

DIRITTO E SOCIETÀ

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

III serie - 3/2017

### **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

Paolo Carnevale

Marta Cartabia

Giuseppe de Vergottini

Pietro Giuseppe Grasso

Guido Greco

Natalino Irti

Anne-Marie Le Pourhiet

Stelio Mangiameli

Manlio Mazziotti †

Fabio Merusi

Jorge Miranda

Giovanni Sartori †

Dian Schefold

Franco Gaetano Scoca

Gaetano Silvestri

Aldo Travi

### **Redazione**

Francesco Crisafulli

Flaminia Aperio Bella

Daniele Chinni

Tatiana Guarnier

## SOMMARIO 3/2017

### **saggi**

- Mario R. Spasiano, *Emergenza e poteri sostitutivi tra storia, attualità e prospettive* 361
- Marco Mazzamuto, *Vittorio Emanuele Orlando giurista alla prova della Grande Guerra* 379
- Andrea Longo, *Ordine pubblico internazionale e lotta per la Costituzione. Spunti problematici alla luce di alcuni recenti approdi giurisprudenziali* 419
- Guido Rivosecchi, *Leggi retroattive e diritti politici: verso la quadratura del cerchio* 471

### **osservatorio**

- Mariaconcetta D'Arienzo, *Semplificazione dei processi decisionali nella nuova conferenza di servizi: problemi attuativi, di coordinamento e di gestione degli interessi sensibili* 529

### **attualità**

- Clemente Pio Santacroce, *Conquiste e arretramenti nella trasparenza amministrativa che cambia* 577



Mario R. Spasiano

## EMERGENZA E POTERI SOSTITUTIVI TRA STORIA, ATTUALITÀ E PROSPETTIVE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'evoluzione del potere sostitutivo nel pensiero della dottrina e nell'ordinamento. – 3. I recenti interventi di riforma legislativa e le relative ragioni. – 4. Conclusioni.

### 1. *Introduzione*

In termini del tutto generali e astratti, il ricorso a rimedi di tipo sostitutivo concernenti l'esercizio di pubblici poteri, rappresenta una reazione avente portata sia organizzativa che funzionale munita di omogeneità di struttura morfologica di base<sup>1</sup>. Pur tuttavia la disciplina vigente, di

<sup>1</sup> Sul tema C. BARBATI, *Inerzia e pluralismo amministrativo*, Milano 1992, in particolare 77 ss.; M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, Padova 2004, *passim*. Invero il fenomeno della funzione amministrativa indiretta, e della sostituzione in particolare, è antico se già ai romani non sfuggiva l'esigenza di garantire la continuità dell'esercizio della funzione pubblica. A tal fine essi istituirono la Pro-magistratura, il Pro-console, il Pro-pretore, ecc., tutti casi di cittadini investiti di una funzione ufficiale pur non avendone la titolarità. Gli stessi Romani istituirono inoltre la delegazione, istituto che consentiva a qualsiasi persona investita di un pubblico ufficio, di affidarne l'esercizio a chiunque, anche ad un privato. La sostituzione, inoltre, aveva luogo in caso di mancanza di magistrature inferiori, allorché il magistrato di rango superiore assumeva le funzioni di quello inferiore. Diversi erano poi gli ausiliari, che esercitavano poteri del magistrato da cui dipendevano, e gli altri soggetti che esercitavano poteri non rientranti in quelli propri della sfera del magistrato da cui dipendevano, come i giurati nominati da magistrati. Sul tema, E. COSTA, *Storia del diritto pubblico romano*, Firenze 1906, 182; cfr. anche D. CARUSO INGHILLERI, *La funzione amministrativa indiretta*, Milano 1909, 5 s.

Altro interessante esempio di sostituzione si rinviene nel diritto canonico, nel quale l'ordinamento gerarchico è pressoché assoluto e al Papa compete la *plenitudo potestatis ac jurisdictionis* che può esercitare in ogni tempo e in qualsiasi diocesi. La sostituzione canonica classica si ravvisa nel vicariato apostolico, ma anche in quella del vescovo nei riguardi degli uffici diocesani a lui sottoposti. Sul tema, E. FRIEDBERG, F. RUFFINI, *Trattato di*

rango costituzionale e legislativo, statale e regionale, presenta fattispecie normative talmente variegata in termini di presupposti di esercizio e persino di *ratio* e finalità, tali da rendere ardua qualsiasi qualificazione unitaria di quella che può a ragione essere considerata ormai una tendenza, o persino un fenomeno dai confini in progressiva espansione<sup>2</sup>.

Ne deriva che i presupposti legittimanti le varie forme di sostituzione, le relative caratteristiche operative, gli effetti che ne derivano, inducono ormai a valutazioni decisamente eterogenee.

Viene allora da chiedersi cosa sia in realtà il potere sostitutivo, quale sia e se sussista un minimo comune denominatore che consenta al giurista di qualificare tale l'esercizio di un determinato potere.

Al fine, si rende opportuno ripercorrere i principali tratti teorici e dogmatici che nel tempo hanno connotato l'esercizio dei poteri sostitutivi<sup>3</sup>, nella consapevolezza che comunque il contesto valoriale giuridico, profondamente mutato in particolare in questi ultimi anni, ha inciso profondamente sulla disciplina delle diverse forme di sostituzione, ormai in uso in situazioni che non possono continuare a qualificarsi "di emergenza" se non attribuendo a quest'ultima un'accezione del tutto nuova e probabilmente errata. Ma su questo aspetto si tornerà *infra*.

## 2. *L'evoluzione del potere sostitutivo nel pensiero della dottrina e nell'ordinamento*

Alle origini dell'ordinamento italiano, molteplici erano i fenomeni che producevano l'effetto della sostituzione di un organo, ordinariamen-

*diritto ecclesiastico cattolico ed evangelico*, Messina 1893, 283 ss.; D. SCHIAPPOLI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, II, Torino 1902, 24s.

<sup>2</sup> Un interessante tentativo di rilettura aggiornata del potere sostitutivo è condotto dal parere dell'Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato 15 aprile 2016, n. 929, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>3</sup> Tra le opere monografiche in materia, oltre a quelle già citate, E. ESPOSITO, *Il potere sostitutivo, Amministrazione centrale ed enti locali*, Napoli 1968; G. GRECO, *Il potere di sostituzione dello Stato alle Regioni*, Rimini 1990; G. SIRIANNI, *Inerzia amministrativa e poteri sostitutivi*, Milano 1991. Sia Esposito che Sirianni ricostruivano il potere sostitutivo nell'ambito della dottrina amministrativistica di fine '800 e in particolare sulla teorica individuabile nell'opera di Giovanni Manna tra le nozioni di gerarchia, subordinazione e, appunto, poteri sostitutivi (dell'A., cfr. *Partizioni teoriche del diritto amministrativo*, Napoli 1866, 140 ss.). Sul tema, v. anche L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari 2001, 324 ss.

te competente, da parte di un altro, tale solo in via straordinaria<sup>4</sup>. Mentre taluni istituti quali la supplenza o la delegazione rinvenivano ragione nella circostanza che il titolare della funzione versasse nella materiale impossibilità di esercitare i suoi poteri, pur continuando ad avere capacità giuridica e di agire, la sostituzione tendeva a riparare la discontinuità della funzione nei casi in cui le leggi non consentissero né la supplenza né la delegazione della stessa. La sostituzione, in sostanza, operava nei casi in cui l'interruzione della funzione dipendeva da una causa morale attinente all'organo deputato ad esercitarla. Non si trattava quindi di impossibilità di esercizio della funzione, quanto di ipotesi nelle quali un organo non funzionasse o funzionasse male e ciò per sua stessa volontà o per negligenza o per errore o per incapacità intellettuale o anche per incompatibilità<sup>5</sup>.

In questa prospettiva, dunque, l'indole della supplenza e della delegazione si profilavano a carattere completivo, nel senso di essere protese a colmare vuoti che ordinariamente potevano aver luogo nell'esercizio delle funzioni, laddove la sostituzione presentava invece carattere correttivo, avente lo scopo prevalente di ricondurre sulla via della legittimità, organi per così dire "traviati" per loro dolo o colpa, così assumendo carattere coattivo o repressivo, volta, come era, a correggere l'irregolarità della funzione o il suo mancato esercizio, anche contro la volontà dell'organo competente in via ordinaria.

L'organizzazione amministrativa dello Stato Unitario consentiva invece un inquadramento dei poteri sostitutivi in termini non particolarmente problematici. Ciò in considerazione delle caratteristiche qualificanti dell'apparato burocratico del tempo, notoriamente improntato al modello francese ed alle riforme napoleoniche<sup>6</sup>, nel quale unicità e accentramento dell'amministrazione costituivano i canoni fondanti dell'assetto

<sup>4</sup> D. CARUSO INGHILLERI, *La funzione amministrativa indiretta*, cit., 138 s.

<sup>5</sup> Osservava Caruso Inghilleri (op. loc. ult. cit.) che "La sostituzione ci apparisce, pertanto, come un'azione, principalmente, diretta a integrare in forma amministrativa la pubblica funzione ove essa si appalesi irregolare o sia giuridicamente impossibile per le circostanze in cui versa l'organo che deve esercitarla. Accessoriamente supplisce l'istituto della delegazione e della supplenza, quando l'una o l'altra non sono consentite dalla legge o non funzionano come dovrebbero. Di regola, importa un giudizio sullo svolgimento della funzione che vuole correggersi o, in ogni caso, integrarsi, e però consiste sempre in un atto amministrativo emanato da un'autorità superiore nei rapporti con un ufficio inferiore".

<sup>6</sup> In tal senso, C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Milano 2007, 79 ss.

organizzativo. Un modello che più che rispondere a istanze di garanzia della legalità, si manifestava utile per soddisfare le esigenze di rafforzamento dell'unità politica nazionale.

Al potere centrale andavano riservati l'indirizzo e la vigilanza sull'intero apparato, secondo uno schema gerarchico del tutto coerente; al superiore era dato ingerirsi nelle attività degli organi subordinati ricorrendo all'utilizzo di una gamma di poteri neanche specificati nella legge in quanto ritenuti già implicitamente riconnessi all'esercizio di un potere sovraordinato<sup>7</sup>. Tra essi, naturalmente, il potere di sostituzione del superiore gerarchico a fronte dell'inerzia o della *mala gestio* dell'organo inferiore nell'esercizio di attività dovute<sup>8</sup>.

È a fine '800 che esigenze di migliore organizzazione dell'apparato amministrativo, chiamato peraltro all'assolvimento di compiti più complessi, imposero la ripartizione di funzioni e attività tra uffici secondo regole di stabilità e inderogabilità, soprattutto "*al fine di garantire la sicura imputazione del potere*". Peraltro la grande riforma dell'apparato amministrativo del 1865 aveva introdotto quale vizio autonomo dell'atto amministrativo, l'incompetenza<sup>9</sup>: un passaggio epocale rispetto alla tradizione amministrativa e alla tradizionale qualificazione delle norme di organizzazione quali fattori del tutto privi di rilevanza giuridica<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Sulla configurazione originaria della sostituzione nell'ambito dei rapporti interorganici, legata direttamente al rapporto di gerarchia, G. GRECO, *Il potere di sostituzione dello Stato alle Regioni*, in *Foro amm.*, 1989, 888. Più in generale sul ruolo e sulla evoluzione del potere sostitutivo nell'ordinamento italiano, M.S. GIANNINI, *Il decentramento amministrativo nel quadro dell'ordinamento generale*, in *Amm. Civ.*, 1959, 40 ss.; F. BASSANINI, *Attuazione regionale di direttiva comunitarie e intervento sostitutivo del Governo*, in *Regioni*, 1977, 147ss.; B. CARAVITA, *I poteri sostitutivi dopo le sentenze della Corte Costituzionale*, in *Pol. Dir.*, 1987, 315 ss.; M. CAMMELLI, *Poteri sostitutivi*, in *Lo Stato autonomista*, a cura di M. Cammelli, Bologna 1998, 32.

<sup>8</sup> Sull'articolazione e la capacità pervasiva del rapporto gerarchico, sino alla sostituzione, cfr. F. SEVERO SEVERI, voce *Gerarchie e rapporti interorganici*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VII, Torino 1991, 142; T. MARCHI, E. CASSETTA, voce *Gerarchia*, in *Novissimo Digesto*, VII, 1957, 806; L. ARCIDIACONO, voce *Gerarchia Amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma 1989, 3 ss.

<sup>9</sup> Sul punto, G. MARONGIU, *Gerarchia*, in *Enc. del Dir.* XVIII, Milano 1969, 129; inoltre, G. SCIULLO, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo*, Milano 1993. Come osserva G. SIRIANNI, in *Inerzia amministrativa e poteri sostitutivi*, cit., 58, "La previsione della incompetenza quale vizio dell'atto rinsalda il convincimento secondo cui la competenza ha, quantomeno in via general, carattere esclusivo ed inderogabile: La adozione della competenza quale principio organizzativo basilare, in luogo della gerarchia, comporta l'assunzione di una distribuzione di poteri rigida, in quanto normativamente predeterminata, e non più flessibile e discrezionalmente modificabile dalla stessa amministrazione".

<sup>10</sup> Invero, l'irrelevanza del valore giuridico delle norme di organizzazione è a lungo

Di certo, sotto questo profilo, peso non indifferente aveva esercitato l'elaborazione, in Francia, della teorica dello "straripamento di potere" e, in quella prospettiva, la dottrina italiana aveva colto l'esigenza di ripensare la nozione di gerarchia alla luce della categoria giuridica della competenza.

Va da sé che la nuova accezione della competenza non poteva non determinare riflessi anche in ordine all'esercizio del potere sostitutivo.

La legge, infatti, assegnava, ormai in via esclusiva, competenze giuridicamente garantite ad un determinato ufficio e si rendeva dunque necessario giustificare la possibilità di legittimare poteri di intervento a carattere sostitutivo, in grado di alterare l'ordine normativamente definito delle attribuzioni.

In quel contesto, la dottrina, dapprima monolitica nel riconoscimento della gerarchia quale fattore legittimante la sostituzione<sup>11</sup>, cominciò a vacillare, assumendo posizioni differenziate.

Ed infatti, se Federico Cammeo<sup>12</sup> continuava ad affermare che la sostituzione costituiva comunque un attributo ordinario della gerarchia, regola necessaria a dirimere il conflitto tra autorità, ed a lui si associava Enrico Presutti<sup>13</sup>, a quella tesi si oppose Vittorio Emanuele Orlando<sup>14</sup> che, alla luce della sopravvenuta affermazione della rilevanza della competenza, individuò nell'esigenza di una esplicita previsione legislativa, il necessario fondamento della legittimazione del potere so-

sopravvissuta nell'ordinamento italiano, come dimostra l'interpretazione del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. In ordine a tale tema, si rinvia a M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo* (a cura di M. Renna e F. Saitta), Milano, 2012, 117ss.; M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento, dal meta-giuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, in *Riv. Ius Publicum*, 2011, 1ss.

<sup>11</sup> Sulla sostituzione come fenomeno connaturale alla gerarchia, tale da prescindere da norme di legittimazione, si esprimeva anche nel 1989 G. CONTI, *Organizzazione gerarchica e Stato democratico*, Padova 1989, 59 s.

<sup>12</sup> F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano 1901, 472. Secondo l'illustre studioso, il potere di sostituzione è attributo ordinario della gerarchia in quanto estraneo al tema della competenza. Il potere di avocazione "può ammettersi finalmente in ogni caso, quando l'autorità inferiore omette di agire o si rifiuta di operare conformemente agli organi superiori o manchi qualunque altro rimedio. Questa regola ha fondamento nella necessità di dirimere in qualche modo il conflitto tra due autorità".

<sup>13</sup> E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Roma 1917, I, 24. Secondo l'A. la supremazia gerarchica non comprende generalmente il potere di avocazione, ma include, tra i poteri di vigilanza dell'organo superiore, quello di "provvedere, incaricandone altri funzionari, all'espletamento delle mansioni che un funzionario dipendente si rifiuta di compiere, mentre era obbligato ad espletarle".

<sup>14</sup> V.E. ORLANDO, *Giustizia amministrativa*, in *Trattato Orlando*, 659.

stitutivo. Invero l'illustre studioso in un primo momento, nell'opera *Giustizia amministrativa*, aveva qualificato l'avocazione quale carattere proprio del rapporto gerarchico, e la sostituzione, a sua volta, quale parte integrante della prima. Ma in seguito, nei *Principi di diritto amministrativo*<sup>15</sup> egli si interrogò circa la legittimità dell'ipotesi in cui un superiore gerarchico si sostituisse al subordinato a fronte di un'inadempienza, riconoscendone la legittimazione solo laddove l'attribuzione dell'inferiore fosse stata delegata dal superiore e negandola nel caso fosse direttamente conferita dalla legge.

Va ascritto a Domenico Caruso Inghilleri, con la *Funzione amministrativa indiretta*<sup>16</sup>, il merito di aver tentato la prima, compiuta sistematizzazione del potere sostitutivo. L'Autore prese le mosse dalla considerazione che la sostituzione integrasse la pubblica funzione laddove questa si palesasse irregolare o risultasse giuridicamente impossibile.

La sostituzione constava in un giudizio sullo svolgimento della funzione che si intendeva correggere o integrare e si sostanziava in un atto amministrativo emanato da un'autorità superiore nei rapporti con un ufficio inferiore. Lo schema appena proposto naturalmente "saltava" laddove la sostituzione facesse riferimento ad ipotesi di esercizio, da parte di un organo, di una funzione che una legge assegnasse ad un altro. In quel caso, si sarebbe resa necessaria un'apposita disposizione legislativa di legittimazione, venendosi a determinare un'ipotesi di ciò che lo studioso definiva "*rapporto di gerarchia impropria*".

Arnaldo De Valles<sup>17</sup> portò avanti l'impostazione di Caruso Inghilleri, ma finì col restringere il potere di sostituzione entro perimetri più limitati. Per lui, infatti, la sostituzione costituiva comunque una conseguenza indiretta del rapporto gerarchico, unitamente al potere di sorveglianza ed a quello di impartire istruzioni e ordini; tuttavia anche nella gerarchia la sostituzione avrebbe dovuto mantenere carattere eccezionale, non potendosi riconoscere al funzionario pubblico la facoltà di modificare l'ordine delle competenze, salvo, ancora una volta, che ciò non fosse espressamente previsto da una norma di legge.

In queste riflessioni, peraltro, cominciava anche ad acquisire rilevanza il problema della legittimazione dell'uso dei poteri sostitutivi nei confronti degli enti locali, nella sottospecie dei controlli repressivi.

E proprio nella prospettiva del controllo, fu Ugo Forti, con l'opera

<sup>15</sup> V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze 1905, 54.

<sup>16</sup> D. CARUSO INGHILLERI, *op. cit.*, 155ss.

<sup>17</sup> A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, Padova 1936, 351.

denominata appunto *I controlli*<sup>18</sup>, a provare una sistematizzazione del fenomeno della sostituzione dello Stato sugli enti locali, individuando al fine tre differenti ipotesi: una prima tipologia si poteva configurare laddove il controllante emettesse, in luogo e vece del controllato, un provvedimento rientrante nella competenza normale di quest'ultimo, producendone i medesimi effetti giuridici. In questo caso la responsabilità dell'atto sarebbe ricaduta sull'autorità controllante che aveva agito mediante l'uso di una competenza tipica di un organo di controllo.

Una seconda tipologia riguardava l'ipotesi in cui l'autorità sostituyente avesse agito nell'esercizio di una competenza concorrente. In tal caso la competenza dello Stato, secondo Forti, sarebbe stata comunque sussidiaria rispetto a quella dell'ente locale, in quanto chiamata a supplire alle deficienze degli organi locali competenti.

Una terza tipologia si sarebbe configurata laddove la funzione di controllo si fosse esaurita nell'accertamento del comportamento omissivo dell'organo controllato e nel conseguente esercizio di una potestà di natura organizzativa con la conseguenza che gli atti in seguito posti in essere dall'organo straordinario sarebbero stati imputati all'organo sostituito.

Umberto Borsi, invero, prospettava una severa critica alla teoria della configurazione della sostituzione quale attività comunque rientrante nella funzione di controllo<sup>19</sup>. Secondo lo studioso, infatti, il presupposto della sostituzione sarebbe stato costituito dalla constatazione della inadempienza di un organo amministrativo, sottrattosi ad un obbligo di legge. Accertato l'inadempimento, sarebbe stato necessario provvedere perché fosse raggiunto il fine mediante l'esercizio di un'attività amministrativa specifica<sup>20</sup>. In siffatta ipotesi, il primo termine da considerare sarebbe stato costituito dalla omissione, ma la successiva attività di sostituzione sarebbe stata ispirata a criteri di opportunità, secondo i normali canoni informativi dell'agire pubblico. Tuttavia mentre il controllo attiene alla legittimità, la sostituzione è governata dal principio di opportunità: questo l'errore imputato a Forti.

Per Borsi, dunque, la sostituzione andava inquadrata nell'attività di cooperazione, non in quella di controllo e ciò sulla scorta della considerazione secondo la quale "*le particolarità dei complessi ordinamenti pubblici*

<sup>18</sup> U. FORTI, *I controlli sull'amministrazione locale*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, II, Napoli 1921, 611 ss.

<sup>19</sup> U. BORSI, *Intorno al cosiddetto controllo sostitutivo*, in *Studi senesi*, Torino 1916, 169ss.

<sup>20</sup> U. BORSI, *op. cit.*, 180

*moderni, l'indole varia dei compiti affidati alle diverse autorità e dei rapporti tra le medesime ... non debbono far perdere di vista l'idea generale di una cooperazione di tutte per il conseguimento dei fini propri della pubblica amministrazione*".

L'istituto della sostituzione, dunque, avrebbe dovuto essere ricondotto all'idea della cooperazione amministrativa piuttosto che a quella del controllo. Oppure si sarebbe potuto affermare che il controllo costituisce anch'esso cooperazione solo se controllando si svolge un'attività utile all'amministrazione; ma – ancora nell'ottica di Borsi – il controllo di per sé non raggiunge alcun autonomo fine pubblico, non porta alcun contributo al dinamico assetto della vita sociale cui mirano gli enti amministrativi<sup>21</sup>.

È su questi fondamenti dottrinali, o per meglio dire dilemmi giuridici, che ebbe luogo un importante convegno sul tema a Cagliari nell'anno 1980<sup>22</sup>.

Come era stato rilevato da Benvenuti<sup>23</sup>, la relazione costituzionale di autonomia implicava un'accezione di ordinamento complessivo quale risultante della somma di ordinamenti particolari, con la conseguenza che tutto il sistema delle ingerenze di una istituzione su un'altra avrebbe dovuto essere rivista.

Invero il sistema costituzionale, benché largamente imperfetto, aveva ridotto le forme di controllo sugli enti locali minori, ma tale prospettiva non era stata avallata dal legislatore con la l. n. 62 del 1953, né dalla Corte Costituzionale, che aveva contribuito a privare l'art. 130 Cost. di buona parte della sua portata innovativa<sup>24</sup>. Essa, infatti, aveva legittimato la sopravvivenza, nell'ordinamento repubblicano, di tutte quelle forme, talora molto penetranti, di ingerenza delle autorità statali sull'attività e sull'organizzazione degli enti minori e che sarebbero venute meno solo molto più tardi con la (discussa) riforma del Titolo V della Costituzione. In quella prospettiva dunque la nozione di controllo sostitutivo, control-

<sup>21</sup> U. BORSI, *op. cit.*, 182 s.

<sup>22</sup> AA.VV., *Aspetti e problemi dell'esercizio del potere di sostituzione nei confronti dell'amministrazione locale*, Atti del Convegno di studi amministrativi, Cagliari, 19-20 dicembre 1980, Milano, 1983.

<sup>23</sup> F. BENVENUTI, *I controlli amministrativi dello Stato sulla Regione*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1972, 592

<sup>24</sup> In termini, F.G. SCOCA, *Potere sostitutivo e attività amministrativa di controllo*, in Atti del Convegno di studi amministrativi, Cagliari, 19-20 dicembre 1980, *Aspetti e problemi dell'esercizio del potere di sostituzione nei confronti dell'amministrazione locale*, Milano 1983, 18.

lo *sui generis*, avrebbe potuto superare indenne non solo la trasformazione degli enti locali ma anche il riconoscimento a siffatti enti, da parte dell'art. 128 Cost., della qualità di autonomia.

Ma il quadro delineato non appagava, finendo con il prefigurare uno scenario quanto mai incerto relativo ai presupposti e agli aspetti procedurali (di garanzia) dell'intervento sostitutivo, in un contesto, comunque, di graduale incremento delle fattispecie di sostituzione, la cui diffusione era per lo più sospinta dalla progressiva diffidenza nella efficienza degli enti minori e dalla presunta maggiore efficienza di quelli maggiori<sup>25</sup>.

Orbene, proprio nella richiamata sede convegnistica, la considerazione del potere sostitutivo quale attività di controllo subì una critica profonda che ne avrebbe poi prodotto il declino. Le contestazioni presero spunto dalle note riflessioni di Massimo Severo Giannini con le quali l'illustre giurista aveva qualificato le sostituzioni degli organi quali provvedimenti a carattere ablatorio, consistenti in gestioni coattive riferite a un procedimento di tipo repressivo sanzionatorio. Partendo da quelle osservazioni, Franco G. Scoca<sup>26</sup> rilevò che il controllo non avrebbe potuto essere giammai separato dalla susseguente misura della sostituzione in quanto nel c.d. controllo sostitutivo la verifica dell'inerzia dell'amministrazione avrebbe comunque presentato carattere servente, preliminare, strumentale all'adozione della misura vera e propria, consistente nella sostituzione di un'autorità ad un'altra. Si trattava, piuttosto, di un procedimento unico, finalizzato alla realizzazione di un interesse pubblico unitario, vale a dire la garanzia della continuità della funzione.

Nel tirare le conclusioni del convegno, Franco Ledda<sup>27</sup> condivise l'impostazione di Scoca in ordine alla differenziazione del potere sostitutivo rispetto al controllo, ma pose al centro dell'attenzione la circostanza che il carattere autoritativo della sostituzione finiva col porsi in termini di incompatibilità rispetto al principio dell'autonomia. La verità, rilevava lo studioso, era che si doveva necessariamente ammettere che il controllo sostitutivo non reggeva senza il sostegno offerto dalla sussistenza di un

<sup>25</sup> Così, F.G. SCOCA, *Potere sostitutivo e attività amministrativa di controllo*, cit., 22: "L'esame della legislazione recente sembra confermare l'impressione che le ipotesi di sostituzione sono in aumento anziché in diminuzione: il legislatore, diffidando (non senza motivo) della efficienza degli enti minori, si affida (con un pizzico di mal riposta fiducia) alla efficienza degli enti maggiori".

<sup>26</sup> F.G. SCOCA, *Potere sostitutivo e attività amministrativa di controllo*, cit., 17 ss.

<sup>27</sup> F. LEDDA, *Conclusioni* al Convegno, in *Atti del Convegno di studi amministrativi*, Cagliari, 19-20 dicembre 1980, *Aspetti e problemi dell'esercizio del potere di sostituzione nei confronti dell'amministrazione locale*, Milano 1983, 75 ss.

rapporto di gerarchia o di subordinazione. Venuto meno quest'ultimo, diveniva difficile giustificare la sostituzione secondo gli schemi tradizionali.

Non restava dunque, per Ledda, che rinvenire nuovi plausibili fondamenti sistemici, derivanti da esigenze di ordine pratico, essendo evidente che la sostituzione forniva comunque al cittadino (e non solo) un irrinunciabile rimedio di pronta applicazione. Fondamenti legittimanti la sostituzione comunque da circoscrivere entro rigorosi ambiti giuridici, sulla base di riscontrabili presupposti.

Se dal punto di vista teorico il problema della sussistenza del potere sostitutivo dello Stato sugli Enti locali appariva risolvibile almeno mediante l'affermazione della necessità di un'apposita norma di legge, riflessione più complessa si accompagnava alla considerazione dei rapporti tra centralismo ed autonomia. Tali rapporti avrebbero potuto rinvenire composizione solo in una considerazione degli Enti locali quali soggetti sì portatori di interessi propri, ma comunque con fini coincidenti con quelli perseguiti dallo Stato<sup>28</sup>.

Questa concezione di autonomia appariva coerente o comunque legittimava un modello nel quale il canone di legalità avrebbe potuto essere solo di impronta statale, onde giustificare le ipotesi di sostituzione quale "*facoltà propria dei rapporti tra Stato ed enti autarchici*"<sup>29</sup>.

### 3. *I recenti interventi di riforma legislativa e le relative ragioni*

Il sistema di rapporti centro-periferia delineato dalla Costituzione del '48, prima, e dalla riforma costituzionale del 2001, poi, aveva visto come corollario l'introduzione di numerose fattispecie legislative di ricorso a poteri sostitutivi. Ipotesi filtrate attraverso la giurisprudenza della Corte costituzionale che invero già dai primi anni '70 si era persino spinta ad auspicare l'introduzione della sostituzione, nell'ordinamento, in rapporto ad una gamma diversificata di fattispecie<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Sul rapporto tra Stato, regioni ed enti locali a proposito di esercizio di poteri sostitutivi, cfr. C. BARBATI, *Inerzia e pluralismo amministrativo*, Milano 1992, 80 ss.

<sup>29</sup> Così, A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, cit. 351.

<sup>30</sup> Rileva A. PAPA (voce *Potere sostitutivo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano 2006, 4402) "La giurisprudenza della Corte (n.d.r. costituzionale) in materia ha, peraltro, intersecato le diverse fasi dei rapporti Stato e regioni. Inizialmente, infatti, essa ha riconosciuto l'ammissibilità di interventi sostitutivi statali nei confronti delle sole funzioni delegate alle regioni, giustificando tale posizione con la natura non

Ad ogni buon conto, la giurisprudenza della Consulta ha attraversato trasversalmente le varie fasi dei rapporti Stato-Regioni: in un primo stadio, riconoscendo l'ammissibilità di interventi sostitutivi nei confronti delle sole funzioni delegate e legittimando tale orientamento con la natura non cooperativa bensì di rigida separazione delle competenze del sistema regionale. Ma quando il modello delle relazioni tra centro e periferia si è improntato al regionalismo cooperativo, la Corte ha finito con l'ammettere la possibilità di poteri sostitutivi statali anche nei confronti di funzioni trasferite (si pensi già al d.lgs n. 112/1998, alla costituzionalizzazione dell'istituto nel 2001 con la riforma del Titolo V, sino alla recente l. n. 124/2015, c.d. riforma Madia, tutte fonti atte a garantire la presenza di una clausola generale di recupero di funzioni e competenze in favore dello Stato centrale a tutela dei principi di unità della Repubblica e di uguaglianza dei cittadini).

La previsione degli artt. 117, comma 5 (intervento sostitutivo dello Stato nei confronti delle Regioni in caso di mancata attuazione della normativa comunitaria) e 120, comma 2 Cost. di sostituzione del Governo nei confronti di Regioni ed Enti locali per il perseguimento delle finalità ivi espressamente indicate, offre ormai copertura costituzionale a ipotesi di sostituzione eterogenee, con la conseguenza che va riconosciuto che l'effettiva ampiezza del sistema dei poteri sostitutivi risulta ormai definibile solo mediante l'esame degli specifici atti normativi di attuazione, chiamati ad interpretare in senso estensivo o restrittivo il dettato costituzionale: e va da sé che le leggi approvate sinora, la n. 131/2003 (legge La loggia), la n. 11/2005 e, da ultimo, la legge n. 124/2015, favoriscono un penetrante intervento sostitutivo dello Stato.

Va peraltro anche considerato che l'originario schema nel quale il potere sostitutivo si innestava, presupponendo molteplicità di fini ma comunque identità o persino unicità di interessi tra centro e periferia, appare ormai superato. Come noto, sempre più alta è la conflittualità tra i diversi livelli di governo, come testimonia il panorama giurisprudenziale amministrativo nel quale è dato cogliere l'espansione del fenomeno di giudizi che vedono contrapposti interessi tutti pubblici<sup>31</sup>, rappresen-

cooperativa, bensì basata su una rigida separazione delle competenze del sistema regionale italiano. Nel momento in cui, invece, si è delineato un modello di relazioni tra il centro e la periferia maggiormente improntato ad un regionalismo cooperativo, la Corte ha ammesso la possibilità di poteri sostitutivi statali anche nei confronti delle funzioni trasferite”.

<sup>31</sup> In tema di confronto tra interessi pubblici, cfr. la interessante *Relazione di insedia-*

tati da altrettanti enti competenti, di differente o pari livello. Tale realtà impegna sempre più il giudice amministrativo in inusitati processi di mediazione di conflitti istituzionali che poco hanno a che vedere con le tradizionali categorie del giudizio di legittimità fondato su vizi di atti o anche, più di recente, di comportamenti<sup>32</sup>. Sono piuttosto i principi dell'agire pubblico, dalla leale collaborazione alla ragionevolezza, dalla economicità alla proporzionalità, ad aver assunto un ruolo decisamente centrale nel sindacato del giudice su questo nuovo fronte.

E, sebbene sotto diverso profilo, anche un ulteriore tassello del complesso *collage* non pare possa essere trascurato: nell'attuale ordinamento, e più in generale nell'attuale fase storica, particolare rilevanza ha finalmente assunto il fattore tempo, a lungo trascurato o persino ignorato nell'esercizio delle funzioni pubbliche<sup>33</sup>. Come si faceva cenno, la considerazione giuridica del tempo e la sua assunzione quale cardine dell'azione pubblica pare ormai aver ridefinito la stessa nozione di emergenza se è vero, come risulta dall'analisi della normativa vigente in tema di ricorso a poteri sostitutivi, che questi ultimi, di per sé ordinati a fronteggiare eventi di natura eccezionale, costituiscono ormai lo strumento tipico di risposta non solo a fenomeni del tutto impreveduti (si pensi a terremoti, alluvioni, disastri ambientali conseguenti ad incidenti, ecc.), ma anche al semplice malfunzionamento di attività del tutto ordinarie (sanità, rifiuti, ecc.), attività peraltro ampiamente programmabili e programmate.

Le ragioni della rilevanza assunta dal fattore tempo dipendono da cause endogene ed esogene dell'ordinamento nazionale: le prime, legate ad esigenze di intervento ormai non procrastinabile, volto a riparare o anche evitare (ulteriori) danni scaturenti dalla *mala gestio* (principio di precauzione)<sup>34</sup>; le seconde, da riconnettere ai tempi che l'Unione Eu-

*mento* a Presidente del Consiglio di Stato, tenuta da G. Coraggio in data 12 aprile 2012, in *www.lexitalia.it*. Scrive l'A.: "questo interesse (n.d.r.: l'interesse pubblico), sempre presente nel giudizio amministrativo come "convitato di pietra", non di rado emerge, per così dire, in prima persona. La pluralità degli interessi pubblici, il moltiplicarsi dei loro centri di imputazione e la frequenza dei loro contrasti rende non più eccezionali i casi in cui il confronto giudiziale si svolge tra due soggetti pubblici e quindi ha ad oggetto direttamente la correttezza della gestione, senza che entri in gioco l'interesse del privato e la sua tutela".

<sup>32</sup> E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino 2012.

<sup>33</sup> Oltre ad un nuovo rinvio al parere dell'Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato 15 aprile 2016, n. 929, si segnala sul tema A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino 2013.

<sup>34</sup> Sul tema, F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano 2005.

ropea impone alle nostre istituzioni per effettuare interventi o manovre correttive in molteplici ambiti di sua competenza.

Appare allora evidente quanto si sia ormai lontani da quando il fattore tempo cominciava a svolgere un suo primo ruolo avente rilevanza giuridica in termini di formazione di silenzi significativi<sup>35</sup>. Ma il principio di buona amministrazione, nella sua declinazione tanto costituzionale quanto propria dell'ordinamento europeo, impone oggi un'attenta considerazione del tempo sin dalla fase di programmazione dell'attività amministrativa così come in sede di mancato o non corretto esercizio della stessa nei termini previsti (in quella prospettiva si proiettano le recenti discipline dell'obbligo di provvedere tempestivamente e del danno da ritardo, oltre quella del risarcimento dei danni o dell'indennizzo da lesione di interessi legittimo).

D'altronde, la tempestività è sì fattore decisivo di amministrazione, di concorrenzialità e di sviluppo, ma ancor più si qualifica quale condizione di attuazione degli stessi diritti fondamentali, costituzionalmente garantiti, considerazione che colloca l'esercizio del potere pubblico in una prospettiva di necessitata utilità, pena la sua stessa legittimazione, considerato che il principio di sussidiarietà, anch'esso costituzionalmente sancito, legittima l'esercizio del potere pubblico solo laddove questo si mostri effettivamente in grado di garantire utilità sociali ed economiche altrimenti non conseguibili<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Sul tema del tempo nel diritto amministrativo, R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari 2005; F.G. COCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano 1971; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano 1996; G. ROLLI, *La voce del diritto attraverso i suoi silenzi. Tempo, silenzio e processo amministrativo*, Milano 2012.

<sup>36</sup> Il richiamato parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 929/2016, in ordine alla rilevanza del fattore tempo nell'ambito del diritto amministrativo contemporaneo, così si esprime: "Tale fattore (n.d.r.: il fattore tempo) assume un ruolo centrale nel diritto amministrativo moderno, e si connette a principi fondamentali di rango costituzionale (quali l'efficienza e il buon andamento della pubblica amministrazione ex art. 97 Cost., che vanno declinati 'in concreto' con una efficace scadenza temporale), ma anche sovranazionale (cfr. in particolare l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che riconosce al cittadino un diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate dall'amministrazione pubblica, oltre che con imparzialità ed equità, anche "entro un termine ragionevole").

Inoltre, il 'fattore-tempo' assume un "valore ordinamentale fondamentale" (cfr. già il parere dell'Adunanza Generale di questo Consiglio di Stato n. 141 del 1991) quale componente determinante per la vita e l'attività dei cittadini e delle imprese, per i quali l'incertezza o la lunghezza dei tempi amministrativi può costituire un costo che incide sulla libertà di iniziativa privata ex art. 41 Cost. .

In questa prospettiva, il ricorso al potere sostitutivo, per quanto non rientrando nelle auspicabili ordinarie modalità di amministrazione, non interseca più i canoni della lesività delle competenze, ormai a geometria variabile, ma assurge, piuttosto, a valvola necessaria per l'esercizio effettivo e responsabile di funzioni doverose, per l'espletamento di attività rispondenti a pubblico interesse<sup>37</sup>.

In altri termini, pare doversi affermare che le esigenze di efficienza, efficacia, tempestività, economicità, precauzione e ragionevolezza dell'azione amministrativa incidono ormai profondamente sul rigido sistema delle competenze che, in presenza di presupposti normativamente definiti e sindacabili dal giudice, recede innanzi all'intervento di chi ha il potere-dovere e anche la responsabilità dell'esercizio della funzione pubblica, intervenendo in via sostitutiva.

Persino l'incerta e sempre provvisoria disciplina della conferenza di servizi<sup>38</sup>, con il superamento della logica rigorosa della regola dell'unanimità, rappresenta la cartina al tornasole della insoddisfazione nei confronti di quella che chiaramente si manifesta come eccessiva parcellizzazione delle funzioni, il cui esercizio permane peraltro ancora connotato, specie negli enti territoriali, dall'ipocrita pretesa della netta separazione delle ragioni politiche rispetto a quelle amministrative: ragioni che invece costantemente interagiscono e si intersecano, in una condizione di indistinta continuità, che purtroppo non di rado degrada in contiguità, così che le finalità della buona amministrazione finiscono con l'essere compromesse da logiche che nulla hanno a che spartire con la tutela di interessi generali.

Le ultime scelte normative del legislatore confermano gli orientamenti delineati. La legge n. 124/2015, come noto, affronta il problema del-

Assume pertanto rilievo decisivo la 'dimensione economica' del diritto amministrativo e, quindi, anche dell'intervento oggetto del presente parere; dimensione di cui questo Consiglio di Stato deve essere consapevole nell'esercizio delle proprie funzioni".

<sup>37</sup> M. BOMBARDELLI (in *La sostituzione amministrativa*, cit., 22) definisce il potere sostitutivo quale "un potere autoritativo, espressamente riconosciuto dall'ordinamento, attraverso cui un soggetto o un organo operano legittimamente, in via eccezionale e temporanea ed entro limiti esattamente definiti, nell'esercizio di poteri o diritti normalmente attribuiti alla competenza di un altro soggetto o di un altro organo, che, pur non essendo materialmente impossibilitato, non li ha esercitati perché non ha voluto o saputo farlo, anche se ne sarebbe stato obbligato". Naturalmente il potere sostitutivo viene meno con il compimento dell'atto o comunque con il conseguimento del risultato. Sulla temporaneità del potere sostitutivo, cfr. G. ORSONI, *Il commissario ad acta*, Padova 2001, 63 ss.

<sup>38</sup> S. BATTINI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, Roma 2016; D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino 2002.

la crescita economica e dell'efficienza amministrativa nella prospettiva, almeno tendenziale, di abbattere l'esercizio esplicito di poteri pubblici, per sostituirlo con silenzi significativi o altre forme di semplificazione. E la scelta è per certi versi drammaticamente significativa nella prospettiva dell'ormai diffuso convincimento che la decisione amministrativa e ancor più la sua mancata adozione sono avvertiti come una delle ragioni di maggiore ostacolo alla crescita economica e allo sviluppo delle relazioni soprattutto in ambito imprenditoriale.

Ma nella legge n. 124, il silenzio-assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi, assume anche una nuova declinazione<sup>39</sup> e rafforza l'uso del potere sostitutivo della Presidenza del Consiglio dei Ministri. In questa prospettiva non solo si prevede l'acquisizione implicita dell'assenso ma a questo si accompagna la previsione del potere sostitutivo della Presidenza del Consiglio: un percorso peraltro già decisamente avviato nella precedente legislazione, con la previsione di misure di semplificazione e di accelerazione dei procedimenti.

Il dato che ai fini che qui interessano assume specifica rilevanza è che i poteri sostitutivi, con la L. n. 124/2015, vengono decisamente inquadrati come espressione del principio di sussidiarietà verticale, ritenuto strumento anche di accelerazione delle decisioni amministrative, senza per questo rinunciare all'esercizio del potere. Una nuova responsabilità che si esprime in termini politici e quindi di legittimazione democratica del processo decisionale ma anche di responsabilità giuridica, con l'assunzione delle eventuali conseguenze<sup>40</sup>.

Come si è già rilevato, d'altra parte, l'inerzia e il silenzio della pubblica amministrazione hanno costituito a lungo armi foriere di nefaste conseguenze, un vero e proprio potere talora più decisivo di quello estrinsecantesi nell'assunzione di provvedimenti espliciti. La doverosità dell'esercizio della funzione, ontologicamente ricompresa nella previsione di qualsiasi potere pubblico, appare invece principio di primaria rilevanza in un ordinamento che necessiti di certezza dei rapporti giuridici<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Sul tema, A. POLICE, *Dai silenzi significativi ai poteri sostitutivi. Una nuova dimensione per il dovere di provvedere della P.A.*, in *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, a cura di A. Rallo e A. Scognamiglio, Napoli 2016, 31 ss.

<sup>40</sup> A. POLICE, *op. loc. cit.*

<sup>41</sup> Sul punto, da ultimo, si veda S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli 2016.

E le forme alternative alla assunzione di determinazioni espresse non appaiano il cittadino nelle sue legittime aspirazioni.

Il potere sostitutivo permane come potere eccezionale, almeno nella accezione di cui alla recente legge n. 124/2015, anche se non si possono non evidenziare taluni profili di dubbia legittimità costituzionale della disciplina ivi contenuta, in termini di violazione del principio di riserva di legge (all'art. 4 della legge e legittimazione del Governo a definire il perimetro entro il quale l'esercizio del potere sostitutivo sia legittimato ad affermarsi), o comunque di dubbia opportunità ed efficacia (individuazione di procedimenti aventi effetti positivi su economia ed occupazione, per i quali si prevede il dimezzamento dei termini a cui consegue, in caso di mancato rispetto, l'esercitabilità del potere sostitutivo da parte dell'esecutivo).

Così come anche il Regolamento attuativo dell'art. 4 della l. n. 124/2015 genera perplessità nel ricomprendere – come sembra – nel suo oggetto anche l'adozione di atti a natura non autorizzatoria, ma provvedimenti costitutivi di posizioni primarie persino espressione di valori costituzionali fondanti per il nostro ordinamento.

Tutti questi sono nuovi problemi derivanti dall'affermazione del potere sostitutivo quale rimedio alla inefficienza delle amministrazioni, temi sui quali sarà necessario riflettere.

#### 4. *Conclusioni*

In conclusione pare potersi affermare che la diffusione del potere sostitutivo in ambiti sempre più vasti e diversificati affondi le proprie motivazioni in avvertite esigenze di continuità ed effettività dell'esercizio dell'azione dei pubblici poteri, offrendosi così agli interlocutori della p.a. garanzie maggiori di quelle che possano derivare dalle varie forme di silenzio significativo o di autocertificazione<sup>42</sup>. È evidente che il ricorso al potere sostitutivo non è di per sé garanzia di efficienza di un'amministrazione, tanto più nella considerazione della gravità delle conseguenze del

<sup>42</sup> Il potere sostitutivo costituisce esigenza ormai imprescindibile di altri ordinamenti giuridici. Per uno sguardo sul sistema in vigore negli Stati Uniti, in Germania, Austria, Argentina, Spagna, e Belgio, anche con riferimento alle problematiche proprie degli stati federali, cfr. l'interessante lavoro di V. TAMBURRINI, *I poteri sostitutivi statali (tra rispetto dell'autonomia regionale, e tutela del principio unitario)*, Milano 2012, in particolare 26 ss.

suo utilizzo, in termini di sostanziale soppressione, sebbene temporanea, dell'autonomia degli enti autarchici.

Risulta anche evidente come il sistema dell'antico riparto delle competenze sia ormai in crisi; la parcellizzazione delle funzioni, fondata su assetti organizzativi di origine ottocentesca, continua tutt'oggi a connotare l'assetto di strutture pubbliche e funzioni. E quella frammentazione concerne non solo la distinzione delle competenze tra enti, ma anche la distribuzione dei compiti all'interno degli stessi, laddove gli uffici non di rado mostrano di non essere in grado di dialogare e tantomeno di integrarsi. Le conseguenze, al riguardo, sono gravissime, se solo si pensi che la gran parte della perdita dei fondi strutturali europei da parte degli enti locali e non solo, dipende proprio dalla loro incapacità di fornire prodotti a competenza multipla integrata, come invece richiesto dagli organismi europei.

L'approccio multidisciplinare o meglio trans-disciplinare<sup>43</sup> e la logica del *problem solving* non sono patrimonio delle amministrazioni pubbliche laddove si continua ad assistere a conflitti istituzionali o semplicemente ad assenza di comunicazione, con conseguenze gravi non solo in termini economici.

Quanto poi all'uso dei poteri sostitutivi, va rilevato come paradossalmente quel rimedio sia talora vissuto dal sostituito non come una sanzione ma come un beneficio, consentendogli di evitare di assumere determinazioni e conseguenti responsabilità.

È fin troppo evidente come non sia questa la *ratio* e la finalità della sostituzione. Doverosità dell'esercizio della funzione, dequotazione delle competenze, enfaticizzazione dei principi generali in termini di efficienza ed efficacia del sistema, esplicita assunzione di determinazioni amministrative a garanzia della certezza del diritto, valutazione della centralità del fattore tempo, responsabilità dei soggetti agenti (sostituti e sostituiti) per cause endogene ed esogene: questi ed altri che potrebbero essere enucleati dall'analisi condotta, costituiscono tutti elementi che inducono a una nuova sistematica del potere sostitutivo che in ogni caso non deve e non può assurgere a soluzione ordinaria alla *mala gestio* amministrativa.

Viene peraltro da chiedersi – ma questo va posto per il momento in termini assolutamente dubitativi – se abbia ancora senso un'amministrazione fondata su un riparto rigido e statico delle competenze in termini di esclusività delle prerogative funzionali e non si debba piuttosto imma-

<sup>43</sup> B. NICOLESCU, *Il manifesto della transdisciplinarietà*, Messina 2014.

ginare articolazioni di centri funzionali nel cui ambito si coniughino tra loro molteplicità di competenze. Molti anni orsono Paolo Stella Richter nei suoi *I principi del diritto urbanistico* affermava l'esigenza di "un territorio, un'autorità, un piano"<sup>44</sup>. Potremmo oggi, in via di prima approssimazione, affermare "una decisione, un'autorità".

<sup>44</sup> P. STELLA RICHTER, *I principi del diritto urbanistico*, Milano 2006, 63.

Marco Mazzamuto

VITTORIO EMANUELE ORLANDO GIUSPUBBLICISTA  
ALLA PROVA DELLA GRANDE GUERRA\*

*Io credo ai principi forse perché sono stato un accademico: del che mi vanto.*

V.E. Orlando

Senato, 7 marzo 1917

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La forma di governo: il principio della condivisione, la guerra e la politica estera. – 3. Legislazione e governo di guerra. Il ruolo del Parlamento. – 4. La politica repressiva. – 5. Conclusioni: un grande liberale, un grande giurista, un grande statista siciliano.

1. *Premessa*

Vittorio Emanuele Orlando fu, tra l'altro, straordinario protagonista delle vicende nazionali della Grande guerra, nella qualità di Ministro della giustizia del governo Salandra, di Ministro dell'interno del governo Boselli e infine nella qualità di Presidente del consiglio, mantenendo l'interno *ad interim*: "esponente della guerra io era in maniera insuperata per il fatto stesso materiale di essere stato sempre al Governo di guerra"<sup>1</sup>.

Ma non si può dire che nella storiografia questo ruolo abbia avuto un'adeguata valorizzazione<sup>2</sup> quasi che, avvertitamente o meno, abbia

\* Relazione al Convegno *La Sicilia e il Mezzogiorno tra colonialismo e guerre mondiali*, Catania 30-31 maggio 2017.

<sup>1</sup> V.E. ORLANDO, *Memorie*, Milano 1960, 49. Sulle motivazioni dell'entrata in guerra ID., *Guerra giusta e necessaria*, Campobasso 1915.

<sup>2</sup> C. GHISALBERTI, *Vittorio Emanuele Orlando e la Grande Guerra*, in *Mediterranea*, 2015, 170: "Mentre abbondano gli scritti dedicati allo studio e all'approfondimento dei temi affrontati da Vittorio Emanuele Orlando giurista ed al suo fondamentale apporto allo sviluppo delle scienze giuspubblicistiche, in particolare al diritto costituzionale e a quello amministrativo, si deve constatare come minore sia stato l'interesse degli storici

continuato ad operare la *damnatio memoriae* della “vittoria mutilata”. Solo di recente sembra essere emersa una nuova attenzione sia in generale su Orlando politico e statista, sia in particolare su Orlando e la guerra<sup>3</sup>.

La guerra come stato di eccezione costituisce certamente la prova più difficile per il giurista, e tale la considerava Orlando evocando, nelle comunicazioni al Senato del 4 marzo 1918, il broccardo *salus publica suprema lex*<sup>4</sup>. È dunque di sicuro interesse vagliare l’operato del Maestro, in tale delicato frangente, alla luce dei principi che Egli aveva professato nella precedente attività accademica, quale riconosciuto fondatore della scuola italiana di diritto pubblico.

Orlando aveva già da tempo sviluppato un primo corpus sistematico di principi giuridici, tutti intrecciati, per quanto li si volesse ammantare di positivismo scientifico, con un tessuto assiologico informato alla tradizione liberale ottocentesca dello Stato di diritto.

Non va peraltro anche sottovalutato il momento religioso<sup>5</sup>: anzi è questo un aspetto tralasciato e che meriterebbe invece di divenire oggetto

per la sua attività politica. Eppure questa l’aveva visto coinvolto in uno dei momenti più importanti e drammatici vissuti dall’Italia, negli anni cioè del primo conflitto mondiale e dell’immediato dopoguerra durante i quali Orlando si trovò a compiere scelte fondamentali che avrebbero inciso sul destino del paese e dovette anche assumere in circostanze spesso drammatiche dirette responsabilità nel governo della nazione”.

<sup>3</sup> Ad es. F. GRASSO ORSINI, *Orlando, profilo dell’uomo politico e dello statista: la fortuna e la virtù*, in SENATO DELLA REPUBBLICA, *Vittorio Emanuele Orlando. Discorsi parlamentari*, Bologna 2002, 13 ss.; S. M. DI SCALZI, *Vittorio Emanuele Orlando*, London 2010.

Sulla guerra P. MELOGRANI, *Vittorio Emanuele Orlando e la Prima Guerra Mondiale*, in SENATO DELLA REPUBBLICA, *Vittorio Emanuele Orlando: lo scienziato, il politico e lo statista*, Catanzaro 2002, 27; V. CALABRÒ, *Un presidente di guerra: Vittorio Emanuele Orlando (1917-1919)*, in L. CHIARA, D. NOVARESE (a cura di), *1914-1918. Storie, protagonisti, istituzioni e voci della Grande Guerra*, Roma 2016, 53 ss.

<sup>4</sup> “Il celebre principio *salus publica suprema lex*, cui si ispirò il diritto pubblico romano, fu indipendente dalla forma di Governo, aristocratica o democratica, monarchica, repubblica o imperiale, dimostrando con la luminosa esperienza del più grande popolo della storia come, di fronte alle necessità della patria in guerra, non si può ammettere che questa o quell’altra parte istituzionale abbiano esigenze capaci di prevalere sulle necessità della salvezza dello Stato”.

<sup>5</sup> Momento religioso che avrà più intimistiche espressioni in V.E., ORLANDO, *Memorie dall’Italia ferita. Diario 1943-1944*, Roma 2001. O. RANELLETTI, *Vittorio Emanuele Orlando nel suo pensiero e nella sua opera*, in *Riv. tr. dir. pubb.*, 1954, 269, ricorda della “fede cattolica, di cui Egli si diceva fiero” e del fatto che “sentiva la religione possente fattore della civiltà di un popolo”, sicché anche lo Stato laico non potesse disinteressarsene; G. ANDREOTTI, *Vittorio Emanuele Orlando visto da vicino*, in *Vittorio Emanuele Orlando: lo scienziato*, cit., 14, ricorda le espressioni dell’Osservatore Romano, ad un anno dalla sua morte: “alle sue eminenti virtù di italiano, di giurista, di statista, egli unì una schietta fede cattolica ed una devozione filiale a Papato”.

di studio per misurarne il rilievo non solo riguardo alla meglio conosciuta vicenda dei suoi rapporti con la Santa Sede<sup>6</sup>, ma più in generale nella ricostruzione complessiva del pensiero orlandiano. Non è ad es. da escludere che il concetto del diritto come strumento volto anzitutto alla limitazione del potere e della violenza, e dunque alla garanzia della pace, abbia in Orlando una profonda matrice religiosa<sup>7</sup>.

Né è chiaro il rapporto con la massoneria: qui, ancor prima di discettare su una sua eventuale incidenza, bisognerebbe con maggiore puntualità accertare se in effetti Orlando sia stato affiliato alle logge<sup>8</sup>.

Di questi ultimi e inesplorati aspetti non si può ovviamente trattare in questa sede, sicché ci limiteremo a considerare, come parametro di giudizio, quanto è immediatamente ricavabile dal pensiero giuridico orlandiano.

Tre profili emblematici delle vicende di guerra saranno oggetto di disamina: la guerra e la forma di governo, la legislazione di guerra e la politica repressiva.

## 2. *La forma di governo: il principio della condivisione, la guerra e la politica estera*

La concezione orlandiana della forma di governo parlamentare è le-

<sup>6</sup> V.E. ORLANDO, *Su alcuni miei rapporti di Governo con la Santa Sede*, Napoli 1930.

<sup>7</sup> V.E. ORLANDO, *Metodo e tecnica giuridica nella dottrina sovietica*, 1928, ora in Id., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano 1954, 96-7: “una parola, la più mansueta fra tutte: la legalità! Egli è che dietro questa parola sta una grande idea, nella quale noi continuiamo ostinatamente a credere per convincimento e, occorrendo, per fede: cioè la forza da sola non è che impeto di una massa cieca, brutta ed informe, su cui il Diritto per sua vocazione divina è destinato a trionfare. Non diversamente il Gigante filisteo, formidabilmente corazzato e armato, fu abbattuto dalla pietra del bel pastore adolescente. Il re, stupito, chiede più volte: *De qua stirpe descendit hic adolescens?* E, in verità, egli era l’Eletto del Signore”.

<sup>8</sup> A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano 2009, 288: “numerose sono le fonti bibliografiche, non sempre attendibili, che hanno collocato Orlando nell’area massonica”; in senso opposto sembra M. GANCI, *Vittorio Emanuele Orlando*, Roma 1991, 84, che descrive O. come “ermeticamente chiuso all’anticlericalismo di stile podrecciano e distante, se non proprio avverso, dalla massoneria. Per tutta la vita rimase sinceramente credente”.

Fermo restando la necessità di una più puntuale verifica delle fonti, può segnalarsi che nel sito internet del Grande Oriente d’Italia ([www.grandeoriente.it](http://www.grandeoriente.it)) risulta intitolata ad Orlando la loggia n. 896 di Palermo e che nel sito internet della Gran Loggia d’Italia ([www.granloggia.it](http://www.granloggia.it)) Orlando è citato tra i personaggi famosi della massoneria.

Più in generale sulla massoneria e la guerra di recente v. S. FEDELE, *Fratelli contro. La Grande Guerra e la Massoneria europea*, in *Humanities*, 2015, 12 ss..

gata al modello inglese e, come è stato anche ben precisato, nel suo significato storico, come strumento di bilanciamento dei poteri<sup>9</sup>. Orlando rifugge infatti da ogni forma di “monismo”, e ciò per una alta ragione liberale: evitare che un qualsiasi organo, che si tratti del monarca o del popolo, possa intestarsi l'intera sovranità, aprendo a degenerazioni assolutistiche<sup>10</sup>.

In questo senso, l'affermazione della sovranità dello Stato, lungi dall'esprimere, come spesso troppo facilmente si afferma, una valenza autoritaria, costituisce invece una straordinaria astuzia liberale, poiché tale sovranità non è da alcuno esercitabile, se non in modo condiviso e non esclusivo. In altre parole, la sovranità, sempre intesa nella sua interezza, appartiene soggettivamente allo Stato come attributo astratto, mentre non appartiene a nessuno come attributo concreto<sup>11</sup>; un concetto analogo può ritrovarsi in Santi Romano, ove “impersonalità del potere pubblico” e “personificazione del potere per mezzo dello Stato” sono sinonimi<sup>12</sup>.

Potrebbe allora apparire strano che Orlando abbia ripetutamente prospettato una severa reprimenda del principio montesquiano della divisione dei poteri, che ha in sé anche una sicura valenza in termini di bilanciamento dei poteri, ma si tratterebbe di una contraddizione apparente. L'idea della contrapposizione meccanica tra i poteri potrebbe portare alla “inazione”, tanto che lo stesso Montesquieu, in caso di conflitto, contemplava la prevalenza del potere legislativo: “Questo germe, svolto poi dagli scrittori posteriori, ha dato luogo a quella degenerazione della teoria del governo rappresentativo per cui tutti i vari poteri pubblici vengono subordinati al legislativo [...]. Così, per un curioso ma naturale effetto, questa teorica, che sacrificò il concetto organico di Stato alla preoccupazione di garentirsi contro il dispotismo, andò a finire nel legittimare il peggiore forse fra i dispotismi: quello di una maggioranza numerica”<sup>13</sup>.

Il modello di bilanciamento cui guarda Orlando si fonda non sulla

<sup>9</sup> M. FIORAVANTI, *Vittorio Emanuele Orlando: il giurista*, in *V.E. Orlando: lo scienziato*, cit., 20-21; T.R. FROSINI, *Vittorio Emanuele Orlando costituzionalista e teorico del diritto*, in *Rivista AIC*, 2016, 10.

<sup>10</sup> M. FIORAVANTI, *Costituzione, Amministrazione e Trasformazione dello Stato*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bari 1990, 13 ss..

<sup>11</sup> Si consenta un rimando a M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 463 ss.

<sup>12</sup> S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Pisa 1910, 16.

<sup>13</sup> V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze 1889, 61.

contrapposizione bensì su una sorta di principio di “condivisione” dei poteri. E` con un siffatto concorso che si previene l’assolutismo di un organo che intenda intestarsi l’intera sovranità e al contempo si costruisce concretamente la sintesi dell’unità e della sovranità dell’ordinamento statale, garanzia ineludibile di ordine e libertà.

Il Governo non può così essere espressione esclusiva del Re o del Parlamento, bensì di entrambi, e solo in tal modo, può dirsi un governo “giuridico”, dove “giuridico” significa appunto sottratto ad un potere assoluto per mezzo della condivisione. È solo entro questo quadro che la forma di governo parlamentare può poi dar prova della sua “incomparabile flessibilità”, a seconda delle “più opposte necessità della vita dei popoli”, tra “una democrazia raffinata come l’Atene di Pericle” e “una guida ferrea quando ciò occorre per la salvezza e la grandezza dello Stato”<sup>14</sup>, mentre cadendo quella condivisione ed in particolare quella del Capo dello Stato, come parve ad Orlando in Assemblea costituente (10 marzo 1947), si avrebbe un totalitarismo assembleare, inevitabilmente traducesi nel governo di un Premier vero e proprio “dittatore” o in un “Governo direttoriale” dei “capi di partito” non meno “padroni di fare quello che vogliono”.

La rappresentazione della forma di governo del tempo come una forma “pseudo-parlamentare”<sup>15</sup>, quasi che fosse lo strano ibrido di una irrisolta oscillazione tra il costituzionalismo puro dello statuto albertino ed un’effettiva forma di governo parlamentare, esprime invece il terreno ideale per il modello orlandiano, dove più che oscillare tra un monismo e l’altro, si tratta appunto di condividere.

Parimenti, la funzione legislativa non deve essere puramente consegnata al parlamento, relegando la sanzione regia ad una funzione notarile. Anche qui potremmo dire che la funzione legislativa è “giuridica” se è frutto della condivisione dei due poteri. Persino per la magistratura, dove più forte è l’esigenza di indipendenza, non si vedeva con favore una condizione di eccessivo isolamento del potere giurisdizionale<sup>16</sup>.

Questo è il principio generale, ma Orlando, se è uomo di concetto, è non meno uomo dotato di uno straordinario realismo, il che gli consente

<sup>14</sup> V.E. ORLANDO, *Memorie*, cit., 283.

<sup>15</sup> A. BARBERA, *Fra governo parlamentare e governo assembleare: dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana*, in *Quad. cost.*, 2011, 13.

<sup>16</sup> Nel senso che O. “fosse recisamente contrario alla Magistratura costituita in ordine autonomo e assolutamente indipendente”, nonché “a fare del pubblico ministero un ufficio autonomo”: M. BRACCI, *V.E. Orlando legislatore*, in *Riv. tr. dir. pubb.*, 1953, 104.

di prendere atto di ambiti materiali nei quali la condivisione risulti oggettivamente problematica: è appunto il caso della guerra e della politica estera.

Non si tratta affatto di evitare pregiudizialmente il concorso del parlamento a difesa di prerogative statutarie del Re o del Governo. Una significativa condivisione è qui piuttosto ostacolata dalla realtà dei rapporti internazionali tra gli Stati, informata al principio della “segretezza” delle trattative diplomatiche: un vincolo esterno cui non ci si può sottrarre, se non a pena di venire estromessi dalla società internazionale. Questa consapevolezza non impedisce tuttavia a Orlando di valorizzare per quanto possibile spazi di condivisione tra organi dello Stato.

Erano questi argomenti allora assai controversi in dottrina, nell'intreccio tra diritto internazionale e diritto costituzionale interno, e che si appuntavano anche sull'interpretazione dell'art. 5 dello Statuto, concernente le prerogative regie.

La posizione di Orlando, come desumibile dai Principii di diritto costituzionale e dalle lezioni del 1911-1912, è così riassumibile.

Riguardo alla guerra, “il Re rappresenta lo Stato nei rapporti con l'estero” ed “espressione suprema e gravissima di questo diritto è la potestà di dichiarare la guerra” (art. 5 St.: “dichiara la guerra”). Orlando è consapevole di come possa considerarsi “pericoloso ed eccessivo l'attribuirlo senza controllo al solo Capo del potere esecutivo”, ma “il conferimento di questo diritto alla Corona si giustifica dalla necessità”. L'assemblea “non può [...] avere direttamente in sua mano i rapporti diplomatici”, sia perché “questi implicano necessariamente il segreto”, sia perché “suppongono un'azione *continua*”; ammesso dunque che i “rapporti diplomatici debbono essere esclusivamente affidati al potere esecutivo, bisogna bene che lo stesso si dica per quanto riguarda la dichiarazione di guerra, la quale non è se non una conseguenza ultima di tali rapporti”. Restano certo “poderosi” poteri parlamentari, sia ai fini della provvista finanziaria della guerra, sia in ragione dei rapporti di fiducia e della responsabilità ministeriale, ma è altrettanto indiscutibile che l'organo rappresentativo potrebbe comunque trovarsi di fronte a delle situazioni non più reversibili. Persino se si volesse attribuire il diritto di dichiarare la guerra al Parlamento, si tratterebbe di un diritto “illusorio”, ogni qual volta il potere esecutivo regolasse “i rapporti diplomatici in modo da rendere inevitabile una guerra”<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> V.E. ORLANDO, *Principii*, cit., 174-175.

Lo stesso ordine di principi porta, sempre ex art. 5 st., alla competenza regia in materia di “trattati” internazionali. Qui vi sono tuttavia due espresse garanzie statutarie: dei trattati deve essere data “notizia alle Camere tosto che l’interesse e la sicurezza dello Stato lo permetta”; qualora i trattati “importassero un onere alle finanze, o variazione di territorio dello Stato”, essi “non avranno effetto se non dopo ottenuto l’assenso delle Camere”.

Nel primo caso, si consente un intervento postumo del Parlamento per far valere il principio di responsabilità, senza però che ciò possa toccare “l’efficacia del trattato, che resta valido indipendentemente”<sup>18</sup>. Orlando non accede all’idea che il trattato vincoli direttamente gli organi statali interni, dunque anche le Camere, ma esso rimane in campo nel rapporto fra gli Stati, sicché, qualora l’operato degli organi interni fosse di ostacolo alla sua esecuzione, ne deriverebbe l’inadempimento dello Stato e le conseguenti sanzioni secondo il diritto internazionale<sup>19</sup>.

Sul piano dottrinario si arriva persino ad affermare che nei rapporti internazionali sarebbe preferibile che il parlamento sia l’organo deputato a deliberare la stipula dei trattati, “perché noi troviamo nel potere legislativo il depositario della forma più solenne e più alta della volontà dello Stato” e “questa è la soluzione che sarebbe conforme alla logica astratta dei principii”. Ma anche qui ritorna ineludibile la ragion pratica: “Non può disconoscersi che, negli Stati contemporanei, meno uno solo che afferma la competenza parlamentare, tutti gli altri questa competenza affidano al capo del potere esecutivo, alcuni con la cooperazione del parlamento altri no. La ragione non è filosofica ma pratica: essa consiste in ciò che i rapporti diplomatici richiedono necessariamente il secreto delle trattative [...] chi dice assemblea [...] afferma discussioni e quindi pubblicità. L’assemblea può intervenire all’ultimo cioè a dire quando il trattato è virtualmente concluso e quando cioè l’intervento è troppo tardivo e l’accettazione si pone spesso inevitabile conseguenza della situazione creatasi”. E ancora una volta si evidenzia che la competenza parlamentare “sarebbe cosa inutile e anzi diminuirebbe il prestigio delle Camere”, ridotte inevitabilmente a ratificare il “fatto compiuto”. Ciò fa quindi comprendere perché “il parlamento inglese non ne ha mai voluto

<sup>18</sup> *Op. loc. cit.*

<sup>19</sup> V.E. ORLANDO, *Diritto pubblico interno Anno 1911-12*, ed. lit., 351 ss. Il citato corso di lezioni, presente purtroppo soltanto in qualche biblioteca, e che meriterebbe di venire pubblicato per prevenire una sua irreparabile perdita, stante le avanzate condizioni di degrado, risulta anche col titolo *Teoria della legislazione e del governo*.

sapere di questa competenza” ed in generale prevalga l’attribuzione “al Capo dello Stato sotto la responsabilità del ministro”<sup>20</sup>.

Nel secondo caso, quello in cui insistano oneri finanziari o variazioni territoriali, occorre invece verificare la controversa questione di come il richiesto assenso delle Camere incida sul trattato. Qui Orlando ritaglia un ruolo più incisivo del parlamento, ritenendo che l’assenso sia “un elemento essenziale al contratto, una condizione che ne sospende la validità”<sup>21</sup>. E questo punto tenne fermo nelle lezioni del 1911-12, pure in contraddittorio con i suoi allievi, Santi Romano e specialmente Donato Donati, che, qualche anno prima, all’argomento aveva dedicato un’impegnativa monografia e che sosteneva invece la validità anche di siffatti trattati per due ordini di ragioni: la possibilità di tenere segreti i trattati deve intendersi riferito a “tutti” i trattati, sicché la loro esistenza e il vincolo internazionale che ne deriva sussistono anche a prescindere dall’assenso delle Camere; l’art. 5 condiziona all’assenso delle Camere soltanto la “efficacia”, il che presuppone appunto che il trattato sia esistente<sup>22</sup>. Il Maestro non mancava tuttavia di osservare “lealmente che l’espressione di cui si serve l’articolo 5 permette tutte e due le interpretazioni: cioè che la facoltà del segreto possa riferirsi a tutti i trattati o invece soltanto a quelli che non importavano onere alle finanze o variazioni di territorio”<sup>23</sup>.

La propensione, allorquando possibile, alla “condivisione” è ravvisabile anche in ulteriori profili.

Riguardo al livello intragovernativo, Orlando, nelle *Memorie* sulla guerra, osserva di essersi “più volte domandato se non fosse stata una grave colpa ... di aver assunto la responsabilità [...] dell’entrata in guerra dell’Italia, sulla base di un accordo internazionale, *da me ignorato*”, quasi che avesse inadempito ad un “dovere d’ufficio”, cui corrispondeva simmetricamente un difetto di informazione da parte di Salandra e Sonnino, che rimasero generici anche quando del Patto di Londra, già stipulato, misero a conoscenza il Consiglio dei ministri, e senza offrirne alcuna visione documentale<sup>24</sup>.

Un altro importante versante è quello dei rapporti tra autorità militare e autorità civile, dove è evidente l’intento di evitare che il potere militare possa pericolosamente isolarsi in una condizione favorevole a

<sup>20</sup> *Ivi*, 335 ss..

<sup>21</sup> V.E. ORLANDO, *Principii*, cit., 176.

<sup>22</sup> D. DONATI, *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, Torino 1906, 1541 ss..

<sup>23</sup> V.E. ORLANDO, *Diritto pubblico*, cit., 357 ss., 362 ss. e 374 ss..

<sup>24</sup> V.E. ORLANDO, *Memorie*, cit., 337 ss..

degenerazioni autoritarie. Da Ministro della giustizia, Orlando aveva già controfirmato un decreto (n. 77 del 1908), con il quale si cercava di ridimensionare la tradizionale autonomia del Capo di stato maggiore, *alter ego* del Re (comandante supremo ex art. 5 st.), attraverso un collegamento con il Governo, venendo il potere di nomina e di revoca connesso alla responsabilità ministeriale<sup>25</sup>.

Nelle citate lezioni del 1911-1912 tutto questo viene teorizzato nei termini appunto della necessaria condivisione tra autorità militare e autorità civile: “Il comandante del corpo di stato maggiore è il titolare effettivo della autorità di comando che formalmente risiede nel re, ma esso deve mantenere rapporti di armonia col ministro della guerra e col Gabinetto, di guisa che il Gabinetto è responsabile della sua nomina. Si ha così tutto un sistema ingegnoso di combinazioni per il quale la prerogativa del comando è nel Re, ne è responsabile il comandante dello stato maggiore, il quale poi, come azione non è dipendente del Gabinetto: ma ad esso si collega per ciò che la nomina e la rimozione di lui avvengono sotto la responsabilità ministeriale”<sup>26</sup>.

Gli eventi che condussero all’entrata in guerra dell’Italia sono stati a volte giudicati nella storiografia come una sorta di rottura costituzionale messa in atto dal Presidente del Consiglio (Salandra), dal Ministro degli Esteri (Sonnino) e dal Re<sup>27</sup>, salvo poi ad effettuare dei distinguo sulla maggiore responsabilità dei primi o del secondo<sup>28</sup>.

In primo luogo, non si può dire che ciò possa affermarsi, sul piano giuridico, rispetto ai principi già professati da Orlando, sebbene siano necessarie alcune precisazioni.

Se guardiamo alla questione fondamentale dell’entrata in guerra, le trattative diplomatiche non poterono che svolgersi segretamente e sempre segretamente condussero alla stipula del Patto di Londra, con il quale

<sup>25</sup> V. al riguardo L. CEVA, *Capo di Stato Maggiore e politica estera al principio del secolo*, in *Il Politico*, 1987, 123 ss..

<sup>26</sup> V.E. ORLANDO, *Diritto pubblico*, cit., 324.

<sup>27</sup> Lo ricorda A. GIBELLI, *La grande guerra degli italiani 1915-1918*, Milano 1998, 19: “c’è chi ha parlato della decisione a favore dell’intervento come frutto di un vero e proprio ‘colpo di stato’ della monarchia e del governo in carica, ossia di una forzatura ai limiti o addirittura al di fuori della legalità costituzionale”.

<sup>28</sup> A. MONTICONE, *Salandra e Sonnino verso la decisione dell’intervento*, in *Riv. st. pol. intern.*, 1957, 64, vede nella decisione dell’intervento “una prima rottura del sistema democratico parlamentare” e la attribuisce a Salandra e Sonnino che avrebbero agito anche senza l’esplicito assenso del Re.

si poneva sostanzialmente la premessa irreversibile dell'entrata in guerra. Sin qui nulla che non rispondesse al quadro giuridico orlandiano.

Si potrebbe semmai sottiglieggiare su un profilo, per così dire, di secondo grado.

Orlando, nelle *Memorie*, ricorda che, in occasione della decisione di Salandra di presentare le dimissioni, ebbe a rappresentare che la ipotetica formazione di un altro Governo non avrebbe comunque potuto mutare il vincolo internazionale contratto dallo Stato con la sottoscrizione del Patto da parte di un plenipotenziario del Re<sup>29</sup>.

È altresì significativo che il citato disappunto per la mancata condivisione del Patto riguardasse non l'estraniamento delle Camere, bensì la sola solidarietà intragovernativa.

Senonché, il Patto importava altresì “un onere alle finanze”, in ragione del prestito di 50 milioni di sterline disposto dagli alleati, ed una “variazione di territorio dello Stato”, come conseguenza della vittoria<sup>30</sup>: il che secondo le posizioni dottrinarie già espresse da Orlando avrebbe potuto condurre ad una soluzione opposta, nel senso della necessità dell'assenso delle Camere come condizione di validità del Patto.

Si potrebbe sostenere che ciò sia dovuto al fatto che in quei frangenti Egli non avesse conoscenza puntuale del Patto, ma si tratterebbe di un'ipotesi alquanto fragile, non fosse altro che quantomeno doveva allora ritenersi scontata la presenza di clausole riguardanti variazioni territoriali: non va dimenticato che, rispetto alla scelta di questi o di quegli altri alleati, è proprio su tali concessioni che si consumarono discussioni pubbliche, come nel caso della famosa lettera del “parecchio” di Giolitti del 24 gennaio 1915.

Il punto poteva allora essere chiarito *a posteriori* nelle *Memorie*. Ed invece, sotto il profilo che qui interessa, troviamo semmai un elemento che assevera ulteriormente in termini di maggior segreto la posizione assunta durante la guerra. Col senno del poi, si riconosce, rispetto al citato disappunto, che in effetti il dovere di solidarietà interministeriale trovas-

<sup>29</sup> V.E. ORLANDO, *Memorie*, cit., 40: “sotto l'aspetto costituzionale, io negai che, secondo i principii della forma di governo parlamentare, la libertà di cui poteva giovare un nuovo Gabinetto verso gli impegni dell'antecessore potesse riferirsi agli impegni internazionali assunti dal Capo dello Stato. Il trattato di Londra era stato firmato da un plenipotenziario, al quale era il Re che aveva conferito il mandato; era dunque lo Stato d'Italia che si era impegnato, e tale impegno sussisteva quale che fosse il Gabinetto in carica”; nonché Assemblea costituente 18 marzo 1947: “facemmo valere l'impossibilità di recedere dall'impegno già preso con gli altri Stati alleati”.

<sup>30</sup> L. FRASSATI, *Un uomo, un giornale: Alfredo Frassati*, I, Roma, 1978, 23.

se nel caso di specie un limite nel “segreto” per necessità di Stato e potesse poi ritenersi adempiuto con una notizia sintetica, trovando conforto questo ripensamento, alla luce delle *Memorie di guerra* di Lloyd George, nelle parallele vicende inglesi, usate sempre da Orlando come parametro risolutivo di giudizio, ove, parimenti, il Premier ed il Ministro degli esteri tennero all’oscuro gli altri Ministri delle trattative e degli impegni assunti con gli altri Stati, così come per sei anni tennero riservati gli accordi militari con la Francia<sup>31</sup>: dunque un segreto giustificabile non solo nei confronti del Parlamento, ma persino all’interno della compagine governativa.

Bisogna riconoscere che la vicenda pratica si presentava invero assai intricata, soprattutto perché il Patto conteneva, ed in costanza di guerra, una promessa di guerra.

In punto di fatto, non si sarebbe certo potuto immaginare che nel già esistente stato di guerra venissero disvelate le effettive intenzioni dell’Italia, che fino a quel momento aveva giocato diplomaticamente con entrambi i contendenti, a pena di offrire ai nuovi nemici un vantaggio d’iniziativa bellica, né i futuri alleati avrebbero mai sottoscritto un patto senza la clausola di segretezza, che infatti fu espressamente apposta (art. 6: “Questo accordo verrà mantenuto segreto”).

E questa prorompente necessità del fatto sarebbe sicuramente bastata, nella logica dei principi orlandiani, a far scattare la superiore clausola della *salus publica suprema lex*, superiore cioè, *in parte qua*, anche all’art. 5 dello Statuto. Anzi è probabile che stia proprio qui la ragione che giustifica l’attitudine del Maestro.

Ma anche a voler restare nell’ambito più ristretto dell’interpretazione del citato art. 5, bisogna considerare che l’intricata sovrapposizione, nel caso di specie, tra competenza in materia di guerra e competenza in materia di trattati non aveva già trovato puntuale considerazione dottrina, né in particolare da parte di Orlando.

Non è dunque neanche da escludere che Egli, senza per questo contraddirsi con quanto già professato, abbia potuto ritenere che la competenza sulla guerra esercitasse in tal caso un effetto assorbente rispetto alla competenza sui trattati che contenevano oneri finanziari o variazioni territoriali: una cosa è cioè che vi siano clausole contenenti oneri finanziari o variazioni territoriali in un qualsiasi trattato, rimanendo qui la funzione costitutiva dell’assenso parlamentare, altra cosa è che tali clausole

<sup>31</sup> V.E. ORLANDO, *Memorie*, cit., 337 ss.

siano inserite in un trattato di guerra. Ciò giustificherebbe linearmente l'affermazione che con il patto di Londra il Re avesse già validamente impegnato lo Stato italiano.

In secondo luogo, non si può affermare che con l'entrata in guerra vi sia stata una rottura della prassi costituzionale. È sufficiente ricordare che le cose non andarono molto diversamente per la guerra italo-turca<sup>32</sup>. Né mancò il passaggio parlamentare per i profili finanziari, che si andò ad incorporare nella legge di delegazione per il conferimento dei pieni poteri, comprendente eccezionalmente anche una potestà tributaria. Anzi tale passaggio, per quanto si voglia sottolineare che ormai i giochi erano fatti, fu pur sempre antecedente alla vera e propria dichiarazione di guerra, che seguì subito dopo.

Anche riguardo al patto di Londra, in disparte l'esistenza di autorevoli interpretazioni dottrinarie che ritenevano comunque valido un trattato stipulato dal Re<sup>33</sup> e che, come si è visto, lo stesso Orlando considerava possibili alla luce della lettera dello Statuto, non va dimenticato che gli ultimi trattati di alleanza, compresi quelli con gli imperi centrali, erano rimasti segreti e mai sottoposti alle Camere né a titolo di notizia, né tantomeno a titolo di approvazione<sup>34</sup>.

Lo stesso Giolitti nelle sue *Memorie* riconoscerà *a posteriori* le ragioni di riservatezza che impedirono, anche nei suoi incontri del maggio 1915 con Carcano, il Re e Salandra, di aver conoscenza del patto di Londra: sia perché "c'era in esso l'impegno formale di tenerlo segreto", sia perché si prevedeva l'ingresso in guerra entro il 26 maggio non solo contro

<sup>32</sup> C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1848/1994*, Bari, 2017, 322: "l'adesione italiana al patto di Londra con la conseguente dichiarazione di guerra all'impero austro-ungarico era stata fatta il 26 aprile 1915 dal Governo in base a quell'art. 5 dello Statuto che aveva garantito a Giolitti la copertura sovrana per la condotta della guerra libica, tenendo estraneo il Parlamento da ogni decisione in materia".

<sup>33</sup> Così, ad es., oltre a Donati, S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, 1914, pubblicato postumo Milano 1988, 421: "Il Re è competente a stipulare qualsiasi trattato, anche quelli che importino oneri finanziari o variazioni di territorio. È arbitrario sostenere che per questi trattati egli abbia l'obbligo di non stipulare senza aver prima ottenuto l'assenso parlamentare".

<sup>34</sup> D. DONATI, *op. cit.*, 155: "Dei cinque trattati d'alleanza stipulati dal 1848 a questa parte, se il trattato di alleanza del 1855 colla Francia e l'Inghilterra per la guerra di Crimea fu sottoposto all'approvazione delle Camere, e quello dello stesso anno colla Turchia fu presentato alle Camere a titolo di notizia, sia, invece, il trattato d'alleanza colla Francia del 1859, sia quello colla Prussia del 1866 furono e sono tuttora mantenuti nel più scrupoloso segreto, e segreto è parimenti tenuto, come si sa, il trattato della tripla alleanza già più volte rinnovato".

l'Austria, ma anche contro la Germania, vincolo che Salandra non voleva immediatamente onorare, e che fu onorato solo più in là dal Governo Boselli<sup>35</sup>.

Del resto, più che una vera e propria protesta costituzionale, allora vi fu semmai la delusione dei neutralisti o dei socialisti pacifisti per una sconfitta "politica" o al più la denuncia di un indebolimento della dignità del Parlamento, ma a causa dell'attitudine degli stessi parlamentari. È significativo l'intervento alla Camera di Turati, in sede di discussione sulla delega dei pieni poteri del 20 maggio 1915: "La guerra [...] avrebbe prodotto questo primo effetto, prima ancora di essere scoppiata: di avere abolito fra noi il vigore e la dignità dell'istituto parlamentare. Il quale, soppresso da un colpo di Stato, può bensì reagire e riaversi: suicidato, non avrebbe speranza di resurrezione". Ciò che si avversa è il possibile ripensamento dei neutralisti, invocando "che vi sia qualcuno che ripeta, oggi e qui, quello che disse, ieri ed avant'ieri e sempre, qui e dappertutto", invocando in sostanza gli autori di quei trecento biglietti di sostegno a Giolitti, che invece finirono per accodarsi alla larga maggioranza che approvò la legge delega.

Una conferma di quale fosse la rappresentazione del quadro costituzionale allora vigente<sup>36</sup> si ha, ragionando *a contrario*, nell'immediato dopoguerra, con la proposta giolittiana di riforma dell'art. 5 st., volta a fissare espressamente una competenza parlamentare in materia di guerra e di politica estera, e argomentata a partire dalla irragionevolezza di una situazione in cui il Governo, da un lato, deve chiedere l'autorizzazione parlamentare per spendere una lira, mentre, d'altro lato, può portare unilateralmente la nazione alla guerra<sup>37</sup>.

Andando poi ai rapporti tra autorità militare e autorità civile, Orlando non solo rimase fedele ai suoi principi, ancora una volta basati sulla necessità della condivisione, ma riuscì ad imporli. La cosa non era affatto facile sia perché, come si ricorda in uno studio del 1915, che tratta per la prima volta *ex professo* l'istituto giuridico del Capo di Stato Maggiore, la tesi orlandiana "senza dubbio geniale ed elegante, non ha però, sino ad oggi, una base certa di diritto positivo: solo la pratica per forza naturale

<sup>35</sup> G. GIOLITTI, *Memorie della mia vita*, e-book, 2017, 574 ss..

<sup>36</sup> *Ivi*, 574: "La Costituzione nostra è in ciò simile a quella inglese; in quanto in entrambe la decisione della guerra spetta alla Corona; ma la decisione non avrebbe seguito senza l'approvazione delle necessarie spese, che spetta al Parlamento".

<sup>37</sup> S. LABRIOLA, *Giolitti e lo Statuto da riformare*, in *Gior. st. cost.*, 2002, 105.

di cose sembra lentamente si vada avvicinando ad essa”<sup>38</sup>, sia perché, in costanza di guerra e di contro a quel supposto naturale avvicinamento, il generale Cadorna mostrò subito una ferrea volontà di garantire la piena autonomia dell’autorità militare<sup>39</sup> e persino una tendenza ad ingerirsi in ambiti di competenza civile e specialmente negli orientamenti di politica interna<sup>40</sup>. Orlando ricorda infatti che palesò subito al Re, come condizione dell’incarico alla Presidenza del consiglio, la sostituzione di Cadorna, da effettuarsi al momento più opportuno, e che la ragione principale di questa condizione stava appunto nella diversa concezione dei rapporti che dovevano intercorrere tra autorità militare e autorità civile<sup>41</sup>, come si ricava infatti, se pur astrattamente, dalle stesse comunicazioni al Senato d’insediamento del nuovo Governo del 14 novembre 1917<sup>42</sup>. Con la nomina di Diaz, come è noto, la questione si appianò nella direzione voluta da Orlando<sup>43</sup>.

Ma è importante anche sottolineare che quel principio di condivisione, oltre che nella sua valenza generale, apparve ad Orlando ancor più come una necessità ineludibile in ragione dei caratteri nuovi ed eccezionali di una “guerra di popoli”<sup>44</sup>, ove alla mobilitazione militare si accompagnava quella civile ed una nuova politica in svariati ambiti (dai trasporti, alla finanza o alle materie prime). Orlando ricorda infatti che non a caso il rapporto tra i due poteri creò “contrast” anche in Francia ed in Inghilterra, non nei Governi “autocratici”, dove “l’uno dei due assorbe l’altro”, e che era “impossibile il pensare all’isolamento, anche semplicemente astratto, tra attività militare e vita civile”, sicché la pretesa

<sup>38</sup> M. BARUCHELLO, *Un istituto costituzionale in formazione: il Capo di Stato Maggiore*, in *Riv. dir. pubb.*, 1915, 291.

<sup>39</sup> V.E. ORLANDO, *Memorie*, cit., 293: “Del suo potere militare, aveva egli un concetto misticamente assoluto, indotto pertanto a considerare come criminoso il tentativo di apportarvi qualsiasi limite o osare un qualsiasi intervento”.

<sup>40</sup> *Ivi*, 57: “fu contro di me che si svolse un’azione nettamente ostile da parte del Comando Supremo con l’intento di invadere sfere di mie competenza, ma addirittura di pretendere un mutamento della politica interna che a me era affidata”.

<sup>41</sup> *Ivi*, 72, 77, 290.

<sup>42</sup> “Il Governo ha, inoltre, avvertito essere suo essenziale dovere di tenersi in continuo contatto con l’Esercito o col Comando Supremo di esso; e, occorrendo, si riserva di rapidamente attuare forme e modi capaci di meglio regolare e ordinare tali rapporti”.

<sup>43</sup> G. PROCACCI, *La limitazione dei diritti di libertà nello Stato liberale: il piano di difesa (1904-1935)*, in *Quad. fior. st. pens. giur.*, 2009, 614 ricorda che i rapporti fra le due autorità “divennero più distesi”.

<sup>44</sup> F. GRASSO ORSINI, *op. cit.*, 65: “Orlando era tra i pochi ad avere la consapevolezza della novità del conflitto”.

di Cadorna di una totale autonomia del potere militare, dell'adozione di "criteri di assoluta indipendenza tra Comando militare e Governo civile, che erano potuti essere osservati nelle guerre del 1866 o del 1871", "era pretesa in sé stessa folle e che conteneva i germi di un disastro". Non meraviglia così che, proprio ai fini della guerra, Orlando valorizzi alquanto l'accordo "così perfetto" realizzato invece con Diaz: "Non è eccessivo il credere che tale armonia sia stato uno dei fattori della vittoria"<sup>45</sup>.

### 3. *Legislazione e governo di guerra. Il ruolo del Parlamento*

Il periodo della guerra fu caratterizzato da una straordinaria produzione normativa del Governo, sia nella mole quantitativa degli atti emanati, sia nella sua estensione, interessando i più svariati ambiti della vita nazionale, sia nella tipologia dei poteri esercitati.

Anche per questa vicenda non sono mancati nella storiografia discutibili giudizi trancianti nel segno di una rottura costituzionale o di un "colpo di Stato"<sup>46</sup>.

Di questa attività normativa Orlando fu senz'altro principale protagonista<sup>47</sup> e dunque anche in tal caso appare di sicura importanza vagliarne, pur per via di sintesi, l'operato.

La legge di delegazione per il conferimento dei pieni poteri non costituiva certo una novità, né dava luogo ad una rottura costituzionale. Sul piano dottrinario, Orlando, sulla scorta della distinzione tra contenuto e sanzione della legge, aveva già da tempo configurato in generale la possibilità del ricorso alla delegazione legislativa<sup>48</sup>, e questa era l'opinione giuridica prevalente<sup>49</sup>, anche con riferimento al conferimento dei "pieni

<sup>45</sup> V.E. ORLANDO, *Memorie*, cit., 327-8, 295 e 313.

<sup>46</sup> Parla di "colpo di stato" del maggio 1915, N. TRANFAGLIA, *La Prima guerra mondiale e il fascismo*, in *Storia d'Italia*, XXII, Torino 1995, 49. Più prudente chi, rigettando una siffatta semplificazione, intende misurare la vicenda della concessione dei pieni poteri nel quadro dei precedenti: C. LATINI, *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano 2005, 9; C. GHISALBERTI, *Il sistema politico italiano e la prima guerra mondiale*, in *Clio*, 1981, 330 ss..

<sup>47</sup> M. BRACCI, *op. cit.*, 121: "È presumibile che l'esperienza particolare dell'Orlando giurista e statista abbia grandemente influito sulla nuova legislazione che soprattutto dal 1916 in poi andò sviluppandosi sotto la spinta delle molteplici esigenze della guerra nella quale per la prima volta tutto il popolo italiano era impegnato".

<sup>48</sup> V.E. ORLANDO, *Principii*, cit., 113: "Nulla osta dunque, in Diritto, alla possibilità di una delegazione".

<sup>49</sup> C. LATINI, *op. cit.*, 53: "è possibile sostenere che la delegazione delle funzioni le-

poteri<sup>50</sup>, né, nella prassi costituzionale, mancavano precedenti, ed in particolare precedenti per ragioni di guerra<sup>51</sup>.

Orlando, che già aveva avuto modo di formulare e poi di difendere efficacemente, con argomenti di diritto comparato, la proposta di legge “portante provvedimenti per la difesa economica e militare dello Stato” (l. 21 marzo 1915, n. 273), primo inequivocabile indizio di un avvicinarsi della guerra, non ebbe dunque alcuna difficoltà a patrocinare anche l’approvazione della legge delega, essendo stato l’estensore della relazione di accompagnamento che servì anche come testo delle dichiarazioni di Salandra alla Camera (20 maggio 1915)<sup>52</sup>.

La legge delega (22 maggio 1915, n. 67) aveva inevitabilmente una certa ampiezza, con riguardo a “quanto sia richiesto dalla difesa dello Stato, dalla tutela dell’ordine pubblico e da urgenti e straordinari bisogni della economia nazionale”, compresi i profili finanziari. Si trattava dunque di clausole generali alquanto comprensive che trovavano un unico vero limite di natura teleologica, cioè la necessaria attinenza alla “guerra”.

È infatti proprio questo limite che Giacomo Matteotti, decretando il suo infausto destino, avrebbe in seguito opposto nella relazione di minoranza alla proposta mussoliniana di delega di pieni poteri in materia tributaria, oltre che amministrativa, del dicembre 1922, osservando che non ci poteva appoggiare sui precedenti, poiché “nel 1859, nel 1866, nel 1915

gislative al governo apparisse legittima, quando non addirittura necessaria, alla maggior parte della dottrina pubblicistica italiana”.

<sup>50</sup> V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, 1905, 221, nel contesto di un ragionamento sullo stato d’assedio civile, afferma che “non vi è alcuna speciale difficoltà nel caso in cui questi poteri eccezionali siano conferiti per legge”. Ed in nota: fa riferimento alla ipotesi in cui la delega riguarda non “un provvedimento specifico e singolo, ma generico, complesso, quando cioè la Camera delega al singolo i *pieni poteri* [...] Così avvenne in Italia, a varie riprese, durante le guerre dell’indipendenza, quando il governo del Re fu ‘investito, durante la guerra, di tutti i poteri legislativo ed esecutivo, salve le istituzioni costituzionali’. Ma questi pieni poteri furono spesso accompagnati anche da vari poteri eccezionali, come, per esempio, dalla facoltà di emanare disposizioni le quali temporaneamente limitavano la libertà di stampa e la libertà individuale”. Poco prima della guerra, S. ROMANO, *Il diritto pubblico*, cit., 247: la delega “può essere speciale, per una determinata materia; può essere invece generica, come quando si concedono al Governo i così detti ‘pieni poteri’, nel qual caso non perde mai il suo carattere di eccezionalità e di temporaneità”.

<sup>51</sup> Già dalla L. 2 agosto 1848 n. 759.

<sup>52</sup> A. SALANDRA, *L’intervento (1915). Ricordi e pensieri*, Milano 1930, 308, ricorda, riguardo alla l. n. 273/1915, che le “norme furono preparate dal guardasigilli Orlando”.

V.E. ORLANDO, *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Milano 1940, 3, dove si riporta, a proposito della legge delega, il passaggio dell’intervento di Salandra nel quale si afferma che “la relazione fu scritta da Orlando”.

essi furono chiesti esclusivamente per un tempo di guerra; cioè di fronte a una situazione non soltanto e genericamente eccezionale, ma estremamente e continuamente mutevole, in quanto ogni mese, ogni giorno di guerra può mutare tutta la situazione economico-politico-finanziaria di una nazione”.

La legge delega sembrava dunque, nella sua larghezza, potere rispondere al fabbisogno normativo della guerra. E pur tuttavia non solo furono emanati decreti attuativi della delega, ma si fece anche un amplissimo ricorso ai decreti-legge, oltre che ai decreti di attuazione della legge 273 cit. e alla potestà regolamentare.

I decreti-legge erano uno strumento assai più contrastato nella dottrina sia in ordine alla loro costituzionalità, sembrandovi ostare le norme statutarie, ed in particolare gli artt. 3 e 6 che attribuivano congiuntamente al Parlamento e al Re la funzione legislativa e che vietavano ai decreti reali di sospendere le leggi, sia, ove invece ammessi, in ordine al loro fondamento (delegazione tacita, consuetudine, necessità etc.)<sup>53</sup>. Essi tuttavia erano invalsi nella prassi costituzionale, anche perché, specie sulla scorta di una pronuncia della Cassazione romana del 1888, si era consolidato nella giurisprudenza un orientamento che non solo ne riconosceva la legittimità, in quanto *ius necessitatis*, ma ne affermava altresì l'insindacabilità dei presupposti in sede giurisdizionale. La medesima prassi contemplava anche la presentazione alle Camere per la conversione, per quanto non vi erano termini o vincoli specifici, non essendo l'istituto regolamentato, sicché *in extremis*, di fronte ad un Governo inadempiente, non restava che attivare la minaccia del rapporto di fiducia.

Orlando, sin dall'inizio della sua riflessione sull'argomento, non negò mai, nell'ambito del diritto di ordinanza dell'esecutivo, costretto di regola nei limiti della legge, la sussistenza di “un *diritto eccezionale per causa di necessità pubblica*, che può permettere al potere esecutivo di oltrepassare quei limiti [...] Il nostro Statuto non accenna a questo diritto: ma la sua ragion d'essere è troppo obiettiva per potere essere negata. *Salus publica suprema lex*”<sup>54</sup>. La sensibilità del giurista liberale non poteva tuttavia lasciare un terreno franco, privo di alcun limite. Immediata fu così la sua contrarietà alle conseguenze che ne traeva la Cassazione, ovvero sia che il giudice non potesse sindacarne i presupposti, ritenendo tale assunto “così enorme da sconvolgere tutto il nostro Diritto pubblico: e

<sup>53</sup> S. ROMANO, *Il diritto pubblico*, cit., 247 ss., il quale peraltro afferma che la dottrina favorevole ai decreti-legge è “predominante”.

<sup>54</sup> V.E. ORLANDO, *Principii*, cit., 185-186.

ci sembra che essa segni per le nostre libertà civili tale un regresso, che il più reazionario dei nostri ministeri non avrebbe osato”<sup>55</sup>. In un secondo momento, in luogo del sindacato sui presupposti, esposto all’obiezione che si trattasse di un vaglio di natura politica, preferirà puntare su altro limite, nel senso che il giudice “debba rifiutarsi all’applicazione di quegli atti quando non si giustifichi che nel tempo intermedio i poteri parlamentari non hanno agito o, nel caso contrario, che si trovi pendente il progetto di legge inteso a convalidare l’atto”<sup>56</sup>.

È tuttavia nelle lezioni del 1911-12 che la questione viene trattata in modo più approfondito, anche con un paragrafo dedicato alla “Nostra teorica intorno alla legittimità dei decreti-legge”. Anzitutto si offre subito una definizione: “Vi è una terza categoria in cui il regolamento stesso si arroga i poteri della legge, si afferma come avente valore di legge, leggi esistenti o sospende o abroga, e ciò al di fuori di qualsiasi delegazione, per un potere che l’ordinanza si attribuisce”<sup>57</sup>. Si tratta di trovare ancora una volta un equilibrio tra la *salus publica* e l’esistenza di un limite, poiché “l’ammettere così semplicemente questa competenza normale del potere esecutivo significa abolire la costituzione”. Sotto il profilo del rapporto tra Governo e Parlamento, “se la salvezza dello Stato trova l’ostacolo nella osservanza di una legge, il governo non solo ha il diritto ma il dovere di infrangerla [...] ma il concetto del limite, senza del quale questa affermazione condurrebbe ad un larvato assolutismo, si ha precisamente nella responsabilità ministeriale”, tanto addirittura da ipotizzare che le suddette eccezionali facoltà del Governo potrebbero trovare una base “positiva” nell’art. 7 dello Statuto che quella responsabilità contempla: dunque “il principio ed il limite di esso come sanzione contro gli abusi”. Riguardo invece ai rapporti tra Governo e Giurisdizione “la questione cambia aspetto” e si pone un ulteriore limite, poiché il giudice deve “riconoscere l’illegalità oggettiva dell’atto”, cioè, in modo assorbente, il fatto stesso della sua contrarietà alla legge, senza che occorra sindacare, come aveva ritenuto in un primo momento, i presupposti della necessità

<sup>55</sup> V.E. ORLANDO, *Annotazione*, Cass. Roma 17 novembre 1888, in *Ann. crit. giur. prat.*, 1890, 73, confermando invece che la “Corte di merito aveva evidentemente ecceduto nel negare al potere esecutivo un diritto di emanare provvedimenti in via di assoluta urgenza: diritto che quantunque non sia scritto nello Statuto, anzi sembri da questo escluso trova pure la sua radice nella necessità della vita dello Stato che è essa stessa una suprema norma giuridica, *suprema lex* dicevano i Romani, che se ne intendevano”, rinviando a quanto già detto nei *Principii*.

<sup>56</sup> V.E. ORLANDO, *Nota*, in *Arch. dir. pubb.*, 1896, 28.

<sup>57</sup> V.E. ORLANDO, *Diritto pubblico*, cit., 429.

e urgenza. Né il fare giustizia in ossequio alla legge mette realmente in pericolo la salvezza dello Stato, poiché rispetto ai tempi processuali, ben avranno il tempo il Governo di presentarsi in Parlamento e questo ultimo di convertire o meno il decreto-legge con effetto retroattivo<sup>58</sup>.

Non vi è dunque da meravigliarsi se Orlando, in costanza di guerra, cioè in presenza di un indubitabile pericolo per la salvezza dello Stato, abbia sentito il “dovere” di ricorrere, ove occorresse, ai decreti-legge. Fuor di luogo fu la severa accusa di contraddittorietà mossagli dopo la guerra da Salvatore D’Amelio<sup>59</sup>, cui il Maestro replicò “per fatto personale” con una qualche inusuale irritazione, riaffermando i punti della propria teorica e precisando, non a torto, che “tutto ciò spiega al mio amico Salvatore D’Amelio come, per quanto mi riguarda, non sussiste la « strepitosa contraddizione » in cui sarebbero incorsi quei « Maestri » che sarebbero dei Padri Zappata”<sup>60</sup>.

Orlando si volse, come uomo di governo, alle necessità della guerra, ma senza mai abbandonare la prudenza e lo spirito critico di un autentico giurista liberale, senza mai smarrire la necessità che anche i poteri di guerra non dessero luogo ad una dittatura priva di alcun limite, ad una voragine del “non-diritto”.

Di grande significato è, al riguardo, un passaggio del discorso parlamentare di Salandra, scritto da Orlando, per perorare il conferimento dei pieni poteri: “Tale provvedimento non solo è, in sé, del tutto giustificato da precedenti nostri e di altri Stati, quale che sia la forma di Governo onde son retti; ma rappresenta una migliore coordinazione, se non pure una attenuazione, di quelle facoltà che lo stesso nostro diritto vigente conferisce d’altronde al Governo, allorché preme quella suprema legge che è la salute dello Stato”. Si sta in sostanza affermando che le facoltà del Governo derivano nel diritto vigente già dal principio *salus publica suprema lex* e semmai la legge delega più che costituirle mira a coordinarle o addirittura ad attenuarle. Esattamente un significato opposto a quel

<sup>58</sup> *Ivi*, 444 ss..

<sup>59</sup> S. D’AMELIO, *Ancora dei decreti-leggi*, in *Riv. dir. pubb.*, 1925, 89, favorevole ai decreti-legge, e in contrasto con le innovative pronunce della Cassazione del 1922, sotto la presidenza di Ludovico Mortara, evoca implicitamente Orlando: “Del resto è inutile tacere che la stessa dottrina che, per preteso omaggio all’ortodossia costituzionale, si dichiara contraria ai decreti legge, è inquinata da questa strepitosa contraddizione, di essere illustrata da Maestri i quali, poi, come uomini di governo, spinti dallo stato di necessità sottoscrissero a decine e decine decreti-legge”.

<sup>60</sup> V.E. ORLANDO, *Ancora sui decreti-legge per fatto personale*, in *Riv. dir. pubb.*, 1925, 209 ss., 216.

presunto colpo di stato che una certa storiografia vorrebbe attribuire alla legge delega. E identica è ancora la *ratio* di un passaggio del discorso tenuto sei mesi dopo a Palermo: “pur avvertendo il dovere penoso, e qualche volta impopolare, di misurar con grande cautela l'intervento dello Stato e, nel dubbio, di astenersi, il Governo non ha ceduto ad alcun preconetto teorico ed ha anche saputo affrontare la più grave responsabilità dell'azione positiva, ogni volta che un interesse supremo di Stato si è presentato in così assoluta e categorica maniera da prevalere su ogni altra considerazione”<sup>61</sup>.

Se dunque Orlando si mosse sin qui sulla falsariga dei propri principi e della prassi costituzionale, rimane però l'interrogativo iniziale sull'ampio uso dei poteri normativi del Governo, essendo il Maestro, ben lontano da ogni positivismo legislativo, un ferreo sostenitore della scuola storica savigniana<sup>62</sup>, ove la tradizione giuridica di un popolo, rimessa all'interpretazione dei giuristi, costituiva un limite, di implicita valenza liberale, all'onnipotenza del legislatore, tanto più se nelle vesti dell'esecutivo.

La risposta ce la fornisce, lo stesso Orlando, quando, nell'avanzare degli eventi bellici, coglieva il senso della assoluta straordinarietà della vicenda, della consumazione di una duratura “guerra di popoli” e non più di una tradizionale guerra di eserciti, di una guerra cioè che coinvolgeva, come non mai nella storia, uno sforzo immane dell'intero paese<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> V.E. ORLANDO, *Guerra giusta*, cit., 28.

<sup>62</sup> P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, Milano 2000, 34 ss. e 67 ss., del quale non si condividono tuttavia le antinomie che l'A. ritiene di ravvisare nel pensiero orlandiano; M. FIORAVANTI, *Il dibattito sul metodo e la costruzione della teoria giuridica dello Stato*, 1982, ora in Id., *La scienza del diritto pubblico*, I, Milano 2001, 46: “buona parte della storiografia giuridica ha lavorato fino ad oggi con discutibili etichette di comodo, che si stanno ora rilevando ad un più attento esame false e fuorvianti. È questo certamente il caso –come abbiamo già visto a proposito dell'opera della pandettistica – del cd. ‘positivismo legislativo’, della presunta tendenza dei giuristi della seconda metà del secolo a ridurre tutto il diritto alla legge, in palese contraddizione con le dottrine della Scuola Storica”. Ma già C. ESPOSITO, *La dottrina del diritto e dello stato di Vittorio Emanuele Orlando*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1953, 91: “Per chi concepisca, come Orlando, l'ordinamento giuridico come entità viva, sistema vivente di istituti e di istituzioni, la più grave attività di sovversione del diritto è quella esplicitata dal legislatore col proposito di sostituire *ab imis*, in principio, gli istituti storici con meccanismi artificiali escogitati dalla ‘sua’ ragione, dalla ‘sua’ intelligenza”.

<sup>63</sup> V.E. ORLANDO, *Memorie*, cit., 311: “Una guerra come quella combattuta nel mondo dal 1914 al 1918 fu una guerra senza precedenti non soltanto per la estensione e la durata, ma bensì, e soprattutto, per la sua essenziale natura come guerra di popoli più che urto di eserciti. Questa sua stessa eccezionalità spiega come essa abbia trovato tutti impreparati”; Senato 1 marzo 1919: “la storia non mai vide simile guerra”.

Nella storiografia B. BIANCHI, *La Grande Guerra nella storiografia italiana dell'ultimo*

Non vi era aspetto della vita nazionale che non venisse in qualche modo coinvolto. Si comprende bene dunque perché la produzione normativa del Governo finì progressivamente per attraversare i più svariati ambiti materiali e di questo Orlando manifestò quasi subito consapevolezza<sup>64</sup>.

Ed è la medesima ragione a far non meno comprendere perché fu necessario andare al di là dell'attuazione della legge delega, ricorrendo largamente anche ai decreti-legge. L'iniziale prudente intenzione di "attenuare" le facoltà normative del Governo, di cui però non scomparve mai la traccia<sup>65</sup>, dovette via via apparire non più sufficiente, sicché non restò che affidarsi altresì, ove necessario, a quell'altro strumento che trovava diretto fondamento nella *salus publica suprema lex*.

In ciò potevano concorrere varie ragioni. Così in ordine alla difficoltà sul piano giuridico di attribuire con immediatezza un significato nuovo e decisamente più ampio, rispetto alla sua rappresentazione tradizionale, al fatto "guerra", come clausola giustificante l'esercizio dei poteri delegati: il decreto-legge, avendo una diversa modulazione dei relativi presuppo-

*decennio*, in *Ricerche storiche*, 1991, 720: "Durante la guerra si attenuò fino a dissolversi la distinzione tra fronte e fronte interno. Le convenzioni che nel secolo precedente avevano regolato gli scontri tra gli eserciti ed i rapporti con i civili vengono travolte dalla progressiva radicalizzazione di un conflitto che non riconosce più alcun limite allo sfruttamento delle risorse umane ed economiche del paese".

<sup>64</sup> V.E. ORLANDO, *Guerra giusta*, cit., 28; nella seduta al Senato del 6 aprile 1916, Orlando parla di una "legislazione eccezionale che ha dovuto talora riformare, e spesso profondamente, istituti esistenti e talora creare istituti ex novo, che ha dovuto qua e là toccare e investire tutti e cinque i codici fondamentali nostri", ma compiacendosi, al momento, che "ha pur avuto un'applicazione che nel suo complesso deve ritenersi felice, senza gravi urti, senza profondi dissensi, senza contrasti violenti di opinione pubblica, senza troppo radicali ed eccezionali applicazioni di giurisprudenza. Insisto sul *troppo profondi*, perché – si comprende bene – che non si può dare riforma legislativa, che non incontri difficoltà e non apporti inconvenienti".

In seguito, COMMISSIONE REALE PER IL DOPOGUERRA, *Studi e proposte della prima sottocommissione*, presieduta da Vittorio Scialoja, Roma, 1920, 43: "non v'è quasi materia regolata dalla precedente legislazione, e non v'è quasi problema originato dalla guerra che non sia stato toccato, più o meno profondamente, dalla legislazione" di guerra.

<sup>65</sup> Così, ad es., quando, di fronte alla prospettiva di Scialoja di profittare della guerra per fare grandi riforme, Orlando chiaramente metteva un freno, sia perché, in una "così alta tragedia mondiale", "bisogna anche tener conto della serenità di spirito che occorre per queste grandi riforme", sia perché nei precedenti in tal senso segnalati da Scialoja "molte di quelle leggi furon fatte con poteri integralmente o parzialmente delegati, mentre questa volta il Governo, mutati e tempi e le circostanze, non credette di richiedere i pieni poteri con estensione ampia e generale, bensì limitatamente alle occorrenze e ai bisogni della guerra" (Senato 6 aprile 1916).

sti, consentiva di aggirare le incertezze interpretative sulla portata della suddetta clausola, cioè sulla piana riconducibilità di una varietà crescente di materie alle necessità della guerra. O in ordine alla consapevolezza che talune modifiche si proiettavano inevitabilmente al di là della guerra, mentre, come sostenuto da Orlando, i decreti di attuazione della delega, tranne espressa previsione in senso contrario, avrebbero dovuto di regola esaurire i propri effetti con la fine della guerra<sup>66</sup>: il decreto-legge non presentava invece pregiudizialmente questo tipo di limitazione<sup>67</sup>.

Quella della sorte futura della legislazione di guerra costituirà infatti una delle più impegnative questioni giuridiche del dopoguerra, non potendo certo bastare l'abrogazione delle leggi nn. 237 e 671 del 1915, che sopravvenne con legge 10 maggio 1918 n. 634. Vi erano almeno due ordini di difficoltà: una attinente all'ambito di intervento e al valore nel tempo di questa o di quell'altra fonte, nonché ad un certo sovrapporsi, nella fretta del provvedere, delle stesse tipologie di fonti utilizzate<sup>68</sup>; l'altra riguardante il contenuto delle previsioni, poiché si trattava altresì di vagliare l'opportunità di stabilizzare comunque talune riforme. Come evidenziava, già nel 1918, il Procuratore generale Raffaele Garofalo, "una parte della nuova legislazione già formata, e detta 'Legislazione di guerra', è destinata a persistere dopo che la guerra avrà avuto fine, perché non

<sup>66</sup> Senato 15 marzo 1917: "Ci sono stati, a dir vero, criteri alquanto diversi nella formazione di questi decreti: alcuni di essi portano la clausola dichiarativa che il decreto ha vigore per il tempo di guerra, altri no, e questo stesso decreto del giugno 1915" (si parlava di un decreto luogotenenziale di attuazione della delega in materia di redditi dotali) "tale clausola non contiene; così che chi lo legge, può credere che abbia portata definitiva. Ma poiché fu emesso in virtù dei poteri, che cessano col cessare della guerra, l'efficacia sua, come quella di tutti gli altri decreti consimili, a meno che non sia espressamente detto che si estenda al di là del periodo della guerra, cessa essa pure col cessare della guerra".

<sup>67</sup> S. GALGANO, *Contributi alla dottrina delle delegazioni legislative*, in *Riv. dir. civ.*, 1920, 46: il Governo oltre a "ricorrere all'esercizio dei poteri straordinari per provvedimenti imposti dalle necessità della guerra e come questa transitori", decise altresì "di servirsi del decreto-legge per quegli altri, che trovassero bensì irresistibile impulso in improrogabili necessità del periodo di guerra, ma che, o per l'impossibilità di essere attuati in presente senza un ulteriore lungo periodo di vigore successivo o per la ritenuta opportunità di congegnarli a modo da farli valere anche per un avvenire meno prossimo, si presentassero come necessariamente eccedenti di gran lunga le contingenze della guerra".

<sup>68</sup> COMMISSIONE REALE, *op. cit.*, 46: "Nella fretta della loro emanazione inoltre, non sempre si badò a rimanere nei confini dei poteri conferiti con la legge 22 maggio 1915 n. 671; né si tenne sempre conto della diversa importanza e funzione dei vari tipi di fonti giuridiche adoperati. Di qui, come si accennò, l'uso promiscuo, anche rispetto ad una medesima materia, di decreti luogotenenziali e di decreti-legge; l'emanazione di decreti in virtù dei poteri straordinari rispetto a materie rientranti nelle normali facoltà regolamentari del potere esecutivo;" etc.

è stata che un'anticipazione di ciò che già si preparava, e che un giorno o l'altro si sarebbe pur fatto", sicché può dirsi che in questi casi la guerra fu anche "una causa occasionale"<sup>69</sup>.

Del resto, di tutto ciò Orlando aveva perfetta cognizione, quando, nella seduta del Senato del 6 aprile 1916, prospettava la "difficilissima e complessa questione che si delinea già: ossia, fino a qual punto queste disposizioni potranno avere valore nel periodo successivo alla guerra". Così come, nella stessa occasione, nel dialogo con Vittorio Scialoja, mostrava non meno contezza del fatto che questa legislazione, mossa dalle continue impellenze della guerra (con metafora balistica, una legislazione "a tiro rapidissimo": Senato 23 marzo 1916) "non costituisce una legislazione coordinata", bensì è "possibile e desiderabile" che "quel coordinamento che non si poteva fare *a priori* si faccia *a posteriori*" e che "anzi, qualche cosa in questo senso ha già cominciato a fare la letteratura libera"<sup>70</sup>.

Né, infine, Orlando rimase insensibile, ancora prima del finire delle ostilità, alle sollecitazioni di Vittorio Scialoja<sup>71</sup> nel senso di non aspettare la pace per acquisire preventivamente lo studio e gli accorgimenti necessari al riordino della legislazione di guerra. Sempre rivolgendosi a Scialoja nella seduta in Senato del 4 marzo 1918, pur evidenziando che Egli avrebbe dovuto considerare il problema del dopoguerra anzitutto "in rapporto alle questioni transitorie che derivano dal complesso della smobilitazione militare, economica, civile, direi spirituale di un popolo che è stato lunghi anni in guerra ed in questa guerra" e pur riconoscendo altresì che, per le incombenze soverchianti della guerra, si "è fatto un po' tardi", atteso che la Commissione prevista dal decreto luogotenenziale 16 settembre 1917 n. 1529 non si era mai formata, annunciava immediati provvedimenti al riguardo, che in effetti si ebbero con altro decreto 21 marzo 1918 n. 361, in cui, per esigenza di coordinamento con l'azione dei ministeri, si metteva la Commissione alle dipendenze della Presidenza del consiglio.

Difficilmente un altro giurista avrebbe saputo fronteggiare come fece Orlando una situazione così eccezionale. Non si tratta soltanto dell'impe-

<sup>69</sup> R. CORTE DI CASSAZIONE DI TORINO, *Discorso del Procuratore generale del Re Raffaele Garofalo*, Inaugurazione Anno Giudiziario, 7 gennaio 1918, Torino, 8.

<sup>70</sup> In seguito COMMISSIONE REALE, *op. cit.*, 46: la legislazione di guerra "dovuta in massima parte alla necessità di provvedere ad esigenze impellenti ed improrogabili, è risultata, nel suo complesso, formata di provvedimenti spesso fra loro non coordinati, anzi talora sconcertanti e contraddittori".

<sup>71</sup> V. SCIALOJA, *I problemi dello Stato italiano dopo la guerra*, Bologna 1918.

gno diretto che Egli profuse, ove e fin quando fu possibile, nei singoli interventi normativi, ma anche dello sguardo complessivo di controllo sul processo in atto, compresi gli inevitabili inconvenienti che tale processo comportava e avrebbe inevitabilmente comportato.

Un altro importante argomento sulle vicende della guerra attiene al ruolo del Parlamento. Non ci riferiamo qui all'entrata in guerra (v. *supra*), bensì al coinvolgimento delle camere "durante" la guerra.

Significativo è al riguardo un saggio del 1918 di Tommaso Tittoni, già Ministro degli esteri, che, oltre a lamentare l'ampiezza della produzione normativa dell'esecutivo, sollecitava il Governo a seguire l'esempio riuscito della Francia dove erano state istituite apposite Commissioni parlamentari<sup>72</sup>.

Vi è tuttavia fortemente da dubitare che un tale esperimento fosse in effetti praticabile nel nostro paese. Vi erano certamente importanti profili ostativi: non vi era l'*Union sacrée*, ma un quadro disomogeneo, tra neutralisti e interventisti, e soprattutto rimanevano in campo fazioni politico-parlamentari di cui, non importa se a torto o a ragione, si metteva in dubbio la fedeltà alla causa della Patria; il Parlamento proveniva da un periodo di discredito; l'insieme delle giovani e deboli istituzioni italiane, non solo politiche, ma anche amministrative, non era probabilmente in grado di orchestrare troppo impegnativi concerti di fronte alle eccezionali sollecitazioni della Grande guerra. In altre parole non può farsi alcun paragone con il grado di coesione nazionale e con la compattezza delle consolidate istituzioni francesi.

È così altrettanto difficile accedere all'idea che l'attitudine del Governo possa essere riducibile ad una deliberata volontà di segno autoritario, volta a sfruttare la guerra per liquidare la forma di governo parlamentare: una sorta di messa in atto del sonnino *Torniamo allo Statuto*.

In ogni caso, non è questo certamente un giudizio che potrebbe toccare Orlando. Ciò non solo per il suo attaccamento alla forma di governo parlamentare, nonostante le forti critiche in cui era da tempo incorsa, ma anche per il contegno concretamente tenuto durante la guerra.

Scorrendo gli atti delle Camere, pur in regime di attività ridotta, ripetute sono le occasioni nelle quali Orlando si presta ad un effettivo e sincero contraddittorio, riguardo a disegni di legge o a provvedimenti normativi del Governo e ai più svariati argomenti: sospensione del diritto

<sup>72</sup> T. TITTONI, *I rapporti tra il Parlamento e il Governo durante la guerra*, in *Nuova antologia*, 1918, 225 ss.

di recesso delle minoranze nelle Società anonime, dilazione della scadenza della cambiale, tutela degli orfani dei soldati, autorizzazione maritale, fallimento civile, giudizio di delibazione, professione forense, e così via.

Significativo di questa disponibilità, compatibilmente con gli impegni di guerra, è che, pur di rispondere alle Camere, acconsentisse a trattare gli argomenti più disparati, anche minori, che finivano per concentrarsi attorno alle comunicazioni del Governo o alle domande di esercizio provvisorio<sup>73</sup>.

Non meno significativo è che, pur non seguendo la prospettiva di commissioni parlamentari di “controllo”, come era avvenuto in Francia, si prestò da Premier a dare un effettivo spazio ai comitati “segreti”. A tali comitati non veniva consentita, per comprensibili ragioni, la partecipazione dei socialisti<sup>74</sup>, ma ciò non esclude affatto che Orlando anche qui, nella misura del possibile, non abbia mantenuto i suoi consueti contatti con i deputati socialisti, ed in primo luogo con Turati.

Non sorprende così che un uomo di indiscussa fede parlamentare abbia infine concepito la Commissione per il dopoguerra con una presenza rilevante di deputati e senatori, segno della volontà di riportare nel suo alveo naturale la produzione normativa<sup>75</sup>.

#### 4. *La politica repressiva*

Le vicende della pubblica amministrazione italiana in tempo di guerra costituiscono un altro importante profilo che per la sua estensione e complessità non può essere qui affrontato, se non per in generale evidenziare che anche questo fu un fronte istituzionale messo a dura prova dalla guerra e che ancora una volta straordinaria fu l'opera di governo di Orlando<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Camera 23 ottobre 1917: “La Camera, se non erro, in questi ultimi tempi si è riunita nel dicembre del 1916, nel febbraio-marzo 1917, nel giugno 1917 ed ora. Orbene, il modo con cui i lavori parlamentari si sono svolti in questi periodi, ha determinato uno stato di cose, che certo non conferisce alla bontà delle nostre discussioni, ma che pur tuttavia dipende dalla fatalità delle cose: e cioè che, sia sulle comunicazioni del Governo sia sulla domanda di esercizio provvisorio, la Camera ha discusso (ed è nel suo diritto che discuta) di tutti quanti gli argomenti pensabili. Quindi, non si può dire che mancasse l'occasione di parlare di argomenti attinenti all'attività politica del ministro dell'interno”.

<sup>74</sup> Lo ricorda F. GRASSO ORSINI, *op. cit.*, 76.

<sup>75</sup> In questo senso, C. LATINI, *op. cit.*, 198 e 274.

<sup>76</sup> Lo stesso Orlando ricorda le gravi difficoltà amministrative nel discorso di in-

In questa sede ci limiteremo a valutare, sempre in via di sintesi, gli indirizzi politici nell'ordine pubblico interno.

In uno Stato di eccezione, l'attitudine liberale o repressiva di un Governo, ancor più che nella astratta predisposizione di strumenti normativi, va misurata nel momento attuativo, nell'esercizio dei poteri amministrativi.

Sotto questo profilo, l'azione di Orlando fu sin dall'inizio esemplare nel segno sia del contenimento di ogni propensione repressiva, sia della necessità di operare semmai per la concordia nazionale.

Sarebbe sufficiente evocare al riguardo i contrasti col generale Cadorna, che non riguardarono soltanto gli equilibri tra potere civile e potere militare, ma anche gli orientamenti di politica interna.

Già da Ministro della giustizia mostrò a Salandra il suo dissenso, giuridicamente motivato, al desiderio di Cadorna di garantire la irrevocabilità delle sentenze contumaciali<sup>77</sup>. Ma è soprattutto quando divenne Ministro dell'interno che il contrasto crebbe d'intensità. Si tratta di cose note: Orlando venne accusato di debolezza sul fronte interno, specialmente nei confronti di socialisti e cattolici, e delle conseguenze negative sugli andamenti bellici derivanti dal disfattismo interno.

Soltanto dopo Caporetto, cui anche seguì la formazione del "fascio parlamentare di difesa nazionale", Egli dovette cedere ad un qualche irrigidimento. E in questo non mancò di dare una sorta di bonario avvertimento nelle comunicazioni di insediamento del suo Governo<sup>78</sup>. Come è stato osservato, "dovette pagare un certo prezzo ai suoi oppositori accettando sia l'allontanamento dei suoi due principali collaboratori (il capo di gabinetto, Camillo Corradini, e il capo della polizia, Giacomo Vigliani) sia l'arresto del segretario e del vicesegretario del Partito socialista (Co-

sedimento del nuovo Presidente del Consiglio di Stato Raffaele Perla del 20 dicembre 1916. V.E. ORLANDO, *L'amministrazione italiana in guerra*, in ID., *Scritti vari*, cit., 79 ss.: "su quanto l'amministrazione italiana ha compiuto di fronte alla situazione catastrofica della guerra tremenda [...] Noi ci siamo trovati di contro a difficoltà gigantesche".

<sup>77</sup> P. MELOGRANI, *Storia politica della grande guerra 1915-1918*, Bari 1972, 55.

<sup>78</sup> Senato 14 novembre 1917: "Prima che la guerra fosse dichiarata era rispettabile l'opinione di chi non la credesse necessaria. Dopo che essa fu dichiarata, poté anche comprendersi una diversa valutazione, e quindi un dissenso sui fini della guerra e sul modo di pervenire alla pace, allorché l'Italia aveva la fortuna di essere l'unica tra le Nazioni continentali, di cui nessuna parte di territorio nazionale fosse occupata dallo straniero. Ora, dinanzi all'invasione nemica e alla persistente pressione di essa, nessun dubbio, nessuna esitazione è più possibile: chi resta al di fuori della compagine nazionale rinnega la qualità di italiano: e chi, in questi momenti, rinnegasse la sua qualità di italiano, non potrebbe neppure dirsi straniero, ma nemico".

stantino Lazzari e Nicola Bombacci)”<sup>79</sup>. Ma neanche in questa fase più delicata venne meno quello spirito liberale di contenimento delle istanze repressive.

Invero Orlando non si prestò mai ai *desiderata* degli interventisti: “Secondo questa tendenza, io avrei dovuto negare ai partiti che erano od erano stati contrari alla guerra ogni diritto di esistenza nel campo politico, sciogliere il partito socialista ufficiale, sopprimere i giornali, vietarne le riunioni, imprigionare i dirigenti di esso, dichiarare lo sciopero un delitto e così via, con tutta la terapeutica delle dittature dispotiche”<sup>80</sup>. Né emanò mai i decreti per lo stato d’assedio.

La seduta alla Camera del 22 dicembre 1917 contiene un esempio significativo della sua attitudine garantista e della sua straordinaria abilità nel condurre il discorso in funzione di protezione dei socialisti. A proposito della denuncia di insidie nemiche da parte di Pirolini, Orlando contesta una “tendenza a generalizzare”, ad es. riguardo ai cittadini svizzeri, ma “un’osservazione analoga” prospetta “per quanto riguarda l’allusione dell’onorevole Pirolini all’atteggiamento antipatriottico di alcuni che appartengono alla gerarchia ecclesiastica o che militano nel partito cattolico”. A quel punto il discorso non poteva non cadere anche sui socialisti. E alla domanda diretta di Bentini se il partito fosse ormai da considerarsi fuori legge, Orlando ribalta il quesito: “Sono io che dico a lei: Ma parlate chiaro, ma spiegate voi la vostra situazione verso la guerra [...]. Qui, nell’aula, noi ascoltiamo dei discorsi i quali [...] danno la sensazione di una vostra lotta interiore fra le ideologie da cenacolo da un lato e il vivo e vibrante sentimento della Patria dall’altro, discorsi, insomma, che possono giudicarsi inoffensivi per la grande causa del paese in guerra [...] Credete voi che proprio non esistano nel vostro partito persone [...] le quali affermano che la causa della disfatta di Caporetto fu per l’appunto il partito socialista e la sua propaganda” facendone “ragione di orgoglio?”. Orlando, con fine astuzia, sta implicitamente chiedendo ai socialisti se avesse avuto ragione Cadorna, spingendoli inevitabilmente a negare, per poi concludere: “Non è vero; ed io ne prendo atto con compiacimento!”.

È del resto quello stesso Orlando che, giovane deputato, aveva votato, con tanto di argomentazioni giuridiche, contro la decadenza di Turati e D’Andreis dal seggio parlamentare in ragione di condanne subite per manifestazioni di piazza.

<sup>79</sup> P. MELOGRANI, *V.E. Orlando*, cit., 29.

<sup>80</sup> V.E. ORLANDO, *Memorie*, cit., 49.

La politica orlandiana dell'interno fu un autentico successo. Non solo riuscì ad evitare misure draconiane, ma le sue previsioni favorevoli sull'ordine pubblico vennero confermate dai fatti e di questo Egli, nelle *Memorie*, ne fece giustamente un vanto rispetto a quanto era accaduto in altre nazioni<sup>81</sup>. In effetti, a parte gli incidenti di Torino, non vi furono nel complesso della guerra significative vicende di turbamento sociale o di sedizione disfattista.

Orlando era tuttavia consapevole che la guerra aveva determinato giganteschi mutamenti. Nelle comunicazioni al Senato del 20 novembre 1918 afferma inequivocabilmente che la guerra è stata “la più grande rivoluzione politica e sociale che la storia ricordi, superando la stessa rivoluzione francese”, una guerra “sintetica e totale, non soltanto perché ha coinvolto tutta l'umanità [...] ma anche perché ha investito e sovvertito sistemi, fedi, istituzioni, principi: tutti, insomma, i dati morali, politici e sociali della vita”. Spunti questi che negli anni successivi daranno luogo a profonde considerazioni sulla crisi mondiale del diritto e sulla crisi dello Stato, come luogo principale di costruzione dell'ordinamento giuridico, e che non devono tuttavia sorprendere per la sensibilità di uno studioso che sin dall'inizio aveva sviluppato la prospettiva della scienza del “diritto pubblico generale”, volta ad individuare i “principi comuni” degli Stati “moderni”<sup>82</sup>.

Sul finire del suo mandato, nelle comunicazioni al Senato del 1° marzo 1919, lancia così la testimonianza del suo inesauribile garantismo di fronte al pericolo di un inasprimento del conflitto sociale, al “sentimento di una minaccia oscura” che “si diffonde per l'Europa”: “Il mio temperamento mi induce ad escludere che contro simili fenomeni giovi affidarsi esclusivamente ad una politica di coercizione o di repressione: sarebbe illusione vana, anzi dannosa, il credere che la difesa sociale possa concepirsi al di fuori della società medesima, di cui l'azione del Governo non può essere che una funzione”.

<sup>81</sup> *Ivi*, 47 ss., nel par. dedicato a “La mia politica interna”, nonché 555 ss. In particolare, 54: “quello che fu l'ordine interno italiano durante i lunghi anni di guerra sia giudicato in confronto di quello di tutti gli altri popoli in guerra. Ed allora io affermo in maniera categorica consapevole e precisa che questo confronto darà al popolo italiano il più fulgido primato su tutti gli altri per quanto riguarda la disciplina, l'ordine, la patriottica rassegnazione e fermezza dimostrati durate tutta la formidabile prova.

<sup>82</sup> Si ha così difficoltà a seguire una lettura in chiave tutta nazionalistica di Orlando, anche di recente proposta da S. CASSESE, *Auf der Gefabrenvollen Strasse des Öffentlichen Rechts. La “rivoluzione scientifica” di Vittorio Emanuele Orlando*, in ID., *Tre maestri del diritto pubblico*, Napoli 2012, 11 ss..

5. *Conclusioni: un grande liberale, un grande giurista, un grande statista siciliano.*

La presente disamina ci consente di concludere nel senso di trovare ulteriore conferma delle straordinarie qualità di Orlando.

Egli fu anzitutto un grande liberale, o per usare le sue parole: “Io fui sempre liberale, liberale di sinistra, ma liberale”<sup>83</sup>.

Le vicende ricordate dimostrano inequivocabilmente l'attitudine garantista di Orlando che mai cedette ad una logica repressiva che pur sarebbe stata facilmente adottabile nello stato di guerra. E non si trattò soltanto di un contenimento per omissione, ma anche di una azione positiva di interpretazione dei fatti e di indirizzi politici volti a ridimensionare i presunti pericoli ed a promuovere la concordia nazionale.

Potremmo dire in sintesi che Orlando, da buon giurista liberale, fece uso di un criterio di proporzionalità nella valutazione dei presupposti, dell'*an* e del *quomodo* delle misure repressive, e riuscì a farne uso nella prova più temibile, quella dello Stato di eccezione.

Chi scrive non ha dunque mai compreso, in quanto palesemente privi di fondamento, i facili attributi di autoritarismo<sup>84</sup> che spesso vengono rivolti a Orlando e che vengono conditi nel segno dello statocentrismo, della germanofilia, di un astratto concettualismo giuridico e così via<sup>85</sup>. Pur non possibile in questa sede, non sarebbe affatto difficile, proprio nel caso di Orlando, ribaltare questi argomenti o perché intrinsecamente errati o perché erroneamente interpretati in chiave di autoritarismo<sup>86</sup>.

Ma il vero punto è qui probabilmente di carattere più generale, e cioè il deduttivismo che accompagna quei discutibili pregiudizi sullo Stato liberale, in quanto Stato borghese, e su chi vi gravitava intorno; pregiudizi frutto di talune ideologie dominanti nel XX secolo, sicché ci si acconten-

<sup>83</sup> Ass. costituente 21 marzo 1947.

<sup>84</sup> Ad es. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano 1976, 127 ss.; A. SANDULLI, *op. cit.*, 68; M. FOTIA, *Il liberalismo incompiuto*. Mosca, Orlando, *Romano tra pensiero europeo e cultura meridionale*, Milano 2001, 78 ss..

<sup>85</sup> Ad es. S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna 1971, 21 ss. o di recente G. AZZARITI, *Il liberalismo autoritario e la costruzione dello Stato unitario italiano*. Vittorio Emanuele Orlando, *un liberale al servizio dello Stato*, in *Dem. dir.*, 2011, 117 ss.; nella storiografia, C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1848/1994*, cit., 317 ss.. o di recente G. ASTUTO, *Le istituzioni politiche italiane. Da Cavour al dibattito contemporaneo*, Roma 2016, 91-92.

<sup>86</sup> Per una diversa lettura ad es. F. MAZZARELLA, *Vittorio Emanuele Orlando. Un giurista al servizio dell'Italia*, in *Mediterranea*, 2011, 580, per il quale O. “non approdava dunque ad alcun esito assolutistico, dispotico o autoritario”.

ta subito di poco in luogo dell'approfondimento o si propende per un riduzionismo semplificatorio invece di un'analitica ponderazione, pur di trovare qua e là superficiale conferma di quanto si dà sempre per scontato: appunto quel (pre) giudizio di autoritarismo. Quando poi si toccano figure di alto profilo, come è il caso di Orlando, queste vulgate sfiorano persino la banalità<sup>87</sup>.

E questa propensione è in qualche misura tangibile per le stesse vicende della Grande guerra, dove ogni aspetto di irrigidimento è spesso immediatamente enfatizzato, anche nella comparazione con quanto accadde in altre nazioni, contro la classe dirigente del tempo, tra presunti colpi di Stato e presunte attitudini repressive<sup>88</sup>, di cui poi il fascismo sarebbe stato addirittura la naturale conseguenza, mentre appaiono ben più calibrate e convincenti le indicazioni di Orlando<sup>89</sup>: "Il disagio più o meno profondo in cui si trovano i principii e gli istituti liberali e democratici, specialmente in Europa, non è già l'effetto della loro esagerazione, ma, semplicemente, del contraccolpo inevitabile della guerra –e di una tal guerra!". Si sbagliò purtroppo nella previsione –"è perciò che il fenomeno a noi pare, per quanto grave, certamente temporaneo e transitorio"–, e si potrà muovergli il rimprovero di avere, pur per poco<sup>90</sup>, creduto nella possibilità che la struttura elastica della forma di governo

<sup>87</sup> Ad es., come è stato ben osservato da P. POMBENI, *L'ultimo Orlando: il costituente*, in *V.E. Orlando: lo scienziato*, cit., p. 43: "Presentare Orlando come uno studioso e un politico incapace di comprendere lo sviluppo storico di cui era stato testimone sarebbe farne una sciocca caricatura".

<sup>88</sup> Da ult., ad es., G. FRANCISCI, *Pieni poteri e legislazione di guerra*, in *Riv. tr. dir. pubb.*, 2014, 945 ss.

<sup>89</sup> V.E. ORLANDO, *Memorie*, cit., 283. Si tratta del ritratto di Giolitti in Appendice alla parte prima. I curatori a p. 607 parlano di un dattiloscritto che "fu composto probabilmente in occasione della morte di Giolitti" (17 luglio 1928). Avranno pensato ad una commemorazione. A noi, per il suo contenuto, pare invece un appunto ben antecedente, in costanza di guerra o nel periodo immediatamente successivo, non fosse altro che si evocano i problemi del sistema parlamentare, senza fare alcun cenno al fascismo. In questo senso è documento di rilievo poiché mostra la prospettiva che Orlando aveva del dopoguerra, prima dell'avvento della dittatura.

<sup>90</sup> Già nel discorso alla Camera del 22 novembre 1924, O. contesta frontalmente il fascismo: "Esiste questo Governo come rappresentanza unitaria dello Stato, rappresentanza indelegabile anche per particelle infinitesimali di sovranità: o vi è oltre di esso, accanto ad esso, un altro potere costituzionalmente indefinito e indefinibile, cioè il potere del partito? Verso questa seconda ipotesi, la mia ripugnanza si pone insuperabile [...] fosse tutto il partito fascista un'accolta di eroi e di santi, esso non dovrebbe mai sussistere come un'entità accanto al Governo, concorrente all'esercizio dei poteri sovrani; esso non ha alcun diritto all'autorità, né direttamente né indirettamente". Come è stato correttamente sottolineato da S. FEDELE, *Vittorio Emanuele Orlando tra fascismo e postfascismo*,

parlamentare avrebbe potuto contenere un passaggio mussoliniano, alla maniera di Cavour o di Giolitti<sup>91</sup>: del resto vi era ben di che preoccuparsi con la rivoluzione bolscevica alle spalle. Ma non si potrà certo parlare di un Orlando autoritario, né tanto meno di un Orlando che, grazie alla guerra, concepì un ulteriore grado di sviluppo del presunto autoritarismo dello Stato liberale.

Liberale, ma anche “di sinistra”<sup>92</sup>, e la guerra diede ampio motivo per mettere in atto questa altra sensibilità orlandiana soprattutto sul versante di una significativa estensione degli interventi assistenziali. Ma non mancò neanche occasione per esprimere quella sua propensione ad un progressivo allargamento della base democratica, come dimostra, nell’intervento alla Camera del 26 aprile 1918, l’apertura al voto femminile, essendo cambiati i tempi: “il fenomeno sociale del lavoro femminile”, la trasfigurazione della “figura patriarcale della donna”, tutto ciò è venuto “moltiplicandosi in così gigantesca maniera attraverso la grande pressione della guerra”, che “oggi io dico di aver cambiato opinione”.

Fu in secondo luogo un grande giurista. Non si vuole soltanto evocare la sua scontata qualità di Maestro del diritto pubblico italiano, bensì l’essere stato anche una grande “giurista di guerra”. Orlando seppe fronteggiare, come pochi avrebbero saputo fare, quella gigantesca produzione normativa che impose la Grande guerra.

in *Humanities*, 2013, 44, qui O. ha già “compreso in pieno il carattere eversivo del fascismo”.

<sup>91</sup> S. FEDELE, *op. ult. cit.*, 42: “In Orlando che dà il voto di fiducia al primo Governo Mussolini vi è la convinzione che Mussolini si sarebbe limitato ad esercitare una “dittatura parlamentare” come aveva fatto Giolitti all’inizio del Novecento e cioè senza mettere in discussione l’ordinamento liberalcostituzionale dello Stato”.

<sup>92</sup> O. RANELLETTI, *op. cit.*, 267: “Entrò in Parlamento con educazione, principi e sentimenti liberali, e nella profonda, manifestata convinzione che solo nella restaurazione delle libertà civili e nell’allargamento delle libertà politiche, aprendo con queste, fiduciosamente, l’ingresso alla vita politica e amministrativa del Paese, alle classi popolari, poteva assicurarsi in quello la pace sociale e il progresso economico.

E a favore delle classi popolari, con visione esatta della realtà e delle esigenze economiche e sociali di quelle classi, sentì, nella insufficienza della iniziativa e dell’azione privata, tutta la necessità dello svolgimento di una vasta azione sociale dello Stato. Così, come Egli scriveva, accanto allo scopo primo dello Stato, cioè di mantenere la pace fra i consociati e quindi della formazione e dell’attuazione del diritto fra di essi, scopo che in un momento originario determina la costituzione stessa dello Stato, si pone sempre più necessario l’altro scopo dell’intervento nei rapporti economico-sociali, a fini di aiuto, integrazione e anche sostituzione dell’attività privata, cioè la funzione che si è detta “sociale” dello Stato, funzione, che in certi casi può anche essere praticamente più importante e più grave della funzione giuridica pura e semplice.”.

Di questo ben presto si accorse un altro Maestro del diritto, Vittorio Scialoja, che non mancò di prestargli in Senato, nella discussione del 23 marzo 1916, un significativo ringraziamento: “vorrei [...] richiamare l’attenzione del ministro ancora sopra quello che costituisce il merito principale della sua attività negli ultimi mesi: la legislazione di guerra. Questa legislazione straordinaria che è dovuta intervenire con molteplici disposizioni per regolare temporaneamente rapporti i quali a causa della guerra avevano assunto un aspetto straordinario. Noi dobbiamo lodare la grande attività che il ministro ha spiegato in questa materia”. Ringraziamento di cui, nelle repliche del 6 aprile 1916, Orlando giustamente si compiacque: “Per quanto riguarda la legislazione di guerra, io, con sincera e cordiale emozione, ringrazio l’onorevole Scialoja delle parole, ch’egli mi ha rivolte e che io tanto più apprezzo in quanto so che non è facile la lode di lui”<sup>93</sup>.

Fu infine un grande statista.

Fuor di luogo erano quelle voci che lo rappresentavano come un politico debole e volubile, come nel caso di Ferdinando Martini che, nel suo *Diario*, gli attribuì persino l’ingiuria di *Tentenna*<sup>94</sup>.

Se si guarda alle vicende di guerra, una tale rappresentazione appare infatti smentita dai fatti. Basti evocare come Orlando si oppose tenacemente alle pressioni di Cadorna e in un clima divenuto alquanto pericoloso per l’avanzare dell’estremismo interventista e nazionalista. Si pensi alle minacce subite da Giolitti o alle intimorenti campagne o manifestazioni pubbliche, e ancora all’utilizzo dei servizi militari per condizionare la politica interna, sino al timore che si stesse consumando un colpo di stato<sup>95</sup>.

Non si vede poi come si possa oscurare una gigantesca ed obiettiva circostanza, e cioè che Orlando, dopo avere già significativamente operato come ministro, raccolse la nazione dopo la sconfitta di Caporetto e da Presidente del consiglio la condusse alla vittoria<sup>96</sup>. E senza dimenticare che si trattò di una guerra “totale”, dove la vittoria non era più il solo

<sup>93</sup> Già nella seduta alla Camera del 7 dicembre 1915, l’intervento di O., rivolto all’on. Luciani, ringraziando “per le parole cortesi che ha voluto rivolgermi per ciò che riguarda questa opera veramente formidabile, veramente immane, di adattamento della legislazione nostra ai bisogni eccezionali che la guerra ha determinati”.

<sup>94</sup> F. MARTINI, *Diario 1914-1918*, Milano 1966, 1095.

<sup>95</sup> P. MELOGRANI, *Orlando contro Cadorna: duello di Stato*, in *www.30GIORNI.it*, 2003.

<sup>96</sup> G. GIOLITTI, *op. cit.*, 586: “Per quanto concerne l’opera compiuta dall’onorevole Orlando, durante il suo Ministero che s’iniziò con l’avvenimento più infausto della guerra, e finì con la vittoria completa, io riconobbi sempre il grande merito che egli ebbe nel sostenere, con incrollabile fervore, lo spirito pubblico dopo Caporetto”.

frutto delle abilità dei comandanti militari sul campo di battaglia, bensì il frutto dello sforzo di una intera nazione il cui complessivo coordinamento era rimesso al Governo civile.

Se non si potesse predicare la qualità di “grande statista” per un presidente della vittoria e della vittoria di una guerra apocalittica, quale fu la prima guerra mondiale, si farebbe fatica ad attribuire diversamente un siffatto appellativo. Se poi si aggiunge che la conduzione della guerra fu accompagnata da una mite politica interna e dalla sicura volontà di mantenere pur sempre l’operato del Governo in una cornice giuridica, per poi, superato lo Stato di eccezione, riportare la nazione all’ordinaria legalità costituzionale, ancor più emerge l’assoluto valore dell’operato di Orlando. Anzi ci si potrebbe chiedere quale sarebbe stata la sorte dell’Italia, se il “presidente della vittoria” fosse tornato vincente anche dalle trattative di Versailles; e se una tale evenienza non avesse potuto assorbire tutto quel fervore nazionalistico che invece, frustrato dalla “vittoria mutilata”, pose le basi per l’involuzione autoritaria del fascismo.

Nelle *Memorie* ben ebbe ragione di lamentarsi di quelle voci sulla sua presunta debolezza, rivendicando la propria autonomia di pensiero e di azione politica di fronte “a tutti i potenti e a tutti i prepotenti”, compresi Giolitti e Cadorna, ricordando che “questo cosiddetto debole ha, nella sua lunga vita di governo, affrontato le più formidabili difficoltà, assunte le più paurose responsabilità, tenendole tutte per sé” e riconoscendo anche la fonte di un siffatto equivoco: quel suo garbo e quella sua *verve* oratoria che venivano scambiati per debolezza, per mancanza di qualità sostanziali<sup>97</sup>.

Semmai dietro quel segno inconfondibile di “gentiluomo meridionale”<sup>98</sup>, ma anche di portatore di quella civilissima arte giuridica del contraddittorio forense, si nascondeva anche un tratto essenziale della sua personalità politica, e cioè quella preziosa attitudine al dialogo e al temperamento degli interessi: una delle specie più rare in cui può prendere forma un grande statista. Una propensione questa, nell’ordine politico, che del resto, in una superiore sintesi assiologica, corrispondeva perfettamente, nell’ordine giuridico, alla sua visione dello Stato e dei poteri pubblici come luogo di condivisione<sup>99</sup>.

<sup>97</sup> V.E. ORLANDO, *Memorie*, cit., 51-2 e 375-6.

<sup>98</sup> Questo è l’appellativo che gli conferisce F. GRASSO ORSINI, *op. cit.*, 14, precisando che “galantuomo sarebbe il termine più esatto se non avesse assunto un significato dispregiativo”.

<sup>99</sup> Per una lettura unitaria della poliedricità orlandiana, V. CRISAFULLI, *Significato*

Così Olindo Malagodi riporta un suo colloquio con Bissolati del 3 gennaio 1918: “Vedo Bissolati per sentire la sua impressione del nuovo governo. Ricordandogli le sue preoccupazioni antecedenti gli domando come vanno ora le cose. Mi risponde: – In modo davvero eccellente. Finalmente siamo un governo perché abbiamo un Presidente, cioè un coordinatore [...]. – Dunque Orlando è stato per te una rivelazione, smentendo i tuoi dubbi del passato [...]. – Orlando ha gettato le grucce, e tiene la situazione in mano con garbo, con equilibrio, ma anche con tutta la necessaria fermezza”<sup>100</sup>.

Tre parole – garbo, equilibrio e fermezza – che racchiudono fedelmente e compiutamente il profilo di Orlando.

Resta da parlare della sua “sicilianità”, della sua provenienza da quella che chiamava la “mia Patria minore” (Senato 23 giugno 1949). Se è stato già oggetto di attenzione il contributo della cultura giuridica isolana del tempo al processo di integrazione nazionale<sup>101</sup>, appare ancora bisognosa di approfondimenti la connessa vicenda dell’avvento alle più alte cariche dello Stato di tutta una generazione di siciliani e in momenti significativi di consolidamento delle istituzioni nazionali: da Crispi a di Rudinì, da San Giuliano ad Orlando.

È lo stesso Orlando a darci una possibile chiave di lettura nella sua commemorazione di Francesco Crispi del 4 ottobre 1923<sup>102</sup>, ove si rintracciano le ragioni di quella “possente vocazione di servire lo Stato”, di quella “unità di scopo” che rende solo apparente la contraddittorietà della figura crispina: “il repubblicano fervente, prediletto discepolo dell’idea monarchica; l’anticlericale, ed anzi anticattolico che è, nel tempo stesso, l’uomo politico italiano che più attivamente persegue la conciliazione col Vaticano; l’ultraliberale, se non giacobino, divenuto ultrautoritario, se non reazionario; il grande parlamentare e il grande dittatore [...] la sua

*dell’opera giuridica di Vittorio Emanuele Orlando*, in *Annali triestini*, 1953, 20: “La sua attività di Maestro, di scienziato, si lega e si continua indissolubilmente nella sua attività pratica di parlamentare, di uomo di governo, di avvocato. Unico è il significato di fondo della sua opera politica e scientifica: la difesa e il consolidamento dell’unità statale e nazionale e il consolidamento delle libertà costituzionali”.

<sup>100</sup> O. MALAGODI, *Conversazioni della guerra 1914-1919*, II, Milano 1960, 247.

<sup>101</sup> G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana tra ottocento e novecento*, Milano 1980, 3 ss.

<sup>102</sup> Sull’argomento A. JANNAZZO, *Il liberalismo italiano del Novecento: da Giolitti a Malagodi*, Catanzaro 2003; L. COMPAGNA, *Diritto e politica in Vittorio Emanuele Orlando*, in R. GHIRINGHELLI (a cura), *Città e pensiero politico italiano dal Risorgimento alla Repubblica*, Milano 2007, 439 ss.

unità sta in ciò, che essa fu la più coerente, la più esclusiva figura di uomo di Stato”.

Ebbene, per Orlando, non fu Crispi un accidente soggettivo, poiché “se l'uomo di Stato è il ‘genere’ cui appartiene Crispi, la ‘specie’ è l'uomo di Stato meridionale”. E questa specie ha una ragione storica: “mentre la storia d'Italia settentrionale e centrale è principalmente storia di Comune, gloriosa senza dubbio; l'altra, quella dell'Italia meridionale, non meno gloriosa, è puramente storia di Stato”. Se lo stesso “Cavour dovette lottare nel suo stesso paese, contro la tendenza che vedeva men volentieri un'Italia una che un più grande Piemonte”, è quindi “con Crispi” che la tradizione meridionale “entrava nel governo d'Italia; la tradizione cioè dell'autorità dello Stato”<sup>103</sup>: Egli fu “il primo statista meridionale che arrivò ad esser Capo del Governo” e che “ruppe” il “retaggio” degli uomini di Stato del “vecchio Piemonte”<sup>104</sup>.

È del tutto evidente che Orlando, parlando di Crispi, stia parlando anche di sé stesso, iscrivendosi a pieno titolo in siffatta tradizione, di una tradizione “meridionale” che, nel segno della congiunzione tra sicilianismo e unitarismo italiano<sup>105</sup>, è anzitutto e soprattutto una tradizione “siciliana”, “di questa regione nobilissima, la quale precede almeno di un millennio la civiltà di tutte le moderne nazioni del mondo, anche delle più incivilite”<sup>106</sup>. L'“acuta nostalgia dello Stato” di Crispi è così quella del “otto volte secolare” Regno di Sicilia, fondato nella seconda metà del XII sec.: “esso fu il solo Stato con caratteri nazionali” e che, ricorda sempre Orlando, lo storico svizzero Jacob Burckhardt chiamò “primo Stato opera d'arte”: uno Stato che avrebbe avuto la vocazione di giungere sino alle Alpi, ma che a differenza di Guglielmo il Conquistatore in Inghilterra, dovette fermarsi di fronte all'ostacolo insuperabile di Roma, “dove le due maggiori potenze del medio evo, la spirituale e la temporale, il Papato e l'Impero, nell'aspra loro contesa incompatibile, si trovavano naturalmente unite contro una terza potenza, che minacciasse il possesso della città eterna” e il “suo valore simbolico imperiale e mondiale”<sup>107</sup>. Non a caso, a quel difetto di carattere indigeno e nazionale o a quel difetto di

<sup>103</sup> V.E. ORLANDO, *Francesco Crispi*, in ID., *Scritti vari*, cit., 395 ss.

<sup>104</sup> V.E. ORLANDO, *Memorie*, cit., 277-8.

<sup>105</sup> A. JANNAZZO, *op. cit.*, 87.

<sup>106</sup> Senato 23 giugno 1949, cit., di contro alle cattive rappresentazioni della Sicilia date in ragione delle vicende della banda Giuliano.

<sup>107</sup> V.E. ORLANDO, *Michele Amari e la storia del Regno di Sicilia*, in *Arch. stor. sicil.*, 1930, 50 ss.

un popolo o di una nazione con unità di coscienza, denunciati invece da Benedetto Croce nella sua *Storia del Regno di Napoli* del 1924, Orlando replicava che “in quanto tale giudizio riguarda i territori continentali del Regno, esso deve riconoscersi giusto; ma se lo si estendesse alla Sicilia esso si porrebbe contro la più solenne attestazione dei fatti”<sup>108</sup>.

In altre parole, lo Stato italiano non sarebbe altro che il compimento tardivo di ciò che fu in potenza quello normanno: “La stessa corona regia di Vittorio Amedeo [...] era pur sempre quella, che nel Natale dell’anno 1130 aveva, con magnifico ardimento, imposto a se stesso Ruggero di Sicilia, il Carlomagno del Mezzogiorno”<sup>109</sup>; “il sogno di Ruggero” che venne “ripreso [...] dopo sette secoli, e non più dal sud verso il nord, ma inversamente”<sup>110</sup>.

Non sarebbe quindi affatto casuale che siano stati proprio gli eredi di questa tradizione, cioè i siciliani, a dare un contributo decisivo sia, come ebbe a sostenere lo stesso Crispi<sup>111</sup>, alla creazione, sia al consolidamento dello Stato italiano: i siciliani avevano un risalente senso della statualità.

Lo stesso Antonio Gramsci, come è noto, nei suoi *Quaderni dal carcere*, riconosceva che Orlando, anche sulla scorta del sicilianismo di Michele Amari, credesse realmente in “una fase creatrice di Stato, che non può non essere l’espressione di una nazionalità siciliana”, per quanto insinuava dubbi sull’altro lato della faccia, quella continentale, “velata dei sette veli dell’unitarismo”<sup>112</sup>. Si tratta tuttavia di dubbi non stringenti, poiché, se Orlando non aveva certo una visione “centralista” dello Stato, sicché sempre ebbe modo di difendere le ragioni della sua “patria minore”, d’altro lato, mai cedette a prospettive che potessero minimamente mettere in discussione l’unità d’Italia, tanto da non avere mai mostrato accondiscendenza né alla letteratura “meridionalista”, né all’indipendentismo siciliano degli anni quaranta del secolo XX<sup>113</sup>. Così nella seduta in Assemblea costituente del 18 marzo 1947, ricordando quanto già af-

<sup>108</sup> *Ivi*, 42.

<sup>109</sup> I passi citati sono tratti da V.E. ORLANDO, *Francesco Crispi*, cit., nonché da ID., *Sulla formazione dello Stato d’Italia*, 1937-39, ora in ID., *Diritto pubblico generale*, cit., 311 ss. e da ID., *Il parlare in Parlamento*, 1951, ora in ID., *Scritti giuridici vari (1941-1952)*, Milano 1955, 263.

<sup>110</sup> V.E. ORLANDO, *Michele Amari*, cit., 53.

<sup>111</sup> F. CRISPI, *La Sicilia*, in *Discorsi elettorali. 1885-1886*, Roma 1887, 24: “In Sicilia per la prima volta il 13 maggio 1860, quando era follia sperarlo, fu proclamato il Regno d’Italia”. Citato da A. JANNAZZO, *op. cit.*.

<sup>112</sup> A. GRAMSCI, *Quaderni dal carcere*, Torino 1975, 618-620.

<sup>113</sup> L. COMPAGNA, *op. cit.*, 440 e 445.

fermato a Palermo nel luglio del 1944: “la Sicilia non può fare a meno dell’Italia e l’Italia non può fare a meno della Sicilia”. Ma anche andando molto indietro nel tempo, era già chiara in Orlando la sorte di una Sicilia che confluisce nell’unificazione italiana: “splendida tradizione giuridica, glorioso vanto di Sicilia nostra. Questa tradizione noi dimenticammo: e fu bene. Sacrificammo all’unità nazionale i ricordi di un’autonomia gloriosa, sacrificio che a me sembra più meritorio del sacrificio di qualsiasi interesse, per quanto elevato. Ma tal sia. Alle perdute gloriose tradizioni di un diritto pubblico autonomo sarebbe compenso di gran lunga maggiore l’apportare un poderoso contributo a questa nuova formazione di un diritto pubblico nazionale”<sup>114</sup>.

Lasciamo poi in disparte le assai poco ponderate allusioni di Gramsci su un Orlando che avrebbe fatto un “elogio indiretto della mafia” durante un famoso discorso<sup>115</sup> tenuto a Palermo in occasione delle elezioni amministrative del 1925<sup>116</sup>.

Il dissidio con Croce non ci sembra tuttavia possa ritenersi superato. Non ci appare risolutivo, ma invece segno di debolezza, che Orlando, per

<sup>114</sup> V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, 1889, ora in ID., *Diritto pubblico generale*, cit., 21-2.

<sup>115</sup> Questo il passaggio incriminato: “Se per mafia, infatti, si intende il senso dell’onore portato fino all’esagerazione, l’insofferenza contro ogni prepotenza e sopraffazione, portata sino al parossismo, la generosità che fronteggia il forte ma induge al debole, la fedeltà alle amicizie, più forte di tutto, anche della morte; se per mafia s’intendono questi sentimenti, e questi atteggiamenti, sia pure con i loro eccessi, allora in tal senso si tratta di contrassegni individuali dell’anima siciliana, e mafioso mi dichiaro io e sono fiero di esserlo”.

Si trattò in realtà di un argomento dialettico, come poteva permetterselo un uomo della sua statura e della sua eloquenza, con il quale Orlando replicava alle insinuazioni ingiuriose dei fascisti con i quali era ormai entrato in conflitto e che appunto gli davano del mafioso. Sul punto correttamente v. O. CANCELILA, *Palermo*, Bari 2009.

D’altra parte, il Maestro non aveva certo mai avuto dubbi sulla natura “patologica” della mafia, senza tuttavia mai accettare che di ciò si potesse fare ragione di discredito della Sicilia, trattandosi di conseguenze, riscontrabili anche in altre regioni, del disagio sociale di parte delle popolazioni. Così già si esprimeva nel suo premiato saggio giovanile su *La riforma elettorale*, Milano 1883, 192: “L’ignoranza più supina, la mancanza di ogni sviluppo e di ogni spirito di audaci imprese [...] soprattutto il disagio economico, la terribile miseria, specie nelle Romagne, in tutto l’antico Regno, nella Sicilia, costituiscono nelle nostre basse popolazioni uno stato patologico ancora latente ma che si manifesta non di meno bruscamente con l’internazionalismo delle Romagne, il lazzarettismo nella Toscana, colla camorra nel napoletano, col brigantaggio nella Basilicata, colla mafia in Sicilia ed insieme e dovunque colla generale emigrazione, e con quella spaventevole cifra di delitti contro le persone e la proprietà, triste prerogativa dell’Italia sulle altre nazioni”.

<sup>116</sup> Travisamenti che continuano a circolare nella storiografia, così ad es. G.C. MARINO, *Storia della mafia*, Roma 1998, che parla al riguardo di una “pubblica esaltazione della mafia”.

difendere tale tradizione siciliana di fronte agli argomenti crociani, sia costretto ad affermare che “se una nazione può preesistere allo Stato unitario, che dovrà in seguito giuridicamente rappresentarla (e fu il caso dell’Italia nella prima metà del secolo XIX), è anche vera la proposizione reciproca: cioè, che l’unità di Stato può da sé sola determinare un’unità di popolo, alla quale sarebbe affatto arbitrario negare a priori la qualifica di nazionale”. Segno di debolezza ci sembra anche che, in fondo, il sogno di Ruggero, se non aveva una nazione siciliana “preesistente”, ancor meno ne aveva preesistente una italiana, tanto che Orlando cerca con difficoltà di ridimensionare l’ostacolo, affermando che i siciliani di allora non potevano ovviamente avere il senso della nazionalità italiana come la si concepisce oggi<sup>117</sup>.

Ammesso pure che nella vicenda normanna vi fosse stato il senso della statualità nazionale, e che questa nazione si fosse formata per effetto del momento “istituzionale”, resterebbe pur sempre da spiegare perché mai questo senso di statualità nazionale si sarebbe dovuto anche declinare nel segno dell’italianità. Troppo poco ci sembra affermare che il Carlomagno del Mezzogiorno avesse la naturale vocazione a giungere sino alle Alpi, essendo un tale riferimento di per sé riconducibile ad una mera logica di conquista.

Chi scrive, anch’esso siciliano, non ha invero mai creduto all’esistenza di un popolo siciliano e tanto meno del senso di appartenenza ad uno Stato siciliano, essendo, tradizionalmente e tutt’oggi, la principale casella identitaria dei siciliani costituita dalla famiglia<sup>118</sup>, di cui, diremmo non a caso, lo stesso Orlando dichiarava di essere strenuo conservatore<sup>119</sup>. Anzi potrebbe ipotizzarsi che la scelta unitarista, eletta da questa generazione risorgimentale di siciliani, fu una scelta possibile, per così dire *per saltum*, dalla famiglia allo Stato italiano, proprio perché non vi era in realtà alcuna vera tradizione da difendere.

Se non esiste siffatta tradizione siciliana, allora non potrà neanche dirsi che essa fu la “causa” dell’avvento di questa generazione isolana di statisti. Ma ciò non impedisce di ammettere un’altra chiave di lettura del costruito orlandiano, e cioè che questo, se si vuole forzato, paradigma

<sup>117</sup> V.E. ORLANDO, *Michele Amari*, cit., 48.

<sup>118</sup> Si consenta un rimando a M. MAZZAMUTO, *A proposito di un recente libro di Franco Gaetano Scoca sul brigantaggio postunitario*, in *Nuove autonomie*, 2017, 326.

<sup>119</sup> Senato 8 marzo 1917: “io, che pure ho l’anelito più vivo, l’entusiasmo più fervido per i principi della libertà e del progresso, quando si tratta della famiglia, sono indotto dall’istinto, che pur cerco di frenare con l’intelligenza, ad essere e ad affermarmi conservatore, anzi rigidamente conservatore”.

storico-culturale fu pur sempre il mezzo per perseguire un nobile intento: dare dignità e legittimazione ad una nuova classe dirigente meridionale, sottraendo così definitivamente le sorti dello Stato italiano alle anguste maglie del “vecchio Piemonte”. L’affermazione di Crispi allora, più esattamente, non segnò tanto l’ingresso del senso della “statualità”, come se lo Stato sabaudo ne fosse stato privo, bensì il senso dello statualità “italiana”, che poteva ritenersi compiuta soltanto con il concorso del meridione e dei suoi rappresentanti<sup>120</sup>, così come sarebbe potuto valere il contrario, cioè del necessario concorso del settentrione, qualora l’Italia si fosse formata a partire dal sud.

Ma dicevamo, al di là di questo spunto, che si tratta di questione bisognosa di ben altri approfondimenti.

Quel che ci pare certo è che, appartenente o meno ad una “specie”, quella degli statisti siciliani, Orlando fu comunque un grande liberale, aperto alla democrazia e alle questioni sociali, un grande giurista ed un grande uomo di Stato, e che, considerando cumulativamente l’insieme straordinario di tutte le sue qualità, in uno altresì con l’importanza delle esperienze vissute nella sua longeva esistenza<sup>121</sup>, non vi è forse alcun altro personaggio a lui comparabile per grandezza in tutta la storia d’Italia tra il XIX e il XXI secolo.

In conclusione, riteniamo tuttavia di fare il miglior omaggio alla sua memoria rievocando un episodio raccontato da Silvio Negro nel *Nuovo Corriere della Sera* del 3 dicembre 1952, che ricongiunge la tragica vicenda della Grande guerra alla religiosità orlandiana:

“Quando ebbe compiuti novant’anni, Orlando volle rivedere i luoghi della prima grande guerra [...]. Videro che era sceso all’argine, che piangeva e che guardando l’acqua del fiume faceva con la mano destra dei segni che al romano parvero incomprensibili. “Dice le preghiere dei morti – osservò sotto voce il siciliano – questo fiume dev’essere il Piave”. “E come fa lei a sapere che dice le preghiere dei morti?”, domandò l’altro. “Perché quando dicono le preghiere dei morti i siciliani fanno sempre il segno della benedizione”<sup>122</sup>.

<sup>120</sup> V. al riguardo G. ASTUTO, *La Sicilia e il crispismo*, Milano 2003.

<sup>121</sup> V. CRISAFULLI, *op. cit.*, 20: “Orlando è stato testimone diretto e consapevole delle fasi più significative della nostra storia unitaria, vicina e lontana: dal periodo giolittiano alla guerra libica; dalla prima guerra mondiale, al fascismo; dalla seconda guerra mondiale, alla Liberazione, alla Costituente, alla prima legislatura repubblicana”.

<sup>122</sup> Al racconto di Negro fa riferimento anche F. PERGOLESI, *Vittorio Emanuele Orlando*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1953, 105.



Andrea Longo

ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE  
E LOTTA PER LA COSTITUZIONE.  
SPUNTI PROBLEMATICI ALLA LUCE  
DI ALCUNI RECENTI APPRODI GIURISPRUDENZIALI

*L'ordine pubblico è essenzialmente relativo e storico:  
varia per i diversi ordinamenti politici e giuridici  
nello spazio e nel tempo;  
la vigile e penetrante intuizione del giudice  
ne identifica il contenuto e ne fissa i contorni.<sup>1</sup>*

SOMMARIO: 1. Aporie di una categoria relazionale: legge, Costituzione, diritto sovranazionale. – 2. *Secundum legem aut praeter legem*. – 3. Il dilemma dell'ordine pubblico internazionale. – 4. Ordine pubblico costituzionalmente orientato: matrice olistica e contenuto identitario. – 5. Ordine pubblico e «lotta per la Costituzione». – 6. Stralci di un'evoluzione giurisprudenziale: la decisione n. 4184 del 2012 come momento di passaggio. – 7. La sentenza n. 19599 del 2016: «Welcome to the revolution». – 7.1. L'ordine pubblico: l'evoluzione in senso oggettivo. – 7.2. ... e in senso soggettivo: l'autoattribuzione di un sindacato diffuso. – 8. Il seguito della decisione e l'estensione dell'ambito di applicazione del principio nella decisione della Corte d'Appello di Trento. – 9. Ulteriori implementazioni: le decisioni del Tribunale di Firenze. – 10. «Un limite ancora vivo»: la cautela delle Sezioni unite. – 11. *Contra legem*. – 12. «Un potere organato semplicemente».

1. *Aporie di una categoria relazionale: legge, Costituzione, diritto sovranazionale*

Nell'ambito degli studi, non solo, pubblicistici, pochi principi possiedono al tempo stesso una tale importanza sistemica e una tanto vaga definizione quanto l'ordine pubblico<sup>2</sup>. Una difficoltà definitoria che la

<sup>1</sup> Cass., 21 febbraio 1940, n. 645, in *Foro it.*, 1940, I, 393.

<sup>2</sup> Bisogna tuttavia segnalare che, secondo autorevole dottrina, tale ambiguità sarebbe, in realtà, solo apparente. Sul punto cfr. G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1980, 1040: «È nostro convincimento ... che l'or-

dottrina ha visto correlata anche alla sua «natura trasversale alle discipline giuridiche, che ne fa una nozione a “geometria variabile”, capace di attraversare il diritto privato, costituzionale, amministrativo, penale, internazionale comunitario, ecc.»<sup>3</sup>.

dine pubblico sia tutt'altro che un concetto oscuro e indecifrabile. Non soltanto infatti nelle concezioni del legislatore napoleonico, che per primo lo ha introdotto in un sistema di codice civile, l'ordine pubblico, quanto al contenuto e alla funzione che è chiamato a svolgere, nasce con una fisionomia e con contorni ben precisi e netti; ma, a ben vedere, il suo ruolo e la sua portata appaiono chiari e definiti sia ai legislatori che sulla scia della tradizione napoleonica hanno continuato a fare a esso riferimento (come, ad esempio, il legislatore italiano del 1942), sia a quelli (come il caso del legislatore tedesco) che, se lo hanno respinto, ciò hanno fatto in ragione di valutazioni che si fondavano su una precisa conoscenza di ciò che tale concetto effettivamente esprimeva. L'idea, dunque, di un ordine pubblico mitico e misterioso è piuttosto il frutto di un atteggiamento della dottrina che si è inspiegabilmente prospettata un enigma la cui insolubilità è stata, con una certa dose di fatalismo, tra il compiaciuto e il rassegnato, pigramente accettata». Chi scrive si trova in un certo dissenso con queste parole, poiché, pur non credendo in «un ordine pubblico mitico e misterioso», pare che tale principio, per la sua intrinseca complessità teorica e per la sua grande variabilità pratica, dovuta a molteplici fattori (dai mutamenti ordinamentali alle oscillazioni della giurisprudenza), debba essere avvicinato, osservato e “maneggiato” con numerose cautele e particolari attenzioni.

<sup>3</sup> F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova 2007, 1. Sulla nozione di ordine pubblico oltre al già citato G. B. FERRI, *Ordine pubblico*, cit., cfr. O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. IV, I, Milano 1904; F. FERRARA senior, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano 1914; P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova 1953; C. ESPOSITO, *Libertà di manifestazione del pensiero e ordine pubblico (nota a Corte cost. 16 marzo 1962, n. 19)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962, 191 ss., nonché ID., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958; A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. Giur.*, 165/1, 1963, nonché ID., *Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1971, e ID., *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano 1967, 149 ss.; L. PALADIN, voce *Ordine pubblico*, in *Nss. Dig. It.*, XII, Torino 1965; C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Democrazia e Diritto*, 1967; A. GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti nel diritto civile*, Padova 1974; U. ALLEGRETTI, *Legge sull'ordine pubblico e libertà costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 497 ss.; G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna 1979, nonché ID., voce *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXX, Milano 1980; C. FIORE, *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano 1980; A. CERRI, voce *Ordine pubblico*, II) *Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia Treccani*, vol. XXII, Roma 1990; M. MAZZAMUTO, *Poteri di polizia e ordine pubblico*, in *Dir. amm.*, 3-4/1998; P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari 2001 (I ed. 1991); P. BONETTI, *Ordine pubblico, sicurezza, polizia locale e immigrazione nel nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2-3/2002; G. CAIA, *L'ordine pubblico e la sicurezza pubblica*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, parte speciale, vol. I, Milano 2003; G. BIANCO, *Ordine pubblico economico*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento, Torino 2005; D. RINOLDI, *L'ordine pubblico europeo*,

Vaghezza che diviene vera e propria ambiguità nel momento in cui si considera la natura in certo senso contraddittoria di questo *istituto diviso tra mutevolezza e stabilità*: da un lato esso rientra certamente nel novero di quei c.d. concetti-valvola, che grazie alla loro genericità permettono un costante adattamento dell'ordinamento ai mutamenti del reale<sup>4</sup> e, come il reale, esso è fortemente connotato nel proprio contenuto dalle contingenze storiche; dall'altro, rappresentando *i principi unificatori del sistema giuridico*, può mutare ma non essere del tutto stravolto, pena lo stravolgimento dello stesso ordinamento<sup>5</sup>.

Chi scrive ritiene che la difficoltà definitoria dell'ordine pubblico dipenda anche e soprattutto dalla sua *natura relazionale*: il contenuto e il coefficiente di autonomia di questa clausola dipende dalle relazioni che esso instaura (*rectius* che gli vengono attribuite) rispetto ai dati di normazione positiva, ossia rispetto ai tre livelli della *legge*, della *Costituzione* e (soprattutto nel caso dell'ordine pubblico internazionale) del *diritto sovranazionale*. Il diverso equilibrio di questi elementi all'interno della ricostruzione teorica di tale categoria ci restituisce immagini diverse della sua struttura; diversità che ridonda, consequenzialmente (e direi pleonasticamente) sul piano funzionale.

Questo lavoro è dedicato a descrivere le linee evolutive dell'ordine pubblico internazionale in una piccola porzione della giurisprudenza recente, secondo le due classiche direttrici di *struttura e funzione*.

La parte storico-dogmatica che precede l'esame della giurisprudenza non ha solo funzione di completezza metodologica ma vuole evidenziare, aporeticamente, come i piani di cui sopra trovino la loro definizione (e ri-definizione) solo nei possibili rapporti che tale categoria può instaurare con la *legge*, la *Costituzione* e il *diritto sovranazionale*.

Napoli 2005; P. RUBECHINI, *L'ordine pubblico: da funzione nazionale e sovrana a funzione condivisa*, in L. TORCHIA (a cura di), *Diritto amministrativo progredito*, Bologna 2010.

<sup>4</sup> F. ANGELINI, *op. cit.*, 2. Cfr. G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano 1970, 32 ss.; L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli 1993, 382 ss.; P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, Milano 2005, 12 ss. V. inoltre E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano 1949, 215 ss.

<sup>5</sup> M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova 1983, 84 ss. V. anche G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., 34 ss.; L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, cit., 385 ss.; P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., 12 ss.; E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, vol. II, Milano 1990, 816 ss.

## 2. Secundum legem aut praeter legem

Credo si possa dire che già agli albori della sua elaborazione l'ordine pubblico nasca con due caratteristiche piuttosto marcate e in certo modo reciprocamente contraddittorie: esso origina come *un concetto funzionalmente molto chiaro e strutturalmente molto ambiguo*.

È funzionalmente molto chiaro poiché (almeno originariamente) si presenta come *limite*; precisamente come limite alla autonomia negoziale. Icastico in tal senso il *Code Napoléon*, dove per la prima volta viene menzionato, al cui art. 1133 si legge che la causa del contratto è illecita «quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public».

E tuttavia nello stesso Codice Napoleone manca una definizione strutturale, un chiarimento, su quale sia il parametro di riferimento per la costruzione di tale sfuggente concetto, e sulla sua autonomia, rispetto alla legislazione come clausola generale autonomamente significativa. In tal senso l'art. 6 del Codice napoleonico sembra identificare tale clausola con una qualità inerente ad alcune leggi (e non ad altre): «On ne peut déroger, par des conventions particulières, au lois qui intéressent l'ordre public e le bonne moers». Tale ancoraggio risultava esplicitamente richiamato anche dalla legislazione statutaria; ci riferiamo in particolare all'art. 12 delle disposizioni generali premesse al codice civile del 1865, il quale disponeva: «in nessun caso, le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero e le private disposizioni o convenzioni potranno derogare *alle leggi proibitive del regno*, che concernono le persone, i beni o gli atti, né alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico e il buon costume».

L'ordine pubblico nasce, dunque, *strutturalmente embricato alla legge* (come qualità eventuale di questa) ma *la sua evoluzione*, anche quella recente di cui ci accingiamo a parlare, *è tutta giocata sulla relazione di autonomia o di dipendenza dalla legge stessa*. Se parlando di esso ci si debba cioè riferire ad un *parametro legale* (dunque fondato su norme cogenti) o ad uno *extralegale* che si appoggia ai parametri della morale sociale e dell'economia, pur tenendo presente la permanenza della sua funzione limitatrice<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Cfr. G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, cit., 1042: «Nel sistema del codice civile, l'ordine pubblico, sia quando è chiamato ad operare insieme a norme imperative e al buon costume (art. 643, 1342, 1354), sia quando è chiamato ad operare insieme al buon costume e ad un generico riferimento alla legge (art. 31 disp. prel., 5 e 2031 c.c.), sia infine quando è chiamato ad operare da solo, senza quindi riferimento ad ulteriori criteri (art. 1229 c.c.),

Duplicità questa che permeerà la dottrina francese negli anni a venire, tanto che, agli albori del '900, invarrà un uso «ambiguo» del termine, utilizzato per far riferimento alla violazione (più o meno puntuale) di norme cogenti ma anche per indicare un «limite alla libertà delle convenzioni distinto sia dalle norme inderogabili sia dal buon costume»<sup>7</sup>. Tuttavia, ben al di là dei limiti dell'ordinamento francese, permane, invariata, la *funzione limitante* del concetto<sup>8</sup>: «La regola di ordine pubblico nella sua funzione di limite dell'autonomia negoziale è presente in tutte le esperienze giuridiche in cui il *code Napoléon* è direttamente applicato o preso a modello»<sup>9</sup>; tanto che nel corso del XIX secolo «gli studiosi italiani degli stati in cui vige un codice a modello francese si limitano a riprodurre pedissequamente schemi dottrinali e casi giurisprudenziali del diritto francese del tempo e del diritto comune»<sup>10</sup>. Permane così, nella dottrina e nella giurisprudenza preunitaria, quell'ondivago riferimento a parametri talvolta legali e talvolta extralegali che sembra connotare il DNA della categoria di cui andiamo discorrendo<sup>11</sup>.

Di particolare rilievo, per individuare il profilo storicamente situato dell'ordine pubblico, è la notazione che esso viene utilizzato fino al 1930 in senso liberista e, a partire da quella data, come mezzo per attuare l'ordinamento corporativo, deviando strutturalmente verso una visione extralegale e politicamente connotata<sup>12</sup>.

svolge sempre quella funzione di criterio di valutazione della liceità e quindi di validità dell'agire negoziale (inteso come atto di valutazione di interessi) che gli viene attribuita dai due fondamentali art. 1343 e 1418 c.c. E dunque una *funzione di limite allo stesso agire negoziale*», corsivi nostri.

<sup>7</sup> Cfr. A. GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti nel diritto civile*, cit., 38.

<sup>8</sup> Nella legislazione dell'Italia unita il termine farà il suo ingresso «in due fondamentali corpi normativi: il codice del 1865 e la legge di pubblica sicurezza dello stesso anno (l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. B)»; così G. CORSO, *Ordine pubblico*, cit., 1057.

<sup>9</sup> A. GUARNERI, *op. cit.*, 48.

<sup>10</sup> A. GUARNERI, *op. cit.*, 49.

<sup>11</sup> A. GUARNERI, *op. cit.*, 50 ss.; tuttavia l'A. segnala (p. 59) un maggior riferimento nelle sentenze italiane rispetto a quelle francesi, alla morale.

<sup>12</sup> A. GUARNERI, *op. cit.*, 61 ss.; non sfuggirà al lettore attento che l'esergo premesso a questo lavoro è tratto da una sentenza di quel periodo. Sul punto G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, cit., 1042: «Nel sistema del codice civile del 1942 che avrebbe dovuto strettamente coordinarsi con i principi della Carta del lavoro e con gli indirizzi etici politici ed economici dell'ordinamento corporativo, proprio quest'ultima finalità era intenzione del legislatore raggiungere. E cioè creare un nuovo concetto di ordine pubblico, come espressamente testimonia sempre la Relazione al codice civile, quando dopo aver definito come «puramente statica e negativa» la nozione «liberale» dell'ordine pubblico, in quanto essa si identifica «nell'ossequio meramente formale alla legge, inteso in modo del tutto estrinseco» chiarisce come nella concezione fascista, l'ordine pubblico debba anche assumere

Quanto detto, in relazione al periodo fascista, evidenzia un dato: *l'operatività della clausola dell'ordine pubblico è tanto più marcata quanto più essa prescinde da un ancoraggio legalistico*, tanto è vero che la dottrina italiana ne ha svalutato la peculiarità fino a quando hanno prevalso i postulati dell'*École de l'exégèse*, che vedevano il diritto esaurirsi nella legge formale<sup>13</sup>, per poi rivalutarla nell'avvicinarsi alle tesi della Scuola pandettistica<sup>14</sup>; un'impostazione questa che prenderà forza con l'analisi storicista bettiana (chiaramente funzionale alla visione del regime)<sup>15</sup> e tramonterà nuovamente nel secondo dopoguerra<sup>16</sup> anche grazie alla fortuna dottrinarìa del formalismo kelseniano<sup>17</sup>, fino ad una nuova recrudescenza sostanzialista che sorgerà intorno alla metà degli anni '60 del secolo scorso<sup>18</sup>; recrudescenza, ovviamente di segno completamente diverso, non più ispirata all'ordinamento corporativo ma alla progressiva introiezione, in dottrina e in giurisprudenza, dei principi della Carta costituzionale<sup>19</sup> oltre che, probabilmente, alla stessa connotazione del codice civile<sup>20</sup>.

“carattere positivo e dinamico”... La tutelabilità e quindi la liceità dell'agire dei privati non dipendono dunque soltanto dal fatto che esso, nel realizzare un interesse privato non violi la legge; ma dipendono soprattutto dal fatto che esso si faccia portatore e strumento anche dell'interesse generale».

<sup>13</sup> Cfr. F. FERRARA senior, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, cit., 54 ss., il quale chiaramente afferma che l'ordine pubblico deve risultare dalle leggi.

<sup>14</sup> A. GUARNERI, *op. cit.*, 77.

<sup>15</sup> A. GUARNERI, *op. cit.*, 93. L'A. fa riferimento a E. BETTI, *Per la riforma del Codice civile in materia patrimoniale. Fasi di elaborazione e mete da raggiungere*, in *Rendiconti dell'Ist. Lombardo di Scienze e Lettere*, Milano 1940-1, 329-330.

<sup>16</sup> A. GUARNERI, *op. cit.*, 102.

<sup>17</sup> A. GUARNERI, *op. cit.*, 84; nella pagina successiva l'A. afferma come il «dogma legalista» abbia contribuito in quegli anni al «deperimento della regola di ordine pubblico».

<sup>18</sup> A. GUARNERI, *op. cit.*, 110.

<sup>19</sup> G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, cit., 1043; sul punto note le parole, per certi versi profetiche, di R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano 1964, 909, il quale osservava che i principi costituzionali «hanno tale forza espansiva da incidere direttamente nell'ambito dei rapporti privati e da assumere la funzione, se gli operatori del diritto ne intenderanno la portata, di direttive fondamentali per la elaborazione e l'attuazione degli istituti civilistici».

<sup>20</sup> G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, cit., 1048 ss., nota come l'elemento testuale del codice del '42 deva decisamente verso una maggiore autonomia della clausola di cui discorriamo: «L'art. 31 disp. prel. (che ha sostituito il precedente art. 12 disp. prel. c.c. 1865) non fa più riferimento alle leggi positive, né utilizza la formula “leggi riguardanti in qualche modo l'ordine pubblico e il buon costume”, ma si richiama direttamente all'ordine pubblico e al buon costume... L'ordine pubblico sembra in tal modo, assumere con una sua maggiore presenza nel codice civile, non soltanto un più prestigioso rilievo, ma per il modo costantemente autonomo in cui viene richiamato (non legandosi, cioè più alla formula delle leggi riguardanti in qualche modo l'ordine pubblico) la sua stessa fisionomia

In definitiva – e questo, anche se messo in evidenza dall'indagine storica, ci pare un dato logico-trascendentale (ossia attinente alla pensabilità stessa della categoria) – sembra esistere una vera e propria *tensione di senso, tra ordine pubblico e legge scritta, che si atteggia come funzione inversa*: quanto più i due termini si identificano tanto più il primo perde autonomia concettuale, quanto più essi si allontanano tanto più l'ordine pubblico assume i connotati sostanziali (ovviamente non quelli formali) di una clausola generale, divenendo uno strumento della discrezionalità (o dell'arbitrio) del giudice. In sostanza ci pare che, per gran parte della sua storia, le ricostruzioni sull'ordine pubblico si alternassero tra affermare la sua esistenza e, conseguente, applicazione, *secundum legem* oppure *praeter legem*.

Questo rapporto, in teoria, dovrebbe ridondare sul piano funzionale, nel senso che la capacità limitativa di tale concetto dovrebbe vedere aumentato il proprio ambito applicativo tanto più esso, strutturalmente, si emancipa dalla legge. Vedremo però che in realtà, *la propensione limitatrice di tale concetto non dipende unicamente dalla sua autonomia strutturale, ma anche dal modo, o meglio dall'impronta assiologica, nel quale tale struttura di senso viene costruita*; se è vero, infatti, che «lo stesso contenuto dell'ordine pubblico trova uno spunto chiarificatore nella stessa funzione che è chiamato a svolgere»<sup>21</sup>, è vero anche che tali elementi, per ciò che attiene all'ordine pubblico internazionale, pur permanendo così strettamente legati, sono tutt'altro che immutabili e, pertanto, tutt'altro che pacifici<sup>22</sup>.

concettuale è in grado di assumere contorni, più precisi e sicuri, di principio originario destinato cioè ad operare al di là di ogni disposizione di legge».

<sup>21</sup> G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, cit., 1051.

<sup>22</sup> Sul concetto di ordine pubblico internazionale cfr. R. AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova 1934; P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, cit.; G. SPERDUTI, *Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno*, in *Riv. dir. intern.*, 1954, 82 ss.; R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli 1969; G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato*, Napoli 1971; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato italiano*, Milano 1974; N. PALAIA, *L'ordine pubblico "internazionale": problemi interpretativi sull'art. 31 delle disposizioni preliminari al Codice Civile*, Padova 1974; P. BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano 1977; G. BARILE, voce *Ordine pubblico (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano 1980, 1106 ss.; ID., *Principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e principi di ordine pubblico internazionale*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1986, 5 ss.; ID., *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (L'ordine pubblico internazionale)*, Padova 1969; A. DAVI, *Le questioni generali del diritto internazionale privato nel progetto di riforma*, in *Riv. dir. intern.*, 1990, 556 ss.; F. MOSCONI, *Qualche riflessione in tema di ordine pubblico nel progetto di riforma e nella Convenzione*

Riassumendo, come anticipato all'inizio di questo paragrafo, tradizionalmente gli elementi problematici non attecchivano tanto al piano funzionale quanto a quello strutturale che riguardava prevalentemente l'autonomia concettuale dell'ordine pubblico: se esso derivasse interamente dalla legge oppure se rispetto ad essa veicolasse, tramite l'azione del giudice, contenuti ulteriori.

Diversamente, non si è mai dubitato che tale categoria fungesse da limite all'autonomia negoziale; semmai oggetto di dibattito fu la natura di tale limite: meramente negativo (come nelle ricostruzioni liberali), oppure anche positivo (secondo le ricostruzioni organiciste del periodo fascista).

### 3. *Il dilemma dell'ordine pubblico internazionale*

La funzione limitatrice di cui stiamo discorrendo, e che è causa finale della stessa nascita del concetto, connota le varie declinazioni dell'ordine pubblico, caratterizzandone *il profilo di stabilità che convive*, in certo modo, *conflittualmente, con la natura storicamente situata* del concetto e, dunque, con la sua propensione al mutamento.

A riprova di tale tensione storica, l'elemento identitario e, dunque, il suo senso protettivo/limitativo, è divenuto nel tempo, oggetto di dibattito dottrinale, soprattutto in relazione al contenuto assiologico dell'ordine pubblico internazionale.

Gli studiosi, come vedremo, si sono progressivamente interrogati sul senso dell'aggettivo "internazionale"; se esso cioè identificasse solo un diverso ambito di applicazione (ossia i rapporti di diritto privato internazionale) nel quale si declinava il medesimo ordine pubblico interno oppure se esso indicasse un diverso contesto assiologico di riferimento, non statale ma extrastatale, e conducesse ad *una funzione non di protezione ma di apertura verso contenuti giuridici esterni*.

Nelle prime elaborazioni teoriche del diritto privato internazionale, la funzione protettiva era particolarmente evidente. Basti qui porre mente ad una nota definizione dottrina: «Fanno dunque parte dell'ordine

*di Bruxelles del 1968*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1992, 5 ss.; A. VIVIANI, *Coordinamento fra valori fondamentali internazionali e statali: la tutela dei diritti umani e la clausola di ordine pubblico*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1999, 847 ss.; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano 2012; G. BADIALI, voce *Ordine pubblico*, III) *Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enciclopedia Treccani*, Vol. XXII, Roma 1990.

pubblico internazionale *tutti quei principi di varia origine* che, in ragione del valore che assumono nella *lex fori*, operano come limite all'inserimento di norme straniere o al riconoscimento di atti pubblici esteri<sup>23</sup>.

Tuttavia questa definizione venne presto esposta a notevoli tensioni; quasi uno iato che divise la dottrina, in relazione all'origine (e, dunque, al contenuto) di «tutti quei principi».

Come già anticipato, la *summa divisio* si pose tra coloro che a tali principi attribuivano un'origine e un contenuto puramente (o prevalentemente) statale e coloro che, invece, trovavano il luogo e il senso di essi al di là dei confini dello Stato nazionale. Chiaramente questa seconda teoria, dal punto di vista concettuale ma anche pratico, conduceva (e conduce) a una sorta di *duplicazione della categoria*; e così avremmo, accanto all'ordine pubblico interno, somma di principi statali, un ordine pubblico internazionale formato da *principi diversi* e solo parzialmente sovrapponibili a quelli che compongono il primo<sup>24</sup>.

La dottrina internazionalistica più tradizionale era prevalentemente schierata a favore della prima ricostruzione; ricordiamo, tra i più autorevoli, Rolando Quadri, il quale considerava il cosiddetto ordine pubblico internazionale come manifestazione del diritto interno dello Stato e, pertanto, riteneva il termine "internazionale" *indicativo solo dell'ambito* nel quale esso veniva applicato e non certo dell'universo assiologico dal quale esso derivava<sup>25</sup>; oppure Balladore Pallieri il quale individuava come contrarie all'ordine pubblico quelle norme e quegli atti stranieri che contrastano con «i principi etici del nostro ordinamento»<sup>26</sup>. Pleonastico aggiungere che una simile ricostruzione teorica ridondava (e ridondi) prati-

<sup>23</sup> G. BADIALI, *Ordine pubblico, Diritto internazionale*, cit., 1.

<sup>24</sup> Cfr. G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, cit., 1039, dove leggiamo: «Altro nodo problematico del concetto di ordine pubblico è apparso infine quello concernente la possibilità di enucleare, accanto al tradizionale concetto cui il codice civile fa riferimento, un autonomo e diverso concetto di ordine pubblico, l'ordine pubblico internazionale che, appunto nell'attuale art. 31 disp. prel. (corrispondente all'art. 12 disp. prel. c.c. 1865), troverebbe la sua formale consacrazione legislativa».

<sup>25</sup> R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, cit., 363 ss.; similmente G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato*, cit., 80, ritiene che scopo dell'ordine pubblico è garantire «l'armonia dell'ordinamento giuridico» e che le norme di diritto straniero in nessun caso possono contrastare le norme interne ispirate a principi fondamentali ai quali «l'ordinamento si ispira in una determinata materia».

<sup>26</sup> G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato italiano*, cit., 120; posizione già sostenuta da R. AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, cit., 235, secondo il quale l'ordine pubblico è posto a tutela «di determinate concezioni di ordine morale e politico, particolarmente affermate nella società statale».

camente in una minor permeabilità del sistema giuridico interno rispetto ai provvedimenti stranieri.

La seconda tesi fu, invece, sostenuta con forza da Giuseppe Barile il quale, secondo un'idea che evocava quella della *communitas universalis* medievale, riteneva che l'ordine pubblico internazionale fosse contenutisticamente altro rispetto a quello interno<sup>27</sup>, derivando dall'esperienza della comunità internazionale e che, nei rapporti di diritto internazionale privato, dovesse prevalere sul diritto interno, anche se di matrice legislativa, pena una complessiva chiusura dell'ordinamento e una sostanziale dissoluzione dello stesso senso del diritto privato internazionale<sup>28</sup>.

*Le due tesi accedono, pertanto, ad una visione strutturale diversa e a una propensione funzionale addirittura opposta*<sup>29</sup>. Nella prima prospettiva

<sup>27</sup> G. BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (L'ordine pubblico internazionale)*, cit., 41 ss.; ID., *Ordine pubblico, Diritto internazionale privato*, cit., 1106 ss.; in quest'ultimo scritto (p. 1110 ss.), l'Autore, sinteticamente, chiarisce la propria posizione rispetto ai principi dell'ordine pubblico internazionale: «Evidentemente tali principi non appartengono più, come ai tempi della comunità cristiana medievale, ad un ordinamento "superiore e generale" che non esiste, ma, a nostro avviso, non si identificano neppure, come pretenderebbe una dottrina di diritto internazionale privato, con quei principi fondamentali dell'ordinamento statale da considerarsi talmente essenziali da impedire l'applicazione nel territorio dello Stato, di qualsiasi diritto straniero ad essi non conforme. I principi di ordine pubblico internazionale (e l'espressione "internazionale" adottata solo alla fine del 1800, altrimenti impropria se fosse riferita al diritto internazionale, acquista così un suo significato) vanno ricavati anch'essi dall'interprete nella prospettiva di quella civiltà giuridica più vasta cui... partecipa normalmente una data comunità statale».

<sup>28</sup> Cfr. G. BARILE, *Ordine pubblico*, cit., 1122, dove leggiamo: «Se... i principi di ordine pubblico fossero da identificarsi formalmente con quelli che sono al sommo della gerarchia dell'ordinamento statale, si dovrebbe necessariamente giungere alla conseguenza che, poiché questi ultimi interessano, in linea di massima, direttamente o indirettamente, buona parte dell'ordinamento interno, poco posto rimarrebbe per l'applicazione di norme straniere pur regolarmente richiamate dal diritto internazionale privato. Tali principi potrebbero, infatti, considerarsi rigorosamente attuati solo dalle regole dell'ordinamento statale cui appartengono. Sarebbe così da escludere anche l'applicazione di quel diritto straniero che li attuasse in maniera in qualche modo difforme dalla *lex fori*».

<sup>29</sup> Ovviamente il dibattito è perdurato nella dottrina internazionalprivatistica e, facendo solo riferimento alla manualistica, possiamo qui notare come la tesi *statualistica* sia apparsa nel tempo ampiamente maggioritaria, anche se con un certo ridimensionamento nei contributi più recenti. Sul punto si può ricordare G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, XII ed., Napoli 1986, 85, il quale fa riferimento ai principi che nell'ordinamento interno hanno il carattere di principi fondamentali e alle concezioni sociali e morali di cui essi sono espressione (*ratione temporis*, l'A. prende in considerazione evidentemente l'art. 31 delle preleggi, abrogato dalla riforma del diritto internazionale privato operata con l. n. 218/1995). Similmente F. POCAR, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, II ed., Milano 2002, 43, definisce l'ordine pubblico internazionale come «il complesso dei principi e valori fondamentali cui si ispira l'ordinamento italiano».

l'ordine pubblico è *proiezione dell'identità dell'ordinamento* e tale identi-

L'Autore sottolinea come – e ciò appare molto interessante ai fini del discorso che qui si sta conducendo – la mancata menzione dell'aggettivo «internazionale» da parte dell'art. 15 l. n. 218/1995 sia frutto di una precisa scelta del legislatore, finalizzata ad «evitare che si pensi a “connotazioni propriamente internazionali” del limite dell'ordine pubblico, secondo tesi accolte da talune interpretazioni recenti nella giurisprudenza italiana» (la citazione interna è tratta dalla relazione ministeriale). P. MENGOLZI, *Il diritto internazionale privato italiano*, Napoli 2004, 51 ss., dopo aver evidenziato che «concorrono a costituire il contenuto dell'ordine pubblico internazionale, inteso come limite al richiamo del diritto straniero, quei principi fondamentali del nostro ordinamento che siano stati posti in essere dal nostro legislatore (costituzionale o ordinario) non per far fronte ad esigenze localistiche della nostra società nazionale ma come, appunto, degni di universale valore giuridico» (50), critica l'orientamento giurisprudenziale volto ad attribuire efficacia decisiva al riferimento ai principi accolti dalla maggior parte degli Stati membri della comunità internazionale, ritenendo che detta efficacia debba essere intesa in senso meramente strumentale a presumere che principi presenti nell'ordinamento italiano in sintonia con essi «possono essere considerati posti in essere come degni di valore universale». G. CONTALDI, *Ordine pubblico*, in R. BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Milano 2010, 273: «l'ordine pubblico, nell'accezione internazionalprivatistica, è... costituito dai principi essenziali della *lex fori*. Questi possono desumersi sia da disposizioni di rango costituzionale, sia da previsioni di altro genere, sia, infine, dall'esame della disciplina complessiva di talune parti dell'ordinamento». L'A. conduce una critica piuttosto serrata alla tesi di Barile, definita «inaccettabile fin dai suoi stessi presupposti» (*ivi*, 276), sostanzialmente per tre ordini di motivi: 1) il fatto che non possa ravvisarsi, a livello internazionale, un nucleo comune a tutti gli ordinamenti positivi, permanendo evidenti differenze tra gli Stati; 2) il coordinamento dell'ordinamento interno rispetto al diritto internazionale esula del tutto dall'area del diritto internazionale privato e riguarda i meccanismi di adattamento, a valle dei quali, eventualmente, i principi internazionali resi operanti nell'ordinamento interno potranno eventualmente contribuire a delineare la nozione di «ordine pubblico»; 3) la scarsa compatibilità della tesi in esame con il normale funzionamento delle norme di diritto internazionale privato, giacché «se accettassimo la ricostruzione proposta dovremmo altresì ipotizzare che, in certi casi il legislatore – invece di stabilire direttamente i principi regolatori dell'ordinamento del foro o comunque come dare attuazione ai principi fondamentali dell'ordinamento internazionale – accetti di lasciare tale compito ad un legislatore straniero» (la critica è più diffusamente argomentata: p. 277). Più prudente E. PAGANO, *Diritto internazionale privato. Parte generale e diritto di famiglia*, IV ed., Napoli 2012, 123, il quale, dopo aver richiamato la tesi non unanimemente condivisa di Barile, osserva: «non v'è dubbio che, nell'individuazione di principi utilizzabili per dare contenuto al concetto dell'o.p., un ruolo non secondario può essere utilmente svolto da strumenti giuridici internazionali». In maniera sostanzialmente assimilabile a quest'ultimo, G. CONETTI, *Il diritto applicabile*, in G. CONETTI, S. TONOLO, F. VISMARA, *Manuale di diritto internazionale privato*, II ed., Torino 2015, 6, spiega che «la portata materiale dell'ordine pubblico va riferita non tanto al contenuto di singole norme, quanto piuttosto a principi giuridici, ma di particolare valenza etico-sociale, informativi del nostro ordinamento, per la cui determinazione avranno rilievo significativo anche quanti contenuti in Costituzione e quanti derivabili dalla partecipazione dell'Italia a una più vasta civiltà giuridica, espressa negli atti internazionali in materia di diritti fondamentali della persona umana, a loro volta dotati, per il loro rispetto, di garanzia costituzionale».

tà è deputato a difendere; nella seconda è portato della comune «civiltà giuridica» internazionale e diviene un mezzo per adeguare l'ordinamento interno a tale civiltà.

Per ciò che attiene alla giurisprudenza, essa si è tradizionalmente schierata nel senso della ricostruzione più statualista, valorizzando il profilo identitario e protettivo dell'ordine pubblico<sup>30</sup>; anche se, come vedremo, tale orientamento ha subito progressivamente una profonda erosione e, addirittura, un recente capovolgimento.

#### 4. *Ordine pubblico costituzionalmente orientato: matrice olistica e contenuto identitario*

È interessante notare come, soprattutto nella ricostruzione della dottrina pubblicistica, l'effetto limitativo dell'ordine pubblico lo abbia avvicinato ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale i quali, da sempre, si sono posti come «limite all'osmosi con altri ordinamenti»<sup>31</sup>. Vedremo, nel corso delle prossime pagine, come questa prossimità si sia, nella giurisprudenza di cui si andrà a discorrere, attualmente trasformata in una vera e propria sovrapposizione concettuale. Sovrapposizione per la verità già preconizzata da autorevole dottrina: sul punto, infatti, Franco Modugno aveva fatto notare, in un contributo di diversi anni fa, come questa clausola-principio generale tendesse a identificarsi con l'ordine costituzionale riassumendo i «valori fondamentali dell'organizzazione politica ed economica della società», tanto da affermare che «L'ordine pubblico è l'ordine costituzionale»<sup>32</sup>.

Queste ultime affermazioni sembrano valorizzare la ricostruzione identitario/protettiva che, in effetti, appare prevalente in parte della dot-

<sup>30</sup> Come ci ricorda lo stesso G. BARILE, *Ordine pubblico*, cit., 1111.

<sup>31</sup> A. CERRI, voce *Libertà, II) Libertà personale – Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia Treccani*, vol. XIX, Roma 1991, 10, corsivi nostri; non ci pare casuale che lo stesso A. tratti del problema dei principi supremi nel contesto di un lavoro sull'ordine pubblico ponendo in correlazione le due tipologie dogmatiche, cfr. A. CERRI, *Ordine pubblico*, cit., 9 ss. Pleonastico rilevare che la relazione strumentale tra ordine pubblico e Costituzione sia affermata anche dalla dottrina civilistica; per tutti P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, cit., 63, dove si sottolinea la particolare attitudine della clausola dell'ordine pubblico a garantire il «controllo delle manifestazioni dell'autonomia negoziale che vengano ad urtare contro i principi costituzionali».

<sup>32</sup> F. MODUGNO, voce *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enciclopedia Treccani*, vol. XXIV, Roma 1991, 8.

trina costituzionalistica. Augusto Cerri ebbe modo di definire l'ordine pubblico come l'«insieme di principi inderogabili» propri di un determinato ordinamento<sup>33</sup>. Specificamente in relazione ai principi dell'ordine pubblico internazionale si è, poi, sostenuto come essi andassero «ricavati dal contesto dell'ordinamento giuridico positivo che più che mai, in questo caso, assolve la sua funzione di garanzia di certezza dei rapporti interindividuali», affermando poi che «ogni branca di tale ordinamento può esprimere valori fondamentali che non sono altro che la trasposizione normativa di quei valori filosofici, morali, economici, politici, che una data comunità in un dato momento storico ha recepito con le sue leggi»<sup>34</sup>.

Non va trascurata nemmeno la palese evidenza che, in tali ricostruzioni, l'ordine pubblico abbia (*rectius* debba avere) un *ancoraggio positivo*, sia cioè *espressione legislativa di una complessa realtà etico-politica, un fattore identitario che permane spirituale ma, al tempo stesso, è trasfuso in una struttura articolata di disposizioni e norme*, rivalutando, in senso costituzionalmente orientato, la classica derivazione dell'ordine pubblico dalle norme cogenti.

La visione di Franco Modugno e Augusto Cerri in tal senso mi pare tipicamente costituzionalistica, nel senso che l'ordine pubblico diviene *oggetto di quella espansione dei significati costituzionali, nel resto dell'ordinamento, che consegue alla visione di una Carta fondamentale la cui attuazione è demandata complessivamente ai vari rami della nomopoiesi e della giurisdizione, residuando spazi sempre inferiori a luoghi di indifferenza costituzionale*<sup>35</sup>. Con l'entrata in vigore della Costituzione, più di prima l'ordine pubblico, proprio perché declinazione dell'ordine costituzionale, diviene oggetto di un *molteplice rapporto olistico*, di una duplice relazione con la totalità dell'ordinamento stesso: da un lato il suo significato sembra potersi e doversi trarre dall'intera sostanza del sistema giuridico (costituzionalmente orientato), dalle sue norme ma anche dai valori che a quelle norme sottendono (soprattutto in quanto valori costituzionali); dall'altro esso è posto a tutela di tale sostanza nella sua complessità.

*Questo olismo oggettivo sembra, a propria volta, ridondare sul piano soggettivo*: così l'ordine pubblico viene, al tempo stesso, definito e protetto dalla concorrente attività dei principali operatori giuridici apparte-

<sup>33</sup> A. CERRI, *Ordine pubblico*, cit., 3.

<sup>34</sup> G. BADIALI, *ibidem*.

<sup>35</sup> Notoria, in tal senso, la tesi di Franco Modugno in forza della quale la stessa attività legislativa è in realtà continua implementazione della Costituzione; cfr. F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, Milano 1970, vol. II, 335 ss.

nenti ai vari poteri dello Stato, poiché tutti impegnati nello svolgimento dei valori costituzionali: così se esso è definito da quelle norme di assoluta coerenza, tali norme devono essere definite dal legislatore, eseguite dall'amministrazione e protette dalla giurisdizione, ciascun ordine svolgendo la propria funzione di tutela/attuazione della Costituzione.

Non ci pare casuale che l'ingresso dei principi sostanziali della Costituzione nell'ordinamento repubblicano riecheggi in maniera tanto forte su una clausola generale (dunque maggiormente aperta al profilo sostanziale del diritto, più che a quello formale) connotandola in senso costituzionalmente orientato, e valorizzandone, appunto, *la matrice olistica e il contenuto identitario*.

### 5. *Ordine pubblico e «lotta per la Costituzione»*

Questo discorso, condivisibile in linea di principio, sconta, però, osservato nella sua concretezza, un certo ottimismo apollineo. La scienza costituzionalistica, non diversamente dalla generalità degli studi giuridici, «travaille sur un sujet contingent et variable»<sup>36</sup>. I significati costituzionali non sono pacifici, né completamente immobili nel tempo (sebbene al tempo si oppongano con maggior vigore degli altri rami dell'ordinamento<sup>37</sup>); essi sono oggetto di un continuo conflitto, politico, legislativo,

<sup>36</sup> F. C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, Paris 1840, I, 163.

<sup>37</sup> O. KIRCHHEIMER, *Das Problem der Verfassung*, trad. it. *Il problema della Costituzione*, in ID., *Costituzione senza sovrano*, Bari 1989, 33, secondo cui «Ogni Costituzione porta in sé per natura una superba pretesa, per la quale essa si differenzia dalle altre disposizioni del potere statale: la pretesa della durata». Si veda, inoltre, T. MARTINES, già in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, Milano 1978, vol. III, 785 ss. e ora in *Opere*. Tomo I: *Teoria generale*, Milano 2000, 477 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, V edizione, Milano 2008, 122, sostiene che la Legge fondamentale è «un testo destinato a durare per “tempi storici” e non per “tempi politici”»; G. ZAGREBELSKY, *Discorso in occasione dei cinquant'anni di attività della Corte Costituzionale*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2006, par. 5: «La propensione al futuro è l'essenza della costituzione». Di recente, v. anche L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano 2009, 106, il quale afferma che «è innegabile che le Costituzioni siano fortemente attratte dal futuro»; M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino 2007, 48; ID., *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Pol. dir.*, 2009, 19 ss.; C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in AA.Vv., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli 2004, vol. III, 1681. Sul punto abbiamo provato a svolgere qualche considerazione in A. LONGO, *Tempo, interpretazione. Costituzione. Premesse Teoriche*, Napoli 2016.

giurisprudenziale, soprattutto in un ordinamento pluralista in cui nessuna forza è legittimata a dire l'ultima parola eppure ciascuna forza cerca di dirla. Così «può capitare che certi principi che apparivano fondamentali in un dato momento storico, col passare del tempo perdano tale carattere e se ne affermino altri di nuovo contenuto»<sup>38</sup>. Esiste una lotta per definire i significati costituzionali, una «lotta per la Costituzione», come acutamente è stata definita<sup>39</sup>; lotta che è causa efficiente dei mutamenti ordinamentali. L'ordine pubblico, come clausola generale per sua natura embricata a tali permutazioni, è maggiormente destinato a sentire gli esiti dello svolgersi di questa lotta nel tempo e il suo contenuto di senso ne diviene epifenomeno particolarmente evidente.

Lotta che ovviamente diviene più accesa nei mezzi e più imprevedibile negli esiti quanto più si moltiplicano i partecipanti ad essa; come ebbe modo di affermare Esser, in tempi di maggiori differenziazioni sociali i concetti della dogmatica giuridica perdono la propria presunta incontestabilità.

<sup>38</sup> G. BADIALI, *op. cit.*, 2; l'A. si dilunga sul tema mostrando come nella giurisprudenza questo elemento abbia dato origine a problemi di diritto intertemporale.

<sup>39</sup> La bella, quanto oramai nota, espressione è di M. DOGLIANI, il quale più volte è tornato sull'argomento; citiamo qui uno scritto, *La Costituzione del 1947 nella sua fase contemporanea*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2003, 6, nel quale viene splendidamente sintetizzato come questa lotta sia motore dell'evoluzione del sistema giuridico e come essa coinvolga la generalità dei soggetti costituzionali e saturi di sé l'intero universo sociale e giuridico nel quale la Costituzione si proietta: «Sulla base delle considerazioni precedenti non si può formulare un giudizio articolato e argomentato sullo stato della costituzione, come atto normativo storicamente determinato, in tutti i settori della vita pubblica che essa pretende di orientare. Per descrivere una fase storica di una costituzione intesa come atto normativo occorrerebbe prendere in esame problemi di natura diversa, disomogenei ma complementari; e di conseguenza pre-definire un quadro, altrettanto disomogeneo e complementare, di dati di fatto e di criteri di giudizio. Occorrerà infatti per lo meno – assumendo come perfettamente fisiologica, nei limiti di cui diremo appresso, la coesistenza di diverse interpretazioni dei suoi enunciati, o di insiemi di suoi enunciati – descrivere tali confliggenti interpretazioni ed esaminarne il grado di effettività: nella legislazione; negli indirizzi che sono sintomo del grado di cogenza con cui gli organi costituzionali percepiscono i principi programmatici atinenti alla forma di stato; nelle prassi interistituzionali che determinano la forma di governo; nelle giurisdizioni; nella cultura politica delle élite e in quella diffusa. L'esame di questi “livelli di effettività” metterà in evidenza i conflitti che compongono quella che si può definire come “lotta per la costituzione”: una lotta la cui posta in gioco è la prevalenza di una o un'altra interpretazione possibile. La descrizione dei sintomi della lotta per la costituzione necessariamente porterà a spiegarli attraverso le caratteristiche dei soggetti che ne sono protagonisti. Ciò renderà necessario descrivere la qualità degli attori sociali che effettivamente esercitano la funzione di indirizzo (in senso ovviamente lato) nei confronti degli organi costituzionali, delle giurisdizioni, dei mezzi di formazione della cultura politica delle élite e di quella diffusa».

stabilità e subiscono ineludibili tensioni volte alla ridefinizione del loro senso<sup>40</sup>.

E per questo la clausola dell'ordine pubblico internazionale (*rectius* il suo contenuto), proprio perché tradizionalmente conteso tra una ricostruzione statalistica ed una extrastatale, non poteva restare indenne rispetto alle modificazioni indotte dal continuo rafforzamento della comunità internazionale e dalla progressiva "sovrannazionalizzazione" del diritto interno, da «una stagione», oramai lunga, «di tumultuosa crescita, nella vita individuale e collettiva, di una dimensione extranazionale, non percepibile con schermi di ideologie internazionalistiche»<sup>41</sup>, fino a porre in dubbio la stessa natura teorico-generale del principio di esclusività dell'ordinamento giuridico nazionale, «versione moderna della sovranità dello Stato e premessa obbligata per la costruzione di un sistema di fonti a definizione prescrittiva, in quanto subito desunte da ciò che prescrive l'ordinamento»<sup>42</sup>.

La «crisi della legge», registrata e commentata da molti studiosi<sup>43</sup>, arriva a conoscere, nell'argomento di cui discorriamo, un significato ulteriore: essa sembra perdere, oltre alla propria centralità nel sistema delle fonti, anche la propria capacità significativa nella definizione dello *spirito dell'ordinamento*, o almeno così vorrebbe l'orientamento giurisprudenziale che ci accingiamo a commentare.

Infatti, in alcune recenti decisioni, di legittimità e di merito, l'ordine pubblico non è più inteso come portato dell'intero ordinamento positivo,

<sup>40</sup> J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli 1983, 87.

<sup>41</sup> C. PINELLI, *Costituzione e principio di esclusività. I. Percorsi scientifici*, Milano 1989, 7.

<sup>42</sup> C. PINELLI, *op. ult. cit.*, 11.

<sup>43</sup> Cfr., fra i tanti, S. LABRIOLA, *Crisi della legge e principio di rappresentanza*, in *Diritto e società*, 1983, 723 ss.; F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Diritto e società*, 1989, 411 ss.; G. CIAURRO, *La crisi della legge*, in *Rassegna parlamentare*, 1989, 153 ss.; D. NOCILLA, *Crisi della legge e tecnica legislativa*, in *Quaderno dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 1989-1990, 63 ss.; F. SPANTIGATI, *Guardare con speranza la crisi della legislazione*, in *Politica del diritto*, 1995, 655 ss.; V. DI CIOLO, *Crisi della legge e procedimento legislativo*, in AA.VV., *Formazione delle leggi e tecnica normativa*, Roma 1995, 23 ss.; F. MODUGNO, A. CELOTTO, M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla "crisi" della legge*, in F. MODUGNO (a cura di), *Appunti per una teoria generale del diritto: la teoria del diritto oggettivo*, Torino 2000, 323 ss.; F. MODUGNO, *A mo' di introduzione: considerazioni sulla "crisi" della legge*, G. FONTANA, *Crisi della legge e negoziazione legislativa nella transizione istituzionale italiana*, entrambi in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa - Vol. II, Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano 2001, rispettivamente 1 ss. e 117 ss.

del complesso dei principi che ispirano, anche e soprattutto, la sua legislazione in un determinato momento, al contrario esso sembra, sempre più, venir inteso come rappresentativo di *una porzione qualificata di tale ordinamento, idealmente refrattaria proprio alla disponibilità del legislatore*. Tali principi avrebbero *natura non più legislativa ma segnatamente costituzionale e internazionale*.

Particolarmente significativo pare, poi, l'elemento temporale, poiché la scelta, operata dalla giurisprudenza, di *drenare* il concetto di ordine pubblico dal complesso della normazione e ricondurlo ad alcuni principi costituzionali e internazionali poggia proprio sull'argomento *della presunta invarianza temporale di questi ultimi*; vi è la visione di una legislazione persa nel contingente e nell'accidentale, perciò incapace di rappresentare la sostanza dell'ordinamento che, invece, può essere ritrovata nei principi costituzionali e in quelli internazionali, frutto di uno spirito ordinamentale non transeunte.

Tale permutazione è apertamente dichiarata in alcune recenti decisioni giurisdizionali. Nelle prossime pagine percorreremo brevemente queste decisioni che certamente affrontano temi scottanti sia politicamente sia eticamente; tuttavia la nostra attenzione si concentrerà solo relativamente sul senso, o sulla condivisibilità, del contenuto di tali decisioni in relazione ai casi della vita trattati; il fuoco delle poche riflessioni che seguono atterrà prevalentemente ai risvolti sistemici che nella parte motiva sembrano evidenziarsi rispetto al principio dell'ordine pubblico e alle sua possibile ricostruzione.

Per chiarezza, onestà se si vuole, vogliamo subito anticipare ciò che abbiamo tratto dalla lettura di tale giurisprudenza: per quanto sia coerente con il processo storico di cui abbiamo appena fatto menzione e per quanto sembri valorizzare il senso della costituzione nell'ordinamento, essa si pone, almeno a nostro avviso, come eccentrica rispetto ai due postulati, sopra evidenziati, che connotano la visione costituzionalistica dell'ordine pubblico: *la sua matrice olistica e il suo contenuto identitario*.

Alla luce di questo, ci pare evidente che la vicenda di cui andremo a discutere rappresenta, sul piano sistemico, una innegabile e attuale manifestazione di «lotta per la Costituzione».

Questa lotta, per ciò che ridonda nell'ordine pubblico, si svolge in relazione alle qualità essenziali da attribuire alla categoria e che sono state oggetto del dibattito dottrinale sopra descritto; qualità la cui definizione passa per la prevalenza di uno dei due termini all'interno di quelle che potremmo considerare, per sintesi esplicativa, *coppie oppositive*.

In primo luogo *la qualità della struttura concettuale*: la quale dipende dalla relazione nella coppia *derivazione legislativa/autonomia ermeneutica*.

In secondo luogo *la qualità del contenuto assiologico*: che si sviluppa a seconda delle relazioni nella coppia *identità statale/comunità internazionale*.

In terzo luogo *la qualità funzionale*: definita dalla coppia *protezione/ adeguamento*.

Queste coppie oppositive sono *di tipo oggettivo* ed il loro equilibrio ridonda nella più classica relazione, *di tipo soggettivo, giudici/legislatore*.

#### 6. *Stralci di un'evoluzione giurisprudenziale: la decisione n. 4184 del 2012 come momento di passaggio*

La trasformazione di cui abbiamo discusso appare nella giurisprudenza un fenomeno recente.

Abbiamo già fatto cenno ai lavori di Giuseppe Barile nei quali egli osservava come, in contrasto con le proprie ricostruzioni, la giurisprudenza dall'inizio dell'epoca repubblicana fino agli anni settanta, momento nel quale scriveva, rimanesse attaccata ad una visione dell'ordine pubblico internazionale assiologicamente statalista, funzionalmente protettiva e strutturalmente connessa alla legge. Questo orientamento permane maggioritario (ma probabilmente sempre meno) fino allo scavallare del millennio e solo negli attuali anni Dieci si attua ciò che è persino riduttivo definire inversione di tendenza.

Se, ad esempio, negli anni Ottanta dello scorso secolo, si affermava seccamente, anche da parte della giurisprudenza costituzionale<sup>44</sup>, che l'ordine pubblico derivasse dal «complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico, e nei principi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici»<sup>45</sup>, invece, nei primi anni Dieci di questo millennio, esso è divenuto il portato del «sistema di tutele approntate a

<sup>44</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 19 del 1982, punto n. 5 del considerato in diritto, dove leggiamo: «*La inderogabile tutela dell'ordine pubblico*, e cioè delle regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società, è imposta soprattutto a presidio della sovranità dello Stato», corsivi nostri.

<sup>45</sup> Cass., sent. n. 1680/1984.

livello sovraordinato rispetto a quello della legislazione primaria, sicché occorre far riferimento alla Costituzione e, dopo il Trattato di Lisbona, alle garanzie approntate ai diritti fondamentali dalla Carta di Nizza, elevata a livello dei trattati fondativi dell'Unione europea dall'art. 6 TUE»<sup>46</sup>. In altra decisione, ancora più esplicitamente si afferma: «*la nozione di ordine pubblico ... non è enucleabile esclusivamente sulla base dell'assetto ordinamentale interno*, racchiudendo essa i principi fondamentali della Costituzione o quegli altri principi e regole che rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo o che informano l'ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondanti del suo assetto ordinamentale. In altri termini ... il concetto di ordine pubblico a fini internazionalprivatistici si identifica con quello indicato con l'espressione "ordine pubblico internazionale", da intendersi "come complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico o fondati su esigenze di garanzia, comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo"»<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Cass., sent. n. 1302/2013.

<sup>47</sup> Cass., sent. n. 19405/2013. Di questo tenore possiamo trovare diverse altre pronunce, di poco precedenti o di poco successive a quella citata nel testo. Ricordiamo ad esempio la decisione delle Sezioni Unite n. 14650 del 2011, dove si afferma: «La norma di legge straniera (nella specie, inglese), che ammetta l'acquisto di un bene in conseguenza di un patto commissorio, non è contraria all'ordine pubblico internazionale, ai sensi dell'art. 16 l. 31 maggio 1995 n. 218, in quanto il relativo divieto non rientra fra i relativi principi fondanti l'ordine pubblico internazionale, *come risulta dalla circostanza che il patto commissorio non è conosciuto, né vietato in una parte rilevante dell'Unione europea*», corsivi nostri. Oppure la sentenza della Cassazione n. 1163/2013, dove si afferma che la «nozione di ordine pubblico non può non risentire dell'evoluzione al riguardo maturata in ambito giurisprudenziale e dottrinale, nel senso che, all'abbandono della tradizionale verifica in merito alla corrispondenza della decisione straniera al quadro desumibile dalle norme imperative interne, si è nel tempo affermata l'esigenza di valutare queste ultime nell'ambito del sistema assiologico posto in primo luogo dalla Costituzione e, più in generale, anche dal complesso delle fonti di diritto internazionale, con particolare riferimento ai principi consolidatisi nell'ambito dell'Unione Europea... Tale concezione... si fonda sull'attuale, maggiore partecipazione dei singoli Stati alla vita delle comunità delle genti, la quale sempre meglio è capace di esprimere principi generalmente condivisi e così di sottrarre la nozione di ordine pubblico internazionale sia all'eccessiva indeterminazione sia al legame con ordinamenti singoli, consentendo di rinvenire i parametri di conformità in principi corrispondenti ad esigenze comuni ai diversi ordinamenti statali». O, infine, la decisione, sempre della Corte di Cassazione, n. 15343 del 2016, che ha riconosciuto la validità del matrimonio con straniero celebrato in via telematica e ha affermato: «... ravvisando l'ordine pubblico nelle norme, seppur inderogabili, presenti nell'ordinamento interno, sarebbero cancellate le diversità tra i sistemi giuridici e rese inutili le regole del diritto internazionale privato... il giudizio di compatibilità con l'ordine pubblico dev'essere

Certo questa evoluzione, come tutti i fenomeni assimilabili, non ha avuto un andamento lineare ma quanto mai ondivago: così se da un lato, già nel 2007, si affermavano decisioni secondo le quali: «Detto ordine pubblico non si identifica con quello interno, perché altrimenti le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto simile a quelle italiane, cancellando la diversità tra sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato»<sup>48</sup>, dall'altro, ancora nel 2014 si ritrovano decisioni di stampo maggiormente statalistico in forza delle quali: «È certamente esatto che l'ordine pubblico non si identifica con le semplici norme imperative, bensì con i principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento giuridico; è invece inesatto che tali principi si identifichino, come sostengono i ricorrenti, con "i valori condivisi della comunità internazionale che il prudente apprezzamento del Giudice non può trascurare, armonizzandoli con il sistema interno". L'ordine pubblico internazionale, infatti, è il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna; dunque non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili. È peraltro evidente che, nella individuazione di tali principi, l'ordinamento nazionale va considerato nella sua completezza, ossia includendovi principi, regole ed obblighi di origine internazionale o sovranazionale»<sup>49</sup>.

Una decisione interessante in tal senso ci pare la n. 4184 del 2012, che in certo senso si pone come spartiacque tra i due momenti (almeno in senso logico se non propriamente cronologico); decisione nella quale la Cassazione, confermando le decisioni dei due gradi precedenti di giudizio, nega la trascrizione di un matrimonio omosessuale contratto all'estero. Parlo di una decisione di passaggio, oltre per la novità della questione posta<sup>50</sup>, perché le relazioni oppositive di cui abbiamo parlato

riferito, invece, al nucleo essenziale dei valori del nostro ordinamento che non sarebbe consentito nemmeno al legislatore ordinario interno di modificare o alterare, ostandovi principi costituzionali inderogabili».

<sup>48</sup> Cass., sent. n. 10215/2007.

<sup>49</sup> Cass., sent. n. 24001/2014.

<sup>50</sup> Punto n. 2: «la specifica questione che – per la prima volta – è posta all'esame di questa Corte, consiste nello stabilire se due cittadini italiani dello stesso sesso, i quali abbiano contratto matrimonio all'estero – nella specie, nel Regno dei Paesi Bassi che, con la L. 21 dicembre 2000, n. 9, sull'apertura delle posizioni matrimoniali, ha tra l'altro sostituito l'art. 30 c.c., comma 1, il quale dispone che "Un matrimonio può essere celebrato

sopra sembrano comporsi in maniera eccentrica, condividendo porzioni dell'una e dell'altra ricostruzione teorica<sup>51</sup>.

I giudici di merito avevano rigettato il ricorso (avverso il rifiuto di trascrizione) evocando l'argomento della contrarietà del matrimonio omosessuale rispetto all'ordine pubblico interno, in questo modo dimostrando che era ancora forte, nella giurisprudenza di merito, una concezione, di tale clausola generale, in termini assiologicamente statualisti e funzionalmente protettivi.

Il giudice di legittimità, pur giungendo alle medesime conclusioni, muove da un ragionamento dichiaratamente diverso, affermando che il problema non va affrontato secondo il *delicato* profilo della compatibilità del matrimonio tra gay con l'ordine pubblico<sup>52</sup> ma secondo la «priorità»

tra due persone di sesso diverso o dello stesso sesso” – siano, o no, titolari del diritto alla trascrizione del relativo atto nel corrispondente registro dello stato civile italiano».

<sup>51</sup> Su cui v. B. PEZZINI, *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra la sentenza della Corte costituzionale 138/2010 e della Corte di cassazione 4184/2012*, in *forumcostituzionale.it*; M. DI BARI, *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di cassazione: la Cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n.138/2010 della Corte costituzionale*, in *rivistaaic.it*, 1/2012; L. FRANCO, *Autonomia della famiglia e identità personale*, Napoli 2012; I. MASSA PINTO, *“Fiat matrimonio!” L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei Diritti dell'uomo e Corte di Cassazione: può una sentenza della Corte di Cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte europea il potere di scardinare «una consolidata ed ultramillenaria tradizione» (superando anche il giudicato costituzionale)?*, in *rivistaaic.it*, 2/2012; M. WINKLER, *I matrimoni same-sex stranieri di fronte alla Cassazione*, in *Int'l Lis*, 1-2012; L. LORELLO, *La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale*, in *rivistaaic.it*, 2/2012; M. FINOCCHIARO, *L'atto deve essere considerato inidoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento*, in *Guida al Diritto*, n. 14, 31/3/2012, 35 ss.; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Matrimoni tra persone dello stesso sesso: livello «federale» e livello statale in Europa e negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012; M. SCHUSTER, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, in *forumcostituzionale.it*, 10 aprile 2012; M. GATTUSO, *“Matrimonio”, “famiglia” e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la “doppia svolta” della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Fam. dir.*, 7/2012.

<sup>52</sup> Punto n. 2.2.3: «Al riguardo, deve essere infine precisato che, nella specie, l'intrascrivibilità di tale atto dipende non già dalla sua contrarietà all'ordine pubblico, ai sensi del D.P.R. n. 396 del 2000, art. 18, – come, invece, originariamente affermato dall'ufficiale dello stato civile di Latina a giustificazione del rifiuto di trascrizione, in conformità con le menzionate circolari emanate dal Ministero dell'interno –, ma dalla previa e più radicale ragione, riscontrabile anche dall'ufficiale dello stato civile in forza delle attribuzioni conferitegli (cfr., supra, n. 2.2), della sua non riconoscibilità come atto di matrimonio nell'ordinamento giuridico italiano. Ciò che, conseguentemente, esime il Collegio dall'affrontare la diversa e delicata questione dell'eventuale intrascrivibilità di questo genere di atti per la loro contrarietà con l'ordine pubblico».

questione della «riconoscibilità» di tale istituto nel nostro sistema giuridico. Riconoscibilità che viene negata in forza di una lettura sistematica del codice civile e in generale delle norme di rango primario attinenti alla questione<sup>53</sup>. Solo a valle di tale argomentazione il supremo collegio analizza, in termini che appaiono però meramente rafforzativi, la giurisprudenza della Corte costituzionale e della CEDU, negando tra l'altro, e questo mi pare significativo per il prosieguo del nostro ragionamento, alcuna rilevanza al diritto eurounitario, in quanto incompetente sulla materia<sup>54</sup>.

A questa argomentazione dobbiamo fare alcune necessarie chiose. In primo luogo appare lapalissiano la valorizzazione del dato legislativo; in secondo luogo però risulta poco convincente l'esplicita esclusione dell'ordine pubblico: in mancanza di una norma di divieto esplicito, infatti, individuare un limite implicito all'ingresso di un atto straniero non mi pare possa derivare da altro che dall'applicazione dell'ordine pubblico secondo quell'originaria concezione giusprivatistica che lo voleva di derivazione legislativa; principio che in effetti avevano seguito i giudici di merito.

La posizione della Corte appare, invece, non priva di ambiguità: da un lato essa sembra accedere ad una concezione di ordine pubblico di tipo internazionalistico<sup>55</sup> (pur evidenziando numerosi *caveat* che derivano dalla non uniformità delle varie posizioni degli Stati aderenti alla

<sup>53</sup> Punto n. 2.2.2: «L'ordinamento giuridico italiano, perciò, ha conosciuto finora, e conosce attualmente – salvo quanto si dirà più oltre (cfr., *infra*, nn. 3 e 4) –, un'unica fattispecie integrante il matrimonio come atto: il consenso che, nelle forme stabilite per la celebrazione del matrimonio, due persone di sesso diverso si scambiano, dichiarando che “si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie” (art. 107, primo comma, cod. civ., *cit.*). La diversità di sesso dei nubendi è, dunque, richiesta dalla legge per la stessa identificabilità giuridica dell'atto di matrimonio».

<sup>54</sup> Punto n. 3.3.2: «Dev'essere a questo punto ancora chiarito, in riferimento alla preliminare questione se l'art. 9 della Carta [di Nizza] sia immediatamente applicabile nella specie, che la specifica fattispecie oggetto del presente giudizio – concernente la trascrivibilità, o no, nei registri dello stato civile italiano di un atto di matrimonio di cittadini italiani dello stesso sesso celebrato all'estero – è del tutto estranea alle materie attribuite alla competenza dell'Unione Europea ed inoltre è priva di qualsiasi legame, anche indiretto, con il diritto dell'Unione».

<sup>55</sup> Punto n. 3: «Ma, già da tempo ed attualmente, la realtà sociale e giuridica europea ed extraeuropea mostra, sul piano sociale, il diffuso fenomeno di persone dello stesso sesso stabilmente conviventi e, sul piano giuridico, sia il riconoscimento a tali persone, da parte di alcuni Paesi Europei (anche membri dell'Unione Europea, come nella specie) ed extraeuropei, del diritto al matrimonio, ovvero del più limitato diritto alla formalizzazione giuridica di tali stabili convivenze e di alcuni diritti a queste connessi, sia – come si vedrà più oltre in dettaglio (cfr., *infra*, nn. 3.3.1 e seguenti) – un'interpretazione profondamente “evolutiva” dell'art. 12 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti

CEDU sul punto<sup>56</sup>). Dall'altro evita di utilizzare un canone così definito, affermando la necessità di una priore applicazione di una norma legislativa<sup>57</sup>; anche se in realtà si tratta di *una norma di divieto non scritta, costruita in via puramente ermeneutica*, «“postulato” implicito ... [che] emerge inequivocabilmente da molteplici disposizioni di tali fonti»<sup>58</sup>.

Ago della bilancia appare una visione della Costituzione ancora sentita come supremo elemento identitario, in ragione del quale devono essere vagliati i vari elementi significativi<sup>59</sup>. Così la decisione è rafforzata (o forse determinata) dal fatto che «il Collegio ritiene che il diritto fondamentale di contrarre matrimonio non è riconosciuto dalla nostra Costituzione a due persone dello stesso sesso»<sup>60</sup>; decisivo il richiamo alla sentenza n. 138/2010, che evidenzia come la Consulta, secondo una for-

dell'uomo e delle libertà fondamentali e dell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea».

<sup>56</sup> La stessa Corte EDU nella sentenza 24 giugno 2010 (Prima Sezione, caso *Schalk e Kopf contro Austria*), ricorda che «non vi è un consenso generale Europeo in materia di matrimonio omosessuale. Attualmente non più di sei Stati aderenti alla Convenzione su quarantasette permettono il matrimonio omosessuale» (p. 57 e 58).

<sup>57</sup> Punto n. 2.2.2: «La diversità di sesso dei nubendi è – unitamente alla manifestazione di volontà matrimoniale dagli stessi espressa in presenza dell'ufficiale dello stato civile celebrante –, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, requisito minimo indispensabile per la stessa “esistenza” del matrimonio civile come atto giuridicamente rilevante (cfr., ex plurimis, le sentenze nn. 1808 del 1976, 1304 del 1990 cit., 1739 del 1999, 7877 del 2000)».

<sup>58</sup> Punto n. 2.2.2: «Questo requisito – pur non previsto in modo espresso né dalla Costituzione, né dal codice civile vigente (a differenza di quello previgente del 1865 che, nell'art. 55 ad esempio, stabiliva, quanto al requisito dell'età: “Non possono contrarre matrimonio l'uomo prima che abbia compiuto gli anni diciotto, la donna prima che abbia compiuto gli anni quindici”), né dalle numerose leggi che, direttamente o indirettamente, si riferiscono all'istituto matrimoniale – sta tuttavia, quale “postulato” implicito, a fondamento di tale istituto, come emerge inequivocabilmente da molteplici disposizioni di tali fonti e, in primo luogo, dall'art. 107 c.c., comma 1, che, nel disciplinare la forma della celebrazione del matrimonio, prevede tra l'altro che l'ufficiale dello stato civile celebrante “riceve da ciascuna delle parti personalmente, l'una dopo l'altra, la dichiarazione che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie” (si veda anche l'art. 108, comma 1)».

<sup>59</sup> Punto n. 3: «Una realtà siffatta esige, quindi, che la specifica questione dianzi esaminata sia considerata nel contesto di quella più generale (cfr., supra, n. 2.1) consistente nello stabilire se il diritto fondamentale di contrarre matrimonio sia riconosciuto a due persone dello stesso sesso dalla Costituzione italiana e/o se esso discenda immediatamente dai vincoli derivanti allo Stato italiano dall'ordinamento comunitario o dagli obblighi internazionali, in forza dell'art. 117, primo comma, Cost., secondo il quale “La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”».

<sup>60</sup> Punto n. 3.1.

ma di *gesetzkonforme Auslegung*<sup>61</sup>, abbia affermato come «il concetto di matrimonio è stato “costituzionalizzato” dall’art. 29 nel significato codicistico»<sup>62</sup> e come l’interpretazione evolutiva «non può spingersi fino al punto d’incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata»<sup>63</sup>.

La Cassazione, infine, afferma che pur nell’insuperabilità del dato legislativo questo va letto alla luce della giurisprudenza CEDU ossia in modo «convenzionalmente orientato»: «l’intrascrivibilità delle unioni omosessuali» dipenderebbe allora «non più dalla loro “inesistenza” ... e neppure dalla loro “invalidità”, ma ... dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell’ordinamento italiano»<sup>64</sup>. Una diversa qualificazione che porta però i medesimi effetti pratici.

La Corte pertanto sembra divisa, nella descrizione dell’ordine pubblico, tra la classica concezione giusprivatistica che ne afferma la derivazione dalla legge<sup>65</sup> e la concezione più internazionalista che la vuole

<sup>61</sup> R. BIN, *Diritti e argomenti, Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, 19 ss., il quale cita (*sub* nota 33) i contributi di W. LEISNER e O. MAJEWSKI.

<sup>62</sup> N. 3.1 della motivazione.

<sup>63</sup> Corte cost., punto n. 9. del considerato in diritto. Sulla sentenza n. 138/2010 v. L. D’ANGELO, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio “non s’ha da fare”*, M. CROCE, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all’interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, S. SPINELLI, *Il matrimonio non è un’opinione*, C. SILVIS, *Il matrimonio omosessuale, tra l’art. 29 e l’art. 2 della Costituzione*, F. CALZARETTI, *Coppie di persone dello stesso sesso: quali prospettive*, A. MELANI, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta*, A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, F. SAITTO, *La giurisprudenza tedesca in materia di unioni omosessuali. Spunti di comparazione con la sent. 138/2010*, M. DI BARI, *La lettura in parallelo delle sentenze n. 138/2010 e n. 245/2011 della Corte costituzionale: una breve riflessione*, tutti in *forumcostituzionale.it*, B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, F. DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla “aspirazione” al matrimonio al “diritto” alla convivenza*, A. RUGGERI, *“Famiglie” di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?*, tutti in *rivistaaic.it*.

<sup>64</sup> Punto 4.3.

<sup>65</sup> Punto n. 2.2: «L’art. 115 c.c., secondo il quale “Il cittadino è soggetto alle disposizioni contenute nella sezione prima di questo capo, anche quando contrae matrimonio in paese straniero secondo le forme ivi stabilite”: è soggetto, cioè, alle disposizioni di cui ai precedenti artt. da 84 a 88, che disciplinano le “condizioni necessarie per contrarre matrimonio”, come recita la rubrica di detta sezione. Disposizioni queste che, stabilendo

aperta ad una visione sovranazionale. L'idea che la decisione in oggetto sia mossa da elementi *sostanziali*, e dunque inerenti all'ordine pubblico, è rafforzata dal fatto che, nell'evocare le norme primarie rilevanti, la Corte esplicitamente faccia riferimento ad una lettura tradizionale del concetto di matrimonio<sup>66</sup> che però, anche in forza di spinte interne ed esterne all'ordinamento, pare destinata a subire forti mutamenti.

In definitiva pare che la Cassazione contempra sul punto un'evoluzione dell'ordine pubblico verso una visione sovranazionale; evoluzione che però non è ancora compiuta. Così, per non scendere su un campo avvertito come sociale e politico prima che giuridico, decide di sostenere la propria decisione con un ricorso a norme puntuali che suona però piuttosto apparente.

### 7. *La sentenza n. 19599 del 2016: "Welcome to the revolution"*

Postulato formale del ragionamento svolto dalla Cassazione, nella decisione sopra esaminata, è comunque l'affermazione della legge come canone superiore, o almeno di priore applicazione, rispetto all'ordine pubblico internazionale, sia che lo si voglia intendere in senso statualista sia in senso non statualista. A questo postulato formale segue il postulato sostanziale della valorizzazione della discrezionalità legislativa alla quale spetta la stabile regolazione di casi di confine come questi<sup>67</sup>.

Entrambi questi postulati vengono completamente meno nella deci-

gli impedimenti al matrimonio cosiddetti "dirimenti", pongono certamente, di regola, norme di "ordine pubblico".

<sup>66</sup> Punto n. 2.2.2: «Il diritto positivo vigente e la giurisprudenza che su di esso si è formata, del resto, non fanno che riflettere anche "una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio", come sottolinea la Corte costituzionale che, nel richiamare tale icastica espressione del Tribunale di Venezia nell'ordinanza di rimessione, conclude sul punto: "In sostanza l'intera disciplina dell'istituto, contenuta nel codice civile e nella legislazione speciale, postula la diversità di sesso dei coniugi" (cfr. la sentenza n. 138 del 2010, n. 6 del considerato in diritto)».

<sup>67</sup> Ciò, ad avviso della Cassazione deriva in primo luogo dalla lettura della citata giurisprudenza costituzionale, secondo la quale, per ciò che concerne le unioni omosessuali «nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette» (punto 3.2). E in secondo luogo dalla giurisprudenza della Corte EDU, anch'essa già citata, che considera l'eventuale garanzia di un matrimonio omosessuale «totalmente riservata al potere legislativo degli Stati contraenti della Convenzione e/o membri dell'Unione Europea» (punto 3.3.4).

sione della Prima sezione della Corte di Cassazione civile del 30 settembre 2016 (n. 19599) che ci appare davvero rivoluzionaria, non solo per i suoi esiti pratici ma, anche, per la ricostruzione teorica ad essa sottesa<sup>68</sup>.

In questa vicenda il giudice di legittimità ha confermato la precedente sentenza della Corte d'Appello (che a sua volta riformava la decisione di primo grado) con la quale si riteneva illegittimo il diniego, da parte dell'ufficiale dello stato civile di Torino, di trascrivere, perché contrario all'ordine pubblico, l'atto di nascita di un bambino nato in Spagna da due madri, l'una che aveva donato l'ovulo, l'altra che aveva portato avanti la gravidanza.

La Corte d'Appello di Torino aveva accolto il reclamo delle ricorrenti e ordinato all'Ufficiale di trascrivere l'atto di nascita, facendo leva sull'art. 33 l. 218/1995 che rimette ogni determinazione circa il rapporto di filiazione e la relativa cittadinanza alla legge nazionale del figlio.

Per entrambi i giudici di merito si doveva far riferimento alla nozione di ordine pubblico internazionale, come conformità ai principi caratterizzanti l'ordinamento interno in un dato momento storico e fondati sulle esigenze di tutela dei diritti fondamentali comuni ai diversi ordinamenti, sulla base quindi di *valori condivisi nella comunità internazionale* (ricompresa la CEDU). Tuttavia, a differenza del giudice di prime cure, la Corte d'Appello aveva escluso la violazione dell'ordine pubblico confutando che, nel caso di specie, dovesse aversi riguardo ad una nozione di "famiglia" intesa esclusivamente come unione di persone di sesso diverso ed evidenziando, invece, la rilevanza costituzionale delle unioni di persone dello stesso sesso (in virtù dell'art. 2 Cost.), titolari del diritto alla "vita familiare". In secondo luogo, il giudice di appello aveva posto l'accento sul rilievo decrescente conferito dall'ordinamento all'aspetto biologico o genetico nella determinazione della genitorialità e sul rilievo, invece, crescente attribuito ai profili della volontarietà e della responsabilità genitoriale (deducendo tale orientamento anche dalla disciplina sulla P.M.A. di tipo eterologo, che consente di attribuire la maternità e la paternità a coloro che, indipendentemente dall'apporto genetico, abbiano voluto il figlio). Infine, era risultato determinante il riferimento all'interesse del bambino, al suo *status* di figlio, teso a garantire la copertura giuridica a una situazione consolidata

<sup>68</sup> A. SCHILLACI, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*, in [articolo29.it](#); cfr. poi G. LUCCIOLI, *Il caso del figlio nato da due madri. L'interesse del minore e il limite dell'ordine pubblico*, in [giudicedonna.it](#), 4/2016.

da anni. Alla luce di ciò la mancata trascrizione avrebbe compreso «*il diritto alla sua identità personale e al suo status in Italia, sul cui territorio egli non avrebbe alcuna relazione parentale*».

Possiamo affermare che nella sentenza della Corte di Cassazione si discutono due piani giuridici funzionalmente connessi ma teoricamente separati che danno vita ad altrettanti principi di diritto: uno di stampo maggiormente pratico, l'altro maggiormente sistemico. Il primo attiene propriamente al caso della vita e riguarda la concreta possibilità di trascrivere un atto di filiazione avvenuto all'estero tra genitori omosessuali; il secondo concerne la natura dell'ordine pubblico e se esso possa ancora porsi come causa ostativa dell'ingresso di atti contrari ai principi della legislazione ordinaria.

Per ciò che attiene al primo punto, la conclusione della Cassazione è per la piena trascrivibilità dell'atto di nascita, perché la tecnica utilizzata dalle due madri è sostanzialmente assimilabile a una fecondazione eterologa e il dato dell'omogenitorialità, benché non ammesso nel nostro ordinamento, non può essere considerato un principio di rilievo tale da impedire la trascrizione, anche perché contrasterebbe con altri principi, certamente di rilievo costituzionale e, pertanto *prevalenti*; primo il *best interest* del minore alla *continuità della vita familiare* e, similmente, il diritto degli individui ad autodeterminarsi anche nel proprio progetto di costruire una famiglia<sup>69</sup>.

Per ciò che attiene al secondo piano del ragionamento (che poi costituisce il presupposto logico del primo) vogliamo spendere qualche parola in più.

<sup>69</sup> Punto 7 del considerato in diritto, dove leggiamo: «si tratta, in particolare, della tutela dell'interesse superiore del minore, anche sotto il profilo della sua identità personale e sociale, e in generale del diritto delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia, valori questi già presenti nella Carta costituzionale (artt. 2, 3, 31 e 32 Cost.) e la cui tutela è rafforzata dalle fonti sovranazionali che concorrono alla formazione dei principi di ordine pubblico internazionale». Sul *best interest* del minore cfr. E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano 2016; L. GIACOMELLI, *(Re)interpretando i best interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?*, S. ROMBOLI, *La natura "relativa" ed il significato di "clausola generale" del principio dell'interesse superiore del minore*, entrambi in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli 2014; A. ARENA, *A proposito dello "statuto costituzionale del minore" (Brevi riflessioni a margine di alcune "novità" nel dibattito parlamentare e nella giurisprudenza comune)*, in *Consulta online*, Studi, II/2016, 6 giugno 2016; G. LUCCIOLI, *Il caso del figlio nato da due madri. L'interesse del minore e il limite dell'ordine pubblico*, cit.

### 7.1. *L'ordine pubblico: l'evoluzione in senso oggettivo*

Interessanti, ai fini del nostro discorso, sono i motivi di ricorso della Procura generale e del Ministero dell'Interno avverso la pronuncia di seconde cure. Pur con riferimenti normativi diversi, entrambi i ricorrenti avevano sollevato, principalmente, un argomento: *la Corte d'Appello aveva male interpretato la nozione di ordine pubblico*, ignorando o misconoscendo il valore ed il senso di una serie di puntuali e cogenti statuizioni legislative.

Ad avviso della Procura ad esempio, tanto dalla legge n. 40 del 2004, tanto dall'art. 269 c.c., comma 3, deve desumersi che la «filiazione come discendenza da persone di sesso diverso» assurga al rango di «principio di ordine pubblico e diritto naturale, fondamentale e immanente nell'ordinamento». A sua volta il Ministero dell'interno aveva denunciato, nel primo motivo, la violazione e la falsa applicazione del D.P.R. n. 396 del 2000, art. 18, «per avere la Corte torinese accolto “una definizione troppo ampia di ordine pubblico” che finirebbe per svuotare di significato la stessa norma italiana che quel limite pone a salvaguardia dell'insieme di principi e valori ritenuti fondamentali dal legislatore, tra i quali quello della imprescindibile differenza di sesso tra i genitori, quale requisito indispensabile per il riconoscimento del rapporto di filiazione nei confronti di un terzo soggetto». Nel secondo motivo, similmente, era stata denunciata la violazione della L. n. 40 del 2004, artt. 5 e 9, che confermerebbero il principio in base al quale la nozione di filiazione è intesa nel nostro ordinamento come discendenza da persone di sesso diverso, avendo il legislatore posto un chiaro limite di carattere soggettivo alla possibilità di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA), precludendola alle coppie dello stesso sesso con una norma (art. 5)».

Vediamo allora come i motivi di ricorso sia della Procura generale sia del Ministero dell'Interno ricostruiscono *il concreto contenuto dell'ordine pubblico partendo da dati legislativi puntuali e attribuendo, perciò, al legislatore il ruolo di primo interprete e primo realizzatore di questo principio*. In certo modo questa ricostruzione ricorda quella originale di cui abbiamo discusso e che vede *l'ordine pubblico come una qualità di alcune leggi che incarnano alcuni valori etici e sociali fondamentali per l'ordinamento*.

La Corte di Cassazione, nel ritenere infondati questi motivi, accede ad una nozione, del medesimo principio, completamente diversa e, si può dire senza eccessiva tema di smentita, radicalmente opposta. Il giudice di legittimità percorre l'evoluzione della clausola generale, sostenendo che,

nel tempo, si è passati da una concezione statualistica ad una internazionalistico/costituzionale.

La prima nozione avrebbe inteso l'ordine pubblico «come espressione di un limite riferibile all'ordinamento giuridico nazionale, ai fini della salvaguardia di determinate concezioni di ordine morale e politico, particolarmente affermate nella società statale e assunte dal legislatore (ordinario) a criteri direttivi e informativi della sua opera. Specialmente intorno agli anni Trenta dello scorso secolo, la nozione di ordine pubblico era funzionale ad escludere l'applicabilità delle norme straniere costituenti espressione di principi etici contrastanti con quelli dell'ordinamento interno in un determinato momento storico, o più precisamente con quei principi a cui lo Stato “non può o non crede di dover rinunciare” ovvero con i “sommi inderogabili canoni del nostro sistema positivo” (Cass., sez. un., n. 1220 del 1964; n. 3881 del 1969)»<sup>70</sup>.

*Questa concezione statualista verifica tutte quelle caratteristiche che tradizionalmente venivano attribuite all'ordine pubblico e di cui abbiamo parlato nelle pagine precedenti: strutturalmente essa è tratta dal complesso normativo della legislazione statale, funzionalmente è limite protettivo nei confronti della sostanza spirituale dell'ordinamento.*

A questa ricostruzione, secondo l'avviso del supremo giudice di legittimità, se ne oppone attualmente un'altra, «di maggiore apertura verso gli ordinamenti esterni e più aderente agli artt. 10 e 11 Cost., e art. 117 Cost., comma 1, e alla corrispondente attuale posizione dell'ordinamento italiano in ambito internazionale. Tale più aperta concezione si fonda su *una maggiore partecipazione dei singoli Stati alla vita della comunità internazionale, la quale sempre meglio è capace di esprimere principi generalmente condivisi e non necessariamente tradotti in norme interne*, così da sottrarre la nozione di ordine pubblico internazionale sia ad un'eccessiva indeterminatezza sia ad un legame troppo rigido con i mutevoli contenuti delle legislazioni vigenti nei singoli ordinamenti nazionali. Se l'ordine pubblico si identificasse con quello esclusivamente interno, le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto analogo a quelle italiane, cancellando la diversità tra i sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato (cfr. Cass. n. 10215 del 2007, n. 14462 del 2000) ... Questa evoluzione della nozione di ordine pubblico segna un progres-

<sup>70</sup> Punto 7 del considerato in diritto.

sivo e condivisibile *allentamento del livello di guardia tradizionalmente opposto dall'ordinamento nazionale* all'ingresso di norme, istituti giuridici e valori estranei... Nella giurisprudenza di legittimità più recente prevale il riferimento all'ordine pubblico internazionale, da intendersi come *complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comune ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria* (cfr., tra le tante, Cass. n. 1302 e 19405 del 2013, n. 27592 del 2006, n. 22332 del 2004, n. 17349 del 2002). *Il legame, pur sempre necessario con l'ordinamento nazionale, è da intendersi limitato ai principi fondamentali desumibili, in primo luogo, dalla Costituzione* (già secondo Corte cost. n. 214 del 1983, la verifica del rispetto dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale costituisce un «passaggio obbligato della tematica dell'ordine pubblico»), *ma anche – laddove compatibili con essa (come nella materia in esame) – dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. In altri termini, i principi di ordine pubblico devono essere ricercati esclusivamente nei principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta costituzionale, vale a dire in quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario*<sup>71</sup>. Allora un contrasto con l'ordine pubblico non sarebbe «ravvisabile per il solo fatto che la norma straniera sia difforme contenutisticamente da una o più disposizioni del diritto nazionale, perché il parametro di riferimento non è costituito (o non è costituito più) dalle norme con le quali il legislatore ordinario eserciti (o abbia esercitato) la propria discrezionalità in una determinata materia, ma esclusivamente dai principi fondamentali vincolanti per lo stesso legislatore ordinario»<sup>72</sup>.

Queste parole rappresentano sostanzialmente gli estremi della vecchia polemica tra Quadri e Barile e la testimonianza che la giurisprudenza sta passando dall'adesione alle tesi del primo all'adesione a quelle del secondo, in ciò determinando una completa permutazione strutturale e

<sup>71</sup> *Ibidem*, corsivi nostri. Così «non sarebbe conforme a questa impostazione, ad esempio, l'orientamento espresso da Cass. n. 3444 del 1968 che, in passato, negava ingresso alle sentenze straniere di divorzio, solo perché la legislazione ordinaria dell'epoca stabiliva l'indissolubilità del matrimonio, sebbene detta indissolubilità non esprimesse alcun principio o valore costituzionale essenziale; v. Corte cost. n. 169 del 1971 sulla dissolubilità degli effetti civili del matrimonio concordatario».

<sup>72</sup> *Ibidem*, corsivi nostri.

addirittura un rovesciamento funzionale della categoria come originariamente intesa ma anche come reinterpretata negli studi costituzionalistici cui sopra abbiamo fatto cenno.

*Strutturalmente* viene spezzato quel legame olistico prima messo in evidenza e valorizzato dall'ingresso della Costituzione repubblicana: l'ordine pubblico non deve più essere dedotto dal complesso delle norme legali e costituzionali di un ordinamento ma soltanto dai principi supremi di questo. Tali principi divengono una porzione qualificata del sistema, l'unica in grado di definirne la sostanza spirituale, il nucleo immodificabile.

Ora, se questa ricostruzione da un lato sembra valorizzare il dato costituzionale, dall'altro però svaluta l'elemento legislativo come modalità di attuazione della Costituzione.

Similmente una simile visione sconta una *forte ambiguità*, sia in relazione alla visione del diritto internazionale, sia rispetto al rapporto tra questo e la Costituzione: si presume infatti che i principi costituzionali e il complesso del diritto sovranazionale (eurounitario, CEDU) costituiscano un sistema coerente, un complesso di valori strutturato nei quali non è possibile individuare un contrasto interno. Una concezione a dir poco irenica della relazione tra ordinamenti, dove invece non mancano forti distinzioni identitarie e addirittura contrasti difficilmente sanabili: basti por mente alla recente vicenda Taricco, nella quale la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 24 del 2017 ha ventilato il ricorso ai controllimiti giudicando l'interpretazione della Corte di Giustizia lesiva dei principi supremi del nostro ordinamento costituzionale. Esiste dunque una possibilità più che evidente e sempre più concreta che i principi supremi contrastino con un non meglio identificato complesso assiologico sovranazionale, che l'identità irrinunciabile del nostro sistema sia diversa e irriducibile rispetto al ciò che proviene dall'esterno di esso.

Vi è ancora di più: traspare, nemmeno tanto implicitamente dalle parole del supremo giudice, *una sorta di diffidenza circa la capacità significativa della legislazione, circa la sua attitudine a attuare il senso ultimo dell'ordinamento*. La discrezionalità legislativa, dunque l'espressione più democratica e tradizionalmente più compiuta dell'indirizzo politico, sembra essere osservata e vista come una manifestazione estemporanea (mi vien da dire capricciosa), preda del contingente e da questo destinata ad essere superata.

*L'elemento temporale assume qui una capacità significativa che non può essere trascurata: invale una peculiare opposizione tra un sistema di va-*

*lori* (costituzional-internazionale) *durevole e una legislazione* (nazionale) *inevitabilmente transitoria*. Così la transitorietà di quello che dovrebbe essere l'atto nomopoietico per eccellenza lo rende incapace di esprimere il senso profondo del sistema, ciò che di esso deve essere conservato e protetto. Sembra quasi che la *verità dell'ordinamento* vada necessariamente, pervicacemente, cercata altrove; cercata dappertutto fuorché nella legislazione.

*Funzionalmente* l'inversione di rotta pare ancora più drammatica, se pensiamo che la tradizionale funzione limitante dell'ordine pubblico viene addirittura rovesciata fino a trasformare la nozione in esame *non più nell'argine ma nella porta di ingresso del diritto straniero nell'ordinamento italiano*. In nome di questa pretesa compatibilità tra nucleo costituzionale e diritto sovranazionale, si può addirittura superare la sostanza delle statuizioni positive e i principi che da queste si dovrebbero trarre.

### 7.2. ... e in senso soggettivo: l'autoattribuzione di un sindacato diffuso

Questa permutazione del profilo oggettivo dell'ordine pubblico riddonda ovviamente e inevitabilmente in un simmetrico mutamento del profilo soggettivo.

Se, infatti, la legge non è più canone da cui trarre tale principio, di viene poco meno che pleonastico rilevare come lo stesso legislatore parlamentare venga escluso dal circuito creativo e interpretativo di esso, con tutto ciò che questo comporta in termini di legittimazione democratica.

Residuano allora due ovvie domande la cui risposta, quantomeno in relazione alla prima, è altrettanto ovvia: chi è chiamato a definire l'ordine pubblico e in che modo.

Come detto, la risposta alla domanda sul "chi" si palesa senza sforzo: in un palcoscenico dove si spengono le luci sul legislatore, al centro della scena rimane il giudice, che però non è più garante di scelte democraticamente condivise, ma nuovo sacerdote degli eterni misteri contenuti in questo esoterico sistema costituzional-internazionale che il legislatore non è in grado di comprendere e attuare, se non in maniera imperfetta, transitoria e, dunque, inaffidabile.

La risposta alla domanda sul "chi" porta con sé la risposta alla domanda sul "come", poiché da sempre *la via dei sacerdoti è l'interpretazione e prioritariamente* (quantomeno dal Concilio di Nicea in poi) *la scelta su quali testi siano degni di interpretazione e quali siano esclusi dal "canone"*.

Le linee di questa operazione sapienziale sono evidenti nell'argomentazione della Cassazione: «*La ricerca di tali principi – è opportuno precisare – richiede una delicata operazione ermeneutica che non si fermi alla lettera della disposizione normativa, seppure di rango costituzionale, com'è dimostrato dal fatto che esistono in Costituzione norme dalle quali non si evincono principi inviolabili e che, quindi, non concorrono ad integrare la nozione di ordine pubblico*»<sup>73</sup>. Se la legge è fonte certamente “apocrifia”, anche la Costituzione va attentamente vagliata per comprendere quali parti siano autenticamente “ispirate” e utili alla comprensione di come il principio *deve essere inteso per essere inteso correttamente*.

Così, «il giudice, al quale è affidato il compito di verificare preventivamente la compatibilità della norma straniera con tali principi, dovrà negare il contrasto con l'ordine pubblico in presenza di una mera incompatibilità (temporanea) della norma straniera con la legislazione nazionale vigente, quando questa rappresenti una delle possibili modalità di espressione della discrezionalità del legislatore ordinario in un determinato momento storico»<sup>74</sup>.

Vi è davvero un'attitudine sacerdotale in questa insistenza sulla inaffidabilità della legislazione perché temporalmente situata; come se i giudici al pari dei chierici si occupassero non delle cose mondane, destinate alla caducità, *vanitas vanitatum*, ma fossero portatori di una legittimazione superiore, tale da potersi (e doversi) occupare dell'*eterno*.

Da notare che se da sempre, soggettivamente, l'ordine pubblico è un canone ermeneutico nelle mani del giudice, tuttavia, qui si registra una profonda novità nell'utilizzo di tale canone: se infatti nelle ricostruzioni originarie l'ordine pubblico era una qualità che l'interprete deve inventare in alcune leggi, ora esso sembra diventare una qualità che *il giudice ha la facoltà di ritrovare in alcune norme della Costituzione*; come se l'oggetto della sua discrezionalità avesse salito un gradino nella gerarchia delle fonti, con una conseguenza evidente: *la disapplicazione di una legge interna non conforme alla sua interpretazione* (come avviene in questo caso rispet-

<sup>73</sup> *Ibidem*, corsivi nostri.

<sup>74</sup> *Ibidem*. Il passo così continua: «Da tempo, infatti, questa Corte ha precisato che le norme espressive dell'ordine pubblico non coincidono con quelle imperative o inderogabili (cfr. Cass. n. 4040 del 2006, n. 13928 del 1999, n. 2215 del 1984), sicché il contrasto con queste ultime non costituisce, di per sé solo, impedimento all'ingresso dell'atto straniero; il giudice deve avere riguardo non già all'astratta formulazione della disposizione straniera o alla correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o di quello italiano, bensì “ai suoi effetti” (come ribadito da Cass. n. 9483 del 2013), in termini di compatibilità con il nucleo essenziale dei valori del nostro ordinamento».

to ad una serie di norme primarie<sup>75</sup>). *In sostanza l'autoattribuzione di un vero e proprio sindacato diffuso.*

Ed esplicitamente di sindacato diffuso la Cassazione parla nel passaggio successivo a quello appena citato: «*Si tratta di un giudizio (o di un test) simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale ... dovendosi ammettere il contrasto con l'ordine pubblico soltanto nel caso in cui il giudice possa motivatamente ritenere che al legislatore ordinario sarebbe ipoteticamente precluso di introdurre, nell'ordinamento interno, una norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con valori costituzionali primari*»<sup>76</sup>.

Siamo molto lontani dalla decisione n. 4184/12 sopra commentata, dove chiaramente si affermava che le coppie omosessuali, pur non potendo far valere il diritto al matrimonio avrebbero potuto adire i giudici comuni per la tutela di altre situazioni legate alla vita familiare e in quella sede «eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza»<sup>77</sup>.

Allora nella decisione del 2012 rimane centrale, per il superamento di profili di sofferenza costituzionale, l'intermediazione del sindacato accentrato, mentre qui si prefigura, come detto, l'avvento di un vero e proprio *sindacato diffuso di costituzionalità* nel quale ogni giudice può *disapplicare la legge per attuare la Costituzione*. Il cerchio è completo sia

<sup>75</sup> Come gli artt. 5 e 9 della L. n. 40 del 2004.

<sup>76</sup> *Ibidem*, corsivi nostri. Il ragionamento così si conclude: «La progressiva riduzione della portata del principio di ordine pubblico – tradizionalmente inteso come clausola di sbarramento alla circolazione dei valori giuridici cui tende, invece, il sistema del diritto internazionale privato – è coerente con la storicità della nozione e trova un limite soltanto nella potenziale aggressione dell'atto giuridico straniero ai valori essenziali dell'ordinamento interno, da valutarsi in armonia con quelli della comunità internazionale. Si deve, pertanto, affermare il seguente principio di diritto: il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero (nella specie, dell'atto di nascita), i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia, a norma della L. n. 218 del 1995, artt. 16, 64 e 65, e D.P.R. n. 396 del 2000, art. 18, deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo».

<sup>77</sup> Cass. civ. n. 4184/2012, punto 4.2.

dal punto di vista oggettivo sia da quello soggettivo: si compie, in questo ambito, il superamento di ciò che attenta dottrina aveva definito «legalità legale» ad opera della «legalità costituzionale»<sup>78</sup>; superamento che inevitabilmente porta con sé il prevalere di una logica sapienziale su quella democratica, del giudice sul legislatore.

#### 8. *Il seguito della decisione e l'estensione dell'ambito di applicazione del principio nella decisione della Corte d'Appello di Trento*

Il ragionamento posto in essere dalla Corte di Cassazione e i principi giuridici che da esso se ne traggono sono stati ulteriormente sviluppati da alcune successive decisioni.

In primo luogo la Corte d'Appello di Trento (nella sentenza depositata il 4 febbraio 2017) sposa pienamente la ricostruzione del supremo giudice di legittimità sul piano sistemico e va addirittura oltre su quello pratico.

Il caso del giudizio riguardava la trascrizione in Italia dell'atto estero con il quale si affermava la *cogitorialità* di una coppia omosessuale maschile nei confronti di due gemelli nati tramite la procedura della c.d. maternità surrogata<sup>79</sup>. È bene sottolineare che, a differenza del caso af-

<sup>78</sup> M. LUCIANI, *Su legalità legale, legalità costituzionale e unità dell'ordinamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Torino 2005, 501 ss., e ID., *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione 'conforme a'*, in *federalismi.it*, 16/2007.

<sup>79</sup> Sulla questione della maternità surrogata cfr. B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *Biodiritto*, 2/2014, 157 ss. e ID., *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, 2/2016, 39 ss.; M. RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, 2/2015, 89 ss.; M. DOVA, *Maternità surrogata e diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 917 ss.; R. BIN, *Maternità surrogata. Ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2/2016; A. MARTONE, *La maternità surrogata: ordine pubblico e best interest of the child*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova 2016, 717 ss.; C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, 1/2016, 173 ss.; E. CRIVELLI, *Gli accordi di maternità surrogata tra legalità ed affettività*, in *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, Napoli 2016; C. RAGNI, *Gestazione per altri e riconoscimento dello status di figlio*, in *GenIUS*, III/2016; A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *federalismi.it*, 10/2016, 11 maggio 2016; D. ROSANI, *"The Best Interests of the Parents"*. *La maternità surrogata in Europa tra Interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, 1/2017, 19 ss.; V. SCALISI, *Maternità surrogata. Un divieto ancora attuale?*, in S. AGOSTA, G. D'AMICO, L. D'ANDREA (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita*.

frontato dalla Cassazione, qui i due gemelli possedevano un legame biologico solo con uno dei due genitori, ossia quello dei due padri che aveva donato il seme con il quale era stato fecondato l'ovocita di una donatrice, mentre la gravidanza era stata portata avanti da una seconda donna (della quale, con provvedimento giudiziale dello Stato estero, era stata riconosciuta la non genitorialità).

Come detto, sul piano sistemico la Corte d'Appello di Trento sposa pienamente il ragionamento della Cassazione, citandone ampi passi e concludendo che: «la indubitabile constatazione che in base alla vigente disciplina non sia consentito il ricorso alla maternità surrogata» non è sufficiente per negare nel nostro ordinamento l'efficacia dell'atto, lecito nell'ordinamento straniero, che ha riconosciuto il rapporto di filiazione; «al fine di escludere che un tale provvedimento abbia effetto *occorrerebbe affermare che la legislazione italiana sopra richiamata sia espressione di principi fondamentali e costituzionalmente obbligati, non modificabili ad opera del legislatore*, rispetto ai quali l'interesse dei minori al mantenimento dello status filiationis conseguito legittimamente all'estero debba recedere»<sup>80</sup>. Anche l'attuale preclusione legislativa presente nella legge n. 40 del 2004 circa la surrogazione di maternità «va considerata non già espressione di principi fondamentali costituzionalmente obbligati, ma piuttosto come *punto di equilibrio attualmente raggiunto a livello legislativo* nella tutela di differenti interessi fondamentali che vengono in considerazione nella materia»<sup>81</sup>.

Come si evince da questi passi, sul piano sistemico vi è piena sovrapposibilità tra le argomentazioni della Corte d'Appello di Trento e quelle della Cassazione: si pone infatti il medesimo vallo tra la legislazione – che rappresenta *scelte temporanee e discrezionali* – e i principi costituzionali che, invece, sono necessari, obbligatori e, dunque, non transeunti. *Una distinzione tra Costituzione e legislazione che diviene distinzione tra temporaneità e permanenza, tra accidentalità e sostanzialità*. La discrezionalità legislativa sembra, anche in questa decisione, completamente privata di valore sistemico; di più essa appare come *una sorta di concetto-limite uti-*

*Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive, Messina 5-6 maggio 2016, Napoli 2017; E. LAMARQUE, Navigare a vista. Il giurista italiano e la maternità surrogata, in giudicedonna.it, 1/17; B. LIBERALI, Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza, Milano, 2017.*

<sup>80</sup> Corte d'Appello di Trento I sezione, sent. del 4/2/2017, p. 15, corsivi nostri.

<sup>81</sup> Corte d'Appello di Trento I sezione, sent. del 4/2/2017, p. 16, corsivi nostri.

*lizzabile solo in termini negativi*, solo in relazione a ciò *che non può fare né concretamente né astrattamente: essa non può essere parametro di ordine pubblico, a meno di non incarnare principi che essa stessa non può modificare*. Francamente appare difficile comprendere come una legge possa essere considerata, in ragione della sua ovvia non eternità, come derogabile dal giudice o come insuscettibile di divenire parametro di giudizio a meno che essa non incarni dei principi costituzionalmente obbligati che lo stesso legislatore non potrebbe modificare.

Ma se sul piano argomentativo concernente l'ordine pubblico non si segnalano differenze tra la motivazione della Corte d'Appello di Trento e quella della Cassazione, al contrario, sul piano dei diritti concretamente individuati, deve segnalarsi una progressione (se questa sia effettivamente un progresso non è questione che vogliamo qui affrontare).

Il caso affrontato dal supremo giudice di legittimità, come detto, concerneva due madri che possedevano entrambe un legame biologico con il proprio figlio; questo legame nel caso in esame non poteva essere vantato da entrambi i padri e, tuttavia, tale differenza, pur eccepita dalle controparti, non è stata ritenuta dirimente: «La incontrovertita insussistenza del legame genetico fra i due minori» e uno dei due padri «sottolineata anche per escludere la pertinenza del caso in esame dei principi affermati nella decisione della Cassazione n. 19599/2016 ... non rappresenta un ostacolo al riconoscimento del rapporto di filiazione ... dovendosi escludere che nel nostro ordinamento vi sia un modello di genitorialità esclusivamente fondato sul legame biologico fra il genitore ed il nato; *all'opposto deve essere considerata*: l'importanza assunta a livello normativo dal concetto di genitorialità che si manifesta nella consapevole decisione di allevare e accudire il nato; la favorevole considerazione da parte dell'ordinamento giuridico al progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli anche indipendentemente dal dato genetico, con la regolazione dell'istituto dell'adozione; la possibile assenza di relazione biologica con uno dei genitori (nella specie il padre) per i figli nati da tecniche di fecondazione eterologa consentite»<sup>82</sup>.

Questo passo ci mostra con chiarezza come nella costruzione del concetto giuridico di vita familiare il giudice operi una netta selezione, valorizzando alcuni dati normativi che egli ritiene significativi rispetto ad altri ritenuti invece insignificanti: dunque, se la legge n. 40/2004 non è di per sé idonea a divenire parametro per definire ciò che debba essere conside-

<sup>82</sup> Corte d'Appello di Trento I sezione, sent. del 4/2/2017, p. 17-18, corsivi nostri.

rato vita familiare (e, conseguentemente, limite dell'ordine pubblico), lo è invece la normativa sull'adozione o quella sulla fecondazione eterologa consentita (che in realtà è una porzione della legge n. 40 ancorché la porzione manipolata dalla sentenza della Consulta).

Questa selezione tra ciò che è utile e ciò che non lo è a livello legislativo è operata anche invocando, come elemento argomentativo dirimente, la sentenza della CEDU del 24/1/2017 la quale definisce la *vita familiare* come «una questione di fatto che dipende da stretti legami personali» ossia «da fattori che dimostrino che una relazione è sufficientemente costante»<sup>83</sup>. Da un punto di vista formale non si può probabilmente affermare l'inconferenza di tale richiamo: soprattutto dopo le c.d. *sentenze gemelle* della Consulta (nn. 348 e 349 del 2007), il diritto CEDU è considerato sovraordinato alla legge ordinaria, addirittura suscettibile di divenire norma interposta nel giudizio di costituzionalità; tuttavia qui non poniamo in dubbio l'andamento formale dell'operazione ermeneutica, né, in fondo, la correttezza della decisione concreta. Piuttosto si vuole significare come questo nuovo modo di intendere l'ordine pubblico ponga *la sostanza dei diritti su un piano inclinato* che probabilmente procede verso una condizione incrementale ma che li sottrae al vaglio del circuito democratico, legittimando anche operazioni, come ad esempio la maternità surrogata, sulla cui sostanza etica sarebbe bene interrogarsi più a fondo, senza por mente ad altri fattori di tipo sistemico, quali la polverizzazione di un diritto affidato unicamente nelle mani dei singoli giudici o la lesione dell'eguaglianza formale in un contesto in cui alcuni (per condizioni «personali e sociali») futuri “genitori intenzionali” possono andare all'estero, dove determinate pratiche sono lecite, ed altri no. Tra le due sentenze il percorso di questo piano inclinato è evidente: nella decisione della Cassazione il dato biologico era considerato come un elemento tra i molti che definivano la situazione di fatto, nella decisione della Corte d'Appello di Trento la presenza o meno di tale legame appare indifferente.

I dubbi di chi scrive sul senso concreto delle decisioni, dunque al di là delle perplessità sistemiche, appartengono probabilmente ad un piano personale e squisitamente etico, ma proprio per questo – e qui forse i due piani del discorso si saldano – riteniamo che le questioni etiche, soprattutto quelle più controverse, per essere risolte in termini giuridici, debbano essere discusse in sede parlamentare, perché esse attengo-

<sup>83</sup> Corte d'Appello di Trento I sezione, sent. del 4/2/2017, p. 18.

no all'autocomprensione di un popolo, alla scelta su chi siamo e cosa riteniamo giusto fare; per questo credo che debba essere la politica ad assumersi la responsabilità di simili scelte e poi risponderne di fronte ai propri elettori, piuttosto che rimettere tutto ad un circuito sapienziale che, con tutti i suoi indiscussi meriti, non è chiamato ad alcuna forma di responsabilità politica.

### 9. *Ulteriori implementazioni: le decisioni del Tribunale di Firenze*

Sulla medesima scia si pongono due recenti decisioni del Tribunale di Firenze anch'esse in tema di omogenitorialità e, segnatamente, riguardanti la trascrizione di un provvedimento straniero di adozione da parte di coppie gay<sup>84</sup>.

Per ciò che concerne la questione in sé, il Tribunale dichiara che «l'adozione pronunciata dalla competente autorità di un Paese straniero a istanza di cittadini italiani, che dimostrino al momento della pronuncia di aver soggiornato continuativamente nello stesso e di avervi avuto la residenza da almeno due anni, viene riconosciuta ad ogni effetto in Italia con provvedimento del tribunale per i minorenni, purché conforme ai principi della Convenzione» (per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, fatta a L'Aja il 29 maggio 1993 e ratificata dall'Italia).

La Corte di prime cure svolge un'attività interpretativa volta a distinguere nettamente l'ambito di applicazione di due diversi *gruppi normativi*: da un lato gli articoli 35 e 36 (commi 1, 2 e 3) della legge n. 184/1983, dall'altro l'art. 36, comma 4, della medesima legge. I primi sono destinati a trovare applicazione nel caso in cui gli adottanti risiedano in Italia (e dunque ivi intendano condurre il minore, una volta adottato); l'altra norma sarà applicata quando gli adottanti, seppur cittadini italiani, risiedano all'estero assieme al minore<sup>85</sup>. Tale ultima previsione è ritenuta dai giudici fiorentini speciale e derogatoria rispetto ai principi generali in tema di adozione; tuttavia anche dei provvedimenti, che cadono sotto l'egida di tale disposizione, dovrà essere valutata la conformità ai principi

<sup>84</sup> Su queste sentenze e sul loro inquadramento nell'attuale sviluppo giurisprudenziale in tema di omogenitorialità, si veda l'efficace contributo di A. SCHILLACI, "Una vera e propria famiglia": da Firenze un nuovo passo avanti per il riconoscimento dell'omogenitorialità, in *articolo29.it*.

<sup>85</sup> Sul punto cfr. A. SCHILLACI, *op. cit.*

della Convenzione e la compatibilità, ai sensi dell'art. 24 della medesima Convenzione, con l'ordine pubblico, da valutarsi però, ancora una volta, «tenuto conto dell'interesse superiore del minore».

Il punto focale del bilanciamento degli interessi concreti rimane, dunque, come negli altri casi, il *best interest* del minore; similmente, il profilo sistematico viene risolto ancora una volta sulla base di quel concetto di ordine pubblico internazionale applicato secondo la ricostruzione della Cassazione. Così il Tribunale afferma di dover valutare «non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili) ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo», desumibili anche in questo caso dalla *triade Costituzione, obblighi internazionali* (nel caso di specie Convenzione dell'Aja e Convenzione europea dei diritti dell'uomo) e *diritto UE*<sup>86</sup>.

Da notare che anche qui si evince l'esclusione della legge dai parametri di riferimento, anche perché, per espressa ammissione del Tribunale è «evidente che la legge italiana vieta l'adozione a coppie non coniugate siano esse eterosessuali o omosessuali»<sup>87</sup>. *Ad adiuvandum* viene evocato quell'orientamento della Cassazione in forza del quale «è, difatti, (...) acquisizione sufficientemente consolidata quella per cui la nozione di ordine pubblico – in forza della quale la norma straniera che vi contrasti non può trovare ingresso nel nostro ordinamento in applicazione della pertinente disposizione di diritto internazionale privato – non è enucleabile esclusivamente sulla base dell'assetto ordinamentale interno, racchiudendo essa i principi fondamentali della Costituzione o quegli altri principi e regole che rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo o che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondanti del suo assetto ordinamentale (Cass. 26 novembre 2004 n. 22332; Cass. 19 luglio 2007 n. 16017)». «In altri termini come posto in rilievo da Cass. 26 aprile 2013 n. 10070 ... il concetto di ordine pubblico a fini internazionale-privatistici si identifica con quello indicato nell'espressione “ordine pubblico internazionale” da intendersi “come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico o fondati su esigenze di garanzia, comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali”»<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> Decisione sui provvedimenti inglesi, par. 3C.3, p. 17

<sup>87</sup> Par. 2B, p. 10.

<sup>88</sup> Cass. n. 19405/13, citato in 3B p. 12.

Ci pare evidente come in questo passaggio si noti una sorta di *internazionalizzazione del sistema assiologico interno*: l'ordine pubblico internazionale viene costruito come un concetto volto a tutelare, non l'intera sostanza dell'ordinamento interno, ma soltanto quella porzione valoriale che il nostro sistema condivide con gli ordinamenti stranieri; porzione di cui ancora una volta la legislazione non pare interprete sufficientemente qualificato.

Infatti ribadisce il Tribunale fiorentino: «Tali principi *non possono che ricavarsi dalla nostra Costituzione e dai Trattati internazionali cui l'Italia ha aderito e che hanno ai sensi dell'art. 117 Cost. lo stesso rango nel sistema delle fonti della Costituzione*»<sup>89</sup>. Francamente questa ultima affermazione ci pare semplicemente scorretta: che i Trattati internazionali abbiano rango pienamente costituzionale è sconfessato da una lettura attenta delle sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale, in forza delle quali se le norme CEDU, in ragione del richiamo dell'art 117 Cost., possono fungere da norma interposta nel giudizio di costituzionalità; esse tuttavia, per assolvere a tale funzione, non devono contrastare con le norme della Costituzione, ponendosi, diversamente dal diritto UE, su un rango certamente superiore alla legge ma, altrettanto certamente, inferiore rispetto alla nostra Carta fondamentale. *Non si può, dunque, giustificare in termini di superiorità formale un discorso volto ad affermare la supremazia assiologica del diritto convenzionale all'interno del nostro sistema*, sostenendo che tale diritto incarna valori pienamente assimilabili, per l'importanza che rivestono nell'ordinamento interno, a quelli della nostra Costituzione.

Tuttavia il Tribunale, continuando su questa china, quantomeno scivolosa, dopo aver citato la *Convenzione di Strasburgo del 2008 sull'adozione dei minori* e la *Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989*, afferma (anche in virtù di una lettura piuttosto estensiva dell'art. 30 Cost.): «*Si può quindi a buon titolo affermare che i valori fondanti del nostro ordinamento sono quelli condivisi con gli altri ordinamenti statali aderenti alle Convenzioni sopra citate*»<sup>90</sup>. Come già detto, questa affermazione ci pare scorretta dal punto di vista formale della teoria delle fonti e ci lascia alquanto perplessi dal punto di vista sostanziale. Similmente alle altre sentenze, quest'idea trae origine dalla supposta incapacità della discrezionalità legislativa di incarnare l'ordine pubblico e, parallelamente,

<sup>89</sup> 3B p. 12.

<sup>90</sup> 3B p. 13.

da un mandato custodiale di tale ordine all'autorità giudiziaria: «Molto efficacemente la Cassazione ha fatto un parallelo con il giudizio di costituzionalità; è contrario all'ordine pubblico internazionale ogniqualvolta si possa motivatamente ritenere che al legislatore sarebbe ipoteticamente precluso introdurre, nell'ordinamento interno, una norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con valori costituzionalmente primari». Torna questa sorta di relazione inversa tra un *legislatore vincolato* all'esecuzione dei valori costituzionali e un *giudice libero* di interpretarli; una singolare *riedizione della teoria delle rime obbligate* di crisafuliana memoria<sup>91</sup>.

#### 10. «Un limite ancora vivo»: la cautela delle Sezioni unite

Recentemente le Sezioni unite hanno avuto modo di prendere posizione in tema di ordine pubblico, pur pronunciandosi su un oggetto completamente diverso rispetto a quelli di cui si sono occupate le pronunce sopra esaminate.

La decisione 5 luglio 2017 n. 16601 sui cosiddetti “danni punitivi”, pur inserendosi in questo filone di ripensamento dell'ordine pubblico, pare molto più cauta nel definirne la funzione e i rapporti con la legge. Questa decisione compone una posizione più complessa, moderata e, almeno in uno dei suoi punti (tutt'altro però che trascurabile) non esente da ambiguità. La conclusione è che se da un lato non può essere disconosciuta la permutazione assiologica dell'ordine pubblico, dall'altro non può nemmeno essere completamente svalutato il ruolo della legge nella sua definizione concreta; consequenzialmente, gli stessi rapporti tra Costituzione e diritto sovranazionale appaiono descritti in maniera più realistica, tenendo presente quanto la nostra Carta fondamentale rappresenti ancora *un elemento di alterità identitaria* (se ci si passa l'ossimoro) rispetto al diritto sovranazionale.

Allora se, come si è fin qui sostenuto, i due profili (quello contenutistico/strutturale e quello funzionale) dell'ordine pubblico vengono inevitabilmente definiti dalle sue relazioni con *legge*, *Costituzione* e *diritto sovranazionale*, questi tre elementi si compongano diversamente nella decisione delle Sezioni unite rispetto a quelle finora esaminate.

Il Supremo giudice di legittimità ribadisce che indiscutibilmente si è

<sup>91</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, Padova 1984, 402 ss.

avuto un mutamento nel senso ultimo dell'ordine pubblico internazionale a causa dell'ingresso dell'Unione europea che però non deve far pensare ad una «riduzione della portata del principio»<sup>92</sup>. Così, alla «storica funzione dell'ordine pubblico si è affiancata, con l'emergere e il consolidarsi dell'Unione Europea, una funzione di esso promozionale dei valori tutelati, che mira ad armonizzare il rispetto di questi valori, essenziali per la vita dell'Unione». Tuttavia quasi a correggere il “furore internazionalista” della sentenza n. 19599/16, le Sezioni unite precisano che il rapporto tra «l'ordine pubblico dell'Unione e quello di fonte nazionale non è di sostituzione, ma di autonomia e coesistenza»<sup>93</sup>.

La Corte entra poi anche nel profilo pratico-soggettivo, scagliando una “staffilata” alla prospettiva di un eccessivo attivismo giudiziario e affermando che «a fungere da parametro non *basta il confronto fra le reazioni delle corti dei singoli Stati* alle attività provenienti da uno Stato terzo, o da un altro stato dell'Unione», poiché «la sentenza straniera che sia applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, quand'anche non ostacolata dalla disciplina europea, *deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale*»<sup>94</sup>. Da notare come, nel medesimo contesto argomentativo, al ridimensionamento della creatività del giudice faccia riscontro la riespansione, nella loro portata significativa, delle fonti primarie<sup>95</sup>.

Questo centrale passaggio culmina con il ridimensionamento di quell'*indistinto amalgama assiologico* propugnato nelle decisioni sopra esaminate, riaffermando la natura identitaria e la funzione limitante non solo della nostra Carta fondamentale ma anche della più generale morfologia del nostro sistema giuridico: «gli esiti armonizzanti, mediati dalle

<sup>92</sup> Punto 6, citando l'ord. 9978/16.

<sup>93</sup> *Ibidem*.

<sup>94</sup> *Ibidem*.

<sup>95</sup> Allora, nel caso di specie, anche e soprattutto in ragione della riserva di legge contenuta all'art. 23 Cost., il possibile trascolorare della responsabilità civile da una dimensione monofunzionale a una polifunzionale (e, dunque, anche punitiva) deve essere vagliato alla luce di un «indispensabile riscontro» con «il panorama normativo che si è venuto componendo»; non è dunque casuale che il punto 5.2 della decisione, nel quale è contenuto il brano appena citato, si declini essenzialmente in un esame della normativa primaria interna significativa di questo trascolorare. Sul punto viene citata la disciplina in tema di brevetti e marchi, di proprietà industriale e intellettuale, di intermediazione finanziaria.

Carte sovranazionali, potranno agevolare sovente effetti innovativi, *ma Costituzioni e tradizioni giuridiche con le loro diversità costituiscono un limite ancora vivo*<sup>96</sup>.

Costituzione e legge (o almeno alcune leggi), si compongono in un sistema di valori che va maneggiato con estrema cautela per bilanciare le due funzioni, *compresenti e al tempo stesso contrastanti*, di limite e apertura. In questa ricostruzione contempliamo un ordine pubblico che per essere rettamente inteso (e rettamente utilizzato) va assunto nella sua sempre maggiore complessità strutturale (poiché sempre più complesso è l'ordinamento di cui è espressione) e nella sua maturata, e oramai inevitabilmente consustanziale, conflittualità funzionale.

## 11. Contra legem

Per spendere alcune parole conclusive, e prendere necessariamente posizione, chi scrive può affermare da un lato di essere d'accordo sulla sostanza delle varie decisioni (o almeno della maggioranza di esse) in forza della loro portata espansiva rispetto ai diritti individuali, dall'altro di dover affrontare i punti che lasciano alcuni dubbi circa gli esiti ricostruttivi e sistemici che risultano dalle vicende giurisprudenziali fin qui descritte.

Pur in un unico *trend* di progressiva "internazionalizzazione assiologica" dell'ordine pubblico e di un suo inevitabile mutamento funzionale, ci pare di aver sufficientemente evidenziato come si possano individuare due orientamenti distinti: quello delle Sezioni unite e quello risultante dalla sent. 19599/16 (e dal seguito di questa).

A questo secondo orientamento (in realtà il primo ad essere stato esaminato), si vorrebbe muovere qualche critica.

In primo luogo appare in certo modo confusa l'idea di questo *amalgama assiologico* che la Cassazione e i giudici di merito producono nel tratteggiare un ordine pubblico fatto indistintamente di principi internazionali e costituzionali<sup>97</sup>. È semplicistico e persino ingenuo immaginare

<sup>96</sup> *Ibidem*, corsivi nostri. Certo un limite, aggiunge la Corte «privato di venature egoistiche, che davano loro "fiato corto", ma reso più complesso dall'intreccio internazionale in cui lo Stato si colloca». In questo conteso il termine "complesso" è quanto mai condivisibile, ponendo un'attenzione assai realistica su quanto difficile da maneggiare sia il materiale assiologico nazionale e sovranazionale.

<sup>97</sup> Questo legame (direi questa identificazione) tra valori nazionali e sovranazionali

l'ordinamento come spaccato in due tronconi distinti: *da un lato la legislazione, frutto di scelte accidentali e meramente interne, e dall'altro un complesso assiologico al tempo stesso durevole e internamente omogeneo nel quale Costituzione e principi sovranazionali si compongono in un tutto coerente.*

Questa sorta di visione manichea non tiene conto di due fattori determinanti: innanzitutto che la discrezionalità legislativa è essa stessa luogo di attuazione e di bilanciamento delle istanze costituzionali. Secondariamente che immaginare una piena *sovrapponibilità tra valori costituzionali ed il complesso delle scelte sovranazionali, oblia tanto il valore identitario dell'ordine pubblico quanto, consequenzialmente, la sua funzione limitatrice.*

Sotto quest'ultimo profilo va rilevato, in primo luogo, come il diritto sovranazionale sia composto da una serie di posizioni assiologiche che pur in un progressivo avvicinamento rimangono tra loro più che distinguibili (altra cosa è il sistema di valori CEDU altra quello UE). In secondo luogo – e questo mi pare ancora più importante e, al tempo stesso, evidente – il complesso dei valori costituzionali italiani mantiene una sua specifica identità, che lo distingue tanto dal sistema assiologico eurounitario tanto da quello della Convenzione dei diritti dell'uomo; pensiamo, ancora, alla netta affermazione della Corte costituzionale nella recente ordinanza n. 24 del 2017, in relazione al noto caso *Taricco*, in forza della quale l'identità assiologica della Costituzione permane, in alcuni suoi principi fondamentali, chiaramente difforme dal sistema dell'Unione europea (e da quello della CEDU); e proprio questa valenza identitaria continua a svolgere il proprio naturale ruolo protettivo del sistema, tanto da poter essere invocata come controlimite all'ingresso del diritto europeo.

Questa sorta di *confusione assiologica* unisce come un filo rosso il profilo sistematico delle varie decisioni e ridonda in una ulteriore indistinzione sul piano delle scelte pratiche. Il bilanciamento alla base di tali decisioni evoca il principio del *best interest* del minore come una sorta di *mantra* la cui ripetizione cancella le voci dissonanti e conduce a una equiparazione di situazioni tanto diverse tra loro da ricordare la notte schellinghiana in cui tutte le vacche sono nere<sup>98</sup>. Così in nome di questo

è, oramai, un punto archimedeo della giurisprudenza sull'ordine pubblico. Esso ricorre anche in una recentissima decisione delle Sezioni unite della Cassazione (peraltro diversa per tema e ben più moderata nel procedimento argomentativo di quelle qui commentate), che esamineremo tra poco.

<sup>98</sup> Ci si riferisce, ovviamente, all'espressione utilizzata da G.W.F. HEGEL nella *Prefa-*

*mantra* perdono valore le differenze tra i vari casi che, invece, sottopongono il nostro ordinamento a differenti livelli di tensione. Il bilanciamento come considerazione di tutte le istanze in gioco diviene in fin dei conti uno *pseudo-bilanciamento* nel quale ogni altra posizione risulta annichilita a favore di quella giudicata prevalente, poiché ciò che conta, come ricordato in diverse sentenze che qui si commentano è solo «l'effetto finale», ossia la protezione di una situazione di fatto (peraltro sicuramente degnissima) al di là di ogni considerazione su come questa situazione si sia prodotta<sup>99</sup>. Quello che autorevole dottrina civilistica ha definito come «prospettiva rimediale», tesa a promuovere l'effettività della tutela di interessi sostanziali «anche al di là delle regole formali che segnano il perimetro della fattispecie e dei suoi effetti»<sup>100</sup>.

In questo mi pare che la decisione della Corte d'Appello di Trento spicchi sostanzialmente rispetto alle altre, ma la differenza di una vicenda che mantiene dei forti tratti di peculiarità viene obliata in nome di una *presunta continuità argomentativa* volta a far prevalere l'interesse del minore attraverso questo diverso concetto di ordine pubblico. La costruzione di *un piano pericolosamente inclinato*, la cui pendenza può condurre ad esiti incontrollati.

Si potrebbe obiettare che la distinzione tra le varie posizioni abbia un sapore prevalentemente etico evocando problemi ai quali è particolarmente complesso predisporre soluzioni.

Proprio per questo, e qui si arriva all'ulteriore motivo di perplessità, riteniamo che di questioni come queste, di grande complessità e di im-

zione alla sua fondamentale opera *Die Phänomenologie des geistes*, trad. it. di Enrico De Negri, *Fenomenologia dello spirito*, Firenze 1963, nuova ed. Roma 2008, Tomo I, 12 ss., con la quale egli intendeva criticare la concezione dell'Assoluto del filosofo di Leonberg (pur non menzionato espressamente), il cui monocorde formalismo voleva «gabbellare questa monotonia e l'universalità astratta per l'Assoluto».

<sup>99</sup> In una recente e articolata riflessione sulla possibile ricostruzione giuridica della GPA (gestazione o gravidanza per altri), l'eccessiva univocità di un bilanciamento completamente costruito intorno al *best interest* è stata criticata secondo una prospettiva multi-relazionale che vuole valorizzato il ruolo della «madre biologica» e che mette in evidenza come «l'applicazione a valle del principio dell'interesse del minore non ci esime dal vedere ciò che c'è stato a monte della nascita»; così B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, 244.

<sup>100</sup> A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Eu. e dir. priv.*, 2015, 706; su tale posizione si rinvia inoltre alle chiare osservazioni di A. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 3/2016, 499 ss.; a tale ultimo contributo si rinvia anche per una visione generale dei contributi dottrinali ascrivibili a tale posizione.

mane momento etico, debba occuparsi il Parlamento e che la soluzione vada trovata al livello legislativo, poiché i temi di bioetica suscitano interrogativi profondi ai quali non può risponderci senza discussione e senza confronto, senza che le forze politiche si assumano la responsabilità delle scelte compiute. Per questo l'idea di un circuito sapienziale di giudici che scelga quali porzioni dell'ordinamento sono significative e quali no e che parta dal presupposto che la legge è un atto transeunte e privo di autentico significato assiologico, ci lascia ulteriormente perplessi.

Sentiamo di esprimerci in termini simili per quanto attiene alla ricaduta pratica di tali presupposti teorici, vale a dire *l'autoattribuzione, da parte dei giudici comuni, di una competenza di sindacato diffuso* i quali, in nome di questo canone ibrido di Costituzione e diritto internazionale, scavalcando le legittime forme del giudizio di costituzionalità in via incidentale, assumono la potestà di disapplicare la legge. In realtà una certa ibridazione tra il modello accentrato e quello diffuso è indiscutibilmente presente nel nostro ordinamento stante la naturale espansività dei significati costituzionali e certi aspetti del meccanismo di incidentalità<sup>101</sup>; meccanismo che vede il proprio coefficiente di diffusione aumentato dall'impulso che la stessa Consulta ha dato al fenomeno dell'interpretazione conforme<sup>102</sup>. Tuttavia altro è affermare la valenza espansiva in termini

<sup>101</sup> Cfr. V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano 1977, 514, dove leggiamo: la «continua compenetrazione fra interpretazione della Costituzione, sindacato sulla costituzionalità delle leggi e interpretazione delle leggi stesse, realizza in definitiva un sostanziale accostamento, sotto questo profilo, nella logica dei risultati del sistema incidentale accentrato di sindacato sulle leggi ai sistemi di sindacato "diffuso"».

<sup>102</sup> Sull'interpretazione conforme a Costituzione, diritto dell'UE, CEDU, v. tra i tanti, i contributi di C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari 1979, 161 ss.; L. CARLASSARRE, *Le questioni inammissibili e la loro riproposizione*, in *Studi in onore di V. Crisafulli*, I, Padova 1985, 164 ss.; A. ANZON, *Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 1998, 1090 ss.; E. LAMARQUE, *Le sezioni unite penali della Cassazione «si adeguano»...all'interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, 141 ss., nonché EAD., *Gli effetti della pronuncia interpretativa di rigetto della Corte costituzionale nel giudizio a quo. (Un'indagine sul «seguito» delle pronunce costituzionali)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, 685 ss.; A. RAUTI, *L'interpretazione adeguatrice come metacriterio ermeneutico e l'inversione logica dei criteri di rilevanza e non manifesta infondatezza*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio*, Torino 2002, 520 ss.; A. ANZON, *"Diffusione" del controllo di costituzionalità o "diffusione" del potere di attuazione giudiziaria della Costituzione?*, in *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, cit., 379

ermeneutici della Costituzione, *altro è attribuire ai giudici comuni la possibilità di disapplicare la legge in nome del proprio personale bilanciamento*. Consideriamo inoltre l'evanescenza del canone di riferimento: infatti, come affermato da questa giurisprudenza, la stessa Costituzione sarebbe oggetto di un vaglio ermeneutico per comprendere quale parte di essa contenga quei principi inderogabili tali da incarnare l'ordine pubblico. A questo si aggiunga che, nelle sentenze citate, tale vaglio sembra essere condotto alla luce del diritto internazionale – in un (alquanto forzoso) tentativo di armonizzare interno ed esterno – invertendo, in tal modo, il rapporto gerarchico tra Costituzione e CEDU, disegnato dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 348 e 349 del 2007<sup>103</sup>.

ss.; T. GROPPI, *Verso una giustizia costituzionale «mite»? Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Politica del diritto*, 2002, 217 ss.; L. ELIA, *Modeste proposte di segnaletica giurisprudenziale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, 3688 ss.; M. ESPOSITO, «*In penetralibus pontificum erat*»: *brevi considerazioni sulla parabola discendente del diritto scritto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 2995 ss.; V. MARCENÒ, *Le ordinanze di manifesta inammissibilità per «insufficiente sforzo interpretativo». Una tecnica che può coesistere con le decisioni manipolative (di norme) e con la dottrina del diritto vivente?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005; R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, relazione al Convegno *La circolazione dei modelli e delle tecniche di giudizio di costituzionalità in Europa*, Roma, 27-28 ottobre 2006, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); M. RUOTOLO, *Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 3418 ss.; ID., *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale: una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi nella rivista «Giurisprudenza costituzionale»*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano 2006, 903 ss.; ID., *L'incidenza della Costituzione repubblicana sulla lettura dell'art. 12 delle preleggi*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it); ID., *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli 2012; G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006; M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione «conforme a»*, cit., 2007; ID., *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano 2016, 440 ss.; F. MODUGNO, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008; ID., *Sul problema dell'interpretazione conforme a Costituzione: un breve excursus*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, 1961 ss.; ID., *Al fondo della teoria dell'«interpretazione conforme a Costituzione»*, in questa *Rivista*, 2015, 462 ss.; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in P. CARNEVALE-C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale tra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Torino 2008, 89 ss.; M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative. Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008*, Torino 2009.

<sup>103</sup> Su tali decisioni cfr. A. RUGGERI, *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, in [rivistaaic.it](http://rivistaaic.it), nonché ID., *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU*, in *Forum di Quaderni costituzionali*;

Non basta, dunque, evocare un contrasto con la Costituzione, poiché tra interpretare conformemente e disapplicare vi è un salto non solo negli effetti ma, ciò che più conta, nel presupposto essenziale, che consiste nel c.d. limite letterale; limite che la stessa Consulta ha affermato essere un vallo insuperabile dal giudice comune e che necessita il ricorso al giudizio di costituzionalità<sup>104</sup>. Tra parentesi, per la stessa giurisprudenza comunitaria, il limite del testo diviene il discrimine tra la possibilità di interpretare la norma interna conformemente a diritto comunitario o di applicarla<sup>105</sup>.

C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *rivistaaic.it*; A. MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti e uno indietro della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in *federalismi.it*, 22/2007; F. DONATI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *osservatorioaic.it*; M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, A. GUAZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma I, Cost.*, entrambi in *Giur. cost.*, 2007, rispettivamente 3564 ss. e 3574 ss.; M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, 185 ss.; F. GHERA, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*, in *Foro it.*, 2008, I, 50 ss.; F. SORRENTINO, *Apologia delle "sentenze gemelle" (brevi note a margine delle sentenze nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)*, in questa *Rivista*, 2009, 213 ss.; F. BILANCIA, *Con l'obiettivo di assicurare l'effettività degli strumenti di garanzia la Corte costituzionale italiana funzionalizza il "margine di apprezzamento" statale, di cui alla giurisprudenza CEDU, alla garanzia degli stessi diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2009, 4772 ss.; A. TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, in *Giur. cost.*, 2010, 2323 ss.; E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte di Strasburgo*, in *rivistaaic.it*, 1/2011.

<sup>104</sup> Cfr. tra le tante, la sentenza n. 232/2013, ove la Consulta afferma che «l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale»; ho provato a svolgere alcune considerazioni sul problema dei confini dell'interpretazione conforme in A. LONGO, *Tempo, interpretazione. Costituzione*, cit., spec. 169 ss. Cfr. inoltre le sentenze nn. 51/2014, 78 e 110/2012, 208/2009.

<sup>105</sup> Cfr. L. RONCHETTI, *Obiettivo applicazione uniforme: contraddizioni e discriminazioni nella giurisprudenza comunitaria sulle direttive non trasposte*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998; R. CAFARI PANICO, *Per un'interpretazione conforme*, in *Dir. Pubbl. Comparato Europeo*, 1999, I, 383 ss.; R. BELFIORE, *Interpretazione conforme e mandato d'arresto europeo: una conferma viene da oltremontana*, in *Cassazione penale*, 2007, 3479 ss.; P. BALBO, *I sistemi giurisdizionali nazionali di fronte all'interpretazione del mandato d'arresto europeo*, in *Consulta online*, R. CALVANO (a cura di), *Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo*, Napoli 2007; S. CAMPAILLA, *L'obbligo di interpretazione conforme tra diritto dell'Unione, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ruolo della Corte di Strasburgo*, in *Processo penale e giustizia*, 2012, 102 ss.; M. GIALUZ, *L'obbligo*

È noto che nella dottrina civilistica sia acceso il dibattito circa l'immediata applicabilità dei principi costituzionali nei rapporti tra privati e se tali principi possano essere applicati, al di là della loro valenza ermeneutica, in mancanza di legge o di una clausola generale<sup>106</sup>. Tuttavia qui siamo in una situazione ancora diversa *nella quale la clausola generale viene applicata*, in omaggio ad alcuni di quei principi (selezionati e bilanciati dalla discrezionalità giudiziaria), *contra legem*.

A questa critica si potrebbero muovere due ulteriori obiezioni: in primo luogo che questo attivismo giudiziario deriva dall'inerzia della politica; in secondo luogo che lo stesso giudice, nello Stato costituzionale, è a propria volta parte di un dialogo democratico ancorché in funzione contromaggioritaria, una parte essenziale della «società aperta degli interpreti della Costituzione», per dirla *à la* Peter Häberle<sup>107</sup>.

Ora le due obiezioni non ci convincono del tutto.

Per ciò che concerne la prima, lo stallo della politica in questi temi non crediamo dipenda da mera incapacità ma più probabilmente da conflitti che agitano la stessa società e la vedono divisa su tali tematiche; in un paese a forte tradizione cattolica non può stupire che le forze politiche si trovino divise su argomenti tanto delicati. Su questi argomenti, credia-

*di interpretazione conforme alla direttiva sul diritto all'assistenza linguistica*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 433 ss.; G. PISTORIO, *Interpretazioni e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli 2012; G. SALCUNI, *L'interpretazione conforme al diritto europeo e la legittimazione democratica del giudice*, in *Lalegislazionepenale.eu*; A. RUGGERI, *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, in *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, cit., 390 ss., e ID., *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in *rivistaaic.it*; A. BERNARSI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione Europea. Brevi osservazioni di un penalista*, in *forumcostituzionale.it*; V. PICCONE, *L'interpretazione conforme nell'ordinamento integrato*, in R. COSIO, R. FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano 2012, 270 ss.; C. ACOCELLA, *Interpretazione conforme al diritto comunitario ed efficienza economica*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, cit., 96 ss.; G. CAMPANELLI, *Interpretazione conforme a CEDU e al diritto comunitario: proporzionalità e adeguatezza in materia penale*, in *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, cit.; sia inoltre consentito rinviare ad A. LONGO, *Alcune riflessioni sui rapporti tra l'interpretazione conforme a diritto comunitario e l'utilizzo del canone di equilibrio finanziario da parte della Corte costituzionale*, in *Consulta online*.

<sup>106</sup> Il dibattito di cui sopra è ben riassunto da G. D'AMICO, *op. cit.*, 446 ss., diffusamente.

<sup>107</sup> L'idea della società aperta degli interpreti della Costituzione permea diversa parte della produzione di Häberle; qui riassuntivamente si rinvia a P. HÄBERLE, voce *Stato costituzionale*, in *Enc. giur.*, vol. XXX, Roma 2001.

mo di poter affermare senza eccessiva tema di smentita, che *la politica è inerte perché la società è spaccata*. Questa incertezza, questa divisione interna del contesto politico può essere arbitrariamente superata dal potere giudiziario?

La creazione di nuovi diritti, per il tramite dell'argomentazione costituzionale, è operazione delicata che credo vada lasciata alla Consulta, interprete privilegiato, anche se non unico, della Carta fondamentale e vincolato dai termini e dalle forme del giudizio di costituzionalità. Il giudice comune, invece, come giustamente è stato scritto, dovrebbe evitare di sostituirsi alla politica e anticipare «soluzioni, la cui mancata adozione da parte del legislatore non sia tanto dovuta a colpevole inerzia, quanto piuttosto alla circostanza che (secondo il pensiero della maggioranza) quelle soluzioni non sono ancora “mature” (o, comunque, sono oggetto di forti contrapposizioni nell'ambito dell'opinione pubblica)»<sup>108</sup>.

Per ciò che concerne la seconda possibile obiezione, se pure concordiamo sulle premesse, gli esiti, invece, ci paiono non condivisibili: se è vero che i giudici sono parte di un dialogo democratico *possiamo immaginare che uno dei dialoganti escluda, motu proprio, l'altro*, affermando che il modo in cui esprime, la sua “parola” (la legge), sia insuscettibile di avere un peso nel discorso? Spinta fino a questi estremi, la funzione contromaggioritaria non diviene, semplicemente, antidemocratica?

## 12. «Un potere organato semplicemente»

Il principio dell'ordine pubblico sta subendo, all'interno della giurisprudenza, un chiaro e, probabilmente, irreversibile ridimensionamento della sua natura identitaria e della sua funzione protettiva<sup>109</sup>.

<sup>108</sup> G. D'AMICO, *op. cit.*, 485.

<sup>109</sup> Un'eccezione a questa erosione identitaria rimane probabilmente per quanto concerne l'ordine pubblico materiale; penso qui alla recente sentenza della Prima Sezione penale della Cassazione sul *kirpan*, la n. 24084/2017, nel quale il supremo giudice con una motivazione (peraltro piuttosto criticata dalla dottrina costituzionalistica) ha affermato che la libertà religiosa «incontra dei limiti, stabiliti dalla legislazione in vista della tutela di altre esigenze, tra cui quella della pacifica convivenza e della sicurezza, compendiate nella formula dell'”ordine pubblico”». Forse l'unica porzione sistemicamente identitaria e funzionalmente limitativa è destinata a rimanere in capo all'ordine pubblico inteso in senso materiale; cosa tra l'altro affermata dalla Corte di giustizia quando sostiene che il ricorso al limite dell'ordine pubblico presuppone l'esistenza di una minaccia reale, attuale e grave nei confronti di un interesse attuale della società. Ciò che diventerà concretamente l'ordi-

Rievocando i termini della risalente disputa dottrinarica pare che le tesi di Barile, un tempo neglette dalla giurisprudenza, si stiano prendendo una rivincita su quelle di Quadri o Balladore Pallieri.

Tale mutamento è però ancora interpretato non uniformemente, tanto che lo *scontro*, ci pare, si pone *tra un'assunzione di complessità e una proclamazione di semplicità*.

L'articolata lettura delle Sezioni unite sembra mossa da un prudente realismo, nel quale si valorizzano i termini di una lettura che senza essere statualista, rimane giustamente attenta allo specifico ruolo del nostro ordinamento nel contesto internazionale, della Costituzione nel nostro ordinamento, della legge rispetto alla Costituzione, e dei giudici di fronte alla legge. In definitiva della complessità dei valori e della diversità dei soggetti che necessariamente devono essere coinvolti.

L'altro orientamento pare mosso da una visione troppo radicale e semplicistica (benché certamente anche da un intento espansivo dei diritti individuali), tesa ad annichilire l'originaria funzione di "filtro" dell'ordine pubblico, fino a "rovesciarla" nel suo opposto; *una funzione non limitativa e nemmeno neutrale, ma semplicemente, unicamente, pregiudizialmente adeguatrice*. Il tutto basato sul presupposto di un'autoevidente coerenza assiologica tra la Costituzione e la nuova *communitas universalis*, da cui il legislatore è escluso e di cui il giudice è interprete privilegiato (tanto privilegiato da poter avocare a sé un inaccettabile potere di disapplicazione).

Il senso del costituzionalismo moderno è l'assunzione della complessità: la complessità sostanziale del pluralismo assiologico e la complessità procedurale dell'esercizio diviso e condiviso dei poteri. Tale sorta di semplicità presupposta, che ignora quanto molti di questi temi siano oggetto di divisione e quanto le soluzioni necessariamente oggetto di condivisione, non può che lasciare perplessi. «La natura dell'uomo è intricata ed i fini della società estremamente complessi, e quindi un potere organato semplicemente sarà del tutto insufficiente al proposito di dirigere la natura umana o la qualità dei suoi affari»<sup>110</sup>.

ne pubblico nelle sue varie sfaccettature è ancora da vedere anche se mi pare indiscutibile che tale principio stia andando incontro a radicali trasformazioni.

<sup>110</sup> E. BURKE, *Reflections on the Revolution in France, and on the Proceedings in Certain Societies in London Relative to that Event. In a Letter Intended to Have Been Sent to a Gentleman in Paris*, trad. it., *Riflessioni sulla Rivoluzione francese e sulle deliberazioni di alcune società di Londra ad essa relative: in un lettera destinata ad un gentiluomo parigino*, in *Scritti politici*, a cura di Anna Martelloni, Torino 1963, 225.

LEGGI RETROATTIVE E DIRITTI POLITICI:  
VERSO LA QUADRATURA DEL CERCHIO\*

SOMMARIO: 1. Introduzione: quali diritti politici e quali leggi retroattive? – 2. I limiti all'ammissibilità delle leggi retroattive e il relativo sindacato di costituzionalità. – 3. Leggi retroattive in materia elettorale. – 4. La legislazione elettorale "di contorno", con particolare riguardo alla c.d. "legge Severino". – 5. *Segue*: la conformità a Costituzione della c.d. "legge Severino" rispetto ai parametri posti a tutela dei diritti politici. – 6. Qualche considerazione conclusiva.

1. *Introduzione: quali diritti politici e quali leggi retroattive?*

Nel tentativo di prendere in esame l'incidenza delle leggi retroattive sui diritti politici sembra opportuna qualche precisazione preliminare, con riguardo, da un lato, alla categoria dei diritti politici, e, dall'altro, al concetto di legge retroattiva, anche al fine di delimitare il presente campo di indagine. Quanto ai primi, occorre anzitutto ricordare che uno dei loro tratti differenziali è quello di configurarsi come diritti aventi natura *funzionale*, poiché, pur spettando al cittadino per soddisfare il proprio interesse a partecipare alla vita delle istituzioni, si caratterizzano per l'incidenza immediata e diretta sul funzionamento dello Stato e dell'organizzazione amministrativa<sup>1</sup>. In altre parole, essi sono riconosciuti al singolo per realizzare la sfera della propria personalità in quanto membro della collettività di cui è chiamato a partecipare ai processi deliberativi, così

\* Il presente contributo costituisce la versione rielaborata e ampliata della relazione al Convegno di Studi "Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento", promosso dal Dipartimento di Diritto pubblico, internazionale e comunitario dell'Università degli Studi di Padova, svoltosi a Treviso il 18 novembre 2016.

<sup>1</sup> In questo senso, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, II ed., Padova 1990, 67.

concorrendo a deciderne le sorti<sup>2</sup>. Detto altrimenti: il bisogno soggettivo di partecipazione politica, anteriormente connesso alla sfera della personalità dei diritti fondamentali, tende a coincidere con il riconoscimento dei diritti del cittadino, quale parte integrante di una determinata comunità<sup>3</sup>, funzionali ad assicurare l'organizzazione statale e amministrativa<sup>4</sup>, nonché, sotto il profilo della limitazione "esterna" all'esercizio dei diritti stessi, la realizzazione del principio democratico<sup>5</sup>. Di qui, il carattere altresì *relativo* dei diritti politici, che, con riguardo all'elettorato attivo e passivo, anzitutto si manifesta nella riserva di legge posta dagli artt. 48 e 51 Cost., volta a consentire al legislatore di definire i requisiti preliminari ai fini del loro esercizio<sup>6</sup>.

Quanto detto non è in contrasto con la prospettiva avvalorata da chi, muovendo dalla critica alla distinzione tra diritti individualistici e diritti funzionali, include i diritti politici tra gli elementi – preliminari ed essenziali – fondanti lo Stato costituzionale, in quanto "condizioni logicamente necessarie" alla stessa democrazia e pertanto, alla stregua degli altri diritti inviolabili, ascrivibili al "nucleo categoriale originario costitutivo del concetto stesso di persona"<sup>7</sup>. In quest'ultima prospettiva, fatta propria anche dalla giurisprudenza costituzionale, il diritto di voto, comprensivo

<sup>2</sup> Così, P. BISCARETTI DI RUFFIA, voce *Diritti politici*, in *Novissimo Digesto Italiano*, diretto da A. Azara e E. Eula, vol. V, Torino, 1960, 734, nella cui scia G. FERRARA, *I diritti politici nell'ordinamento europeo*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Annuario 1999. La Costituzione europea*, Atti del XIV Convegno annuale svoltosi a Perugia, il 7-8-9 ottobre 1999, Padova 2000, 476 s., accoglie entrambe le accezioni di libertà funzionale in riferimento ai diritti politici, sia perché essi "si concretano [...] nella pretesa ad esercitare una pubblica funzione o ad assumere il pubblico ufficio che fornisce il titolo per esercitare la medesima", sia perché sono riconosciuti "per il mero fatto di essere membri di una determinata collettività".

<sup>3</sup> Cfr. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, ora in ID., *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, a cura di D. Nocilla, Milano 1992, 119 s.

<sup>4</sup> Cfr., ancora, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 20 e 67 s.

<sup>5</sup> Laddove, appunto, la natura *funzionale* di tali diritti non varrebbe più, come nella teoria ordinaria, nei confronti dello Stato-persona, bensì nei confronti della collettività e nell'interesse pubblico: cfr. F. LANCHESTER, voce *Voto (diritto di): Diritto pubblico*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano 1993, 1119 ss.

<sup>6</sup> In questo senso, E. GROSSO, *Art. 48*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. I, Torino 2006, 966 ss., spec. 974, il quale parla di "natura 'mobile' del potere parlamentare in materia", così valorizzando la richiamata riserva di legge; nonché la convincente lettura di V. MARCENO, *L'indegnità morale dei candidati e il suo tempo*, in *Giur. cost.*, 2014, 621 ss.

<sup>7</sup> Così, A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, Roma 1989, 17 ss. e 23 (a cui appartengono le espressioni virgolettate).

dell'elettorato attivo e passivo, assurge al rango di diritto fondamentale e inviolabile, quale aspetto essenziale della partecipazione dei cittadini alla vita democratica<sup>8</sup>. Sicché guardando, ad esempio, all'elettorato passivo, la giurisprudenza costituzionale ha costantemente affermato che “l'eleggibilità è la regola, e l'ineleggibilità l'eccezione”<sup>9</sup>.

I diritti politici rimangono comunque funzionali e relativi, e quindi bilanciabili – come ogni altro diritto affermato nei confronti dello Stato-persona – con altri diritti e valori costituzionali<sup>10</sup>. Ciò è dimostrabile, a tacer d'altro e per rimanere a queste note introduttive, alla luce di altri significativi passaggi della più recente giurisprudenza costituzionale sull'invulnerabilità dei diritti e sullo stesso principio personalista, a cui sono riconducibili anche i diritti politici. Infatti, secondo la Corte, tutti i diritti fondamentali e i valori di cui è espressione la Costituzione “si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri”<sup>11</sup> – fosse anche, si potrebbe aggiungere, l'elettorato attivo e passivo, diritto inviolabile logicamente preliminare alla democrazia – dovendosene piuttosto garantire una tutela “sistemica, e non isolata”<sup>12</sup>, poiché altrimenti si determinerebbe “l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe ‘tiranno’ nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette”, le quali, soltanto nel loro insieme, sono “espressione della dignità della persona”<sup>13</sup>.

In via preliminare alla presente analisi, occorre inoltre ricordare che,

<sup>8</sup> Così, in maniera particolarmente pregnante, la sentenza n. 235 del 1988, punto n. 2 del “Considerato in diritto”. Al riguardo, si veda la riflessione di M. CECCHETTI, *Il contenzioso pre-elettorale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *La giustizia elettorale*, Atti del Seminario svoltosi a Firenze il 16 novembre 2012, a cura di E. Catelani, F. Donati, M.C. Grisolia, Napoli 2013, 9 ss., il quale non manca opportunamente di sottolineare l'apporto decisivo della riflessione sulle “libertà politiche” di Antonio Baldassarre – giudice costituzionale redattore della sentenza n. 235 del 1988 – rispetto ai richiamati orientamenti giurisprudenziali.

<sup>9</sup> Affermazione sistematica e ricorrente nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sentenza n. 46 del 1969: per un'analisi di questo orientamento del Giudice delle leggi, sia consentito rinviare a G. RIVOCCHI, *Art. 65*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., vol. II, Torino 2006, 1256 s.

<sup>10</sup> In questa prospettiva, v. ancora V. MARCENÒ, *L'indegnità morale dei candidati e il suo tempo*, cit., 621; nonché E. GROSSO, *Art. 48*, cit., 966, con riguardo al possibile superamento della dialettica diritto/funzione, a partire dalla valorizzazione del circuito democratico (con richiamo a F. LANCHESTER, voce *Voto (diritto di)*, cit., 1119).

<sup>11</sup> Così, la sentenza n. 85 del 2013, punto n. 9 del “Considerato in diritto”.

<sup>12</sup> Sentenza n. 264 del 2012, punto n. 5.4 del “Considerato in diritto”.

<sup>13</sup> Sentenza n. 85 del 2013, punto n. 9 del “Considerato in diritto”.

secondo parte della dottrina, ai diritti politici sarebbero riconducibili tutti i diritti e le libertà fondamentali strumentali a garantire la partecipazione democratica<sup>14</sup>: ciò consente il compiuto svolgimento del processo politico con riguardo sia ai soggetti dello Stato-apparato, sia alle figure soggettive esterne ad esso. Dal primo punto di vista, sono ascrivibili ai diritti politici: il diritto di voto, inteso quale elettorato attivo e passivo; il diritto di accesso ai pubblici uffici e alle cariche elettive; il diritto di petizione; il diritto di iniziativa legislativa popolare; il diritto di richiedere *referendum* popolari. Dal secondo punto di vista, sarebbero riconducibili alla categoria dei diritti politici anche diritti e libertà funzionali relative a figure soggettive esterne allo Stato-apparato, a partire dai partiti politici<sup>15</sup>: il diritto di costituire partiti politici, di aderirvi o di non aderirvi, o di re-

<sup>14</sup> Al riguardo, cfr., ad esempio, P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in *I diritti costituzionali*, vol. I, a cura di R. Nania e P. Ridola, II Ed., Torino 2006, 178 s.; M. SICLARI, *Appunti sulla giustiziabilità dei diritti politici*, in *Nomos*, n. 2/2016, 1 s.

<sup>15</sup> Con riguardo a questa prospettiva, v. però i limiti posti dall'ordinanza della Corte costituzionale n. 79 del 2006, con la quale è stato dichiarato inammissibile, sotto il profilo soggettivo, un conflitto di attribuzioni tra poteri sollevato dal partito politico della "Rosa nel Pugno" avverso l'allora vigente legge elettorale delle Camere (legge n. 270 del 2005), nella parte in cui disciplina la raccolta delle firme ai fini della presentazione delle liste elettorali in maniera differenziata tra i partiti rappresentati e quelli non rappresentati in Parlamento, negando ai partiti politici la qualità di potere dello Stato, sul rilievo che l'art. 49 Cost. non attribuisce ad essi specifici poteri di carattere costituzionale, sicché – secondo la Corte – "i partiti politici sono garantiti dalla Carta costituzionale [soltanto] nella prospettiva del diritto dei cittadini di associarsi" e, quindi, "quali strumenti di rappresentanza di interessi politicamente organizzati". A tale conclusione la Corte è giunta nonostante, in precedenti pronunce, avesse legittimato anche figure soggettive esterne allo Stato-apparato, "quanto meno allorché ad esse l'ordinamento conferisca la titolarità e l'esercizio di funzioni pubbliche costituzionalmente rilevanti e garantite", come nel caso del comitato promotore del *referendum* (a partire dalla sentenza n. 69 del 1978), così fornendo implicite aperture circa la legittimazione di tali figure soggettive, che, nelle democrazie pluralistiche complesse, ben difficilmente potrebbero ritenersi estranee allo svolgimento del processo politico. Per una critica, sotto questo profilo, all'ordinanza n. 79 del 2006, cfr. P. RIDOLA, *La legittimazione dei partiti politici nel conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato: organamento dei soggetti del pluralismo o razionalizzazione dei principi costituzionali del processo politico?*, in *Giur. cost.*, 2006, 669 s.; A. MANNINO, *I partiti politici davanti alla Corte costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*; S. CURRERI, *Non varcate quella soglia! (prime considerazioni sull'ordinanza n. 79/2006 della Corte costituzionale circa l'inammissibilità del conflitto di attribuzioni sollevato da un partito politico)*, in *www.forumcostituzionale.it*; F. GHERA, *Partiti politici e conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, in *Giur. cost.*, 2006, 1629 ss.; M. MEZZANOTTE, *Partiti politici e legittimazione al conflitto: una chiusura ancora giustificata?*, in *www.forumcostituzionale.it.*, 2009. Adesivamente alla pronuncia, invece, cfr., se si vuole, G. RIVOSECCHI, *I partiti politici nella giurisprudenza costituzionale* (7 ottobre 2016), in *www.osservatorioaic.it*, spec. 9 s.

cedere dall'associazione partitica; la libertà di espressione, di riunione e di associazione, in quanto diritti strumentali allo svolgimento del processo politico conforme ai canoni del principio democratico-pluralistico<sup>16</sup>.

Gli effettivi riflessi delle leggi retroattive sulla sfera dei diritti qui in esame non potrebbero però essere valutati in maniera penetrante se non richiamando l'ulteriore tutela dei diritti politici – tutt'altro che indifferente nella prospettiva in questa sede privilegiata – fornita dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con particolare riguardo all'art. 3 del Primo Protocollo, che garantisce il “diritto a libere elezioni”. Esso, come interpretato dalla Corte EDU, comprende tanto l'elettorato attivo e passivo, quanto il diritto dell'eletto di sedere nell'assemblea rappresentativa e il diritto istituzionale a beneficiare di elezioni legislative conformi agli *standard* previsti dallo stesso parametro convenzionale. Occorre però tenere presente che la norma in parola pone a carico degli Stati obblighi che derivano soltanto dalla dimensione formale del principio di eguaglianza nell'esercizio dei diritti elettorali, e non già dalla concezione sostanziale del principio stesso<sup>17</sup>. Nondimeno, come si vedrà appresso, la più recente evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale sulle leggi retroattive, in relazione a quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, dimostra come oggi sia sempre più difficile consentire il disallineamento tra la giurisprudenza delle due Corti, talora giustificato sul rilievo che il giudizio di costituzionalità guarderebbe alla tutela sostanziale dei diritti, mentre quello della Corte EDU sarebbe più orientato a sanzionare violazioni delle regole processuali in relazione alla tutela delle posizioni soggettive<sup>18</sup>. Al riguardo, deve invece osservarsi che è sempre più difficile confinare l'azione della Corte di Strasburgo a difesa del processo da interferenze esterne della legge retroattiva, mentre alla Corte costituzionale sarebbe riconducibile un più ampio giudizio di bilanciamento comples-

<sup>16</sup> “Pietre angolari” di un ordinamento democratico, riprendendo la definizione della sentenza della Corte costituzionale n. 19 del 1962: così, P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, cit., 178.

<sup>17</sup> Così, M. STARITA, Art. 3, Prot. 1, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova 2012, 840 s.

<sup>18</sup> In quest'ultimo senso, ad esempio, tra i recenti contributi, cfr. l'accurata analisi di M. BIGNAMI, *La Corte EDU e le leggi retroattive*, Relazione al Convegno “Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento”, promosso dal Dipartimento di Diritto pubblico, internazionale e comunitario dell'Università degli Studi di Padova, svoltosi a Treviso il 18 novembre 2016, in corso di pubblicazione. Sulla scissione tra piano sostanziale e piano processuale (quest'ultimo tutelato dalla giurisprudenza di Strasburgo), cfr., tra i tanti, A. FERRI, *Le leggi di interpretazione autentica: riflessioni tra teoria e pratica*, in *Consiglio di Stato*, 2014, p. IV, 199.

sivo tra interessi e valori costituzionali a fronte dell'intervento retroattivo del legislatore. Inoltre, anche in materia di diritti politici, come si vedrà meglio appresso, si assiste alla progressiva incidenza del ruolo della Corte EDU.

Il tendenziale ampliamento della categoria dei diritti in parola non è secondario rispetto al tema qui approfondito, poiché tanto più vasto risulta il novero dei diritti politici costituzionalmente o convenzionalmente tutelati, tanto maggiore è la facoltà di individuare leggi retroattive che possano potenzialmente incidere su di esso, al limite pretermettendone il godimento. Basti pensare, soltanto a titolo esempio, alla libertà di opinione e di manifestazione del pensiero, ritenuta strumentale all'esercizio dei diritti politici, che può essere esposta a rischi da leggi retroattive, come affermato dalla Corte costituzionale in una delle ormai storiche pronunce in materia di leggi interpretativo-innovative: la sentenza n. 155 del 1990, in relazione al caso Rizzoli-Corriere della Sera. Con quella pronuncia, fu infatti dichiarata costituzionalmente illegittima la norma retroattiva che elevava il limite consentito delle tirature dei giornali quotidiani, previsto dalla prima normativa *antitrust* italiana (legge n. 416 del 1981), oltre il quale si determinava una "posizione dominante" dell'impresa editoriale, così interferendo con i giudizi pendenti<sup>19</sup>. In quell'occasione, la Corte si richiamò espressamente al valore costituzionale del pluralismo nell'informazione (e, implicitamente, alla connessa sfera dell'esercizio dei diritti politici), sul rilievo che la tutela dell'art. 21 Cost. deve prevalere sulla libertà di iniziativa economica *ex* art. 41 Cost. È opportuno richiamare questo orientamento della giurisprudenza costituzionale – e potrebbero esserne menzionati altri – soltanto per addurre un esempio che dimostra come, muovendo da un'accezione ampia dei diritti politici, il tema qui indagato potrebbe intersecare diversi orientamenti del legislatore e taluni filoni della giurisprudenza della Corte costituzionale e di quella della Corte EDU, con riguardo ai limiti alla retroattività delle leggi.

Nel presente contributo, si adotta un'accezione maggiormente circoscritta di diritti politici, facendo principalmente riferimento al diritto che, in via più immediata, garantisce la partecipazione democratica: il diritto di voto e la materia elettorale in cui esso dispiega direttamente i suoi effetti.

Ancor più problematica la delimitazione del concetto di legge re-

<sup>19</sup> Per un commento, cfr. M. MANETTI, *Retroattività e interpretazione autentica: un brusco risveglio per il legislatore*, in *Giur. cost.*, 1990, 963 ss.

troattiva – seconda precisazione preliminarmente necessaria ai fini della presente riflessione – che non è certo possibile indagare in questa sede in tutte le sue implicazioni, soprattutto alla luce della corposa riflessione dottrinarica che è stata sviluppata nel corso degli anni, alla stregua di un crescente ricorso alla legislazione retroattiva sotto diversi e molteplici profili<sup>20</sup>. In linea generale, basti qui ricordare che un atto normativo può connettere effetti giuridici anche a fattispecie che si sono verificate *anteriamente* alla sua entrata in vigore; in questo caso, si assume che l'atto, disponendo per il passato, abbia *efficacia retroattiva*, così disciplinando, con diverso grado di intensità, anche situazioni anteriori nel tempo<sup>21</sup>, le quali vengono giuridicamente rivalutate ora per allora<sup>22</sup>. Altri hanno privilegiato una nozione di retroattività incentrata sul dato dell'interesse, per cui *“la retroattività consiste nella valutazione o rivalutazione di un interesse istantaneo del passato o di quel tratto di interesse durevole che si situa nel passato”*<sup>23</sup>. Da un lato, la legge retroattiva dispone l'abrogazione della norma anteriore; dall'altro, essa interviene sulla fattispecie conclusa, riqualificando il fatto già disciplinato dalla norma previgente, di talché da esso discendano effetti diversi da quelli che si sarebbero realizzati se fosse rimasta in vigore la norma anteriore<sup>24</sup>.

Sulla base di questi presupposti, in dottrina si distinguono, da un lato, norme *retroattive in senso proprio*, volte a disciplinare fattispecie che si sono verificate – e, quindi, esaurite – nella fase anteriore alla loro entrata in vigore, così modificando le conseguenze giuridiche per il periodo già concluso, facendo, cioè, sorgere da fatti del passato, in relazione a fattispecie concluse, effetti giuridici che altrimenti non si determinerebbero; e, dall'altro, norme *“retroattive improprie”* o *“retrospettive”* (o *“retroattive inautentiche”* o *“quasi-retroattive”*), le quali dispongono per il futuro, ma incidendo su fattispecie non ancora concluse del passato, assumendo, cioè, un *fatto precedente* alla loro entrata in vigore quale condizione per l'applicazione di una determinata fattispecie *pro futuro*, o novando una

<sup>20</sup> Per alcune indicazioni, cfr. G. VERDE, *L'interpretazione autentica della legge*, Torino 1997, 33 ss.; M. FIORILLO, *Il legislatore retroattivo*, in *Rass. parl.*, 1997, 747 ss., spec. 777 ss.

<sup>21</sup> Cfr., ad esempio, D. DONATI, *Il contenuto del principio della irretroattività delle leggi*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1915, 235 ss.

<sup>22</sup> Cfr., ad esempio, R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano 1990, 198 ss., spec. 204 s.

<sup>23</sup> R. CAPONI, *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. cost.*, 1990, 1355.

<sup>24</sup> Cfr. R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, cit., 220 ss., spec. 236.

disciplina preesistente in relazione a una circostanza del passato<sup>25</sup>. O, ancora, guardando ai riflessi sulle attribuzioni del potere giudiziario, sono state enucleate, da un lato, norme retroattive *in senso forte*, le quali sono in grado di travolgere statuizioni contenute in sentenze passate in giudicato, e, dall'altro, norme retroattive *in senso debole* che determinano la soluzione di controversie non ancora decise in sede giurisdizionale<sup>26</sup>.

Tanto premesso, muovendo dalle coordinate tracciate dalla giurisprudenza costituzionale, nel presente contributo saranno prese in esame le tendenze della legislazione in materia elettorale e in alcuni ambiti della c.d. legislazione elettorale di contorno, onde valutarne l'impatto sul diritto di elettorato attivo e passivo.

## 2. *I limiti all'ammissibilità delle leggi retroattive e il relativo sindacato di costituzionalità*

Sebbene il principio dell'irretroattività della legge non abbia dignità costituzionale<sup>27</sup>, se non per la materia penale (art. 25, secondo comma, Cost.), e che pertanto non sia vietato al legislatore disporre retroattivamente<sup>28</sup>, la Corte costituzionale ha spesso affermato che esso rappresenta un principio generale dell'ordinamento, nonché un fondamentale valore di civiltà giuridica, rimettendone l'inosservanza alla prudente valutazione del legislatore, il quale peraltro, salva estrema necessità, dovrebbe ad esso attenersi, poiché, in tutti i rami del diritto, la certezza dei rapporti preteriti, ancorché non definiti in via di giudicato, costituisce uno dei "cardini

<sup>25</sup> Riprendendo la distinzione tra *retroactive* e *retrospective statutes*, proposta, tra gli altri, da C.B. HOCHMAN, *The Supreme Court and the Constitutionality of Retroactive Legislation*, in *Harvard Law Review*, vol. 73, n. 4 (Feb., 1960), 692 ss., e avvalorata da autorevole dottrina italiana per distinguere lo *ius superveniens* modificativo degli effetti giuridici di situazioni pregresse e attributivo di conseguenze nuove a fattispecie durevoli ancorché non concluse, esclusivamente *pro futuro*: così, R. CAPONI, *La nozione di retroattività della legge*, cit., 1354 ss. Analogamente, tra gli altri, R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, cit., 254 ss.

<sup>26</sup> Cfr. R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino 2011, 288 ss.

<sup>27</sup> Come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza costituzionale: dalla sentenza n. 118 del 1957, punti n. 1 e n. 2 del "Considerato in diritto", in poi.

<sup>28</sup> Come già affermato da una risalente e autorevole dottrina: si vedano le significative considerazioni di A.M. SANDULLI, *Il principio della irretroattività delle leggi e la costituzione*, in *Foro amm.*, II-1, 1947, c. 81, 73 ss., spec. 82 ss. e G. AZZARITI, *Il principio della irretroattività della legge e i suoi riflessi di carattere costituzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, 629 s.

della tranquillità sociale e del vivere civile”<sup>29</sup>. Pertanto la Corte, sin dalle sue prime pronunce, ha delineato il rapporto retroattività/irretroattività della legge come rapporto eccezione/regola, in base al quale l’irretroattività della legge è la regola e la retroattività l’eccezione<sup>30</sup>.

A questa impostazione originariamente piuttosto rigorosa<sup>31</sup>, ha fatto poi seguito una giurisprudenza costituzionale per la quale le leggi retroattive possono essere legittimamente adottate – non sempre precisando, la Consulta, “in ipotesi di estrema necessità”, come originariamente affermato – qualora trovino adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza, perseguano interessi o valori di rango costituzionale e non si pongano in contrasto con altri principi sanciti a livello costituzionale<sup>32</sup>. Non può però negarsi che la giurisprudenza costituzionale, dietro a conclamate affermazioni di principio, volte a ribadire fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dell’ordinamento, idonei – come si vedrà – a sorreggere uno scrutinio stretto di costituzionalità, abbia progressivamente attenuato l’orientamento maggiormente rigoroso, sino a modificare il richiamato rapporto regola/eccezione<sup>33</sup>, avvalorando – secondo alcuni – una vera e propria “metamorfosi dell’irretroattività, da principio vincolante a norma derogabile”<sup>34</sup>.

Occorre altresì rilevare che la questione della retroattività va risolta sul piano del diritto sostanziale e non già su quello del diritto proces-

<sup>29</sup> Così, tra le tante, si vedano le sentenze n. 118 del 1957, n. 155 del 1990, n. 6 e n. 397 del 1994, n. 432 del 1997, n. 229 e n. 416 del 1999, n. 419 del 2000, n. 374 del 2002, n. 291 del 2003, n. 156 del 2007, n. 15 del 2012, n. 170 del 2013.

<sup>30</sup> In questo senso, espressamente, la sentenza n. 118 del 1957, punto n. 2 del “Considerato in diritto”.

<sup>31</sup> Anche se non si è mancato opportunamente di rilevare che già le sentenze n. 44 e n. 118 del 1957 avrebbero potuto consentire di adottare soluzioni maggiormente restrittive circa l’ammissibilità della funzione legislativa di interpretazione autentica e, più in generale, dell’intervento retroattivo del legislatore, rivelandosi, in definitiva, un’“occasione perduta”: così, A. PUGLIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano 2003, 99 ss. Per una critica alla mancata affermazione del principio di irretroattività generale nella giurisprudenza costituzionale, v. anche M. FIORILLO, *Il legislatore retroattivo*, cit., 765 s.

<sup>32</sup> Sul punto, cfr. A. GARDINO CARLI, *Il legislatore interprete. Problemi attuali in tema di interpretazione autentica delle leggi*, Milano 1997, 101 s.; G. VERDE, *L’interpretazione autentica della legge*, cit., 116 ss.

<sup>33</sup> In questo senso, v. ancora A. PUGLIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit., 96 ss.

<sup>34</sup> Così, A. PUGLIOTTO, *Il principio d’irretroattività preso sul serio*, in *Quad. cost.*, 2017, 456 ss. (anche per una serrata critica alla giurisprudenza costituzionale qui richiamata: spec. ivi, 460 ss.).

suale, poiché l'accertamento giudiziale non può non tenere conto delle modificazioni sopravvenute nel corso del processo stesso, il quale non determina una "sospensione della vita intorno al diritto"<sup>35</sup>.

In estrema sintesi, la giurisprudenza costituzionale ha individuato, anche se in maniera non sempre univoca, le seguenti condizioni ai fini del riconoscimento della conformità a Costituzione della legge retroattiva:

a) il rispetto del principio generale di eguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità;

b) la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto;

c) il rispetto delle attribuzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario.

Quanto al primo requisito di legittimità della legge retroattiva, la giurisprudenza costituzionale ha affermato che, ancorché privo di dignità costituzionale, il principio di irretroattività della legge rappresenta comunque una regola essenziale del sistema a cui il legislatore deve ragionevolmente attenersi, in quanto la certezza dei rapporti preteriti costituisce un indubbio cardine della convivenza civile<sup>36</sup>. La Corte si riserva pertanto uno scrutinio stretto di ragionevolezza e proporzionalità sulle leggi retroattive, assumendo i richiamati parametri – entrambi fondati sull'art. 3 Cost. – spesso in una prospettiva tendenzialmente assimilabile, in quanto la ragionevolezza della legge retroattiva è assunta anche come sua intrinseca coerenza rispetto al fine che, con essa, il legislatore tende a garantire, così sovrapponendosi alla proporzionalità<sup>37</sup>. Il giudizio di ragionevolezza – ha infatti ripetutamente affermato la Corte – “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 concreta-

<sup>35</sup> Così, R. CAPONI, *Retroattività delle leggi: limiti sostanziali v. limiti processuali nel dialogo tra le corti*, in *Giur. cost.*, 2012, 4233, il quale riprende le considerazioni di S. SATTA, *Azioni popolari e perpetuo iurisdictionis*, in *Foro it.*, 1938, 705 (a cui appartiene l'espressione virgolettata).

<sup>36</sup> Si vedano, tra le tante, le sentenze n. 155 del 1990, punto n. 7 del “Considerato in diritto”; n. 416 del 1999, punto n. 6.1 del “Considerato in diritto”; n. 525 del 2000, punto n. 2 del “Considerato in diritto”; n. 156 del 2007, punto n. 5 del “Considerato in diritto”.

<sup>37</sup> Si veda, ad esempio, la sentenza n. 156 del 2007, spec. punti n. 6.1 e n. 6.2 del “Considerato in diritto”.

mente sussistenti”<sup>38</sup>. Sicché la norma retroattiva sottoposta a scrutinio di costituzionalità non deve unicamente rispondere al fine che il legislatore intende realizzare, ma deve farlo coerentemente e proporzionatamente, di talché i suoi effetti non risultino ultronei o sproporzionati rispetto ad esso, secondo il c.d. *test* di proporzionalità volto a valutare la necessità e l’idoneità della norma, considerata relativamente agli effetti che produce nell’ordinamento giuridico, a realizzare lo scopo che il legislatore si è posto. Ciò impone alla Corte di verificare anzitutto la corretta realizzazione del bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti, nel senso che quest’ultimo non sia tale da sacrificare o comprimere uno degli interessi stessi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il disposto costituzionale<sup>39</sup>. In secondo luogo, la Corte deve valutare la necessità dell’intervento del legislatore sotto il profilo della misura e delle modalità di applicazione della disciplina posta in essere, con riguardo alla piena idoneità della norma oggetto di scrutinio al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, nel senso che, tra più misure appropriate, “prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi”<sup>40</sup>.

Il primo requisito richiesto dalla giurisprudenza costituzionale è strettamente connesso al secondo: l’efficacia retroattiva della legge trova un limite nel “principio dell’affidamento dei consociati nella certezza dell’ordinamento giuridico”, il mancato rispetto del quale si risolve in un vizio di irragionevolezza<sup>41</sup>, trovando, quindi, la tutela dell’affidamento

<sup>38</sup> Così, secondo l’affermazione contenuta nella sentenza n. 1130 del 1988, punto n. 2 del “Considerato in diritto”, costantemente ribadita nelle pronunce successive (cfr., ad esempio, n. 71 del 2015, punto n. 6.6.4 del “Considerato in diritto”; n. 113 del 2015, punto n. 6.2 del “Considerato in diritto”).

<sup>39</sup> Così, ad esempio, sentenze n. 1 del 2014, punto n. 3.1 del “Considerato in diritto”; n. 162 del 2014, punto n. 13 del “Considerato in diritto”.

<sup>40</sup> Con riguardo a entrambi i profili di irragionevolezza richiamati, si vedano, in maniera esemplificativa, le sentenze n. 85 del 2013, punti n. 9 e n. 11 del “Considerato in diritto”; n. 1 del 2014, punto n. 3.1 del “Considerato in diritto”; n. 162 del 2014, punto n. 13 del “Considerato in diritto”; n. 23 del 2015, punto n. 2.7 del “Considerato in diritto”; n. 71 del 2015, punto n. 6.6.4 del “Considerato in diritto”; n. 113 del 2015, punto n. 6.2 del “Considerato in diritto”.

<sup>41</sup> Così, ad esempio, le sentenze n. 419 del 2000, punto n. 11 del “Considerato in diritto”; n. 374 del 2002, punto n. 5 del “Considerato in diritto”; n. 24 del 2009, punto n. 4 del “Considerato in diritto”; n. 206 del 2009, punto n. 2.1 del “Considerato in diritto”; n. 236 del 2009, punto n. 6.3 del “Considerato in diritto”; n. 71 del 2011, punto n. 4.2 del “Considerato in diritto”; n. 271 del 2011, punto n. 5 del “Considerato in diritto”; n. 103 del 2013, punto n. 4 del “Considerato in diritto”; n. 170 del 2013, punto n. 4.3 del “Considerato in diritto”.

legittimo parimenti fondamento costituzionale negli artt. 3 Cost.<sup>42</sup> e 111 Cost., nonché, nella fase più recente, mediante l'art. 117, primo comma, Cost., nel principio del giusto processo affermato dall'art. 6 CEDU<sup>43</sup>. Da un lato, è infatti attraverso il testé richiamato parametro convenzionale che è possibile rendere maggiormente penetrante il sindacato di costituzionalità sulle leggi retroattive; dall'altro, però, proprio perché prevalentemente fondato sul giusto processo *ex art. 6 CEDU*, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., ciò rischia di imprimere una "torsione giurisdizionalista" alla salvaguardia del legittimo affidamento<sup>44</sup>.

In ogni caso, dal monopolio della Corte EDU circa l'interpretazione della normativa della Convenzione, non discende l'assoggettamento dei giudici costituzionali a quelli europei, perché l'orientamento della giurisprudenza della Corte di Strasburgo è soltanto uno degli elementi che entrano nel giudizio di bilanciamento della Corte costituzionale, atteso che i bilanciamenti della Corte EDU sono sempre condizionati dal caso concreto e dalle peculiarità dei rispettivi ordinamenti<sup>45</sup>. Tale approccio "selettivo" della Corte costituzionale è anzitutto dovuto al carattere spiccatamente casistico della giurisprudenza della Corte europea, che ne rende assai duttile e "manovrabile" il materiale giurisprudenziale<sup>46</sup>. In secondo luogo, esso risente di parametri di giudizio profondamente differenti, da cui discende l'asimmetria che connota i rispettivi sindacati delle due Corti, e l'utilizzo "mirato" del materiale giurisprudenziale della Corte di Strasburgo da parte della Corte costituzionale<sup>47</sup>, anche mediante

<sup>42</sup> Cfr. la sentenza n. 166 del 2012, punto n. 3 del "Considerato in diritto".

<sup>43</sup> Al riguardo, si vedano le sentenze Corte EDU 14 febbraio 2012, *Arras ed altri c. Italia*; 31 maggio 2011, *Maggio ed altri c. Italia*; 7 giugno 2011, *Agrati ed altri c. Italia*; 10 giugno 2008, *Bortesi ed altri c. Italia*; nonché, con riguardo alla legge interpretativo-retroattiva, 23 ottobre 1997, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito*; 27 maggio 2004, *OGIS-Institut Stanislas, OGEC Saint-Pie X e Blanche de Castille e altri c. Francia*.

<sup>44</sup> Così, P. CARNEVALE, *La tutela del legittimo affidamento... cerca casa*, in *Giur. cost.*, 2011, 21.

<sup>45</sup> Così, F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionali: Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra "guerra" e "dialogo"* (14 luglio 2014), in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14.

<sup>46</sup> In questo senso, ad esempio, v. ancora P. CARNEVALE, *La tutela del legittimo affidamento...*, cit., 21. Analogamente, A. FERRI, *Le leggi di interpretazione autentica*, cit., 201 ss.

<sup>47</sup> È significativo che in questo senso si esprima anche quella dottrina penalistica maggiormente orientata in favore dell'integrazione tra ordinamenti e che più ha sottolineato i benefici effetti del parametro convenzionale sul sistema penale italiano: cfr., ad

il richiamo ad altri parametri costituzionali<sup>48</sup>. Infine, esso si spiega in ragione della notevole latitudine del margine di apprezzamento della Corte costituzionale – riconosciuto dalla stessa Corte EDU ai giudici statali, qualora specifiche peculiarità nazionali giustificino orientamenti giurisprudenziali difformi – che flessibilizza ulteriormente il materiale giurisprudenziale europeo<sup>49</sup>.

esempio, F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche*, cit., 13 ss.

<sup>48</sup> In questo senso, M. MASSA, *La "sostanza" della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*, in *Giur. cost.*, 2009, 4683 ss. Nella recente giurisprudenza costituzionale si veda, ad esempio, il significativo richiamo all'art. 101 Cost. e all'esclusiva soggezione del giudice alla legge quale limite alle regole da applicare nel giudizio nella parte motiva della sentenza n. 49 del 2015, punto n. 7 del "Considerato in diritto": "Il giudice nazionale non può spogliarsi della funzione che gli è assegnata dall'art. 101, secondo comma, Cost., con il quale si 'esprime l'esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto' (sentenza n. 40 del 1964; in seguito, sentenza n. 234 del 1976), e ciò vale anche per le norme della CEDU, che hanno ricevuto ingresso nell'ordinamento giuridico interno grazie a una legge ordinaria di adattamento" (cors. ns.).

<sup>49</sup> Cfr., ad esempio, A. RUGGERI, *La Corte costituzionale "equilibrata", tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*, in Id., «Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti, vol. XIV, Torino 2011, 475 ss.; P. CARNEVALE – G. PISTORIO, *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale* (7 maggio 2014), in *www.costituzionalismo.it*, fasc. n. 1/2014, § 5. Analogamente, tra gli altri, cfr. già F. BILANCIA, *Leggi retroattive ed interferenza nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti*, in *Giur. cost.*, 2012, 4236 ss., spec. 4240 s.; e M. RUOTOLO, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale. Il "caso" dell'art. 27, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, spec. 7 ss. Sicché sorge l'interrogativo fondamentale circa i criteri in base ai quali la Corte costituzionale seleziona i precedenti della Corte EDU da porre a fondamento delle proprie decisioni: al riguardo, con specifico riferimento al diritto elettorale, cfr. S. BISSARO, *La Corte costituzionale alle prese con la giurisprudenza della Corte EDU: una prova difficile (e forse neppure necessitata) in materia di incandidabilità*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017, 11 ss., spec. 15 ss.; e G. MENEGUS, *La sospensione di diritto ex "legge Severino" supera ancora una volta il vaglio della Corte. Nota a margine della sent. n. 276/2016*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017, 6 ss., i quali convergono circa la soluzione "sostanzialista" e "conciliante" adottata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 276 del 2016 nei confronti della giurisprudenza della Corte EDU, avendo il Giudice delle leggi operato un minuzioso scrutinio delle norme impugnate sulla sospensione dalle cariche politiche regionali e locali alla stregua della giurisprudenza di Strasburgo per il tramite dell'(evocato a parametro) art. 117, primo comma, Cost., senza far valere le limitazioni possibili all'ingresso dei precedenti della Corte EDU nel giudizio di costituzionalità (come sarebbe stato possibile richiamando le sentenze n. 264 del 2012 e n. 49 del 2015) e selezionando piuttosto le pronunce del giudice europeo maggiormente funzionali alla propria decisione.

In questa cornice di riferimento, relativa ai rapporti tra le due Corti, si deve tenere ben presente che il legittimo affidamento non è un diritto, bensì un principio orientato a presidiare diritti<sup>50</sup>, a tacer d'altro poiché, stando alla giurisprudenza costituzionale, esso è tutelabile (prevalentemente) quando sorretto da altri valori o esigenze costituzionalmente apprezzabili<sup>51</sup>. Né esso dovrebbe essere confuso con la certezza del diritto, intesa quale esigenza di stabilità e continuità delle regole giuridiche che si susseguono nel tempo, principio da tutelare “*in sé e per sé*, senza la necessaria correlazione con i diritti dei singoli”, a prescindere, cioè, dall'effettiva lesione di una posizione giuridica individuale<sup>52</sup>. Infatti, la certezza del diritto esige, tra l'altro, l'intangibilità del giudicato, ma deve rimanere distinta dal legittimo affidamento, perché altrimenti quest'ultimo non aggiungerebbe nulla agli effetti già prodotti dalla chiusura del rapporto giuridico<sup>53</sup>. Pertanto, l'affidamento legittimo dei consociati nella permanenza nel tempo di un determinato assetto regolatorio diviene meritevole di tutela soltanto in quanto tale assetto si sia effettivamente consolidato nel tempo e l'intervento normativo che incide sullo stesso risulti spropor-

<sup>50</sup> Così, P. CARNEVALE – G. PISTORIO, *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino*, cit., § 4.

<sup>51</sup> E, quindi, quando sia desumibile da altri parametri costituzionali: cfr. M. LUCIANI, *Il dissolvimento della nozione di retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica* (prima parte), in *Giur. it.*, 2007, 1838. In senso analogo, rilevando la tendenza dei giudici rimettenti e della stessa Corte a riferirsi a più parametri nella tutela del legittimo affidamento, cfr. P. CARNEVALE, *Più ombre che luci su di un tentativo di rendere maggiormente affidabile lo scrutinio della legge sotto il profilo della tutela del legittimo affidamento*, in *Giur. cost.*, 2002, 3668 s. Infatti, sono assai rare le pronunce della Corte costituzionale in cui la tutela dell'affidamento assurge ad autonomo parametro nella sua specifica funzione di limite alla retroattività della legge: cfr. la sentenza n. 416 del 1999, con la quale è stata dichiarata costituzionalmente illegittima per violazione del solo art. 3 Cost. (sotto il profilo, quindi, dell'irragionevolezza e della violazione del legittimo affidamento) una norma in materia previdenziale, nella parte in cui, anche con riferimento ai trattamenti liquidati anteriormente alla sua entrata in vigore, prevedeva, quanto alla quota liquidata con il sistema retributivo, il totale divieto di cumulo dei ratei della pensione di anzianità e dei trattamenti anticipati di anzianità maturati in tale periodo, con reddito da lavoro autonomo. In questo senso, per un commento, cfr. P. CARNEVALE, «... *Al fuggir di giovinezza... nel domani s'ha più certezza*» (*Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale*), in *Giur. cost.*, 1999, 3643 ss., spec. 3646 s.; analogamente, P. MAURIELLO, *Ancora sul principio dell'affidamento nella sicurezza giuridica*, in *Giur. it.*, n. 5/2003, 841. Oltre alla citata sentenza n. 416 del 1999, v. anche la sentenza n. 525 del 2000.

<sup>52</sup> Così, P. CARNEVALE, *Più ombre che luci su di un tentativo di rendere maggiormente affidabile lo scrutinio della legge sotto il profilo della tutela del legittimo affidamento*, cit., 3670.

<sup>53</sup> Così, P. CARNEVALE, *La tutela del legittimo affidamento...*, cit., 23 s.

zionato, con la conseguenza che non è interdetto al legislatore modificare la disciplina dei rapporti di durata, con il limite, però, che tali disposizioni non devono trasmodare in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto<sup>54</sup>.

Con riguardo, infine, al rispetto delle attribuzioni del potere giudiziario, terzo ordine di limitazioni opposto dalla giurisprudenza costituzionale all'intervento retroattivo del legislatore, la Corte ha ripetutamente affermato che quest'ultimo non può incidere sul giudicato, né interferire con i giudizi in corso<sup>55</sup>. Ciò poiché il processo, e quindi le leggi retroattive che incidono su di esso, costituiscono fenomeno proprio del diritto sostanziale: sicché i limiti alla retroattività della legge non possono che essere individuati su questo piano<sup>56</sup>. Ne consegue che il limite rappresentato dal rispetto delle attribuzioni del potere giudiziario è evocabile al solo scopo di salvaguardare l'intangibilità del giudicato da parte dello *ius superveniens* retroattivo, così precludendo al legislatore di sostituirsi al giudice e di incidere sulle sue attribuzioni. Per il resto, il legislatore è sempre libero di disciplinare le situazioni della vita in una certa direzione, anche influenzando i giudizi in corso, nel rispetto delle condizioni enunciate dalla giurisprudenza costituzionale precedentemente richiamata. Il punto di equilibrio che ha individuato la Corte è pertanto quello di affermare la conformità a Costituzione della legge retroattiva, qualora risulti chiaramente che l'intento del legislatore non è interferire nell'attività giurisdizionale, bensì quello di introdurre modifiche astratte della legge anteriore<sup>57</sup>.

Nella fase più recente, la giurisprudenza della Corte EDU ha indotto la Corte costituzionale a un sindacato più penetrante e di maggior rigore sulle leggi retroattive che incidono sui processi in corso<sup>58</sup>. Con la senten-

<sup>54</sup> Si veda, in particolare, le sentenze n. 156 del 2007, punto n. 5 del "Considerato in diritto"; n. 206 del 2009, punto n. 2.1 del "Considerato in diritto"; n. 277 del 2012, punto n. 4 del "Considerato in diritto".

<sup>55</sup> Cfr., ad esempio, le sentenze n. 123 del 1987, punto n. 3 del "Considerato in diritto"; n. 374 del 2000, punto n. 3 del "Considerato in diritto".

<sup>56</sup> Cfr. R. CAPONI, *Retroattività delle leggi*, cit., 4233 s.

<sup>57</sup> In questo senso, cfr., ad esempio, l'ordinanza n. 352 del 2006. Sul punto, in dottrina, cfr. N. ZANON – F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Quarta edizione riveduta e ampliata, Bologna 2014, 126.

<sup>58</sup> Cfr., ad esempio, la sentenza n. 170 del 2013, spec. punto n. 4.5 del "Considerato in diritto".

za n. 132 del 2016, la Consulta, ad esempio, ha ribadito che scopo dello scrutinio di costituzionalità sulle leggi retroattive è quello di “accertare se la retroattività della legge trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e sia, altresì, sostenuta da adeguati motivi di interesse generale”<sup>59</sup>. Pur passando indenne, la legge scrutinata nel giudizio definito da quella pronuncia, il vaglio di costituzionalità in riferimento al doppio parametro allora evocato (costituzionale e convenzionale), la sentenza da ultimo menzionata costituisce una recente conferma di come la giurisprudenza della Corte di Strasburgo influenzi la fase più recente del controllo di costituzionalità sulle leggi retroattive.

### 3. *Leggi retroattive in materia elettorale*

Alla luce dei richiamati principi di diritto, scopo del presente contributo è quello di concentrare l’attenzione sulle leggi retroattive che incidono sul diritto di voto e sulla materia elettorale, per poi verificare – con riguardo alla c.d. legislazione elettorale “di contorno”, e, in particolare, alla disciplina dell’incandidabilità, sospensione e decadenza – se essa possa superare indenne il richiamato *test* elaborato dalla giurisprudenza costituzionale. Si muoverà, pertanto, dalla formula elettorale, per poi prendere in esame alcuni aspetti del procedimento elettorale preparatorio e della legislazione elettorale “di contorno”.

Quanto alla prima, vale a dire al meccanismo di ripartizione dei seggi, appare significativo l’art. 1, comma 4, della legge 4 aprile 2005, n. 47 (*Modifiche agli articoli 83, 84 e 86 del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, in materia di attribuzione di seggi nell’elezione della Camera dei deputati*), che disponeva retroattivamente l’applicazione di alcuni dei criteri, introdotti in via sopravvenuta rispetto allo svolgimento delle elezioni politiche del 2001, ai fini dell’attribuzione dei seggi della Camera dei deputati resisi vacanti nella XIV legislatura.

Pur non essendo l’unico caso, posto che un’analisi della legislazione – soprattutto regionale – sembrerebbe offrire analoghi esempi di disposizioni di legge retroattive o retrospettive in materia elettorale, che non è possibile prendere in esame in questa sede<sup>60</sup>, quello sopra richiamato

<sup>59</sup> Così, la sentenza n. 132 del 2016, punto n. 6 del “Considerato in diritto”. Tra le tante, v. anche le sentenze n. 132 del 2006, n. 264 del 2012 e n. 69 del 2014.

<sup>60</sup> Per un primo approfondimento, si vedano N. ZANON, *Principio di unità dell’ordi-*

sembra un caso rilevante sia perché riguarda la legge elettorale politica, di assai difficile giustiziabilità, almeno sino alla sentenza n. 1 del 2014, sia per la vicenda di cui segna la conclusione. La legge n. 47 del 2005 discendeva, infatti, dalla nota vicenda che si sviluppò nel corso della XIV legislatura in relazione agli undici seggi c.d. “fantasma” della Camera dei deputati, resisi vacanti per effetto di una distorsiva interpretazione da parte degli attori politici della legge elettorale allora vigente (leggi 4 agosto 1993, n. 276 e n. 277). Infatti, in occasione delle elezioni politiche del 2001, si determinò, in taluni casi, il collegamento dei candidati vincitori nei collegi uninominali a “liste civetta” nella quota proporzionale, al fine di evitare il c.d. scorporo ed eludere, conseguentemente, il collegamento tra la distribuzione maggioritaria e quella proporzionale dei seggi, funzionale a garantire il “diritto di tribuna” ai partiti di minore consistenza. Per effetto di questa interpretazione distorsiva della legge elettorale, in esito alle elezioni politiche del 2001, la lista “Forza Italia” si trovò a disposizione meno candidati dei seggi che le furono assegnati, lasciandone vacanti undici<sup>61</sup>.

Dopo un lungo e travagliato dibattito in sede di Giunta delle elezioni, che accompagnò l'intera legislatura, fu negato che dovesse applicarsi il regolamento attuativo della legge elettorale, con particolare riferimento all'art. 11 del d.P.R. n. 14 del 1994. Quest'ultimo prevedeva che, in caso di candidature insufficienti da parte di una lista, i seggi vacanti per la quota proporzionale venissero assegnati alle altre liste che avessero superato la soglia di sbarramento del 4 per cento. Al contrario, la legge n. 47 del 2005 dettava diversi criteri circa la sopravvenuta disciplina sulle modalità di assegnazione dei seggi. L'art. 1, commi 1, 2 e 3, della legge in parola prevedeva che i seggi eventualmente resisi vacanti avrebbero dovuto essere assegnati, *pro futuro*, ai candidati non eletti nei collegi uninominali della circoscrizione appartenenti alla stessa coalizione di cui faceva parte la lista che, per l'assegnazione dei seggi nella quota proporzionale, si trovasse eventualmente a disposizione meno candidati dei seggi assegna-

*namento e retroattività irragionevole della legge regionale*, in *Giur. it.*, 1992, p. I.1, c. 24; nonché, sui limiti alla legge interpretativa regionale e con specifico riferimento alla materia elettorale, F. MIGLIARESE, *Su un caso di simulazione legislativa*, in *Le Regioni*, 1982, 172 ss.; L. ANTONINI, *Nella «Torre di Babele» della giurisprudenza costituzionale sulle leggi di interpretazione autentica: un caso particolare in materia elettorale*, in *Le Regioni*, 1997, 924 ss.

<sup>61</sup> Per ulteriori indicazioni, cfr. L. SPADACINI, *Regole elettorali e integrità numerica delle Camere. La mancata assegnazione di alcuni seggi alla Camera nella XIV legislatura*, Brescia 2003.

ti<sup>62</sup>. In tal modo, la legge riconosceva il rilievo assunto dalla “coalizione” nel riparto dei seggi assegnati mediante la quota proporzionale, la quale avrebbe invece dovuto riservare ai partiti una sede “separata” dalla quota maggioritaria, al fine di garantire il “diritto di tribuna” alle liste di minore consistenza nell’accesso alla rappresentanza politica<sup>63</sup>.

L’art. 1, comma 4, della stessa legge aveva invece valore propriamente *retroattivo*, poiché, da un lato, disponeva per il passato con riguardo alla fattispecie relativa al meccanismo di assegnazione dei seggi, facendo salvo il “congelamento” degli undici seggi non assegnati nella XIV legislatura, e, dall’altro, disponeva l’applicazione retroattiva dei sopravvenuti criteri dettati per l’assegnazione dei seggi a seguito di dimissioni, di morte o di decadenza per cause di ineleggibilità o di incompatibilità, intervenendo, quindi, su fattispecie già concluse<sup>64</sup>. Tale intervento del legislatore, pur non avendo avuto una particolare eco se non nel dibattito politico di allora, anche perché superato dalla riforma elettorale approvata in quello stesso finale di legislatura (legge n. 270 del 2005), palesa, in maniera esemplificativa, tutti i nodi critici che connotano disposizioni di legge, di natura retroattiva, che intervengano in materia elettorale. Fu infatti quella disciplina a “sanare” la mancata assegnazione degli undici seggi resisi vacanti mediante un intervento retroattivo *contra Constitutio-nem*, avendo il legislatore determinato una deroga all’art. 56 Cost. sulla composizione della Camera dei deputati e, conseguentemente, vulnerato

<sup>62</sup> Furono così scartate le altre proposte discusse in sede di Giunta delle elezioni volte ad attribuire i seggi vacanti alla lista “Forza Italia”, in quanto prive di fondamento giuridico; o le soluzioni prospettate in dottrina circa il loro riparto tra le liste che non avessero superato la soglia del 4 per cento (così, M. AINIS, *Principi versus regole (Il caso dei seggi mancanti a Forza Italia dopo le politiche del 2001)*, in *Rass. parl.*, 2001, 629 ss.), o nell’ambito della circoscrizione estero (in questo senso, C. FUSARO, *Scorpori e “civette”*, 21 maggio 2001, in *www.forumcostituzionale.it*), in quanto di dubbio fondamento normativo. A fronte della disapplicazione del regolamento stesso, non è mancato chi ha ritenuto che l’omessa proclamazione dei subentranti per coprire i seggi vacanti fosse giustiziabile davanti al giudice amministrativo, nel presupposto che il riferimento letterale dell’art. 66 Cost. ai “componenti” delle Camere dovrebbe obbligare l’interprete a “tenere sotto stretto controllo ogni possibile estensione logica del potere decisorio attribuito alla Camera”: cfr. A. GUANTARIO, *Profili giuridici dei fantasmi in Parlamento e giudice amministrativo*, in *Nuova Rassegna di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza*, n. 1, 2004, 25 ss., spec. 53 ss.

<sup>63</sup> In questo senso, le condivisibili osservazioni di S. DURANTI, *Il “minimalismo” legislativo di una transizione senza fine: brevi note sulla legge 4 aprile 2005*, n. 47 (21 aprile 2005), in *www.federalismi.it*, n. 8/2005, 10 s.

<sup>64</sup> Sul carattere retroattivo dell’intervento legislativo in parola, cfr. G. TARLI BARBIERI, *Verso una nuova (ennesima) legge elettorale? Il seguito della sent. 35/2017*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, fasc. n. 1/2017, 22.

il principio costituzionale dell'integrità dell'organo massimamente rappresentativo.

Passando dalla formula elettorale in senso stretto al procedimento elettorale preparatorio, occorre anzitutto ricordare il fin troppo noto caso del decreto-legge 5 marzo 2010, n. 29 (*Interpretazione autentica di disposizioni del procedimento elettorale e relativa disciplina di attuazione*), adottato dal quarto Governo Berlusconi nell'imminenza delle elezioni regionali, dovuto alla circostanza che, nei giorni precedenti, era stata disposta l'esclusione di alcune liste e candidati del "Popolo della libertà" dalla competizione elettorale, in ragione della presentazione di documentazione incompleta e del mancato rispetto dei termini previsti. Diversamente da precedenti decreti-legge intervenuti in materia elettorale<sup>65</sup>, quello in

<sup>65</sup> È appena il caso di ricordare che il divieto posto dall'art. 15, comma 2, lett. b), della legge n. 400 del 1988, per il quale il Governo non può adottare decreti-legge in materie coperte da riserva di assemblea (tra cui la materia elettorale), è stato ripetutamente eluso sulla base di due argomenti: a) il divieto è posto da una fonte di rango primario, quindi derogabile da fonte di pari grado, come appunto il decreto-legge; b) una giurisprudenza costituzionale ormai consolidata consente che le riserve di legge poste dalla Costituzione possano essere soddisfatte da atti aventi forza di legge del Governo (decreti legislativi e decreti-legge); c) nella sentenza n. 161 del 1995, la Corte, sia pure limitatamente a una disciplina che incideva sulle regole della campagna elettorale/referendaria – escludendo, invece, che la decretazione d'urgenza potesse intervenire sia sul voto, sia sul procedimento referendario in senso proprio – ha affermato che la materia elettorale non può comunque ritenersi esclusa dall'ambito di operatività del decreto-legge, posto che "tale limite non risulta desumibile, né direttamente né indirettamente, dalla disciplina costituzionale" (sentenza n. 161 del 1995, punto n. 4 del "Considerato in diritto", anche se questa pronuncia potrebbe essere richiamata proprio a fondamento della distinzione tra legislazione elettorale "di contorno" e formula elettorale, negando la Corte che, in relazione a quest'ultima, possano intervenire provvedimenti d'urgenza). Quanto all'elusione del limite in parola, basti pensare, tra gli altri, oltre al richiamato decreto-legge n. 29 del 2010, ai seguenti precedenti: decreto-legge 19 gennaio 1994, n. 42 (*Disposizioni urgenti per lo svolgimento delle elezioni politiche del 27 marzo 1994*), che protraeva di un giorno la data fissata per le elezioni politiche del 1994; decreto-legge 29 marzo 1995, n. 90 (*Nuove norme in materia di termini per la presentazione delle liste nelle elezioni regionali, provinciali e comunali della primavera del 1995*), che protraeva di due giorni il termine per la presentazione delle liste alle elezioni regionali di quell'anno, tenendo conto delle difficoltà nella predisposizione delle liste, dovuta al fatto che la riforma elettorale regionale (legge 23 febbraio 1995, n. 43) era stata approvata nell'imminenza dello svolgimento della competizione elettorale; decreto-legge 3 marzo 2000, n. 43 (*Disposizioni urgenti per disciplinare le operazioni di scrutinio relative al contemporaneo svolgimento delle elezioni regionali, provinciali e comunali*), che disciplinava le operazioni di scrutinio per assicurare il contemporaneo svolgimento delle elezioni regionali, provinciali e comunali (c.d. *election day*); decreto-legge 8 marzo 2006, n. 75 (*Modificazioni alla composizione grafica delle schede per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica*), che ha modificato la disciplina contenuta nel d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 (*Approvazione del testo unico*

parola conteneva disposizioni che si autoqualificavano di interpretazio-

*delle leggi recanti norme per l'elezione della Camera dei deputati*) e nel decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533 (*Testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione del Senato della Repubblica*), garantendo l'adeguamento alla legge elettorale 21 dicembre 2005, n. 270 (*Modifiche alle norme per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica*), prevedendo che sulle schede elettorali i contrassegni delle liste collegate appartenenti alla stessa coalizione siano riprodotte di seguito, "in linea orizzontale, uno accanto all'altro, su un'unica riga". Il ricorso al decreto-legge, rapidamente convertito prima delle elezioni politiche del 9-10 aprile del 2006, fu allora motivato in ragione della "straordinaria necessità ed urgenza di facilitare la lettura della scheda elettorale e l'espressione del voto in occasione dell'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica". In tutti i precedenti richiamati, però, si trattava di decreti-legge che intervenivano sulla c.d. legislazione elettorale "di contorno", relativamente, cioè, ai termini di presentazione delle liste, al periodo della campagna elettorale, alle date del voto, agli orari di apertura dei seggi e alle modalità di redazione della scheda elettorale. Non si ravvisa, invece, alcun precedente circa una disciplina elettorale vera e propria emanata per decreto-legge, idonea a incidere sulla formula elettorale e sul meccanismo di trasformazione dei voti in seggi. L'impossibilità di ricorrere alla decretazione d'urgenza per quanto riguarda la formula elettorale in senso stretto sembra inoltre discendere non soltanto dagli argomenti suesposti, che operano come limiti "ordinari", ma da un vero e proprio limite di sistema, desumibile in via logico-sistematica dalla Costituzione stessa. Utilizzare, infatti, il decreto-legge per apportare le modifiche necessarie ai sistemi elettorali ai fini del tempestivo scioglimento delle Camere e dell'indizione dei comizi elettorali sarebbe logicamente inconciliabile con il rischio di mancata conversione del decreto stesso, che potrebbe invalidare le elezioni politiche, determinando la decadenza degli eletti. Per non parlare, poi, della carenza dei presupposti di straordinarietà, necessità e urgenza di un decreto-legge che intervenisse sulla formula elettorale in via "sostitutiva" della volontà parlamentare (su cui, v. le acute osservazioni di N. ZANON, *Note sull'ammissibilità di un decreto-legge in materia elettorale*, 28 novembre 2012, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2 s.). Deve inoltre osservarsi che la giurisprudenza costituzionale ha progressivamente esteso il proprio sindacato sull'omogeneità quale indice sintomatico della violazione dei presupposti di necessità e urgenza dei decreti-legge (sentenze n. 171 del 2007, n. 128 del 2008, e, soprattutto, n. 22 del 2012 e n. 220 del 2013), considerando, in taluni casi, la legge n. 400 del 1988 e i regolamenti parlamentari quali esplicitazione della *ratio* implicita nell'art. 77 Cost. (sentenza n. 22 del 2012, punto n. 3.3 del "Considerato in diritto"): sicché un decreto-legge che intervenisse sui richiamati aspetti del sistema elettorale vero e proprio si esporrebbe a censure di incostituzionalità. In caso di eventuali impugnazioni, la Corte potrebbe considerare il decreto-legge inidoneo a soddisfare le riserve di legge in quella delicata materia, impropriamente attratta nell'esclusiva disponibilità del Governo. Né potrebbe escludersi che, sviluppando la sua più recente giurisprudenza, la Corte possa affermare che l'art. 15 della legge n. 400 del 1988 costituisca una norma limitativa della competenza del decreto-legge, escludendo espressamente la materia elettorale dal suo ambito di operatività. Infatti, il limite posto dalla legge n. 400 del 1988 potrebbe essere considerato diretto "svolgimento" dell'art. 77 Cost. (nel solco di quanto affermato dalla sentenza n. 22 del 2012, sia pure, per ora, soltanto in riferimento alla necessaria omogeneità del decreto-legge), nonché, sul piano del procedimento legislativo, dell'art. 72, quarto comma, Cost. che prevede la riserva di assemblea. In dottrina, esprimono

ne autentica e che avevano in realtà contenuto innovativo e retroattivo intervenendo su alcuni profili della disciplina dettata dalla legge n. 108 del 1968 sul procedimento elettorale regionale preparatorio, con l'effetto di riaprirne i termini precedentemente scaduti, disponendo, tra l'altro, in materia di competenza legislativa concorrente<sup>66</sup>. La disciplina, quindi, incideva su fattispecie già esauritesi, disponendo, tra l'altro, su modalità e termini orari di presentazione delle liste e autenticazione delle firme ai fini della loro presentazione. Inoltre, con riguardo alla lista "Popolo della libertà" presentata nella provincia di Roma, essa assumeva le forme di una disciplina retroattiva a contenuto provvedimentale, atteso che conteneva disposizioni – appositamente modellate in favore della lista del principale partito di governo – che avevano la pretesa di attribuire efficacia giuridica retroattivamente "sanante" ad autenticazioni delle firme invalide, perché poste in essere senza le formalità previste dalla legge, dissociando temporalmente la validità dell'autenticazione delle firme dal loro oggetto (la firma del cittadino-elettore alla presenza dell'agente certificatore)<sup>67</sup>.

Nella seduta della Camera dei deputati del 13 aprile 2000, in sede di esame del disegno di legge di conversione del succitato decreto-legge, fu approvato un emendamento soppressivo del testo, con conseguente reiezione del decreto-legge. Sicché, essendo venuto meno l'atto precedentemente impugnato dalla Regione Lazio, la Corte costituzionale, con ordinanza n. 204 del 2010, dichiarò la manifesta inammissibilità delle questioni precedentemente sollevate, escludendo la possibilità di trasfe-

fondati dubbi di legittimità costituzionale circa il ricorso alla decretazione d'urgenza in materia elettorale, tra i tanti, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, 286; F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle Fonti del Diritto*, Ristampa aggiornata 2002, Torino 2002, 59. Sulla "fisiologica estraneità della decretazione d'urgenza" rispetto al procedimento elettorale, cfr. E. LEHNER, *La Corte costituzionale e il decreto «salva-liste»*, in *Giur. cost.*, 2010, 1209 s. L'ipotesi di ricorrere alla decretazione d'urgenza per la legge elettorale, avanzata da F.G. PIZZETTI, *Può una legge elettorale essere adottata con un decreto-legge? Il Governo tecnico tra emergenza economico-finanziaria e crisi politica* (12 novembre 2012), in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), è stata aspramente (e condivisibilmente) criticata da R. BIN, *Può una legge elettorale essere adottata con un decreto-legge? Trastullandosi con il colpo di Stato* (18 novembre 2012), in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) e da N. ZANON, *Note sull'ammissibilità di un decreto-legge in materia elettorale*, cit.

<sup>66</sup> Decisamente critico su tutti questi profili R. CHIEPPA, *Inopportunità e dubbi di correttezza sull'utilizzo della decretazione di urgenza incidente su procedimento elettorale in corso*, in *Giur. cost.*, 2010, 1197 ss., spec. 1200.

<sup>67</sup> Così, L. D'ANGELO, *Il decreto "salva liste" e la problematica retroattività di un effetto legale di autenticazione delle firme degli elettori. Qualche breve riflessione*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2010, 2.

rire le stesse sulla legge di sanatoria degli effetti del decreto-legge nel frattempo approvata dal Parlamento.

Nella presente prospettiva di analisi non interessa tanto esaminare le anomalie di un decreto-legge adottato *dopo* la scadenza dei termini del procedimento elettorale preparatorio e nell'esclusivo interesse delle liste del partito di maggioranza, di per sé sufficiente a determinare pregiudizio grave e irreparabile per i diritti politici dei cittadini, quanto porre in rilievo che, nel caso richiamato, le disposizioni in parola avevano la pretesa di disciplinare fatti del passato, facendo "rivivere", in via sopravvenuta, l'autenticazione delle firme dei sottoscrittori posta in essere in violazione delle norme di legge.

La vicenda in esame si è conclusa con l'ordinanza n. 107 del 2010, con la quale la Corte costituzionale ha rigettato l'istanza cautelare di sospensione dell'efficacia del decreto-legge proposta dalla Regione Lazio nel giudizio di legittimità costituzionale instaurato in via principale, avente ad oggetto il richiamato decreto-legge, stante la carenza del *periculum in mora*, poiché la sospensione dell'atto impugnato non avrebbe rimosso in via definitiva la condizione di precarietà che caratterizzava l'allora imminente competizione elettorale "in ragione della vigenza di un decreto-legge non ancora convertito ed al momento già oggetto di ulteriore ricorso in via principale". Sicché, osserva la Corte in quella pronuncia, "tale condizione – in sé suscettibile di generare gravi incertezze che si potrebbero ripercuotere sull'esercizio di diritti politici fondamentali e sull'esito stesso delle elezioni – permarrrebbe con identica gravità, ove fosse accolta la domanda cautelare", ben potendo "verificarsi che il giudizio costituzionale si concluda definitivamente con una pronuncia di non fondatezza, ovvero di inammissibilità". La Corte ha quindi operato una comparazione tra danno che deriverebbe dall'applicazione del decreto-legge e danno che deriverebbe dalla sospensione della sua efficacia, e, valutato che la sospensione dell'atto non avrebbe rimosso la situazione di grave incertezza circa lo svolgimento e gli esiti della competizione elettorale, ha optato per il rigetto dell'istanza cautelare<sup>68</sup>. Nondimeno, a fronte di un decreto-legge retroattivo in materia elettorale, la necessità di neutralizzare il *periculum in mora* avrebbe forse potuto determinare

<sup>68</sup> Pur ravvisando, cioè, la sussistenza del danno grave e irreparabile prodotto dall'applicazione del decreto-legge, ciò costituisce condizione necessaria ma non sufficiente per l'emanazione della misura cautelare: cfr., ad esempio, A. VUOLO, *Crollo di un altro antico feticcio (Nota a ordinanza n. 107/2010 della Corte costituzionale)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2010, 5.

un intervento più penetrante della Corte costituzionale nell'esercizio dei propri poteri cautelari *ex artt.* 35 e 40 della legge n. 87 del 1953, tanto più valorizzabili, perché l'effetto retroattivo sul procedimento elettorale preparatorio veniva comunque a pregiudicare irrimediabilmente il genuino esercizio del diritto di voto<sup>69</sup>. Si tratta, con tutta evidenza, di un caso in cui il ricorso a norme retroattive in materia elettorale viene combinato all'abuso della decretazione d'urgenza, ponendo così l'ulteriore questione della tutela cautelare dei diritti politici dei cittadini di fronte a disposizioni retroattive costituzionalmente illegittime, quantomeno, come nel caso di specie, nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale, laddove quest'ultima è pacificamente riconosciuta dalle norme richiamate.

Altro nodo problematico quanto al procedimento elettorale preparatorio è quello relativo alla conformità all'art. 3 del Primo Protocollo CEDU di eventuali interventi del legislatore aventi effetti retroattivi, rispetto ai quali ben difficilmente potrebbero farsi valere gli ampi margini di "discrezionalità di cui dispongono gli Stati in materia, nonché della necessità di valutare tutta la legislazione elettorale alla luce dell'evoluzione politica e in funzione dei fattori storici e politici propri al Paese interessato"<sup>70</sup>. Al riguardo, tra i casi più significativi, si può richiamare la sentenza della Corte EDU, Quarta Sezione, 6 novembre 2012, *Ekoglasnost c. Bulgaria*, con la quale la Corte ha censurato una legge bulgara per violazione del diritto a libere elezioni, sotto il profilo del ragionevole bilanciamento tra il diritto alla presentazione delle liste e delle candidature, da un lato, e l'interesse all'integrità e genuinità della competizione elettorale, dall'altro. Il legislatore bulgaro veniva infatti ad introdurre, a due mesi dalle elezioni, requisiti particolarmente stringenti ai fini della registrazione delle liste (versamento di somme a titolo cauzionale; certificato di avvenuta registrazione dei bilanci del partito degli ultimi tre anni; sottoscrizione a sostegno della lista di almeno 5.000 cittadini-elettori), i quali, pur perseguendo legittimamente l'obiettivo di evitare che la competizione elettorale potesse essere alterata dalla presenza di liste non dotate di sufficiente seguito, non consentivano, però, di soddisfare i requisiti richiesti a partiti sufficientemente diffusi sul territorio (come il partito *Ekoglasnost*), in ragione, tra l'altro, dei brevissimi termini conces-

<sup>69</sup> In questo senso, le significative considerazioni di A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale: la Corte costituzionale e le obiezioni di Carl Schmitt*, in *Giur. cost.*, 2010, 3966 ss.

<sup>70</sup> Cfr., ad esempio, Corte EDU, sentenza 13 maggio 2012, *Sacomanno c. Italia*.

si entro cui procedere alla regolarizzazione delle candidature. La pronuncia appare esemplificativa della tendenza della Corte EDU a sottoporre a scrutinio stretto di proporzionalità la legge in materia elettorale che, soprattutto quando intervenga nell'imminenza delle elezioni, introduca modifiche non ragionevoli e non proporzionate ai legittimi scopi, disponendo l'automatica esclusione dalla competizione elettorale di partiti radicati nella sfera politica e sociale. Al riguardo, è il caso di ricordare che le modificazioni legislative in materia elettorale alla vigilia delle elezioni non sarebbero ammissibili a tenore del Codice di buona condotta elettorale approvato dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa il 30 giugno 2003, e confermato dal Comitato del Consiglio dei ministri dello stesso Consiglio d'Europa il 16 giugno 2004<sup>71</sup>.

Sotto il profilo che maggiormente rileva nella presente prospettiva di analisi, è di particolare interesse l'accoglimento della censura con cui il partito *Ekoglasnost* contestava l'"introduzione tardiva" e il "carattere retroattivo" dei requisiti richiesti ai fini della partecipazione alla competizione elettorale, così modificando retrospettivamente il quadro regolatorio della campagna elettorale<sup>72</sup>.

#### 4. *La legislazione elettorale "di contorno", con particolare riguardo alla c.d. "legge Severino"*

Passando alla c.d. legislazione elettorale "di contorno" – espressione che ricomprende profili fondamentali di esercizio dei diritti politici: dall'elettorato attivo e passivo, al procedimento elettorale preparatorio, alla disciplina dei partiti politici e delle campagne elettorali<sup>73</sup> – il nodo indubbiamente più problematico sotto il profilo dei limiti all'irretroattività della legge è costituito dalla disciplina delle incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità. Si prescinde, in questa sede, dal delineare le differenze tra gli istituti in parola, già ampiamente indagate in dottrina, e ci si limita a ricordare che sia l'incandidabilità sia l'ineleggibilità incidono in senso

<sup>71</sup> Sull'influenza di tali atti sulla legislazione elettorale "di contorno", cfr. N. LUPO, *Considerazioni conclusive. Sistema elettorale e legislazione "di contorno"*, in AA.VV., *Le evoluzioni della legislazione elettorale "di contorno" in Europa*, Atti del III Colloquio italo-polacco sulle trasformazioni istituzionali, a cura di G.C. De Martin, Z. Witkowski, P. Gambale, E. Griglio, Padova 2011, 426 ss.

<sup>72</sup> V. anche Corte EDU, sentenza 7 agosto 2010, *Tănase c. Moldova*.

<sup>73</sup> Per un approfondimento, si vedano i contributi contenuti in AA.VV., *Le evoluzioni della legislazione elettorale "di contorno" in Europa*, cit.

preclusivo direttamente sulla posizione della candidatura; l'incompatibilità, invece, determina l'inconciliabilità della carica con altro ufficio o funzione assunti dalla stessa persona nel medesimo tempo imponendo, conseguentemente, l'opzione in via successiva<sup>74</sup>.

Pur avendo la Corte qualificato – sia pure incidentalmente ed in esclusivo riferimento alle cariche locali – l'incandidabilità come una “particolarissima causa di ineleggibilità”<sup>75</sup>, in quanto entrambe sono “espressione del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche”<sup>76</sup>, la prima è piuttosto assimilabile all'incapacità elettorale assoluta, indicando la mancanza di un requisito essenziale ai fini della stessa posizione della candidatura. Non a caso sono diversi: i presupposti giustificativi, poiché le cause di incandidabilità sono requisiti posti a tutela della carica, mentre quelle di ineleggibilità sono rivolte a disciplinare lo *status* del candidato e, poi, dell'eletto, al fine di scongiurare rischi di *captatio benevolentiae* o di *metus publicae potestatis*, che possano alterare la formazione del consenso e l'espressione del voto; il procedimento di accertamento, poiché le prime vengono accertate in via preventiva dagli uffici elettorali, le seconde nella fase successiva alla convalida dell'elezione<sup>77</sup>; gli effetti prodotti, poiché l'incandidabilità comporta la nullità dell'elezione ed è insanabile<sup>78</sup>, mentre le cause di ineleggibilità possono essere rimosse dall'interessato<sup>79</sup>.

È da tempo in atto una tendenza consolidata nel diritto positivo, risalente all'inizio degli anni Novanta del secolo scorso e volta a prevenire le “infiltrazioni” di esponenti del crimine organizzato nelle assemblee elettive e nelle cariche di governo locali, che ha trovato successiva conferma nella legislazione sulla prevenzione dei fenomeni di corruzione, da ultimo consolidandosi nell'art. 1, commi 63-64, della legge 6 novembre 2012,

<sup>74</sup> Per un approfondimento, sia consentito rinviare a G. RIVOCCHI, *Art. 65*, cit., 1254 ss.; N. LUPO e G. RIVOCCHI, *La disciplina delle incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità con il mandato parlamentare*, in *La legislazione elettorale italiana. Come migliorarla e perché*, a cura di R. D'Alimonte e C. Fusaro, Bologna 2008, 259 ss., spec. 261 ss.

<sup>75</sup> Così, le sentenze n. 407 del 1992, punto n. 3.1 del “Considerato in diritto”; e n. 141 del 1996, punto n. 3 del “Considerato in diritto”.

<sup>76</sup> Cfr., ad esempio, la sentenza n. 132 del 2001, punto n. 2 del “Considerato in diritto”.

<sup>77</sup> Si veda la sentenza n. 84 del 2006, punto n. 5 del “Considerato in diritto”.

<sup>78</sup> Cfr. la sentenza n. 141 del 1996, punto n. 3 del “Considerato in diritto”.

<sup>79</sup> Per un approfondimento, anche in relazione agli effetti dell'art. 66 Cost. e della c.d. “giurisprudenza parlamentare” sugli istituti in parola, sia consentito un rinvio a G. RIVOCCHI, *Il contenzioso post-elettorale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *La giustizia elettorale*, cit., 213 ss.

n. 190 (*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*) e nel successivo decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235 (*Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, a norma dell'articolo 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190*). Quest'ultimo, impropriamente noto come "legge Severino", disciplina le cause di incandidabilità alla carica di parlamentare nazionale ed europeo, il divieto di assunzione e svolgimento di incarichi di governo nazionale, le cause di incandidabilità e quelle di sospensione e decadenza dalle cariche elettive e di governo regionali e locali.

In estrema sintesi, quanto alla carica di parlamentare nazionale ed europeo, il decreto legislativo n. 235 del 2012 da un lato introduce l'incandidabilità, originariamente prevista soltanto per le cariche elettive locali, stabilendo che essa decorra dalla data del passaggio in giudicato della sentenza definitiva di condanna, e per un periodo corrispondente al doppio della durata della pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici, e che abbia comunque una durata minima di sei anni (art. 13, comma 1); dall'altro, stabilisce, sulla base dei medesimi presupposti, il divieto di assunzione e svolgimento di incarichi di governo nazionale (art. 6). Per i parlamentari nazionali, le disposizioni in parola si applicano a tre categorie di reati previste dall'art. 1 del decreto legislativo n. 235 del 2012: condanna a pena detentiva superiore ai due anni per delitti, non colposi, di particolare gravità, previsti dall'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p.; condanna a pena detentiva superiore ai due anni per tutti i delitti consumati o tentati da pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione previsti dal codice penale agli artt. da 314 a 335-*bis*, del c.p.; qualsiasi delitto non colposo, consumato o tentato, per il quale sia prevista la pena della reclusione non inferiore, nel massimo, a quattro anni.

Quanto, invece, al riordino delle fattispecie di incandidabilità, sospensione e decadenza, già introdotte per le cariche elettive regionali e locali, il decreto legislativo conferma l'elenco dei reati che, in caso di condanna, comportano le misure in parola, secondo quanto previsto dalla legislazione previgente (legge 19 marzo 1990, n. 55, "*Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale*", e successive modificazioni apportate dalle leggi 18 gennaio 1992, n. 16, 12 gennaio 1994, n. 30 e 13 dicembre 1999, n. 475, poi trasfuse nel decreto legislativo 18 agosto

2000, n. 267, “Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali”, c.d. TUEL).

Pur essendo configurabile come riforma “di sistema”, trattandosi di un testo unico volto ad armonizzare il regime dell’incandidabilità e dei requisiti richiesti per l’accesso alle cariche tra i diversi livelli territoriali di governo<sup>80</sup>, sussistono alcune differenze che potrebbero ritenersi motivate dalla particolare copertura costituzionale di cui gode la carica di parlamentare nazionale (artt. 65-69 Cost.), da cui discende la peculiarità del mandato parlamentare, il solo idoneo ad esprimere la rappresentanza politica nazionale<sup>81</sup>. In primo luogo, mentre per le elezioni politiche i delitti contro la pubblica amministrazione determinano l’incandidabilità soltanto in caso sia applicata una pena superiore ai due anni, per le elezioni regionali e locali è sufficiente la condanna, indipendentemente dalla pena, per determinare tali effetti. In secondo luogo, mentre per la carica di parlamentare ai fini dell’incandidabilità è richiesta una condanna definitiva a una pena superiore ai due anni di reclusione per delitti non colposi di particolare gravità, per le cariche regionali e locali, oltre alla fattispecie richiamata, è configurata come causa di incandidabilità anche una condanna con sentenza definitiva a una pena complessivamente superiore ai sei mesi di reclusione per uno o più delitti commessi con abuso

<sup>80</sup> Ed è infatti sulla base di questo assunto che taluni hanno criticato le disparità desumibili dal decreto legislativo n. 235 del 2012 tra la disciplina dell’incandidabilità/decadenza alla carica di parlamentare e quella relativa alle cariche regionali e locali: cfr. F. SCUTO, *La nuova dimensione dell’incandidabilità estesa alla totalità delle cariche elettive e di governo*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, 19 ss.; A. RACCA, *Problematiche costituzionali del nuovo regime dell’“incandidabilità” per le cariche elettive (e di governo) nell’ordinamento italiano*, in *www.giurcost.org*, 2014, 13 s.; G. MAROLDA, *La non irragionevolezza della “legge Severino”: note a margine della sent. n. 236/2015 della Corte costituzionale* (30 gennaio 2016), in *www.forumcostituzionale.it*, 8, che ipotizza una pronuncia additiva nella parte in cui non è prevista anche la condanna “non definitiva” come requisito per la sospensione per i parlamentari nazionali ed europei. V., però, la sentenza della Corte costituzionale n. 276 del 2016, punto n. 7.3 del “Considerato in diritto”, che ha rigettato, tra le altre, la questione di costituzionalità sollevata per la disparità di trattamento che si sarebbe determinata tra la condanna per uno dei reati previsti quale causa di sospensione dalle cariche locali rispetto a quella prevista per i parlamentari, applicandosi a questi ultimi l’incandidabilità soltanto per una soglia di pena superiore ai due anni, anzitutto per erroneità del *tertium comparationis* evocato (la norma per la quale l’istituto si applica ai membri delle Camere soltanto in caso di condanna definitiva a pena superiore ai due anni), stante l’impossibilità di raffrontare la posizione dei titolari delle cariche elettive in ragione del diverso livello istituzionale e funzionale ravvisabile tra parlamento e altre assemblee elettive. Nello stesso senso, da ultimo, la sentenza n. 214 del 2017, punto n. 4.1 del “Considerato in diritto”.

<sup>81</sup> Cfr., ad esempio, la sentenza n. 106 del 2002, punto n. 4 del “Considerato in diritto”.

dei poteri o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione, oltre che in caso di condanne per delitti di particolare gravità negli stessi termini in cui viene introdotta per la carica di parlamentare. Occorre infine ricordare che gli artt. 8 e 11 del decreto legislativo n. 235 del 2012 prevedono, per le cariche elettive rispettivamente regionali e locali, da un lato, la sospensione dal mandato in caso di provvedimento giurisdizionale non definitivo; e, dall'altro, la decadenza *ex lege* in caso di sentenza definitiva di condanna che costituisce causa di incandidabilità; per la carica di parlamentare, invece, non è mai prevista la sospensione, in quanto evidentemente ritenuta incompatibile con lo statuto costituzionale del parlamentare e con il funzionamento dell'organo. Infatti, anche a prescindere dai rilevanti problemi in punto di applicazione dell'istituto della sospensione alla carica di parlamentare<sup>82</sup>, la misura in parola sembrerebbe difficilmente compatibile con lo statuto costituzionale della carica. Basti pensare agli artt. 68, secondo e terzo comma, e 69 Cost., che prevedono garanzie attinenti allo *status* di parlamentare indisponibili al titolare della carica, sicché, ad esempio, contrariamente al consigliere regionale, il parlamentare non può essere sottoposto a provvedimento restrittivo della libertà personale senza l'autorizzazione della Camera di appartenenza. Pertanto, ipotizzando l'estensione della misura in via legislativa, privare temporaneamente i parlamentari sospesi dell'immunità e dell'indennità finirebbe per incidere sulla loro indipendenza costituzionalmente garantita. Tanto sembrerebbe sufficiente per escludere la legittimità dell'estensione in via legislativa della sospensione prevista dal decreto legislativo n. 235 del 2012 per le cariche elettive regionali e locali. Infatti, stando alla composizione delle Camere e al suo statuto costituzionale, pacificamente ritenuto, quantomeno nella parte relativa alle immunità e alle indennità, indisponibile al titolare della carica elettiva, il parlamentare, in ipotesi sospeso, non potrebbe partecipare ai lavori della Camera di appartenenza, ma non potrebbe essere sostituito, altrimenti il numero dei componenti dell'Assemblea eccederebbe dal limite costituzionalmente previsto dagli artt. 56, secondo comma (seicentotrenta deputati), e 57, secondo comma, Cost. (trecentoquindici senatori)<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> Per un approfondimento, sia consentito rinviare a G. RIVOSECCHI, *L'ineleggibilità sopravvenuta alla carica di membro del Parlamento*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, fascicolo n. 00 del 2 luglio 2010, 17 ss.; nonché ID., *Il contenzioso post-elettorale nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 242 ss.

<sup>83</sup> La problematica compatibilità con lo statuto costituzionale della carica dell'estensione in via legislativa della misura della sospensione al parlamentare sembra confermata

Guardando all'evoluzione degli istituti in parola, occorre sottolineare che è soltanto nella fase dal 1990 al 1992 che incandidabilità, sospensione e decadenza dalla carica si applicano ai titolari di cariche locali per reati per il delitto previsto dall'art. 416-*bis* c.p., o per delitti di favoreggiamento commessi in relazione ad esso, mentre già la sopravvenuta normativa del 1992, nel confermare gli istituti in parola, ne amplia i presupposti di applicazione in relazione a condanne riportate per delitti contro la pubblica amministrazione. Sicché, da questo punto di vista, è bene sottolineare che il decreto legislativo n. 235 del 2012 non inasprisce i fatti di reato oggetto della condanna, poiché l'elenco dei reati che ne costituisce il presupposto è il medesimo dal 1992 al 2012. La condanna rappresenta pertanto il mero presupposto per l'applicazione degli istituti, finalizzati a preservare l'integrità della carica, secondo tendenze già consolidate nella legislazione pregressa che hanno ripetutamente superato il vaglio della Corte costituzionale<sup>84</sup>.

È pur vero che una normativa di questo tipo sembra assumere incan-

da quella giurisprudenza costituzionale che, sotto diverso profilo, ha ripetutamente affermato la diversità di attribuzioni tra consigli regionali e assemblee parlamentari, nonché – si badi – tra consiglieri regionali e parlamentari nazionali, sul rilievo per il quale i consigli regionali sarebbero espressione di autonomia, mentre le Camere di sovranità. Basti pensare al “filone” in cui la Corte riconosce il diverso statuto costituzionale tra Camere e assemblee elettive con riguardo a organizzazione, funzioni e prerogative dell'organo e dei suoi membri (tra le tante, sentenze n. 66 del 1964; n. 14 del 1965; n. 24 del 1968; n. 35 del 1981; n. 129 del 1981; n. 6 del 1970; n. 110 del 1970; n. 245 del 1995), o a quello che giustifica l'esenzione dalla giurisdizione contabile della Camere e il differente regime dei controlli rispetto ai consigli regionali (*ex plurimis*, sentenze n. 209 del 1994; n. 289 del 1997; n. 392 del 1999; n. 292 del 2001; n. 39 del 2014), o, infine, a quello sul *nomen* Parlamento, che “rifiuta di essere impiegato all'interno di ordinamenti regionali” (così, sentenza n. 106 del 2002 e, conformemente, n. 306 del 2002). Non a caso, anche la “giurisprudenza” parlamentare tende a negare che possa applicarsi l'istituto della sospensione al parlamentare, determinandosi, invece, la decadenza dalla carica previo accertamento della sopraggiunta causa di ineleggibilità (nonché, ora, di incandidabilità). Dopo un primo orientamento più cauto (se non elusivo del giudicato penale), manifestatosi, sino alla XV legislatura, nei casi di deputati nei cui confronti era stata irrogata la pena accessoria dell'interdizione temporanea (o addirittura perpetua, nel caso del deputato Previti, FI) dai pubblici uffici, nel caso del deputato Drago (UDC, XVI legislatura), la Giunta delle elezioni è pervenuta all'accertamento di una causa di ineleggibilità sopravvenuta per effetto della pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici, deliberando conseguentemente di proporre all'Assemblea la decadenza dal mandato parlamentare ed escludendo che potesse applicarsi l'istituto della sospensione dal mandato parlamentare. Tale orientamento è stato confermato, nella XVII legislatura, con riguardo all'incandidabilità sopravvenuta, in relazione ai casi Berlusconi e Galan (FI), dichiarati decaduti rispettivamente dalla carica di senatore e di deputato.

<sup>84</sup> Cfr. le sentenze n. 407 del 1992, spec. punto n. 3.1 del “Considerato in diritto”; n.

didabilità, sospensione e decadenza come effetti della condanna penale per il compimento di determinati tipi di reati, così incorrendo, in tesi, nel divieto di retroattività costituzionalmente vigente in materia penale o in quello previsto dall'art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689 (*Modifiche al sistema penale*) per le sanzioni amministrative. In secondo luogo, il decreto legislativo n. 235 del 2012 appare particolarmente sensibile ad incidere sui diritti politici non soltanto con riguardo all'elettorato passivo, ma anche al rischio di pregiudicare l'eguaglianza del voto e il principio democratico. Infatti, intesa come norma retroattiva in senso proprio o semplicemente "retrospettiva" – che assuma, cioè, anche senza dispiegare i suoi effetti nel passato, la condanna quale condizione per l'applicazione di una determinata fattispecie punitiva o afflittiva –, una disciplina di questo tipo potrebbe non soltanto limitare l'elettorato passivo sino a sanzionare l'eletto con la sospensione o la decadenza, ma anche travolgere il diritto costituzionale di voto di chi ha eletto un candidato poi costretto a rimettere il mandato, così illegittimamente differenziando il voto espresso da alcuni cittadini rispetto a quello di altri<sup>85</sup>.

Assumendo questo angolo di visuale, alcuni hanno ritenuto che il decreto legislativo n. 235 del 2012 qualifichi, con diverso grado di intensità, come causa di incandidabilità, decadenza e sospensione una situazione di fatto (la condanna) che non era considerata tale al momento della competizione elettorale, così limitando, in via sopravvenuta, l'elettorato passivo, inciso in via retroattiva in esito all'accertamento di determinati reati a cui il legislatore riconnette l'applicabilità di una misura sanzionatoria, e così travolgendo, nel contempo, il diritto costituzionale di voto<sup>86</sup>.

118 del 1994, spec. punto n. 3.1 del "Considerato in diritto"; n. 141 del 1996, spec. punto n. 3 del "Considerato in diritto".

<sup>85</sup> Sui necessari limiti alle leggi retroattive in materia elettorale: cfr. A. PACE, *Legittime le leggi retroattive in materia elettorale?*, in *Giur. cost.*, 1994, 1007 ss.; nonché interessanti spunti in A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit., 53 s.

<sup>86</sup> In questa prospettiva, cfr., ad esempio, F.S. MARINI, *La "legge Severino" tra le Corti: luci e ombre dell'incandidabilità dopo la sentenza n. 236 del 2015* (6 febbraio 2016), in *www.osservatorioaic.it*, 10, per il quale la "legge Severino" riconnette, in via retroattiva, "conseguenze afflittive ulteriori all'accertamento di determinati reati"; G. GUZZETTA, *Parere pro veritate sulla conformità a Costituzione dell'art. 3 del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235*, in *www.federalismi.it*, n. 17/2013, spec. 4 ss. Parzialmente diversa la tesi di G.M. SALERNO, *Incandidabilità alla carica di parlamentare e Costituzione: alcune riflessioni sul d.lgs. n. 235 del 2012*, in *Archivio penale*, n. 1/2014, 13 ss., il quale, muovendo dal presupposto per cui il vincolo di stretta interpretazione in sede applicativa impedisce all'interprete di dare al complesso delle disposizioni legislative contenute nel T.U. un qualsiasi significato che possa produrre un'espansione degli effetti limitativi

Una siffatta conclusione muove, in realtà, da tre discutibili presupposti:

a) che la compressione dell'elettorato passivo costituisca, in qualsiasi forma venga disposta, sempre una *sanzione*, penale o amministrativa, o comunque misura afflittiva incompatibile con la tutela assicurata dalla CEDU, nel presupposto che la limitazione dell'art. 51 Cost., in quanto volto a presidiare diritti inviolabili, *non sia bilanciabile* con altri valori costituzionalmente protetti;

b) che debba ritenersi pacificamente *retroattiva* una norma che, anche senza dispiegare i suoi effetti per il passato, riconnetta conseguenze a fatti che si sono realizzati o a rapporti di durata non conclusi anteriori alla sua entrata in vigore;

c) che la così concepita retroattività, in quanto incidente su diritti politici fondamentali e inviolabili, debba necessariamente misurarsi sullo *svolgimento della competizione elettorale*, a garanzia dell'accesso alla carica e della regola generale dell'eleggibilità, a prescindere da quanto previsto dalla norma incriminata.

Tutti questi argomenti sembrano muovere da una prospettiva errata. È anzitutto assai dubbio che la forza espansiva della giurisprudenza della Corte EDU in punto di assimilazione delle misure afflittive alle sanzioni possa condurre a ritenere che il criterio dell'afflittività della misura diventi quello decisivo<sup>87</sup>. È ben vero che la Corte EDU ha condotto al supera-

dell'elettorato passivo, giunge alla conclusione che, a prescindere dalla natura giuridica dell'incandidabilità, essa restringa comunque l'esercizio di un diritto politico attribuito in via generale ad ogni cittadino dalla Costituzione, costituendo pertanto misura afflittiva idonea a mutare e ad aggravare in senso retroattivo la possibilità del singolo cittadino di partecipare alla competizione elettorale (ivi, 21). Nella dottrina penalistica, come si vedrà meglio *infra*, sostengono, ad esempio, la tesi dell'incostituzionalità della disciplina in parola, G. SPANGHER, *Parere pro veritate sulla conformità a Costituzione dell'art. 3 del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235* (depositato presso la Giunta delle elezioni e le immunità del Senato il 30 agosto 2013), in *www.federalismi.it*, n. 17/2013; G. PANSINI, *Parere pro veritate sulla conformità a Costituzione dell'art. 3 del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235*, in *www.federalismi.it*, n. 17/2013, spec. 2 ss.; E.R. BELFIORE, *Incandidabilità/decadenza e principio di irretroattività della sanzione penale*, in *Criminalia, Annuario di scienze penalistiche*, 2013, 423 ss.; V.N. D'ASCOLA, *Alla ricerca di un diritto che non c'è. La presunta retroattività della "legge Severino", tra derive asistematiche e suggestioni moralistiche*, in *Archivio penale*, n. 1/2014, 1 ss., spec. 18 ss.

<sup>87</sup> Sul punto, oltre alla giurisprudenza di Strasburgo qui di seguito presa in esame, si vedano, ad esempio, i significativi spunti di A. MANNA, *L'incandidabilità sopravvenuta nel corso del mandato parlamentare e l'irretroattività della norma penale*, in *Archivio penale*, n. 1/2014, 12, per il quale non è affatto detto che tutte le misure di carattere afflittivo siano necessariamente riconducibili al diritto c.d. punitivo.

mento del criterio di stretta legalità formale nell'identificazione dell'illecito penale in favore di una nozione sostanzialista di "penalty", autonoma da quella degli Stati membri, al fine di rendere effettiva la protezione offerta dalla Convenzione<sup>88</sup>. È stato così adottato l'ampio statuto convenzionale della sanzione penale e delle relative garanzie, ormai entrate nel giudizio di costituzionalità, pur senza segnare l'automatica prevalenza<sup>89</sup>, operando anzi la Corte costituzionale "una valutazione sistemica e non frazionata dei diritti coinvolti dalla norma retroattiva di volta in volta scrutinata"<sup>90</sup>. Spetta, infatti, al Giudice delle leggi valutare come il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano<sup>91</sup>. Ciò ha consentito di smascherare la c.d. "truffa delle etichette", onde evitare che la qualificazione extrapenale di una norma concretamente afflittiva possa essere utilizzata dallo Stato membro per eludere le garanzie previste dalla CEDU in punto di legalità penale sostanziale, divieto di retroattività e giusto processo<sup>92</sup>. In questo quadro di riferimento, la più recente giurisprudenza costituzionale ha però escluso che il divieto costituzionale di retroattività *in peius*, riservato alla materia penale, possa estendersi alle sanzioni amministrative e a quelle tributarie e valutarie<sup>93</sup>, avendo, nel contempo, limitato la portata

<sup>88</sup> Cfr. sentenza 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*: la questione riguardava l'applicazione retroattiva di una norma che prevedeva la misura della confisca per il reato di traffico di stupefacenti.

<sup>89</sup> Sui limiti dell'ingresso del prodotto dell'interpretazione della Corte EDU nel giudizio di costituzionalità, si vedano le sentenze n. 164 del 2012 e n. 49 del 2015, punto n. 7 del "Considerato in diritto".

<sup>90</sup> Secondo l'espressione utilizzata nella sentenza n. 264 del 2012, punto n. 4.1 del "Considerato in diritto", successivamente ripresa dalle pronunce n. 85 e n. 170 del 2013, n. 191 del 2014.

<sup>91</sup> Sul punto, cfr. sentenze n. 311 e 317 del 2009 e n. 236 del 2011; nonché n. 49 del 2015.

<sup>92</sup> Al riguardo, cfr., ad esempio, A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014, 22 ss. Nella dottrina penalistica, sull'ampia portata delle garanzie fornite dall'art. 7 CEDU per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., anche rispetto a quelle dell'art. 25, secondo comma, Cost., cfr., tra i tanti, F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte Europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1898 ss.; V. MANES, *Art. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 260 ss.

<sup>93</sup> Al riguardo, cfr. la sentenza n. 193 del 2016, punti n. 3.4, n. 3.5 e n. 3.6 del "Considerato in diritto", circa la portata e i limiti del principio convenzionale della retroattività della *lex mitior*, non essendo riscontrabile, nel quadro delle garanzie apprestato dalla CEDU, alcun obbligo degli Stati membri di introdurre una previsione generalizzata del principio di retroattività della legge più favorevole, da trasporre nel sistema delle sanzioni amministrative, atteso che il differente e più favorevole trattamento riservato ad alcune

di precedenti affermazioni sulla possibile applicazione dell'art. 25, secondo comma, Cost. anche a misure sanzionatorie diverse dalle pene in senso stretto<sup>94</sup>, ora riferibile *esclusivamente* alle “misure amministrative incidenti su libertà fondamentali che coinvolgono anche i diritti politici del cittadino”<sup>95</sup>. In definitiva, per quanto ampia possa ritenersi la nozione di “sanzione” nella giurisprudenza della Corte EDU, non si ravvisa una giurisprudenza consolidata in merito alla qualificazione da attribuire alle limitazioni dell'elettorato passivo<sup>96</sup>.

Altro problema è se la qualificazione della sanzione come “penale” in senso convenzionale debba spettare al giudice comune o, come sembra preferibile, alla Corte costituzionale: dovrebbe infatti ritenersi che lo scrutinio in parola esiga criteri univoci nella selezione del materiale giurisprudenziale europeo, e debba pertanto rimanere accentrato per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost.; in questo senso, sembrerebbe deporre quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale sin dalle c.d. “sentenze gemelle” (sentenze n. 348 e n. 349 del 2007), le quali hanno negato che il giudice comune abbia il potere di disapplicare la disposizione ritenuta in contrasto con una norma CEDU<sup>97</sup>.

Anche a prescindere da quanto detto in punto di limitazioni alla *vis*

sanzioni, come quelle tributarie e valutarie, trova invece fondamento nelle peculiarità che caratterizzano le rispettive materie e non può trasformarsi da eccezione a regola, coerentemente con il principio generale di irretroattività della legge e con il divieto di applicazione analogica delle norme eccezionali; nonché la sentenza n. 43 del 2017, spec. punto n. 4.3 del “Considerato in diritto”, con la quale è stata dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*), censurato dal rimettente nella parte in cui, in caso di declaratoria di incostituzionalità della norma in applicazione della quale è stata pronunciata la condanna, non estende la cessazione degli effetti penali alle sentenze irrevocabili con le quali è stata inflitta una sanzione amministrativa qualificabile come “penale” ai sensi del diritto convenzionale. Sui limiti al divieto convenzionale di retroattività delle sanzioni amministrative, v. anche sentenza n. 68 del 2017.

<sup>94</sup> Così, invece, la sentenza n. 276 del 2016, punto n. 5.2 del “Considerato in diritto”; nonché le sentenze n. 196 del 2010 e n. 104 del 2014.

<sup>95</sup> Così, la sentenza n. 43 del 2017, punto n. 4.3 del “Considerato in diritto”.

<sup>96</sup> Depone, ad esempio, nel senso della violazione del parametro convenzionale, la sentenza 30 maggio 2006, *Matytek c. Polonia*, con la quale la Corte di Strasburgo ha affermato che integra una violazione dell'art. 7 CEDU la fattispecie di un'automatica incandidabilità di durata decennale, mentre, in senso opposto, con la sentenza Gran. Cam., 6 gennaio del 2011, *Paksas c. Lituania*, i giudici europei hanno negato che la misura della decadenza dalla carica in conseguenza di sentenza penale (con conseguente ineleggibilità) fosse riconducibile a una sanzione penale.

<sup>97</sup> Cfr. la sentenza n. 348 del 2007, punto n. 4.3 del “Considerato in diritto”. Al

espansiva della giurisprudenza di Strasburgo circa l'assimilazione delle misure afflittive alle sanzioni, in relazione alla c.d. "legge Severino" occorre anzitutto osservare che qualificare le misure previste come dotate o meno di contenuto sanzionatorio diventa dirimente anche per censurarne la retroattività. Se, infatti, come ha affermato la giurisprudenza costituzionale, si muove dal presupposto che incandidabilità, sospensione e decadenza non costituiscono sanzioni o effetti penali della condanna, ma conseguenze del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso o il mantenimento della carica, il legislatore può bilanciare i diversi valori costituzionali in gioco: da un lato, il diritto di elettorato passivo; dall'altro, il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, tanto più sorretto dal dovere costituzionale di svolgere con onore le funzioni pubbliche ex art. 54 Cost. che grava sui destinatari della protezione offerta dall'art. 51 Cost.<sup>98</sup>. Sicché ragionare di violazione del principio di irretroattività diventa un errore prospettico, atteso che le misure in parola, essendo poste a tutela della carica, ben potrebbero legittimamente riferirsi anche a mandati sorti in epoca precedente all'entrata in vigore della legge<sup>99</sup>, nonché dispiegare i loro effetti, inclusa la misura della sospensione dalla carica, in relazione a condanne precedenti allo svolgimento della competizione elettorale<sup>100</sup>. Infatti, anche ammettendo che si tratti di norme al-

riguardo, cfr. anche la sentenza n. 28 del 2010, con riguardo al controllo di conformità al diritto dell'Unione europea della direttiva comunitaria non munita di efficacia diretta.

<sup>98</sup> Così, la sentenza n. 236 del 2015, punto n. 4.3.2 "Considerato in diritto". Valorizza opportunamente questo profilo della pronuncia G. MAROLDA, *La non irragionevolezza della "legge Severino"*, cit., 5, che ricorda come il dovere di disciplina e onore vada inteso come metodo per il perseguimento dell'interesse pubblico cristallizzato dalla legge, presupponendo che il dipendente abbia anche il compito di attuare i valori espressi dalla Costituzione nei confronti dei consociati, essendo egli parte di un'amministrazione che è al servizio dello Stato-Comunità.

<sup>99</sup> *Contra*, M. GAMBARDILLA, "Legge Severino" in materia di incandidabilità sopravvenuta e divieto di retroattività convenzionale (art. 7 C.e.d.u.), in *Archivio penale*, n. 1/2014, 8, il quale, pur sostenendo la tesi della conformità a Costituzione del decreto legislativo n. 235 del 2012, ne distingue la c.d. retroattività "interna" da quella "esterna", che si determinerebbe con l'applicazione della disciplina a un caso di condanna penale definitiva intervenuta nei confronti di chi ha assunto la carica nella fase antecedente all'entrata in vigore della "legge Severino": quest'ultima, secondo l'A. citato, determinerebbe un errore di diritto, vale a dire una violazione di legge nell'applicazione della disciplina in parola che integrerebbe la violazione dell'art. 7 CEDU. Tale A. ha ulteriormente sviluppato questa tesi in Id., *Natura ed effetti nel tempo della sospensione dalla carica di sindaco per una condanna non definitiva in base alla c.d. "legge Severino"*, in *Cass. pen.* n. 5/2016, 1893 s.

<sup>100</sup> In senso difforme, A. D'ALOIA, *Elezioni (e sospensione) di un Presidente regionale. Il caso De Luca e gli "imprevisti" della legge Severino* (9 giugno 2015), in *www.forumcostituzionale.it*, 2, il quale dubita, in caso di rielezione del destinatario del provvedimento

meno in senso improprio retroattive o comunque retrospettive, in quanto assumono, con effetti peggiorativi per il futuro, il fatto del passato (la condanna), ciò diventa indifferente ai fini del bene giuridicamente protetto – fronteggiare la grave situazione di illegalità nella pubblica amministrazione – che rischierebbe di essere pretermesso se la disciplina in parola fosse riferita soltanto ai mandati derivanti da competizioni elettorali successive alla sua entrata in vigore<sup>101</sup>.

In ogni caso, provando a ragionare della supposta retroattività del decreto legislativo n. 235 del 2012, al di là delle conclusioni cui è giunta la Corte, occorre anzitutto chiedersi quale sia la fattispecie oggetto della disciplina. Essa non disciplina in alcun modo il fatto storico costituente reato o la condanna e, quindi, non interviene sulla fattispecie anteriore nel tempo, senza violare, conseguentemente, il divieto costituzionale di retroattività in materia penale. Non vi è dubbio che la disciplina richiami misure interdittive, perpetue o temporanee, soglie di pena, sentenze di condanna definitive o passate in giudicato, decisioni di patteggiamento o riabilitazione, ma questi richiami, contenuti nel testo unico, non sembrano sufficienti per sostenere che gli effetti protratti nel tempo partecipino della stessa natura degli effetti pregressi<sup>102</sup>.

È in atto un intenso dibattito nella dottrina penalistica, volto talora a sottolineare come il richiamo a questi istituti da parte del decreto legislativo n. 235 del 2016 finisca per attrarre la disciplina al divieto di irretroattività vigente in materia penale. Al riguardo, si è osservato, ad esempio, che il riferimento contenuto nell'art. 16 del decreto legislativo n. 235 del 2012 – unica norma di diritto intertemporale contenuta nel testo unico – alla sentenza di patteggiamento *ex art. 444 c.p.p.*, in quanto equiparata alla sentenza di condanna, secondo il più recente orientamento della Corte di Cassazione (anche se, andrebbe precisato, a taluni effetti), non può non determinare la conseguenza che la disciplina in parola partecipi degli effetti penali che l'istituto è volto a regolare<sup>103</sup>, determinando un tratta-

to, dell'applicabilità dell'istituto della sospensione per condanne riportate in relazione a mandati precedenti.

<sup>101</sup> In questo senso, la sentenza n. 236 del 2015, punto n. 4.3.2 del “Considerato in diritto” sulla sospensione dalla carica; e la sentenza n. 118 del 1994 sulla decadenza di diritto dalla carica di consigliere comunale, in caso di sentenza di condanna passata in giudicato anche in relazione alle consultazioni elettorali svoltesi anteriormente dell'entrata in vigore della legge e a reati anch'essi commessi prima di tale data.

<sup>102</sup> In quest'ultimo senso, invece, G. SPANGHER, *Parere pro veritate*, cit.

<sup>103</sup> Così, ad esempio, G. SPANGHER, *Parere pro veritate*, cit.; E.R. BELFIORE, *Incandibilità/decadenza e principio di irretroattività della sanzione penale*, cit., 423 ss.

mento irragionevolmente differenziato tra le sentenze di patteggiamento e quelle pronunciate nel corso dei riti ordinario e abbreviato, nonché tra le stesse sentenze di patteggiamento in relazione alla maggiore o minore celerità del giudice nel pronunciare la sentenza<sup>104</sup>. O, ancora, si è sostenuto che il richiamo alla sentenza di riabilitazione di cui agli artt. 178 ss. c.p., contenuto nell'art. 15, comma 3, del decreto legislativo n. 235 del 2012, quale unica causa di estinzione dell'incandidabilità, confermerebbe il carattere di sanzione penale delle misure afflittive in esso contenute<sup>105</sup>.

Tali argomenti, in realtà, sembrano reversibili e inadeguati a fondare l'incostituzionalità della disciplina in parola. Quanto al primo, occorre ricordare che la giurisprudenza della Corte di Cassazione, dopo aver escluso che la sentenza di patteggiamento fosse assimilabile a quella di condanna<sup>106</sup>, ha mutato orientamento, affermando che la sentenza di patteggiamento è equiparata dal legislatore a quella di condanna a certi effetti<sup>107</sup>. Tale equiparazione, però, non può valere a tutti gli effetti, poiché il profilo dell'accertamento di responsabilità è estraneo alla sentenza emessa a seguito di patteggiamento. Sicché l'art. 16, comma 1, del decreto legislativo n. 235 del 2012 – norma transitoria contenuta nel decreto legislativo n. 235 del 2012 – viene ragionevolmente ad escludere che le sentenze di patteggiamento pronunciate anteriormente all'entrata in vigore del testo unico possano essere ritenute causa di incandidabilità/decadenza, perché, in assenza di accertamento di responsabilità, la sentenza di patteggiamento anteriore non può che ritenersi indifferente agli effetti del requisito richiesto dal legislatore per il mantenimento della carica elettiva. In altre parole, la *ratio* del richiamo all'art. 444 c.p.p., contenuto nella norma transitoria, sembra proprio quella di evitare che la disciplina del testo unico si applichi irragionevolmente a tutte le sentenze di patteggiamento, incluse quelle anteriori all'entrata in vigore della disciplina, quando il soggetto patteggiante ignorava non già il preteso effetto penale che la c.d. "legge Severino" sopravvenuta avrebbe attribuito al suo accordo, bensì che la sentenza di patteggiamento avrebbe costituito causa di incandidabilità sopravvenuta, e, quindi, avrebbe potuto indurlo a non

<sup>104</sup> Cfr. V.N. D'ASCOLA, *Alla ricerca di un diritto che non c'è*, cit., 10 ss.

<sup>105</sup> Cfr. G. SPANGHER, *Parere pro veritate*, cit.; V.N. D'ASCOLA, *Alla ricerca di un diritto che non c'è*, cit., 21 ss.; E.R. BELFIORE, *Incandidabilità/decadenza e principio di irretroattività della sanzione penale*, cit., 427.

<sup>106</sup> Si vedano, ad esempio, Cass., Sez. I penale, n. 5959 del 1999, n. 14362 del 2000, n. 43576 del 13 ottobre 2004.

<sup>107</sup> Si veda, ad esempio, Cass. Sez. Un. penali, n. 17781 del 2005.

scegliere quella strategia difensiva. In definitiva, la norma transitoria sembrerebbe spiegarsi non già alla luce del divieto di retroattività degli effetti penali della condanna (art. 25, secondo comma, Cost.), bensì a tutela del diritto inviolabile all'elettorato passivo (art. 51 Cost.), e pone pertanto in essere una ragionevole differenziazione tra sentenze di patteggiamento e sentenze pronunciate nel corso dei riti ordinario e abbreviato.

Quanto, invece, al richiamo alla sentenza di riabilitazione, quale unica causa estintiva dell'incandidabilità, che, secondo alcuni, attrarrebbe alla sfera penale la disciplina in parola<sup>108</sup>, occorre precisare che il rinvio dell'art. 15, comma 1, del decreto legislativo n. 235 del 2012, si riferisce alla disciplina complessiva contenuta nell'art. 178 c.p., per il quale “*la riabilitazione estingue le pene accessorie ed ogni altro effetto penale della condanna, salvo che la legge disponga altrimenti*”. Sicché sembrerebbe difficile sostenere, come pure è stato osservato per discostarsi dalla dottrina poco sopra richiamata, che l'eccezione (“*salvo che la legge disponga diversamente*”) possa valere a costruire una disciplina sostanzialmente derogatoria che consentirebbe alla riabilitazione di estendere i suoi effetti *oltre* l'estinzione delle pene accessorie e di ogni altro effetto penale della condanna<sup>109</sup>. Infatti, così opinando, le misure contenute nella “legge Severino” sarebbero comunque attratte alla sfera del diritto penale, salvo poi costruire un'intera disciplina in termini di eccezione a quella “ordinaria”. Il richiamo all'art. 178 c.p. dovrebbe invece intendersi in maniera globale – e pertanto, non soltanto al “*salvo che la legge disponga diversamente*” – con la conseguenza che l'art. 15, comma 3, del decreto legislativo n. 235 del 2012 richiamerebbe la sentenza di riabilitazione come unica causa estintiva dell'incandidabilità perché, se non lo facesse, si potrebbe interpretare il testo unico nel senso che le cause di incandidabilità, sospensione e decadenza non potrebbero essere estinte nemmeno dalla sentenza di riabilitazione. In altre parole, la disposizione in parola sarebbe necessaria, perché la normativa contenuta nel decreto legislativo n. 235 del 2012 appare indifferente agli effetti penali, in quanto operante sul distinto piano posto a tutela della carica<sup>110</sup>. In definitiva, all'opposto

<sup>108</sup> Cfr. G. SPANGHER, *Parere pro veritate*, cit.; V.N. D'ASCOLA, *Alla ricerca di un diritto che non c'è*, cit., 21 ss.

<sup>109</sup> A. MANNA, *L'incandidabilità sopravvenuta nel corso del mandato parlamentare*, cit., 7, nota 18, per discostarsi da G. SPANGHER, *Parere pro veritate*, cit.

<sup>110</sup> Detto altrimenti: se la misura prevista dall'art. 11, comma 1, lett. a), del decreto legislativo n. 235 del 2012 avesse avuto carattere sanzionatorio, l'art. 15, comma 3, dello stesso T.U. sarebbe stato superfluo, in quanto sarebbe stato configurabile come automatismo già previsto dall'art. 178 c.p.; così, ad esempio, L. LONGHI, *Il caso de Magistris: il*

di quanto affermato dalla dottrina penalistica sopra richiamata, il richiamo alla sentenza di riabilitazione potrebbe ritenersi indice sintomatico per escludere che le misure contenute nel testo unico siano ascrivibili alla materia penale, perché, qualora il legislatore delegato non l'avesse espressamente previsto, non sarebbe stato pacifico che la riabilitazione potesse rimuovere la causa ostativa all'assunzione o al mantenimento della carica, la cui tutela costituisce il *proprium* della disciplina in parola. Di qui, la ragionevolezza delle "disposizioni comuni" del decreto legislativo n. 235 del 2012, contenute nel suo art. 15, anche sotto il profilo del richiamo alla riabilitazione.

Per rimanere sul piano dei principi costituzionali, occorre in definitiva ricordare che il divieto di retroattività in materia penale riguarda l'ampliamento delle fattispecie di reato, le norme sulle pene principali e accessorie, gli effetti penali della condanna, al fine di consentire al cittadino di conoscere in anticipo se, dalle sue azioni, possano discendere responsabilità penali<sup>111</sup>. Nulla di tutto questo è inciso dal d.lgs. n. 235 del 2012, atteso che, secondo quanto sopra detto, la condanna opera come mero presupposto di applicabilità degli istituti volti a preservare l'integrità della carica, seguendo itinerari già consolidati nella legislazione pregressa che hanno ripetutamente superato il vaglio di costituzionalità<sup>112</sup>.

È ben vero che l'elenco che la riforma dei reati contro la pubblica amministrazione, contenuta nella legge n. 190 del 2012, congiunta a un abbassamento della soglia di punibilità, può condurre ad un ampliamento delle condotte materiali idonee a integrare la fattispecie che conduce ad una condanna definitiva e, quindi, all'incandidabilità/decadenza. Se infatti il legislatore abbassa la soglia di punibilità per un reato, necessariamente aumenta il numero delle condotte che integrano quella fattispecie di reato. Ne consegue che, senza che muti l'elenco dei reati per i quali è prevista l'incandidabilità – che, infatti, per le cariche locali è rimasto invariato dal 1992 ad oggi – quest'ultima, in quanto conseguenza automatica della condanna, viene comminata per un maggiore numero di

*delicato bilanciamento tra diritti di elettorato passivo e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione*, in *www.federalismi.it*, fasc. n. 3/2016, 6.

<sup>111</sup> Così, per escludere che la c.d. "legge Severino" incida su tali profili, V. MARCENÒ, *L'indegnità morale dei candidati e il suo tempo*, cit., 627. In senso non dissimile, V. PUPO, *La disciplina dell'incandidabilità alle cariche elettive regionali e locali alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, 6 ss.

<sup>112</sup> Cfr. le sentenze n. 407 del 1992, spec. punto n. 3.1 del "Considerato in diritto"; n. 118 del 1994, spec. punto n. 3.1 del "Considerato in diritto"; n. 141 del 1996, spec. punto n. 3 del "Considerato in diritto".

condotte materiali. Occorre però chiedersi se questa conseguenza attenga a profili di incostituzionalità del decreto legislativo n. 235 del 2012 o non sia piuttosto riconducibile a questioni di politica del diritto penale, nel senso che, nel 1990, si poneva prevalentemente l'esigenza di assicurare la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e altre gravi forme di pericolosità sociale in relazione alla tutela delle cariche elettive e di governo; oggi, dopo più di venticinque anni di storia, con Tangentopoli e altre profonde novità intervenute a incrinare la fiducia tra il cittadino e le istituzioni, si pongono anche altre esigenze costituzionalmente apprezzabili poste a tutela del *munus* e della carica pubblica, soprattutto con riguardo ai reati commessi contro la pubblica amministrazione, a cui legislatore tenta di fornire una ragionevole risposta.

Tornando, quindi, all'interrogativo centrale per valutare la pretesa retroattività del decreto legislativo n. 235 del 2012 e i relativi riflessi sui diritti politici, deve escludersi che la c.d. "legge Severino" incida sul fatto di reato o sulla condanna. Essa, pertanto, non interviene sulla fattispecie anteriore nel tempo effettivamente conclusa. Sicché la disciplina in parola non può ritenersi in senso proprio retroattiva, ma, a tutto concedere, retrospettiva, qualificando un fatto del passato (la condanna) come requisito di inidoneità a ricoprire la carica. Così ragionando, però, non si fornisce risposta in merito al quesito circa la supposta retroattività del decreto legislativo n. 235 del 2012 (e alla relativa incidenza sui diritti politici), perché la Corte costituzionale italiana, contrariamente, ad esempio, a quella tedesca (si pensi, in particolare, alle sentenze in materia tributaria), non fa alcuna distinzione tra leggi retroattive e leggi retrospettive<sup>113</sup>.

##### 5. *Segue: la conformità a Costituzione della c.d. "legge Severino" rispetto ai parametri posti a tutela dei diritti politici*

Da quanto detto discende che, per misurare l'asserita retroattività e la conseguente possibile lesione del diritto di elettorato passivo (art. 51 Cost.) da parte della c.d. "legge Severino", occorre valutare se essa intervenga sulla disciplina della competizione elettorale o, come si dovrebbe invece ritenere, sul rapporto di durata – quello elettorale – ancora pen-

<sup>113</sup> Al riguardo, spunti, ad esempio, in R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, cit., 254 s.

dente (e non concluso), assumendo la condanna come causa sopravvenuta di incandidabilità/decadenza.

Se si muove dalla prima prospettiva, vale a dire dall'assunto per il quale la fattispecie su cui interviene il decreto legislativo n. 235 del 2012 sia costituita dall'assetto regolatorio delle condizioni di eleggibilità vigente al tempo in cui le elezioni si sono svolte, la disciplina in parola finisce per integrare il novero dei requisiti necessari per l'elettorato passivo anche per le competizioni elettorali svolte in tempo anteriore alla sua entrata in vigore, disponendo l'automatica decadenza dalla carica di soggetti, allora, validamente eletti. Sicché il decreto legislativo n. 235 del 2012 potrebbe dirsi effettivamente retroattivo, e porsi potenzialmente in contrasto con gli artt. 1, 2, 48 e 51 Cost., con il complesso, cioè, dei parametri costituzionali posti a presidio dei diritti politici (avendo invece già escluso che esso incorra nel divieto di retroattività in materia penale *ex art. 25*, secondo comma, Cost. o nel divieto di retroattività previsto per le sanzioni amministrative, non trattandosi di sanzioni, bensì di misure poste a tutela della carica).

Al contrario, assumendo la seconda prospettiva, la *fattispecie* su cui interviene la c.d. "legge Severino" va individuata – come sembra corretto – non già nell'assetto regolatorio della competizione elettorale, cristallizzato (e concluso) al momento dello svolgimento delle elezioni e della successiva convalida degli eletti, bensì nel *rapporto di durata* del *mandato elettorale* o della carica ricoperta, su cui il legislatore può legittimamente incidere, come su ogni altro rapporto di durata, a patto che siano soddisfatte le condizioni poste dalla giurisprudenza costituzionale: il rispetto del principio generale di eguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità; la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto; il rispetto delle attribuzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario<sup>114</sup>.

Ammesso e non concesso che, in relazione al decreto legislativo n. 235 del 2012, possa parlarsi di disciplina retrospettiva<sup>115</sup>, l'esame dei tre requisiti consentirebbe alla disciplina in parola di superare il vaglio costituzionalità. Quanto al rispetto del principio generale di eguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità, in relazione alla materia dei diritti elettorali, e, segnatamente, con riguardo alle norme che dispongono condizioni sopravvenute di ineleggibilità o incandidabilità, la giuri-

<sup>114</sup> Cfr. *supra*, par. 2.

<sup>115</sup> Cfr. *supra*, par. 1, nota 25, e par. 4.

sprudenza costituzionale sembra valutare la ragionevolezza sotto due aspetti:

- a) l'omogeneità delle condizioni al verificarsi delle quali la norma connette la causa di ineleggibilità o di incandidabilità;
- b) la rispondenza della misura dell'ineleggibilità o incandidabilità disposta per il verificarsi di ogni singola condizione a un'unica *ratio*.

A questo scrutinio di ragionevolezza fondato sul principio di eguaglianza, e avente pertanto carattere ternario, si aggiunge poi il sindacato di ragionevolezza intrinseca, in termini, cioè, di controllo della norma sulla proporzionalità rispetto al suo scopo.

Sotto tutti i profili richiamati, le condizioni poste dalla giurisprudenza costituzionale circa il controllo di ragionevolezza e di proporzionalità sembrano essere soddisfatte, stando a quanto si desume dal raffronto tra il contenuto della legislazione previgente alla c.d. "legge Severino" – già scrutinata dalla Corte – e la disciplina contenuta nel testo unico oggi in vigore in materia di incandidabilità, sospensione e decadenza. Per verificarlo, è sufficiente il richiamo a qualche pronuncia. Nella sentenza n. 288 del 1993, ad esempio, la Corte ha dichiarato conforme a Costituzione l'art. 15 legge n. 55 del 1990, come successivamente modificato dalla legge n. 16 del 1992, nella parte in cui, per le ipotesi di reato richiamate, con riguardo alle condanne a cui riconduceva la misura della ineleggibilità, non operava alcuna distinzione fra condanne per reato tentato e condanne per reato consumato, affermando che, trattandosi di misure poste a salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica, della libera determinazione degli organi elettivi e del buon andamento e della trasparenza delle amministrazioni pubbliche, allo scopo di "fronteggiare una situazione di grave emergenza nazionale, [...] la scelta discrezionale operata dal legislatore di equiparare – ai fini dell'adozione del provvedimento contemplato nelle norme impugnate – i soggetti condannati per delitto tentato a quelli condannati per delitto consumato *non possa considerarsi irragionevole* [...], a prescindere dall'effettivo verificarsi dell'evento lesivo del *bene giuridicamente protetto*"<sup>116</sup>. Nel caso di specie, entrambe le condizioni appaiono quindi soddisfatte: la causa di ineleggibilità, derivante da una riportata condanna penale per delitto tentato o consumato, appare alla Corte prevista per fattispecie omogenee e risponde sempre a un'unica

<sup>116</sup> Così, la sentenza n. 288 del 1993, spec. punto 3.2 del "Considerato in diritto". Al riguardo, v. anche le sentenze n. 407 del 1992, n. 197 e n. 218 del 1993.

esigenza: fronteggiare una situazione di emergenza nazionale connessa alla radicalizzazione del fenomeno mafioso.

Ancora, nel giudizio definito dalla sentenza n. 295 del 1994, avente ad oggetto l'art. 15, comma 4-*quinquies*, della legge n. 55 del 1990, introdotto dall'art. 1 della legge n. 16 del 1992, la Corte costituzionale ha escluso che potesse essere censurata per irragionevolezza una norma improntata certamente a severità, ma coerente con le finalità della legge in esame, atteso che "la coerenza della norma con le finalità anzidette sta appunto nell'aver dato particolare peso, quale requisito negativo, a delitti che, pur essendo di maggior o minor gravità, sono tutti accomunati dalla connotazione di essere stati commessi con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione, o a un pubblico servizio". Come si vede, anche in questa pronuncia, il fatto che la norma contempli unicamente delitti commessi con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione rendeva le condizioni di ineleggibilità sufficientemente omogenee tra loro e rispondenti tutte alla medesima esigenza di assicurare il buon andamento della pubblica amministrazione.

In piena linea di continuità con le richiamate pronunce, si pone la sentenza n. 141 del 1996, con la quale la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 15, comma 1, lettera e), della legge n. 55 del 1990, nella parte in cui prevedeva la non candidabilità, con conseguente nullità dell'elezione di coloro che fossero stati rinviati a giudizio per un delitto di cui al testo unico in materia di stupefacenti, in ragione della sproporzione di tale misura – definita una "sanzione anticipata" – rispetto al legittimo obiettivo concernente la tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico. Con ciò, la Corte, applicando, al contempo, il metro della ragionevolezza e quello della proporzionalità, ha affermato "l'incongruenza e la sproporzione di una misura irreversibile come la non candidabilità, in forza di quei presupposti ai quali la legge attribuisce fisiologicamente – ove sopravvenuti – l'effetto meramente sospensivo", giacché "la previsione della sospensione appare adeguata a tutelare le pubbliche funzioni, mentre la non candidabilità risulta sproporzionata rispetto ai valori salvaguardati [...], con particolare riguardo al buon andamento e alla libera autodeterminazione degli organi elettivi locali (sentenze nn. 118 del 1994 e 407 del 1992), sì che è illegittima anche alla luce del principio di ragionevolezza". Nel caso di specie, la previsione che la condanna non definitiva comportasse la nullità dell'elezione costituiva, secondo la Corte, una restrizione ultronea del diritto elettorale, in quanto

comminata ad un soggetto la cui colpevolezza non era stata giudizialmente accertata; sicché il provvedimento giurisdizionale non definitivo non poteva ritenersi ostativo alla partecipazione alla competizione elettorale, poiché il giudice avrebbe potuto successivamente accertare l'estraneità dell'interessato ai fatti di reato.

Nello stesso senso, si può collocare la più recente sentenza n. 352 del 2008 con la quale la Corte, trovatasi, nell'ambito di un conflitto di attribuzioni sollevato dalla Regione siciliana, a dover giudicare della sospensione dalla carica dell'ex Presidente della giunta regionale Cuffaro, ha affermato: "il bilanciamento dei valori coinvolti effettuato dal legislatore non si appalesa irragionevole, essendo esso fondato essenzialmente sul sospetto di inquinamento o, quanto meno, di perdita dell'immagine degli apparati pubblici, che può derivare dalla permanenza in carica del consigliere eletto, che abbia riportato una condanna anche se non definitiva per delitti indicati e sulla constatazione del venir meno di un requisito soggettivo essenziale per la permanenza dell'eletto nell'organo elettivo"<sup>117</sup>.

In conclusione, alla stregua della richiamata giurisprudenza costituzionale, i reati ostativi paiono sufficientemente omogenei e rispondenti alla medesima esigenza di fronteggiare la radicalizzazione del fenomeno mafioso e assicurare il buon andamento della pubblica amministrazione.

Infine, in relazione allo stesso decreto legislativo n. 235 del 2012, la Corte costituzionale ha riconosciuto la conformità a Costituzione delle previste misure di sospensione dalle cariche locali e regionali, affermando che, "di fronte a una grave situazione di illegalità nella pubblica amministrazione, [...] non è irragionevole ritenere che una condanna (non definitiva) per determinati delitti [...] susciti l'esigenza cautelare di sospendere temporaneamente il condannato dalla carica, per evitare un 'inquinamento' dell'amministrazione e per garantire 'la credibilità dell'amministrazione presso il pubblico, cioè il rapporto di fiducia dei cittadini verso l'istituzione, che può rischiare di essere incrinato dall'ombra' gravante su di essa a causa dell'accusa da cui è colpita una persona attraverso la quale l'istituzione stessa opera"<sup>118</sup>. La Corte ha quindi concluso che rispetta il principio di ragionevolezza e di proporzionalità la

<sup>117</sup> Cfr. la sentenza n. 352 del 2008, spec. punto n. 2 del "Considerato in diritto"; ma v. anche la sentenza n. 25 del 2002.

<sup>118</sup> Così, la sentenza n. 236 del 2015, punto 4.3.2 del "Considerato in diritto", con richiamo alla sentenza n. 206 del 1999.

disposizione che commina alle riportate condanne penali non definitive la misura della sospensione dalla carica<sup>119</sup>.

Dall'analisi della richiamata giurisprudenza costituzionale segue che può ritenersi pacifica l'omogeneità dei delitti contemplata dalla c.d. "legge Severino", in quanto modellata sulle previgenti disposizioni in materia di incandidabilità, sospensione e decadenza per le cariche regionali e locali, che hanno ripetutamente superato indenni il vaglio di costituzionalità. Infine, può considerarsi non lesiva del principio di proporzionalità e ragionevolezza la previsione della decadenza di diritto dalla carica per coloro i quali abbiano riportato una condanna definitiva, stante la più mirata esigenza, nel caso, non solo di assicurare che non si incrini il rapporto di fiducia tra i cittadini e le istituzioni, come nella ipotesi della sospensione per condanna non definitiva, ma anche e soprattutto di buon andamento dell'amministrazione e della tutela della dignità della carica.

Quanto al secondo requisito richiesto dalla giurisprudenza costituzionale – la tutela dell'affidamento legittimo – può osservarsi quanto segue. Esso potrebbe assumere, nella materia elettorale, doppia valenza. Ponendosi dal punto di vista degli elettori, questi potrebbero vantare un'aspettativa legittima a che la disciplina che ha governato la competizione elettorale non muti per effetto di una legge retroattiva la quale, in tesi, potrebbe travolgere il risultato elettorale e il loro diritto costituzionale di voto. Guardando invece agli eletti, questi potrebbero vantare un legittimo affidamento a che l'assetto regolatorio delle elezioni non subisca modificazioni in via sopravvenuta, ad esempio mediante l'introduzione di un requisito per l'accesso alla carica non richiesto all'atto dello svolgimento della competizione elettorale, così frustrando la loro aspettativa alla conservazione della carica stessa fino alla sua naturale scadenza. Questo secondo aspetto potrebbe ritenersi rafforzato anche dal parametro convenzionale, avendo la Corte di Strasburgo ricavato dall'art. 3 del Primo Protocollo CEDU il diritto dell'eletto di "sedere in parlamento", garantito anche sotto il profilo della pretesa a ricoprire la carica elettiva a fronte del successivo dispiegarsi di una causa di ineleggibilità o di una misura sanzionatoria<sup>120</sup>. I giudici europei hanno infatti affermato che il parametro convenzionale in parola, tutelando anche il diritto dell'eletto

<sup>119</sup> Cfr. le sentenze n. 236 del 2015, punto n. 4.3.2 del "Considerato in diritto" e n. 276 del 2016, punto n. 5.2 del "Considerato in diritto".

<sup>120</sup> Al riguardo, si vedano le sentenze 11 giugno 2002, *Selim Sadak e altri c. Turchia*; 15 giugno 2006, *Lykourazos e altri c. Grecia*; 5 aprile 2007, *Silay c. Turchia*; 5 aprile 2007, *Ilicak c. Turchia*.

a preservare la carica ottenuta fino alla scadenza naturale della stessa, non consente l'applicazione retroattiva di una normativa nazionale che preveda una condizione ostativa alla partecipazione alle competizioni elettorali<sup>121</sup>. La Corte EDU ha ritenuto non soltanto che una condizione di incompatibilità così genericamente descritta non risponda a nessun interesse pubblico, ma soprattutto che l'applicazione retroattiva delle norme che prevedono condizioni di incompatibilità violi “*le principe de confiance légitime des électeurs*”, che altro non è se non il principio del legittimo affidamento, postulato in relazione alle competizioni elettorali. Lo stesso principio è stato, poi, utilizzato in relazione a un mutamento di giurisprudenza retroattivo sfavorevole ai soggetti che erano risultati eletti in seguito allo svolgimento di una competizione elettorale<sup>122</sup>.

Al riguardo, occorre però osservare che il carattere relativo dei diritti politici sembra riconosciuto anche dalla giurisprudenza della Corte EDU, la quale ritiene che siano compatibili con la Convenzione eventuali restrizioni ai diritti elettorali imposte dal legislatore nazionale, negando, in alcuni casi, che la decadenza dalla carica per effetto di sentenza penale a cui consegua l'ineleggibilità debba necessariamente qualificarsi come sanzione<sup>123</sup>, sul rilievo che gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento in merito ai limiti legittimamente opponibili all'esercizio di detti diritti, pur riservandosi, i giudici di Strasburgo, il potere di valutare, in ultima istanza, la congruità di tali misure con lo scopo della Convenzione<sup>124</sup>.

Alla stregua di quanto detto, anche ammesso che si possa discorrere

<sup>121</sup> Si vedano le sentenze 1° luglio 1997, *Gitonas e altri c. Grecia*, in relazione all'applicazione retroattiva di una causa di ineleggibilità dei soggetti che avessero svolto funzioni pubbliche per più di tre mesi, nei tre anni precedenti alle elezioni; 15 giugno 2006, *Lykourazos e altri c. Grecia*, in relazione all'applicazione retroattiva di una norma contenuta in una legge di revisione costituzionale, la quale prevedeva l'incompatibilità tra la carica parlamentare e lo svolgimento di altra attività professionale, ledendo il legittimo affidamento sia nei riguardi dei candidati che degli elettori.

<sup>122</sup> Cfr. la sentenza 10 aprile 2008, *Paschalidis, Koutmeridis e Zabarakis c. Grecia*.

<sup>123</sup> Cfr. la sentenza 6 gennaio 2011, *Paksas c. Lituania*.

<sup>124</sup> Tra le tante, cfr. le sentenze 2 marzo 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgio*, spec. § 52; 18 febbraio 1999, *Matthews c. Regno Unito* [CG], no 24833/94, par. 63; 6 aprile 2000, *Labita c. Italia* [CG], no 26772/95, par. 201; 9 aprile 2002, *Podkolzina c. Lettonia*, no 46726/99, par. 33; 16 marzo 2006, *Zdanoka c. Latvia*. Sul margine di apprezzamento degli Stati membri e sulla diversa nozione di “sanzione” elaborata dalla giurisprudenza di Strasburgo, cfr., in specifico riferimento ai diritti politici, C. MARCHESE, *Legge Severino: la Corte si pronuncia... e resta nel solco dei suoi passi!* (28 gennaio 2016), in *www.forumcostituzionale.it*, 11 s.

di affidamento legittimo dell'eletto a concludere il mandato, esso si pone, nel caso di specie, in una chiave diversa rispetto a quella affermata, in linea generale, dalla giurisprudenza costituzionale in relazione ai rapporti di durata, poiché viene qui in rilievo primario l'esigenza di assicurare la tutela della carica e del *munus* pubblico. Pertanto, nella materia elettorale, l'affidamento legittimo finisce per trovare un limite "di sistema" nel rapporto tra art. 48 e art. 51 Cost., il quale ben consente al legislatore di introdurre cause di incandidabilità/decadenza derivanti da condanne irrevocabili. Ciò perché la concezione democratica dei diritti e dei rapporti politici presupposta alla Costituzione rifiuta l'idea i soggetti ritenuti moralmente indegni possano essere chiamati a ricoprire cariche pubbliche e a partecipare alle decisioni che riguardano le collettività che sono chiamati a rappresentare.

In altre parole, l'affidamento legittimo al mantenimento della carica non può assurgere a valore al punto tale da privare il legislatore della facoltà di introdurre criteri più restrittivi nel mantenimento della carica a garanzia di altre esigenze costituzionalmente apprezzabili, posta la compiuta identificazione tra candidabili ed elettori su cui si fonda il sistema rappresentativo espresso dalla Carta costituzionale. Ne consegue che il supposto affidamento legittimo a concludere il mandato non può ritenersi talmente meritevole di tutela da paralizzare temporalmente l'azione del legislatore, rendendo, cioè, la carica indifferente a ogni circostanza sopravvenuta che rimane, invece, liberamente apprezzabile dal legislatore, sia pure nei limiti posti dalla giurisprudenza costituzionale. Diversamente opinando, ammettendo, cioè, un limite temporale all'introduzione di criteri più stringenti individuati in via sopravvenuta, si da renderli applicabili soltanto ai mandati successivi rispetto all'entrata in vigore della disciplina, si verrebbero anzitutto a vanificare le misure introdotte a tutela della carica. In secondo luogo, il legislatore sarebbe costretto a determinare disparità di trattamento in relazione al momento in cui la sentenza definitiva viene pronunciata; o, ancora, a selezionare in base alla tipologia dei reati o in base all'entità della condanna, ingenerando ulteriori situazioni di irragionevolezza e (potenzialmente) di maggiore incostituzionalità, dovendo porre in essere tanti regimi arbitrariamente differenziati rispetto all'unico bene oggetto di tutela: l'integrità della carica. Tutto ciò potrebbe spiegare la scelta del decreto legislativo n. 235 del 2012 di non aver previsto alcuna normativa transitoria o norme di diritto intertemporale, imponendo, invece, l'interpretazione

della disciplina alla stregua dei principi generali del diritto, che, per quanto detto, finisce per essere più equa e ragionevole<sup>125</sup>.

Oltre alla richiamata giurisprudenza costituzionale che ha realizzato un compiuto bilanciamento con gli altri valori costituzionalmente tutelati, un riflesso delle condizioni che potrebbero giustificare la restrizione del diritto di elettorato passivo può rinvenirsi nella sentenza n. 48 del 2003 della Corte costituzionale, in cui, sia pure in relazione a una disposizione di legge regionale, è stato affermato che la cessazione anticipata del mandato elettorale “può bensì verificarsi, nei casi previsti dalla legge, per l’*impossibilità di funzionamento degli organi* o per il *venir meno dei presupposti di ‘governabilità’* che la legge stabilisce [...], ovvero in ipotesi di *gravi violazioni e gravi situazioni di pericolo per la sicurezza pubblica* che la legge sanziona con lo scioglimento delle assemblee” (cors. ns.). Sicché la tipizzazione delle situazioni per fronteggiare le quali il legislatore può legittimamente prevedere la cessazione anticipata dal mandato rende necessario interrogarsi, ogniqualvolta una legge richieda ulteriori requisiti per ricoprire la carica, se tale misura sia o meno sintonica con le suddette finalità. In questa prospettiva, la limitazione retroattiva del diritto di elettorato passivo potrebbe ritenersi ragionevole se giustificata da quelle stesse condizioni precedentemente individuate dalla Corte: quest’ultima sarebbe così chiamata a un controllo stretto di ragionevolezza e proporzionalità sulle misure adottate dal legislatore rispetto ai presupposti enunciati nella sentenza n. 48 del 2003.

Quanto, infine, al rispetto delle attribuzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario – terzo ordine di limitazioni ripetutamente affermato dalla giurisprudenza costituzionale nei confronti dell’intervento del legislatore – occorre ricordare che le leggi retroattive possono determinare illegittime interferenze quando modificano la disciplina di rapporti giuridici esauriti, in quanto sia intervenuta per essi una pronuncia coperta dall’autorità di cosa giudicata; o possono decidere l’esito di procedimenti pendenti; o, ancora, svolgere la funzione di interpretazione

<sup>125</sup> *Contra*, G.M. SALERNO, *Incandidabilità alla carica di parlamentare e Costituzione*, cit., 14 s., il quale critica il decreto legislativo n. 235 del 2012 nella parte in cui non consente di operare distinzioni tra le possibili situazioni che possono verificarsi in concreto, facendo valere l’incandidabilità come mera e automatica conseguenza di qualunque condanna, senza che sia possibile graduare l’applicazione della misura; nonché V. PUPO, *La “legge Severino” al primo esame della Corte costituzionale: la natura non sanzionatoria della sospensione dalla carica elettiva e la ragionevolezza del bilanciamento*, in *Le Regioni*, 2016, 380 s., che, sotto questo profilo, lamenta la mancanza di una disciplina transitoria e di esplicite previsioni di diritto intertemporale.

e applicazione delle leggi, più propriamente riservata a tale potere. In relazione al controllo di costituzionalità della c.d. “legge Severino”, non sembrerebbero porsi, al riguardo, particolari problemi, poiché il legislatore delegato si limita a introdurre, in via sopravvenuta, requisiti di incandidabilità/decadenza, senza sostituirsi al giudice, né ledendo in alcun altro modo le attribuzioni del potere giudiziario.

Ciò posto, è opportuno distinguere tra le funzioni attribuite alle Camere, con riguardo alla verifica delle cause *sopraggiunte* di ineleggibilità/incandidabilità, che può condurre alla decadenza dal mandato parlamentare, da quelle assunte dagli altri livelli di governo, regionali e locali. Per queste ultime, nel caso in esame, non si pone evidentemente il problema della lesione delle attribuzioni del potere giudiziario, essendo i risultati delle operazioni di convalida degli eletti, una volta portate a compimento dalle assemblee elettive, soggetti agli ordinari strumenti di impugnazione. Sicché, nell’ipotesi in cui fosse censurata la carenza di requisiti del titolare di una carica elettiva o di governo, i giudicati si formerebbero ovviamente sul dedotto e sul deducibile, e non potrebbe certo evocarsi la lesione delle attribuzioni del potere giudiziario per effetto di una norma che si limita ad introdurre sopravvenuti requisiti di eleggibilità.

Quanto alla carica di parlamentare, viene invece in questione la delicata questione del rispetto dell’art. 66 Cost., in forza del quale il procedimento di verifica dei titoli degli eletti e delle cause *sopraggiunte* di ineleggibilità e di incompatibilità è riservato in via esclusiva alle Giunte elettorali e alla Camera di appartenenza. Occorre quindi interrogarsi circa la supposta lesione del suddetto parametro costituzionale da parte dell’art. 3 del decreto legislativo n. 235 del 2012, a tenore del quale “*qualora una causa di incandidabilità [...] sopravvenga o comunque sia accertata nel corso del mandato elettivo, la Camera di appartenenza delibera ai sensi dell’art. 66 della Costituzione*”. In via preliminare, bisogna chiedersi se le Giunte delle elezioni e le stesse Camere possano effettivamente configurarsi come organi giudiziari e se le loro attribuzioni *ex art. 66 Cost.* – ancorché non incise, perché il legislatore, nel caso in esame, non si sostituisce ad esse nel giudizio di convalida (e quindi non si determina l’interferenza) – possano ritenersi comunque menomate da disposizioni di legge che riducono il loro margine di apprezzamento, individuando requisiti sopravvenuti per il mantenimento della carica di parlamentare e le relative modalità di applicazione.

Prescindendo in questa sede dal risalente dibattito in dottrina sull’in-

certa natura dell'attività di verifica<sup>126</sup> e dalle origini dell'istituto<sup>127</sup>, consapevolmente previsto dal Costituente per sottrarre il giudizio sui titoli degli eletti agli organi giurisdizionali, in un primo tempo la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto detta attività derogatoria rispetto al principio supremo della tutela giurisdizionale<sup>128</sup>, salvo poi ricondurla all'alveo della funzione giurisdizionale<sup>129</sup>. Anche la Corte di Cassazione ha riconosciuto la natura di organi giurisdizionali alle Giunte parlamentari, riconducendo in via esclusiva alle Camere il sindacato su ogni forma di contenzioso relativo alle elezioni politiche, esteso alla fase preparatoria del procedimento elettorale, in relazione ai provvedimenti di esclusione di liste o candidati<sup>130</sup>. Né potrebbe ritenersi che la "giurisdizione" delle Camere – si badi, ripetutamente affermata dalla Corte regolatrice e dalla sentenza n. 259 del 2009 della Corte costituzionale – non possa applicarsi alla "legge Severino" perché gli organi parlamentari sarebbero giudici della convalida degli eletti e non già del rapporto di durata su cui – secondo la prospettiva qui accolta – incide il decreto legislativo n. 235 del 2012, poiché l'art. 66 Cost. riserva espressamente alle Camere stesse anche il giudizio sulle *sopraggiunte* cause di ineleggibilità e perché la sentenza n. 259 del 2009 ha espressamente riconosciuto la natura giurisdizionale dell'organo parlamentare "*nelle ipotesi di contestazioni*" degli eletti<sup>131</sup>.

Sicché, in base ad un'interpretazione testuale e sistematica del testo costituzionale, sorretta dall'orientamento giurisprudenziale appena richiamato, dal lemma "giudica", impiegato dall'art. 66 Cost., non a

<sup>126</sup> Prevalentemente politica, come quella che caratterizza l'attività di ciascuna Camera: cfr. A.M. SANDULLI, *Spunti problematici in tema di autonomia degli organi costituzionali e di giustizia domestica nei confronti del loro personale*, in *Giur. it.*, 1977, p. 1, sez. I, c. 1836 s.; V. LIPPOLIS, *Art. 66*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1986, 173 s.; M. CERASE, *Art. 66*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., vol. II, Torino 2006, 1283; o materialmente giurisdizionale, in quanto svolta in esito a procedimenti di tipo simil-contenzioso: cfr. P. VIRGA, *La verifica dei poteri*, Palermo 1949, 20 s.; M. MAZZIOTTI, *Osservazioni sulla natura dei rapporti tra le Giunte delle elezioni e la Camera dei deputati*, in *Giur. cost.*, 1958, 438; L. ELIA, voce *Elezioni politiche (contenzioso)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano 1965, 782 ss.

<sup>127</sup> Per un approfondimento, sia consentito rinviare a G. RIVOSECCHI, *Regolamenti parlamentari e forma di governo nella XIII legislatura*, Milano 2002, 89 ss.

<sup>128</sup> Si vedano le sentenze n. 113 del 1993, punto n. 6 del "Considerato in diritto" e n. 29 del 2003, punti nn. 3 e 4 del "Considerato in diritto".

<sup>129</sup> Cfr. l'ordinanza n. 117 del 2006 e la sentenza n. 259 del 2009, punti nn. 3 e 4 del "Considerato in diritto".

<sup>130</sup> Cass., Sez. Un., 8 aprile 2008, n. 9151, n. 9152, n. 9153; nello stesso senso, già Cass., Sez. Un., 6 aprile 2006, n. 8118 e n. 8119.

<sup>131</sup> Cfr. la sentenza n. 259 del 2009, punto n. 2.2 del "Considerato in diritto".

caso identico a quello che l'art. 134 Cost. riserva all'attività della Corte costituzionale, discende che quello delle Camere si configura come giudizio, esercizio di funzione materialmente giurisdizionale, che, ancorché affidato a organi politici, non può che concretarsi nell'applicazione obiettiva del diritto. Ne consegue che le Camere, nel giudizio di verifica, sono chiamate ad accertare la corrispondenza del fatto alla previsione normativa.

Quanto detto porta a negare la tesi della politicità del giudizio di verifica dei poteri riservato in via esclusiva a ciascuna Camera, e, conseguentemente, a ridurre il margine di apprezzamento a essa riservato nel compiere specifici e autonomi accertamenti nell'applicazione obiettiva del diritto riservata all'organo alla stessa stregua di qualsiasi altro giudice<sup>132</sup>. Altrimenti opinando, si finirebbe per incentivare quella tanto deprecata tendenza alla "politicizzazione" del giudizio sulla verifica dei poteri, che, se non ancorato a *parametri giuridici*, potrebbe frustrare – come talvolta accaduto – l'imparzialità del procedimento stesso, addirittura con possibili riflessi sul rapporto tra maggioranza e minoranza, incidendo sulla permanenza in carica di singoli parlamentari e, quindi, sulla stessa composizione dell'organo<sup>133</sup>. Non è certo un caso che le modifiche dei regolamenti parlamentari (e dei regolamenti interni delle Giunte elettorali), intervenute nel corso degli anni, abbiano costantemente incentivato il carattere "paragiurisdizionale" del procedimento di verifica<sup>134</sup>.

In definitiva, è proprio il carattere materialmente giurisdizionale del giudizio sulle cause sopraggiunte di ineleggibilità a ridurre il margine di apprezzamento di ciascuna Camera quando l'applicazione obiettiva del diritto consiste nell'applicazione del giudicato penale o della fattispecie

<sup>132</sup> Nel senso invece di un rilevante margine di apprezzamento, che residuerebbe all'organo parlamentare e che si dovrebbe tradurre in specifici e autonomi accertamenti, cfr., in linea generale, V LIPPOLIS, *Art. 66*, cit, 14; nonché, in specifico riferimento all'art. 3 del decreto legislativo n. 235 del 2012, cfr. B. CARAVITA, G. DE VERGOTTINI, N. ZANON, *Parere pro veritate sulla conformità a Costituzione dell'art. 3 del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235*, in *www.federalismi.it*, n. 17/2013, 10 ss.

<sup>133</sup> Al riguardo, cfr., criticamente, A. MANZELLA, *Il parlamento*, II Ed., Bologna 1991, 175 s.; M. CERASE, *Sviluppi e contrasti in tema di verifica dei poteri*, in *Diritto pubblico*, 2004, 662 ss. e 667; nonché, se si vuole, G. RIVOSECCHI, *La Corte costituzionale garante dell'isonomia democratica e le resistenze del Parlamento sul cumulo dei mandati*, in *Giur. cost.*, 2011, 3809 ss.

<sup>134</sup> Cfr. già A. MANZELLA, *Il parlamento*, cit., 174, il quale si riferisce ai procedimenti che si svolgono davanti alla Giunta delle elezioni quali "accertamenti con tutte le garanzie proprie di un procedimento giurisdizionale"; nonché G. RIVOSECCHI, *Regolamenti parlamentari e forma di governo nella XIII legislatura*, cit., 91.

relativa alla sopravvenuta causa di incandidabilità determinata dalla sentenza irrevocabile di condanna.

Alla luce dei richiamati principi di diritto che governano il procedimento camerale di verifica dei titoli degli eletti, difficilmente potrebbe ritenersi che la disciplina contenuta nel decreto legislativo n. 235 del 2012 si ponga in contrasto con l'art. 66 Cost. A fronte della causa di incandidabilità sopravvenuta, determinata da sentenza irrevocabile di condanna, la garanzia costituzionale in parola si risolve infatti nella facoltà riservata alle Camere di verificare i presupposti necessari ai fini della declaratoria di decadenza dal mandato parlamentare, ai sensi di quanto previsto dall'art. 3 del decreto legislativo n. 235 del 2012. Ciò non può che tradursi in un controllo *limitato* alla sussistenza dei *presupposti giuridici* richiesti affinché possa determinarsi la causa di incandidabilità sopravvenuta, e, quindi, la decadenza dal mandato parlamentare: l'esistenza di una sentenza di condanna nei confronti del parlamentare e del suo carattere irrevocabile e definitivo per uno dei reati previsti dall'art. 1 del decreto legislativo n. 235 del 2012. Ammettere un controllo più penetrante dell'organo parlamentare – volto, cioè, a sindacare il presupposto che determina la causa di decadenza – significherebbe riservare un'irragionevole disparità di trattamento al parlamentare rispetto al comune cittadino nell'applicazione della disciplina sulle cause di incandidabilità/decadenza<sup>135</sup>.

Così argomentata la conformità a Costituzione della c.d. “legge Severino”, occorre nondimeno osservare che le più fondate perplessità sulla lesione del diritto elettorale sono state sollevate in relazione alla CEDU<sup>136</sup>. Al riguardo, si possono distinguere, da un lato, le norme che prevedono la sospensione dalle cariche elettive, già scrutinate dalla sentenza n. 276 del 2016 della Corte costituzionale alla stregua degli indici sintomatici elaborati dalla Corte di Strasburgo (la qualificazione dell'illecito fornita dal diritto nazionale; la natura della sanzione, alla luce della sua funzione punitiva deterrente; la severità della misura, con riguardo alla gravità del sacrificio imposto)<sup>137</sup>; e, dall'altro, le norme sull'incandidabilità/decadenza

<sup>135</sup> In questo senso, ad esempio, A. RACCA, *Problematiche costituzionali del nuovo regime dell'incandidabilità*, cit., 10.

<sup>136</sup> Si veda, in particolare, l'analisi di P. TORRETTA, *L'incandidabilità al mandato parlamentare. La “legge Severino” oltre il “caso Berlusconi”*, Napoli 2015, 154 ss.

<sup>137</sup> Si tratta dei noti criteri “Engel”, individuati nella sentenza 8 giugno 1976, *Engel c. Olanda*, e successivamente confermati da tante altre pronunce, tra le quali le sentenze 22 febbraio 1996, *Putz c. Austria*, par. 31; 21 ottobre 1997, *Pierre-Bloch c. Francia*, par. 54. Che il terzo criterio sia quello che più espone la misura dell'incandidabilità a censure

za, in relazione alle quali il decreto legislativo n. 235 del 2012 prevede misure maggiormente afflittive rispetto alla sospensione, commisurando la gravità della sanzione al massimo della pena edittale e non a quella effettivamente irrogata al ricorrente che istaura il giudizio avverso lo Stato<sup>138</sup>.

Quanto alle prime, come si è detto, la partita è già stata chiusa dal giudizio di bilanciamento della Corte costituzionale che ha dichiarato la conformità a Costituzione degli istituti in parola, in quanto misure poste a tutela della carica<sup>139</sup>. In particolare, con la sentenza n. 276 del 2016, la Corte costituzionale, scrutinando le norme impugnate relative alla sospensione dalle cariche elettive regionali e locali alla stregua delle pronunce del Giudice europeo maggiormente conferenti, in assenza di precedenti specifici relativi a una normativa nazionale che preveda cause ostative simili a quelle introdotte dal decreto legislativo n. 235 del 2012, ha affermato il carattere non sanzionatorio della misura della sospensione. Infatti, quanto al primo profilo da testare secondo i c.d. criteri “Engel”, è ormai pacifico che le norme impugnate non siano qualificate dall’ordinamento italiano come sanzioni. Quanto al secondo, non ne è stata ravvisata la natura punitiva, alla stregua della giurisprudenza della Corte EDU che tende a collocare al di fuori della sfera penale talune misure restrittive del diritto di elettorato passivo, inclusa l’incandidabilità, allorché, seppur indirettamente collegate a una sanzione penale principale, siano poste a tutela del procedimento elettorale o della pubblica istituzione. Quanto infine al terzo criterio, il Giudice costituzionale ha negato che la sospensione dalla carica, limitata dalla norma impugnata a un periodo di diciotto mesi, possa essere considerata talmente afflittiva da integrare gli estremi della sanzione penale in senso convenzionale, incidendo su una parte limitata del mandato elettivo. Ciò soprattutto alla luce del precedente costituito dalla sentenza 21 ottobre 1997, *Pierre Bloch c. Francia*, con la quale la misura dell’ineleggibilità per un anno alla carica di parlamentare, comminata per violazione delle norme sui limiti di spesa nella campagna elettorale, è stata ritenuta, anche per la sua durata, inidonea a essere ricondotta all’ambito penale<sup>140</sup>.

di illegittimità convenzionale è osservato, ad esempio, da A. MANNA, *L’incandidabilità sopravvenuta nel corso del mandato parlamentare*, cit., 7 s., il quale comunque propende per la conformità a Costituzione della disciplina in parola, trattandosi – viene osservato – di “sanzione disciplinare”, estranea al c.d. diritto punitivo (ivi, 11 e 14).

<sup>138</sup> Cfr. le sentenze 27 agosto 1991, *Demicoli c. Malta*, par. 34; 6 ottobre 2005, *Hirst c. Regno Unito*, par. 62; 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, par. 97.

<sup>139</sup> Cfr. le sentenze n. 236 del 2015 e n. 276 del 2016.

<sup>140</sup> Il richiamo a questo precedente potrebbe ritenersi dubbio in relazione all’istituto

Quanto, invece, alle seconde, vale a dire all'incandidabilità/decadenza, si deve considerare che la durata massima dell'interdizione è di cinque anni (eccetto casi di interdizione perpetua dai pubblici uffici), giusto il disposto dell'art. 28, terzo comma, c.p., e che la durata massima dell'incandidabilità secondo il decreto legislativo n. 235 del 2012 è pari a dieci anni, ma elevabile, per le ipotesi previste, di un terzo: sicché potrebbe determinarsi una durata massima della causa ostativa pari a circa tredici anni. Una così lunga durata della misura interdittiva, peraltro ontologicamente differente da quella cautelare costituita dalla sospensione, potrebbe rendere insidiosi i ricorsi di cittadini italiani, dichiarati incandidabili o decaduti dalla carica elettiva, attualmente pendenti davanti alla Corte EDU<sup>141</sup>. Né, al riguardo, potrebbe evocarsi la carenza di discrezionalità dell'autorità amministrativa in punto di accertamento della causa ostativa su cui la recente giurisprudenza costituzionale ha parzialmente fondato le pronunce di infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale della "legge Severino"<sup>142</sup>, in relazione alle recenti vicende parlamentari. Queste ultime, infatti, in relazione al "caso Minzolini"<sup>143</sup>, sembrerebbero

dell'incandidabilità/decadenza – che, si badi, non era oggetto della sentenza della Corte costituzionale n. 276 del 2016 – in quanto la misura ostativa prevista dall'ordinamento francese, oggetto della pronuncia della Corte EDU, era limitata a un anno di durata e per la sola Assemblea Nazionale (e, in questo senso, era stato infatti ritenuto inidoneo da parte della dottrina penalistica per testare la conformità a Costituzione dell'incandidabilità: cfr., ad esempio, M. GAMBARDILLA, "Legge Severino" in materia di incandidabilità sopravvenuta, cit., 5). Al contrario, in relazione alla misura della sospensione dalla carica (della durata, al massimo, di diciotto mesi), il richiamo alla sentenza 21 ottobre 1997, *Pierre Bloch c. Francia*, potrebbe ritenersi conferente ai fini della legittimità convenzionale. In senso difforme, v. invece P. TORRETTA, "Legge Severino": la Corte conferma la sua legittimità costituzionale, in *Quad. cost.*, 2017, 132, la quale, criticando la sentenza della Corte costituzionale n. 276 del 2016, che richiama il precedente in parola, ritiene il caso *Pierre Bloch c. Francia* sostanzialmente inconfidente, non risultando la misura comminata collegata all'accertamento di un reato, bensì alla violazione di norme sui limiti di spesa per la campagna elettorale.

<sup>141</sup> Il riferimento è al ricorso del segretario regionale del Psi in Molise, Marcello Maniscalco, dichiarato incandidabile ed escluso dalle elezioni regionali del 2013, promosso a seguito del rigetto dell'eccezione di incostituzionalità (Cons. St., Sez. V, 6 febbraio 2013, n. 695), e a quelli del *leader* di Forza Italia, Silvio Berlusconi, dichiarato decaduto dalla carica di senatore il 27 novembre 2013, e di Giancarlo Galan (FI), dichiarato decaduto dalla carica di deputato il 27 aprile 2016.

<sup>142</sup> Cfr. le sentenze n. 236 del 2015, spec. punto n. 4.1 del "Considerato in diritto" e n. 276 del 2016, punto n. 5.6.1 del "Considerato in diritto".

<sup>143</sup> Il 16 marzo 2017 il Senato ha approvato un ordine del giorno con il quale è stata respinta la proposta della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari di dichiarare decaduto il senatore Minzolini (FI) a seguito di condanna definitiva superiore ai due anni, in applicazione dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 235 del 2012.

confermare che residui un certo margine di discrezionalità della Camera di appartenenza in punto di accertamento della causa di incandidabilità/decadenza sopravvenuta<sup>144</sup>. Nondimeno, tali dubbi di conformità alla Convenzione della disciplina in parola, potrebbero essere fugati individuando, come sembra possibile per quanto sopra argomentato, nelle cause ostative previste dal legislatore nazionale un presupposto oggettivo cui è ricollegato un giudizio di “indegnità morale”, di talché esse costituirebbero legittime limitazioni dell’elettorato passivo idonee a integrare la “clausola di salvezza” ripetutamente affermata dalla giurisprudenza di Strasburgo: un motivo imperativo di carattere generale identificabile nella necessità di garantire la sicurezza pubblica e fronteggiare la grave situazione di illegalità<sup>145</sup>.

## 6. *Qualche considerazione conclusiva*

Alcuni dei recenti studi sul governo intertemporale degli effetti delle disposizioni normative hanno efficacemente dimostrato come nello Stato

<sup>144</sup> Riprendendo l’osservazione di S. BISSARO, *La Corte costituzionale alle prese con la giurisprudenza della Corte EDU*, cit., 21 s., il quale opportunamente osserva che lo stesso “precedente” potrebbe essere valorizzato nel senso di ritenere reciso il nesso tra la condanna penale e la misura della decadenza, “onde, per l’effetto, considerare assente, nel caso dell’incandidabilità sopravvenuta, il cd. requisito di pertinenzialità che la Corte di Strasburgo – cfr., tra i molti, Corte EDU, 23 settembre 1998, *Maligne c. Francia* – ha spesso utilizzato come indice per riconoscere natura *sostanzialmente* penale all’istituto oggetto del ricorso”. In altre parole, la pronuncia dell’Aula del Senato sul “caso Minzolini”, se, da un lato, ribaltando i “precedenti” Berlusconi e Galan, sembrerebbe dimostrare che residui un margine di discrezionalità della Camera di appartenenza in punto di accertamento della sopravvenuta causa di incandidabilità ai sensi dell’art. 3 del decreto legislativo n. 235 del 2012, dall’altro potrebbe indicare che l’organo parlamentare sia svincolato dal giudicato penale nell’applicazione della misura in parola, così confermando che la causa di incandidabilità/decadenza, quantomeno per la carica di parlamentare, dovrebbe ritenersi priva di contenuto sanzionatorio, atteso che la Camera di appartenenza potrebbe non attenersi al *decisum* del giudice penale. Quanto detto in relazione alla pronuncia in parola rispetto alla non implausibile conformità convenzionale della misura della decadenza, nulla toglie ai fondati dubbi circa il legittimo superamento, con la pronuncia del Senato relativa al “caso Minzolini”, del margine di apprezzamento riservato alla Camera di appartenenza *ex artt.* 66 Cost. e 3 del decreto legislativo n. 235 del 2012: in questo senso, si vedano le considerazioni di A. RAUTI, *Il caso Minzolini: dal fumus persecutionis al tramonto dello Stato di diritto* (23 marzo 2017), in *www.forumcostituzionale.it*.

<sup>145</sup> Per un approfondimento, sia consentito un rinvio a G. RIVOSECCHI, “*Legge Severino*”, *atto secondo: la conformità a Costituzione delle norme sulla sospensione dalle cariche politiche locali*, in *Giur. cost.*, 2016, 2391 ss.

costituzionale il valore della certezza del diritto e il connesso limite alla retroattività della legge si misurano in una chiave diversa da come potevano precedentemente apparire<sup>146</sup>, soprattutto in relazione al passaggio dallo Stato di diritto allo Stato sociale<sup>147</sup>. Ciò anzitutto perché il valore costituzionale dell'eguaglianza può consentire di sacrificare i rapporti preteriti<sup>148</sup>, permettendo il legittimo intervento del legislatore in via retrospettiva, sia pure nel rispetto delle condizioni – più volte ricordate – poste dalla giurisprudenza costituzionale, nella fase più recente “raffor-

<sup>146</sup> Cfr. G. VERDE, *L'interpretazione autentica della legge*, cit., 138 ss., in relazione al ruolo del giudice e della giurisdizione nello “Stato sociale”; M. MANETTI, *I vizi (reali e immaginari) delle leggi di interpretazione autentica*, in *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore. Atti del seminario di Roma del 5 ottobre 2000*, a cura di A. Anzon, Torino 2001, 31 ss.; A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit., 307 ss.

<sup>147</sup> Al riguardo, cfr. A. PUGIOTTO, *Il principio d'irretroattività preso sul serio*, cit., 459 s.

<sup>148</sup> In questo senso, sostanzialmente, già A.M. SANDULLI, *Il principio della irretroattività delle leggi e la costituzione*, cit., 85 ss., il quale afferma che il principio della divisione dei poteri sarebbe violato da una disposizione di legge di carattere generale che proclamasse venuta meno la forza di uno o più giudicati, mentre non altrettanto potrebbe dirsi in relazione a una disposizione che introducesse in via retroattiva un'innovazione nell'ordinamento, di talché, in questo caso, l'efficacia dei giudicati verrebbe meno “soltanto di riflesso”, in relazione all'oggetto specifico su cui la regola è destinata ad incidere: sicché, ad esempio, di fronte all'introduzione di un nuovo tributo, dal pagamento del quale la sua categoria di appartenenza era precedentemente esente, “il cittadino non potrebbe invocare a proprio favore, per sottrarsi al tributo, l'intervenuta pronuncia giudiziaria” (ivi, 88), poiché sarebbe altrimenti violato il principio di eguaglianza. Sul punto, si vedano le significative considerazioni di A. CERRI, *Leggi retroattive e Costituzione – Spunti critici e ricostruttivi*, in *Giur. cost.*, 1975, 517 ss., spec. 522 s., per il quale “l'unico limite alle leggi retroattive resta [...] il principio di eguaglianza”; sicché il legislatore può legittimamente intervenire in via retroattiva, anche interferendo con il giudicato, purché dettando una disciplina generale e astratta, soggetta al sindacato di costituzionalità condotto alla stregua delle altre leggi, “se non appunto per il presupposto da cui *esso* muove e cioè che il trascorrere del tempo è possibile elemento giustificativo di una disciplina diversa (per le esigenze di affidamento, stabilità, certezza, economicità, etc. che vi si connettono)” (ivi, 524; cors. ns.); nonché di R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, cit., 68 ss. (in relazione al principio di retroattività nello Stato sociale), spec. 74 s. (con particolare riferimento al controllo di costituzionalità sulle leggi retroattive, caso per caso, in riferimento al principio di eguaglianza). In prospettiva non difforme, si può collocare anche il nesso tra tutela dell'affidamento e principio di eguaglianza, talora utilizzato dalla giurisprudenza costituzionale quale “ragione giustificativa dell'incostituzionalità della legge”, nel senso che la modifica peggiorativa può ritenersi conforme a Costituzione per assicurare la tutela dell'affidamento, quale limite all'efficacia retroattiva della legge, purché essa non trasmodi in una disciplina irrazionale: cfr. P. CARNEVALE, «... *Al fuggir di giovinezza... nel doman s'ha più certezza*», cit., 3638.

zate” dalla tutela convenzionale dei diritti e dal decisivo contributo della giurisprudenza della Corte EDU<sup>149</sup>.

Nonostante l’ormai consolidato orientamento della Corte di Strasburgo, che consente di valorizzare i parametri convenzionali nella tutela avverso la legge retroattiva, l’analisi della giurisprudenza costituzionale dimostra come assai raramente l’affidamento legittimo è tutelato dalla Corte costituzionale senza che esso sia assistito da altre esigenze costituzionalmente apprezzabili.

Ciò posto, nel caso dei diritti politici, e, in particolare, con riguardo ai diritti elettorali, la permanenza nel tempo di un determinato assetto regolatorio diviene particolarmente rilevante in ragione della loro natura *funzionale*. Spettando, infatti, al cittadino per soddisfare il proprio interesse fondamentale a concorrere alla realizzazione della rappresentanza e, al contempo, ad assicurare il funzionamento dell’organizzazione statale e amministrativa secondo il principio democratico-pluralistico, l’abuso della legge retroattiva in materia elettorale rischierebbe di travolgere i fondamenti del sistema rappresentativo e minare alle basi il principio democratico. Questo rischio si pone in relazione sia alla formula elettorale, rispetto alla quale la legge retroattiva finisce per pregiudicare la certezza nel meccanismo di traduzione dei voti in seggi, sia alla legislazione elettorale “di contorno”, con particolare riguardo alla disciplina delle campagne elettorali e ai requisiti di eleggibilità, la quale, se mutata in via sopravvenuta, rischia di compromettere l’eguale e genuino esercizio del diritto di voto.

Nondimeno, l’analisi condotta dimostra come il carattere funzionale e relativo dei diritti politici li renda comunque bilanciabili con altri valori costituzionalmente rilevanti, di talché anche il mandato elettorale, come qualsiasi altro rapporto di durata, sembra poter essere legittimamente inciso dal legislatore, in relazione alle esigenze sopravvenute costituzionalmente apprezzabili, salvo il limite della manifesta irragionevolezza e dell’irrazionalità rispetto allo scopo, nonché del rispetto delle attribuzioni del potere giudiziario.

Potrebbe pertanto concludersi che riforme organiche, quale il disegno di armonizzazione dello statuto giuridico delle cariche pubbliche, espresso dal decreto legislativo n. 235 del 2012, volto a ripristinare la necessaria sintonia tra cittadini e istituzioni, appaiono strutturalmente

<sup>149</sup> Sulla “sinergia tra giudici *a quibus* e Corte di Strasburgo” quale argine possibile alla retroattività legislativa, cfr. A. PUGIOTTO, *Il principio d’irretroattività preso sul serio*, cit., 463 s.

e funzionalmente apprezzabili anche rispetto a quelle esigenze “di sistema” che ben potrebbero soddisfare i requisiti di interesse generale, a cui la legge statale deve rispondere per superare lo scrutinio di conformità ai parametri costituzionali e convenzionali. Quanto detto discende dal rapporto disegnato dalla Costituzione tra elettorato attivo e passivo, tra art. 48 e art. 51 Cost., su cui poggia la concezione democratica dei diritti e dei rapporti politici, in base alla quale i soggetti ritenuti moralmente indegni non possono essere chiamati a ricoprire cariche pubbliche e a partecipare alle decisioni che riguardano le collettività che sono chiamati a rappresentare.



Mariaconcetta D'Arienzo

### SEMPLIFICAZIONE DEI PROCESSI DECISIONALI NELLA NUOVA CONFERENZA DI SERVIZI: PROBLEMI ATTUATIVI, DI COORDINAMENTO E DI GESTIONE DEGLI INTERESSI SENSIBILI\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Problemi vecchi e nuovi della semplificazione procedimentale: spunti di riflessione sulla riforma della conferenza di servizi. – 3. I capisaldi dell'istituto: problemi interpretativi e difficoltà applicative. – 4. Le ricadute della disciplina sulla cura e composizione degli interessi sensibili e sulla tutela giurisdizionale dei soggetti privati. – 5. Conclusioni.

#### 1. *Introduzione*

Il presente lavoro si propone di analizzare la conferenza di servizi come tecnica di semplificazione procedimentale e le ricadute delle recenti riforme sulla tutela dell'interesse pubblico in generale e degli interessi sensibili in particolare.

L'istituto della conferenza di servizi continua a far parlare di sé per le continue modifiche alla disciplina da ultimo ad opera del D.Lgs. n. 30 giugno 2016, n. 127 in attuazione delle Legge n. 124 del 2015<sup>1</sup>.

\* Il presente scritto costituisce una rielaborazione ampliata, aggiornata ed annotata dell'intervento all'VIII Convegno di Studi Giuridici «La dinamica della determinazione oltre i concetti tradizionali di potere e volontà», Dipartimento di Giurisprudenza – Aula Magna – Università di Urbino “Carlo Bo”, 8-9 febbraio 2017.

<sup>1</sup> Recante “Norme per il riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124” ha riformulato – introducendo elementi innovativi – gli artt. 14, 14 bis, 14 ter, 14 quater e 14 quinquies della legge n. 241/90 per esigenze di semplificazione procedimentale e di coordinamento con le leggi di settore (edilizia, attività produttive, procedure autorizzative ambientali e paesaggistiche). Resta invariata la distinzione tra i tre tipi di conferenza (istruttoria, decisoria e preliminare) in cui confluiscono tutti i procedimenti connessi (ivi compresi quelli ambientali) e nei cui confronti si applica il meccanismo del silenzio-assenso. La legge n. 124/2015 ha inteso razionalizzare, disciplinare e ri-regolamentare il procedimento amministrativo in generale – in linea con il legislatore UE che ha posto il divieto di *gold planting* agli Stati membri vietando loro di porre in essere una regolamentazione inutilmente sovrab-

Com'è noto, capisaldi della riforma sono la previsione di una conferenza semplificata o asincrona (che postula lo scambio per via informatica di informazioni e documenti tra i rappresentanti delle PP.AA. partecipanti), accanto a quella simultanea o sincrona, l'introduzione di rappresentanti unici e di meccanismi di opposizione successiva in casi di dissensi qualificati da parte delle amministrazioni portatrici di interessi sensibili nell'ambito della conferenza di servizi c.d. decisoria.

I primi commentatori hanno espresso un giudizio sostanzialmente positivo nei confronti delle nuove norme che perseguono finalità ed obiettivi ben precisi ispirati all'esigenza di semplificazione procedimentale.

Non molto diverso è stato l'approccio della Commissione Speciale del Consiglio di Stato nel parere n. 1640/2016 che a proposito del silenzio tra PP.AA. nella conferenza di servizi decisoria ha osservato che l'istituto, «prevenendo gli effetti preclusivi dell'inerzia nei (loro reciproci) rapporti, concorre comunque all'obiettivo di favorire la tempestiva conclusione dei procedimenti amministrativi e, dunque, sotto tale profilo, all'attuazione del valore costituzionale del buon andamento dell'azione amministrativa (...) che postula anche l'efficienza e la tempestività (della stessa)»<sup>2</sup>.

Così, al fine di superare le criticità della disciplina previgente, la novella si preoccupa di garantire – mediante lo snellimento delle procedure e altre misure migliorative all'insegna della semplificazione<sup>3</sup> – la certezza dei tempi di conclusione dei lavori evitando la stagnazione dei procedi-

bondante –, la conferenza di servizi ed il silenzio-assenso in particolare, in ossequio al principio di non aggravamento del procedimento (art. 1, ult. comma legge n. 241/90) di cui è espressione. A tal fine, si introduce un «sistema di accelerazione dell'azione amministrativa (da cui si ritiene) possano derivare benefici immediatamente fruibili da cittadini e imprese» mediante la riduzione della tempistica procedimentale, anche in vista dei riflessi sull'organizzazione interna della P.A. M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedimentali*, in *Urb. e app.*, n. 7/2016, p. 760, nt. 4, che rinvia agli esiti dell'Analisi di impatto della regolamentazione relativa al disegno di legge da cui è derivata la legge Madia.

<sup>2</sup> Sul valore da attribuire al silenzio assenso e sugli effetti che esso produce, cfr., Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, 21 ottobre 2016, n. 2191, secondo cui esso «ha valenza non tanto di tacito assenso ma di stigmatizzazione/sanzione di un'inerzia contraria ai principi di buona amministrazione e trasparenza; nonché valenza di soccorso normativo al fine di giungere comunque nell'interesse pubblico, nonostante l'inerzia dell'Amministrazione tenuta al concerto, al provvedimento finale».

<sup>3</sup> Tra cui si segnala la generale applicazione dell'istituto del silenzio-assenso, l'obbligo di motivare l'assenso e il dissenso, indicando ove possibile, le modifiche o le prescrizioni necessarie, la previsione di un'unica conferenza di servizi per il giudizio di compati-

menti dovuta, tra l'altro, al veto opposto dalle amministrazioni preposte alla cura degli interessi sensibili e il rischio di accumulare ritardi forieri di azioni risarcitorie.

Al fine di comprenderne appieno il senso e la portata, le cennate novità vanno tuttavia necessariamente contestualizzate nell'ambito di un "fenomeno" (che identifica al contempo una tendenza ed un'esigenza) ben più complesso suscettibile di essere osservato da diversi punti di vista e secondo metodologie di analisi che conducono ad esiti tutt'altro che ovvi o scontati.

## 2. *Problemi vecchi e nuovi della semplificazione procedimentale: spunti di riflessione sulla riforma della conferenza di servizi*

Come è noto, per definizione il procedimento amministrativo è la sede di esaltazione dei principi diretti a garantire al contempo i valori della democraticità e della semplificazione, il luogo di rappresentazione e di emersione dell'interesse pubblico e di quelli (pubblici e privati) contrapposti, di tal che il "farsi" del provvedimento amministrativo non può prescindere da un procedimento che incanali ed incaselli l'incedere della P.A.<sup>4</sup>.

bilità ambientale e i necessari assensi per l'avvio dell'attività (ora da svolgersi nell'ambito del procedimento previsto dall'art. 25 d.lgs. 152/2006).

<sup>4</sup> Particolarmente significativa è la definizione di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, III ed., Milano 1993, vol. II, 155-156 e 160 secondo cui il procedimento «è il modo di svolgersi dell'attività (potestà) discrezionale, o la forma della funzione amministrativa». Ciò implica che, specificamente nel caso che ci occupa, «il decidente e anche le altre parti del procedimento in un procedimento complesso si muovono in una rete di interessi pubblici, collettivi, diffusi e privati. Quanto più la rete degli interessi è complessa, tanto più il legislatore dovrebbe avere cura di congegnare le fasi del procedimento in modo da permettere una valutazione consapevole degli interessi compresenti: il procedimento amministrativo, sotto l'aspetto funzionale, è uno strumento per disciplinare la "compresenza degli interessi"». Tale convincimento si è radicato nel pensiero dell'A., come si evince dagli scritti successivi (ID., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano 1939, 78) e ha trovato l'avallo di autorevole dottrina (A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1940 che proprio analizzando l'aspetto funzionale del procedimento ha elaborato la concezione formale. F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss.; ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.) che vi ha dedicato una particolare attenzione seguendone l'evoluzione (M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano 1966; *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 225 e ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano 1996, 1412 ss.; M. D'ALBERTI, *Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure fra primo*

E se in generale, com'è facilmente intuibile, su tale terreno si incrociano, spesso «scontrandosi», interessi eterogenei e contrapposti, è soprattutto nei procedimenti amministrativi complessi che l'equilibrio tra i principi di celerità, efficacia, certezza e stabilità è messo a dura prova – per non dire in crisi – in quanto più alto è il rischio di rallentamenti per cause sia endogene che esogene al procedimento ed è sempre più difficile immaginare un loro contemperamento attraverso il dialogo tra PP.AA. e tra queste ed i soggetti privati.

Ciò, a maggior ragione, nell'ambito della conferenza di servizi decisoria il cui ruolo, disciplina e funzione sono stati recentemente stravolti

e secondo novecento, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, spec. 1293 e 1301 ss. A. SANDULLI, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, a cura di S. Cassese, II ed., Milano 2003, 1035 e 1044 ss.) e da cui è emersa l'importanza della partecipazione collaborativa in funzione dell'efficienza dell'azione amministrativa (S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Arch. Giur.*, 1970, 25. ID., *Il procedimento amministrativo tra modello partecipativo e modello "neoclassico"*, in L. TORCHIA (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Padova 1993, 3 ss.; M. D'ALBERTI, *La partecipazione degli amministrati alle attività e alle funzioni amministrative*, in *Las formas de la actividad administrativa, "Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carias"*, Caracas 1996, 289; ID., *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1 ss.; M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano 2002; A. SANDULLI, *Procedimento amministrativo e partecipazione*, a cura di A. Crosetti e F. Fracchia, Milano 2002) scandita dall'emersione di diritti e l'implementazione delle garanzie partecipative dal punto di vista sia quantitativo che qualitativo (S. CASSESE, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, spec. 901 e 910 ss.; L. CASINI, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Milano 2005, 62 ss.) in attuazione dei principi dell'ordinamento comunitario, in materia di partecipazione ai processi decisionali e di tutela dell'ambiente che tuttavia rischiano di risultare gravemente compromessi nei procedimenti complessi soprattutto all'esito della Riforma, anche alla luce del ruolo marginale riservato alle PP.AA. preposte alla cura degli interessi sensibili, che partecipano non certo in qualità di co-decisori, ma neanche in funzione di collaborazione e/o coordinamento ai fini dell'elaborazione di una decisione condivisa.

A. ZITO, *I profili funzionali del procedimento*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli 2006, 159 ss.; E. P. CHITI, *La dimensione funzionale del procedimento*, in AA.VV., *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Milano 2008, 211 ss.; S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13; G. DELLA CANANEA, *Il diritto di essere sentiti e la partecipazione*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli 2007, 81; F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 299; R. FERRARA, *La legge sul procedimento amministrativo alla prova dei fatti: alcuni punti fermi... e molte questioni aperte*, in *Dir. proc. amm.*, vol. 1/2011, 59 ss.; M. IMMORDINO, *Il procedimento amministrativo*, in A. RUGGERI, G. VERDE, *Lineamenti di Diritto costituzionale della Regione Sicilia*, Torino 2012, 235 ss.; M. RENNA, F. SATTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*. Milano 2012.

all'esito di un percorso innovativo all'insegna della semplificazione procedimentale che ha delle origini piuttosto remote.

Non è certamente questa la sede adatta per ripercorrere analiticamente le tappe del cambiamento, ritenendosi più opportuno richiamare alcuni concetti di fondo che consentono di cogliere l'essenza della semplificazione amministrativa nei procedimenti complessi come da ultimo interpretata dalla legge n. 124/2015 e quindi dal citato Decreto.

Com'è noto, a partire dalla legge n. 241/90, il legislatore ha manifestato un interesse costante e crescente nei confronti della semplificazione e della dimensione temporale dell'azione amministrativa<sup>5</sup>, benché le innovazioni e le successive modifiche siano state molto spesso e paradossalmente fonte di incertezza.

Parallelamente, significative deroghe alla semplificazione si rinvenivano tradizionalmente nella disciplina degli istituti contemplati nel Capo IV della legge n. 241/90 dedicato proprio alla "Semplificazione dell'azione amministrativa": si pensi alla d.i.a. (oggi S.C.I.A.) di regola ritenuta inapplicabile ai procedimenti che involgono interessi sensibili (tra cui l'ambiente), salvo che "in funzione premiante e incentivante per determinate attività, oppure quando l'attività potenzialmente nociva per l'ambiente è comunque di scarsa rilevanza"<sup>6</sup>; alla conferenza dei servizi, caratterizzata dal meccanismo di superamento del dissenso ritenuto non applicabile tuttavia se proveniente da un'amministrazione preposta alla tutela di interessi sensibili, rimettendosi la soluzione dell'*impasse* ad una decisione politica.

L'esigenza di assicurare l'accelerazione e la certezza dei tempi di conclusione dei lavori anche mediante l'acquisizione implicita dell'assenso

<sup>5</sup> La conferenza di servizi è stata, infatti, concepita dalla legge 241/1990 quale generale strumento di concentrazione, in un unico contesto temporale e giuridico, delle valutazioni e delle posizioni delle diverse amministrazioni (o soggetti ad esse equiparati) portatrici degli interessi pubblici rilevanti in un dato procedimento amministrativo (o in più procedimenti tra loro connessi). Essa aveva fatto la sua comparsa in alcune discipline di settore fino a quando nel '90 il legislatore ha inteso generalizzare il ricorso a tale modulo organizzativo procedimentale che risponde ad esigenze di accelerazione e di semplificazione dell'attività amministrativa, uno strumento di cooperazione e di coordinamento tra PP.AA. in più procedimenti amministrativi connessi o in un unico procedimento nel quale sono coinvolti diversi interessi pubblici attraverso una valutazione contestuale degli stessi ai fini dell'adozione del provvedimento finale. Gli studi sugli strumenti di coordinamento sono ancora più risalenti, cfr., M. D'ALBERTI, *Coordinamento amministrativo: immagini per la ricerca di un concetto*, in G. AMATO, G. MARONGIU (a cura di), *L'amministrazione della società complessa*, Bologna 1982.

<sup>6</sup> Così, G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Torino 2015, 98.

delle amministrazioni rimaste silenti si è per lungo tempo scontrata con la prassi delle PP.AA. di richiedere integrazioni documentali al solo scopo di dilazionare nel tempo la conclusione della conferenza.

L'istituto, fin dalla sua introduzione, ha mostrato notevoli criticità funzionali ed applicative – dovute almeno in parte alla frammentazione delle competenze (e delle responsabilità) delle amministrazioni chiamate a partecipare alla conferenza – che ne hanno condizionato l'efficacia<sup>7</sup>.

Nella riforma del 2005 l'esigenza di semplificazione si è tradotta nella introduzione di una disciplina puntuale ed organica che attua e valorizza il principio di efficacia «quale punto di incontro tra flessibilizzazione

<sup>7</sup> L'istituto fin dall'inizio ha “dimostrato evidenti difficoltà di funzionamento, dovute, essenzialmente, a due problemi ricorrenti: le procedure complesse e la tempistica conseguentemente dilatata; l'impossibilità di conferire priorità agli interessi in gioco, con le conseguenze derivanti dal dissenso espresso anche da una sola delle amministrazioni chiamate in causa”. Tali difficoltà hanno finito per ridimensionare la portata innovativa e le potenzialità dell'istituto che all'epoca della sua introduzione “incontra(va) le più moderne tendenze del diritto amministrativo: l'amministrazione della complessità; la dequotazione dei profili soggettivi dell'amministrazione e il crescente *favor* per un'amministrazione oggettivata; la connessa dequotazione della competenza e la sua conversione in interesse; il pluralismo autonomistico e la leale cooperazione; la semplificazione e l'amministrazione di risultato; l'amministrazione consensuale, l'informalità dell'agire pubblico; la democratizzazione dei processi decisionali pubblici e la cd. democrazia deliberativa e partecipativa”. Così, in dottrina, E. SCOTTI, *La conferenza di servizi tra urbanistica e ambiente*, in *Riv. giur. urb.*, 2012, 295-318; ID., *La Conferenza di servizi*, in *Italiadecide, Rapporto 2015*, Bologna 2015, 333. Come è stato innanzi evidenziato, la Riforma della conferenza di servizi si inquadra nell'ambito la semplificazione procedimentale, un fenomeno che ha origini piuttosto remote (cfr., M.S. GIANNINI, *Premessa*, in G. AMATO, G. MARONGIU (a cura di), *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Bologna 1982; M. NIGRO, *I rapporti tra coordinamento e indirizzo*, ivi; G. PASTORI, *Coordinamento e governo di una società complessa*, ivi; S. CASSESE, *Il coordinamento prima e dopo Bachelet*, M. D'ALBERTI, *Coordinamento amministrativo: immagini per la ricerca di un concetto*, ivi) ma che soprattutto negli ultimi tempi ha conosciuto la sua massima espressione, una tecnica le cui potenzialità sono andate scemando nel tempo, tant'è che oggi si ritiene che essa «documenta (...) una crisi, piuttosto che la sua soluzione; soprattutto dimostra l'incapacità di ricorrere agli strumenti ordinari che dovrebbero assicurare il buon andamento degli apparati pubblici». Il virgolettato è di A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *www.giustamm.it*.

In senso critico nei confronti dell'efficacia delle politiche di semplificazione degli ultimi anni, L. TORCHIA, *I nodi della pubblica amministrazione*, Napoli 2016, 16; S. BATTINI, *Appunto in tema di conferenza di servizi*, in *www.astridnews@astridnews.net*; M. BOMBARDELLI, *La semplificazione amministrativa: problemi e prospettive*, in *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, III, Torino 2012, 1827 ss. e ID., *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedimentali*, in *Urb. e app.*, 2016, 758 ss.; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Amministrare la complessità, complessità di amministrare. Una introduzione*, in S. TUCCILLO (a cura di), *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, Napoli 2016, 61 ss.

dell'azione, imparzialità e buon andamento»<sup>8</sup>, in particolare mediante l'introduzione di una disciplina finalizzata al superamento del dissenso che postula l'adozione da parte dell'autorità procedente della determinazione conclusiva del procedimento «valutate le specifiche risultanze della conferenza e tenendo conto delle posizioni prevalenti espresse in quella sede»<sup>9</sup>, all'uopo diversificando la posizione delle PP.AA. silenti da quelle assenti, pur nel rispetto delle competenze delle diverse amministrazioni partecipanti e con salvezza della autonomia e della identità di ciascuna.

Vero è che da allora la disciplina – che era stata già in precedenza integrata – è stata continuamente rimaneggiata e sembra ancora oggi lontana dall'acquisire un assetto definitivo<sup>10</sup>. Ciò, tuttavia, non ha impedito

<sup>8</sup> Così, F. MIDIRI, *Il principio di efficacia tra imparzialità e buon andamento nella legge di riforma del procedimento amministrativo n. 15 del 2005 (prima parte)*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2007, 513. N. BASSI, *Commento agli articoli 14, 14 bis, 14 ter, 14 quater della l. n. 241/1990*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *L'azione amministrativa*, Milano 2005.

<sup>9</sup> Com'è noto tale criterio ha soppiantato quello delle posizioni maggioritarie e si è nel tempo consolidato. Ai sensi dell'art. 14-ter, comma 6 bis della legge n. 241/90 la determinazione finale “sostituisce a tutti gli effetti ogni autorizzazione, concessione, nulla osta o atto di assenso comunque denominato di competenza delle amministrazioni partecipanti, o comunque invitate a partecipare ma risultate assenti, alla predetta conferenza”. A tal proposito, la giurisprudenza prima dell'ultima riforma ha sottolineato la peculiarità del “la regola (delle posizioni prevalenti) dal contenuto flessibile che, rispetto alla rigidità del metodo maggioritario, consente di valutare in concreto, in ragione della natura degli interessi coinvolti, l'importanza dell'apporto della singola autorità e la tipologia del loro eventuale dissenso” (Cons. Stato, 21 ottobre 2013, n. 5084).

<sup>10</sup> Nel 1990 si delinea un modello di conferenza ben lontano da quello odierno, espressione di un diverso modo di intendere l'istituto e di concepire lo stesso procedimento amministrativo, anch'esso segnato dal ritmo incessante delle riforme. La disciplina originaria – fondata sul principio dell'unanimità e caratterizzata dall'assenza di meccanismi di superamento dei dissensi – ha condizionato l'efficienza dell'istituto la cui operatività era fortemente condizionata dai poteri di veto delle amministrazioni partecipanti alla conferenza. Le leggi nn. 59 e 127 del 1997 segnano il passaggio dall'unanimità al principio di maggioranza, con la previsione di nuovi meccanismi di superamento dei dissensi, nonché nel passaggio dalla obbligatorietà alla facoltatività della conferenza di servizi (V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in *Astrid Rassegna*, 4/2005).

Con la legge n. 340/2000 viene ridisegnato l'istituto che da modulo facoltativo ed eventuale diviene modulo ordinario e obbligatorio di gestione della *res publica*, prevedendosi comunque meccanismi di superamento del dissenso. Ma è con la legge n. 15/2005 che l'istituto ha subito una vera e propria metamorfosi diversificandosi in conferenza di servizi istruttoria (art. 14, comma I); decisoria (art. 14, comma II) che “è sempre indetta” quando la P.A. deve acquisire intese, nulla osta, ecc.; istruttoria; facoltativa obbligatoria, relativa a procedimenti connessi, su istanza del privato (art. 14, comma IV), preliminare (verifica la fattibilità di un progetto) e telematica (comma 5 bis). Seguono le modifiche apportate dalla legge n. 69/2009 e dal D.L. n. 78/2010 (conv. in legge n. 122/2010) che

di individuare alcuni punti fermi quali la portata generale dell'istituto<sup>11</sup>, la obbligatorietà del modulo organizzativo nei procedimenti finalizzati al rilascio di autorizzazioni alla realizzazione e all'esercizio di impianti in settori e materie particolari<sup>12</sup>, il rapporto di genere a specie tra la disciplina generale di cui agli artt. 14 e ss. della legge n. 241/90 e quelle di settore.<sup>13</sup>

hanno impresso una svolta fondamentale in termini di semplificazione in attuazione dei principi di economicità ed efficacia quali espressione del principio di buona amministrazione e più di recente dal decreto "Sblocca Italia" (art. 25 D.L. 12 settembre 2014, n. 133, con in legge 11 novembre 2014, n. 164 che ha aggiunto il comma 8-bis all'art. 14 ter ed integrato il comma 3 dell'art. 14 quater) e da ultimo dal d.lgs. n. 127/2016 citato che ha ridisciplinato l'istituto riscrivendo gli art. 14 ss. della legge n. 241/90 seguendo precise linee direttrici ispirate all'esigenza della semplificazione procedimentale. Resta fermo il criterio della prevalenza riferito al tipo e all'importanza delle attribuzioni di ciascuna amministrazione con riferimento alle questioni oggetto del procedimento (cfr., in proposito, M. SANTINI, *La conferenza di servizi dopo la riforma Madia: questioni di (ulteriori) norme o di cultura?*, in *Urb. e app.*, 2016, 129).

<sup>11</sup> TAR Puglia – Lecce, 24 aprile 2015, n. 1372.

<sup>12</sup> TAR Sicilia – Palermo, 20 aprile 2015, n. 975.

<sup>13</sup> Ci si intende riferire, in particolare, al D.Lgs. n. 152/2006 ss.mm.ii. in cui il legislatore prende lealmente atto della complessità dei procedimenti in cui viene in rilievo l'ambiente, dell'elevato grado di tecnicismo delle valutazioni affidate ad organi e ad uffici altamente specializzati, nonché dell'elevato tasso di conflittualità degli interessi (di natura economica ed ambientale), pubblici e privati, che in esso si confrontano. Di qui, l'evidenziata "difficoltà, inopportunità o addirittura impossibilità, a seconda dei casi, di fare a meno di determinati apporti istruttori o decisionali (manifestazioni dell'esercizio del potere conformativo che si traduce nella fissazione di prescrizioni di ordine tecnico espressione di discrezionalità amministrativa o tecnica) nei provvedimenti amministrativi incidenti sull'ambiente" (Così, M. RENNA, *Le semplificazioni amministrative (nel decreto legislativo n. 152 del 2006)*, Relazione al Convegno intitolato "Giornate di studio sul Codice dell'ambiente, Palermo, 23-24 maggio 2008, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 649 ss.), anche alla luce dell'evoluzione della giurisprudenziale costituzionale e comunitaria che non è mai giunta a sancire un divieto assoluto, optando invece per una "moderata compatibilità" da verificarsi caso per caso.

Più di recente l'*escalation* della semplificazione ha portato ad una trasfigurazione del significato del concetto che è assunto a valore assoluto, bene in sé, autonomo e prevalente rispetto agli altri interessi coinvolti nel procedimento (D. D'ORSOGNA, *Semplificazione e conferenza di servizi*, Relazione al Convegno AIPDA *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, Roma 7/8 ottobre 2016, in *www.diritto-amministrativo.org*) con conseguente dequotazione del procedimento e degli interessi sensibili che appaiono sempre più deboli e recessivi rispetto alle istanze di semplificazione in funzione dello sviluppo economico (cfr., A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *www.giustamm.it*, 2016, n. 5).

Al contrario, in assenza di una rigida gerarchia, la semplificazione può, a seconda dei casi essere considerato un valore cedevole rispetto alla tutela dell'ambiente e degli altri interessi sensibili, ma è altrettanto vero il contrario, con la conseguenza che il meccanismo del silenzio assenso non è, né può essere "unidirezionale", dovendo invece operare

I successivi interventi normativi hanno attuato la semplificazione procedimentale su più livelli e nei settori più disparati<sup>14</sup> ridisegnando i rapporti tra P.A. e cittadini puntando sull'efficienza, al punto che l'istituto della conferenza dei servizi da strumento di semplificazione e di unificazione dei procedimenti è diventato un meccanismo di decisione<sup>15</sup>, come dimostrano tutte le novità introdotte al fine di assicurare il rispetto della tempistica procedimentale (art. 14 ter, commi 3 e 4), evitando inutili duplicazioni (art. 14 ter, comma 4-bis) e i ritardi derivanti dalla mancata

nei confronti di tutti gli interessi implicati nella complessa vicenda procedimentale. La complicazione risiede proprio nella complessità del procedimento che, come si è innanzi accennato, è una caratteristica intrinseca e, per quanto qui importa, ineliminabile di esso.

Tale rinnovato approccio al problema affonda le sue radici nella Costituzione. L'esigenza di operare un bilanciamento tra valori ed interessi contrastanti si desume dal combinato disposto di alcune disposizioni sparse nel testo: si pensi, a titolo meramente esemplificativo, al diritto alla salute che ai sensi del combinato disposto degli artt. 32 e 97 Cost. non è più configurabile come un diritto assoluto o incondizionato stante la necessità di operare un bilanciamento tra i diritti sociali da un lato e, dall'altro, l'equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito pubblico. Sul bilanciamento tra interessi sensibili ed interessi economici nella Riforma Madia secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato cfr., G. SCIULLO, *Gli 'interessi sensibili' nel parere n. 1640/2016 del Consiglio di Stato*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

Il limite della semplificazione è rappresentato, per tutti gli interessi sensibili, dall'intangibilità del «“nucleo essenziale” in virtù della “primarietà” (degli stessi che) si atteggia come ‘clausola di salvaguardia’ di tali valori nel confronto dialettico con altri interessi, pubblici o privati confliggenti», nonché, come evidenziato di recente dal TAR Liguria, sez. I, 8 giugno 2016, n. 583 dall'infungibilità del parere che implica valutazioni tipicamente discrezionali e verifiche tecniche particolarmente complesse nei cui confronti, pertanto, non si applica il meccanismo del silenzio-assenso. Di ciò, non vi è traccia nel parere del Consiglio di Stato, n. 1460/2016, che mostra di non tenere in debita considerazione gli ammonimenti della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia. Il virgolettato è di G. SCIULLO, *'Interessi differenziati' e procedimento amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), spec. § 5 e 6. F. SCALIA, *Il silenzio assenso nelle cd. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, in *Urb. e app.*, 2016, 11 ss. Sul significato da attribuire alla «primarietà» degli interessi sensibili anche alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, cfr., G. MARI, *Art. 17 bis, Il silenzio assenso tra amministrazioni e tra amministrazioni e gestori di beni o servizi pubblici*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2017, 860-861.

<sup>14</sup> Cfr., *ex multis*, D.Lgs. n. 59/2010 (in particolare, l'art.14 che disciplina i regimi autorizzatori in materia ambientale) che ha recepito in Italia i principi e le disposizioni di dettaglio della Direttiva 2006/123/CE (cd. Direttiva servizi) del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 adottata all'esito di un percorso avviato anni addietro con la Strategia di Lisbona prefiggendosi precisi obiettivi, quali l'armonizzazione dei regimi normativi di accesso e di esercizio delle attività economiche e la libera prestazione dei servizi nel mercato interno.

<sup>15</sup> Cfr., Legge n. 122/2010 (di conversione del D.L. n.78/2010 recante “Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica”).

acquisizione delle valutazioni delle amministrazioni preposte alla tutela degli interessi “forti”, mediante l'estensione del meccanismo del silenzio assenso alle amministrazioni portatrici dell'interesse “ambientale, (ad eccezione de) i provvedimenti in materia di VIA, VAS e AIA (...)” (art. 14 ter, comma 7)<sup>16</sup>.

In tale contesto irrompe la legge n. 124/2015 che alla luce degli esiti deludenti delle politiche di semplificazione in generale e del fallimento della conferenza di servizi in particolare, nel solco di un progetto ambizioso avviato fin dagli inizi degli anni '90, punta marcatamente alla semplificazione dell'*iter* procedimentale e dell'attività amministrativa<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Cfr., in proposito, G. SCIULLO, *La Conferenza di servizi come meccanismo di decisione*, in *Giorn. di Dir. Amm.*, 2011, n. 10. A. CARBONE, *Autorizzazione unica per la costruzione di impianti eolici e conferenza di servizi: sul valore procedimentale del dissenso qualificato* (nota a Cons. Stato, sezione VI, 23 maggio 2012 n. 3039), in *Riv. giur. edil.*, 2012, 719 ss.; S. AMOROSINO, *Il potere amministrativo di accertamento della “inammissibilità” del dissenso qualificato espresso nella conferenza di servizi*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 126. M.A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la semplificazione*, in *www.jus-publicum.com*; F. SATTÀ, *Liberalizzare e semplificare*, in *Dir. Amm.*, 2012, 177-188; F. DI LASCIO, *Le semplificazioni amministrative e le misure di riduzione degli oneri*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 242 ss.; N. RANGONE, *Semplificazione amministrativa*, in *www.treccani.it*; ID., *La semplificazione delle regole e delle procedure amministrative*, 2010, ivi; R. GAROFOLI, *Semplificazione e liberalizzazione dell'attività amministrativa nel contesto del riformismo italiano degli ultimi decenni*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; F. LIGUORI, *Semplificazioni e liberalizzazioni nelle riforme amministrative*, in S. TUCCILLO (a cura di), *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, Napoli 2016, 11 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Riflessioni in tema di conferenza di servizi*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015; L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nel decreto legislativo 30 giugno 2016, n. 127*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 12; A. BORELLA, *La nuova autotutela di cui alla legge di riforma della pubblica Amministrazione: annullamento d'ufficio e regolarizzazioni edilizie*, ivi, 144.

<sup>17</sup> La legge in esame ha suscitato pareri contrastanti in dottrina, soprattutto con riguardo alle novità in materia di Scia, silenzio-assenso, conferenza di servizi ed autotutela ed alle ricadute della relativa disciplina sulla cura degli interessi sensibili, tra cui l'ambiente. Si segnalano i contributi di M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015, L. n. 124 sulle attività economiche: le novità in materia di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*; ID., *Postilla all'editoriale “Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*; M. LIPARI, *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*; F. FRANCIARI, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell'art. 6 della legge 7 agosto 2015, n. 124)*; R. FERRARA, *Lo stato di diritto fa bene all'economia. Alcune note in margine alla c.d. legge Madia in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in *www.diritto-amministrativo.org*; S. STAIANO, *Rapsodia legislativa*, G. CORSO, *La riorganizzazione della P.A. nella legge Madia: a survery*, tutti in *www.federalismi.it*. P. MARZARO, *Certezze e incertezze sul silenzio assenso tra amministrazioni*, in *www.giustamm.it*; ID., *Coordinamento tra amministrazioni e silenzio assenso*, in *www.giustamm.it* e ID., *Silenzio assenso tra Amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento ‘orizzontale’ all'interno della ‘nuova amministrazione disegnata dal Consiglio di Stato*, in *www.fede-*

In questo momento storico la semplificazione diventa un concetto

*ralismi.it*, spec. Sezione seconda e terza che analizza i rapporti tra l'art. 17 bis e la conferenza di servizi con riguardo rispettivamente all'oggetto e all'ambito di applicazione, per poi soffermarsi sui problemi di coordinamento con gli artt. 16, 17, 19 e 20 della legge n. 241/90 nonché la differenza di approccio al problema della tutela degli interessi sensibili, anche alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza interna e comunitaria e, infine, l'impatto del silenzio tra PP.AA. sulle normative di settore, con particolare riferimento al problema dell'applicabilità dell'art. 17 bis comma 3 alle procedure di Sportello unico per l'edilizia ed allo Sportello unico per le attività produttive, risolto negativamente dall'A. La natura giuridica dell'istituto, infatti, lo colloca «all'esterno (...) dell'ambito di applicazione dell'art. 17 bis» svolgendo «un ruolo meramente formale (raccoglie e trasmette l'istanza all'Amministrazione unica decidente), (pertanto) la decisione risulta monostrutturata (e non espressione di una funzione condivisa tra due amministrazioni) secondo l'interpretazione fornita dal Consiglio di Stato nel parere n. 1640/2016, citato».

Sull'ambito soggettivo di applicazione della disposizione in commento, cfr., F. SCALIA, *Considerazioni in ordine all'ambito soggettivo di applicazione del nuovo istituto del silenzio assenso tra amministrazioni*, in *www.gustamm.it*.

L'art. 17 bis introdotto dall'art. 3 della legge n. 124/2015 è in assoluto la disposizione che ha destato maggiori perplessità. Al fine di ovviare alle difficoltà legate all'acquisizione di concerti, assensi e nulla osta comunque denominati di altre PP.AA., il legislatore – generalizzando la regola del silenzio assenso – ha stabilito che essi si considerano implicitamente acquisiti decorsi 30 gg. dal ricevimento dello “schema di provvedimento” inviato dall'amministrazione precedente, precisando altresì che detto termine può essere interrotto una sola volta nei casi in cui vengano rappresentate esigenze istruttorie o motivate e puntuali richieste di modifica.

In caso di mancato accordo tra le PP.AA. statali sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento, la decisione è rimessa ed è assunta dal Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri.

L'istituto e la conferenza di servizi hanno caratteristiche ed ambiti di applicazione diversi, nel primo caso più ristretto in quanto riguardante i procedimenti ai quali partecipano solo due PP.AA. e che pertanto potremmo definire “semplificati”, tali cioè da “giustificare” l'operatività del silenzio-assenso a differenza di quanto avviene nei procedimenti complessi.

Ciò, invero, non impedisce di scorgere l'evidente sovrapposizione con la conferenza di servizi decisoria che se prima doveva “(essere) sempre indetta quando l'amministrazione precedente d(ove)v(a) acquisire intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche e non li otten(eva), entro trenta giorni dalla ricezione, da parte dell'amministrazione competente, della relativa richiesta”, oggi è superata dalla previsione di cui all'art. 17 bis che prevede la formazione del silenzio-assenso.

Ad un sommario esame, già nella legge delega n. 124/2015, sembrava che le fattispecie in commento «non (fossero) solo contigue, ma tend(essero) a sovrapporsi, a causa di una possibile totale o parziale identità dell'oggetto» riferendosi l'art. 17 bis «ad un unico procedimento, nel quale si innestano uno o più subprocedimenti, tipicamente finalizzati a produrre l'effetto di consentire l'adozione del provvedimento finale, e non invece, a procedimenti connessi, volti all'emanazione di una pluralità di provvedimenti autonomi e tutti collegati dall'essere finalizzati a consentire medesime attività o intervento».

Indubbiamente, la regola del silenzio assenso di cui all'art. 17 bis ha introdotto «un

polisemico, uno strumento rispondente ad esigenze eterogenee e obiettivi diversificati, trasformandosi da strumento idoneo a favorire la crescita del sistema economico nazionale mediante lo sfoltimento dei procedimenti amministrativi (D.L. n. 70/2011, cd. "Decreto sviluppo" conv. in legge n. 106/2011), a sistema funzionale alla creazione di una *multilevel governance* delle politiche di semplificazione ai fini del coordinamento con altre politiche e a garanzia della qualità della regolazione, alla promozione della trasparenza nell'amministrazione (D.Lgs. n. 33/2013), alla prevenzione ed alla repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione (D.L. n. 112/2008; D.Lgs. n. 150/2009; Legge n. 190/2012; D.Lgs. n. 97/2016 correttivo della legge n. 190/2012 e del D.L. n. 33/2013 citati), alla riduzione della spesa pubblica a parità di servizi offerti ai cittadini (D.L. n. 95/2012), alla ristrutturazione complessiva

forte elemento di incertezza» che il decreto n. 127/2016 non ha contribuito ad eliminare determinando «l'erosione di una parte dell'oggetto della conferenza decisoria obbligatoria». La conferenza di servizi è diventato un meccanismo di decisione «che può essere ordinariamente presa anche in assenza dell'esercizio della funzione da parte delle altre amministrazioni coinvolte». Il virgolettato è di P. MARZARO, *Certezze e incertezze sul silenzio assenso tra amministrazioni*, cit.

Sui rapporti tra l'art. 17 bis e la conferenza di servizi anche alla luce del parere del Consiglio di Stato n. 1640/2016, cfr., G. MARI, *Art. 17 bis. Il silenzio assenso tra amministrazioni e gestori*, cit., 869, la quale criticamente osserva che il "criterio" apparentemente «semplice per la risoluzione dell'apparente sovrapposizione normativa» non è risolutivo né chiarificatore, dal momento che non esclude l'applicazione del silenzio assenso anche ai procedimenti nei quali siano coinvolte più di due amministrazioni, con la conseguenza che una volta acquisito comunque l'assenso sarebbe superfluo convocare la conferenza di servizi.

Sul ruolo del Consiglio di Stato nell'attuazione del nuovo ciclo di semplificazioni avviato dalla legge Madia, cfr., P. MARZARO, *Silenzio assenso tra Amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento 'orizzontale' all'interno della 'nuova amministrazione' disegnata dal Consiglio di Stato*, cit.

Sulle difficoltà di coordinamento e di «sincronizzazione» tra l'art. 17 bis e la disciplina dello SUAP e del SUE, cfr., ID., *Coordinamento tra Amministrazioni*, cit. L'espressione tra virgolette è di M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni*, cit., 763. Per un ulteriore approfondimento sul tema generale e su quelli più specifici analizzati anche in un'ottica comparata, cfr., da ultimo, F. FRACCHIA, *Riforma Madia: una rivoluzione copernicana?*, in S. TUCCILLO (a cura di), *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, cit., 17 ss.; A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*; M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni*, cit., 763; D. OCCHETTI, *Le politiche di semplificazione amministrativa in Francia, con particolare riferimento al silenzio-assenso e al regime della déclaration préalable*; N. GAMBINO, *La semplificazione amministrativa in Spagna*, tutti in *giustamm.it*. M. SANTINI, *La conferenza di servizi dopo la riforma Madia: questioni di (ulteriori) norme o di cultura?*, cit.

della pubblica amministrazione ed al riassetto delle funzioni amministrative esercitate a livello locale (Legge n. 56/2014), alla modernizzazione del sistema che postula, tra l'altro, la digitalizzazione delle procedure e l'accentramento di poteri e decisioni utili a contrastare i fenomeni della deresponsabilizzazione e della corruzione negli uffici pubblici (Legge n. 124/2015). La semplificazione è, inoltre, strumentale all'attuazione di altri principi, *in primis* quello di trasparenza che è "è la preconditione per ricostituire e rafforzare il rapporto di fiducia con il cittadino, un valore chiave, un modo di essere tendenzialmente immanente della pubblica amministrazione, parametro cui configurare e rapportare tutte le figure pubbliche (...) punto di confluenza di principi generali, quali buon andamento, economicità, imparzialità, legittimazione democratica, legalità sostanziale"<sup>18</sup>.

L'art. 2 della legge n. 124 del 2015 delega il Governo a disciplinare l'istituto secondo le seguenti direttive: a) ridefinire i casi in cui la conferenza dei servizi è obbligatoria anche in base alla complessità del procedimento; b) implementazione della conferenza dei servizi telematica; c) informare la disciplina al rispetto dei principi di economicità, proporzionalità e speditezza dell'azione amministrativa. d) ridefinizione dei casi di superamento del dissenso delle P.A., ivi comprese quelle preposte alla cura degli interessi "primari", "forti" o sensibili<sup>19</sup>.

Significativo è l'omesso richiamo al principio dell'efficacia, come a voler ribadire la natura e la finalità dell'istituto ed a sancire la prevalenza dell'esigenza di semplificazione su tale principio.

La riforma, sovvertendo le regole ed i principi della disciplina ormai abrogata, pone un problema di coordinamento con le disposizioni non incise dalla novella, svelando il confronto una evidente contraddizione in particolare tra le regole sancite dall'art. 17 bis e l'art. 20<sup>20</sup>, senza sottova-

<sup>18</sup> Così, Cons. Stato, Sez. consultiva Atti normativi, Ad. 24 febbraio 2016, n. 515 avente ad oggetto lo Schema di decreto legislativo recante "Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche".

<sup>19</sup> Di recente su questi temi, cfr., G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. Amm.*, 2016, 107 ss., spec. § 6 e bibliografia ivi citata.

<sup>20</sup> I meccanismi di semplificazione individuati dal legislatore nel capo della legge n. 241/90 dedicato alla semplificazione (conferenza di servizi; silenzio assenso ex art. 20 e ora anche il silenzio endoprocedimentale tra PP.AA. di cui all'art. 17 bis della legge n. 241/90) presentano caratteristiche peculiari che valgono a differenziarli: così la conferen-

lutare i rapporti tra l'art. 17 bis e la conferenza dei servizi, nonché con gli artt. 16 e 17 della legge n. 241/90 che il D.Lgs. n. 127/2016 prima ed il Consiglio di Stato poi non hanno affatto chiarito.

La codificazione della regola del silenzio assenso tra PP.AA., la contestuale modifica della disciplina degli interessi sensibili<sup>21</sup>, in una con il rafforzamento dei poteri dell'autorità procedente nel confronto con le altre PP.AA., inducono ad interrogarsi sul valore e sulla portata dell'istituto, sulle conseguenze che esso produce sul modo di intendere i rapporti tra pubbliche amministrazioni e tra queste ed i cittadini, quindi, sulla tutela dell'interesse pubblico in generale e degli interessi sensibili in particolare e, all'esito, ad una riflessione sullo "stato dell'arte" del processo di semplificazione procedimentale alla luce della legge n. 124/2015 e dei relativi decreti attuativi in correlazione con l'attuazione dei principi certezza, trasparenza e buon andamento dell'azione amministrativa.

### 3. *I capisaldi dell'istituto: problemi interpretativi e difficoltà applicative*

Nell'ordine, e nella sostanza, viene innanzitutto in rilievo la distinzione tra conferenza di servizi (decisoria) sincrona<sup>22</sup> (art. 14-ter) e asincrona (14-bis) e la preferenza accordata nei confronti di quest'ultima che diven-

za di servizi ha sempre rappresentato il classico modulo procedimentale di interazione nei procedimenti in cui convergono più amministrazioni ed interessi, ma a seguito delle recenti riforme, si è registrata la tendenza a prediligere l'efficienza, confermata anche dalla riforma del 2016, con la conseguenza che l'istituto da strumento di semplificazione e di unificazione dei procedimenti si è trasformato in un meccanismo di decisione. Il silenzio assenso, invece, concepito come uno strumento capace di rispondere all'esigenza di celerità di conclusione del procedimento, solo di recente – in particolare con l'art. 17 bis – è divenuto un istituto di interazione tra PP.AA.

Cfr., in proposito, E. SCOTTI, *Silenzio assenso tra amministrazioni*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., 566; F. APERIO BELLA, *Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni (il nuovo art. 17 bis della l. n. 241/90)*, in *www.diritto-amministrativo.org*. P. MARZARO, *Certezze e incertezze sul silenzio assenso tra amministrazioni*, cit. ove si legge che confrontando l'art. 17 bis con le altre disposizioni preesistenti non incise dalla Legge Madia (né dal D.Lgs. n. 127/2016) lascia perplessi «la clausola di (ir)rilevanza degli interessi differenziati (che) si discosta dalle previsioni speculari contenute nei precedenti artt. 16 e 17 e anche nei successivi artt. 19 e 20» che al contrario «presentano (...) un'opposta clausola di rilevanza di tali interessi». Sul punto si tornerà più diffusamente in seguito.

<sup>21</sup> Di recente sul tema, R. DI PACE, *La resistenza degli interessi sensibili nella nuova disciplina della conferenza dei servizi*, in *www.federalismi.it*.

<sup>22</sup> La conferenza simultanea (o sincrona-partecipata) si tiene in presenza di quattro presupposti:

ta il modulo ordinario (e obbligatorio) di conferenza di servizi, per cui ciascuna amministrazione è chiamata ad esprimere il parere nel termine ad essa assegnato senza mai incontrarsi né confrontarsi con le altre<sup>23</sup>, e nella quale trova generale applicazione il principio del silenzio-assenso tra PP.AA.<sup>24</sup> per cui si considera acquisito senza condizioni il consenso in caso di dissenso non pertinente o irrituale rispetto alla previsione di cui all'art. 14 bis, comma 3 o, ancora in caso di mancata partecipazione dell'amministrazione interessata.

In questo ultimo caso, in particolare, la scelta di non partecipare al

a) le richieste di modifica avanzate in conferenza semplificata rivestono carattere "essenziale";

b) i dissensi espressi in conferenza semplificata sono ritenuti superabili dall'amministrazione procedente;

c) lo richiedano motivatamente, sempre una volta avviata la conferenza semplificata, le altre amministrazioni partecipanti oppure il privato interessato al progetto o all'iniziativa;

d) in casi di particolare complessità preventivamente valutati, prima ossia di avviare la conferenza semplificata, dalla stessa amministrazione procedente.

L'ultima è l'unica ad avere carattere *ex ante* o preventivo, infatti gli altri presupposti intervengono *ex post* rispetto alla conferenza semplificata, innescandosi soltanto in caso di patologie o incidenti verificatosi nel corso di quest'ultima.

<sup>23</sup> La conferenza semplificata (asincrona o "non partecipata") deve **sempre** tenersi ogniqualvolta risulti necessario acquisire più atti di assenso, da parte di altri soggetti pubblici, affinché l'amministrazione titolare del procedimento possa adottare il provvedimento conclusivo.

In assenza di riunioni, l'amministrazione procedente deve acquisire le diverse posizioni a distanza, ossia in modalità diacronica, chiedendo alle singole amministrazioni di far pervenire le proprie determinazioni entro il termine «perentorio» non superiore a 45 gg. nei casi ordinari e 90 giorni in presenza di amministrazioni portatrici di interessi sensibili.

Scaduti i predetti termini l'amministrazione procedente adotta la determinazione conclusiva del procedimento qualora la situazione emersa appaia chiara e inequivoca in un senso o nell'altro.

<sup>24</sup> Entro cinque giorni dall'inizio del procedimento (o, in caso di procedimento a iniziativa di parte, dal ricevimento della domanda) l'amministrazione procedente indice la conferenza in modalità asincrona, comunicando l'oggetto della determinazione da assumere e trasmettendo la relativa documentazione alle altre amministrazioni interessate, le quali devono pronunciarsi in via telematica, entro quarantacinque giorni, con un atto esplicito, congruamente motivato, di assenso o dissenso (nel quale ultimo caso debbono essere altresì indicate le modifiche ritenute necessarie ai fini dell'assenso). Il silenzio, (ovvero una determinazione priva di congrua motivazione) equivale ad assenso. Scaduto il termine, l'amministrazione procedente adotta, entro cinque giorni, la determinazione motivata di conclusione della conferenza, che sarà positiva, qualora abbia acquisito atti di assenso non condizionato ovvero ritenga che le condizioni o prescrizioni eventualmente indicate siano accoglibili senza necessità di apportare modifiche sostanziali alla decisione oggetto della conferenza; sarà negativa in caso di dissensi ritenuti non superabili.

procedimento di formazione della decisione finale che può tanto essere indice di sostanziale indifferenza nei confronti del procedimento e della decisione, nel qual caso potrebbe anche giustificare la formazione del silenzio assenso, ma potrebbe anche essere frutto di un impedimento temporaneo che non è tale da precludere la partecipazione a successive riunioni e che, infatti, non dovrebbe essere sacrificata in considerazione dell'utilità della collaborazione e del contributo dell'amministrazione interessata alla correttezza e completezza dell'istruttoria e, quindi, alla formazione del provvedimento finale.

Tuttavia, l'imprescindibilità della rappresentazione e l'esigenza di tutela sostanziale degli interessi sensibili non sembrano trovare spazio adeguato nelle nuove norme che finiscono per offuscare il valore, nonché l'importanza della risoluzione dei conflitti tipici dei procedimenti complessi che si realizza attraverso il bilanciamento degli interessi.

Sotto tale profilo, il parere del Consiglio di Stato n. 1460/2016 citato non contribuisce a fare chiarezza. Il tentativo di ripristinare la "primarietà" degli interessi sensibili che dovrebbero trovare "compiuta ed esplicita rappresentazione" nella fase decisoria per il tramite dell'Amministrazione procedente la quale dovrebbe effettuare le valutazioni dell'amministrazione competente, effettuare la comparazione ed il bilanciamento degli interessi in funzione della decisione non convince, anzi appare del tutto surreale, oltre che lesivo di prerogative e principi costituzionali.

Ed infatti l'amministrazione procedente si troverebbe ad assommare in sé competenze e ad esercitare poteri inaspettati ed ingiustificati, compiendo valutazioni ed assumendo decisioni nell'esercizio di un potere discrezionale e in posizione niente affatto terza ed imparziale.

In sostanza, si verrebbe a configurare una situazione paradossale che produce conseguenze ancora più gravi di quelle che deriverebbero dalla omessa rappresentazione e valutazione di tali interessi in seno alla conferenza di servizi, non essendo in ogni caso l'amministrazione procedente la più idonea a stabilire quali correttivi debbano essere adottati al fine di preservare il "nucleo essenziale" degli interessi sensibili.

È evidente, inoltre, che i criteri indicati dal Consiglio di Stato non valgono a configurare l'obbligo di prendere in considerazione tali interessi, tant'è che neanche si prevedono quali potrebbero essere le conseguenze in caso di violazione, il che non fa altro che deresponsabilizzare (più di quanto non lo sia) l'amministrazione procedente che alla scadenza del termine "può" procedere alla valutazione degli interessi sensibili (ma potrebbe anche non farlo) prima di adottare il provvedimento finale.

Analoghe considerazioni valgono per la conferenza di servizi sincrona tradizionale, il cui *iter procedimentale* è stato a sua volta snellito<sup>25</sup>, rivestendo, pertanto, carattere residuale ed eventuale in quanto essa opera solo in caso di fallimento di quella semplificata (o su richiesta degli interessati successivamente alla indizione della conferenza asincrona), salvo che essa risulti *ab initio* impraticabile “in relazione alla particolare complessità della determinazione da assumere”, valutazioni rimesse alla valutazione discrezionale dell’amministrazione precedente.

Così concepito, l’istituto ha perso parte della natura originaria e la sua caratteristica principale non rappresentando più un modello di interazione tra PP.AA. dal momento che – mancando la contestualità – viene meno il presupposto del confronto e del dialogo e, di conseguenza, la stessa *ratio* dell’istituto in cui tale profilo in origine era prevalente anche sull’intento di semplificazione e di accelerazione dell’azione amministrativa<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> La conferenza, infatti, deve concludersi non oltre quarantacinque giorni dalla prima riunione e la decisione è assunta dall’amministrazione precedente sulla base delle posizioni unanimi o prevalenti espresse dai rappresentanti delle amministrazioni. Viene stabilito, inoltre, che deve considerarsi acquisito l’assenso senza condizioni delle amministrazioni il cui rappresentante non abbia partecipato alla riunione, ovvero, pur partecipando alla stessa, non abbia espresso la propria posizione o abbia espresso un dissenso non motivato.

<sup>26</sup> Benché di recente il Consiglio di Stato nel parere della Comm. spec., 7 aprile 2016 n. 890 ne abbia rimarcato la funzione di coordinamento e la strumentalità della «contestualità» a questo fine, è innegabile tuttavia che il problema, invero più risalente, si è acuitizzato dopo la Riforma del 2016, con la conseguenza che il temperamento tra semplificazione procedimentale e tutela degli interessi sensibili si rivela un’operazione particolarmente complessa.

Ciò per la evidente difficoltà di trovare un equo bilanciamento tra esigenze che sembrano antitetico tra loro e tra interessi che fanno capo alle diverse amministrazioni che, ai sensi dell’attuale disciplina, non dialogano contestualmente tra loro, né operano su di un piano di sostanziale parità. In tali condizioni appare davvero difficile immaginare come possa realizzarsi il coordinamento tra esse che tradizionalmente era l’obiettivo principale della conferenza di servizi, intesa come strumento di cooperazione e di coordinamento tra PP.AA. (in più procedimenti amministrativi connessi o in un unico procedimento nel quale erano coinvolti diversi interessi pubblici) cui si è affiancata l’esigenza semplificatoria ed acceleratoria fino a quando questa ha preso il sopravvento.

E se, da un lato, si è registrata l’attenzione sempre crescente nei confronti degli interessi sensibili, e, in particolare, per l’ambiente nell’ambito della legislazione nazionale ed europea e nel solco tracciato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia UE (cfr., in proposito, M. RENNA, *Il sistema degli “standard ambientali” tra fonti europee e competenze nazionali*, in AA.VV., *L’ambiente nel Titolo V della Costituzione*, Milano, 2004, 93 ss.; B. POZZO, M. RENNA (a cura di), *L’ambiente nel Titolo V della Costituzione*, Milano, 2004; R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell’ambiente*, in

Ciò è ancora più sorprendente se solo si considera che nel '90 il legislatore aveva introdotto, alquanto creativamente, un nuovo criterio di “valutazione contestuale” degli interessi pubblici coinvolti nel medesimo procedimento tendendo così a “ricucire sul piano operativo il frazionamento delle competenze e la distribuzione tra vari centri di imputazione, (della cura) degli interessi pubblici”<sup>27</sup>.

La conferenza di servizi è stata concepita come un rimedio idoneo a fronteggiare, sotto il profilo della efficienza, un “policentrismo imperfetto, riannodando le competenze nel momento in cui diversi poteri vengono concretamente esercitati”<sup>28</sup> caratterizzandosi, al di là della collocazione normativa, oltre che come modello di semplificazione, quanto piuttosto per la capacità di modificare, in misura non marginale, il modo di agire dell'amministrazione, “dal momento che il titolare di ciascun interesse pubblico settoriale non p(oteva) esimersi, nel momento in cui esprime(va) il suo punto di vista, dal farsi carico degli ulteriori interessi

*Dir. Amm.*, 2005, 526; R. FERRARA, *Modelli e tecniche della tutela dell'ambiente: il valore dei principi e la forza della prassi*, in *Il Foro amm. TAR*, vol. 6, 2009, 1945 ss.; ID., *Politiche ambientali e sistema delle semplificazioni amministrative. Verso quali scenari?*, in *RQSA*, 2014, sul sito [www.piemonteautonomie.cr.piemonte.it](http://www.piemonteautonomie.cr.piemonte.it) e in *Riv. giur. urb.*, 2014, 368 ss.; ID., *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, in AA.VV. (a cura di) R. FERRARA, C.E. GALLO, *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, vol. 1, Milano 2014, 19 ss.; M. RENNA, *Semplificazione e ambiente*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2008, 37 ss.; ID., *Ambiente e territorio nell'ordinamento europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 649 ss.; ID., *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *RQDA*, 2012, 62; ID., *Le misure amministrative di enforcement del principio di precauzione per la tutela dell'ambiente*, in *Jus*, 2016, 61 ss.; G. ROSSI, *L'evoluzione del diritto dell'ambiente*, in *RQDA*, 2015, 2. P. MARZARO, *Il coordinamento orizzontale tra amministrazioni: l'art. 17-bis della legge n. 241/90 dopo l'intervento del Consiglio di Stato. Rilevanza dell'istituto nella gestione dell'interesse paesaggistico e rapporti con la conferenza di servizi*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2016, 10 ss.; G. SCIULLO, *Gli 'interessi sensibili' in recenti prese di posizione del Consiglio di Stato*, *ivi*, 56 ss.; F. GIGLIONI, *Le nuove dinamiche prodotte dagli interessi ambientali sugli istituti di semplificazione della legge generale sul procedimento amministrativo*, in S. TUCCILLO (a cura di), *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, Napoli 2016, 39 ss.), dall'altro e parallelamente si è sviluppata una tendenza opposta volta a ridimensionare il ruolo delle amministrazioni preposte alla cura di tali interessi, ritenute le principali responsabili delle inefficienze e dei ritardi procedurali a causa dell'esercizio del potere di veto. Di qui, la progressiva trasfigurazione dell'istituto di cui si è detto e l'introduzione, da ultimo con la Legge Madia e ad opera del D.Lgs. n. 127/2016 di strumenti di semplificazione che esaltando il valore tempo finiscono per dequotare il procedimento e la tutela degli interessi sensibili.

<sup>27</sup> Così, D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino 2002, 119-121.

<sup>28</sup> Cfr., F.G. SCOCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. Amm.* 1999, n. 2, 255 ss.

pubblici che ven(ivano) contestualmente in rilievo ai fini dell'emanazione dell'atto finale"<sup>29</sup>.

In sostanza, quindi, se è vero com'è vero che il senso del confronto era quello di favorire l'emersione delle reali intenzioni della P.A. che cura l'interesse pubblico prevalente, venuto meno questo si introduce uno strumento che ha nulla o poco a che vedere con il modello tradizionale da cui nel frattempo ci si era già progressivamente allontanati e a maggior ragione adesso dopo quest'ultima Riforma che esasperando il "dogma" della semplificazione ha conformato l'istituto e la relativa disciplina in maniera non confacente alla cura dell'interesse pubblico.<sup>30</sup>

Tra gli "effetti collaterali" della legge n. 124/2015 e del successivo Decreto n. 127/2016 c'è la riattualizzazione del dibattito sulla natura e sulla funzione dell'istituto, che induce a focalizzare l'attenzione su due profili cruciali in tema di conferenza e cioè sul procedimento di formazione della delibera e sulla natura giuridica della stessa. Da questi due profili scaturiscono infatti le principali criticità della disciplina in relazione alle ripercussioni che essa produce con riguardo alla ponderazione ed alla tutela degli interessi sensibili e nella sfera giuridica dei soggetti privati. Numerosi sono i problemi posti dall'attuale disciplina, di natura sia sostanziale che processuale, la cui soluzione dipende essenzialmente dalla rilevanza giuridica che si intende riconoscere agli interessi di cui sono portatrici le altre PP.AA., quindi dalla valutazione dei reciproci rapporti tra queste e l'amministrazione procedente, infine dal significato che si vuole attribuire all'autotutela decisoria.

Sotto il primo profilo, è innegabile che il riconoscimento di margini sempre più ampi di valutazione e decisionali in capo all'amministrazione procedente condiziona in negativo i reciproci rapporti tra le PP.AA. sia in relazione al procedimento di formazione della delibera sia dell'adozione della determinazione conclusiva.

Viene, in proposito, in rilievo il ruolo assunto dal responsabile del procedimento (*alias* amministrazione procedente) nella valutazione del "peso" dei dissensi espressi dalle amministrazioni partecipanti alla conferenza (o delle condizioni da esse poste in essere ai fini del superamen-

<sup>29</sup> Così, G. CUGURRA, *La Semplificazione del procedimento amministrativo nell'art. 17 della L. 15 maggio 1997 n. 127*, in *Dir. Amm.*, 1998, 465.

<sup>30</sup> In questo senso, di recente, D. D'ORSOGNA *La conferenza di servizi*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, V ed., Torino 2017, 240 ss.; ID., *Semplificazione e conferenza di servizi*, Relazione al Convegno AIPDA "Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme", in [www.aipda.org](http://www.aipda.org).

to del dissenso) o delle condizioni e prescrizioni eventualmente indicate dalle altre amministrazioni per prestare il proprio dissenso o superare il proprio dissenso ai fini della decisione all'esito della conferenza semplificata<sup>31</sup>.

Si nota, infatti, uno squilibrio sul piano dei rapporti con le altre PP.AA. ed in particolare con quelle dissenzienti titolari di interessi qualificati su cui tra l'altro grava l'onere di proporre opposizione alla decisione assunta in base alle posizioni prevalenti in conferenza nel (breve) termine previsto dalla legge e di sollecitare l'esercizio del potere di riesame, nel rispetto dei principi di ragionevolezza, economicità e leale collaborazione di cui all'art.120 Cost<sup>32</sup>.

Da questo punto di vista si registra il graduale ma inesorabile cambio di passo del legislatore in merito alla procedura di superamento del dissenso rispetto alla disciplina originaria (art. 14 *quater*) che espressamente escludeva l'operatività del principio maggioritario nelle conferenze in-

<sup>31</sup> Ciò non deve meravigliare se solo si considera che già con la legge n. 15/2005 il legislatore da un lato ha temperato il principio maggioritario, dall'altro ha potenziato il ruolo e le responsabilità dell'amministrazione procedente cui è rimessa la determinazione finale, previa valutazione delle risultanze istruttorie e tenuto conto delle posizioni «prevalenti» espresse in quella sede.

<sup>32</sup> In passato parte della giurisprudenza, in applicazione del suddetto principio – inteso come “criterio chiave di valutazione dell'operato di ciascuna P.A., (...) referente interpretativo indispensabile per regolare ed integrare le relazioni interne ad un procedimento unico e complesso, in quanto principio cardine che non soltanto può, ma deve essere considerato come parametro di giudizio” (TAR Abruzzo, sez. I, 30 luglio 2005, n. 667; TAR Lazio, sez. III-quater, 26 ottobre 2006, n. 11192) – ha escluso che l'amministrazione procedente avesse in questi casi un mero obbligo di deliberazione dell'istanza, riconoscendo in esso e nel principio di buon andamento (e di leale collaborazione) la fonte di un vero e proprio obbligo di provvedere. R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, 11; F. MERLONI, *La leale collaborazione nella Repubblica delle autonomie*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 3, 827; G. TACCOGNA, *Il principio di leale collaborazione nella recente giurisprudenza amministrativa*, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2008, 4, 1332; S. MANGIAMELI, *Riflessioni sul principio cooperativo, prima della riforma delle conferenze*, in *Istituzioni del Federalismo Quaderni*, 2010, 2, 24; R. BIN, *La prassi della cooperazione nel sistema italiano di multilevel government*, *ivi*, 2012, 2, 17; A. CERRI, *Il principio di leale collaborazione ed il mancato accordo*, in *Foro it.*, 2012, 11, 2939.

Il criterio delle posizioni prevalenti ha pesato in negativo sulla valutazione degli interessi sensibili che prima godevano di una tutela piena al punto da renderli del tutto refrattari all'applicazione del meccanismo del silenzio assenso. Il conflitto tra la completezza dell'istruttoria e semplificazione delle procedure è emerso anche con riguardo ai meccanismi di superamento dei dissensi più volte modificati nel corso del tempo, da ultimo proprio dalla legge Madia che enfatizza ancora di più l'esigenza di semplificazione che postula l'adozione della decisione a tutti i costi, segno evidente del progressivo depotenziamento degli interessi sensibili.

dette da amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili implementando queste ipotesi e, in caso di conflitto rimetteva la questione al Consiglio dei Ministri, alla Conferenza Stato-Regioni ed alla Conferenza Unificata, in base alla natura delle amministrazioni in conflitto.

È palese alla luce dell'attuale disciplina il rischio di una svalutazione del momento comparativo e di confronto tra tutti gli interessi in gioco, a vantaggio dell'amministrazione precedente dotata di autonomi poteri di valutazione e decisionali.

Sotto tale profilo, la Riforma ripropone un problema antico, che sembrava ormai risolto ed invece è ancora attuale, concernente la natura giuridica della determinazione conclusiva della conferenza di servizi strettamente connesso con quello della natura giuridica dell'istituto, su cui tuttavia non ci si soffermerà in questa sede<sup>33</sup>.

Giova, in proposito, rilevare tuttavia che il quadro di riferimento è mutato radicalmente rispetto al passato: poche le certezze che si desumono da argomenti testuali, in particolare dal combinato disposto degli artt. 14 *quater* (Decisione della conferenza di servizi) e 14 *quinquies* (Rimedi per le amministrazioni dissenzienti), tra cui la considerazione che ora come la determinazione conclusiva della conferenza di servizi è espressione di un'attività specifica autonomamente svolta dall'amministrazione precedente, atteso che l'intento del legislatore è proprio quello di valorizzare il potere decisionale e le responsabilità di quest'ultima, nonché la natura provvedimentale della deliberazione motivata di conclusione dei lavori, autonomamente lesiva e suscettibile di impugnazione (sul punto si tornerà più diffusamente in seguito).

Ne consegue che la preferenza accordata dalla legge n. 241/90 ad alcune autorità – che presuppone la gerarchia tra le amministrazioni coinvolte “per cui la voce di una (o di alcune) è più pesante di quella di

<sup>33</sup> In tempi non sospetti la giurisprudenza ha optato per la modalità di semplificazione dell'azione amministrativa coerentemente con la configurazione dell'epoca e le potenzialità (tutt'ora inesprese) della conferenza di servizi decisoria, piuttosto che per la natura di organo collegiale. Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 18 marzo 2004, n. 1443; Tar Liguria, sez. I, 22 luglio 2005, n. 1080; Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2008, n. 2224; Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2003 n. 8080; TAR Campania – Salerno, sez. I, 27 settembre 2007, n. 2001. Corte Cost. 8 febbraio 1993, n. 62; Id., 10 marzo 1996, n. 79; Cons. Stato sez. IV 9 luglio 1999, n. 1193; Id., 8 maggio 2007, n. 2107. Più di recente, TAR Campania – Napoli, Sez. VII, 21 aprile 2016, n. 2025, ha confermato la natura di “modulo procedimentale ed organizzatorio, ossia in un metodo di azione amministrativa per la gestione di procedure complesse”.

un'altra" – è venuta meno<sup>34</sup> e con essa, come sembrerebbe, anche la rilevanza giuridica degli interessi di cui esse sono portatrici, con conseguente dequotazione dei pareri espressi in sede conferenziale<sup>35</sup>.

Sotto tale profilo, la scelta di privilegiare la celerità del procedimento a scapito della qualità del provvedimento finisce per sovvertire regole e

<sup>34</sup> Il virgolettato è di A. CHIAUZZI, *L'evoluzione del procedimento di valutazione di impatto ambientale e le nuove regole della conferenza di servizi: quale futuro per la v.i.a.?*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 2006, 7-8, 623 ss.

<sup>35</sup> A tal proposito, G. TROPEA, op. cit., ha parlato di «ridotta specialità degli interessi "forti" o "sensibili"», sottolineando che «per la prima volta ... il legislatore modifica la disciplina di tali interessi ultraindividuali, la cui protezione comporta tradizionalmente deroghe alla piena applicazione degli istituti di semplificazione, trasformando in questo modo gli interessi alla rapida conclusione del procedimento in interessi "deboli", recessivi». Alla luce della disciplina generale della conferenza di servizi decisoria, questo aspetto è quello che suscita maggiori perplessità è la scarsa attenzione nei confronti degli "interessi differenziati" e di quelli sensibili (Il virgolettato è di G. SCIULLO, *'Interessi differenziati' e procedimento amministrativo*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2016, 58 ss.) e l'introduzione di un meccanismo di "non decisione" nei procedimenti intrinsecamente complessi che provocano conseguenze (*rectius*: inefficienze) più gravi dei ritardi dovuti all'inerzia di talune amministrazioni e di altre situazioni che potrebbero essere affrontate e risolte con maggiore elasticità e flessibilità senza obliterare il parere e le valutazioni delle amministrazioni preposte alla cura di interessi sensibili, per loro stessa natura ineludibili ed infungibili anche in considerazione dell'elevato grado di tecnicismo che li connota.

A tutto concedere, quand'anche si volesse considerare la semplificazione un valore assoluto o un bene in sè, ma non è così, allora esso andrebbe interpretato diversamente, e cioè andrebbe riferito non solo al "tempo" dell'azione amministrativa che nella Riforma Madia «assume un 'valore ordinamentale fondamentale'» come rilevato anche di recente dal Consiglio di Stato (Cons. Stato, Comm. Spec., 15 aprile 2016, n. 929) ma a tutti i valori/interessi in gioco, senza accordare preferenza ad uno solo (o ad alcuni di essi) a scapito degli altri. La semplificazione non è un obiettivo che si persegue attraverso il sacrificio di principi ed interessi diversi dall'accelerazione dei tempi e dallo snellimento delle procedure e l'eliminazione degli adempimenti burocratici, ma piuttosto mediante il bilanciamento effettivo tra tutti gli interessi in gioco, senza discriminazioni tra interessi aventi pari dignità e rilievo costituzionale, nei tempi giusti e all'esito di un'adeguata istruttoria e nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza.

Sotto tale profilo, non si può fare a meno di notare il brusco cambiamento di rotta rispetto all'impostazione tradizionale indubbiamente meno propensa ad estendere le logiche della semplificazione alla materia degli interessi sensibili che godevano di una particolare tutela procedimentale (su questi temi, cfr., L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nel d. lgs. 30 giugno 2016, n. 127*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 28; G. VESPERINI, *La nuova conferenza di servizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 580; E. FOLLIERI, *Interessi cosiddetti sensibili e interesse allo sviluppo economico*, in *Giustamm.it*, 2016, n 7; G. MARI, *Intervento in relazione al Panel "Decisioni amministrative e interessi pubblici sensibili": "Primarietà degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra pp.AA. e nella conferenza di servizi"*, cit. 3; ID., *La responsabilità della P.A. per danno da ritardo*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2017, 344 ss.).

principi che sembravano ormai consolidati<sup>36</sup> oltre le poche certezze della disciplina ormai abrogata.

A farne le spese sono proprio gli interessi sensibili (ambiente, paesaggio, beni culturali, salute dei cittadini) in relazione ai quali, nel confronto tra l'art. 14 ter comma 7 e l'art. 20, comma 4, della legge n. 241/90 (che esclude categoricamente in questi casi l'operatività del meccanismo del silenzio-assenso)<sup>37</sup> si nota una scollatura: eccettuati i casi di VAS, VIA e AIA, la P.A. può superare tutti i pareri non espressi o espressi in maniera non corretta. Ancora l'art. 14 *quater* comma 1 prevede che il dissenso che le P.A. emettono deve essere espresso a pena di inammissibilità all'interno della conferenza di servizi, anche per le autorità preposte alla cura di interessi sensibili. Questa disposizione sembra violare il principio dell'inesauribilità del potere amministrativo sancendo la regola secondo cui la disciplina della conferenza vincola tutte le amministrazioni interessate e consente di raggiungere comunque l'obiettivo (la decisione finale) pre-

<sup>36</sup> Tra le novità più di rilievo si segnala la riduzione dei casi di conferenza obbligatoria alle ipotesi in cui "la conclusione positiva del procedimento" è subordinata all'acquisizione di "consensi vincolanti o parzialmente vincolanti" di altre amministrazioni, esclusi pareri, nulla osta e (altri) atti di assenso (lett. a); la partecipazione in conferenza di un rappresentante unico per tutte le amministrazioni statali (lettera e, punto 2); la restrizione dell'obbligo di presenziare alle riunioni della conferenza nei soli procedimenti complessi; l'introduzione del potere di autotutela (lettera m): già esercitato in applicazione di alcuni interventi pretori; la revisione dei meccanismi decisionali (lettera n), in particolare di quelli destinati a risolvere le determinazioni di secondo livello dirette a superare i dissensi qualificati o comunque di matrice regionale che si svolgono dinanzi al Consiglio dei ministri; la riduzione dei termini per il funzionamento della conferenza; il coordinamento della disciplina generale sulla conferenza di servizi con le conferenze di settore, (es. localizzazione opere pubbliche, permesso di costruire, sportello unico attività produttive, etc.). La recente tendenza a prediligere l'efficienza, confermata anche dalla riforma del 2016, ha fatto sì che l'istituto della conferenza dei servizi da strumento di semplificazione e di unificazione dei procedimenti è diventato un meccanismo di decisione.

<sup>37</sup> V. PARISIO, *Interessi forti e interessi deboli: la natura degli interessi come limite alla semplificazione del procedimento amministrativo nella legge 7 agosto 1990 n. 241*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 839 ss. Gli artt. 16, 17 e 19 della legge n. 241/90 sono ispirati dalla medesima ratio, «in ragione della irrinunciabilità di una preventiva valutazione delle amministrazioni preposte a tali interessi (e)... della imprescindibilità della valutazione esplicita da parte delle autorità preposte alla tutela e, prima ancora, della garanzia di un'adeguata istruttoria». Così, G. MARI, Intervento in relazione al Panel "Decisioni amministrative e interessi pubblici sensibili": "Primarietà degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra pp.AA. e nella conferenza di servizi", Convegno annuale AIPDA – Decisioni amministrative e processi deliberativi Bergamo, 5-6-7 ottobre 2017, in corso di pubblicazione su [www.diritto-amministrativo.org](http://www.diritto-amministrativo.org).

scindendo dai pareri non resi dalle autorità portatrici di interessi sensibili, fatta eccezione per VAS, VIA e AIA<sup>38</sup>.

Nelle disposizioni di raccordo tra la disciplina generale e quelle di settore (in particolare in materia edilizia, attività produttive e nelle procedure autorizzative ambientali e paesaggistiche) si ribadisce il concetto secondo cui nessun interesse, compreso quello posto alla base della tutela

<sup>38</sup> Tali incongruenze sono state puntualmente rilevate dalla dottrina. Cfr., S. AMOROSINO, *La Valutazione Ambientale Strategica dei piani territoriali ed urbanistici e il silenzio assenso di cui al nuovo art. 17 bis L. n. 241/90*, in *Urb. e app.*, 2015, 1250 secondo il quale, tuttavia, l'art. 17 bis può applicarsi anche ai pareri, a differenza della dottrina prevalente che invece ritiene che ci sia un evidente ed insuperabile problema di coordinamento tra le disposizioni in esame (M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche*, cit.; ID., *Postilla all'editoriale "Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche*, cit.; F. APERIO BELLA, *Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni (il nuovo art. 17-bis della l. n. 241 del 1990)*, Intervento al Convegno "I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali", Campobasso, 8-9 aprile 2016; F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17-bis introdotto dalla cd. riforma Madia*, in *www.federalismi.it*, n. 20/2015; P. MARZARO, *Certezze e incertezze sul silenzio assenso tra amministrazioni*, cit.; ID., *Coordinamento tra Amministrazioni e silenzio-assenso*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2016, 41; G. MARI, *Commenti alla rilevanza della disciplina del silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche nei procedimenti relativi ai titoli abilitativi edilizi: il ruolo dello sportello unico dell'edilizia. Considerazioni a margine di una recente circolare del Mibact*, in *Riv. giur. edil.*, 2016, 61 ss., spec. § 2 e 5; F. SCALIA, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, cit.; ID., *Rimessione all'Adunanza Plenaria del contrasto giurisprudenziale sull'attuale vigenza del silenzio assenso sull'istanza di nulla osta dell'Ente Parco*, in *www.giustamm.it*; E. SCOTTI, *Silenzio assenso tra amministrazioni*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino 2016, 566 ss.

Ai sensi della nuova disciplina le amministrazioni preposte alla cura degli interessi sensibili "beneficiano di un termine diverso (più lungo) pari a 90 giorni salva diversa disposizione scaduto il quale l'assenso si considera comunque acquisito".

P. MARZARO, *Certezze e incertezze*, cit., ha, in proposito, osservato che «è difficile non attribuire rilevanza al silenzio totale tenuto dal legislatore sui rapporti con l'art. 20, e arrivare ad assegnare all'art. 17 bis, comma 3, il rango di norma generale abrogatrice per ridisciplina dell'intera materia... non sembra infatti che la previsione in esame sia comunque capace di contenere entro di sé la molteplicità di previsioni settoriali presenti nel nostro ordinamento, nel momento in cui esse regolano il coordinamento della pluralità dei centri di decisione, quando siano coinvolte le amministrazioni portatrici di siffatti interessi». La *ratio* sottesa alla disposizione in commento produce come inevitabile conseguenza la ulteriore dequotazione degli interessi sensibili nel quadro di interventi ed attività mirate al raggiungimento del risultato, senza un effettivo coordinamento tra le norme, prima ancora che tra le PP.AA. ed in assenza in «una effettiva ricognizione degli strumenti già presenti nel sistema, del loro funzionamento e delle eventuali esigenze di riordino» che concretamente si possono presentare. Nello stesso senso, cfr., F. DE LEONARDIS, *Il silenzio-assenso in materia ambientale*, cit.; F. SCALIA, *op. cit.*; M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni*, cit., 762).

dei beni culturali e del paesaggio, può, di per sé, impedire la conclusione del procedimento, né ostacolarne la speditezza, a conferma del fatto che si è scelto di dare prevalenza alle ragioni della semplificazione e della certezza delle situazioni giuridiche e meno spazio a ragioni di completezza del quadro cognitivo della P.A. e di corretto perseguimento del pubblico interesse<sup>39</sup>.

Tale approccio svela una contraddizione intrinseca tra la disciplina della conferenza di servizi e altre disposizioni della stessa legge non incise dal Decreto che seguono un'impostazione diametralmente opposta secondo la quale l'istruttoria non può dirsi completa senza il parere o la valutazione tecnica dell'Amministrazione preposta alla cura degli interessi sensibili<sup>40</sup>.

Ci si intende riferire agli artt. 16 (attività consultiva) e 17 (valutazioni tecniche) della legge n. 241/90 ed ai reciproci rapporti con l'art. 17 bis<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Tale circostanza solleva un ulteriore problema che è appunto quello di stabilire il regime giuridico degli atti adottati con il dissenso qualificato proveniente da un'amministrazione preposta alla cura di un interesse sensibile. Invero, a parere di chi scrive, senza ricorrere ad inutile forzature quale sarebbe quella di considerare l'atto del tutto improduttivo di effetti, è opportuno in questi casi procedere con cautela, in linea con quanto affermato dalla giurisprudenza *ante* riforma secondo cui il meccanismo del silenzio assenso opera soltanto in presenza di un dissenso ritualmente manifestato, laddove negli altri casi, contrariamente a quanto si potrebbe ritenere, il dissenso espresso al di fuori della conferenza dei servizi o comunque in forme diverse da quelle previste dalla legge non può per ciò solo essere completamente obliterato, avendo tali amministrazioni in ogni caso l'onere di manifestare la propria posizione ostativa costruttiva e motivata.

Di ciò, l'amministrazione precedente, deve tener conto ai fini dell'adozione della decisione conclusiva, in ossequio ai principi di cooperazione e di leale collaborazione tra PP.AA. (cfr., Cons. Stato, VI, 23 febbraio 2012, n. 451; 23 maggio 2012, n. 3039; 27 novembre 2012, n. 5494; 15 gennaio 2013, n. 220; 24 gennaio 2013, n. 434; 10 marzo 2014, n. 1144).

<sup>40</sup> Sotto tale profilo, perfettamente condivisibile è l'opinione di quella dottrina la quale ha evidenziato che la generalizzazione della regola del silenzio assenso ha trovato terreno fertile in base ad «una constatazione (di fondo, secondo cui) gli interessi differenziali o sensibili sono sempre meno tali nel nostro ordinamento e sempre più riconducibili per scelte generali entro schemi di decisioni 'ordinarie', 'semplici', che possono prescindere dall'effettiva considerazione dell'interesse coinvolto, nelle quali il tasso di discrezionalità dell'amministrazione viene ad essere fortemente ridotto in nome della semplificazione e dell'accelerazione del provvedere» (così, P. MARZARO, *Certezze e incertezze*, cit.).

<sup>41</sup> Cfr., in proposito, M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni*, cit., 761-762 ha osservato che a differenza dell'art. 17 bis «la disciplina di questi istituti (...) non prevede un automatismo per l'accelerazione della sequenza procedimentale, ma mantiene in capo all'amministrazione la possibilità di valutare caso per caso quale sia la modalità più idonea per valutare l'interesse che dovrebbe essere curato attraverso l'atto mancante (...) in base a criteri di necessità e proporzionalità (art. 16), (ovvero) attri-

La disciplina diverge notevolmente, in quanto ai sensi dell'art. 16 la P.A. procedente può prescindere dal parere, pur se obbligatorio, che non sia stato reso nel termine stabilito, ad eccezione di quello delle Amministrazioni preposte alla cura di interessi sensibili; nell'ipotesi di cui all'art. 17 opera il silenzio devolutivo, ma non anche nei confronti degli interessi sensibili, laddove, invece, l'art. 17 bis che prevede la formazione di un silenzio-assenso tra PP.AA. in caso di mancata acquisizione di "assensi, concerti, nulla osta" da parte di una di esse, quand'anche si tratti di una P.A. preposta alla cura di interessi sensibili<sup>42</sup>.

buendo (all'amministrazione) l'obbligo di ottenere (la valutazione) diversamente, con la richiesta ad altri soggetti idonei (art. 17)». Sia nell'uno che nell'altro caso, la P.A. agisce senza «mette(re) in discussione l'esigenza di valutazione dell'interesse che questo deve curare... (e) in ogni caso sono fa(tti) salvi i casi in cui ad essere valutati debbano essere (...) gli interessi sensibili», al fine di assicurare il necessario bilanciamento tra interessi contrapposti che stentano a trovare composizione ed equilibrio. La medesima *ratio* e le stesse finalità, ad avviso del Consiglio di Stato nel parere n. 1460/2016, sembrerebbero sottese all'art. 17 bis, sottolineando l'imprescindibilità della valutazione di tali interessi nella fase istruttoria, con la conseguenza che nella fase decisoria, l'operatività del silenzio assenso non esimerebbe la P.A. procedente dal valutare, comparare e bilanciare gli interessi sensibili insieme con gli altri interessi in gioco.

A tal fine, si introduce surrettiziamente un'ipotesi di silenzio devolutivo, in violazione dei principi di competenza e specializzazione, pur di giustificare l'operatività del rimedio. Sul punto di ritornerà più diffusamente a breve.

<sup>42</sup> La norma, di immediata e generale applicazione, è in vigore dal 28 agosto 2015, configura un'ipotesi di silenzio assenso endoprocedimentale che a differenza del silenzio assenso provvedimentale di cui all'art. 20, comma 4, della legge n. 241/90, è concepito proprio come rimedio preventivo all'inerzia delle Amministrazioni preposte alla cura di interessi sensibili. La *ratio* sottesa agli istituti è la stessa, ma l'impatto sulla tutela degli interessi sensibili nel primo caso è piuttosto significativa, nel secondo, invece, inesistente. Per tale ragione, fin dall'inizio il silenzio tra PP.AA. ha posto problemi interpretativi ed applicativi concernenti i rapporti con gli altri istituti di semplificazione ed il relativo ambito di applicazione in base ai principi stabiliti nella delega (art. 2 della legge n. 124/2015) su cui il D. Lgs., n. 127/2017 avrebbe dovuto fare luce.

Ma così non è stato, tant'è che sull'art. 17 bis è intervenuto il Consiglio di Stato (Cons. Stato, comm. spec., 13 luglio 2016, n. 1640) evidenziando il "valore di principio" e la "portata sistematica" dell'istituto che, come è avvenuto per l'art. 21 *nonies* della legge n. 241/90, introduce la regola del silenzio assenso tra amministrazioni in funzione generalpreventiva ed ai fini dell'adozione del provvedimento finale, a garanzia del buon andamento e della trasparenza dell'azione amministrativa.

La valutazione, tuttavia ad avviso del Consiglio di Stato, "deve" tener conto anche della "primazia" degli interessi sensibili e dei diritti (civili e sociali) del cittadino, in base ad un principio ormai consolidato a livello europeo che ammette l'acquisizione di atti e provvedimenti in forma tacita al fine di superare gli ostacoli procedurali e le conseguenze dell'inerzia amministrativa (Cfr., da ultimo, TAR Campania – Salerno, sez. II, 17 luglio 2017, n. 1223 sul risarcimento del danno da ritardo mero). Sulle conseguenze del ritardo nella conclusione del procedimento dovuto tra l'altro all'inerzia dell'organo competente

Il Consiglio di Stato nel parere n. 1460/2016 più volte citato ha chiarito che gli istituti hanno ambiti di applicazione diversi, in quanto “il rife-

ad emanare l'atto endoprocedimentale che ha condizionato il regolare svolgimento del procedimento, cfr. S. VILLAMENA, *Silenzio assenso tra p.a.: prima giurisprudenza amministrativa*, in *www.federalismi.it*, il quale, commentando una sentenza del Tar Calabria (Tar Calabria – Catanzaro, sez. I, 18 novembre 2016, n. 2252), ha chiarito i rapporti tra il rito avverso il silenzio ed il silenzio assenso tra PP.AA., sottolineando che quest'ultimo «non potrà [...] operare [...] in tutti i casi in cui ad una amministrazione sia richiesto un atto di assenso e questa rimanga inerte». Al di là della clausola di salvaguardia di cui al co. 4 dell'art. 17 bis, «non sarà possibile superare l'inerzia di un'amministrazione consultata con mero silenzio (laddove) l'apporto di quest'ultima al procedimento, compreso il successivo vincolo di tale apporto è in grado di produrre sul suo esito, risulterà in alcuni casi indispensabile per giungere ad una decisione valida». Il riferimento è, evidentemente, agli interessi sensibili ed alle conseguenze della mancata o inesatta rappresentazione degli stessi sulla decisione finale, su cui si tornerà più diffusamente in seguito.

Il meccanismo di decisione opera in funzione sollecitatoria, per indurre l'amministrazione a pronunciarsi nei termini ed, eventualmente, a manifestare il proprio dissenso sullo schema di provvedimento predisposto dall'amministrazione procedente, rinviando la decisione in caso di mancato accordo al Consiglio dei Ministri.

A tal fine, si è provveduto ad uniformare i tempi di conclusione dei procedimenti (30 gg.), ad eccezione di quelli cui partecipano amministrazioni preposte alla cura di interessi sensibili che beneficiano di un termine più lungo pari a 90 gg. (salvo termini diversi previsti dalle leggi di settore), anche se la Riforma complessivamente considerata segue uno schema ben preciso, ispirato ad una gerarchia di valori in cui la tutela degli interessi sensibili e, in particolare, dell'ambiente non occupa certamente il primo posto.

L'introduzione dell'art. 17 bis risponde, infatti, all'esigenza “di stigmatizzazione dell'inerzia” nei rapporti tra pubbliche amministrazioni e tra queste ed i cittadini e, come si avrà modo di chiarire in seguito, nella nuova disciplina gli interessi sensibili (tra cui, in particolare, l'ambiente) quando non sono parzialmente o totalmente obliterati sovente non ricevono adeguata rappresentazione e tutela ai fini dell'adozione del provvedimento finale.

Sui rapporti tra l'istituto del silenzio assenso tra PP.AA. e gli artt. 16 e 17 della legge n. 241/90 si rinvia, a G. MARI, *La rilevanza della disciplina del silenzio assenso*, cit., 66 che richiamando espressamente la circolare dell'Ufficio legislativo MIBACT 16 novembre 2015, avente ad oggetto “Silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici – art. 3 della l. n. 124 del 7 agosto 2015, recante Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, pubblicata in G.U. n. 187 del 13 agosto 2015 – nota circolare” ha evidenziato che essa “ha interpretato il rapporto tra i diversi istituti di semplificazione previsti nella l. 241/90 nel senso della alternatività tra silenzio assenso ex art. 17-bis e conferenza di servizi”.

La giurisprudenza, dal canto suo, ha escluso che si sia verificato un effetto abrogativo tacito degli artt. 16 e 17, così come – e a maggior ragione – che alla progressione delle norme corrisponda una progressione dell'importanza dei pareri. Osta, infatti, a tale interpretazione il dato letterale posto che nell'art. 17 bis non sono menzionati i pareri, con la conseguenza che a meno che non si voglia intendere tale omissione come una svista del legislatore, tale articolo si applica agli atti diversi dai pareri e che non rientrano nell'ambito di applicazione degli artt. 16 e 17 (Cfr., TAR Puglia – Bari, sez. I, 28 gennaio 2016, n. 102; TAR Molise, sez. I, 21 aprile 2016, n. 186; Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2016, n. 1583; Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 17).

rimento allo schema di provvedimento implica che si sia già chiusa la fase istruttoria, dovendosi ritenere che siano proprio le risultanze dell'istruttoria a consentire all'Amministrazione procedente l'elaborazione dello schema di decisione sul quale l'Amministrazione interpellata esprimerà il proprio assenso”.

L'art. 17 bis, quindi, “è destinato ad applicarsi solo ai procedimenti caratterizzati da una fase decisoria pluristrutturata e, dunque, nei casi in cui l'atto da acquisire, al di là del *nomen iuris*, abbia valenza co-decisoria”, compresi i pareri vincolanti, non contemplati dall'art.16, e nei quali le amministrazioni sono “titolari di una funzione decisoria sostanziale”, estendendosi l'operatività del rimedio anche al parere della Soprintendenza sulla “proposta di provvedimento” per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica ex art. 146 d.lgs., n. 42/2004<sup>43</sup>. In ogni caso, ad avviso del Consiglio di Stato, l'operatività del silenzio assenso non preclude, anzi impone, la valutazione, la comparazione ed il bilanciamento da parte dell'amministrazione procedente che in base alle risultanze dell'istruttoria ed alle (limitate) conoscenze di cui dispone, è chiamata a compiere valutazioni e ponderazioni di interessi sensibili non rappresentati dalle amministrazioni preposte alla cura degli stessi dandone atto nel provvedimento finale<sup>44</sup>.

Tale interpretazione non convince nella misura in cui non offre adeguate garanzie circa la corretta valutazione e ponderazione dell'interesse sensibile nel bilanciamento con gli altri interessi, sollevando altri interrogativi che hanno indotto la dottrina ad ipotizzare “una ulteriore delimitazione dell'ambito oggettivo di applicazione della disposizione” che altrimenti si esporrebbe a rilievi di costituzionalità per contrasto con i principi di specialità e di competenza.

Su tale premessa, si ritiene che il silenzio assenso sarebbe applicabile ai “soli casi di potere decisorio complesso affidato a due diversi apparati pubblici o di gestione”<sup>45</sup>, il che sicuramente consentirebbe di superare i problemi di coerenza (in particolare con l'art. 20) di cui si è detto, ma limitatamente ai procedimenti in cui sono coinvolti interessi omogenei che confluiscono verso un interesse comune, nei quali, a ben vedere, non si porrebbe neanche un problema di valutazione, ponderazione e bilanciamento degli interessi in conflitto nei termini innanzi esposti.

<sup>43</sup> ID., 66 e 88.

<sup>44</sup> Sul punto, cfr., G. SCIULLO, *La conferenza di servizi come meccanismo di decisione*, in *Giornale dir. amm.*, 2011, 1145 ss.

<sup>45</sup> Il virgolettato è di G. MARI, *Art. 17 bis*, cit., 865 e *Intervento*, cit.

A tutto concedere, tuttavia, restringendone fino a questo punto il campo di applicazione, si potrebbe obiettare che, contravvenendo alla stessa *ratio* della Riforma, il silenzio tra PP.AA. risulterebbe trasfigurato a tal punto che non avrebbe più senso parlare di un istituto avente “valore di principio” e “portata sistematica” suscettibile di elevarsi a “regola generale” contenuta in una disposizione che ad oggi risulta comunque monca quanto all’individuazione degli interessi sensibili nei cui confronti troverebbe applicazione il meccanismo del silenzio assenso.

Senza considerare che, come innanzi accennato, dai criteri indicati dal Consiglio di Stato non è dato desumere l’esistenza un “obbligo di presa in considerazione” di tali interessi, né una sanzione in caso di inosservanza da parte dell’amministrazione procedente che anche in questo caso sembrerebbe non subire le conseguenze di una condotta deresponsabilizzata, ignava ed agnostica.

Persistono, altresì, problemi di coordinamento con la disciplina della conferenza di servizi obbligatoria [anche se il Consiglio di Stato nel parere 1640/2016 più volte citato ipotizza che sussista un rapporto di alternatività, attribuendo tuttavia prevalenza (*rectius*: precedenza) al silenzio assenso] che condizionano inevitabilmente l’efficacia del tentativo di razionalizzazione e di semplificazione della disciplina che sacrifica oltremodo l’esigenza di rappresentazione, valutazione e tutela degli interessi sensibili<sup>46</sup>.

La contraddizione è anche di sistema ed è resa ancora più evidente dal confronto con l’impostazione del Codice dell’ambiente e delle disposizioni della legge n. 241/90 non incise dalla Riforma che prevede espressamente l’acquisizione esplicita dell’assenso delle amministrazioni rimaste silenti, salvo limitatissime eccezioni.

L’impostazione della Riforma non è supportata dalla Costituzione né dai principi elaborati dalla Corte di Giustizia<sup>47</sup> e della Corte costituzio-

<sup>46</sup> In questo senso, cfr., M.A. SANDULLI, *Postilla all’editoriale “Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *www.federalismi.it*, n. 20/2015; G. CORSO, *La riorganizzazione della P.A. nella legge Madia: a survey*, ivi; M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, 2016.

<sup>47</sup> Quest’ultima, infatti, in passato ha assunto un atteggiamento piuttosto rigoroso circa l’applicabilità del silenzio-assenso ai procedimenti nei quali sono coinvolti interessi sensibili, ritenendo che essi necessitavano di una valutazione concreta ed espressa all’esito di una adeguata istruttoria, invitando il legislatore nazionale ad usare la massima cautela in ragione della particolare rilevanza degli interessi in questione. Tale indirizzo è stato inaugurato agli inizi degli anni ’90 da C.G.U.E., 28 febbraio 1991, in C-360/87, *Commissione c.*

nale che senza giungere a sancire un divieto (o incompatibilità) assoluto, ha stabilito che qualunque provvedimento tacito di assenso sotteso a tali procedimenti è valido solo a condizione che l'attività sia vincolata o a bassissimo contenuto di discrezionalità<sup>48</sup>.

Solo apparentemente, quindi, il modello attuale è idoneo a risolvere le complicazioni del passato<sup>49</sup>, in realtà dal punto di vista della corretta cura dell'interesse pubblico la disciplina desta dubbi e perplessità, in quanto la mancata acquisizione del parere delle amministrazioni poste a presidio di interessi sensibili sullo schema di provvedimento impoverisce il bagaglio culturale dell'amministrazione che cura l'interesse pubblico prevalente e può anche condurre all'emanazione di un provvedimento tecnicamente scorretto<sup>50</sup>.

*Repubblica italiana* e ad esso si è immediatamente uniformata anche la Corte costituzionale (cfr., *ex multis*, C. Cost., 1° luglio 1992, n. 307; C. Cost., 19 ottobre 1992, n. 393; 19-27 aprile 1993, n. 194; 12 febbraio 1996, n. 26; 17 dicembre 1997, n. 404; 9-10 marzo 1998, n. 302) escludendo l'operatività del silenzio assenso nei procedimenti complessi che richiedono una istruttoria particolareggiata da parte della P.A. che diversamente andrebbe esente da responsabilità nonostante la violazione di norme comunitarie poste a tutela di valori ed interessi sensibili. A tutto concedere, quand'anche si ammettesse l'operatività del meccanismo del silenzio devolutivo al di fuori di questo ambito ristretto, l'Amministrazione procedente non sarebbe comunque esonerata dall'obbligo di svolgere un'adeguata istruttoria, assumendosi eventualmente la responsabilità dell'adozione di un provvedimento viziato per carenza di istruttoria, nonché l'obbligo di ritirarlo in autotutela ove ne ricorrano i presupposti.

In dottrina, cfr., M.P. CHITI., *I signori del diritto comunitario: la Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 796 ss.; V. PARISIO, *Tutela dei valori ambientali, paesaggistico – territoriali e semplificazione dell'azione amministrativa alla luce della l. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Riv. amm.*, 1991, 1181 ss. Più di recente, R. FERRARA, *Modelli e tecniche della tutela dell'ambiente: il valore dei principi e la forza della prassi*, in *Foro Amm. TAR*, 2009, 1945; M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in G. DE GIORGI CEZZI, P.L. PORTALURI, F. VETRÒ, *Il meritevole di tutela: scenari istituzionali e nuove vie del diritto*, Lecce, 2012; C. BENETAZZO, *Silenzio-assenso e dovere dell'amministrazione di svolgere l'istruttoria: spunti di riflessione offerti da una fattispecie in tema di sanatoria di opere edilizie abusive*, in *www.federalismi.it*.

<sup>48</sup> Per una compiuta ed approfondita disamina della giurisprudenza costituzionale ed europea, cfr., G. SCIULLO, *'Interessi differenziati' e procedimento amministrativo*, cit., spec. § 5; G. MARI, *Art. 17 bis. Il silenzio assenso tra amministrazioni e tra amministrazioni e gestori di beni o servizi pubblici*, cit., 860 ss.; ID., *Intervento "Decisioni amministrative e interessi pubblici sensibili"*, cit., spec. § 1 e 2.

<sup>49</sup> Tra cui l'assenza della partecipazione attiva, responsabile e collaborativa delle PP.AA. coinvolte; la strumentalizzazione delle richieste di integrazioni documentali per dilazionare nel tempo la conclusione della conferenza e tutte le altre criticità funzionali ed applicative – dovute almeno in parte alla frammentazione delle competenze e delle responsabilità delle amministrazioni chiamate a partecipare alla conferenza – che ne hanno condizionato l'efficacia.

<sup>50</sup> Sono questi gli «effetti collaterali» cui si è accennato che derivano dall'applicazio-

Problemi si pongono ogni qual volta l'Amministrazione precedente giudichi inammissibile il parere che non è stato ritualmente comunicato dalla P.A. che viene pertanto del tutto obliterato in quanto ritenuto irrilevante ai fini dell'assunzione del provvedimento finale, omettendo di considerare il carattere negativo dello stesso sol perché è pervenuto fuori termine o con modalità diverse da quelle previste dalla legge, sottovalutando l'impatto ambientale del manufatto sul territorio.

Per non parlare del fatto che il rappresentante unico delle amministrazioni statali e di quelle periferiche (che partecipano i lavori con un non meglio specificato ruolo di mero "supporto") e sono "abilitati ad esprimere definitivamente ed in modo univoco e vincolante la posizione di tutte le predette amministrazioni" nell'ambito della conferenza di servizi cd. simultanea o sincrona diventano gli unici referenti anche della Soprintendenza ai Beni Culturali, fermo restando il potere di rappresentanza delle amministrazioni partecipanti alla conferenza che potranno ivi manifestare il proprio dissenso.

L'introduzione della figura ha destato dubbi e perplessità sia in ordine alle modalità operative del responsabile ed alla definizione del ruolo nei confronti delle PP.AA. rappresentate, infine sull'ampiezza del mandato e dei poteri di cui dispone, cui si è pronunciato di recente il Consiglio di Stato con il parere n. 890/2016 che rifuggendo schemi predeterminati da cui si possa desumere «la preventiva fissazione di vincoli di 'mandato imperativo' (riconosce) al rappresentante unico un margine discrezionale di azione, in relazione all'andamento della conferenza» nella quale possono intervenire le PP.AA. rappresentate, pur senza diritto di voto, al fine di richiamare l'attenzione su questioni che non siano state adeguatamente valutate.

Si specifica che amministrazioni titolari di interessi sensibili che hanno facoltà (o, più correttamente un onere per ragioni di coerenza)<sup>51</sup> di proporre opposizione al Consiglio dei Ministri – al fine di addivenire ad una "soluzione condivisa" da tutte le PP.AA. partecipanti che l'amministrazione precedente dovrà adottare – possono a tal fine formalizzare al rappresentante unico il proprio dissenso (tuttavia, nel caso di amministrazioni statali, l'opposizione è proposta dal Ministro competente il quale potrebbe decidere di non attivarsi nel breve termine previsto, con

ne generalizzata dell'art. 17 bis che conduce all'adozione di una decisione rapida ma qualitativamente scadente, privilegiando l'efficienza e, quindi, il risultato a qualunque costo.

<sup>51</sup> G. MARI, *op. cit.*, 15.

l'effetto di cristallizzare la decisione e con essa la lesione degli interessi sensibili.

Si considera acquisito l'assenso senza condizioni delle amministrazioni il cui rappresentante non abbia partecipato alla riunione, ovvero pur partecipando non abbia espresso la propria posizione, ovvero abbia espresso un dissenso non motivato, inconferente o irrituale<sup>52</sup>.

Ciò posto, viene da chiedersi se il meccanismo del silenzio assenso di cui all'art. 17 bis sia compatibile con il parere (obbligatorio e vincolante) della Soprintendenza, ma la risposta al quesito non può che essere negativa sia per il carattere fortemente discrezionale della valutazione, sia perché il modulo procedimentale adottato postula che l'eventuale parere negativo sia preceduto dalla individuazione di soluzioni tecniche alternative, in ossequio al principio di leale collaborazione che soddisfa le esigenze di celerità come quelle di efficacia<sup>53</sup>.

Così, la clausola di salvaguardia di cui all'art. 17 bis, comma 4 va interpretata nel senso che il primato del diritto dell'UE è esteso ai regolamenti ed alle direttive anche non direttamente applicabili, con la conseguenza che, al di fuori delle predette ipotesi, devono considerarsi illegittime tutte le forme di silenzio-assenso, il che porta a ridimensionare la portata dell'art. 17 bis. Gli stessi principi si applicano alla conferenza dei servizi, manifestandosi anche in questo caso una tendenziale diffidenza nei confronti del silenzio-assenso in considerazione dell'importanza dell'interesse ambientale che non si ridimensiona, ma anzi viene esaltata nell'ambito dei procedimenti complessi, coerentemente con i principi generali della legge sul procedimento amministrativo, quelli costituzionali e dell'UE<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Particolarmente significativa è l'espressione utilizzata da G. MARI, *op. cit.*, 9 e 11 secondo la quale queste situazioni sono accomunate dal fatto che l'Amministrazione interessata esprime «un dissenso *“imperfetto”* che se in passato era del tutto irrilevante ai fini dell'adozione della decisione finale, oggi, invece viene considerato assenso, nonostante l'amministrazione abbia inteso “prendere le distanze” dall'esito della conferenza di servizi.

<sup>53</sup> Si segnala, in proposito, una recentissima sentenza del TAR Campania che nella parte in cui afferma che il parere reso tardivamente dalla Soprintendenza sulla compatibilità paesaggistica ai sensi dell'art. 167, comma 5, del d.lgs. n. 42 del 2004 perde il suo carattere di vincolatività presentandosi alla stessa stregua di un parere non vincolante e di conseguenza viene meno la sua autonoma impugnabilità (TAR Campania – Napoli, sez. VIII, 20 marzo 2017, n. 1530), implicitamente sembrerebbe riconoscere che l'unica forma di tutela riconosciuta a tali interessi è rappresentata dalla previsione del più lungo termine di 90 gg. per consentire all'Amministrazione di esprimere il suo parere.

<sup>54</sup> Si vuol dire, cioè, che la deroga alla regola generale del provvedimento espresso, in quanto tale conosce limitatissime eccezioni nei casi previsti dalla legge e che anche

Sotto diverso profilo alla luce dell'attuale disciplina neppure è configurabile alcun obbligo di procedere e di provvedere per l'Amministrazione procedente sull'istanza di sollecito di immediata indizione della conferenza simultanea ed in modalità sincrona proveniente dalle altre PP.AA. o dal privato (o sulla richiesta di assunzione, previa indizione di una nuova conferenza, di determinazioni in via di autotutela ai sensi degli artt. 21 *quinquies* e *nonies* della legge n. 241/90).

Tale considerazione è indirettamente confermata dalle cennate disposizioni da cui si evince, da un lato e in generale, che l'autotutela decisoria, benché espressione di un potere connaturato all'esercizio della funzione amministrativa, non è esercitabile "sempre" (*rectius*: in ogni tempo) da ciascuna amministrazione che abbia partecipato alla conferenza di servizi e, dall'altro, che in ogni caso essendo l'atto di assenso in quella sede prestato o comunque acquisito confluito nella determinazione conclusiva della conferenza, l'amministrazione (ivi compresa quella preposta alla cura di un interesse primario o sensibile) non può procedere autonomamente all'annullamento o alla revoca dello stesso, ma deve a tal fine sollecitare l'indizione di una nuova conferenza onde sottoporre anche alle altre amministrazioni la richiesta di riesame<sup>55</sup>.

Pur ammettendo, quindi, che il potere non si sia consumato all'atto della manifestazione del consenso o della formazione del silenzio assenso (ma non è così), ora come allora<sup>56</sup> l'amministrazione interessata giammai potrebbe autonomamente procedere al ritiro in autotutela del consenso prestato in sede conferenziale stante l'impossibilità di imputare ad essa

quando è consentito il ricorso a strumenti di semplificazione, si impone al legislatore una particolare cautela in ragione della rilevanza interna e sovranazionale degli interessi, ricorrendo alla semplificazione solo quando ciò appare assolutamente indispensabile, onde evitare ritardi o situazioni di stallo dovute all'inerzia colpevole di talune amministrazioni, specificandosi che il ricorso al silenzio devolutivo è consentito solo a fronte di provvedimenti vincolati o a basso contenuto discrezionale. Il problema coinvolge la questione dei rapporti tra amministrazione procedente e amministrazione consultata e il riparto delle rispettive responsabilità nel caso in cui il ritardo nella conclusione del procedimento sia imputabile anche all'inerzia dell'organo interpellato ed in considerazione del ruolo assunto nella vicenda procedimentale. Sul punto si rinvia alle considerazioni di S. VILLAMENA, *op. cit.*, che richiama espressamente la previsione di cui all'art. 17 bis che impone all'amministrazione consultata di chiedere l'interruzione del termine «per esigenze istruttorie o richieste di modifica».

<sup>55</sup> M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2016, 99 ss.

<sup>56</sup> F. CARINGELLA, L. TARANTINO, *Il nuovo volto della conferenza di servizi dopo la l. 340/00*, in *Urb. e app.*, 2001, 375.

l'atto di assenso espresso in quella sede. A ben vedere, alle medesime conclusioni si giungerebbe ammettendo che il potere si sia in realtà consumato, potendo comunque l'amministrazione intervenire in autotutela sul consenso in precedenza prestato ovvero acquisito per effetto del decorso del termine, ai sensi degli artt. 21 *quinquies*<sup>57</sup> e 21 *nonies* della legge n. 241/90<sup>58</sup>.

Ne consegue che l'annullamento, la revoca o, comunque, il ritiro dell'atto viziato deve necessariamente derivare da una rinnovata, complessiva, comune contestuale valutazione degli interessi pubblici, tramite l'indizione di una nuova conferenza (sincrona) e non invece con il consenso preventivo di quelle amministrazioni che, a maggioranza, si sono espresse, in conferenza, in modo favorevole.

Non è escluso che anche in sede di conferenza preliminare le indicazioni fornite dall'amministrazione possano essere successivamente modificate o integrate in presenza di circostanze sopravvenute che ben possono manifestarsi nelle successive fasi di svolgimento del procedimento, come pure in generale è legittimo che l'amministrazione possa avere qualche ripensamento sullo "schema di provvedimento" che sfocia nell'adozione del provvedimento finale.

<sup>57</sup> Sulla revoca dei provvedimenti amministrativi, cfr., M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino 1999. ID., *Art 21 quinquies – La revoca del provvedimento*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione: saggi critici sulla legge 241/90 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n.80/2005*, Torino 2005, 485-528; M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, *Revoca del provvedimento amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, 5202-5212. A. ARDITO, *Revoca e nuovi modelli amministrativi di rivedibilità*, Bari 2008.

<sup>58</sup> Sull'annullamento d'ufficio e sulla revoca, cfr., di recente, A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo dopo la legge Madia*, in S. TUCCILLO (a cura di), *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, Napoli 2016, 27 ss.; A. CARBONE, *Il termine per esercitare l'annullamento d'ufficio e l'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *I Rimedi contro la cattiva amministrazione*, Napoli 2016.

D.U. GALETTA, *I procedimenti di riesame*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli 2006; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005. Prime riflessioni*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino 2005; V. ANTONELLI, *Annullamento d'ufficio*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, cit.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e la tutela del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 843 ss.; G. BARONE, *Riflessioni in tema di annullamento d'ufficio*, in *Cons. Stato*, 2004, II, 497 ss.; G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. Amm.*, 2003, 1 ss.; G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, *ivi*, 2002, 4, 689 ss.

In sostanza, quindi, non vi è motivo di dubitare che nel silenzio del legislatore, trovino applicazione i principi generali in materia, di conseguenza non è possibile riconoscere all'iniziativa (*rectius*: impulso) di tali soggetti un valore diverso da quello che in effetti essa ha, e cioè una mera sollecitazione, inidonea, pertanto, a far sorgere un obbligo di provvedere sull'istanza volta a sollecitare l'esercizio dei poteri di autotutela sul provvedimento (a maggior ragione se nel frattempo esso è divenuto inoppugnabile), benchè la richiesta provenga da un'amministrazione che ha contribuito alla formazione della decisione in seguito ad un ripensamento dovuto al riconoscimento della sussistenza di un vizio.

Ciò per due ordini di motivi: innanzitutto perchè trattasi di un potere per sua natura ampiamente "facoltativo" in quanto discrezionale e inoltre perchè, come innanzi si è accennato, la Riforma ha implementato i poteri dell'amministrazione precedente cui spetta pertanto la decisione e che, all'occorrenza, deve valutare la sussistenza dell'interesse che giustifichi la rimozione dell'atto (in presenza di "ragioni di interesse pubblico", "entro un termine ragionevole, comunque non superiore ai diciotto mesi" [anche quando vengono in rilievo interessi sensibili] e "tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati") o dei suoi effetti (ai sensi degli artt. 21 *quinquies* o 21 *nonies* della legge n. 241/90)<sup>59</sup>. Diversamente opinando la riconvocazione della conferenza determinerebbe la riapertura anche in sede giurisdizionale di una vicenda che si pensava fosse ormai conclusa in assenza di impugnazioni.

In ogni caso, in ossequio alla regola del *contrarius actus* non è ammissibile la revoca o l'annullamento diretto occorrendo, invece, riconvocare la conferenza di servizi onde sottoporre in quella sede la questione, scelta che compete sempre e comunque all'autorità precedente secondo lo stesso procedimento da cui è originato l'atto viziato. Ciò in quanto l'esercizio del potere di autotutela sul consenso prestato all'interno della conferenza dei servizi o sul silenzio-assenso è consentito solo a condizione che sia rinnovato il procedimento che ha portato all'adozione dell'atto risultato poi viziato<sup>60</sup> e sempre che ne ricorrano i presupposti di legge, nonchè nelle more dell'adozione del provvedimento in ossequio al principio di leale collaborazione tra PPAA. che postula il potere di segnalazione dell'illegittimità o del vizio all'amministrazione precedente che tuttavia ben potrà ignorarla ed adottare comunque il provvedimento finale.

<sup>59</sup> Cons. Stato, parere 30 marzo 2016, n. 839.

<sup>60</sup> Di recente, Cons. Stato, sez. III, 2 ottobre 2015, n. 4612.

Così facendo si evita la creazione di situazioni di stallo dovute alla mancata intesa tra le PP.AA. sulla richiesta di riesame e si garantisce il raggiungimento del risultato ad ogni costo, ma non può certamente dirsi realizzato il principio di collaborazione in mancanza di un effettivo coordinamento.

A conferma del significativo squilibrio nei rapporti tra PP.AA. cui innanzi si è accennato, giova altresì evidenziare che la legge non ricollega alcuna conseguenza all'inerzia (*rectius*: silenzio) dell'Amministrazione procedente sulla richiesta di riesame, responsabilizzando invece oltremodo le amministrazioni assenti o che, pur avendo partecipato ai lavori, non si siano espresse o abbiano manifestato il loro dissenso, ma non nei tempi, nei modi e nelle forme previste dalla legge.

Inoltre, se è vero che l'Amministrazione procedente può comunque adottare la determinazione conclusiva nonostante i dissensi provenienti dalle amministrazioni preposte alla cura di interessi forti, primari o sensibili, a maggior ragione può liberamente valutare se ricorrano o meno i presupposti per l'avvio del procedimento di autotutela, senza essere vincolata alla richiesta di una delle amministrazioni partecipanti che intenda tardivamente ritirare l'assenso prestato o comunque acquisito.

Osta ad una diversa soluzione l'esigenza di tutelare la certezza delle situazioni giuridiche soggettive e l'affidamento risposto dai destinatari della decisione che non può essere elusa mediante l'impugnazione del silenzio-rifiuto, non potendosi rimettere in discussione un regolamento di interessi ormai consolidato e cristallizzato, nonostante l'illegittimità del provvedimento.

In ogni caso, l'amministrazione interessata è legittimata a rappresentare il vizio all'amministrazione procedente e questa è tenuta a pronunciarsi sulla richiesta di riesame quando, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione, il rispetto del principio di imparzialità imponga il ritiro dell'atto di assenso illegittimo per violazione del diritto comunitario. In tal caso, infatti, in deroga alla regola generale, il potere di riesame diventa un preciso "dovere" dell'Amministrazione imposto dalla gestione congiunta di più interessi coinvolti a diversi livelli di tutela, pertanto niente affatto recessivo rispetto al principio di affidamento e di certezza del diritto<sup>61</sup>. Diversamente, deve escludersi che, in caso di

<sup>61</sup> Di recente, cfr., TAR Abruzzo – L'Aquila, sez. I, 19 marzo 2015, n. 206 ha chiarito che nel caso "in cui l'illegittimità degli atti della pubblica amministrazione (sia) stata accertata dalla Corte di Giustizia" l'annullamento d'ufficio doveroso s'impone "anche al fine di scongiurare l'irrogazione di sanzioni a carico dello Stato da parte delle istituzioni

inerzia o diniego, sussista la legittimazione delle amministrazioni assenti o dissenzienti, nonché di quelle preposte alla cura degli interessi sensibili

comunitarie per violazioni del diritto comunitario”, specificando, altresì, che “in questi casi, la doverosità...attiene, da un lato, alla sussistenza dell’obbligo di procedere ovvero di dare impulso al procedimento di secondo grado e dall’altro, al momento della verifica dell’interesse pubblico all’annullamento, che non attiene alla verifica della presenza di una ragione di interesse pubblico all’annullamento, quanto alla verifica della sussistenza di una ragione di interesse pubblico che precluda, nel caso concreto, di procedere all’annullamento d’ufficio”. Nei casi in cui l’annullamento d’ufficio è sempre doveroso, l’interesse pubblico sussiste “in re ipsa” (Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2539; sez. III, 4 giugno 2012, n. 3290; sez. V, 15 novembre 2012, n. 5772; sez. VI, 17 gennaio 2011, n. 232). Di recente sul tema, cfr., S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso*, in *www.federalismi.it*, n. 16/2016; ID., *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016. In questo caso, infatti, “la disposizione comunitaria si pone come diretto parametro di legalità dell’atto amministrativo” che quindi non “gode del medesimo regime di illegittimità-legittimità degli atti non conformi alle altre disposizioni nazionali” (Così, Corte di giustizia, 27 febbraio 2003, causa C-327/2000), non essendo ad esse assimilabili quanto a forza e valore. Si tratta di un orientamento ormai consolidato inaugurato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 35/2003 (nello stesso senso, cfr., TAR Basilicata, 25 luglio 2014, n. 510; TAR Emilia Romagna, 23 dicembre 2014, n. 1295; TAR Abruzzo – Pescara, sez. I, 29 novembre 2013, n. 575; Cons. Stato, 2 settembre 2013, n. 4364; sez. V, 5 dicembre 2013, n. 5786; ID., sez. IV, 5 febbraio 2013, n. 922; 30 agosto 2013, n. 4323; 2 aprile 2012, n. 1957). Su questi temi, cfr., a titolo meramente esemplificativo, M.P. CHITI, *I signori del diritto comunitario. La Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 796 ss.; R. CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario: studio sull’influsso dell’integrazione giuridica europea sulla tutela giurisdizionale dei cittadini nei confronti della P.A.*, Napoli 1992; G. D. FALCON, *Alcune osservazioni sullo sviluppo del diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993, 74 ss.; S. CASSESE, *Gli Stati nella rete internazionale dei poteri pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 321; F. ASTONE, *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa: contributo allo studio dell’influenza manifestata dal diritto europeo sul sistema di giustizia amministrativa e sui poteri del giudice amministrativo*, Napoli 1999; M.P. CHITI, *L’effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 499; E. PICOZZA, *Alcune considerazioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, in *Studi in onore di F. Piga*, vol. I, Milano 1992, 715; ID., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino 1997; ID., *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova 1997; F. SORRENTINO, *Profili costituzionali dell’integrazione comunitaria*, Torino 1996; G. GRECO, *Il diritto comunitario propulsore del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993, 85; ID., *L’effettività della giustizia amministrativa italiana nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 797; R. TONIATTI, *Il principio di rule of law e la formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale dell’Unione europea*, in S. GAMBINO (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario. Principi e tradizioni costituzionali comuni. La formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale europeo*, Milano, 2002, 503; V. CERULLI IRELLI, F. LUCIANI, *Diritto comunitario e diritto interno, tra Stato e regioni*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 2007, 859 ss.; G. CONTALDI, *Atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, in *Dir. Un. eur.*, 2007, 747 ss.

o del privato ad impugnare il silenzio o il rifiuto opposto dall'amministrazione procedente.

4. *Le ricadute della disciplina sulla cura e composizione degli interessi sensibili e sulla tutela giurisdizionale dei soggetti privati*

Nel solco degli interventi che l'hanno preceduto e che pertanto possono essere considerati a tutti gli effetti gli antesignani, la legge n. 124/2015 ed il Decreto n. 127/2016 riconoscono un ruolo piuttosto significativo all'amministrazione procedente implementandone e valorizzandone i poteri decisorii mediante l'accentuazione del momento provvedimentale.

In precedenza già l'art. 49, comma 2 del d.l. n. 78/2010 conv. in legge n. 122/2010 nel riscrivere il comma 6-bis dell'art. 14-ter della legge n. 241/90 inserendo il comma 9 ora abrogato aveva ritenuto superflua l'adozione del provvedimento finale attribuendo valore provvedimentale, e non più endoprocedimentale, alla determinazione conclusiva, considerandola quindi immediatamente lesiva e, come tale, impugnabile.

Ciò nei fatti ha significato il superamento della struttura dicotomica del modello tradizionale di conferenza di servizi che già allora era entrato in crisi per il fatto che l'esigenza di semplificazione e accelerazione procedimentale aveva preso il sopravvento sulla comparazione contestuale e comune degli interessi mirando appunto ad affermare la preminenza di ruoli e interessi non coerente con la garanzia delle competenze<sup>62</sup>.

Tale impostazione è stata confermata nell'attuale disciplina dove la determinazione motivata di conclusione della conferenza adottata dall'amministrazione procedente rappresenta sia il momento terminale di essa sia il provvedimento conclusivo del procedimento.

Tale considerazione rileva sotto diversi punti di vista: da una lato si pone in controtendenza con l'opposta e prevalente opinione che attribuiva valore endoprocedimentale alle "determinazioni conclusive delle conferenze decisorie (e a maggior ragione, [al]le prodromiche valutazioni espresse dalle amministrazioni partecipanti alla conferenza di servizi, dall'altro e soprattutto induce una ulteriore riflessione sull'attuale assetto dei rapporti tra l'amministrazione procedente e le altre amministrazioni e, in particolare, sulla relazione tra esse intercorrenti nella fase di for-

<sup>62</sup> TAR Toscana, sez. II, 11 giugno 2012, n. 1104; TAR. Umbria, sez. I, 21 maggio 2012, n. 192.

mazione della delibera ed in considerazione della natura giuridica della stessa onde verificarne le ripercussioni sulla cura degli interessi sensibili e la tutela dei privati.

Una conferma del carattere costitutivo della determinazione conclusiva della conferenza è data in particolare dalla circostanza che, ai sensi dell'attuale disciplina, sembrerebbe che il dissenso tardivo ed irrituale espresso al di fuori della conferenza – ancorchè proveniente da un'amministrazione deputata alla cura di un interesse sensibile – non sia idoneo a ribaltare l'esito dell'istruttoria destinato ad essere trasfuso nella decisione conclusiva dei lavori della conferenza.

Ma ci sono anche altri indizi che inducono a ritenere che le esigenze di semplificazione e concentrazione comportano la sistematica dequotazione degli interessi sensibili. Basti pensare alla ridefinizione del meccanismo di superamento dei dissensi qualificati o alla irrilevanza del dissenso qualificato postumo rispetto ad una decisione già assunta al momento della conclusione dei lavori della conferenza<sup>63</sup>.

Le cennate novità, enfatizzando l'esigenza di semplificazione che permea di sé la Riforma, postulano l'adozione della decisione a tutti i costi che spesso si rivela illegittima in quanto assistita da una motivazione solo apparente in relazione alla pluralità ed alla rilevanza degli interessi in gioco che al contrario impongono l'espletamento di un'attività istruttoria rigorosa ed ineccepibile. Trattasi di estremizzazioni arbitrarie e pericolose della semplificazione procedimentale che non di sottraggono al sindacato del G.A.

Tale constatazione, che si aggiunge alle già evidenziate criticità innanzi illustrate, dimostrano in maniera inequivocabile che i dissensi qualificati che in passato avevano la valenza di arresto procedimentale, sono destinati da oggi in poi a non trovare adeguata modalità di componimento nell'ambito della conferenza di servizi e neanche successivamente in caso di opposizione nei confronti del provvedimento finale.

Sotto altro profilo, neanche può escludersi *a priori*, nei procedimenti ad iniziativa di parte, che il responsabile del procedimento, contravvenendo al suo ruolo, ometta di comunicare preventivamente all'interessato i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza ai sensi dell'art. 10 bis della legge n. 241/90 o che comunque non ne tenga adeguatamente conto

<sup>63</sup> Cfr., in proposito, G. MARI, *Art. 17 bis*, cit. la quale ha osservato che alla luce del parere n. 1640/2016 citato, non è affatto escluso che il Presidente del Consiglio dei Ministri appiattisca il suo giudizio su quello dell'amministrazione precedente, approvando la soluzione prospettata nello schema di provvedimento.

ai fini dell'adozione della determinazione finale negativa. Tale eventualità non farebbe che esaltare ancor di più la "discontinuità nel modo in cui fin qui le amministrazioni sono state solite rapportarsi con i privati" sacrificando oltremodo l'esigenza di instaurare un "dialogo reale" tra le parti sul "progetto di provvedimento" pur di rispettare i termini del procedimento ed evitare di incorrere in responsabilità per il ritardo, stante la prioritaria esigenza di salvaguardia degli equilibri di bilancio.

Ciò non deve meravigliare se solo si considera che già all'epoca della sua introduzione la disposizione in commento è stata oggetto di critiche e riserve da parte di parte della dottrina<sup>64</sup> fondate sull'allungamento dei tempi e sull'appesantimento del procedimento in seguito all'adempimento di obblighi burocratici, e per tale motivo si è mostrata piuttosto dubbia sull'applicazione dell'istituto al provvedimento adottato all'esito della conferenza di servizi decisoria ritenendolo pertanto incompatibile con le esigenze di semplificazione e di accelerazione, nonché con la stessa *ratio* dell'istituto.<sup>65</sup>

Non vi è chi non veda, a questo punto, nel confronto tra la disciplina originaria della conferenza di servizi (come venutasi a delineare nella

<sup>64</sup> Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della legge n. 241/90*, in *www.giustamm.it* secondo cui "si tratta di una norma che indubbiamente comporterà un aggravamento dei procedimenti ad istanza di parte (con qualche contraddizione rispetto al principio di cui all'art. 1, 2° comma)".

<sup>65</sup> In senso contrario, cfr., G. VIRGA, *Le modifiche ed integrazioni alla legge n. 241 del 1990 recentemente approvate. Osservazioni derivanti da una prima lettura*, in *www.lexitalia.it* secondo cui invece, la nuova disposizione si pone in linea di discontinuità con il passato "dischiudendo una nuova fase, nel corso della quale, ove l'orientamento della p.a. sia negativo, quest'ultima è tenuta – prima di adottare la determinazione finale – a comunicare tale orientamento agli istanti. Si viene così ad instaurare così in dialogo tra amministrazione ed amministrato" che risponde anche ad un'esigenza deflattiva del contenzioso. V. FANTI, *La «nuova» comunicazione nel procedimento amministrativo*, in *Urb. app.*, 2005; S. TARULLO, *L'art. 10 bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in *www.giustamm.it.*; G. BOTTINO, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento all'istanza di parte: considerazioni su di una prima applicazione giurisprudenziale del nuovo art. 10-bis l. n. 241/1990*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 1557; ID., *L'Art. 10-bis.*, in V. ITALIA (a cura di), *L'azione amministrativa*, Milano 2005, 395; D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova 2008, 50-51; A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino 2008, 237; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 34-35. D. CHINELLO, *Portata e limiti della partecipazione al procedimento amministrativo dopo la legge n. 15/2005*, in *www.lexitalia.it.*, S. FANTINI, *Il preavviso di rigetto come garanzia «essenziale» del cittadino e come norma sul procedimento*, in *Urb. app.*, 2007, 1384.

prassi amministrativa, nelle leggi speciali e di settore, fino alla consacrazione nella legge n. 241/90) e quella attuale (all'esito di un processo evolutivo a tappe avviato fin dal 1997 e culminato nel D.lgs. n. 127/2016), la evidente, progressiva e preoccupante trasfigurazione di un istituto integralmente rivisitato e la cui disciplina continuamente rimaneggiata sembra ancora ben lontana dall'aver acquisito un assetto definitivo<sup>66</sup>.

## 5. Conclusioni

Le suesposte considerazioni testimoniano la crisi delle politiche di semplificazione degli ultimi anni e l'insuccesso delle semplificazioni della Riforma della conferenza di servizi che puntando alla contrazione dell'*iter* procedurale e al contingentamento dei tempi del procedimento al fine di assicurare a qualsiasi costo la celerità della decisione, non è in grado di realizzare un giusto equilibrio tra le predette esigenze e la tutela degli interessi sensibili e di quelli primari<sup>67</sup>.

L'introduzione e la generalizzazione del silenzio assenso tra PP.AA., il meccanismo di superamento dei dissensi qualificati, il significativo squilibrio nei rapporti tra queste amministrazioni e l'amministrazione precedente costituiscono gli esempi più significativi delle "semplificazioni con diminuzione di risultato" che portano all'adozione di una decisione sempre meno garantista di tali interessi e per questo suscettibile di intaccarne il "nucleo essenziale"<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Cfr., in proposito, E. SCOTTI, *La Conferenza di servizi*, in *Rapporto 2015*, cit., 333. ID., *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, *ivi*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>67</sup> Sul tema più generale dell'amministrazione di risultato, cfr., L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. amm.*, 1998, 299 e ss.; ID., *Previsione e realizzazione del risultato nella Pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.* 1999, 57 e ss.; ID., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Amministrazione e ordinamenti* (Atti del Convegno di Macerata del 21 e 22 maggio 1999), Milano 2000, 37 ss.; G. PASTORI, *Amministrazione di risultato e vincoli formali*, in *Atti del Convegno nazionale in tema di efficienza delle pubbliche amministrazioni* (Roma, 16-17 dicembre 1987), Roma 1988; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "Amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, II, Napoli 2001, 815 e ss.; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla "libertà dell'amministrazione"*, in *Dir. e soc.*, 2000, 105 ss.

<sup>68</sup> L'espressione tra virgolette è di M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso*, cit., spec. 760 ss.; A. IACOPINO, *La resistenza degli interessi sensibili nella nuova disciplina della SCIA*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

Ciò è ancora più sconcertante se solo si considera la particolare attenzione ad essi tradizionalmente riservata in quanto considerati “valori costituzionali primari” considerati perfino “insuscettibili di subordinazione ad ogni altro valore costituzionalmente tutelato, ivi compresi quelli economici”.<sup>69</sup>

Un'interpretazione costituzionalmente orientata suggerisce soluzioni meno radicali, optando per una “moderata compatibilità” da verificare, tuttavia, caso per caso, palesandosi in alcuni casi la difficoltà, in altri l'inopportunità, altre volte addirittura l'impossibilità di fare a meno di determinati apporti istruttori o decisionali.

Per tale motivo, la dequotazione procedimentale degli interessi primari o sensibili nella conferenza di servizi decisoria, costituisce la manifestazione più eclatante delle incongruenze e delle contraddizioni non solo interne alla legge n. 241/90, ma anche di sistema, che originano dal modo scorretto di intendere e, quindi, di attuare la semplificazione, il cui valore e significato sono stati completamente trasfigurati nella Riforma Madia che l'ha considerata un bene in sé, assoluto, autonomo e prevalente anche sugli interessi primari e/o sensibili che, quindi, appaiono sempre più deboli e recessivi rispetto alle esigenze dello sviluppo economico<sup>70</sup>.

Al contrario, senza ricorrere a pericolosi automatismi che postulano il sacrificio di un interesse a vantaggio dell'altro, occorre ricercare un equo bilanciamento tra gli stessi atteso che, a dispetto di quanto erroneamente si potrebbe ritenere, in assenza di una rigida gerarchia, la semplificazione non è altro che un'alternativa possibile ed un'opportunità che pertanto, all'occorrenza, può e deve essere considerata “cedevole” e lo stesso vale, a seconda dei casi, per gli altri interessi (l'ambiente e altri interessi primari o sensibili), con la conseguenza che il meccanismo del silenzio assenso non è, né può essere “unidirezionale”, dovendo al contrario operare nei confronti di tutti gli interessi implicati nella complessa vicenda procedimentale.

Tale interpretazione non confligge affatto con l'obiettivo della semplificazione amministrativa e dell'accelerazione delle procedure, essendo al contrario assolutamente indispensabile e strumentale al raggiungimento degli obiettivi<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Cfr., *ex multis*, Corte cost., 1° aprile 1985, n. 94; 21 dicembre 1985, n. 359, 27 giugno 1986, n. 151.

<sup>70</sup> Cfr., D. D'ORSOGNA, *Semplificazione e conferenza di servizi*, cit.; A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, cit.

<sup>71</sup> In questo senso, M. CALABRÒ, *Semplificazione procedimentale ed esigenze di tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. urb.*, 2012, 201 ss. ha sottolineato la necessità di «individuare

Anche quando, come in questo caso, il silenzio assenso attiene alla fase decisoria, l'amministrazione procedente è tenuta a documentare l'attività svolta dimostrando di aver compiuto le valutazioni necessarie per la comparazione ed il bilanciamento degli interessi coinvolti, al fine di addivenire ad una «decisione buona: celere e tempestiva, ma, al contempo, anche ben formata (equa e ragionata), all'esito di un processo produttivo congruente rispetto ai dati sostanziali del problema amministrativo»<sup>72</sup>.

Da questo punto di vista, il compito dell'amministrazione procedente si rivela estremamente delicato dal momento che essa risulta assoggettata ad un particolare dovere di motivazione del provvedimento finale che dia conto delle scelte operate e delle valutazioni effettuate.

La stessa, quindi, si assume la responsabilità della incompletezza o incoerenza della decisione rispetto agli esiti dell'istruttoria, ripartita evidentemente, come si evince dalla nuova disciplina, con «le amministrazioni il cui rappresentante non abbia partecipato alle riunioni ovvero, pur partecipandovi, non abbia espresso ai sensi del comma 3 la propria posizione, ovvero abbia espresso un dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza» (art. 14 ter, comma 7).

I recenti tentativi del Consiglio di Stato di ristabilire un equilibrio tra gli interessi in gioco non hanno contribuito a fare chiarezza perché se, da un lato, si sancisce «l'irrinunciabilità di una preventiva valutazione delle amministrazioni preposte a tali interessi (e)... della imprescindibilità della valutazione esplicita da parte delle autorità preposte alla tutela e, prima ancora, della garanzia di un'adeguata istruttoria»<sup>73</sup>, dall'altro si

«a monte» gli adempimenti burocratici effettivamente imprescindibili per il migliore perseguimento dello scopo di tutela, di far emergere quegli apporti istruttori e quei passaggi procedurali oggettivamente non surrogabili, per poi applicare anche ai procedimenti in materia ambientale regole e istituti di semplificazione volti ad eliminare qualsiasi elemento che – senza adeguate giustificazioni – aggravi l'azione di cittadini ed imprese».

<sup>72</sup> D. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 3.

<sup>73</sup> Così, G. MARI, Intervento in relazione al Panel «Decisioni amministrative e interessi pubblici sensibili», cit. Il Consiglio di Stato nel parere n. 1460/2016 più volte citato ha evidenziato i rischi connessi all'utilizzo del meccanismo del silenzio assenso e, di particolare, le conseguenze del «la totale omissione di qualsiasi attività preparatoria (che) potrebbe costituire [...] l'indice di una radicale assenza di adeguata preparazione all'esercizio del potere [...]». S. VILLAMENA, *op. cit.*, ha, in proposito, osservato che «in circostanze caratterizzate da adempimenti istruttori e connesse valutazioni tecnico-discrezionali ammettere il silenzio-assenso fra P.A. significa essenzialmente autorizzare il responsabile del procedimento a surrogarsi di fatto all'amministrazione inerte, svolgendo al suo posto compiti che la prima ha ommesso di eseguire».

demanda all'amministrazione precedente il compito di compiere valutazioni connotate da ampia discrezionalità ed elevato tecnicismo, in base alle proprie conoscenze, in deroga ai principi costituzionali di specialità e competenza, o di decidere allo stato degli atti ammettendo ogni ulteriore valutazione.

In disparte la considerazione per cui, come si è innanzi accennato, dai criteri indicati dal Consiglio di Stato non è dato desumere un "obbligo di presa in considerazione" di tali interessi, ci sarebbe il problema che l'amministrazione precedente non è certamente in grado di compiere valutazioni che per loro stessa natura non possono essere deferite ad un'amministrazione diversa da quella competente.

A ben vedere, quindi, la soluzione prospettata proprio perché non garantisce affatto la compiuta ed adeguata rappresentazione degli interessi sensibili nella fase decisoria è, altresì, suscettibile di provocare danni più gravi di quelli legati all'immobilismo procedimentale ed al ritardo nella conclusione del procedimento.

L'unico risultato utile sarebbe, quindi, quello di restringere l'ambito di applicazione del silenzio assenso che altrimenti si esporrebbe a rilievi di costituzionalità per contrasto con i suddetti principi, a costo tuttavia di snaturarlo del tutto rendendolo incoerente con i principi e gli obiettivi della Riforma.

Tornando al problema della tutela degli interessi sensibili, ad ulteriore sostegno di quanto detto finora, giova altresì, evidenziare che la giurisprudenza oltre a sottolineare ripetutamente il carattere temporaneo delle autorizzazioni, ha altresì precisato che ad un'autorizzazione postuma non può riconoscersi efficacia sanante dovendosi considerare illegittima, non solo perché intervenuta in ritardo rispetto all'ordinaria sequenza procedimentale, ma anche perché del tutto inidonea ad eliminare e/o a stemperare le rilevanti ripercussioni del progetto sull'ambiente<sup>74</sup>.

<sup>74</sup> Di recente il TAR Marche (sez. I, ord. 22 marzo 2016, n. 185) ha proposto rinvio pregiudiziale alla C.G.U.E., chiedendo di pronunciarsi in merito alla compatibilità con il diritto comunitario, ai sensi dell'art. 191 TFUE e dell'art. 2 della direttiva 2011/92, dell'avvio di un procedimento di verifica di assoggettabilità a VIA successivamente alla realizzazione dell'impianto quando l'autorizzazione sia stata annullata dal giudice nazionale in mancanza della sottoposizione a tale verifica che era stata esclusa dalla normativa interna in contrasto con il diritto comunitario.

Giova riepilogare, sia pure sinteticamente, la vicenda.

Nel 2012, la provincia di Macerata in applicazione della L.R. delle Marche n. 20/2011 aveva autorizzato la costruzione di alcuni impianti di biogas senza una previa valutazione di impatto ambientale. I Comuni interessati dall'intervento presentavano ri-

Ciò in quanto l'assenza di una ponderata valutazione degli interessi

corso al TAR Marche al fine di ottenere l'annullamento delle autorizzazioni rilasciate in base ad una norma regionale illegittima perché in contrasto con la direttiva VIA. E in effetti, il Collegio, ritenendo fondata la censura, ha accolto il ricorso e la norma regionale è stata successivamente dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale. Alla luce di tali sviluppi, i proprietari degli impianti hanno chiesto una VIA postuma alla Provincia di Macerata che l'ha accolta rilasciando l'autorizzazione. Sono insorti nuovamente i Comuni che hanno proposto ricorso al TAR Marche denunciando la violazione del diritto UE che non ammette la verifica di assoggettabilità a VIA dopo la realizzazione dell'impianto. Il Collegio, quindi, ha sollevato una questione pregiudiziale alla CGUE che con la sentenza del 26 luglio scorso nelle cause riunite C-196/16 e C-197/16 ha ribadito l'illegittimità della VIA postuma in quanto incompatibile con l'obiettivo e la funzione preventiva («di inquinamenti e di altre perturbazioni dell'ambiente») della stessa. La Corte, tuttavia, ha individuato delle ipotesi derogatorie in cui «in virtù del principio di leale collaborazione, gli Stati membri (hanno) l'obbligo di adottare tutte le misure necessarie ad eliminare le conseguenze illecite dell'omissione». In tali casi, la VIA postuma è ammissibile a condizione che essa non si risolva in un escamotage per eludere gli obblighi derivanti dal diritto UE e che tenga conto non solo degli impatti futuri, ma anche di quelli «interventivi a partire dalla sua realizzazione».

Tali prescrizioni dovranno essere recepite dal legislatore nell'art. 29 del Codice dell'ambiente, che prima della riforma ad opera dell'art. 18, comma 1, D.Lgs., 16 giugno 2017, n. 104 ammetteva per così dire una «sanatoria» nel senso cioè che accertata l'entità del danno all'ambiente provocato dalle opere non previamente autorizzate, se ne disponeva eventualmente la demolizione ed il ripristino dello stato dei luoghi a cura ed a spese del responsabile del danno che si sarebbe potuto e dovuto evitare «piuttosto che ... combatterne successivamente gli effetti». Oggi invece, l'Autorità non dispone di un potere valutativo sul«l'entità del pregiudizio ambientale arrecato e ... (per quanto concerne) l'applicazione della sanzione», auspicandosi un nuovo intervento normativo che preveda l'obbligatorietà dell'accertamento degli effetti dannosi già verificatisi individuando al contempo le misure più idonee se non ad eliminare, quanto meno a compensare o ridurre le conseguenze dell'illecito. Ad oggi, dalla combinazione tra l'art. 29 e le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria, la VIA postuma è legittima, rappresentando comunque un'ipotesi del tutto eccezionale che, in quanto tale, opera solo a certe condizioni e nel rispetto degli obblighi imposti dal diritto dell'Unione europea.

Ne consegue che a seguito alla trasposizione nell'art. 29 del Codice delle prescrizioni stabilite dalla Corte il provvedimento di VIA è destinato a perdere il carattere fortemente discrezionale che lo ha connotato finora, assumendo l'ambiente e la sua tutela un ruolo sempre più fondamentale nella definizione dell'assetto del territorio, nell'ambito della «complessiva» e «complessa», valutazione degli interessi che entrano in gioco, e che richiedono tutela ed in considerazione dell'impatto sociale ed economico dell'opera sull'ambiente.

Su questi temi, cfr., R. FERRARA, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella società del rischio*, in *Dir. e Soc.*, 2006, 507 ss.; ID., *Urgence et protection de l'environnement dans la "société du risque"*, in M. DEQUERQUE, L. FONBAUSTIER, J.C. BENICOT COLLECTIF, R. DRAGO, *Confluences, Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deviller*. vol. 1, Parigi 2007, 811-820; ID., *La valutazione di impatto ambientale fra discrezionalità dell'amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, in *Il Foro amm. TAR*, 2011, 3179 ss.; ID., *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la*

in gioco e della opportuna e doverosa comparazione del progetto con gli interessi coinvolti conduce nella maggior parte dei casi ad una decisione illegittima ed irragionevole che tralascia di considerare le valenze ambientali dei luoghi ed assume i caratteri di un giudizio meramente assertivo piuttosto che una valutazione tecnico – discrezionale dei contrapposti interessi in gioco, ancor più grave nel caso in cui l'opera ricade in un'area naturale protetta e quindi assoggettata a vincoli (ambientali, paesaggistici, del patrimonio storico-artistico e culturale) meritevoli di particolare tutela e salvaguardia<sup>75</sup>.

Ciò, tuttavia, non emerge dalla Riforma che anzi amplifica le difficoltà di coordinamento, contemperamento e di superamento della conflittualità tra le esigenze incarnate dai rispettivi interessi che si acquiscono sempre di più in ragione della varietà degli intenti perseguiti.

A tutto concedere, l'esigenza di semplificare non si può spingere fino al punto da legittimare lo stravolgimento della disciplina della conferenza di servizi in vista del perseguimento di un obiettivo affatto diverso e ad essa estraneo, sacrificando sistematicamente alcuni interessi, la cui tutela postula l'indefettibilità della verifica espressa e nei cui confronti il silenzio assenso non può che avere un ambito di applicazione residuale<sup>76</sup>.

La perdurante necessità di assicurare la completezza dell'istruttoria, ai fini dell'adozione della determinazione conclusiva, suggerirebbero, in

“precauzione inutile”?, in *Riv. giur. edil.*, 2012, 61 ss.; S. PELLIZZARI, *Make it better and simpler : semplificazione amministrativa e principio di semplicità dell'azione dei pubblici poteri nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 265-298; N. DE SADELEER, *L'evaluation des impacts environnementaux: vers une véritable protection jurisdictionnelle?*, in *Journal de droit européen*, 2015, 210 ss.; R. FERRARA, *La valutazione di impatto ambientale. Artt. 19, 20, 12 del D.Lgs. 3 Aprile 2006, n. 152*, in *Commentario breve alle leggi in materia di Urbanistica ed Edilizia*, 2015, 800-812.

<sup>75</sup> Cfr., in proposito, G. SCIULLO, *La conferenza di servizi come meccanismo di decisione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1145-1146 il quale opportunamente ha sottolineato come, nella specie, “si tratterà di una valutazione “allo stato degli atti”, operata cioè sulla base degli elementi emersi nell'istruttoria e nel corso dei lavori della conferenza, e sulla base di un livello di conoscenze, in ipotesi non all'altezza di quello che l'amministrazione rimasta silente avrebbe assicurato. Si tratterà però di una valutazione pur sempre, sul piano costituzionale, giustificata dal comportamento non ispirato alla «leale collaborazione» dell'amministrazione interessata e conforme al principio del buon andamento, che non tollera (...) «situazioni paralizzanti»”.

<sup>76</sup> S. COGNETTI, *“Quantità” e “qualità” della partecipazione: tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano 2000. R. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 31; M.R. SPASIANO, *Il principio del buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato*, in *www.ius-publicum.com* e bibliografia ivi citata.

controtendenza con la Riforma e gli interventi normativi che l'hanno preceduta, un "ritorno al passato", tutte le volte in cui in cui, per garantire effettività agli interessi tutelati, sia necessaria un'espressa valutazione amministrativa.

È evidente, infatti, che in un quadro procedimentale connotato da particolare complessità, è essenziale che la motivazione sia idonea a disvelare l'*iter* logico e procedimentale seguito, tenendo conto delle osservazioni e delle repliche, fermo restando che "non (è) indispensabile sottoporre in via immediata a puntuale confutazione ciascuna obiezione sollevata da un partecipante alla conferenza, purché dagli atti emerga un'istruttoria esaustiva su tutte le principali questioni tecnico-giuridiche sollevate"<sup>77</sup> nel corso della conferenza di servizi, nel rispetto dei principi e responsabilizzando l'amministrazione procedente al fine di tutelare l'interesse pubblico e l'interesse primario o sensibile e gli interessi particolari di tutti i soggetti che – direttamente o indirettamente – potrebbero subire un pregiudizio dal provvedimento viziato, ferma restando la possibilità di agire in autotutela.

Il paradosso della Riforma sta nel voler far passare come semplificazione quello che conduce, invece, ad un aggravamento per la P.A. che emana un provvedimento amministrativo tecnicamente scorretto e, pertanto, facilmente attaccabile in sede giurisdizionale.

Si realizza, così, il classico effetto navetta, per cui il G.A. annulla il provvedimento che denota scarsa attenzione per gli interessi sensibili e sacrifica le esigenze di completezza dell'istruttoria stessa in nome della semplificazione amministrativa, perdendo di vista la cura dell'interesse pubblico concretizzandosi il rischio, invero più che paventato, di un aumento del contenzioso anche a causa di una disciplina a tratti lacunosa incapace di realizzare gli obiettivi prefissati.

<sup>77</sup> Così, TAR Lombardia – Brescia, sez. II, 26 febbraio 2014, n. 222. TAR Puglia – Bari, sez. I, 28 gennaio 2016, n. 95 che a sua volta richiama TAR Calabria – Catanzaro, 7 novembre 2012, n.1041; T.A.R. Campania – Napoli, n.3072 del 2012 e TAR Friuli Venezia Giulia, 21 giugno 2013, n. 358.



## ATTUALITÀ

### *Conquiste e arretramenti nella trasparenza amministrativa che cambia*

Clemente Pio Santacroce

SOMMARIO: 1. Una «rivoluzione copernicana». – 2. Il tema della trasparenza amministrativa nel quadro della “riforma Madia”: dalle istanze di semplificazione degli oneri amministrativi di pubblicità al riconoscimento di un diritto di accesso civico generalizzato. – 3. I tratti salienti e le principali criticità del “nuovo” istituto, tra norma di delega, disciplina delegata e tutela dei terzi controinteressati. – 4. Accessibilità “generalizzata”, limiti ed esclusioni: l’art. 5-*bis* del d.lgs. n. 33 del 2013 e le «linee guida» dell’ANAC. – 5. Il futuro della trasparenza amministrativa da una prospettiva di diritto comparato globale: l’*improvement* della *proactive disclosure* quale obiettivo prioritario. – 6. Il c.d. “FOIA italiano”, i timori per una «burocrazia della trasparenza» e gli arretramenti attuali, potenziali e concettuali sul fronte della trasparenza proattiva.

1. Una «rivoluzione copernicana». – A duecentocinquanta’anni dal *Tryckfrihetsförordningen* svedese<sup>1</sup>, e cinquanta dal *Freedom of Information Act* (FOIA) statunitense<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> E per certi versi anche finlandese, in ragione delle origini del filosofo illuminista e politico, ANDERS CHYDENIUS, il quale – come è stato detto – «played a crucial role in creating the new law»: così G. BJÖRKSTRAND, J. MUSTONEN, *Introduction: Anders Chydenius’ Legacy Today*, in AA.VV., *The World’s First Freedom of Information Act*, Kokkola 2006, 4 ss., ove può altresì leggersi la traduzione in inglese del *Tryckfrihetsförordningen* del 1766 (8 ss.). Sul piano storico va però ricordato come, all’epoca, la Finlandia facesse parte del Regno di Svezia.

Nello stesso lavoro collettaneo, si v. anche l’ampio ed interessante studio, non solo in prospettiva storica, di J. MANNINEN, *Anders Chydenius and the Origins of World’s First Freedom of Information Act*, 18 ss. Sempre sul *Tryckfrihetsförordningen* del XVIII sec., si v., poi, anche J.M. ACKERMAN, I.E. SANDOVAL-BALLESTEROS, *The Global Explosion of Freedom of Information Laws*, in *Admin. Law Review*, 2006, 85 ss. (in part. 88).

Le radici scandinave della «cultura della trasparenza amministrativa» sono state già da tempo ben messe in luce anche da parte della dottrina italiana: cfr., tra i molti, in particolare A. SANDULLI, in S. BATTINI, B.G. MATTARELLA, A. SANDULLI, *Il procedimento*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano 2007, 158 ss. (in part. 160 s.).

<sup>2</sup> Sulla legislazione statunitense del 1966 e sulle successive sue integrazioni, la letteratura straniera è, come noto, davvero molto cospicua. Ci si limiterà qui di seguito a segnalare solo (alcuni di) quei contributi che, più di altri, hanno offerto riflessioni ai fini della presente indagine. Tra questi, in particolare: F.H. CATE, D.A. FIELDS, J.K. MCBAIN, *The right to privacy and the public’s right to know: The “Central Purpose” of the Freedom of Information Act*, in *Administrative Law Review*, 1994, 41 ss. (in part. 46 s.); P. BIRKINSHAW, *Freedom of information and openness: fundamental human rights?*, in *Administrative Law Review*, 2006, 177 ss. (in part. 178); ID., *Freedom of Information. The Law, the*

anche l'Italia ha visto l'affermarsi in via legislativa di una forma di "libertà" di accesso all'«informazione amministrativa»<sup>3</sup>.

Come è ormai ben noto, anche in ragione dell'ampia attenzione che la dottrina ha da subito riservato al tema<sup>4</sup>, a mezzo del d.lgs. n. 97 del

*Practice and the Ideal*, Cambridge 2010; T. MENDEL, *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey*, Paris 2008, 127 ss.; E. RUIJER, A. MEIJER, *National Transparency Regimes: Rules or Principles? A Comparative Analysis of the United States and The Netherlands*, in *International Journal of Public Administration*, 2016, 895 ss.

Anche la dottrina italiana, naturalmente, ha da tempo dedicato particolare attenzione al FOIA d'oltreoceano, considerato l'«esempio più noto e più antico»: in questi termini, A. SANDULLI, in S. BATTINI, B.G. MATTARELLA, A. SANDULLI, *Il procedimento*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, cit., 162 s. In argomento, si v., tra i primi, G. ARENA, *La «Legge sul diritto alla informazione» e la pubblicità degli atti dell'amministrazione negli Stati Uniti*, in *Pol. dir.*, 1978, 279 ss. Nell'ambito di un lavoro di più ampio respiro, dedicato all'analisi delle garanzie di partecipazione procedimentale in una prospettiva comparata, riflessioni d'interesse sul diritto di prender visione dei documenti amministrativi nell'esperienza federale nordamericana possono leggersi in M. D'ALBERTI, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1 ss. (in part. 12 e 24 ss.). Nella letteratura più recente, invece, diverse considerazioni sull'esperienza statunitense si trovano nell'ampio studio monografico di A. BONOMO, *Informazione e pubbliche amministrazioni*, Bari 2012, 90 ss., e nei contributi di P. FALLETTA, *Il freedom of information act italiano e i rischi della trasparenza digitale*, in *federalismi.it*, n. 23/2016, 2 ss., e A. MARCHETTI, *Le nuove disposizioni in tema di pubblicità e trasparenza amministrativa dopo la riforma "Madia": anche l'Italia ha adottato il proprio Foia? Una comparazione con il modello statunitense*, in *federalismi.it*, n. 10/2017, 3 ss.

<sup>3</sup> Cfr. A. MELONCELLI, *L'informazione amministrativa*, Rimini, 1983. Per una nozione più ampia, si v. F. MERLONI, *Sull'emergere della funzione di informazione nelle pubbliche amministrazioni*, in ID. (a cura di), *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, Rimini 2002, in part. 33 ss. Sulle possibili articolazioni della nozione, si v., ancor più di recente, A. BONOMO, *Informazione e pubbliche amministrazioni*, cit., 46 ss. e *passim*.

<sup>4</sup> Si vedano, in particolare: D.-U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in *federalismi.it*, n. 5/2016, in part. 6 ss.; ID., *The Italian Freedom of Information Act 2016. Why Transparency-On-Request is a Better Solution*, in *I.J.P.L.*, n. 2/2016, 268 ss. (in part. 278 ss.); E. CARLONI, *Se questo è un Foia. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, in *Astrid-Rassegna*, n. 4/2016 (26 febbraio 2016); M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 593 ss.; G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *federalismi.it*, n. 1/2017; A. SIMONATI, *L'accesso civico come strumento di trasparenza amministrativa: luci, ombre e prospettive future (anche per gli Enti locali)*, in *Ist. fed.*, 2016, 725 ss.; S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *federalismi.it*, n. 23/2016; G. AVANZINI, *Il principio di trasparenza nell'esercizio della funzione pubblica: dal diritto di accesso ai documenti amministrativi, al diritto di conoscenza dell'azione amministrativa. Spunti critici e ricostruttivi*, in ID., G. MATUCCI (a cura di), *L'informazione e le sue regole. Libertà, pluralismo e trasparenza*, Napoli 2016, 275 ss.; V. FANTI, *La pubblicità e la trasparenza amministrativa in funzione del contrasto alla corruzione: una breve riflessione in attesa del legislatore delegato*, in *giustamm.it*, n. 3/2016; B. CAROTTI, *L'amministrazione digitale e la trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 625 ss. (in part. 628 s.); A. AVERARDI, in A. AVERARDI, P. RUBECCHINI, *L'amministrazione trasparente*, in L. TORCHIA (a cura di), *La dinamica del diritto amministrativo*, Bologna 2017, 231 ss. (in part. 233 ss. e 252 ss.); E. FURIOSI, *L'accesso civico "generalizzato", alla luce delle Linee Guida ANAC*, in *giustamm.it*, n. 4/2017; A. CORRADO, *Il silenzio dell'amministrazione sull'istanza di accesso civico generalizzato: quale possibile tutela processuale*, in *federalismi.it*, n. 5/2017; P. FALLETTA, *Il freedom of information act italiano*, cit.; A. MARCHETTI, *Le nuove disposizioni in tema di pubblicità e trasparenza amministrativa dopo la riforma "Madia"*, cit.; A. PORPORATO, *Il "nuovo" accesso civico*

2016<sup>5</sup>, in attuazione della delega di cui all'art. 7, comma 1, lett. *b*), della legge c.d. "Madia"<sup>6</sup>, il Governo ha infatti introdotto nell'ordinamento un "nuovo" istituto: il c.d. *diritto di accesso civico generalizzato* a documenti e dati della pubblica amministrazione (in senso oggettivo)<sup>7</sup>.

Che si tratti di un fattore di sicuro progresso, non può forse dirsi in termini assoluti. Sul piano teorico generale e dell'analisi della società contemporanea, non mancano, infatti, non trascurabili riflessioni che paiono andare in una direzione contraria o comunque diversa<sup>8</sup>.

Tuttavia, almeno per coloro i quali ritengano che la via maestra verso la (metafora turatiana della) pubblica amministrazione quale «casa di vetro»<sup>9</sup> passi

"generalizzato" introdotto dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 attuativo della riforma Madia e i modelli di riferimento, in *federalismi.it*, n. 12/2017; P. CANAPARO (a cura di), *La trasparenza della pubblica amministrazione dopo la Riforma Madia*, Roma 2016.

<sup>5</sup> D.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 (pubblicato in *Gazz. Uff.* l'8 giugno 2016 e in vigore dal successivo 23 giugno).

<sup>6</sup> Legge 7 agosto 2015, n. 124 (pubblicata in *Gazz. Uff.* il 13 agosto 2015 e in vigore dal 28 dello stesso mese).

<sup>7</sup> Cfr. art. 2-*bis*, d.lgs. n. 33 del 2013, sul relativo «ambito soggettivo di applicazione».

<sup>8</sup> Sul piano dell'analisi giuridico-amministrativa, già nel 1995 A. ROMANO TASSONE si chiedeva «se il modello di amministrazione che vuole tutto esteso a tutti *sia ancora attuale* [sic!], o piuttosto non si ispiri, come non di rado avviene nella legge n. 241/90, ad un concetto arretrato della democrazia amministrativa [...] L'idea che ciascun episodio dell'azione amministrativa interessi ciascun singolo cittadino – idea che è alla base dell'accesso soggettivamente ed obiettivamente generalizzato – può suscitare qualche perplessità, ed apparire da un lato non realistica (*ergo*: demagogica), dall'altro comunque controproducente»: si v. ID., *A chi serve il diritto d'accesso?* (*Riflessioni su legittimazione e modalità d'esercizio del diritto d'accesso nella legge n. 2[4]1/1990*), in *Dir. amm.*, 1995, 315 ss. (il passo riportato è a p. 342) (cors. agg.). Nelle battute finali, poi, l'A. ha ben messo in luce il rischio di «*istanze pandemocratiche* di scarso spessore reale, ancorché di forte (e, se si vuole, facile) *suggestione*» (*ivi*, 344) (cors. agg.), sottolineando, ad un tempo, come la dottrina «(non solo italiana e non solo di diritto amministrativo) [...] si [sia] forse troppo fidata delle *virtù taumaturgiche* del c.d. «diritto d'accesso» per affrontare i sempre più complessi problemi della democrazia contemporanea» (*ivi*, 345) (cors. agg.). Le conclusioni cui perviene l'A., naturalmente, potranno condividersi o meno. Ma si ritiene che la pregnanza e la lungimiranza di quelle riflessioni non siano affatto revocabili in dubbio.

Sul versante filosofico contemporaneo, una voce che si reputa d'interesse e per certi versi fuori dal coro, è senz'altro quella di B.-C. HAN, *Transparenzgesellschaft*, Berlin, 2012 (trad. it. di Federica Buongiorno, *La società della trasparenza*, Roma 2014). Nel suo saggio – che si apre constatando in modo significativo come «*Kein anderes Schlagwort beherrscht heute den öffentlichen Diskurs so sehr wie die Transparenz*» (ovverosia: «nessun altro *slogan* domina oggi il discorso pubblico quanto la parola 'trasparenza'») (*ivi*, 5) –, B.-C. HAN ricorda, altrettanto significativamente e in parte richiamando precedenti riflessioni di CARL SCHMITT (quali quelle poste in *Römischer Katholizismus und politische Form*, Stuttgart 2008, 48 e 55), che «*Die Politik ist ein strategisches Handeln. Bereits aus diesem Grund eignet ihr eine Geheimnissphäre. Eine totale Transparenz lähmt sie*» (vale a dire: «la politica è un'attività *strategica*. E già solo per tale ragione le è propria una sfera segreta. La trasparenza integrale la paralizzava») (*ivi*, 14). E ancora: «*Das Ende des Geheimnisses wäre demnach das Ende der Politik*» (e cioè: «La fine del segreto rappresenterebbe, perciò, la fine della politica») (*ivi*, 15).

<sup>9</sup> È questa la nota (e forse inflazionata) espressione di F. TURATI, cui il deputato fece ricorso in un intervento alla Camera del 17 giugno 1908, nell'ambito della discussione sul disegno di legge concernente lo «*Stato degli impiegati civili*»: si v. la versione integrale di quella discussione in *Atti del Parlamento Italiano, Discussioni della Camera dei Deputati*, XXII Legislatura del Regno – Sessione

per un'accessibilità generalizzata alle informazioni in mano pubblica, l'entrata in vigore del nuovo plesso normativo deve aver senz'altro rappresentato un deciso avanzamento sul fronte della trasparenza amministrativa italiana. E come tale è stato accompagnato da fragorosi squilli di tromba.

Di questo avviso si è mostrato sin da subito anche il Consiglio di Stato in sede consultiva<sup>10</sup>, il quale, anzi, ha ravvisato nella (allora *in itinere*) nuova disciplina «una sorta di rivoluzione copernicana»<sup>11</sup>. Come in quella stessa sede è stato detto, essa «ribalta la [precedente] impostazione normativa», determinando il passaggio «*from need [to know] to right to know*»<sup>12</sup>. La «*full disclosure*» – espressione inglese che, ad avviso del consigliere-estensore, deve ritenersi divenuta «ormai di uso comune»<sup>13</sup> – non è più legata a doppio filo e in via esclusiva alla sussistenza di un «*interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*»<sup>14</sup>.

Difficile, in effetti, sostenere il contrario.

Il riconoscimento generale (e non settoriale) di un diritto del 'chiunque' di accedere a dati e documenti amministrativi, a prescindere dal fine e senza a tal riguardo dover fornire motivazione alcuna<sup>15</sup>, costituisce un'indiscutibile novità sul piano del diritto positivo interno.

Alla stessa stregua è però altrettanto incontestabile che un'analogha affermazione non possa valere, invece, anche «*sul piano delle idee*».

Quella che nell'odierno panorama legislativo italiano è stata percepita come un'innovazione dai tratti quasi «rivoluzionari», da una prospettiva di diritto comparato globale si mostra più semplicemente, infatti, quale tardivo (e *solo parziale*) allineamento ad ormai risalenti e ben consolidati standard internazio-

1904-1908, Volume (XIX) I Sessione, Roma 1908, altresì consultabile sul sito *storia.camera.it*. In quell'occasione, Filippo Turati ebbe in particolare ad affermare (in verità tra diverse altre cose): «Io dico che bisognerebbe intanto definire – ossia limitare – ciò che è segreto d'ufficio. Dove un superiore, pubblico interesse non imponga un segreto momentaneo, la casa dell'Amministrazione dovrebbe essere di vetro» (p. 22962).

<sup>10</sup> Cfr. Cons. St., sez. cons. att. norm., parere 24 febbraio 2016, n. 515, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>11</sup> Cfr. *ivi*, punto 11.2 del *considerato*.

<sup>12</sup> Così *ibidem*.

<sup>13</sup> Cfr. *ivi*, punto 11 del *considerato*.

<sup>14</sup> Così l'art. 22, comma 1, lett. *b*), della legge n. 241/1990, quanto alla definizione di (soggetti) «*interessati*».

<sup>15</sup> L'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33/2013 (nella formulazione *ivi* introdotta dall'art. 6, d.lgs. n. 97/2016) dispone, infatti: «*Allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis*». E poi aggiunge espressamente, al comma 3, che l'esercizio di tale diritto «*non è sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente*», e che la relativa istanza «*non richiede motivazione*».

nali; da un prospettiva tutta italiana, invece, essa potrebbe vedersi come la mera concretizzazione, a distanza di oltre trent'anni, di una proposta normativa d'origine (perlopiù) dottrinale risalente agli anni Ottanta: quella della Commissione Nigro<sup>16</sup>.

Allora le cose andarono diversamente. Quella proposta<sup>17</sup> venne ben presto

<sup>16</sup> Come ricorda lo stesso M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano 1990, 3 ss., detta «commissione era composta, oltre che da [Mario Nigro], dai professori Giorgio Pastori, Giuseppe Pericu, Francesco Pugliese; dai consiglieri del Consiglio di Stato, Salvatore Giac[c]hetti e Luigi Cossu; dal consigliere della Corte dei conti, Onorato Sepe» (ivi, 3, sub nota 1).

Si trattava, più precisamente, di una delle tre sottocommissioni in cui era stata articolata la Commissione di studio istituita dal Governo (allora presieduto dall'on. Craxi) nel corso della IX Legislatura, e coordinata da M.S. GIANNINI, in prosecuzione dei lavori già svolti, nella legislatura precedente, da diverse commissioni governative di studio sui temi toccati dal noto «rapporto Giannini», ossia quel «Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato», trasmesso da GIANNINI alle Camere (16 novembre 1979), allora nelle vesti di Ministro per la funzione pubblica.

<sup>17</sup> Lo schema di disegno di legge sul «Diritto di accesso ai documenti amministrativi» proposto dalla sottocommissione «per la revisione dei procedimenti amministrativi» (vale a dire, dalla Commissione Nigro), può leggersi in *Quad. reg.*, 1984, 1349 ss., dove è accompagnato sia da un'interessante *Premessa* della stessa Commissione, sia dalla *Relazione* del Presidente del Consiglio dei Ministri al Parlamento, «sui lavori di elaborazione istituzionale svolti dalle Commissioni di studio istituite presso la Presidenza del Consiglio» (si v. ivi, 1315 ss., e in particolare, per quel concerne il diritto di accesso, 1325 s.).

Molti, naturalmente, i profili d'interesse sia dell'articolato normativo sia dei citati documenti che lo accompagnano, che andrebbero rimarcati. Per evidenti ragioni, ci si limiterà qui di seguito ad evidenziarne solo alcuni, nell'economia e nei limiti del presente contributo, rinviando per il resto ad una loro integrale (e consigliata) lettura.

Quel disegno di legge si apriva con un *riconoscimento generalizzato* del diritto di accesso. L'art. 1, comma 1, prevedeva, infatti: «Al fine di assicurare la libera circolazione delle informazioni, la trasparenza e lo svolgimento imparziale dell'attività amministrativa è riconosciuto a tutti il diritto di accesso ai documenti amministrativi».

A detto riconoscimento faceva da inevitabile contrappeso un'area di *esclusioni*, delimitata dall'art. 3, comma 1, dello schema di disegno di legge. La disposizione ivi contenuta, però, *si limitava* a prevedere: «Il diritto di accesso è escluso per i documenti coperti da segreto di Stato [...] o da segreto altrimenti previsto da disposizioni di legge. Il diritto di accesso è altresì escluso in ordine ad ogni altro documento la cui diffusione possa comunque pregiudicare: a) la sicurezza e la difesa nazionale e le relazioni internazionali; b) la politica monetaria e valutaria; c) la riservatezza delle persone, dei gruppi e delle imprese».

È poi interessante rilevare come l'art. 7 di quella proposta normativa prevedesse l'*obbligo* di «istituire appositi uffici dotati di locali [e]d attrezzature adeguate per consentire agli aventi titolo la consultazione dei documenti amministrativi e l'estrazione totale o parziale di copie».

La Commissione, ben conscia – anche sulla base dell'analisi dell'esperienza di altri paesi – che la necessità di contemperamento tra il *nuovo diritto* ed il rispetto di contrapposte e fondamentali esigenze anche dell'azione dei pubblici poteri, avrebbe condotto ad una «casistica sterminata» (cfr. *Premessa*, cit., 1349), aveva espressamente optato per un'«immediata operatività del diritto all'accesso», limitandosi per il resto a fissare «*principi fondamentali*» (cfr. ivi, 1350), confidando nella successiva convergenza di varie «forze», tra le quali: il formante giurisprudenziale del giudice amministrativo, cui veniva espressamente riconosciuto un potere di sindacato sul rifiuto, sul differimento o sulla limitazione dell'accesso (art. 4, commi 5 e 6), nonché un potere di adottare tutti i provvedimenti necessari, anche «in via sostitutiva» (art. 4, comma 7); e l'azione della Commissione per l'accesso ai documenti, di cui già la Commissione Nigro aveva proposto l'istituzione presso la Presidenza

accantonata. Se per scarso coraggio o per conservatorismo politico, non è dato dirlo con certezza. Fatto sta che, caduta anticipatamente la IX Legislatura, ancor prima di essere ripresentate e rimesse alla discussione parlamentare, le disposizioni sul diritto di accesso ai documenti amministrativi, già allora riunificate a quelle in materia di procedimento, subirono modifiche tali da uscirne *snaturate*<sup>18</sup>. Una “*mano invisibile*” era intervenuta (per quel che è dato presumere) anche in questo caso a Palazzo Chigi, assestando, anche questa volta, colpi «con l’ascia»<sup>19</sup>. E così, l’accesso ai documenti amministrativi, da diritto riconosciuto (anche) al (sol) fine di assicurare trasparenza e imparzialità dell’azione dei pubblici poteri in un più ampio orizzonte di democrazia amministrativa, iniziò proprio allora ad assumere le ben diverse sembianze di un ‘*diritto strumentale*’, riconosciuto *solo* a chi vi avesse interesse «*per la tutela* di situazioni giuridicamente rilevanti»<sup>20</sup>.

del Consiglio dei Ministri (cfr. art. 6, commi 1 e 2), e alla quale era stata riconosciuta una funzione multipla: di vigilanza «sulla osservanza della [legge]»; consultiva, attraverso l’emanazione di «pareri alle amministrazioni interessate»; di *advocacy*, attraverso un sistema di raccomandazioni e relazioni annuali alle Camere e alla Presidenza del Consiglio dei Ministri sull’applicazione della legge, nonché per il tramite della formulazione di «proposte di modifiche legislative o regolamentari atte ad assicurare l’effettività del diritto di accesso» (cfr. art. 6, comma 3).

Infine, sempre nella prospettiva della presente indagine, si reputa d’interesse sottolineare come la diversa soluzione a favore di una «*minuziosa normazione*», contenuta nella stessa legge introduttiva del diritto di accesso, o «in leggi coordinate (soluzione svedese) o in atti normativi secondari previsti nella legge (soluzione francese)», era stata espressamente scartata dalla Commissione Nigro (cfr. *ivi*, 1349). E ancor più interessante, forse, è porre in evidenza le ragioni di quella scelta. A tal riguardo, la stessa Commissione ebbe a dire, con un’onestà intellettuale non comune: «Predisporre fin da ora una minuziosa disciplina [...] – per includerla nella stessa legge introduttiva del diritto di accesso o in legge a parte – è compito che la Commissione ha ritenuto di non poter assolvere nella sua attuale composizione e *nei tempi* che le sono stati assegnati: la elaborazione di tale disciplina, anche per la mancanza di ogni prassi al riguardo, esigerebbe infatti un’attenta analisi delle singole funzioni e dei vari interessi che vi sono connessi. La soluzione di rinviare la posizione di essa a successivi atti regolamentari, emanati per le singole amministrazioni, condizionando l’effettiva attuazione del diritto alla preventiva emanazione di tali atti, è stata parimenti scartata perché *svuoterebbe* il diritto nel momento in cui viene affermato e praticamente metterebbe nelle mani dell’amministrazione il potere di dare effettività al diritto stesso» (così *ivi*, 1350) (cors. agg.).

Sull’opzione della Commissione Nigro per una «tecnica legislativa» caratterizzata dall’uso di «formule sufficientemente generali», si v. in particolare G. PASTORI, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi in Italia*, in *Amministrare*, 1986, 147 ss. (in part. 151).

<sup>18</sup> Mentre, infatti, nella proposta della Commissione Nigro si prevedeva che il diritto di accesso fosse da riconoscersi «*a tutti*» (cfr. art. 1), e nel conseguente disegno di legge “Craxi” (A.C. n. 4504 – IX Legislatura – presentato il 9 marzo 1987) «*a tutti i cittadini*» (cfr. art. 23), nel successivo disegno di legge “Goria” (A.C. 1913 – X Legislatura – presentato il 19 novembre 1987), si passò alla ben diversa formulazione volta a riconoscere il nuovo diritto «*a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti*». I testi dei citati disegni di legge sono naturalmente reperibili nel portale storico della Camera dei Deputati ([storia.camera.it](http://storia.camera.it)).

<sup>19</sup> In questi termini, ma con riferimento alle disposizioni elaborate dalla Commissione Nigro in tema di procedimento amministrativo, F. PUGLIESE, *Il contraddittorio nel procedimento*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, cit., 25.

<sup>20</sup> Cfr. art. 22, comma 1, della legge n. 241/1990 (prima delle modifiche ad essa apportate dalla legge n. 15/2005), sostanzialmente riproduttivo dell’art. 23 del già citato disegno di legge “Goria” (A.C. 1913 – X Legislatura).

Ma questa è storia nota, al pari di quella concernente tutte le successive tappe dell'istituto del diritto di accesso in Italia, in ragione dell'ampia, assai pregevole ed approfondita produzione scientifica registrabile in argomento<sup>21</sup>. E

<sup>21</sup> Senza, naturalmente, alcuna pretesa di esaustività, si segnalano qui di seguito solo quei contributi che hanno offerto specifici spunti di riflessione ai fini della presente indagine: G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in F. MERLONI, (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano 2008, 29 ss.; P. ALBERTI, *I casi di esclusione dal diritto d'accesso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2011, 1095 ss.; S. BACCARINI, *Posizione giuridico-soggettiva dell'aspirante all'accesso amministrativo: natura giuridica e implicazioni applicative*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1034 ss.; M. BOMBARDELLI, *La trasparenza nella gestione dei documenti amministrativi*, in F. MERLONI, (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., 385 ss.; A. BONOMO, *Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, in *Ist. fed.*, 2013, 725 ss.; ID., *Informazione e pubbliche amministrazioni*, cit.; M.C. CAVALLARO, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. amm.*, 2015, 121 ss.; E. CARLONI, *Gli strumenti della trasparenza nel sistema amministrativo italiano e la sua effettività: forme di conoscenza, quantità e qualità delle informazioni*, in F. MERLONI, (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., 349 ss.; A. CONTIERI, *Trasparenza e accesso civico*, in M. IMMORDINO, N. GULLO, C. CELONE (a cura di), *Nuove Autonomie*, Numero monografico, Atti del Convegno internazionale «Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra ordinamento italiano e ordinamento brasiliano» (Palermo, 9-10 maggio 2014), Napoli 2014, 563 ss.; A. CONTIERI, G. DI FIORE, *L'accesso alle informazioni ambientali (d.lgs. 19 agosto 2005, n. 195)*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1066 ss.; G. CORSO, *Potere politico e segreto*, in F. MERLONI, (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., 267 ss.; M. D'ALBERTI, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, cit.; G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 875 ss.; M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in *Ist. fed.*, 2013, 425 ss.; F. MANGANARO, *Trasparenza e obblighi di pubblicazione*, in M. IMMORDINO, N. GULLO, C. CELONE (a cura di), *Nuove Autonomie*, Numero monografico, cit., 553 ss.; ID., *L'accesso agli atti ed alle informazioni degli enti locali*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1080 ss.; R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in AA.VV., *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza*, Atti del XXXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, 21-23 settembre 1989), Milano 1991, 53 ss.; C. MARZUOLI, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, in F. MERLONI, (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., 45 ss.; M. MAZZAMUTO, *Sul diritto d'accesso nella l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm.*, 1992, 1571 ss.; ID., *La tutela del segreto ed i controinteressati al diritto d'accesso*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 96 ss.; L.A. MAZZAROLLI, *L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali*, Padova 1998; ID., *Commento all'art. 10*, in M. BERTOLISSI (a cura di), *L'ordinamento degli enti locali. Commento al testo unico sull'ordinamento delle autonomie locali del 2000 alla luce delle modifiche costituzionali del 2001*, Bologna 2002, 102 ss.; F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in ID. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., 3 ss.; M. OCCHIENA, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012, 141 ss.; A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, *Giust. civ.*, 2015, 213 ss.; M. RENNA, *La nuova trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 33/2013: dall'accesso differenziato alla conoscenza dei documenti amministrativi*, in F.G. SCOCA, A. DI SCIASCIO (a cura di), *Il procedimento amministrativo ed i recenti interventi normativi: opportunità o limiti per il sistema paese?*, Napoli 2015, 69 ss.; AN. ROMANO, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino 2016, 910 ss.; A. ROMANO TASSONE, *A chi serve il diritto d'accesso?*, cit.; M.A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *EdD*, agg. IV, Milano 2000, 1 ss.; A. SANDULLI, in S. BATTINI, B.G. MATTARELLA, A. SANDULLI, *Il procedimento*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, cit., 158 ss.; M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 795 ss.; G. SCIULLO, *Sintonie e dissonanze fra le l. 8 giugno 1990 n. 142 e 7 agosto 1990 n. 241: riflessi sull'autonomia normativa locale*, in *Foro amm.*, 1990, 2198

seppur si ritiene che potrebbe forse ancor oggi risultare di interesse un'analisi d'insieme capace di restituire una rappresentazione completa della 'curva italiana' della trasparenza amministrativa, la più specifica delimitazione dell'oggetto della presente indagine non consente di attardarsi oltre. Ci si concederà in queste considerazioni introduttive solo un'ultima notazione.

Come ebbe a dire uno dei principali Maestri della scienza italiana del diritto amministrativo del secondo Novecento, a voler le leggi sull'amministrazione non v'erano, probabilmente, che «cittadini allo stato brado e qualche studioso»<sup>22</sup>; senz'altro non i politici, non le stesse pubbliche amministrazioni, né tantomeno i giudici<sup>23</sup>.

Se ciò sintetizza in modo cristallino ben note vicende della positivizzazione del diritto procedimentale italiano, con riguardo al più specifico tema della trasparenza amministrativa non va però dimenticato un dato: nell'ambito del confronto parlamentare sul testo del disegno di legge "Goria"<sup>24</sup>, che avrebbe condotto all'approvazione della legge n. 241 del 1990, non mancarono, tanto alla Camera quanto al Senato, precipue proposte politiche e conseguenti emendamenti<sup>25</sup> volti

ss.; A. SIMONATI, *I principi in materia di accesso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1005 ss.; A. SIMONATI, M. CALABRÒ, *Le modalità di esercizio del diritto di accesso e la relativa tutela*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1123 ss.; A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Dir. amm.*, 2013, 749 ss.; M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 83 ss.

<sup>22</sup> Cfr. M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione*, cit., 7.

<sup>23</sup> Cfr. *ivi*, 6 s., ove possono leggersi riflessioni ancor oggi di una straordinaria attualità. In particolare, l'A. sottolineava come le leggi sulla pubblica amministrazione erano da ritenersi non troppo gradite ai politici, i quali «conoscono poco i meccanismi della vita amministrativa, che considerano riti bizantini i quali ostacolano, non agevolano la soluzione dei problemi della collettività: il che è spesso vero ma dovrebbe condurre a riformare o ad eliminare questi meccanismi, non a lasciarli intatti, contentandosi di eluderli o pretermetterli nei casi in cui danno più noia» (così *ibidem*) (cors. agg.). Allo stesso modo, quelle leggi non erano evidentemente gradite neppure agli stessi «apparati amministrativi, che, pagato il loro tributo a favore dei politici, ne hanno in ricambio la libertà di regolare, come par loro meglio, i loro rapporti con i cittadini» (così *ibidem*). Ma di quelle leggi non avrebbero sentito la mancanza, naturalmente, neppure i giudici, i quali «in generale amano stabilire da sé i principi di vita e le regole d'azione dell'Amministrazione e graduare così anch'essi discrezionalmente il loro potere di incidenza in tale azione» (così *ivi*, 7).

<sup>24</sup> Trattasi del già citato (*supra*, note 18 e 20) disegno di legge recante «Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi» (A.C. 1913 – X Legislatura).

<sup>25</sup> Si vedano, in particolare, gli analoghi emendamenti all'art. 22 del disegno di legge recante «Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi» (A.C. 1913 e A.S. 2226), presentati alla Camera dagli on.li Lanzinger e Filippini, e al Senato dai sen. Boato, Corleone, Modugno, Strik Lievers e Pollice, attraverso i quali si proponeva, in sostanza, di ritornare (cfr. *supra*, sub nota 18) ad una formulazione della disposizione in grado di assicurare il diritto all'informazione amministrativa «a tutti», e non soltanto, invece, «a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti». Per la versione integrale di detti emendamenti si rinvia agli atti parlamentari pubblicati in *La riforma del procedimento amministrati-*

a restituire all'istituto del diritto di accesso *'il volto'* per esso in origine scolpito dalla Commissione Nigro<sup>26</sup>.

Quelle proposte non trovarono, allora, terreno fertile. Vennero tacciate come eccessivamente progressiste; condivisibili sul piano *ideale*, ma per quel tempo non compatibili con il grado di organizzazione e di (scarsa) informatizzazione della pubblica amministrazione italiana<sup>27</sup>. Si disse, in particolare, che un accoglimento di quelle proposte avrebbe finito con l'innescare un «effetto di obsolescenza» per eccesso di progresso<sup>28</sup>.

Ma ciò che di quella vicenda più interessa oggi evidenziare, non sono tanto

*vo. I lavori preparatori della legge 7 agosto 1990, n. 241, Camera dei Deputati, Roma 1991, rispettivamente 96 s. e 254.*

<sup>26</sup> Su cui si v. *supra*, nota 17.

<sup>27</sup> Sulla discussione alla Camera avente ad oggetto gli emendamenti all'art. 22 (cfr. *supra*, nota 25) diretti ad ampliare la *dimensione soggettiva* del diritto di accesso, si v., in particolare, il *resoconto stenografico* della seduta del 21 marzo 1990 della Commissione I (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni), in *La riforma del procedimento amministrativo. I lavori preparatori della legge 7 agosto 1990, n. 241, cit.*, in part. 98 ss. Diversi gli interventi di specifico interesse. Se ne segnalano qui di seguito alcuni. L'on. Bassanini, sottolineato come gli emendamenti proposti dall'on. Lanzinger si fondassero su di «un obiettivo ideale e su un'esigenza [...] rilevante», ebbe contestualmente ad osservare che essi avrebbero potuto determinare «un rischio duplice, o meglio alternativo»: l'effetto di disposizioni troppo «avanzate» sarebbe potuto essere o quello di creare «rilevantissime difficoltà organizzative alle pubbliche amministrazioni», o quello di rimanere «*lettera morta*» (*ivi*, 98) (cors. agg.). Il già sen. Maccanico, allora nella diversa veste di Ministro per gli affari regionali ed i problemi istituzionali, portando la voce del Governo nella discussione parlamentare, ebbe a manifestare una posizione contraria all'emendamento "Lanzinger e Filippini" (su cui si v. *supra*, nota 25), in quanto la previsione di un diritto di accesso generalizzato avrebbe finito col determinare «situazioni di grande difficoltà per le pubbliche amministrazioni», e pur comprendendo «le giuste considerazioni dell'on. Lanzinger», il Ministro ribadì come il legislatore fosse però chiamato ad approvare «disposizioni [...] concretamente applicabili», commisurando «*si fini ai mezzi*» (*ivi*, 98) (cors. agg.). Interessante, poi, ricordare anche l'intervento preliminare del Presidente della Commissione I, on. Labriola, il quale sottolineò preventivamente come l'eventuale orientamento in senso favorevole all'emendamento "Lanzinger e Filippini" avrebbe determinato la necessità di acquisire su di esso il parere della Commissione bilancio, perché in tal caso le disposizioni sull'accesso avrebbero evidentemente imposto nuovi oneri alle pubbliche amministrazioni, le quali sarebbero state «*chiamate a riorganizzarsi* per assicurare a chiunque l'esercizio del diritto di accesso», con un chiaro aggravio dei costi. E ancora: «Se il diritto di accesso è allargato ad una platea più ampia, è evidente che occorre istituire uffici appositi» (*ivi*, 98) (cors. agg.).

Sulla discussione al Senato innescata dall'omologo emendamento all'art. 22 (cfr. *supra*, nota 25), si v., in particolare, il *resoconto stenografico* della seduta del 31 luglio 1990 della I Commissione (Affari costituzionali, affari della Presidenza del Consiglio e dell'interno, ordinamento generale dello Stato e della Pubblica amministrazione), anch'esso pubblicato in *La riforma del procedimento amministrativo. I lavori preparatori della legge 7 agosto 1990, n. 241, cit.*, 254 ss. Tra i diversi interventi contrari, quello che più degli altri si ritiene qui significativo ricordare, è quello dell'on. Gaspari, allora Ministro per la funzione pubblica, il quale ebbe a dire: «Non escludo che *in un futuro non lontano* un'ipotesi di questo genere non possa essere accettata dalla pubblica amministrazione, ma allo stato attuale non è possibile [...] È evidente che l'estensione *erga omnes* di un diritto soggettivo all'informazione potrebbe creare problemi tali da mettere in crisi l'amministrazione stessa» (*ivi*, 256). E ancora: «a me sembra che il senatore Boato [ossia, il primo firmatario dell'emendamento] voglia *precorrere i tempi*» (*ivi*, 257) (cors. agg.).

<sup>28</sup> Detta affermazione, che in dottrina è stata già ricordata da E. CARLONI, *La «casa di vetro» e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 779 ss. (in part.

gli esiti finali della discussione parlamentare. Ciò che rileva è che, già allora, il tentativo di introdurre un diritto di accesso ‘pieno’ ed ‘autonomo’ non fosse affatto estraneo (anche) al dibattito politico.

Questa notazione legittima, dunque, una (sul punto) conclusiva affermazione: e cioè che il diritto di accesso generalizzato non può di certo considerarsi una novità in termini assoluti. Non sul piano della comparazione giuridica, non su quello teorico-giuridico interno, ma neppure su quello delle proposte politiche. Insomma: se di «rivoluzione copernicana» trattasi, essa viene comunque da lontano.

2. *Il tema della trasparenza amministrativa nel quadro della “riforma Madia”: dalle istanze di semplificazione degli oneri amministrativi di pubblicità al riconoscimento di un diritto di accesso civico generalizzato.* – Prima di descrivere quelli che si reputano essere i tratti salienti del nuovo istituto, appare utile interrogarsi sulla funzione ad esso assegnata dal legislatore nel complessivo contesto di riforma innescata con l’approvazione della “legge Madia”.

La risposta ad un tale interrogativo si compone di due parti tra loro contrapposte.

La prima è questa: il riformatore, in origine, non aveva in realtà riconosciuto alcun ruolo ad un tale istituto. All’inizio, cioè, il diritto di accesso civico generalizzato non era affatto contemplato quale scena del più ampio quadro di «riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche». Il che, vista l’enfasi con cui sarebbe poi stata sottolineata la (pretesa e presunta) “trasposizione” italiana del *Freedom of Information Act* statunitense, potrebbe forse generare un certo stupore.

V’è però, sul punto, un incontestabile dato di fatto: nel disegno di legge “Madia” presentato dal Governo al Senato nel luglio del 2014<sup>29</sup>, non v’era alcun riferimento al tema dell’accessibilità generalizzata a dati e documenti della pubblica amministrazione.

Quello che sarebbe poi diventato l’art. 7 della legge n. 124 del 2015, si presentava, allora, come un più scarso art. 6, dai contenuti decisamente più sintetici, il quale, rubricato «revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di anticorruzione, pubblicità e trasparenza», si limitava a delegare il Governo ad adottare norme integrative e correttive dei decreti legislativi nn. 33 e 39 del 2013, al duplice fine di precisare l’ambito soggettivo di applicazione degli obblighi in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza amministrativa, e

785 s.), venne utilizzata alla Camera dall’on. Soddu durante la ricordata seduta del 21 marzo 1990 (di cui alla nota che precede): si v. il *resoconto stenografico*, cit., 100.

<sup>29</sup> Trattasi, più precisamente, del disegno di legge recante «*Riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*», presentato il 23 luglio 2014 (A.S. n. 1577 – XVII Legislatura).

di ridurre e concentrare i correlati adempimenti gravanti in capo alle pubbliche amministrazioni<sup>30</sup>.

L'intento governativo iniziale, dunque, era soltanto quello di "semplificare" gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni amministrative, poco più di un anno prima riordinati ed imposti attraverso il d.lgs. n. 33 del 2013, in attuazione di alcune disposizioni introdotte dalla "legge Severino"<sup>31</sup>.

A tal riguardo, infatti, le istanze di semplificazione non tardarono a farsi avanti, e da più fronti. Molti di quegli "oneri" erano (e ancor oggi sono) visti da diversi "attori" della scena amministrativa italiana come intralci ulteriori; meri adempimenti burocratici che, invece di incrementare il grado di trasparenza dell'organizzazione e dell'azione amministrativa, avrebbero finito (e, ad avviso di molti, finiranno) col generare una sorta di «burocrazia della trasparenza»<sup>32</sup>.

Nell'iter parlamentare, però, quel sintetico art. 6 del disegno di legge "Madia" si sarebbe arricchito di contenuti ulteriori.

Le prime modifiche sarebbero state introdotte già nel primo passaggio al Senato. Nell'articolato normativo ivi licenziato il 30 aprile 2015, aveva infatti trovato posto anche una disposizione diretta ad ampliare l'oggetto (più che «i principi e criteri direttivi») della delega, con uno specifico riferimento ad un tema, in verità, solo per certi versi affine: quello del diritto dei parlamentari di accedere ai documenti amministrativi nell'esercizio delle loro funzioni istituzionali<sup>33</sup>.

Ma è alla Camera che il rinumerato art. 7 sarebbe contenutisticamente "esploso". Ed è proprio in quella sede che, tra le altre cose, sarebbe stata ricondotta entro i suoi confini una specifica disposizione di delega volta al «riconoscimento della libertà di accesso, anche per via telematica, di chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni», allo specifico fine di «favorire forme

<sup>30</sup> Cfr. art. 6 (d.d.l. "Madia), rispettivamente lett. a) e b).

<sup>31</sup> Legge 6 novembre 2012, n. 190.

<sup>32</sup> Cfr. Cons. St., sez. cons. att. norm., parere n. 515/2016, cit., punto 4.2. del *considerato*.

<sup>33</sup> A mezzo della nuova lett. b) dell'art. 6, comma 1, del citato disegno di legge (A.S. 1577), infatti, la delega legislativa sarebbe stata estesa anche alla «definizione, in relazione alle esigenze connesse allo svolgimento dei compiti istituzionali, dei diritti dei membri del Parlamento inerenti all'accesso ai documenti amministrativi e alla verifica dell'applicazione delle norme sulla trasparenza amministrativa». Detta disposizione, dopo le modifiche apportate alla Camera (A.C. 3098), avrebbe finito con l'occupare la lett. f) del riformulato (e nel frattempo rinumerato) art. 7. Quella norma di delega, però, non avrebbe poi trovato alcuna attuazione. A dire della maggioranza di governo, infatti, il diritto dei parlamentari di accedere ai documenti amministrativi nell'ambito delle loro funzioni istituzionali sarebbe stato pienamente soddisfatto dal più ampio riconoscimento del diritto di accesso generalizzato: si v. in questi termini, ad es., il *parere favorevole con condizioni e osservazioni* (20 aprile 2016) della I Commissione della Camera sullo schema di decreto legislativo presentato dal Governo (A.G. n. 267) e poi approvato come d.lgs. n. 97 del 2016, consultabile sul sito istituzionale ([www.camera.it](http://www.camera.it)). Ivi può leggersi, alla lett. e) delle osservazioni: «si valuti l'opportunità di chiarire che le disposizioni previste dalla lettera f) della legge delega, relative all'accesso agli atti dei parlamentari, sono assorbite nelle disposizioni relative all'accesso civico generalizzato» (cors. agg.). La motivazione suscita, tuttavia, notevoli perplessità.

*diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche»<sup>34</sup>.*

Cosa fosse frattanto accaduto non è possibile dirlo, senza ad un tempo correre il rischio di sconfinare nel campo delle mere congetture. Dalla discussione e dai lavori parlamentari, infatti, emerge in verità ben poco.

Si ritiene, tuttavia, di poter quantomeno offrire un dato: e cioè che, sul tema della trasparenza amministrativa, e in particolare dell'accessibilità generalizzata, erano stati nel frattempo presentati due distinti disegni di legge di iniziativa parlamentare; uno al Senato<sup>35</sup>, l'altro alla Camera<sup>36</sup>. Entrambi si caratterizzavano per la totale assenza di disposizioni volte ad introdurre meccanismi di c.d. trasparenza proattiva<sup>37</sup>.

Il legislatore-riformatore<sup>38</sup> avrebbe di lì a poco colto l'occasione per optare, invece, per una soluzione "mista", nel solco già tracciato dalle migliori esperienze giuridiche straniere: e cioè, far confluire nel disegno di legge "Madia" la sopra riportata norma di delega volta all'introduzione di un diritto di accesso generalizzato<sup>39</sup>, onde rimettere al Governo il compito di (provare a) predisporre, secondo un delicato meccanismo di pesi e contrappesi, una normativa delegata in grado di trasformare il d.lgs. n. 33 del 2013 in un testo normativo tanto sulla trasparenza *proattiva* quanto su quella *reattiva*.

Si intravede, così, anche l'altra parte della risposta all'interrogativo circa il

<sup>34</sup> Cfr. art. 7, comma 1, lett. *b*), del disegno di legge (A.C. 3098).

<sup>35</sup> A.S. 1814 – XVII Legislatura, d'iniziativa dei sen. De Pietro, Gambaro, Mastrangeli, Orelana e Simeoni, presentato il 12 marzo 2015 e recante «*Disposizioni in materia di accesso, libertà di informazione e trasparenza*» (in [www.senato.it](http://www.senato.it)).

<sup>36</sup> A.C. 3042 – XVII Legislatura, d'iniziativa dell'on. Ascani, presentato il 15 aprile 2015 e recante «*Disposizioni in materia di libertà di informazione, diritto di accesso e trasparenza delle informazioni in possesso delle pubbliche amministrazioni*» (in [www.camera.it](http://www.camera.it)).

<sup>37</sup> Detti disegni di legge, a tal proposito, si limitavano a rinviare al d.lgs. n. 33/2013, attraverso una c.d. clausola di «salvaguardia dei regimi di maggior tutela». Sul punto, merita d'essere posto in evidenza anche il fatto che il citato "d.d.l. Ascani" sarebbe stato sottoposto ad un'autorevole analisi "dall'esterno", ossia da parte dell'*Executive Director* del *Centre for Law and Democracy*, Toby Mendel. In quell'occasione si ebbe a rilevare come, diversamente da quanto previsto da molte leggi sul «*right to information*», il disegno di legge non conteneva alcuna disposizione in tema di «*proactive disclosure*» (trasparenza proattiva): cfr. T. MENDEL, *Italy: Analysis of The Draft Right to Information Law*, in [www.law-democracy.org](http://www.law-democracy.org), October 2015, in part. 5 s., ove l'A. rileva: «For the most part, the draft law does not concern itself with the subject of proactive publication. While many RTI laws do include extensive provisions on this, it is possible that the drafters felt that this issue has already been dealt with adequately by other Italian laws or in the widespread practice of Italian public authorities. We were not able to assess the adequacy or otherwise of proactive publication rules and practices in Italy» (*ivi*, 5).

<sup>38</sup> A dire il vero, su impulso – almeno formalmente – (anche) di quella parlamentare che, come si è già detto (cfr. *supra*, nota 36), aveva non molto tempo prima presentato un autonomo disegno di legge sul diritto di accesso generalizzato: si v., infatti, la proposta emendativa 6.70, in I Commissione in sede referente riferita all'A.C. 3098 (vale a dire, al "d.d.l. Madia"), a firma degli on. Coppola e Ascani, pubblicata nel Bollettino delle Giunte e Commissioni dell'11 giugno 2015 (in [www.camera.it](http://www.camera.it)).

<sup>39</sup> Cfr. *supra*, nel testo del presente paragrafo e *sub* nota 34.

ruolo giocato dal tema dell'accesso civico generalizzato nell'ambito della "riforma Madia".

Al "nuovo" istituto sembrerebbe essere stata assegnata, in quel contesto, una funzione duplice: da un lato, quella di 'camera di compensazione' delle contestuali, non trascurabili "semplificazioni" degli obblighi di pubblicazione, che sarebbero state almeno in parte introdotte dalla normativa delegata<sup>40</sup>; dall'altro, una funzione politico-mediatica di 'catalizzazione dell'attenzione', in forza della quale può senz'altro dirsi che il d.lgs. n. 97 del 2016 verrà (molto probabilmente) ricordato non tanto per aver attenuato e in taluni casi obliterato – in modo non sempre condivisibile – alcuni degli obblighi di pubblicità sin lì posti in capo alle pubbliche amministrazioni, ma piuttosto per aver introdotto anche in Italia il c.d. "FOIA".

3. *I tratti salienti e le principali criticità del "nuovo" istituto, tra norma di delega, disciplina delegata e tutela dei terzi controinteressati.* – Con l'art. 6 del d.lgs. n. 97 del 2016, il Governo ha, tra le altre cose, sostituito integralmente l'art. 5 del d.lgs. n. 33 del 2013<sup>41</sup>.

Delle disposizioni ivi contenute, è sopravvissuta – immutata – solo quella di cui al comma 1<sup>42</sup>. Essa prevedeva e tutt'oggi prevede l'accesso civico così come originariamente configurato dal legislatore italiano: ovverosia, come quel diritto, intestato a chiunque e attivabile senza motivazione alcuna, di richiedere informazioni, dati e documenti amministrativi fatti oggetto *ex lege* di obblighi di pubblicazione rimasti tuttavia inadempiti<sup>43</sup>. Un congegno, cioè, volto semplice-

<sup>40</sup> Su cui si v. *infra*, § 6.

<sup>41</sup> Cfr. art. 6, comma 1, d.lgs. n. 97/2016. Il comma 2 di detto articolo ha invece introdotto nel testo del d.lgs. n. 33/2013 l'art. 5-*bis*, il quale evidentemente *completa* la nuova disciplina sull'accesso civico generalizzato, individuando i «limiti» e le «esclusioni» alla libertà di accesso (su cui si v. *infra*, § 4). Diversamente, a mezzo della disposizione di cui al comma 3 del citato art. 6, il legislatore delegato ha ricondotto entro i confini del d.lgs. n. 33/2013 – ivi immettendo l'art. 5-*ter* – una disciplina solo per certi versi legata al tema dell'accesso civico: ossia, quella concernente il ben *diverso* «accesso per fini scientifici a dati elementari raccolti per finalità statistiche». Sul punto, ci si limita a segnalare come nella "legge Madia", invero, non sia dato rinvenire alcuna specifica delega in tal senso.

<sup>42</sup> L'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 33/2013, dispone: «L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione».

<sup>43</sup> Si tratterebbe, cioè, secondo quanto affermato anche dal Consiglio di Stato in sede consultiva, di un «mero contrattare» degli obblighi di pubblicità: cfr. Cons. St., sez. cons. att. norm., parere n. 515/2016, cit., punto 11.2 del *considerato*. In dottrina, un tale diritto di accesso civico è stato più di recente indicato quale meccanismo di «enforcement», un «pungolo» volto a sollecitare la pubblicazione di documenti, dati, informazioni oggetto di specifici obblighi di pubblicità: cfr., in questi termini, M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, cit., 798, e Id., *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, cit., 596. O ancora, si è detto che «esso non è identificato quale diritto autonomo, ma quale sanzione rispetto al mancato rispetto degli obblighi di pubblicazione»: così D.-U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione*, cit., 5.

Una ricostruzione ben diversa sembra essere quella proposta già diversi anni prima da C.

mente a conferire *effettività* a quegli obblighi, o – se si preferisce la prospettiva opposta – al *diritto*, evidentemente *di tutti*, alla conoscibilità di quelle informazioni in mano pubblica per le quali la legge abbia espressamente disposto un regime di pubblicità<sup>44</sup>.

All'accesso civico così inteso, il legislatore delegato del 2016 ha affiancato nello stesso articolo un diverso istituto, purtuttavia battezzandolo con lo stesso nome<sup>45</sup>.

Il nuovo art. 5 del d.lgs. n. 33 del 2013, a mezzo del suo comma 2, ha infatti introdotto nell'ordinamento una diversa *species* di «accesso civico», ivi definito come il diritto di *chiunque* di accedere a *dati e documenti* detenuti dalle pubbliche amministrazioni – e non anche, quindi, a *informazioni*<sup>46</sup> – «*ulteriori* rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria»<sup>47</sup>.

Anch'esso attivabile – al pari di quello di prima specie – senza limitazioni quanto a legittimazione soggettiva e senz'obbligo di motivazione della relativa istanza<sup>48</sup>, il nuovo diritto di accesso civico risulta espressamente funzionalizzato sia al controllo democratico sull'azione amministrativa (sotto i connessi profili dell'effettivo perseguimento dei fini pubblici e di un corretto utilizzo delle risorse pubbliche), sia alla promozione di una *cultura* della partecipazione democratica (e dunque informata) alla discussione pubblica.

MARZUOLI, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, cit., 59 ss., ove, tra le molteplici riflessioni di grande interesse, può leggersi: «Francamente, se l'amministrazione deve essere trasparente non vi è ragione per negare che la trasparenza dell'amministrazione si risolva – necessariamente – in un diritto in testa a chiunque. Il diritto di chiunque è l'altra faccia della trasparenza intesa come pubblicità. Ci sono dei diritti che non possono non spettare a tutti. O spettano a tutti o non esistono» (*ivi*, 64). Peraltro, seguendo l'idea di un diritto *già* in capo a chiunque in forza dell'obbligo di pubblicità costituito *ex lege*, si supererebbe anche un altro problema, sinora rimasto in ombra: e cioè che, la disposizione di delega contenuta nella legge n. 190/2012 volta al «riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni», non prevedeva affatto – almeno espressamente – l'introduzione di un diritto di accesso civico: cfr. art. 1, comma 35, della «legge Severino». Ma a tal proposito potrebbe dirsi, allora, che il *riconoscimento* legislativo di un tale diritto da parte dell'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013 (nella sua originaria formulazione), non sia stato altro che la positivizzazione di un risultato già conseguibile a diritto vigente e a cui era già pervenuta un'attenta voce della dottrina amministrativistica italiana.

<sup>44</sup> Cfr. C. MARZUOLI, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, cit., 59 ss.

<sup>45</sup> È stato già ben evidenziato in dottrina come questa scelta, unitamente a quella di una denominazione unica per indicare istituti diversi quanto a finalità e disciplina, sia stata invero poco felice: cfr. G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia*, cit., in part. 4 ss. e 12 ss.

<sup>46</sup> A tal riguardo, si vedano le posizioni di D.-U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione*, cit., 8 s., e G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia*, cit., 4.

<sup>47</sup> Più precisamente, l'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33/2013, dispone: «*Allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis*».

<sup>48</sup> Ai sensi dell'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 33/2013, infatti, «*l'esercizio del diritto di cui ai commi 1 e 2 non è sottoposto ad alcuna limitazione soggettiva del richiedente [...] e non richiede motivazione*».

Evidenti le differenze così come le conseguenti esigenze di diversificazione terminologica tra le due figure di accesso civico, le quali hanno ben presto condotto a qualificare quella prevista dal comma 1 quale accesso civico «*semplice*», e quella di cui al comma 2, invece, come accesso civico «*generalizzato*»<sup>49</sup>.

Almeno nella forma, l'istituto introdotto nel 2016 sembra in effetti (perseguire l'ambizione di) presentarsi come strumento di accessibilità generalizzata secondo una duplice accezione.

In senso soggettivo, detto istituto – in verità al pari dell'altro risalente al 2013 – può effettivamente dirsi generalizzato in quanto costruito dal legislatore come diritto a titolarità *diffusa* e a legittimazione *autonoma*. L'accesso civico è, cioè, un diritto costituito dalla legge in capo al “*quivis unus ex populo*”, la cui attivabilità risulta slegata dalla contestuale titolarità di una diversa situazione giuridica soggettiva che il richiedente intenda per tale via tutelare. Il diritto *civico* di accesso, dunque, rileva nell'ordinamento giuridico in quanto tale. E se è vero che un nesso di strumentalità è forse pur sempre riscontrabile, esso si limita a legare l'attivazione in concreto di tale diritto alla soddisfazione della più generale e (ormai da tempo) tanto declamata “*libertà*” di informarsi attraverso la conoscenza di dati e documenti amministrativi.

In senso oggettivo, invece, l'accesso civico di ultimo conio appare “generalizzato” in quanto avente potenzialmente ad oggetto – fatte salve le pur ampie “eccezioni” di cui si dirà – un qualunque dato o documento detenuto da una qualunque pubblica amministrazione<sup>50</sup>. Ed è proprio sotto tale profilo, allora, che esso sembra differenziarsi sia da altre figure di accesso soggettivamente generalizzate ma ad oggetto “*settoriale*”<sup>51</sup>, sia dall'accesso civico riconosciuto dal legislatore delegato del 2013. È detto carattere, in effetti, a segnare il confine tra il “vecchio” ed il “nuovo” istituto, il primo risultando ad oggetto “*limitato*” perché geneticamente legato – lo si è visto – alle scelte legislative di trasparenza

<sup>49</sup> Cfr. ANAC, «*Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013*», delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016, in *Gazz. Uff. – Serie Generale* n. 7 del 10 gennaio 2017 (ma altresì consultabile, naturalmente, sul sito dell'Autorità: [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)), 5 s. (in part. § 1, dedicato alle «*Definizioni*»). Sulla stessa scia, poi, si pone la più recente Circolare 30 maggio 2017, n. 2 del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, pubblicata in *Gazz. Uff. – Serie Generale* n. 162 del 13 luglio 2017 e consultabile altresì sul sito del Dipartimento della funzione pubblica ([www.funzionepubblica.gov.it](http://www.funzionepubblica.gov.it)), che ha sostanzialmente (ed espressamente) recepito le indicazioni terminologiche proposte dall'ANAC: cfr. *ivi*, § 2.1.

<sup>50</sup> E dagli altri soggetti, anche di diritto privato, comunque sottoposti alla disciplina di cui al d.lgs. n. 33/2013, «*in quanto compatibile*»: cfr. art. 2-*bis*, commi 2 e 3, d.lgs. n. 33/2013.

<sup>51</sup> Già da tempo conosciute anche dall'ordinamento italiano, quale il diritto di accesso di cui al d.lgs. n. 195 del 2005, in attuazione della direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale. In argomento si v., più di recente, E. BOSCOLO, *Accesso alle informazioni ambientali e urbanistica ambientale*, in *Urb. app.*, 2013, 513 ss., e A. CONTIERI, G. DI FIORE, *L'accesso alle informazioni ambientali (d.lgs. 19 agosto 2005, n. 195)*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1066 ss.

proattiva e all'eventuale inadempimento degli obblighi di pubblicazione da esse costituiti.

Che però si tratti di un'accessibilità generalizzata soltanto in linea di principio, emerge in modo chiaro di primo acchito. È lo stesso comma 2 dell'art. 5, infatti, a chiudersi con un rinvio alle «*esclusioni*» e ai «*limiti*» previsti dal successivo art. 5-*bis*, a tal proposito rammentando come il diritto di accesso civico debba contemperarsi con altri «*interessi giuridicamente rilevanti*».

Ciò, invero, non stupisce affatto. Con tutta evidenza non potrebbe essere altrimenti. Tant'è che la presenza di inevitabili «*exemptions*» costituisce una costante di tutti i sistemi giuridici in cui è dato riscontrare l'affermarsi di una c.d. «*freedom of information*»<sup>52</sup>.

Come più avanti si vedrà, però, ciò che più ha lasciato perplessi della declinazione italiana del modello «FOIA», è l'«*ampiezza*» e l'«*indeterminatezza*»<sup>53</sup> di alcune delle categorie di «*eccezioni*» previste dall'art. 5-*bis* (commi 1, 2 e 3), che potrebbero condurre qualcuno (quantomeno) a dubitare che – al di là delle mere declamazioni di principio – si tratti effettivamente di un «*nuovo diritto*».

Alcuni dei limiti introdotti dal legislatore del 2016 si legano alla nota considerazione per cui l'esercizio del diritto di accesso a dati e documenti amministrativi potrebbe determinare una lesione nella sfera giuridica di soggetti terzi rispetto al richiedente e all'amministrazione detentrici<sup>54</sup>. Il carattere generalizzato dell'accesso civico «di seconda generazione», peraltro, sembrerebbe incrementare in modo esponenziale il rischio che una tale evenienza possa verificarsi in concreto.

È *in primis* il diritto alla protezione dei dati personali a venire qui in rilievo. Ma non solo<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Ad esempio, si vedano nell'esperienza statunitense le c.d. «*nine exemptions*» del *Freedom of Information Act* – 5 U.S. Code § 552 (b), facilmente consultabile sul sito [foia.state.gov](http://foia.state.gov); o nell'esperienza britannica, la *Section 2* della *Part I*, «*Access to information held by public authorities*», e integralmente la *Part II*, «*Exempt information*» (*Sections 21-44*), del *Freedom of Information Act 2000*, reperibile in [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk).

<sup>53</sup> In questi termini E. CARLONI, *Se questo è un FOIA*, cit., 9 s. V'è da dire che anche il Consiglio di Stato in sede consultiva si era mostrato da subito critico su questo profilo: si v. Cons. St., sez. cons. att. norm., n. 515/2016, punto 11.14 del *considerato*. *Contra*, però, M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, cit., 598 s., ove l'A. rileva, invece, come a suo avviso le esclusioni e i limiti posti nel c.d. «FOIA italiano» siano perfettamente in linea con quelli adottati nelle diverse altre esperienze registrabili in Europa.

<sup>54</sup> In argomento, si v., in particolare, il recente studio comparato di D.-U. GALETTA, M. IBLER, *Decisioni amministrative «multipolari» e problematiche connesse: la libertà di informazione e il diritto alla riservatezza in una prospettiva di Diritto comparato (Italia-Germania)*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), n. 9/2015, e nella letteratura tedesca, M. IBLER, *Zur Kontrolle mehrpoliger Verwaltungsentscheidungen durch einen in Personalunion prüfenden Beauftragten*, in L. KNOPP, H.A. WOLFF (a cura di), *Umwelt – Hochschule – Staat. Festschrift für Franz-Joseph Peine zum 70. Geburtstag*, Berlin 2016, 457 ss. (in part. 458 s. e 460 ss.).

<sup>55</sup> Il legislatore ha condivisibilmente individuato, infatti, anche altri «*interessi privati*» cui potrebbe essere arrecato un pregiudizio dall'esercizio in concreto del diritto di accesso civico generalizzato. Tra questi: la libertà e la segretezza della corrispondenza, la proprietà intellettuale, il diritto di

In effetti, da mezzo per guardare *dentro* alla pubblica amministrazione, l'accesso civico generalizzato potrebbe impropriamente tramutarsi, per taluno, in uno strumento per vedere *attraverso* la pubblica amministrazione. Una sorta di grimaldello per introdursi nella sfera di riservatezza altrui.

Sul punto non può di certo dirsi che il legislatore delegato del 2016 non abbia mostrato sensibilità, o che abbia completamente sottovalutato un tale rischio.

Tuttavia, la rilevanza del tema, soprattutto in ragione della dilatazione della dimensione soggettiva del "nuovo diritto", avrebbe probabilmente richiesto una maggiore attenzione nella predisposizione delle garanzie partecipative e di tutela per i soggetti terzi «*controinteressati*». È proprio su tale versante, invece, che si registrano le maggiori criticità della disciplina procedimentale dell'accesso civico generalizzato.

In verità, almeno nel primo segmento procedimentale, tali garanzie non mancano affatto. A ben vedere, esse ricalcano *in toto*, anche nella formulazione letterale, quelle contemplate dall'art. 3 del d.P.R. n. 184 del 2006<sup>56</sup>, relativamente al c.d. accesso documentale *ex art. 22 ss.* della legge n. 241/1990.

La simmetria è palese.

Esclusi – *naturaliter* – i casi in cui il diritto di accesso civico non sia (*ex art. 5*, comma 1, d.lgs. n. 33/2013) null'altro che l'altra faccia della "medaglia" coniata dal legislatore per imporre uno specifico obbligo di pubblicazione<sup>57</sup>, quell'amministrazione che riceva un'istanza di accesso civico<sup>58</sup>, è anzitutto chiamata a verifi-

autore, il segreto commerciale. Trattasi, in taluni casi, di situazioni giuridiche soggettive riconducibili sia a persone fisiche che a persone giuridiche, come evidenziato dalla stessa disposizione (cfr., art. 5-bis, comma 2, lett. c, d.lgs. n. 33/2013).

<sup>56</sup> Trattasi, più precisamente, del d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184, mediante il quale è stato emanato il «Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi», in conformità alle disposizioni di cui al Capo V della legge n. 241/1990. In particolare, il sopra richiamato art. 3 (recante «Notifica ai controinteressati»), dispone che: «1. Fermo quanto previsto dall'articolo 5, la pubblica amministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso, se individua soggetti controinteressati, di cui all'articolo 22, comma 1, lettera c), della legge, è tenuta a dare comunicazione agli stessi, mediante invio di copia con raccomandata con avviso di ricevimento, o per via telematica per coloro che abbiano consentito tale forma di comunicazione. I soggetti controinteressati sono individuati tenuto anche conto del contenuto degli atti connessi, di cui all'articolo 7, comma 2.

2. Entro dieci giorni dalla ricezione della comunicazione di cui al comma 1, i controinteressati possono presentare una motivata opposizione, anche per via telematica, alla richiesta di accesso. Decorso tale termine, la pubblica amministrazione provvede sulla richiesta, accertata la ricezione della comunicazione di cui al comma 1».

<sup>57</sup> In detti casi, infatti, deve ritenersi che il bilanciamento tra interessi sia stato già effettuato a monte dal legislatore. Tuttavia, dev'essere ben tenuto presente che ciò non esonera affatto la pubblica amministrazione dal procedere ad una pubblicazione che possa dirsi pienamente rispettosa dei principi, richiamati dallo stesso d.lgs. n. 33/2013, di *pertinenza e stretta necessità*. Sul punto, si v. l'art. 7-bis, comma 4, il quale difatti dispone: «Nei casi in cui norme di legge o di regolamento prevedano la pubblicazione di atti o documenti, le pubbliche amministrazioni provvedono a rendere non intellegibili i dati personali non pertinenti o, se sensibili o giudiziari, non indispensabili rispetto alle specifiche finalità di trasparenza della pubblicazione».

<sup>58</sup> Detta istanza identifica i dati e i documenti, non richiede motivazione e, naturalmente, può

care la presenza di eventuali «controinteressati»<sup>59</sup>, indicati per rinvio dallo stesso art. 5, comma 5, come quei soggetti terzi che dall'accesso potrebbero veder pregiudicato uno (o più) degli «interessi privati» elencati all'art. 5-*bis*, comma 2<sup>60</sup>.

Allorquando tale verifica abbia esito positivo, l'amministrazione è tenuta a comunicare a detti soggetti controinteressati, per mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento (o, se del caso, per via telematica)<sup>61</sup>, la pendenza della richiesta di accesso civico. Detta comunicazione ha, tra l'altro, l'effetto di sospendere il termine di conclusione del procedimento di accesso – *ex lege* quantificato in trenta giorni –, il quale resta sospeso sino all'eventuale opposizione dei terzi controinteressati. Questi, infatti, qualora ne ravvisassero l'opportunità, potrebbero presentare, entro dieci giorni dalla ricezione (formale)<sup>62</sup> della predetta comunicazione, una «*motivata opposizione*».

Fin qui, dunque, non v'è dubbio che la disciplina procedimentale di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013, riproducendo fedelmente quanto disposto dal già

essere trasmessa anche per via telematica, secondo le modalità previste dal c.d. *Codice dell'amministrazione digitale* (d.lgs. n. 82 del 2005): cfr. art. 5, comma 3, d.lgs. n. 33/2013.

<sup>59</sup> Cfr. art. 5, comma 5, d.lgs. n. 33/2013, il quale dispone: «*Fatti salvi i casi di pubblicazione obbligatoria, l'amministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso, se individua soggetti controinteressati, ai sensi dell'articolo 5-bis, comma 2, è tenuta a dare comunicazione agli stessi, mediante invio di copia con raccomandata con avviso di ricevimento, o per via telematica per coloro che abbiano consentito tale forma di comunicazione. Entro dieci giorni dalla ricezione della comunicazione, i controinteressati possono presentare una motivata opposizione, anche per via telematica, alla richiesta di accesso. A decorrere dalla comunicazione ai controinteressati, il termine di cui al comma 6 è sospeso fino all'eventuale opposizione dei controinteressati. Decorso tale termine, la pubblica amministrazione provvede sulla richiesta, accertata la ricezione della comunicazione*».

<sup>60</sup> Come si è già in parte anticipato (cfr. *supra*, sub nota 55), trattasi: a) della protezione dei dati personali; b) della libertà e segretezza della corrispondenza; c) degli interessi economici e commerciali di persone fisiche e giuridiche, ivi inclusi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore ed i segreti commerciali.

<sup>61</sup> In realtà, detta evenienza è destinata a restare sulla carta almeno sino a quando non potrà concretamente parlarsi di «*domicilio digitale*». A tal riguardo, si vedano in particolare le disposizioni di cui agli artt. 1, comma 1, lett. n-*ter*, 3, comma 1-*sexies*, e 3-*bis* (*Domicilio digitale delle persone fisiche*) del già ricordato d.lgs. n. 82/2005, come più di recente modificato dal d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179, anch'esso in attuazione di un'apposita disposizione di delega contenuta nella «legge Madia» (art. 1).

Sino a quando la modalità ordinaria di trasmissione della comunicazione ai controinteressati prevista dall'art. 5, comma 5, d.lgs. n. 33/2013, sarà la raccomandata con avviso di ricevimento, l'incidenza che essa potrebbe avere sul piano dei costi, non sarà, evidentemente, affatto trascurabile. Sul punto, si v. in particolare D.-U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione*, cit., 13, ove l'A. osserva: «Una previsione che appare invece grandemente problematica sotto il profilo del contenimento dei costi dell'attività amministrativa (e quindi dell'economicità dell'azione amministrativa) è quella di cui al nuovo comma [5] dell'art. 5 [...] Dal punto di vista del bilanciamento tra esigenze di trasparenza, da un lato, ed esigenze di tutela della riservatezza di eventuali controinteressati, dall'altro, questa previsione deve essere salutata certamente con favore. Tuttavia non è possibile non rimarcare come, data la platea potenzialmente molto ampia di controinteressati, i costi, anche in termini organizzativi, che potrebbero scaturirne per le pubbliche amministrazioni destinatarie di richieste di accesso civico rischiano di essere veramente insostenibili».

<sup>62</sup> Si intende dire, cioè, non necessariamente materiale, nel senso che detta ricezione si perfezionerà secondo le regole tipiche della notificazione a mezzo posta e della c.d. «compiuta giacenza».

“rodato” art. 3 del d.P.R. n. 184/2006<sup>63</sup>, fornisca adeguate garanzie partecipative ai soggetti controinteressati.

Nel successivo segmento procedimentale, poi, il livello di tutela sembrerebbe addirittura aumentare<sup>64</sup>.

Diversamente da quanto (non) previsto dal regolamento governativo del 2006 in materia di accesso documentale, infatti, il legislatore delegato del 2016 ha molto opportunamente introdotto una regola di “*stand still*”<sup>65</sup>.

Più precisamente, in forza di una specifica disposizione posta nel comma 6 dell’art. 5, qualora l’istanza di accesso civico generalizzato venga accolta nonostante la motivata opposizione di un terzo controinteressato, la trasmissione al soggetto istante dei dati o documenti richiesti – salvi eventuali casi di «comprovata indifferibilità» – dovrà essere effettuata «*non prima di quindici giorni*» dalla ricezione, da parte del terzo, della comunicazione con cui l’amministrazione gli abbia dato avviso dell’esito procedimentale favorevole all’ostensione<sup>66</sup>.

Ad una più attenta lettura, però, la disposizione concernente detta (quanto-mai opportuna) clausola di “*stand still*”, manifesta, in verità, alcuni limiti.

Anzitutto, non si vede quali possano essere quei casi di indifferibilità cui la disposizione fa espresso riferimento, nei quali l’amministrazione sembrerebbe poter prescindere dall’osservanza di detta clausola. Trattandosi di un diritto di accesso non strumentale alla tutela di altra situazione giuridica, non si riesce davvero a scorgere quando, in concreto, possa darsi una “situazione d’urgenza” che giustifichi la possibilità di aggirare discrezionalmente tale regola.

Ancor più, non si vede perché mai l’operatività della clausola di “*stand still*” debba essere limitata ai soli casi in cui l’amministrazione abbia accolto l’istanza di accesso civico «*nonostante l’opposizione*» del terzo controinteressato.

Quest’ultimo, infatti, ben potrebbe non avere avuto la possibilità in concreto di far sentire la sua «voce» nel procedimento<sup>67</sup>. Non può escludersi, ad esempio, il caso in cui un controinteressato abbia “*solo formalmente*” ricevuto la comunicazione in ordine alla pendenza del procedimento di accesso civico<sup>68</sup>. Così come potrebbe darsi il caso in cui il terzo, più semplicemente, non abbia

<sup>63</sup> Cfr. *supra*, nota 56.

<sup>64</sup> Il che è stato già ben evidenziato da G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia*, cit., 8, il quale rispetto a detto segmento osserva: «Se possibile, la nuova disciplina adotta un approccio ancora più protettivo rispetto a quello adottato dal Legislatore della L. 241/1990».

<sup>65</sup> Così *ibidem*.

<sup>66</sup> Che, nel silenzio della disposizione, si ritiene sarà cartacea o telematica a seconda delle modalità prescelte dal terzo controinteressato per presentare l’opposizione. Qualora questi, infatti, non trasmetta telematicamente la motivata opposizione, l’amministrazione sarà evidentemente obbligata a ricorrere nuovamente alla modalità della raccomandata con avviso di ricevimento. Il che duplicherebbe quei costi di cui s’è già detto *supra*, *sub* nota 61.

<sup>67</sup> Secondo la significativa espressione di M. D’ALBERTI, *La ‘visione’ e la ‘voce’: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, cit.

<sup>68</sup> Cfr. *supra*, nota 62.

fatto in tempo a presentare l'opposizione nel termine – peraltro assai breve (dieci giorni) – previsto dall'art. 5, comma 5, d.lgs. n. 33/2013.

Purtuttavia, l'aver legato sul piano letterale l'attivazione della clausola di “*stand still*” alla previa opposizione del terzo, sembrerebbe tener fuori i casi appena ipotizzati dall'ambito di operatività della disposizione.

Non v'è dubbio, allora, che le esigenze di tutela del diritto alla riservatezza sarebbero state meglio garantite dalla previsione *tout court* di detta clausola, in modo da riconoscere *sempre e comunque* ai terzi controinteressati (in caso di accoglimento dell'istanza di accesso civico) la possibilità di esperire, in un pur breve intervallo temporale, quei rimedi amministrativi o giurisdizionali – anche cautelari – ritenuti più utili per scongiurare il prodursi di una lesione tendenzialmente insuscettibile di “*rimarginarsi*”<sup>69</sup>.

Pur con questi limiti – peraltro non insuperabili in via interpretativa –, la (potenziale) partecipazione procedimentale dei controinteressati sembrerebbe, per il resto, essere garantita in modo adeguato, quantomeno sino all'adozione di quel «provvedimento espresso e motivato» che chiude il procedimento di accesso civico<sup>70</sup>.

Il fatto è, però, che la vicenda complessiva potrebbe non dirsi allo stesso modo conclusa.

Il legislatore delegato del 2016 ha infatti previsto che, nel caso in cui l'amministrazione adotti un provvedimento di diniego (totale o parziale) dell'accesso, oppure rimanga inerte, il richiedente abbia facoltà di presentare una «richiesta di riesame» al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza<sup>71</sup>, o

<sup>69</sup> Com'è noto, infatti, l'eventuale danno conseguente all'illegittima ostensione di documenti amministrativi contenenti, in senso ampio, “*dati riservati*”, non potrebbe dirsi risarcibile in forma specifica; né, tantomeno, sarebbe facile pervenire ad un'adeguata quantificazione del danno da risarcire per equivalente monetario, in ragione delle (spesso nel tempo) imprevedibili conseguenze negative di una loro indebita diffusione. Sul punto si v. tra i primi, con riferimento al diritto di c.d. “accesso documentale”, M. MAZZAMUTO, *La tutela del segreto ed i controinteressati al diritto d'accesso*, cit., 104, ove l'A., a quattro anni dalla legge sul procedimento amministrativo, ebbe significativamente ad osservare: «i rapporti tra segreto e pubblicità sono [...] segnati da una regola particolare: in vigenza del segreto la pubblicità è ancora realizzabile, mentre in vigenza della pubblicità il segreto è irrimediabilmente sacrificato».

<sup>70</sup> Cfr. art. 5, comma 6 (primo periodo), il quale aggiunge, poi, che di quel provvedimento venga data comunicazione tanto al richiedente quanto «agli eventuali controinteressati».

<sup>71</sup> L'art. 5, comma 7, d.lgs. n. 33/2013, infatti dispone: «Nei casi di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata risposta entro il termine indicato al comma 6, il richiedente può presentare richiesta di riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, di cui all'articolo 43, che decide con provvedimento motivato, entro il termine di venti giorni. Se l'accesso è stato negato o differito a tutela degli interessi di cui all'articolo 5-bis, comma 2, lettera a), il suddetto responsabile provvede sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta. A decorrere dalla comunicazione al Garante, il termine per l'adozione del provvedimento da parte del responsabile è sospeso, fino alla ricezione del parere del Garante e comunque per un periodo non superiore ai predetti dieci giorni. Avverso la decisione dell'amministrazione competente o, in caso di richiesta di riesame, avverso quella del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, il richiedente può proporre ricorso al Tribunale amministrativo

anche, qualora siano coinvolte amministrazioni regionali o enti locali, un ricorso al difensore civico<sup>72</sup>.

Ebbene: in detto segmento – solo eventuale ma che è molto probabile si trasformi, nella prassi, in una sorta di ricorrente “*appendice procedimentale*” –, le garanzie partecipative dei terzi sembrano *dissolversi* integralmente.

Il legislatore, in effetti, parrebbe essersi quasi dimenticato della necessità di prevedere un adeguato coinvolgimento dei soggetti controinteressati anche nella fase di riesame. Eppure, a tal riguardo, sarebbe stato sufficiente continuare a farsi “*ispirare*” dalla disciplina dettata attraverso il d.P.R. n. 184/2006 e, in particolare, dal suo art. 12<sup>73</sup>. E invece, sul punto, non è stato espressamente previsto né che debba darsi comunicazione agli eventuali controinteressati della richiesta di riesame o del ricorso al difensore civico; né, conseguentemente, che questi possano entro un certo termine presentare controdeduzioni; né, infine, che debba essere loro comunicata la decisione del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza o del difensore civico, anche allorquando in quella sede – capovolgendo l’esito procedimentale “*di primo grado*” – venga invece disposto l’accesso<sup>74</sup>.

*regionale ai sensi dell’articolo 116 del Codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104».*

<sup>72</sup> Cfr. art. 5, comma 8, d.lgs. n. 33/2013. A tal riguardo, si ritiene peraltro che, per il modo in cui è strutturato il rimedio e in ragione della mancata qualificazione legislativa dell’eventuale inerzia amministrativa in termini di silenzio-rigetto (al pari di quanto fa, invece, l’art. 25 della legge sul procedimento), tale via di tutela “*giustiziale*” dovrebbe però considerarsi preclusa nel caso di silenzio-inadempimento sull’istanza di accesso civico. Inoltre, come è stato già attentamente rilevato in dottrina, non è sufficientemente chiaro se i rimedi di cui ai commi 7 e 8 dell’art. 5, d.lgs. n. 33/2013, debbano tra loro considerarsi «*cumulativi*» o «*alternativi*»: si v., a tal riguardo, G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia*, cit., 11 s. Sul punto va peraltro evidenziato come la seconda *Relazione illustrativa* allegata allo schema di decreto legislativo (A.G. n. 267) poi approvato come d.lgs. n. 97/2016, ovverosia quella successiva ai diversi pareri acquisiti dal Governo, sembrerebbe confermare l’indicata posizione dottrinale: si v. *ivi*, 9, dove può leggersi che «*qualora si tratti di atti delle Regioni o degli enti locali, il richiedente può esperire più rimedi amministrativi: può presentare richiesta di riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, e, in caso di rigetto, può presentare ricorso al difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito, oppure, può presentare ricorso direttamente al difensore civico*».

<sup>73</sup> Ai sensi del cui comma 2, «*il ricorso, notificato agli eventuali controinteressati con le modalità di cui all’articolo 3, è presentato nel termine di trenta giorni dalla piena conoscenza del provvedimento impugnato o dalla formazione del silenzio rigetto sulla richiesta d’accesso. Nel termine di quindici giorni dall’avvenuta comunicazione i controinteressati possono presentare alla Commissione le loro controdeduzioni*».

<sup>74</sup> Ciò, invero, è appropriato dirlo solo con riguardo al provvedimento motivato del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza. Non anche, invece, in caso di ricorso al difensore civico. In tal caso, infatti, questi si limiterà a rilevare l’eventuale illegittimità del diniego o del differimento dell’accesso, dandone poi comunicazione tanto al richiedente quanto all’amministrazione. E poi, solo qualora quest’ultima non adotti, entro il termine di trenta giorni, un provvedimento confermativo del primo diniego (o del differimento), l’accesso dovrà considerarsi allora consentito. Ma a ben vedere, in tal caso, l’effetto non discenderebbe giuridicamente dalla decisione del difensore civico, quanto, invece, direttamente dalla legge, unitamente all’inerzia dell’amministrazione detentrica del documento.

In virtù di un'applicazione letterale della disciplina di cui all'art. 5, commi 7 e 8, del d.lgs. n. 33 del 2013, dovrebbe allora ritenersi ipotizzabile – paradossalmente – che un soggetto controinteressato, disinteressatosi della vicenda avendo visto in prima battuta rigettata l'istanza di accesso civico (eventualmente anche in ragione della sua motivata opposizione), potrebbe poi non avere né l'occasione di contraddire nella successiva fase amministrativa “giustiziale”, né quella di attivarsi con sufficiente tempestività in sede giurisdizionale, onde inibire, per il caso di accoglimento della richiesta di riesame o del ricorso, la trasmissione dei dati o documenti al soggetto richiedente<sup>75</sup>.

L'unica garanzia espressamente prevista in questa fase a tutela dei controinteressati, consiste nell'aver assegnato al Garante per la protezione dei dati personali una funzione consultiva, sulla falsariga di quanto già disposto dalla disciplina sull'accesso documentale<sup>76</sup>. Sia nel comma 7 che nel comma 8 dell'art. 5, è infatti previsto che, qualora il diniego (o il differimento) dell'accesso civico sia stato opposto ai sensi dell'art. 5-*bis*, comma 2, lett. *a*) – vale a dire, per la tutela della protezione dei dati personali di un soggetto terzo –, la decisione sulla richiesta di riesame o sul ricorso al difensore civico venga assunta «*sentito il Garante*»<sup>77</sup>.

Si è tuttavia dell'idea che il coinvolgimento in detta fase di tale Autorità amministrativa indipendente, non sia sufficiente a controbilanciare la mancata espressa previsione dell'obbligo di notificare il terzo controinteressato della pendenza del procedimento di riesame e del suo esito, in modo da consentirgli di attivarsi tempestivamente. Da un lato, infatti, è facile ipotizzare che non sempre il Garante riuscirà ad esprimere il parere richiesto nell'assai breve termine a sua disposizione<sup>78</sup>. Dall'altro, poi, la funzione consultiva, più che come garanzia per i soggetti controinteressati, potrebbe esser vista, da una diversa prospettiva, come “garanzia” per la stessa amministrazione chiamata a disporre o negare l'accesso civico; in sostanza, una sorta di “condivisione di responsabilità”.

Nel complesso, allora, pare possa dirsi che le lacune sin qui individuate<sup>79</sup>

<sup>75</sup> Naturalmente, nell'assenza di qualsivoglia norma volta a comunicare al controinteressato né la pendenza né l'esito della fase di riesame (o comunque “giustiziale”), è quasi scontato che non sia stata contestualmente prevista, a valle di quella fase, l'operatività di una qualche clausola di “*stand still*”.

<sup>76</sup> Si v. l'art. 25, comma 4, della legge n. 241/1990, nonché, in sua attuazione, l'art. 12, comma 6, del d.P.R. n. 184/2006.

<sup>77</sup> Il Garante per la protezione dei dati personali è stato già più volte chiamato a pronunciarsi ai sensi dell'art. 5, commi 7 e 8, d.lgs. n. 33/2013. È dunque già possibile fare le prime considerazioni sull'esercizio in concreto di tale funzione consultiva, attraverso l'analisi dei pareri sinora rilasciati, tutti reperibili sul sito web dell'Autorità ([www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it)).

<sup>78</sup> Tanto il comma 7 quanto il comma 8 dell'art. 5, d.lgs. n. 33/2013, prevedono, infatti, che il Garante si pronunci «*entro il termine di dieci giorni dalla richiesta*» del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza o del difensore civico.

<sup>79</sup> V'è da dire, peraltro, che nella disciplina procedimentale di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013 di certo non mancano ulteriori criticità. Due, in particolare, non sono di scarso rilievo. Anzitutto, il legislatore parrebbe anche essersi dimenticato di fissare il termine entro cui attivare i mezzi di tutela amministrativa, sia per il caso di richiesta di riesame al responsabile della prevenzione della corru-

semberebbero determinare un ingiustificato ed irragionevole abbassamento del livello di (almeno) potenziale tutela dei soggetti controinteressati.

Si ritiene, tuttavia, che esse non siano altro che il prodotto di sviste legislative o, più probabilmente, di un legislatore (talvolta necessariamente) frettoloso.

Si dirà, allora, che quelle lacune potranno (e dovranno) essere colmate in via interpretativa, facendo applicazione della disciplina generale sul procedimento e, in particolare, delle regole generali sulla partecipazione e sul contraddittorio procedimentale. Ed invero è così. Ma resta il fatto che, laddove ha voluto, il legislatore delegato del 2016 ha dettato una disciplina minuziosa della partecipazione dei terzi controinteressati. E visti i contrapposti, assai rilevanti «interessi privati» in gioco, la stessa attenzione e lo stesso sforzo sarebbero stati auspicabili anche in relazione alla disciplina della fase di riesame (o comunque “giustiziale”), onde meglio guidare il già incerto incedere delle pubbliche amministrazioni in un ambito nuovo e certamente non privo di diverse altre insidie.

Forse, se solo ce ne fosse stato il tempo, le cose sarebbero andate diversamente.

C'è, però, un'ulteriore e più generale questione che involge (o forse travolge) le disposizioni sui rimedi amministrativi predisposti dal legislatore delegato. Trattasi, in questo caso, di una criticità difficilmente risolvibile in via interpretativa. Si potrebbe, infatti, persino giungere a dubitare di una loro piena compatibilità con la norma di delega, a mezzo della quale – è un profilo che si ritiene meriti d'essere sottolineato, perché sin qui rimasto in ombra – erano state sì previste «procedure di ricorso» aggiuntive rispetto alla tutela giurisdizionale *ex art.* 116 cod. proc. amm.; purtroppo, nel delegare il potere normativo al Governo, il Parlamento aveva altresì già provveduto ad indicare puntualmente nell'Autorità nazionale anticorruzione il soggetto deputato all'esercizio di una tale funzione<sup>80</sup>, mentre, come si è detto, il legislatore delegato ha ritenuto di poterla assegnare al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza ed al difensore civico.

zione e della trasparenza che al difensore civico. C'è poi la questione, in dottrina già attentamente rilevata, della «non altrettanto chiara [...] estensione al terzo dei rimedi giurisdizionali specificamente previsti dal codice del processo in materia di accesso, i quali, come noto, si caratterizzano per una maggiore celerità rispetto al rito ordinario»: così G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia*, cit., 9. Qualora si ritenga di dover giungere ad una tale conclusione, però, parrebbe corretto dire che, più di una «tutela dimezzata» per i controinteressati (*ivi*, 8 s.), ci si troverebbe, piuttosto, dinanzi ad un abbassamento del complessivo grado di effettività del diritto di accesso civico generalizzato. Ciò in quanto i controinteressati, instaurato il giudizio e magari chiesta ed ottenuta una misura cautelare (se del caso, anche monocratica), godrebbero del diverso e più lento ritmo processuale tipico del rito ordinario. A ben vedere, allora, ad esser lesi sarebbero non tanto i controinteressati, quanto direttamente, invece, i soggetti interessati ad esercitare il diritto di accesso civico.

<sup>80</sup> Si v., a tal proposito, il disposto dell'art. 7, comma 1, lett. b) (terzo periodo), della legge n. 124/2015, il quale pone tra i «principi e criteri direttivi» la «previsione [...] di procedure di ricorso all'Autorità nazionale anticorruzione in materia di accesso civico e in materia di accesso ai sensi della presente lettera [...]».

V'è peraltro da evidenziare, sul punto, che una disciplina delegata pienamente conforme alla norma di delega, oltre a non correre il rischio di imbattersi in future questioni di costituzionalità, avrebbe avuto, nel merito, anche il pregio di concentrare il potere di riesame in un solo soggetto<sup>81</sup> (terzo rispetto alle soggettività amministrative), evitandone una sua *polverizzazione*.

A ben vedere, poi, si sarebbe con ciò evitato anche un problema ulteriore, cui il legislatore delegato parrebbe non aver pensato: quello relativo al caso in cui già in prima istanza destinatario della richiesta di accesso civico sia il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, ovvero sia – come s'è detto – quel soggetto al quale il d.lgs. n. 97/2016 ha ritenuto di riservare in via generale il potere di decidere in sede di riesame. Anzitutto, infatti, ai sensi dell'art. 5, comma 3, lett. d), d.lgs. n. 33/2013, questi *potrà* essere il naturale destinatario di un'istanza di accesso civico di prima specie (relativa, cioè, a dati, informazioni o documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria). Ma poi, in concreto, potrebbe senz'altro darsi anche l'ipotesi in cui oggetto dell'istanza di accesso civico “generalizzato” siano dati o documenti detenuti da tale responsabile<sup>82</sup>.

Quelle sin qui evidenziate, nonostante non siano di certo poche, sono peraltro solo alcune delle criticità rilevabili nella disciplina del “nuovo” accesso civico. Come si è in parte già anticipato, infatti, non mancano aspetti problematici con riguardo anche ad un diverso profilo (più sostanziale che procedurale): quello dell'individuazione delle «esclusioni» e dei «limiti» all'accesso civico “generalizzato”. Ed è su questi aspetti, pertanto, che si sposterà ora l'analisi.

4. *Accessibilità “generalizzata”, limiti ed esclusioni: l'art. 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013 e le «linee guida» dell'ANAC.* – Dettata la regola dell'accessibilità generalizzata, il legislatore delegato si è subito preoccupato – condivisibilmente e conformemente ad uno specifico criterio direttivo posto nella norma di delega – anche di contenerne gli effetti. Come si è già detto<sup>83</sup>, con lo stesso art. 6 del

<sup>81</sup> Si condivide appieno, a tal riguardo, quanto già evidenziato da M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, cit., 600, ad avviso del quale «sarebbe stato preferibile – come accade in altri sistemi FOIA – assegnare la guida unitaria del processo di applicazione a un'apposita autorità indipendente, attribuendole il compito di decisore di ultima istanza sui ricorsi amministrativi».

<sup>82</sup> A tal proposito, a mezzo della già ricordata Circolare n. 2/2017 del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione (cfr. *supra*, nota 49), si è ritenuto di poter indicare alle amministrazioni, quale soluzione ad un tale problema, quella di un'individuazione preventiva di «un diverso ufficio (sovraordinato o, in mancanza, di livello apicale), eccezionalmente competente a decidere sulle domande di riesame» (cors. agg.). Si ritiene, tuttavia, che un'effettiva soluzione ad un tale profilo problematico debba necessariamente passare attraverso un atto avente forza di legge.

<sup>83</sup> Si v. *supra*, nota 41.

d.lgs. n. 97/2016 è stato infatti inserito nel d.lgs. n. 33/2013 anche un art. 5-*bis*, rubricato «*esclusioni e limiti all'accesso civico*».

Come si è in parte anticipato, la scelta legislativa italiana appare senz'altro in linea con le precedenti esperienze straniere, che hanno riconosciuto nei rispettivi ordinamenti un «*right to know*» quale espressione di una «*freedom of information*»<sup>84</sup>.

La presenza di un «*ventaglio*» di eccezioni nella regolazione dell'estensione e dell'esercizio di un tale diritto risulta invero inevitabile. Essa è la manifestazione esteriore dell'imprescindibile contemperamento tra l'interesse a conoscere ai fini di un controllo democratico sui pubblici poteri<sup>85</sup>, e una pluralità di altri interessi pubblici e privati, di regola particolarmente «sensibili», cui la conoscibilità generalizzata potrebbe arrecare un serio, irreparabile pregiudizio.

La disciplina italiana delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico è però risultata sin da subito problematica.

Le eccezioni predisposte dal legislatore delegato sono apparse già al Consiglio di Stato in sede consultiva come «numerose e non sempre puntuali»<sup>86</sup>, tanto da indurlo a suggerire di procedere all'individuazione di «criteri più dettagliati», eventualmente anche «con *linee guida* appositamente adottate per meglio chiarire le incertezze di siffatta disciplina derogatoria»<sup>87</sup>.

Tali rilievi sono stati poi condivisi dalle Commissioni parlamentari competenti<sup>88</sup>, dalla Conferenza unificata<sup>89</sup> e anche dall'ANAC<sup>90</sup>.

E così, in sede di stesura definitiva dell'art. 5-*bis*, il legislatore delegato, pur

<sup>84</sup> Cfr. *supra*, § 3 e *sub* nota 52.

<sup>85</sup> In questo senso, il riconoscimento legislativo di un diritto di accesso generalizzato potrebbe vedersi anche come la proiezione di quella *sovranità popolare* cui fa riferimento l'art. 1 Cost.

<sup>86</sup> Così, in modo significativo, Cons. St., sez. cons. att. norm., n. 515/2016, cit., punto 11.14 del *considerato*.

<sup>87</sup> Cfr. *ibidem*, dove viene anche ben evidenziato come ciò avrebbe garantito il conseguimento di un triplice risultato: quello di ridurre gli eccessivi margini di discrezionalità delle pubbliche amministrazioni, per evitare di «estendere [oltre modo] gli ambiti non aperti alla trasparenza»; quello di limitare, conseguentemente, l'«insorgenza di ulteriore contenzioso», inevitabilmente prodotto anche dalla «genericità di alcune previsioni»; quello di non fare «aumentare le perplessità circa l'efficacia» [in senso economico] del «FOIA italiano».

<sup>88</sup> Si v. il già citato *parere favorevole con condizioni e osservazioni* (20 aprile 2016) della I Commissione della Camera dei Deputati sullo schema di decreto legislativo presentato dal Governo (A.G. n. 267), e in particolare la ivi contenuta *condizione* n. 6), a mezzo della quale è stato espressamente chiesto di «[...] inserire la previsione di apposite linee guida a carattere vincolante appositamente adottate per meglio chiarire le incertezze di siffatta disciplina derogatoria, affidandone la redazione ad organismi *super partes*, quali ad esempio l'ANAC, sentito il Garante per la protezione dei dati personali» (*ivi*, 51). Un'analoga condizione si ritrova, poi, anche nell'omologo *parere favorevole con condizioni e osservazioni* approvato dalla I Commissione del Senato: si v. il *resoconto sommario* n. 388 del 20 aprile 2016, in *www.senato.it*. L'unica differenza sta nel fatto che in detto ultimo parere è stato previsto che le *linee guida* venissero adottate non «sentito», bensì «d'*intesa*» con il Garante per la protezione dei dati personali. Il Governo, in sede di approvazione definitiva del «decreto trasparenza», avrebbe poi accolto detta più ampia condizione: cfr. art. 5-*bis*, comma 6, d.lgs. n. 33/2013.

<sup>89</sup> Cfr. *parere* del 3 marzo 2016 – Repertorio atti n. 30/CU, in *www.statoregioni.it*.

<sup>90</sup> Cfr. *atto di segnalazione* n. 1 del 2 marzo 2016, 5 s., in *www.anticorruzione.it*.

ritenendo di non dover (o poter) intervenire direttamente sul testo di quell'articolo per provare a precisare «limiti» (commi 1 e 2) ed «esclusioni» (comma 3), ha ivi introdotto una disposizione ulteriore attraverso la quale, *conformemente* alle indicazioni ricevute nelle diverse sedi consultive<sup>91</sup>, ha rimesso all'Autorità nazionale anticorruzione, «*d'intesa*» con il Garante per la protezione dei dati personali e «*sentita*» la Conferenza unificata, il compito di adottare «*linee guida* recanti indicazioni operative», ai fini della «*definizione*» delle «eccezioni» all'accesso civico generalizzato<sup>92</sup>.

Tali linee guida sono state approvate dall'ANAC<sup>93</sup> a distanza di pochi giorni dalla scadenza del termine assegnato alle pubbliche amministrazioni (ed agli altri soggetti di cui all'art. 2-*bis*) per adeguarsi alle modifiche al c.d. «codice della trasparenza» apportate dal d.lgs. n. 97/2016, e così assicurare un effettivo esercizio del «*nuovo diritto*»<sup>94</sup>.

La caratteristica principale di dette linee guida sembra consistere nella loro *provvisorieta*.

Essa emerge in modo chiaro già dal preambolo, laddove si dà subito atto dell'opportunità di costituire «un apposito tavolo di confronto con le Regioni e gli enti territoriali» per pervenire a «*successivi approfondimenti*»<sup>95</sup>. Ma è ancor più manifesta nelle battute finali, ove la stessa Autorità nazionale anticorruzione indica in quelle linee guida solo una «prima individuazione delle esclusioni e dei limiti all'accesso generalizzato», da aggiornare «entro un anno», alla luce della «*prassi nel frattempo formatasi con le decisioni delle amministrazioni*»<sup>96</sup>.

Come a dire: il legislatore delegato ha riservato (*rectius*, a sua volta delegato) all'ANAC la funzione di orientare *ex ante* la prassi amministrativa in materia;

<sup>91</sup> Ed invero non poteva essere altrimenti. In caso contrario, infatti, lo schema di decreto legislativo avrebbe dovuto affrontare un ulteriore passaggio sia a Palazzo Montecitorio che a Palazzo Madama: cfr. art. 7, comma 4, della legge n. 124 del 2015, il quale prevede che «*il Governo, qualora non intenda conformarsi ai pareri parlamentari, trasmette nuovamente i testi alle Camere con le sue osservazioni e con eventuali modificazioni, corredate dei necessari elementi integrativi di informazione e motivazione*». Ma in tal caso sarebbe inutilmente decorso il termine di sei mesi (cfr. art. 7, comma 1, «*legge Madia*») per esercitare la delega legislativa.

<sup>92</sup> Cfr. art. 5-*bis*, comma 6, d.lgs. n. 33/2013.

<sup>93</sup> Con delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016, in *Gazz. Uff. – Serie Generale* n. 7 del 10 gennaio 2017, consultabile, naturalmente, anche sul sito web dell'Autorità ([www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)).

<sup>94</sup> Cfr. art. 42, comma 1, d.lgs. n. 97/2016, ai sensi del quale: «*I soggetti di cui all'articolo 2-bis del decreto legislativo 33 del 2013 si adeguano alle modifiche allo stesso decreto legislativo, introdotte dal presente decreto, e assicurano l'effettivo esercizio del diritto di cui all'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo n. 33 del 2013, come modificato dall'articolo 6 del presente decreto, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto*». Pertanto, considerato che il d.lgs. n. 97/2016, pubblicato in *G.U.* l'8 giugno 2016, è entrato in vigore il successivo 23 giugno, le pubbliche amministrazioni sono state chiamate ad assicurare l'esercizio «*pieno*» del diritto di accesso civico generalizzato a partire dal 23 dicembre 2016.

<sup>95</sup> Cfr. ANAC, *Linee guida*, cit., 1.

<sup>96</sup> Sia quelle rese in prima istanza, sia quelle adottate su eventuali ricorsi amministrativi (*rectius*, richieste di riesame e ricorsi al difensore civico), oltre che, naturalmente, alle decisioni del giudice amministrativo: cfr. *ivi*, 26 s.

e l'ANAC, da parte sua, attende invece d'esser guidata dalla prassi. E con una clausola di chiusura che, per vero, si fa apprezzare per onestà intellettuale, viene affermato in modo nitido che, in effetti, saranno solo le future linee guida a provvedere «ad una più precisa individuazione delle esclusioni disposte dalla legge e alla precisazione degli interessi, pubblici e privati, meritevoli di tutela in caso di accesso generalizzato, [...] elencati ai commi 1 e 2 dell'art. 5-bis del d.lgs. n. 33»<sup>97</sup>.

Sarebbe però ingeneroso ed anche intellettualmente poco onesto limitarsi a rilevare il carattere palesemente provvisorio delle *prime* linee guida dell'ANAC sulle "eccezioni" alla regola dell'accessibilità generalizzata. Anche se non v'è dubbio che, soprattutto nella prima fase di attuazione, le pubbliche amministrazioni avrebbero probabilmente preferito avere qualche punto fermo in più proprio con riguardo ad un profilo della disciplina del nuovo accesso civico particolarmente delicato e potenzialmente fonte di contenzioso e di responsabilità, anche su più fronti. Tuttavia, non si poteva forse chiedere molto di più nei ristretti tempi a disposizione, soprattutto se visti in rapporto alla molteplicità di funzioni di cui l'Autorità nazionale anticorruzione è stata negli ultimi anni investita.

Va in ogni caso apprezzato lo sforzo profuso al fine di fornire delle prime, concrete indicazioni operative alle amministrazioni. Tanto più che l'ANAC, andando ben oltre il compito assegnatole, ha ritenuto (possibile ed) utile premettere alla trattazione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico, anche tutta una serie di «indicazioni operative *generali* per l'attuazione» del c.d. "FOIA italiano", toccando diversi profili (organizzativi, procedurali e sostanziali) del nuovo istituto.

E così, ad esempio, le linee guida si soffermano sulle differenze tra accesso generalizzato, accesso civico "semplice" e accesso documentale *ex* legge n. 241 del 1990<sup>98</sup>; o ancora, suggeriscono alle pubbliche amministrazioni di dotarsi di «un regolamento interno sull'accesso», con il quale, tra l'altro, prevedere sul piano organizzativo «la *concentrazione* della competenza a decidere sulle richieste di accesso in un unico ufficio», che possa essere già dotato – è questo l'auspicio dell'ANAC – di risorse professionali adeguate, le quali poi possano nel tempo specializzarsi, «accumulando *know how* ed esperienza»<sup>99</sup>. Dunque, una "*sola voce*", in grado di garantire all'interno di ciascuna amministrazione un'adeguata specializzazione ed una maggiore coerenza delle risposte adottate in relazione alle diverse (e ai diversi tipi di) istanze di accesso ricevute. Allo stesso fine sembra poi orientato anche l'invito ad istituire un «registro degli accessi»<sup>100</sup>, con-

<sup>97</sup> Cfr. ANAC, *Linee guida*, cit., 27.

<sup>98</sup> Cfr. *ivi*, 6 s.

<sup>99</sup> Cfr. *ivi*, 8.

<sup>100</sup> Cfr. *ivi*, 26. Detto registro, se messo in condivisione attraverso la sua pubblicazione sui rispettivi siti istituzionali delle amministrazioni, sarebbe altresì strumentale ad una più facile rea-

tenente un elenco delle istanze presentate, con l'indicazione dell'oggetto, della data e del relativo esito.

Tra le diverse indicazioni operative generali, ve n'è però una che più di altre sconfinava in territori (che dovrebbero restare) riservati al legislatore, suscitando così più d'una perplessità. Essa riguarda quelle istanze di accesso civico generalizzato ivi definite – *motu proprio* dall'ANAC – come «manifestamente irragionevoli»<sup>101</sup> o «massive»<sup>102</sup>.

In sostanza, ad avviso dell'Autorità nazionale anticorruzione, le pubbliche amministrazioni (e gli altri soggetti di cui all'art. 2-*bis*) potrebbero opporre un diniego<sup>103</sup> a fronte di richieste volte ad accedere ad «un numero manifestamente irragionevole di documenti», determinando «un carico di lavoro tale da paralizzare [...] il buon funzionamento dell'amministrazione». In tali casi, dunque, sembrerebbe doversi riconoscere alle amministrazioni la titolarità di un potere discrezionale di ponderazione comparativa tra l'interesse all'accesso civico, da un lato, ed il carico di lavoro conseguente alla relativa istanza, dall'altro, che legittimerebbe l'amministrazione a negare l'accesso a tutela del suo buon andamento<sup>104</sup>.

La soluzione indicata dall'ANAC sembra, però, scontrarsi frontalmente con il diritto positivo. E non solo, a ben vedere, perché il legislatore delegato del 2016, nell'innovare il “codice della trasparenza”, non ha espressamente contemplato – come invece avrebbe ben potuto fare, anche sulla scia di altre recenti esperienze ordinamentali<sup>105</sup> – un tale limite al pieno dispiegarsi del diritto di accesso civico. Ma soprattutto perché – in positivo – detto legislatore ha previsto a mezzo di un'apposita e precisa disposizione, che l'accesso civico generalizzato possa essere motivatamente negato, differito o comunque limitato *solo* con riferimento alle esclusioni e ai limiti stabiliti a mezzo dell'art. 5-*bis*. E tra le “eccezioni” ivi contemplate, non v'è con tutta evidenza alcun cenno al caso delle richieste c.d. «massive» o «vessatorie»<sup>106</sup>.

lizzazione di un'attività di monitoraggio sulle richieste di accesso generalizzato e sui relativi esiti procedurali, preannunciato dall'ANAC nelle stesse *linee guida*: si v. *ibidem*.

<sup>101</sup> Cfr. *ivi*, 9 s.

<sup>102</sup> Così nella «Guida operativa all'accesso generalizzato» allegata alle *linee guida* dell'Autorità anticorruzione: cfr. *ivi*, 29.

<sup>103</sup> A tal proposito, nonostante l'ANAC, per rinvio alla diversa ipotesi delle richieste di accesso meramente esplorative (ossia a quelle istanze di accesso volte a «scoprire» di quali informazioni l'amministrazione dispon[ga]), sembrerebbe far riferimento al concetto di inammissibilità, con riguardo al caso di «richieste massive» dovrebbe trattarsi, diversamente, di un motivato provvedimento di diniego, adottato – come poi nella sostanza indicato dalla stessa ANAC e come si dirà subito *infra* nel testo del paragrafo – nell'esercizio di discrezionalità amministrativa.

<sup>104</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>105</sup> Si v., ad esempio, la *Section 14* del già citato FOIA britannico del 2000, dedicata alla disciplina delle «vexatious or repeated requests».

<sup>106</sup> Merita d'essere evidenziato, peraltro, come l'esigenza di includere nella disciplina del “FOIA italiano” dei «criteri per evitare richieste vessatorie e ripetitive», fosse stata sottolineata al Governo proprio dall'ANAC, attraverso il già citato (*supra*, *sub* nota 90) *atto di segnalazione* (n. 1 del

Ora, senz'altro si condivide, sul piano teorico, che una tale omissione rappresenti un'ulteriore, non trascurabile criticità nella disciplina dell'accesso civico generalizzato<sup>107</sup>. Tuttavia, allo stesso tempo, non si vede proprio come possa essere l'ANAC a (pretendere di) colmare una tale lacuna. Anche perché, così facendo, anziché limitarsi a specificare – in forza dell'investitura legislativa ricevuta dal Governo – le esclusioni ed i limiti all'accesso civico, magari provando a raggiungere approdi più sicuri<sup>108</sup>, detta Autorità sembrerebbe, invece, voler impropriamente introdurre di *nuovi*<sup>109</sup>, nel silenzio del legislatore. E se è ben vero che, nel far ciò, l'ANAC ha potuto (e ritenuto sufficiente) indicare, a supporto, un precedente specifico del giudice comunitario<sup>110</sup>, il quale parrebbe effettivamente ammettere un'ulteriore eccezione alla regola dell'accessibilità con riguardo a quei casi in cui «l'onere amministrativo [...] si rivell[i] particolarmente gravoso, oltrepassando così i limiti di ciò che può essere ragionevolmente richiesto», è però altrettanto vero che nel diritto europeo, sul punto, è comunque possibile prendere le mosse – come peraltro ha fatto quel giudice – da un dato di diritto positivo riscontrabile nel regolamento comunitario sull'accesso agli atti

2 marzo 2016) sullo schema di decreto legislativo: cfr. *ivi*, 6. Ma ciò, a ben vedere, sembra rafforzare l'idea che il legislatore delegato abbia poi consapevolmente optato per una soluzione diversa, volta a non contemplare tra le cause di limitazione dell'accesso civico generalizzato quella delle «*vexatious requests*».

<sup>107</sup> Che andrebbe dunque ad aggiungersi a quelle sin qui rilevate: cfr. *supra*, § 3 e in questo paragrafo.

<sup>108</sup> Si rinvia, a tal riguardo, alle considerazioni fatte nel presente paragrafo in merito al carattere manifestamente provvisorio delle *linee guida* licenziate dall'ANAC a dicembre 2016.

<sup>109</sup> Peraltro, nella prassi amministrativa sembra che si stia già facendo ricorso a detto «*ulteriore limite*» per negare l'accesso: cfr. Garante per la protezione dei dati personali, parere 27 aprile 2017, [doc. web n. 6388689], in *www.garanteprivacy.it*, ove l'Autorità osserva: «Con particolare riferimento al caso sottoposto all'attenzione del Garante, dagli atti risulta che l'accesso civico è stato negato, in via preliminare, in quanto, trattandosi di istanza avente a oggetto circa seicento determinazioni dei vari responsabili dei servizi del Comune, la richiesta è stata considerata «massiva [...]» e manifestamente irragionevole, tale cioè da comportare un carico di lavoro in grado di interferire con il buon funzionamento dell'amministrazione», impedendo, peraltro, a quest'ultima di contattare i numerosi controinteressati e/o di valutare la possibilità di concedere un accesso parziale, oscurando i dati personali eventualmente presenti nella documentazione richiesta. Il diniego di accesso civico basato sulla predetta motivazione esula dal caso indicato nell'art. 5-*bis*, comma 2, lett. a), del d. lgs. n. 33/2013, per i quali è previsto l'obbligo di chiedere il parere formale al Garante. Non si ritiene, pertanto, che l'Autorità possa pronunciarsi in ordine alle valutazioni effettuate dal Comune con riferimento alle cc.dd. «Richieste massive», per le quali si rinvia alle indicazioni contenute nelle citate Linee ANAC [...]».

<sup>110</sup> Trattasi della decisione del Tribunale di primo grado (Prima sezione ampliata) del 13 aprile 2005, *Verein für Konsumenteninformation/Commissione*, T-2/03, EU:T:2005:125, consultabile in *curia.europa.eu*, dalla quale, però, sembra siano stati strumentalmente estrapolati solo brevi stralci, rispetto ad un *iter* argomentativo ben più ampio e relativo ad una vicenda ben più complessa, che ha tra le altre cose visto soccombente la Commissione europea quale amministrazione detentrica dei documenti richiesti, e dal quale si evince l'eccezionalità di una deroga all'accessibilità per «*carico di lavoro*» dell'amministrazione.

delle Istituzioni europee<sup>111</sup>. Elemento che, come si è detto, non è dato invece riscontrare nel diritto interno.

Passando, ora, a quello che sarebbe dovuto essere l'oggetto precipuo delle linee guida, va detto che l'Autorità nazionale anticorruzione ha anzitutto proposto, a tal riguardo, una distinzione tra «eccezioni assolute» ed «eccezioni relative o qualificate»<sup>112</sup>.

L'uso di una tale terminologia, oltre a rifarsi in modo evidente alla distinzione rinvenibile nell'esperienza britannica tra *absolute* e *qualified exemptions*, sembrerebbe voler anche sottendere una precisa conseguenza sul piano interpretativo: posta la regola dell'accessibilità generalizzata, i «limiti» e le «esclusioni» previsti dall'art. 5-*bis*, commi 1, 2 e 3, d.lgs. n. 33/2013, rappresenterebbero, per l'appunto, delle *eccezioni*, e come tali sarebbero dunque da interpretare in senso restrittivo<sup>113</sup>. Invero, però, si ritiene che i termini utilizzati dal legislatore del 2016 descrivano la realtà in modo più fedele<sup>114</sup>.

Quanto alle c.d. «eccezioni relative» (vale a dire, i *limiti* all'accesso civico generalizzato) di cui all'art. 5-*bis*, commi 1 e 2, l'ANAC ha cercato di offrire alle amministrazioni un primo supporto nell'identificazione ed esplicazione dei concetti utilizzati dal legislatore per individuare quella serie di interessi pubblici<sup>115</sup> e privati<sup>116</sup>, che potrebbero subire un «pregiudizio concreto»<sup>117</sup> dal pieno manifestarsi della regola dell'accessibilità generalizzata. Come ha riconosciuto la stessa Autorità, trattasi, invero, solo di «alcune *prime* indicazioni utili»<sup>118</sup>. Tuttavia, si

<sup>111</sup> Il riferimento è al regolamento (CE) n. 1049/2001, «relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione», il cui art. 6, comma 3, espressamente dispone: «Nel caso di una domanda relativa a un documento molto voluminoso o a un numero elevato di documenti, l'istituzione in questione può contattare informalmente il richiedente onde trovare una soluzione equa».

<sup>112</sup> Cfr. ANAC, *Linee guida*, cit., 10.

<sup>113</sup> Cfr. *ivi*, 6.

<sup>114</sup> E ciò, per vero, sia in ragione di quanto già s'è detto circa l'«ampiezza» e l'«indeterminatazza» di diverse categorie di limiti ed esclusioni (cfr. *supra*, nelle battute iniziali di questo paragrafo, nonché già nel § 3 e *sub* nota 53), sia in ragione di quanto s'è visto poco sopra rispetto al tentativo della stessa Autorità di ampliare – *praeter legem* – il novero delle c.d. «eccezioni».

<sup>115</sup> Ai sensi dell'art. 5-*bis*, comma 1, del d.lgs. n. 33/2013, «l'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2, è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti a: a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico; b) la sicurezza nazionale; c) la difesa e le questioni militari; d) le relazioni internazionali; e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato; f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento; g) il regolare svolgimento di attività ispettive».

<sup>116</sup> Ai sensi dell'art. 5-*bis*, comma 2, del d.lgs. n. 33/2013, «l'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; b) la libertà e la segretezza della corrispondenza; c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, *ivi* compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali».

<sup>117</sup> Così *ibidem*.

<sup>118</sup> Cfr. ANAC, *Linee guida*, cit., 15 (cors. agg.).

ritiene che queste ultime possano risultare senz'altro di aiuto per gli operatori delle pubbliche amministrazioni.

Nell'economia complessiva del presente contributo, non è evidentemente possibile soffermarsi sui singoli *insiemi* di interessi pubblici e privati individuati «in modo puntuale»<sup>119</sup> (?) dal legislatore delegato del 2016 come possibili cause di diniego all'accesso. Né, tantomeno, avrebbe alcuna utilità ripercorrere il pur meritorio (ma forse non ancora sufficiente) lavoro dell'ANAC di ricostruzione e delimitazione dei concetti cui ha fatto ricorso il legislatore<sup>120</sup>.

Si reputa più interessante, invece, porre in evidenza come dette “eccezioni relative” possano in concreto operare.

A tal riguardo, v'è da rilevare come il legislatore italiano del 2016, tra le due principali opzioni registrabili a livello globale – dove tuttavia non mancano modelli “*misti*” –, abbia sposato la tecnica del c.d. “*prejudice* (o *harm*) *test*”<sup>121</sup>.

Le amministrazioni destinatarie di un'istanza di accesso *ex art. 5*, comma 2, d.lgs. n. 33/2013, sono infatti chiamate a verificare se dall'ostensione dei documenti (o dati) richiesti, possa derivare, secondo uno specifico *nesso di causalità* e con *ragionevole probabilità*<sup>122</sup>, un *pregiudizio concreto* ad uno (o più) degli interessi pubblici o privati individuati dal legislatore come “*rilevanti*” (commi 1 e 2).

Anche l'ANAC, nelle sue linee guida, nonostante in prima battuta affermi che le amministrazioni debbano adottare «la tecnica del *bilanciamento*, caso per caso, tra l'interesse pubblico alla *disclosure* generalizzata e la tutela di altrettanto validi interessi considerati dall'ordinamento», parrebbe poi indicare per punti, invece, proprio le tappe tipiche dell'*harm test*<sup>123</sup>.

E in verità, non potrebbe essere altrimenti. Il dato di diritto positivo è a tal riguardo particolarmente puntuale. Tanto il comma 1 quanto il comma 2 dell'art. 5-*bis*, infatti, dispongono che «l'accesso di cui all'articolo 5, comma 2, è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto» ad uno degli interessi ivi indicati. Accertata la probabilità della lesione ed il nesso di causalità tra l'ostensione ed il pregiudizio, l'amministrazione, dunque, *deve* opporre un diniego. Essa, cioè, non deve (*rectius*, non può) valutare discrezionalmente, secondo la diversa tecnica del *public interest test*, se pesi di più il pregiudizio “*da disclosure*” o la lesione all'interesse pubblico “*alla full disclosure*”<sup>124</sup>.

<sup>119</sup> Così nella *Relazione illustrativa* allegata alla versione definitiva dello schema di decreto legislativo, cit., 10.

<sup>120</sup> Per il quale si rinvia alle *Linee guida*, cit., 15 ss.

<sup>121</sup> In dottrina, questo profilo è stato già ben messo in luce da M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, cit., 599.

<sup>122</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>123</sup> Cfr. ANAC, *Linee guida*, cit., 11 (cors. agg.).

<sup>124</sup> Quasi superfluo aggiungere che, tra le due diverse modalità applicative delle “eccezioni relative”, sia la tecnica del *public interest test* a garantire «una più robusta salvaguardia del principio di trasparenza»: così M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, 599, e già ID., *The Right to Open Public Administrations in Europe: Emerging Legal Standards*, Sigma Paper n.

In applicazione del principio di proporzionalità, cui si è evidentemente ispirato in modo pienamente condivisibile lo stesso legislatore, ciò che l'amministrazione potrebbe e – anzi – *dovrebbe* fare, è solo verificare se il pregiudizio possa essere *comunque evitato* con un accesso *differito*<sup>125</sup> o *limitato*<sup>126</sup>; e dunque, oltre che opponendo un diniego, adottando una misura più favorevole per il soggetto richiedente.

Quanto alle c.d. «eccezioni assolute» (ossia, le *esclusioni*), l'Autorità nazionale anticorruzione si è innanzitutto preoccupata di affermarne il «carattere tassativo»<sup>127</sup>. Tuttavia, come subito dopo ha dimostrato la stessa Autorità nel procedere espressamente per «esemplificazioni [...] non [...] esaustive», anche l'esatta delimitazione delle «*aree escluse*» è operazione nient' affatto semplice.

L'unica cosa che può affermarsi con certezza è che, laddove operi una causa di esclusione, il diritto di accesso civico generalizzato si «sgonfia», si svuota in ragione di «una valutazione preventiva e generale»<sup>128</sup> fatta a monte dal legislatore. Ivi, cioè, il principio di trasparenza recede sino a potersi dire, forse, che quel diritto non c'è più. Ed è evidente, allora, come l'esatta definizione dell'insieme delle esclusioni sia di fondamentale importanza per individuare l'effettiva consistenza del «*nuovo diritto*»<sup>129</sup>.

La difficoltà nel tracciare una precisa linea di confine dipende, in parte, anche dal dato di diritto positivo, il quale per certi aspetti è sovrabbondante, generando duplicazioni e parziali sovrapposizioni.

L'art. 5-*bis*, comma 3, d.lgs. n. 33/2013, infatti, dopo aver disposto che il diritto di accesso generalizzato è escluso «nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge», pone un rinvio – senz'altro opportuno a fini di coordinamento e raccordo<sup>130</sup> tra le diverse *species*

46, Oecd-Sigma, 17 gennaio 2011, 25 ss., ove l'A., sul punto, conclusivamente osserva: «*Therefore, compared to the harm test, the balancing test involves a stronger inbuilt presumption in favor of disclosure*» (ivi, 26). Nella letteratura straniera, tra gli altri, si segnala in argomento la recente analisi di M. McDONAGH, M. PATERSON, *FOI in the balance: The function and role of the public interest test*, in *Public Law*, 2017, 81 ss., ove, in particolare, viene condotta una comparazione tra l'esperienza del FOIA britannico del 2000 e quella del FOIA australiano del 1982 (consultabile in [www.oaic.gov.au](http://www.oaic.gov.au)), proprio in relazione ai meccanismi di funzionamento, nei due sistemi, del *public interest test*, giungendo alla seguente conclusione: «*there are valuable lessons to be learned from developments in Australia where the concept of the public interest has been refined in the context of the new wave of 2nd generation FOI laws*».

<sup>125</sup> Cfr. art. 5-*bis*, comma 5, d.lgs. n. 33/2013.

<sup>126</sup> Cfr. art. 5-*bis*, comma 4, d.lgs. n. 33/2013.

<sup>127</sup> Cfr. ANAC, *Linee guida*, cit., 12.

<sup>128</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>129</sup> In presenza di una causa di esclusione, infatti, esso è da ritenersi escluso *sempre e comunque*. Diversamente da quanto previsto dall'art. 24, comma 7, della legge n. 241/1990, infatti, non trattandosi di un diritto strumentale, non ha cittadinanza alcuna nel suo statuto giuridico quella clausola che impone di garantire *sempre* l'accesso per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Sull'effettiva portata di questa clausola, peraltro, non c'è affatto uniformità di vedute anche con riguardo all'accesso documentale.

<sup>130</sup> Cfr. Cons. St., sez. cons. att. norm., parere n. 515/2016, cit., punto 11.15 del *considerato*.

di accesso – all’art. 24, comma 1, della legge n. 241/1990, contenente la disciplina delle esclusioni relative al c.d. accesso documentale. Com’è noto, però, una delle disposizioni ivi poste – quella di cui alla lett. a) – prevede a sua volta che il diritto di accesso sia da ritenersi escluso proprio con riguardo ai «documenti coperti da segreto di Stato e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge».

La ridondanza è nitida. Tuttavia, a parte questa sensazione, non può di certo dirsi che su questo versante la linea di confine indicata dal legislatore del 2016 sia incerta. Altro discorso è che questi abbia poi rimesso all’ANAC l’onere di tracciare detta linea, unendo tutti quei punti rappresentati dalle diverse disposizioni di legge rinvenibili nell’ordinamento, costitutive di obblighi di segreto o, comunque, divieti di divulgazione.

Sugli altri fronti, invece, il confine è – almeno ad oggi – decisamente più sbiadito e potenzialmente fonte di conflitti (apparenti) tra l’area delle esclusioni e quella dei limiti all’accesso generalizzato.

Ciò dipende dal fatto che, com’è noto, l’art. 24, comma 1, lett. a), della legge n. 241/1990, oltre ad escludere l’accesso documentale mediante rinvio esterno a specifiche norme di legge che dispongano in tal senso, prevede anche che taluni casi di esclusione possano essere individuati dal Governo, attraverso un apposito regolamento *ex art. 17*, comma 2, della legge n. 400/1988 – che tuttavia ad oggi non risulta essere stato ancora adottato –, così come pure dalle singole pubbliche amministrazioni, attraverso atti di natura regolamentare.

La maggiore o minore estensione del “nuovo diritto” dipenderà, allora, oltre che dai segreti e dai divieti di divulgazione già presenti nell’ordinamento (o in futuro apposti) in forza di specifiche disposizioni di legge, anche dall’*an* e dal *quomodo* di un tale potere regolamentare.

A tal riguardo, però, il rinvio che l’art. 5-*bis*, comma 3, del d.lgs. n. 33/2013 fa alla disciplina dell’accesso documentale, sembrerebbe generare un *cortocircuito*.

Com’è noto, gli interessi pubblici e privati a tutela dei quali il Governo, attraverso il citato regolamento, potrebbe introdurre delle esclusioni all’accessibilità, sono elencati all’art. 24, comma 6, della legge sul procedimento. E scorrendo l’elenco<sup>131</sup>, subito ci si avvede di un’ambigua sovrapposizione e di un conseguente possibile profilo di criticità: nel contesto del “codice della trasparenza”, infatti, molti di quegli interessi non afferiscono affatto all’area delle esclusioni, bensì a quella dei limiti<sup>132</sup>.

<sup>131</sup> In via meramente esemplificativa, tra gli interessi di cui all’art. 24, comma 6, della legge n. 241/1990, è dato infatti rinvenire: la sicurezza e la difesa nazionale, la correttezza delle relazioni internazionali, la politica monetaria e valutaria, l’ordine pubblico, la prevenzione e la repressione della criminalità, l’attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini, la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale.

<sup>132</sup> Cfr. *supra*, *sub* note 115 e 116.

In altri termini, almeno una parte di ciò che la legge n. 241/1990 individua come causa di esclusione del diritto di accesso allo stato potenziale<sup>133</sup>, per il d.lgs. n. 33/2013 costituirebbe, invece, solo un limite all'accesso, in presenza del quale, a fronte di un esito negativo del *prejudice test*, l'amministrazione dovrebbe comunque procedere nel senso dell'ostensione dei dati o documenti richiesti.

Il paradosso è palese.

Se così fosse, infatti, ciò che – pur in presenza di tutti gli altri presupposti richiesti dalla relativa disciplina (interesse diretto, concreto, attuale, etc.) – sarebbe da ritenersi *inaccessibile* attraverso l'istituto dell'accesso documentale<sup>134</sup>, potrebbe risultare *accessibile* attraverso l'istituto dell'accesso civico generalizzato.

Una tale ipotesi è evidentemente da escludersi in radice.

Alla luce del vigente dato di diritto positivo sembra invece doversi affermare che, se e quando il Governo adotterà il regolamento previsto dall'art. 24, comma 1, della legge n. 241/1990, i casi di sottrazione all'accesso documentale ivi contemplati, dovranno ritenersi *automaticamente* operare anche in relazione all'accesso civico generalizzato.

Ad oggi può allora affermarsi con certezza soltanto che, tanto più ampi saranno i confini contenutistici degli atti normativi espressione del potere regolamentare previsto dall'art. 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990, tanto più ridotta sarà l'area dell'accessibilità "generalizzata".

Insomma, nel complesso, il tema delle c.d. "eccezioni" all'accesso civico di seconda specie obbliga – almeno per il momento – a navigare a vista.

5. *Il futuro della trasparenza amministrativa da una prospettiva di diritto comparato globale: l'improvement della proactive disclosure quale obiettivo prioritario.* – Nel mentre in Italia si è intenti a celebrare l'innegabile conquista di una "libertà" di informazione amministrativa intesa come accessibilità "generalizzata"<sup>135</sup>, la tendenza registrabile al di là dei confini nazionali muove in modo deciso, ormai da diversi anni, verso un traguardo ulteriore: quello della c.d. «*proactive disclosure*»<sup>136</sup> (trasparenza proattiva) e del suo miglioramento in termini sia *quantitativi* che *qualitativi*.

Se è senz'altro vero – come recentemente rilevato dalla manualistica italiana più attenta anche a tali profili – che nelle legislazioni nazionali del più ristretto

<sup>133</sup> Che ben potrebbe, però, divenire reale in forza di un futuro esercizio del potere regolamentare ivi contemplato.

<sup>134</sup> Con quello strumento, cioè, che dovrebbe consentire «un accesso più *in profondità*»: cfr. ANAC, *Linee guida*, cit., 7.

<sup>135</sup> Con le esclusioni e i limiti visti nel precedente paragrafo.

<sup>136</sup> Spesso indicata, nella legislazione e prassi statunitensi, anche come «*active disclosure*», e ad esempio, nell'altrettanto interessante esperienza indiana, invece, «*suo moto disclosure*»: cfr. Cfr. H. DARBISHIRE, *Proactive Transparency: The future of the right to information?*, World Bank Institute, Governance Working Paper Series, 2010, in particolare *sub* nota 3.

contesto europeo «sono ancora pochi (sebbene recenti, ed in via di progressivo ampliamento) i casi, paragonabili a quello italiano, di forte investimento sulla diffusione obbligatoria di informazioni da parte delle amministrazioni»<sup>137</sup>, da una prospettiva più ampia – verrebbe da dire – di diritto comparato *globale*, una tale direzione, come dimostrato dalla più recente letteratura in argomento<sup>138</sup>, appare ben più marcata.

Non è possibile in questa sede ripercorrere l'analisi di quelle legislazioni e prassi sul c.d. *right to know* rinvenibili in esperienze straniere (nazionali e sovranazionali) ad oggi particolarmente avanzate sul fronte della *proactive disclosure*. Tuttavia, i risultati conseguiti attraverso le indagini sin qui condotte sul tema, sembrano convergere verso una considerazione comune: ossia, che la trasparenza proattiva rappresenti – o potrebbe senza dubbio rappresentare – «*the future of the right to information*»<sup>139</sup>.

Che in prospettiva futura, tra accessibilità e pubblicità, potesse ben presto divenire quest'ultima «il più rilevante strumento di trasparenza», era peraltro stato ben messo in luce, invero da diversi anni, anche dalla più attenta dottrina italiana<sup>140</sup>.

L'affermarsi delle *tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICTs)*<sup>141</sup>, con la conseguente *informatizzazione* (anche) della p.A.<sup>142</sup>, ha chiaramente rap-

<sup>137</sup> Così F. MERLONI (con il contributo di E. CARLONI e B. PONTI), *Istituzioni di Diritto amministrativo*, Torino 2016<sup>2</sup>, 307 s.

<sup>138</sup> Cfr. M. GARCÍA-TABUYO, A. SAEZ-MARTIN, C. CABA-PÉREZ, *Proactive disclosure of public information: legislative choice worldwide*, in *Online Information Review*, 2017, 354 ss.; H.J.M. RUIJER, *Proactive Transparency in the United States and The Netherlands: The Role of Government Communication Officials*, in *America Review of Public Administration*, 2017, 354 ss.; H. DARBISHIRE, *Proactive Transparency*, cit.; F. DI MASCO, *La trasparenza presa sul serio: gli obblighi di pubblicazione nell'esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 1095 ss.; K. ABUSHAMSIEH, A.M. LÓPEZ-HERNÁNDEZ, D. ORTIZ-RODRÍGUEZ, *The development of public accounting transparency in selected Arab countries*, in *International Review of Administrative Sciences*, 2014, 421 ss.; M. GALVEZ RODRÍGUEZ, C. CABA-PÉREZ, M. LÓPEZ GODOY, *Drivers for the proactive online disclosure of information in the NGO sector: the Colombian case*, in *Online Information Review*, 2014, 769 ss.; W. XIAO, *Freedom of information reform in China: information flow analysis*, in *International Review of Administrative Sciences*, 2013, 790 ss.; Z. BOOKMAN, J.P.G. AMPARAN, *Two steps forward, one step back: assessing the implementation of Mexico's Freedom of Information Act*, in *Mexican Law Review*, 2009, 4 ss.; S.J. PIOTROWSKI, Y. ZHANG, W. LIN, W. YU, *Key Issues for Implementation of Chinese Open Government Information Regulations*, in *Public Administration Review*, 2009, 129 ss.; C. CABA-PÉREZ, M.P. RODRÍGUEZ-BOLÍVAR, A.M. LÓPEZ-HERNÁNDEZ, *E-government process and incentives for online public financial information*, in *Online Information Review*, 2008, 379 ss.; T. MENDEL, *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey*, Paris 2008, in part. 31 ss. (e *passim*).

<sup>139</sup> Così H. DARBISHIRE, *Proactive Transparency*, cit., 6 s. (e *passim*). In termini altrettanto significativi, T. MENDEL, *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey*, cit., 33, ove l'A. afferma: «The longer term goal should be to make information available proactively, so as to minimise the need for individuals to have to resort to requests to access it».

<sup>140</sup> Così F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in ID. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., 9. Ma sull'alternativa tra accessibilità e disponibilità, si v. già G. PASTORI, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi in Italia*, cit., 152.

<sup>141</sup> Acronimo – com'è noto – di «*Information and Communication Technologies*».

<sup>142</sup> Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, in ID. (a cura di) *La tecnificazione*, Firenze 2016,

presentato, a tal riguardo, un fattore decisivo<sup>143</sup>. Anzi, può senza dubbio dirsi che, della trasparenza proattiva in senso generalizzato e pieno, le ICTs rappresentino la *condicio sine qua non*. In assenza del processo di digitalizzazione<sup>144</sup>, non sarebbe stato affatto possibile, evidentemente, puntare su una «*proactive online disclosure*» quale principale strumento per garantire un'ampia *disponibilità* del patrimonio informativo pubblico e – con essa – una trasparenza amministrativa *effettiva*.

La progressiva consapevolezza delle potenzialità delle ICTs applicate alla pubblica amministrazione, ha fatto sì, dunque, che alcuni Paesi, a partire dalla metà degli anni Novanta, introducessero nei rispettivi *FOI acts* specifiche disposizioni volte (dapprima all'affermarsi e poi) all'*improvement* delle misure di trasparenza proattiva<sup>145</sup>. Diversi tra quei Paesi che soltanto più di recente, invece, si sono dotati di un *Freedom of Information Act*, hanno previsto al suo interno, spesse volte bilanciandole in modo adeguato, tanto disposizioni sul «*right to access to information*» (*reactive disclosure*) quanto disposizioni sul «*right to know by public administration*» (*proactive disclosure*)<sup>146</sup>.

Come si diceva, non è possibile in questa sede soffermarsi singolarmente su tali esperienze. È però senz'altro possibile indicare, almeno per punti, quelle che si ritengono essere le ragioni alla base di una tale tendenza legislativa registrabile nitidamente nello spazio giuridico globale.

La virata verso un *nuovo* modello di trasparenza, senza dubbio *misto* ma *a forte ed incrementale connotazione proattiva*, se trova il proprio antefatto ed il

10, ove gli Autori, nell'introdurre il tema, significativamente affermano: «Siamo ancora in una fase di transizione e anzi l'esperienza quotidiana ci dice che grandi pezzi dell'amministrazione italiana continuano a operare attraverso le famose scartoffie di tanta pregevole letteratura otto-novecentesca, ma non è difficile prevedere che nel giro di non molti anni (agende digitali o meno) anche le 'transazioni' amministrative saranno normalmente digitali e che quindi il codice dell'amministrazione digitale sarà il codice dell'amministrazione *tout court*».

<sup>143</sup> Cfr. H. DARBISHIRE, *Proactive Transparency*, cit., 9, ove l'A. rileva come «further impetus comes from the Internet, which makes possible *rapid* and *inexpensive* proactive disclosure [...] In many ways, the existence of information and communication technologies (ICTs) is in itself a *driving force* for greater access to information [...]» (cors. agg.). In termini analoghi, si vedano M. GARCÍA-TABUYO, A. SAEZ-MARTIN, C. CABA-PÉREZ, *Proactive disclosure of public information: legislative choice worldwide*, cit., 355, e T. MENDEL, *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey*, cit., 33, il quale sottolinea come le «new technologies make it easier to publish and disseminate information». Nella più recente letteratura italiana, si v. F. DI MASCIÒ, *La trasparenza presa sul serio*, cit., 1095.

<sup>144</sup> Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di) *La tecnificazione*, cit., 11 ss. In argomento, si v. anche G. BAROZZI REGGIANI, *Le ICT, gli Open data e l'innovazione della P.A. alla luce della recente riforma del Codice dell'Amministrazione digitale*, in G. AVANZINI, G. MATUCCI (a cura di), *L'informazione e le sue regole*, cit., 307 ss.

<sup>145</sup> Tra questi *in primis* gli Stati Uniti, su cui si v., tra gli altri, T. MENDEL, *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey*, cit., 130, e nella letteratura italiana, il recente studio di F. DI MASCIÒ, *La trasparenza presa sul serio*, cit., 1095 ss. Più in generale sull'*incorporating proactive disclosure into access to information laws*», si v. H. DARBISHIRE, *Proactive Transparency*, cit., 15 s.

<sup>146</sup> Cfr. *ibidem.* e T. MENDEL, *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey*, cit., 43 ss.

proprio mezzo – come si è detto – nelle ICTs, sembrerebbe potersi spiegare, oltre che per specifiche condizioni riscontrabili nelle diverse aree geo-politiche<sup>147</sup>, soprattutto in ragione dei molteplici *benefici* che, in ambito più strettamente giuridico-amministrativo, detto modello è in grado di procurare su più piani: *i*) quello dei soggetti interessati a conoscere; *ii*) quello delle amministrazioni detentrici del patrimonio informativo pubblico; *iii*) quello sistemico.

Quanto al piano *sub i*), la *proactive disclosure* garantisce, con tutta evidenza, una modalità di informazione amministrativa in grado di soddisfare l'interesse conoscitivo con *immediatezza*<sup>148</sup>, in modo *autonomo* ed in pieno *anonimato*<sup>149</sup>.

Dalla prospettiva di tutti quei soggetti interessati a conoscere informazioni, dati o documenti in mano pubblica, ben potrebbe dirsi che solo la *disponibilità* è *vera* trasparenza nel senso più proprio della metafora<sup>150</sup>. All'opposto, per quegli stessi soggetti, la c.d. trasparenza reattiva è mera conoscibilità allo stato potenziale e (solo) eventuale, che, dall'esterno, non può far di certo apparire le "pareti" della pubblica amministrazione come trasparenti. Anzi, la necessità di chiedere ed ottenere l'accesso onde conoscere, presuppone – concettualmente – proprio l'opacità di quelle pareti.

A ben vedere, allora, la (tanto evocata) metafora della «casa di vetro»<sup>151</sup> in definitiva sembra attagliarsi solo a quelle esperienze che fanno della *proactive disclosure* lo strumento principale della trasparenza amministrativa. Al contrario, con riguardo a quegli ordinamenti in cui la c.d. "*freedom of information*" si fonda principalmente sull'accessibilità, dovrà più correttamente dirsi, sempre in senso figurato, che i soggetti titolari di un interesse conoscitivo potranno "*bussare alla porta*" di quella "casa", attendendo fiduciosi che, dopo il riconoscimento, qualcuno apra, successivamente azionando, in mancanza, quei rimedi (eventualmente) amministrativi e giurisdizionali messi a tal fine a disposizione dall'ordinamento.

<sup>147</sup> Cfr. M. GARCÍA-TABUYO, A. SAEZ-MARTIN, C. CABA-PÉREZ, *Proactive disclosure of public information: legislative choice worldwide*, cit., 368.

<sup>148</sup> Sul vantaggio di «immediatezza attuativa» tipico della pubblicità, si v. già G. PASTORI, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi in Italia*, cit., 152.

<sup>149</sup> A tal proposito si v. in particolare H. DARBISHIRE, *Proactive Transparency*, cit., 3 s., ove l'A. ben evidenzia: «Another important benefit of proactive disclosure in countries emerging from authoritarian regimes is that it gives some protection to applicants from weaker segments of society for whom is often a hazardous activity to actually request information that could expose powerful vested interests. If such information is proactively available, then it can be downloaded or accessed anonymously. This also helps avoid a common situation in corruption-prone countries where public officials are more likely to attend to those who are sufficiently empowered to file requests for information needed to defend their rights» (cors. agg.). Più in generale, si è peraltro dell'avviso che il carattere dell'anonimato non vada sottovalutato *tout court*.

<sup>150</sup> Cfr. G. ARENA, *Trasparenza amministrativa e democrazia*, in *Studi parl. pol. cost.*, 1992, n. 97/98, 25 ss., ove l'A. ha giustamente sottolineato come «la cosiddetta "trasparenza amministrativa" [sia] in realtà una grande metafora, in quanto la trasparenza, di per sé, è soltanto una proprietà fisica dei corpi» (*ivi*, 25) (cors. agg.).

<sup>151</sup> Su cui si v. già *supra*, nota 9.

Quanto al piano *sub ii*), poi, i benefici in termini di riduzione dei costi economici ed organizzativi non sono affatto trascurabili.

Seppure ad oggi, infatti, non tutti sembrano concordare sull'instaurarsi di una vera e propria relazione di proporzionalità inversa tra l'incremento delle misure di *proactive disclosure* e la riduzione del numero di richieste individuali di accesso<sup>152</sup>, non v'è dubbio alcuno che l'aumento quantitativo e qualitativo di informazioni, dati e documenti resi disponibili in modo proattivo dalle pubbliche amministrazioni, dovrebbe ragionevolmente portar con sé un più ampio e generalizzato soddisfacimento dell'interesse conoscitivo dei singoli, con un conseguente effetto deflattivo sui procedimenti amministrativi di accesso e sui connessi adempimenti ed oneri gravanti sulle pubbliche amministrazioni<sup>153</sup>.

Sul piano sistemico (*supra, sub iii*), infine, la disponibilità del patrimonio informativo pubblico favorisce senz'altro una più prospera cultura della trasparenza<sup>154</sup>, contribuendo in modo deciso a realizzare esperienze di *open government*, nelle quali, com'è ben noto, una partecipazione effettiva all'«arena pubblica»<sup>155</sup> e ai processi decisionali non può che passare attraverso una sensibile riduzione delle *asimmetrie informative*<sup>156</sup>.

6. Il c.d. “FOIA italiano”, i timori per una «burocrazia della trasparenza» e gli arretramenti attuali, potenziali e concettuali sul fronte della trasparenza proattiva. – Il percorso della trasparenza amministrativa italiana, a raffronto con molte delle esperienze d'oltreconfine, risulta a ben vedere del tutto peculiare.

Diversamente da quanto accaduto altrove, infatti, il riconoscimento legislativo del diritto di accesso generalizzato né ha preceduto né è stato contestuale alla costituzione in capo alle amministrazioni di un'ampia gamma di obblighi di pubblicità. Esso – lo si è visto<sup>157</sup> – è invece sopravvenuto.

In modo altrettanto peculiare, se non anomalo, e senz'altro contrario alla *direzione* della trasparenza amministrativa registrabile da una prospettiva globale<sup>158</sup>, le recenti ed indiscutibili conquiste sul fronte della “libertà di accesso” all'informazione amministrativa sembrerebbero aver a tal punto appagato

<sup>152</sup> Cfr., ad esempio, M. GARCÍA-TABUYO, A. SAEZ-MARTIN, C. CABA-PEREZ, *Proactive disclosure of public information: legislative choice worldwide*, cit., 368.

<sup>153</sup> Concordi sul punto, tra gli altri, T. MENDEL, *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey*, cit., 33, H. DARBISHIRE, *Proactive Transparency*, cit., 3.

<sup>154</sup> Cfr., tra gli altri, M. GARCÍA-TABUYO, A. SAEZ-MARTIN, C. CABA-PEREZ, *Proactive disclosure of public information: legislative choice worldwide*, cit., ad avviso dei quali «[proactive on line disclosure] can help generate a more open culture within the organisation» (*ivi*, 368).

<sup>155</sup> Secondo la felice immagine di S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 601 ss.

<sup>156</sup> Cfr. L. SARTORI, *Open government: what else?*, in *Ist. fed.*, 2013, 753 ss. (in part. 774 s.).

<sup>157</sup> Cfr. *supra*, §§ 1 e 2.

<sup>158</sup> Cfr. *supra*, § 5.

il legislatore italiano da indurlo ad arretrare sul diverso fronte della trasparenza proattiva.

Il c.d. “FOIA italiano”, pur ponendosi quale testo legislativo integrato, contenente cioè disposizioni sia sulla *reactive* che sulla *proactive disclosure*, tradisce invero una certa preferenza per il primo dei due strumenti.

Il legislatore della “riforma Madia”, infatti, nel mentre con una mano ampliava notevolmente – pur se con tutte le rilevate criticità<sup>159</sup> – i confini della trasparenza reattiva, con l’altra ridisegnava in parte quelli della trasparenza proattiva, senza dubbio arretrando<sup>160</sup>, però, rispetto alla linea tracciata dal legislatore del 2013.

La nuova linea di confine, peraltro, è ancora *mobile*. Essa, pertanto, ben potrebbe lasciar fuori ulteriori spazi (di trasparenza proattiva), visto che l’arretramento accordato nel 2016 è triplice: *a*) immediato; *b*) mediato e potenziale; *c*) concettuale.

È *immediato*, perché attraverso una serie di modifiche apportate al d.lgs. n. 33/2013 con il d.lgs. n. 97/2016, diversi obblighi di pubblicazione ivi già previsti, sono stati fortemente ridimensionati o eliminati *tout court*<sup>161</sup>.

È *mediato e potenziale* – e in quanto tale, ad oggi, non ancora misurabile –, perché lo stesso d.lgs. n. 97/2016, attraverso alcuni innesti normativi sul d.lgs. n. 33/2013<sup>162</sup>, ha attribuito (una volta ancora) all’ANAC, ricorrendo ad un nuovo e del tutto peculiare meccanismo di delegificazione, un potere di modulazione e semplificazione degli obblighi di pubblicità posti *ex lege* in capo alle amministra-

<sup>159</sup> Cfr. *supra*, §§ 3 e 4.

<sup>160</sup> Ad avviso di E. CARLONI, *Se questo è un FOIA*, cit., «il sistema italiano pare [...] destinato ad assistere ad un arretramento sostanziale della complessiva conoscibilità dell’azione pubblica», da un lato perché il diritto di accesso civico generalizzato, per come configurato, «è un diritto drammaticamente spuntato», dall’altro, invece, perché si assiste contestualmente «ad una riduzione, ma anche ad una confusione, degli obblighi di pubblicazione, con arretramenti sullo stock di informazioni conoscibili» (*ivi*, 4).

<sup>161</sup> Tra le diverse modifiche al d.lgs. n. 33/2013, si segnalano a titolo esemplificativo: quella relativa alla soppressione dell’obbligo di pubblicazione dei dati relativi alle «risorse a disposizione di ciascun ufficio» (cfr. art. 13, comma 1, lett. *b*); quella volta a limitare gli obblighi di pubblicazione di cui all’art. 14 (ossia, concernenti i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e i titolari di incarichi dirigenziali), nel caso in cui gli incarichi o cariche di amministrazione, di direzione o di governo comunque denominati, «siano attribuiti a titolo gratuito» (cfr. art. 14, comma 1-*bis*); quella concernente l’eliminazione dell’obbligo di pubblicazione dei provvedimenti di autorizzazione e di concessione, nonché del contenuto, dell’oggetto e dell’eventuale spesa relativi ai provvedimenti di scelta del contraente per l’affidamento di lavori, forniture e servizi, e agli accordi stipulati *ex artt.* 11 e 15 della legge n. 241/1990 (cfr. art. 23, commi 1 e 2); e ancora, quella a mezzo della quale è stata disposta l’abrogazione della disposizione che imponeva la pubblicazione dei «tempi medi di erogazione dei servizi, con riferimento all’esercizio finanziario precedente» (cfr. art. 32, comma 2). Per un’accurata e completa ricognizione, si v. L.A. COLARUSSO, *La riforma degli obblighi di pubblicazione: è vera semplificazione?*, in P. CANAPARO (a cura di), *La trasparenza della pubblica amministrazione dopo la Riforma Madia*, cit., 135 ss. (in part. 166 ss.).

<sup>162</sup> Si vedano, in particolare, i commi 1-*bis* e 1-*ter* dell’art. 3 e il comma 3-*bis* dell’art. 8, d.lgs. n. 33/2013, ivi introdotti, rispettivamente, dall’art. 4, comma 1, lett. *b*), e dall’art. 8, comma 1, lett. *b*), d.lgs. n. 97/2016.

zioni (e agli altri soggetti, anche privati, obbligati)<sup>163</sup>, in particolare prevedendo il potere di detta Autorità di *sostituire* alla pubblicazione integrale una diversa forma di pubblicazione per «*informazioni riassuntive, elaborate per aggregazione*»<sup>164</sup>, nonché quello di precisare a mezzo del Piano nazionale anticorruzione<sup>165</sup> gli obblighi di pubblicazione, e di semplificarne le relative modalità di attuazione con riguardo alle amministrazioni comunali “minori”, agli ordini ed ai collegi professionali<sup>166</sup>.

Infine, si ritiene che l’arretramento sia anche *concettuale*, in quanto lo stesso legislatore ha espressamente riconosciuto uno specifico nesso logico-causale tra il riconoscimento legislativo del diritto di accesso c.d. “generalizzato” e le contestuali eliminazioni, rimodulazioni e semplificazioni degli obblighi di pubblicità<sup>167</sup>.

L’afferinarsi, sia sul piano del diritto positivo che su quello teorico, dell’idea per cui se “*tutto*” è a “*tutti*” accessibile non ha più senso alcuno continuare ad impegnarsi per conquistare ulteriori spazi di trasparenza proattiva, ed anzi è possibile abbandonarne alcuni già in precedenza occupati, non lascia invero ben sperare su quel fronte particolarmente ambito e verso il quale muovono sempre più spedite, invece, molte delle esperienze registrabili nello spazio giuridico globale.

Se è vero che l’opzione per un’ampia *proactive disclosure* porti con sé il duplice rischio di un’«opacità per confusione»<sup>168</sup> e di una «burocrazia della tra-

<sup>163</sup> Cfr. *supra*, note 7 e 50.

<sup>164</sup> Dispone infatti il comma 1-*bis* dell’art. 3, d.lgs. n. 33/2013: «L’Autorità nazionale anticorruzione, sentito il Garante per la protezione dei dati personali nel caso in cui siano coinvolti dati personali, con propria delibera adottata, previa consultazione pubblica, in conformità con i principi di proporzionalità e di semplificazione, e all’esclusivo fine di ridurre gli oneri gravanti sui soggetti di cui all’articolo 2-*bis*, può identificare i dati, le informazioni e i documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della disciplina vigente per i quali la pubblicazione in forma integrale è sostituita con quella di informazioni riassuntive, elaborate per aggregazione. In questi casi, l’accesso ai dati e documenti nella loro integrità è disciplinato dall’articolo 5».

<sup>165</sup> Su cui si v. S. AMOROSINO, *Il Piano Nazionale Anticorruzione come atto di indirizzo e coordinamento amministrativo*, e N. GULLO, *La politica di contrasto alla corruzione in Italia ed i soggetti responsabili della prevenzione della corruzione*, entrambi in M. IMMORDINO, N. GULLO, C. CELONE (a cura di), *Nuove Autonomie*, Numero monografico, cit., rispettivamente 543 ss. e 534 s.

<sup>166</sup> Più precisamente, ai sensi del comma 1-*ter*, dell’art. 3, d.lgs. n. 33/2013, «L’Autorità nazionale anticorruzione può, con il Piano nazionale anticorruzione, nel rispetto delle disposizioni del presente decreto, precisare gli obblighi di pubblicazione e le relative modalità di attuazione, in relazione alla natura dei soggetti, alla loro dimensione organizzativa e alle attività svolte, prevedendo in particolare modalità semplificate per i comuni con popolazione inferiore a 15.000 abitanti, per gli ordini e collegi professionali».

<sup>167</sup> Nella già citata (*supra*, *sub* nota 72) *Relazione illustrativa* allegata alla versione definitiva dello schema di decreto legislativo poi approvato come d.lgs. n. 97/2016, con riguardo agli abrogandi obblighi di pubblicazione dei provvedimenti di autorizzazione e concessione (cfr. *supra*, nota 161), può infatti leggersi: «si tratta di documenti e atti soggetti ad accesso civico [generalizzato] e questa nuova forma di trasparenza consente di eliminare l’obbligo di pubblicazione, riducendo notevolmente gli oneri per le amministrazioni, in relazione a documenti che di regola non interessano la totalità dei cittadini» (*ivi*, 17).

<sup>168</sup> Cfr. E. CARLONI, *La «casa di vetro» e le riforme*, cit., 806.

sparenza»<sup>169</sup>, si è tuttavia inclini a ritenere che ciò non costituisca una valida ragione per decidere di non puntar più su di essa, bensì solo un buon motivo per impegnarsi a migliorarla, riorganizzando i processi interni alle amministrazioni anche in chiave digitale e ricorrendo in modo pieno a tutte quelle facilitazioni che provengono da un impiego (che possa dirsi davvero) ottimale delle potenzialità offerte dalle ICTs.

Per di più, proprio a tal riguardo, va detto che non è affatto improbabile che il complessivo carico di lavoro e gli imprevedibili<sup>170</sup> costi sia organizzativi che economici derivanti da una futura, sempre più ampia diffusione del ricorso all'accesso civico generalizzato, possano alla fine risultare ben più elevati rispetto a quelli tipici di un sistema fortemente ispirato alla trasparenza di tipo proattivo<sup>171</sup>.

Si è fermamente convinti, poi, che il “nuovo diritto” di accesso civico generalizzato non possa affatto considerarsi un succedaneo della *disponibilità* del patrimonio informativo pubblico. Accessibilità e pubblicità non sono strumenti tra loro fungibili. Essi invece – come è stato già da tempo ben detto anche dall'attenta dottrina italiana – sono complementari<sup>172</sup>. E soltanto una loro adeguata combinazione potrà garantire di conseguire i vantaggi dell'uno, senza compromettere quelli dell'altro.

Per questo, allora, meravigliano – e preoccupano – quelle idee in forza delle quali è stato affermato che il riconoscimento dell'accessibilità generalizzata a dati e documenti amministrativi consenta «di prefigurare un futuro orientamento legislativo improntato ad una possibile dequotazione della rilevanza degli obblighi di pubblicazione»<sup>173</sup>, e che si potrebbe dunque immaginare di procedere ad una sensibile riduzione di tutti quegli obblighi di pubblicazione già vigenti, avendo «i cittadini [...] comunque a disposizione il canale alternativo del FOIA per accedere ai dati non pubblicati»<sup>174</sup>.

Al contrario, a tal riguardo, ci si augura che possa ben presto tornare a soffiare, anche in Italia, un “*vento globale*”.

<sup>169</sup> Cfr. Cons. St., sez. cons. att. norm., parere n. 515/2016, cit., punto 4.2. del *considerato*.

<sup>170</sup> Diversamente dagli obblighi di pubblicazione, infatti, essi non sono preventivabili (e dunque non è pienamente programmabile una loro adeguata gestione), dipendendo, evidentemente, dalla “frequenza” e dalla “intensità” con cui verrà esercitato in concreto il diritto di accesso civico generalizzato.

<sup>171</sup> Sui benefici della *proactive disclosure* anche su di un tale piano, si v. *supra*, § 5, *sub ii*).

<sup>172</sup> Cfr. F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in Id. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., 10 s.

<sup>173</sup> Così L.A. COLARUSSO, *La riforma degli obblighi di pubblicazione: è vera semplificazione?*, in P. CANAPARO (a cura di), *La trasparenza della pubblica amministrazione dopo la Riforma Madia*, cit., 178 (e, nello stesso senso, 186 e *passim*).

<sup>174</sup> Così F. CACCIATORE, F. DI MASCO, A. NATALINI, *La trasparenza proattiva in Italia*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 2017, 63.



## ABSTRACT

**Mario R. Spasiano**, *Emergenza e poteri sostitutivi tra storia, attualità e prospettive*

Recenti riforme legislative, sia statali che regionali, indicano una chiara tendenza volta a rispondere ad esigenze di efficienza e di certezza attraverso la valorizzazione del ricorso a rimedi di tipo sostitutivo. Ciò, chiaro segno di una profonda crisi del tradizionale rigido sistema di riparto di competenze, ha dato vita, tuttavia, a fattispecie piuttosto eterogenee. Attraverso lo studio dell'evoluzione del potere sostitutivo nel pensiero della dottrina e nell'ordinamento, nonché attraverso l'analisi critica dei principali profili che connotano le recenti riforme, l'Autore mira a verificare la sussistenza di un minimo comune denominatore in grado qualificare come "sostitutivo" l'esercizio di un determinato potere, indagando, altresì le ragioni sottese alla sempre maggiore diffusione dello stesso.

*Emergency and Substitute Competence between History, Current Reforms and Future Perspectives*

The recent legislative reforms, both state and regional, indicate a clear trend in favor of a substitute appeal to address efficiency and certainty necessities.

This constitutes a clear sign of a deep crisis of the rigid traditional system about the division of competences. Moreover, this began to originate heterogeneous cases.

The author aims at verifying the existence of a minimum common denominator, through the study of the evolution of the substitute competence in the thoughts of doctrines and legal system, and through the critical analysis of principal profiles that characterize recent reforms. This is to qualify as "substitute" the exercise of a specified competence, even inspecting the reasons that brought to a wider spread of it.

**Marco Mazzamuto**, *Vittorio Emanuele Orlando pubblicista alla prova della Grande guerra*

Il contributo mira ad indagare l'attitudine di Vittorio Emanuele Orlando, Ministro e Premier durante la Grande guerra, alla luce dei principi giuridici da Egli professati nella qualità di fondatore della scuola nazionale di diritto pubblico. Ne viene fuori uno spaccato delle straordinarie qualità di Orlando, sia nel fronteggiare le gigantesche difficoltà del governo di una guerra senza precedenti nella storia, sia nell'evitare che lo Stato di eccezione si traducesse in sproporzionate propensioni liberticide. Il giudizio storico su Orlando è stato troppo condizionato dalla cd. vittoria mutilata, mentre Egli merita di essere considerato tra i più grandi statisti della storia d'Italia.

*Vittorio Emanuele Orlando Public Law Jurist Put to the Test of the Great War*

The paper aims to investigate the attitude of Vittorio Emanuele Orlando as Minister and Premier during the Great War in the light of the legal principles he professed as founding father of Italian public law, showing his extraordinary qualities in facing the enormous difficulties of the government of an unprecedented war in history and in avoiding that the state of exception could result into disproportionate liberticidal propensities. Historical judgment on Orlando has been overly influenced by the so-called "mutilated" victory while he deserves to be considered one of the greatest statisticians in Italian history.

**Andrea Longo**, *Ordine pubblico internazionale e «lotta per la Costituzione».*  
*Spunti problematici alla luce di alcuni recenti approdi giurisprudenziali*

Il saggio affronta il tema dell'ordine pubblico, quale limite all'applicazione delle norme o al riconoscimento di atti pubblici stranieri nel nostro ordinamento (secondo quanto previsto dalla l. n. 218/1995), alla luce di alcune recenti decisioni della Corte di Cassazione. L'Autore, sulla base di una ricostruzione di carattere storico-dogmatico, evidenzia come la definizione del concetto in esame dipenda dalle relazioni che ad esso vengono attribuite rispetto alla legge, alla Costituzione e al diritto sovranazionale. La dottrina, in particolare, è da sempre divisa tra chi ricostruisce il limite dell'ordine pubblico sulla base dei principi di diritto interno e chi invece fa riferimento ai principi di matrice sovranazionale. La giurisprudenza, originariamente schierata sulla prima soluzione, ha di recente virato verso la seconda, come dimostrano la per certi versi rivoluzionaria sentenza della Cassazione che ha riconosciuto l'atto di nascita di un bambino nato da due madri e due pronunce del Tribunale di Firenze (più complesso e moderato, invece, un recente arresto delle Sezioni Unite sui c.d. danni punitivi).

L'Autore critica l'orientamento più recente, che svaluta le scelte del legislatore, demandando questioni di grande spessore etico ai giudici, e ritiene sempli-

cistico l'amalgama tra principi costituzionali, europei e internazionali, tra loro non pienamente sovrapponibili.

*International Public Order and Fight for the Constitution. Critical Observations on the Basis of Some Recent Judicial Decisions*

The essay deals with the issue of «public order» (also called «public policy exception») in private international law, which prevents the application of foreign rules or the recognition and enforcement of foreign public acts in our legal system (in accordance with Statute no. 218/1995), in the light of recent decisions delivered by the Supreme Court (*Corte di Cassazione*). The author, on the basis of a historical-theoretical analysis, underlines that the definition of «public order» depends on the relations that it is considered to have with three different levels of norms: statutes, the Constitution and EU and international law. The legal scholars have always been divided between those who define public order according to the principles of national law and those who refer to supranational principles. The jurisprudence, at the beginning favourable to the first opinion, has recently moved towards the second, as made clear by the revolutionary, to some extent, judgment of the Supreme Court that recognized the act of birth of a child born with two mothers, and two decisions of the Court of Florence (a recent judgment of the Supreme Court in joint session concerning the so-called «punitive damages» is instead more complex and moderate).

The author criticizes the recent stance, which devalues Parliament's choices and confer the power of deciding on ethical issues upon the judges; he also considers the amalgam of constitutional, European and international principles, which are not fully equivalent, too simplistic.

**Guido Rivosecchi**, *Leggi retroattive e diritti politici: verso la quadratura del cerchio*

Delimitato il campo di indagine sui diritti politici, il contributo prende in esame l'orientamento della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'ammissibilità e i limiti della legislazione retroattiva (ragionevolezza, tutela del legittimo affidamento e rispetto delle attribuzioni del potere giudiziario). Ciò al fine di soffermarsi sugli interventi retroattivi del legislatore in materia elettorale e in alcuni ambiti della c.d. legislazione elettorale "di contorno", con particolare riguardo alla disciplina dell'incandidabilità, sospensione e decadenza dalle cariche pubbliche, onde valutarne l'impatto sul diritto di elettorato attivo e passivo. Alla luce dei ricostruiti principi di diritto, il saggio fornisce una valutazione di come e perché la c.d. "legge Severino" possa superare indenne il duplice *test* di legittimità costituzionale, da un lato, e convenzionale, dall'altro, rispettivamente elaborato dalla giurisprudenza costituzionale e da quella della Corte EDU, anche

in vista della definizione dei prossimi giudizi aventi ad oggetto la legislazione in parola.

*Retroactive Laws and Political Rights: Towards Square the Circle*

Once the focus of the article on political rights has been clarified, it analyses the case law of the Italian Constitutional Court and of the European Court of Human Rights on the admissibility and the limits of retroactive legislation (reasonableness, protection of legitimate expectations, guarantee of the powers conferred upon the judiciary). This is aimed to deal, then, with retroactive legislation in electoral matters and on some aspects of the so-called “side electoral legislation” (legislazione elettorale “di contorno”), in particular concerning the ban from holding and running for public office and the suspension and loss (decadenza) of public office as to assess its impact on the right to vote and the right to be elected. In light of the legal principles examined, the essay provides an evaluation of how and why the so-called “Severino law” (legge Severino) could survive both constitutional review of legislation by the Italian Constitutional Court, on the one hand, and conventionality control by the European Court of Human Rights, on the other, also with a view to the future judicial proceedings revolving around the said “Severino law”.

**Mariaconcetta D'Arienzo**, *Semplificazione dei processi decisionali nella nuova conferenza di servizi: problemi attuativi, di coordinamento e di gestione degli interessi sensibili*

L'istituto della conferenza di servizi continua a far parlare di sé in seguito alle modifiche introdotte dal D. Lgs. n. 127 del 2016.

Ispirata all'esigenza di semplificazione ed al principio di efficienza che prevale su quello di efficacia, la riforma si preoccupa di garantire la certezza dei tempi di conclusione dei lavori evitando la stagnazione dei procedimenti e di scongiurare il rischio di accumulare ritardi forieri di azioni risarcitorie.

Tale approccio svela, tuttavia, un equivoco di fondo e una contraddizione interna alla legge n. 241/90, ma anche di sistema, e cioè che la semplificazione procedimentale postula il sacrificio di alcuni interessi (che quindi possono non essere valutati nella fase decisoria) a vantaggio dell'interesse alla decisione rapida e tempestiva. Di qui, l'assenza di coerenza ed il difettoso coordinamento tra la disciplina della conferenza di servizi e altre disposizioni della stessa legge non incise dal Decreto che seguono un'impostazione diametralmente opposta.

Il riferimento, immediato e diretto, è agli interessi sensibili, atteso che il neo introdotto art. 17 bis (silenzio tra PP.AA.) sancisce una regola vincolante (ribadita nelle discipline di settore) per tutte le amministrazioni ivi comprese quelle preposte alla cura degli interessi sensibili (ad eccezione dei procedimenti di VAS, VIA e AIA), concedendo meno spazio a ragioni di completezza del quadro

cognitivo della P.A., a scapito del corretto perseguimento dell'interesse pubblico in generale e della tutela degli interessi sensibili in particolare.

Ciò condiziona inevitabilmente il tentativo di razionalizzazione e di semplificazione della disciplina che conduce ad un aggravamento per la P.A. concretandosi il rischio, più che paventato, di un aumento del contenzioso a seguito dell'emanazione di un provvedimento tecnicamente scorretto che denota scarsa attenzione per gli interessi sensibili e sacrifica le esigenze di completezza dell'istruttoria in nome della semplificazione perdendo di vista la cura dell'interesse pubblico.

*Simplification of Decision-Making Processes within the New “Conference of Services”: Problems of Sensitive Interest Implementation, Coordination and Management*

The “Conference of Services” continues to be at the forefront of the legal debate after the changes introduced by Legislative Decree no. 127/2016.

Inspired by the exigence of simplification and by the principle of efficiency which has to prevail over effectiveness, the reform is concerned with ensuring the timely procedure completion by avoiding their stagnation and preventing the risk to accumulate delays in damage compensation.

Nevertheless, this approach reveals a basic misunderstanding and an intrinsic (even systemic) contradiction, consisting in the procedure simplification necessarily presupposes the sacrifice of certain interests (which may therefore not be evaluated in the decisional phase) in favor of the interest in prompt and timely decision. As a consequence, lack of coherence and the inadequate coordination between the discipline of the “Conference of Services” and other same law provisions which have been not affected by the Decree and which follow a diametrically opposite approach.

These problems concern essentially the sensitive interests, as the newly introduced art. 17 bis (silence among PAs) establishes a binding rule (reiterated in the sectoral disciplines) for all the Public Authorities (PAs), including those which are responsible for the care of sensitive interests (with the exception of ESA, EIA and so-called “AIA” procedures), leaving less space to reasons of completeness of the PA cognitive framework, at the expenses of the proper pursuit of the general public interest and especially of the protection of sensitive interests.

This lack inevitably affects the discipline of rationalization and simplification, leading to a PA aggravation and concretizing the – more than pessimistic – risk of increasing litigation after the adoption of a technically incorrect measure which pays little attention to sensitive interests, sacrifices the requirements of inquiry completeness in the name of simplification, and loses sight of the public interest care.

**Clemente Pio Santacroce**, *Conquiste e arretramenti nella trasparenza amministrativa che cambia*

Il contributo tratta dell'introduzione nell'ordinamento giuridico italiano di un "nuovo" strumento di trasparenza amministrativa: il c.d. diritto di accesso civico generalizzato.

L'analisi della recente disciplina introdotta nel d.lgs. n. 33 del 2013 dal d.lgs. n. 97 del 2016, in attuazione dell'art. 7 della c.d. legge "Madia", ha messo in luce diversi profili di criticità. Tra questi, in particolare, quelli della piena compatibilità con la norma di delega, della tutela dei terzi controinteressati e della definizione dei limiti e delle esclusioni all'accessibilità generalizzata a dati e documenti amministrativi.

Il metodo della comparazione giuridica ha poi consentito di constatare l'importanza assegnata in diverse esperienze giuridiche alla c.d. *proactive disclosure*, e conseguentemente di rilevare, a tal proposito, una scarsa convergenza delle più recenti scelte poste in essere dal legislatore italiano rispetto a quelle registrabili da una prospettiva di diritto comparato globale.

*Achievements and Setbacks in the Changing Administrative Transparency*

This essay concerns the introduction into the Italian legal system of a "new" instrument of administrative transparency: the so called "right of general public access".

The analysis of the new legal framework introduced by Legislative Decree No. 97/2016 into Legislative Decree No. 33/2013, in the implementation of the so called "Madia" Law (Art. 7), has revealed some critical aspects, concerning in particular the compatibility with the delegation norm, the protection of counterparties and the exemptions to the general accessibility.

The juridical comparison method allowed to prove, from a global comparative law perspective, the importance of the so called proactive disclosure in other juridical experiences, and the poor convergence of the Italian legislator's recent choices.

## NOTIZIE SUGLI AUTORI

MARIO R. SPASIANO, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”

MARCO MAZZAMUTO, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Palermo

ANDREA LONGO, Professore associato di Diritto costituzionale, “Sapienza” Università di Roma

GUIDO RIVOSECCHI, Professore ordinario di Diritto costituzionale, LUMSA di Palermo

MARIACONCETTA D’ARIENZO, Ricercatore di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Napoli “Parthenope”

CLEMENTE PIO SANTACROCE, Ricercatore di Diritto amministrativo, Università di Padova

Il sommario e gli *abstracts* dei contributi pubblicati in ciascun fascicolo sono reperibili anche in [www.editorialescientifica.com](http://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 Mazzamuto, Longo, Rivosecchi, Santacroce, D'Arienzo.

#### 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 2017: Italia euro 120,00, estero euro 280,00

Registrazione

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di novembre 2017  
da *La Buona Stampa* – Napoli