi di Gemma, Pace, Yuanjian, Palma, Regourd-Serges.

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel./fax 081 5800459

info@editorialescientifica.com

www.editorialescientifica.com

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.

Abbonamento 2015: Italia euro 120,00, estero euro 250,00

Registrazione

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di aprile 2015
da *La Buona Stampa* – Napoli

