

DIRITTO E SOCIETÀ

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

III serie - 1/2019

### **Comitato di direzione**

Maria Alessandra Sandulli  
*Direttore responsabile*

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

### **Comitato scientifico**

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

### **Comitato di Redazione**

Daniele Chinni  
Tatiana Guarnier  
*Coordinatori*

Flaminia Aperio Bella  
Marta Cerioni  
Francesco Crisafulli  
Guglielmo Aldo Giuffr e  
Paolo Provenzano  
Enrico Zampetti

## SOMMARIO 1/2019

### **saggi**

- Antonio Barone, *The “reflexive” Public Administration* 1
- Marco Lipari, *Gli agri marmiferi apuani: patrimonio indisponibile pubblico dei comuni o proprietà privata?* 15
- Mario R. Spasiano, *Storia, fondamento e attualità del potere sostitutivo nella pubblica amministrazione: dalla logica della straordinarietà all'amministrazione alternativa* 41
- Maria Pia Iadicicco, *Frontiere e confini del diritto alla salute* 61

### **osservatorio**

- Silvia Talini, *Dalla formulazione astratta alle conseguenze di sistema: riflessioni attorno alla proposta di revisione costituzionale in materia di iniziativa legislativa popolare e referendum* 87

### **attualità**

- Giusi Sorrenti, *Primi passi della Cassazione nei meandri di un processo kafkiano (le pronunce n. 17717 e n. 28205 del 2018 sul rito in materia di protezione internazionale)* 117
- Giovanna Pistorio, *Fiat iustitia ne pereat mundus. Un monito ultimativo sull'abuso del ricorso ai maxi-emendamenti con questione di fiducia. Nota all'ordinanza n. 17 del 2019 della Corte costituzionale* 135



THE “REFLEXIVE” PUBLIC ADMINISTRATION

INDEX: 1. The risks “from scientific uncertainty”. – 2. The “reserve of Administration”. – 3. The “reflexive” Administration. – 4. A new concept of the legal certainty principle?

1. *The risks deriving from “scientific uncertainty”*

The theory of the “risk society” has its core in the dangers to health and environment deriving from the relationship among: firms, competition, market and production. It shifts the attention from firms’ entrepreneurial choices to the creation of “social exposures to risk”<sup>1</sup>.

There, indeed, exists an unbreakable correlation between enterprise risks, based on techno-economic choices<sup>2</sup>, and citizens and consumers’ unaware and accidental exposure to new risks<sup>3</sup>. Such risks, often called

<sup>1</sup> See U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt 1986.

<sup>2</sup> U. BECK, *From Industrial Society to the Risk Society: Questions of Survival, Social structure and Ecological Enlightenment*, in M. FEATHERSTONE (e.b.), *Cultural Theory and Cultural Change*, London 1992, 98 (arguing that «risk presume industrial, that is, techno-economic decisions and considerations of utility»).

<sup>3</sup> Beck does not precisely distinguish between “danger” and “risk”, as have done other prominent sociologists: N. LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, Berlin 1991. Also legal scholarship gives particular attention to the distinction between risk and danger, sometimes without converging reasons: J. ESTEVE PARDO, *Privileged Domain in risk treatment: Risk and Health*, in *Revue Europeenne de Droit Public*, Vol. 15, n. 1, 2003, 110; M. BRENNER, A. NEHRIG, *Public Law and Risk in Germany*, in *Revue Europeenne de Droit Public*, Vol. 15, n. 1, 2003, 306-309; M. BRENNER, *The risk in Administrative Law*, Annual Meeting of the “San Giustino” Association, European Research Doctorate in Administrative Law, Catania 24/6/2005. Being aware of the many distinctions between risk and danger, this essay uses the two terms interchangeably.

“glocals” and “deriving from technological unknowns”, concern men, animals, plants, health and even the wellbeing and balance of the environment; they go beyond national borders but however have local effects<sup>4</sup>. These are risks stemming from modernization, produced by an industrial system strongly based on applied scientific research<sup>5</sup>.

Nowadays, science tends to lose its autonomy, blending itself into technique<sup>6</sup> and, in the meantime, fails to deliver “certainties” on how to best face and neutralize the risks it (more or less directly) creates itself<sup>7</sup>. Therefore, risk calculation, as defined so far by science and legal systems, is likely to crumble<sup>8</sup>.

In modern and complex techno-industrial systems, the risk (likelihood) of accident is not only unavoidable; it even becomes “normal”<sup>9</sup>.

Examples of fields requiring trade-offs between demands of economic production and the need to guarantee the safety and freedom of individuals and communities are many, e.g.: air and electromagnetic pollution, water safeguard, waste management, risky industrial activities, Genetically Modified Organisms and Micro-Organisms, food safeguards, drugs for human consumption, and so on<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> On the relation between the global dimension and the local one, see R. ROBERTSON, *Globalization: Social Theory and Global Culture*, Sage, London 1992.

<sup>5</sup> M. CINI, *Un paradiso perduto. Dall'universo delle leggi naturali al mondo dei processi evolutivi*, Milano 1994, 265. For a legal assessment, see F. SALVIA, *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Diritto Pubblico* 2002, 603-605.

Risks from scientific uncertainty can also affect economic freedom. Economic freedom, in fact, is not exclusively “positive” (freedom “of”), but also has some typical features of “negative” freedoms (freedom “from”). For example, the freedom to grow biological or conventional agriculture also affects the freedom to grow transgenic agriculture (GMO) that can contaminate and even destroy the typical features of biological and conventional crops.

<sup>6</sup> S. AMSTERDAMSKI, *Scienza*, in *Enciclopedia Einaudi*, Vol. 12, Torino 1981, 550-551; M. CINI, *Un paradiso perduto*, 265.

<sup>7</sup> F. FUKUYAMA, *Our Posthuman Future*, 2002.

<sup>8</sup> On these aspects see P.L. BERNSTEIN, *Plus forts que les Dieux – La remarquable histoire du risque*, Flammarion 1998.

<sup>9</sup> PERROW, *Normal Accidents*, Princeton 1993.

<sup>10</sup> Some examples of the wide range of the phenomena at issue is provided by: C. HOOD, H. ROTHSTEIN, R. BALDWIN, *The Government of risk. Understanding Risk Regulation Regimes*, Oxford 2001; AA.VV., *Lessons from early warnings: the precautionary principle 1896-2000*, Environmental issue report no. 22, European Environmental Agency, Copenhagen 2001; D. LUPTON, *Risk*, London 1999. Such risks for human health and the environment are in addition to other risks typical of the modern era. The “globalized” economy, in fact, suffers from a “financialization” process, which draws a great zone of transfer risks as it is true that “the main aspect of finance is the management of risk”:

In this context, European legal scholarship has already acknowledged the need to address (and assess) these “new” dangers facing society as a whole, leaving aside traditional thinking on risks deriving from natural phenomena (for example, seismic risk) or that are willingly taken upon (e.g., contractual risk, enterprise risks). The latter also encompass the risks inherently coming from the market system and unwillingly taken by consumer-citizens<sup>11</sup>.

As well-known, the precautionary principle is the basic principle of action by public powers in cases of scientific uncertainty<sup>12</sup>. This essay

see R.J. SHILLER, *The new financial order*, Princeton 2003; I.M. MARINO, *Diritto amministrativo e globalizzazione*, in *Diritto dell’Economia* 2005, 25 et seq.

<sup>11</sup> The *Revue Européenne de Droit Public* devoted its Vol. 15, n. 1, 2003, on the point, *Droit Public* e risque, with sages of M. FRANC, H.H. TRUTE, J. ESTEVE PARDO, G. SIOUTIS, A. BIANCHI, J.-B. AUBY, M. STELZER, A. HAUER-C. RASCHHOFER, C. THIEBAUT, M. GÖTZE-J.E. RYTTER, P. GONOD, M. BRENNER-A. NEHRIG, C.A. PÉTROU, T.J. O’DOWD, A. TRAVI, T. ZWART-F. GOUDAPPEL, C. AMDO GOMES-A.M. GUERRA MARTINS, L. MORAL SORIANO, G. EDELSTAM, G. ANTHONY, G. DELLIS, E. FISHER. The 2005 “Rapport public” of the French Conseil d’État is titled “Responsabilité et socialisation du risque”; it also contains the notes of J.-B. AUBY, F. EWALD, D. FAIRGRIEVE, O. GODARD ([http://www.conseil-etat.fr/ce/rappor/index\\_ra\\_li0502.shtml](http://www.conseil-etat.fr/ce/rappor/index_ra_li0502.shtml)). For Italian legal doctrine, see R. FERRARA, I.M. MARINO, *Gli organismi geneticamente modificati. Sicurezza alimentare e tutela dell’ambiente*, Padova 2003; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, II ed., Milano 2006; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell’amministrazione di rischio*, Milano 2005; A. FIORITTO, *L’amministrazione dell’emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna 2008.

Facing the “recent” interest of European legal doctrine on the issue of the risk coming from the technological unknown, the US legal system has been one of the first systems to consider the consequences of economic development. From the 60s, when industrial capitalism has become ripe, the northern American experience has been characterized by the adoption of new and original solutions concerning security, public health and the environment. On the point see D. VOGEL, *The politics of Risk regulation in Europe and the United States*, in <http://faculty.haas.berkeley.edu/vogel/uk%20oct.pdf>; C.R. SUNSTEIN, *Risk and Reason: Safety, Law and the Environment*, Cambridge University Press 2004; ID., *Laws of fear*, New York, Cambridge University Press 2005.

<sup>12</sup> The German legal doctrine has dedicated considerable attention to the study of this principle. Among others, see T. DARNSTÄDT, *Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge: eine Untersuchung über Struktur und Bedeutung der Prognosetbestände im Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung*, Frankfurt 1983; H.W. RENGELING, *Der Stand der Technik bei der Genehmigung umweltgefährdender Anlagen*, Köln 1985; A. REICH, *Gefahr, Risiko, Restrisiko: das Vorsorgeprinzip am Beispiel des Immissionschutzrechts*, Düsseldorf 1989; E. REHBINDER, *Vorsorgeprinzip im Umweltrecht und präventive Umweltpolitik*, in U.E. SIMONIS (e.b.), *Präventive Umweltpolitik*, Frankfurt am Main – New York 1988, 129 et seq. E. REHBINDER, *Prinzipien des Umweltrechts in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts: das Vorsorgeprinzip als Beispiel*, in *Festschrift für Horst Sandler*, München 1991, 269 et seq.; K.H. LADEUR, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft: von der Gefahrenabwehr zum Risikomanagement*, Berlin 1995; C. CALLIES, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, Tübingen 2001.

aims to emphasise the precautionary principle's "procedural" character, which is strictly linked with the concept of the "reflexive" Administration. The research will be conducted through the analysis of the EU law. Moreover, inside the "Administrative law Community"<sup>13</sup>, I will try to point out some major consequences of European Administrative law on the Italian Administrative law system.

## 2. *The "reserve of Administration"*

Facing the turbulent evolution of techno-scientific knowledge, it has been acknowledged the need to set aside the several traditional methods of scientific risk evaluation as well as social value considerations<sup>14</sup>. EU law has already applied this kind of reasoning for example in the fields of biotechnologies and food safeguards; indeed, both regulations explicitly state the need to take into account also ethical considerations<sup>15</sup>.

Indeed, the EU legal system stresses the importance of legal values (human security, health, environment) and principles (precaution, subsidiarity, proportionality, preventive actions, "polluter-pays", good faith,

For French doctrine see N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Paris 1999; G. CANS, *Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité*, in RFD adm. 1999, 750 et seq.; K. FOUCHER, *Principe de précaution et risque sanitaire : recherche sur l'encadrement juridique de l'incertitude scientifique*, Paris 2002 ; C. NOUVILLE, *Du bon gouvernement des risques. Le droit et la question du "risque acceptable"*, Paris 2003; A. GOSSEMENT, *Le principe de précaution: essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publique*, Paris 2003; F. EWALD, C. COLLIER, N. DE SADELEER, *Le principe de précaution*, Paris 2003.

For Anglo-Saxon doctrine, see T. O'RIORDAN, J. CAMERON (e.b.), *Interpreting the Precautionary Principle*, London 1994; T. O'RIORDAN, J. CAMERON, A. JORDAN (e.b.), *Re-interpreting the Precautionary Principle*, London 2001; E. FISHER, *Risk regulation and Administrative Constitutionalism*, Hart Publishing 2007.

<sup>13</sup> This definition is of J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, London 1992, 3 et seq. According to M.P. CHITI, *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma?*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* 2001, 301 et seq., the Community law is "mainly administrative law".

<sup>14</sup> Cfr. E. FISHER, *Drowning by Numbers: standard Setting in risk Regulation and the Pursuit of Accountable Public Administration*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 20, n. 1 (2000), 123-124 e 129-130.

<sup>15</sup> On this point, see the "whereas" nr. 9 of EC Directive 2001/18, on the wilful emission in the environment of Genetically Modified Organisms, "the respect of ethical principles recognised in a Member State is particularly important. Member States may take into consideration ethical aspects when GMOs are deliberately released or placed into the market as or in products".

etc.) over precise legislative provisions, typical of continental legal system (Administrative law systems). This also affects the traditional centrality of the law in continental legal systems; with this centrality tending to flow backwards as much as values and principles grow important. The latter are recognised by Constitutional rules and EU laws<sup>16</sup> and nowadays they find concrete fulfilment through the action of all social actors<sup>17</sup>.

The crisis of the traditional principle of lawfulness, exacerbated by the ever-greater obsolescence of legal rules also due to techno-scientific evolution, increases the need for a “reserve of Public Administration”<sup>18</sup>.

Indeed, administrative activity contributes primarily to the formation (“development”) of “risk law”, as the continuous balance of private and public interests within administrative proceedings increases the effectiveness of values and principles<sup>19</sup>. Not only is such “reserve of

According to the “whereas” n. 19 of EC Regulation n. 178/2002 (laying down the general principles and requirements of food law, establishing the European Food Safety Authority and laying down procedures in matters of food safety): “It is recognised that scientific risk assessment alone cannot, in some cases, provide all the information on which a risk management decision should be based, and that other factors relevant to the matter under consideration should legitimately be taken into account including societal, economic, traditional, ethical and environmental factors and the feasibility of controls”.

<sup>16</sup> Principles must really develop in the action of public and private subjects and must be affirmed by judicial interpretation: see I.M. MARINO, A. BARONE, *The responsible governance of risk in the European Union*, IIAS Conference, Public Administration and Private Enterprise Co-operation and Regulation, Berlin, 20-23 September 2005. The issue of the relationship between judges and science presents several interesting profiles and deserves to be expanded beyond the borders of investigation of this essay. On this matter, referring to the American experience, see S. JASANOFF, *Science at the bar: law, science, and technology in America*, 1995.

<sup>17</sup> Concerning the effect of the precautionary principle on the firms, see *infra* par. 4. On these matters, see in general K.H. LADEUR, *The changing role of the Private in Public Governance. The erosion of Hierarchy and the rise of a New Administrative Law of Cooperation. A comparative Approach*, European University Institute, Working Paper, LAW, n. 2002/9, www.iue.it; ID., *The theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law. From the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Inter-relationships*, European University Institute, Department of Law, Working paper n. 99/3, www.iue.it.

<sup>18</sup> In the Italian legal doctrine, the crisis of the traditional principle of lawfulness is pointed out by: F.G. COCA, *Attività amministrativa*, in *Enciclopedia del Diritto, Aggiornamento*, Vol. VI, Milano 2002, 82-85; I.M. MARINO, *Profili interpretativi dell'autonomia comunale*, in *Nuove Autonomie 2000*, 891 et seq.; ID., *Giurisdizione esclusiva e Costituzione*, in V. PARISIO, A. PERINI (a cura di), *Le nuove frontiere della giurisdizione esclusiva. Una riflessione a più voci*, Milano 2002, 15. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas Ediciones, Madrid 1999.

<sup>19</sup> On the relationship between law and administration in “risk law”, see H.H.

administration” one way the legal system easily adapts legal *datum* to techno-scientific developments; it also creates a “new democracy” within the administrative system, as it opens its proceedings to the contributions of private individuals, even in the fields traditionally considered the *dominium* of technique<sup>20</sup>.

Moreover, the “reserve of administration”, is the most appropriate way to effectively apply a “case by case” approach (*i.e.*, the mainstay of precautionary strategies according to EU law<sup>21</sup>) to risks stemming from scientific uncertainty.

EU law, through the different models of European administrative integration (e.g., “indirect execution” and “co-administration”<sup>22</sup>), gives a central role to the administrative power in the assessment and regulation of new risks deriving from scientific uncertainty. Specifically, EU regulations on risks from technological unknowns establish that administrative authorization proceedings must apply a “case by case” approach, thereby taking into account not only the specific peculiarities of each industrial activity and their related risks, but also the development of “best available technologies” or the possible consideration of “new scientific information”.

TRUTE, *From Past to Future Risk – From Private to Public Law*, in *Revue Europeenne de Droit Public*, Vol. 15, n. 1, 2003, 98-101.

<sup>20</sup> The sociological literature has pointed out the importance of public participation in the decision making of high technical complexity; see A. IRWIN, *Citizen Science. A Study of People, Expertise and Sustainable Development*, London 1995.

<sup>21</sup> For example, according to art 4, 3° par. of Directive 2001/18, on the wilful issue in the environment of GMO, «Member States and, where appropriate, the Commission shall ensure that potential adverse effects on human health and the environment, which may occur directly or indirectly through gene transfer from GMOs to other organisms, are accurately assessed on a case-by-case basis».

<sup>22</sup> Regarding “indirect fulfilment”, the “sincere cooperation” foreseen by art 4(3) TEU mandates Member States to adopt all suitable administrative measures to allow the fulfilment of EU rules. Unlikely, “co-administration” is characterized by the attribution of the “legal ownership” of the function to two different levels, EU and national, that are strictly linked together. EU and national authorities, in fact, work strictly together (as there were a sole function) and according to a “necessity” relationship (as the activity of one subject is necessary for the activities of the other ones). In this way, co-administration is made through procedures that have national and EU phases, allowing each subject to be entitled to evaluate all the interests at stake. On these aspects, see E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna 2003. Moreover, as we have already highlighted, the difference between the several ways to fulfil EU law must not overstressed, as even when fulfilment is implemented by national authorities, they are deeply conditioned by EU law and work as “common organisms” of European legal system. See M.P. CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo*, Milano 1999, 176-177.

### 3. The “reflexive” Administration

The precautionary approach does not prevent the re-evaluation of risk-management measures in light of the evolution of the scientific *datum*<sup>23</sup>. Indeed, the procedures for re-assessing precautionary measures occur in a *continuum* that escapes traditional differences between proceedings of “first” and “second” degree. Therefore, a peculiar aspect of the “procedural” character of the precautionary principle lays right in the re-assessment and renewal of authorization provisions.

Precautionary measures are, indeed, provisional<sup>24</sup> and subject to review upon acquisition of “new scientific information” or development of “best available technologies”<sup>25</sup>.

These profiles can be found in cases of both co-administration and “indirect” execution of EU law. In both cases, the evolution of the techno-scientific *datum* throws the attention to the moment, following the end of the administrative proceeding, implementing the authorization provision.

Regarding the co-administration process, after the grant of authorization, new information on potential dangers for human health and the environment can lead to the establishment of a complex risk-management procedure, culminating in a decision by the European Commission. This happens in the case a Member State demands to re-examine an authorization provision having effects at EU level<sup>26</sup>, including national “safeguard” measures.

In this regard, for example, art. 23 of EC Directive 2001/18, on the “commerce of GMO or of products containing GMO” allows, according

<sup>23</sup> On this point, see R. FERRARA, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella “società del rischio”*, in D. DE CAROLIS, E. FERRARI, A. POLICE (edited by), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano 2005, 763.

<sup>24</sup> For example, the authorization to commerce of a medicine for human use lasts 5 years (art. 24 of EC Directive 2001/83), the approval of a GMO or a progeny of that GMO intended only for the marketing of their seeds or GM foods cannot last more than 10 years (respectively art. 15, par. 4, of EC Directive 2001/18 and art. 7, par. 5 of EC Regulation n. 1829/03). Italian legislative decree 4 August 1999 n. 372, enforcing EC Directive 96/61, states that the temporal effectiveness of the Integrated Pollution Prevention and Control is of 5 years (art. 7). The latter is confirmed by legislative decree of 18 February 2005 n. 59 (art. 9) repealing legislative decree of 4 August 1999 n. 372.

<sup>25</sup> European Commission, *Communication on the precautionary principle*, 21-22.

<sup>26</sup> For example, EC Directive 2001/83 on “a community code for medicines for human use”, allows every Member State to put in action a procedure to modify, suspend or withdraw the “decentralized” authorization to commerce a medicine.

to art. 114, par. 10, of TFEU, to implement national provisions forbidding or limiting temporarily the use or sale of a particular genetically modified product on national territory<sup>27</sup>. As the Directive clarifies, this happens when: “a Member State, as a result of new or additional information made available since the date of the consent and affecting the environmental risk assessment or reassessment of existing information on the basis of new or additional scientific knowledge, has detailed grounds for considering that a GMO as or in a product which has been properly notified and has received written consent under this Directive constitutes a risk to human health or the environment, that Member State may provisionally restrict or prohibit the use and/or sale of that GMO as or in a product on its territory”<sup>28</sup>.

Moreover, in case of a “severe risk” the Member State can pass emergency measures such as suspension or termination of the placing on the market, including information to the public<sup>29</sup>. Once the safeguard clause is adopted, the Member State informs the Commission and the other Member States, justifying its decision and providing a new evaluation judgment on the environmental risks. The decision to either maintain or withdraw the national precautionary measure will be taken at EU level, through a special “committee procedure”<sup>30</sup>.

Initiating a re-examination procedure and applying a safeguard pro-

<sup>27</sup> Safeguard provisions are available also for pharmaceutical products. See art. 18 of the EC Regulation n. 2309/93, and art. 36, par. 2, of EC Directive 2001/83.

<sup>28</sup> Art. 23, par. 1, of EC Directive 2001/18.

<sup>29</sup> Art. 23, par. 1, of EC Directive 2001/18.

<sup>30</sup> Art. 30 of EC Directive 2001/18. The European Court of Justice case-law has progressively elaborated the requirement of admissibility for national precautionary provisions. The Court of Justice, in a sentence on food safety, has stated that “the safeguard measure taken in force of the safeguard clause cannot be validly alleged only with a hypothetical approach to the risk, based on simple suppositions which are not yet scientifically verified.” The examined precautionary provisions, in fact, suggest “that the evaluation of the risks at the disposal of national authorities has specific evidences that, without excluding the scientific uncertainty, allow them to reasonably conclude, according to the most reliable available scientific data coming from the recent results out of international research, that the fulfilment of these measures is necessary to avoid to commerce new foods which are potentially dangerous for human health”. See European Court of Justice, case C-236/01 (judgment of 9 September 2003) in *Foro italiano* 2003, V, 245-251, with critical remarks by A. BARONE (*Organismi geneticamente modificati, e precauzione: il «rischio» alimentare tra diritto comunitario e diritto interno*). On these matters, see also C. MACMAOLAIN, *Using the precautionary principle to protect human health: Pfizer v Council*, in *European Law Review*, 2003, 723 et seq.; P. DĄBROWSKA, *Risk, precaution and the internal market: Who won the Day in the recent Monsanto judgement of European Court of Justice on GM foods?*, in *German Law Journal*, 2003, [www.germanlawjournal.com](http://www.germanlawjournal.com).

vision must both be based on new scientific information on potential risks for health and the environment. In any case, the European Administration has a duty to evaluate any such new information through the procedure laid out in art. 265 of TFEU<sup>31</sup>.

As far as indirect execution of the EU law is concerned, art. 8 of EC Directive 2001/18, imposes a duty on administrations to evaluate new information on new or graver risks for human and animal health and for the environment.

Moreover, this requirement is also found in EC Directive 2004/35, on the prevention and remedying of environmental damages. In particular, art. 12 of the Directive entitles several parties facing the threat of an “environmental damage” to request the competent authority to take action. Relevant Administrations are, therefore, bound to evaluate the data they received and to take precautionary measures whenever necessary.

Nevertheless in Italian law, the duty to evaluate information coming from “third” (public or private) actors who were not parties to already-adjudicated administrative proceedings, clashes with the consolidated restrictive case-law of the *Consiglio di Stato*, which denies, in the lack of specific legal provisions, the existence of an obligation upon public powers to decide on requests to re-examine administrative provisions.

This kind of interpretation has its *ratio* in the rule of the incontestability of provisions once the terms have expired<sup>32</sup>. Besides, in the Italian legal system, administrative decisions’ temporary character is traditionally determined through administrative “*autotutela*”<sup>33</sup>, *i.e.* discretionary powers exercisable only *ex officio*, hence never through other parties’ initiative.

EU law affects the Italian legal system also with respect to the obligation to evaluate new scientific information<sup>34</sup>, a requirement that is today

<sup>31</sup> M.P. CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo*, 387-390.

<sup>32</sup> For a critical analysis of this case-law see M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino 1999, 173-179.

<sup>33</sup> See A. BARONE, *Il diritto del rischio*, 166 et seq.

<sup>34</sup> The impact of the European Administrative law on the Italian legal system goes beyond the acknowledgment of the EU rules. See in particular: art. 11 of legislative decree of 8 July 2003, n. 224 (which acknowledges art. 8 of the EC Directive 2001/18); art. 9 of legislative Decree of 18 February 2005 n. 59 (which acknowledges art. 11 and 13 of the EC Directive 96/61); art. 309 of legislative Decree of 3 April 2006, n. 152 (which acknowledges art. 12 of the EC Directive 2004/35).

justiciable through the new procedures available against the “silence/inaction” of the Administration<sup>35</sup>.

In the European administrative integration process, the re-examination of public decisions adopted in situations of scientific uncertainty reflects the idea of a permanent correspondence between the administrative function and the public interest (in cases of human and environmental safety). Because of such on-going correspondence, the administrative function cannot be fossilized in one single administrative provision (e.g., the authorization), but rather must adapt to the (ever changing) need of the public interest. Such idea also shows the need to reconsider the principle of continuity: from an organization-based moment to a functional one.

The authorization of an industrial activity potentially harmful to human and animal health or the environment initiates an administrative relationship that is “unstable” *ab origine*. Such relationship with the Administration has a “procedural” character (maintained even after the authorization’s grant), which is characterized by a permanent modification of the administrative function. Therefore in a risk-based logic, all procedures of authorization, renewal and re-examination cannot be strictly separated one from each other and take the shape of an administrative function that gradually and permanently creates the features of the very administrative relationship itself<sup>36</sup>. This happens along a *continuum* that seems not to distinguish between procedures of “first” or “second” degree.

Similarly, also risk management cannot be exhausted in the single authorization procedure. Risk management sets itself aside from the single administrative procedure and performs its many potentialities before, during and after the authorization’s renewal and re-examination. Moreover, the Aarhus Convention and EC Directive 2003/35 expressly bestow the participation of those interested in the authorization’s renewal or update (in the environmental field)<sup>37</sup>. This shows the unbreakable link

<sup>35</sup> Not by chance, art. 310 of Italian legislative decree of 3 April 2006, n. 152, explicitly calls “silenzio-inadempimento” the inertia of the Minister of the Environment and of the Territory Safeguard in front of a “claim for a State intervention”.

<sup>36</sup> These arguments are based on the study of F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 1952, 118 et seq.

<sup>37</sup> See art. 6, par. 10 of Aarhus Convention. Art. 4 of the EC Directive 2003/35, modifies art. 15, par. 1, of EC Directive 96/61, on Integrated Pollution Prevention and Control, in the following way: “Member States shall ensure that the public concerned are given early and effective opportunities to participate in the procedure for: issuing a permit for new installations, issuing a permit for any substantial change in the operation of

between the two distinctive profiles of the “procedural” character of the precautionary principle: on the one hand the democratic participation in the risk-management processes, on the other the on-going temporary character of the decisions based on precaution.

Precaution, as a principle of administrative action, calls for the duty to evaluate thereby enhancing or (arguably) exacerbating the duty to pursue the public interest. In “risk law”, the action of public authorities cannot exhaust itself in one single administrative provision. The global relevance of the administrative function finds its expression in the continuous re-examination of the decisions taken in light of the evolution of the scientific and technological *datum*. And it is right in the duty to evaluate and re-assess the scientific *datum* that the sociological concept of “reflexive” Administration becomes legally relevant<sup>38</sup>.

#### 4. *A new concept of the principle of legal certainty?*

The “reflexive” character of public administrations, obliged to continuously review their provisions, does not violate the principles of legal certainty and of protection of legitimate expectations. On the contrary, risk law obliges firms to base their activities on the precautionary principle and moreover, to foresee and to consider in advance the impact that precautionary measures likely to be issued by public authorities will have on their activities.

Indeed, as stated by the European Court of First Instance, any vigilant and cautious economic operator cannot appeal to the principle of the protection of legitimate expectations when they are able to foresee that the adoption of a [EU] precautionary provision is fit to be prejudicial to its own interests, especially in the case of the review of the given and released licences<sup>39</sup>.

an installation, updating of a permit or permit conditions for an installation in accordance with Article 13, paragraph 2, first indent. The procedure set out in Annex V shall apply for the purposes of such participation”.

<sup>38</sup> “Reflexivity” as awareness of the nature of expert knowledge and of the chance that the decision based on them could be revised and rectified. A. GIDDENS, *Modernity and Self-Identity*, Cambridge 1991, 20; U. BECK, A. GIDDENS, S. LASH, *Reflexive Modernization*, 1994.

<sup>39</sup> EC Court of First Instance, case T-13/99, par. 492 (judgement of the 11<sup>th</sup> of September 2002); EC Court of First Instance, case T-70/99, par. 370-383 (judgement of the 11<sup>th</sup> of September 2002), [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int). According to the European Court of First In-

Moreover, EU law on the risk “from technological unknown” obliges economic players to behave in a way that deeply affects the firm’s activity. It indeed demands that, in cases of potential health and environmental risk, private actors intervene *ex ante*, anticipating and spurring the decision of public administrations.

The precautionary principle even expands its long-lasting effects on firms through the time limits of the obtained authorisation. It is arguable that the relativity and suppleness of the risk-management process also applies to firms, which are obliged to constantly verify the safety of their activities potentially producing risks for health and the environment.

EC Directive 2001/18 tasks economic operators with several behavioural duties in cases of (deliberate or non-intentional) modification of a previously-authorized GMO that may carry risks for human and animal health or the environment, as well as when new scientific information become available. In particular, in these cases the firm must: make a new evaluation of the risk; re-examine the terms of the authorisation; adopt urgent measures necessary to safeguard human, animal and environmental health and inform the competent public authorities<sup>40</sup>. EU law also establishes similar obligations on Food Security<sup>41</sup>.

Any violation of the obligation to take preventive and precautionary action will lead to sanctions, whose imposition EU law refers to the Member States’ legal systems<sup>42</sup>. Such sanctions can be either penal or administrative in nature; however they cannot be imposed together with civil sanctions.

In this regard, EC Directive 2004/35 states: “Where environmental damage has not yet occurred but there is an imminent threat of such

stance, case T-74/00, T-76/00, from T-83/00 to T-85/00, T-132/00, T-137/00 e T-141/00, par. 177 (judgement of the 26<sup>th</sup> of November 2002), «In particular, in view of the precedence thereby accorded to the protection of public health, where, on the basis of the progress of scientific knowledge and new data collected in particular in the context of pharmaceutical vigilance, the competent authority proves to the requisite legal standard that a medicinal product no longer meets one of the criteria set out in Article 11 of the directive, the holder of the marketing authorisation of that medicinal product, which is valid for five years and renewable for five-year periods pursuant to Article 10 of Directive 65/65, may not claim that he is entitled, by virtue of the principle of legal certainty, to specific protection of his interests during the period of the authorisation’s validity».

<sup>40</sup> Art. 8 and art. 20 of EC Directive 2001/18.

<sup>41</sup> See for example, art. 19 of EC Regulation n. 178/2002.

<sup>42</sup> As regards to the Italian legal system, see articles 34 e 35 of legislative Decree of 8 July 2003, n. 224, implementing EC Directive 2001/18, and also art. 27 of legislative Decree of 17 August 1999, n. 334, implementing EC Directive 96/82.

damage occurring, the operator shall, without delay, take the necessary preventive measures”<sup>43</sup>. The importance of this provision cannot be overstated as it shifts the requirement for judicial safeguards from “real damage” to “dangerous behaviour”. In this way, the “polluter-pays” principle extends to preventive actions (*ex ante*) and beyond reparative ones (*ex post*), with the all-encompassing evaluation of the firm’s role.

Therefore, it seems possible to point out to a general trend of EU law making preventive and precautionary actions applicable to private enterprises. Indeed, potential risks for human and environmental wellbeing demand that private economic subjects take all necessary measures to avoid the risks’ realization.

In this regard then, the “reflexive” character of public authorities symmetrically coincides with the “reflexive” character of firms. In fact, *all* precautionary measures *tout court*, including those that must be taken by private subjects, show a temporary character<sup>44</sup>.

Therefore in “risk law”, legal certainty can be connected to the “certainty of the action”<sup>45</sup>, seen as the duty to adopt preventive and precautionary measures as well as the duty to re-evaluate and intervene whenever new scientific information become available. The certainty of action falls both on public authorities and private firms. Such “certainty of the

<sup>43</sup> Art. 5, 1° par. of EC directive 2004/35. The quoted article also states that «2. Member States shall provide that, where appropriate, and in any case whenever an imminent threat of environmental damage is not dispelled despite the preventive measures taken by the operator, operators are to inform the competent authority of all relevant aspects of the situation, as soon as possible. 3. The competent authority may, at any time: (a) require the operator to provide information on any imminent threat of environmental damage or in suspected cases of such an imminent threat; (b) require the operator to take the necessary preventive measures; (c) give instructions to the operator to be followed on the necessary preventive measures to be taken; or (d) itself take the necessary preventive measures. 4. The competent authority shall require that the preventive measures are taken by the operator. If the operator fails to comply with the obligations laid down in paragraph 1 or 3(b) or (c), cannot be identified or is not required to bear the costs under this Directive, the competent authority may take these measures itself».

<sup>44</sup> On the correlation between reflexive law and risk, cfr. J. ESTEVE PARDO, *Privileged Domain in risk treatment.*, 113-115. The concept of “reflexive” belongs to G. TEUBNER. Among Teubner’s works we have to remember: *Substantive and reflexive elements in modern law*, in *Law and society review* 1983, 239 et seq.; ID. (e.b.), *Dilemmas of law in the welfare state*, Berlin 1986.

<sup>45</sup> F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano 1968, 160. The volume also contains the essays of P. CALAMANDREI, F. CARNELUTTI, P. FEDELE, G. CAPOGRASSI e M. CORSALE.

action” gives more insight into the precautionary principle and is also the most qualifying element of the “responsible governance of risk”<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> On the concept of “responsible governance” of risk see I.M. MARINO, A. BARONE, *The responsible governance of risk in the European Union*.

GLI AGRICOLTORI MARMIFERI APUANI:  
PATRIMONIO INDISPONIBILE PUBBLICO  
DEI COMUNI O PROPRIETÀ PRIVATA?\*

SOMMARIO: 1. Il regime di appartenenza degli agri marmiferi apuani utilizzati dalle imprese private e la natura giuridica dei “*beni estimati*”: proprietà pubblica o privata? – 2. Le tappe della vicenda precedente alla proposta di legge statale di iniziativa regionale. Il tentativo di pubblicizzazione forzata dei *beni estimati*. – 3. La proposta di legge statale, su iniziativa della Regione Toscana. – 4. Il contenuto programmatico della PDL. La disciplina quadro degli agri marmiferi del distretto apuano-versiliese. Il limitato contenuto sostanziale della normativa. – 5. Gli obiettivi perseguiti dalla PDL AC-889. La portata della pronuncia della Corte costituzionale n. 228/2016: l’incompetenza regionale e i possibili “vizi” ulteriori della nuova disciplina. – 6. La qualificazione del regime proprietario dei beni estimati come *disciplina retroattiva di interpretazione autentica*. Proprietà formale pubblica e situazioni di fatto consolidate. – 7. La Corte opta per la natura pubblica dei beni estimati? La netta valorizzazione delle situazioni di fatto: l’utilizzazione degli agri marmiferi come beni privati. – 8. Il dubbio significato dell’espresso richiamo ai “*principi della legislazione estense*”: la reviviscenza di norme da tempo abrogate? – 9. L’inadeguata tecnica di redazione della legge di interpretazione autentica. Quali sono le norme interpretate? Un obbligo inderogabile di chiarezza. – 10. I presupposti minimi di legittimità della normativa di interpretazione autentica. L’individuazione delle regole oggetto di esecesi vincolante. – 11. Esiste un limite temporale dell’interpretazione autentica? È ammissibile un intervento che retroagisce all’anno 1751, in un ordinamento preunitario? La proprietà come rapporto di durata? – 12. La conformazione dei beni e del loro regime di appartenenza. La qualificazione pubblica o privata per categorie omogenee e le leggi-provvedimento. – 13. Il potere conformativo sui beni economici. Il diritto della concorrenza e il sacrificio dei privati. Il regime speciale di avocazione delle cave nella legge mineraria. – 14. L’incidenza sul contenzioso in

\* Testo, integrato e aggiornato, della relazione “*Interessi pubblici, regole europee per la concorrenza e protezione dei diritti fondamentali: i limiti ai poteri di acquisto e di conformazione della proprietà privata nel sistema multilivello delle tutele*”, svolta nell’ambito del Convegno di studi “Pubblico e privato negli agri marmiferi apuani: banco di prova per il diritto di proprietà nel sistema di protezione multilivello”, organizzato da Confindustria Toscana e Confindustria Livorno-Massa Carrara, il 22 febbraio 2019 presso la LUISS.

atto e la lesione del diritto all'equo processo di cui all'art. 6 della CEDU. – 15. La normativa estense e la natura del diritto dell'utilizzatore, consolidato nel tempo. – 16. L'espropriazione di valore e i principi della Costituzione e del diritto CEDU. – 17. Conclusione. La natura giuridica degli agri marmiferi apuani, gli interessi pubblici e i poteri delle amministrazioni.

1. *Il regime di appartenenza degli agri marmiferi apuani utilizzati dalle imprese private e la natura giuridica dei "beni stimati": proprietà pubblica o privata?*

La questione riguardante il regime di appartenenza degli agri marmiferi apuani ha formato oggetto di un'ampia discussione, risalente nel tempo<sup>1</sup>.

Il dibattito è ora riaperto dalla recentissima proposta di legge statale AC-889, promossa dalla Regione Toscana, intesa a risolvere la controversia in via autoritativa, nel senso dell'appartenenza al patrimonio indisponibile comunale.

Il tema ha un rilievo non solo giuridico e storico, ma anche economico e sociale, considerando l'evidente importanza delle attività estrattive del *marmo di Carrara*, autentica punta di eccellenza del *made in Italy* e risorsa produttiva destinata anche a molteplici, moderni, scopi industriali<sup>2</sup>.

In linea generale, secondo il codice civile, tutte le cave possono formare oggetto sia di proprietà pubblica che di proprietà privata<sup>3</sup>. Pertanto, la concreta qualificazione della loro spettanza non deriva dalla natura intrinseca dei beni, ma delle concrete vicende che ne accompagnano l'acquisto e la circolazione<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti, a M. LIPARI, *Il regime giuridico delle concessioni degli agri marmiferi apuani pubblici alla luce del decreto legislativo n. 59/2010, della direttiva servizi e della legislazione regionale toscana: l'ambito oggettivo e temporale delle regole concorsuali sull'affidamento dei beni pubblici*, in *Giustamm.it*, 2017.

<sup>2</sup> Per un aggiornato disegno dei caratteri tecnici, economici e storici del distretto marmifero apuano si rinvia a A. BALESTRI, *Le ragioni del marmo*, Carrara 2016.

<sup>3</sup> Art. 826, comma secondo del codice civile: "Fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato le foreste che a norma delle leggi in materia costituiscono il demanio forestale dello Stato, le miniere, le cave e torbiere quando la disponibilità ne è sottratta al proprietario del fondo, le cose d'interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico e artistico, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo, i beni costituenti la dotazione della presidenza della Repubblica, le caserme, gli armamenti, gli aeromobili militari e le navi da guerra".

<sup>4</sup> Peraltro, ci si è interrogati sulla natura giuridica di tale proprietà, che risulta largamente 'funzionalizzata' al perseguimento di finalità di interesse generale, correlate

In punto di fatto, tutti gli agri marmiferi situati nel distretto apuano sono attualmente nella disponibilità materiale di imprenditori privati e sono destinati all'attività estrattiva. Vanno distinte, però, tre situazioni oggettive, in funzione della natura dei diversi titoli giuridici su cui si basano le utilizzazioni in atto<sup>5</sup>:

- a) Alcuni agri marmiferi risultano di incontestata proprietà pubblica comunale;
- b) Nell'ambito del distretto marmifero apuano non vi sarebbero, invece, allo stato, cave *sicuramente* private (in tutto o in parte), cioè riconducibili a 'titoli' proprietari ordinari, attualmente non contestati tra le parti;
- c) In una terza e ultima categoria si collocano le cave di controversa qualificazione, pubblica o privata, riconducibili alla nozione storica dei "*beni estimati*", che sarà meglio analizzata nei seguenti paragrafi<sup>6</sup>.

Proprio la terza categoria degli agri marmiferi apuani forma oggetto, adesso, della citata iniziativa legislativa statale, promossa dalla Regione Toscana, secondo il procedimento di cui all'art. 121 della Costituzione, diretta a sancirne, d'imperio, la natura pubblica e l'appartenenza al patrimonio indisponibile dei comuni di Massa e di Carrara.

La proposta manifesta numerose criticità, riguardanti la dubbia compatibilità con plurimi principi costituzionali ed europei posti a tutela, sostanziale e processuale, dei diritti fondamentali della persona e dell'impresa.

all'adeguato sfruttamento economico della risorsa. Ciò ha condotto alla consolidata affermazione secondo cui le cave, anche se di appartenenza privata, rientrerebbero nella categoria dei "*beni provati di interesse pubblico*", coniata da M.A. SANDULLI. Il punto è ampiamente studiato da F. FRANCIOSI, *op. cit.*

<sup>5</sup> Secondo attendibili fonti giornalistiche, nel comprensorio delle Alpi Apuane attualmente sono esercitate ben 81 diverse cave, intese come autonome strutture aziendali.

A) Di queste 81 cave, 29 (più di un terzo) vanno qualificate come sicuramente pubbliche, in quanto appartenenti alle amministrazioni comunali, e gestite da privati sulla base di titoli giuridici di varia natura (pubblicistici o privatistici), ma certamente non idonei alla costituzione di una situazione proprietaria in capo all'utilizzatore privato;

B) 8 cave soltanto vanno qualificate come "interamente" riferite ai "beni estimati";

C) 44 cave (il numero più consistente, superiore alla metà del totale), infine, sono considerate, invece, come 'miste', perché caratterizzate dalla compresenza di una connessione, oggettiva, tra una parte pacificamente di proprietà comunale e una parte riconducibile alla controversa nozione di 'bene estimato'.

<sup>6</sup> Andrebbe considerata anche la peculiare situazione delle cave 'miste', caratterizzate dalla unità tecnica e funzionale dell'impresa estrattiva, riferita a porzioni in parte private e in parte pubbliche,

Si prospetta, infatti, il contrasto:

- a) Con i limiti posti alla normazione di interpretazione autentica a carattere retroattivo;
- b) Con il diritto al giusto processo e alla tutela giurisdizionale;
- c) Con le regole che definiscono l'ambito di legittimità delle leggi-provvedimento;
- d) Con i diritti inviolabili alla disponibilità dei beni economici e al diritto di impresa.

2. *Le tappe della vicenda precedente alla proposta di legge statale di iniziativa regionale. Il tentativo di pubblicizzazione forzata dei beni stimati*

Per analizzare, nel dettaglio, gli aspetti problematici dell'iniziativa avviata dalla Regione Toscana, è utile riassumere i termini essenziali della vicenda.

A) La questione controversa è incentrata sulla portata della normativa preunitaria riferita alle cave apuane. Si tratta, essenzialmente, della disciplina speciale risalente alla *legislazione estense*: l'*Editto di Maria Teresa Cybo Malaspina* del 1 febbraio 1751, seguito dalle Notificazioni governatoriali del 14 luglio e del 3 dicembre 1846; l'art. 11 dell'editto di Maria Teresa Cybo Malaspina del 21 dicembre 1771, l'art. 7 del decreto n. 246 sulle miniere del 9 agosto 1808, i punti VII e VIII della notificazione governatoriale (Petrozzani) del 24 settembre 1823 e l'art. 2, comma 13, lettera *b*), della notificazione governatoriale del 14 luglio 1846.

B) La problematica concernente l'assetto proprietario delle cave non riguarda la totalità degli agri marmiferi del distretto apuano, ma soltanto una loro parte, per quanto assai consistente: i beni "*stimati*", ossia gli agri, che, all'epoca del primo intervento del legislatore estense del 1751, risultavano già iscritti nei registri immobiliari dei "*particolari*" (soggetti privati), da almeno un ventennio, ed erano quindi utilizzati, con evidente pienezza dei poteri di fatto, sulla base di titoli giuridici consolidati nel tempo.

Per questi beni, secondo il citato editto del 1751, «*Se l'allibrazione delle medesime è seguita venti anni prima della presente Nostra ordinazione, niun diritto pretendere mai più possa sopra di esse, o sopra i loro Possessori, la vicinanza ne' di cui agri sono situate non altrimenti che se a favore dei possessori medesimi militasse l'immemorabile, o la centennaria o concorresse a prò loro un titolo il più legittimo che immaginare si possa*».

C) In base all'opinione ermeneutica preferibile, l'editto del 1751 ha determinato l'effettivo trasferimento (o riconoscimento) di un diritto dominicale esclusivo in capo ai privati detentori dei beni, superando il dominio del sovrano.

In questo senso si pone, nel 1955, la commissione di esperti (presieduta dal Pres. E. Piga e composta dai Professori F. Vassalli e M.S. Gianini), incaricata dal Comune di Carrara di predisporre il regolamento per la concessione degli agri marmiferi comunali, ai sensi dell'art. 64, comma 3, del regio decreto 29 luglio 1927, n. 1443<sup>7</sup>, che espressamente qualifica i *beni estimati* come beni di proprietà privata.

Per un'opposta tesi, allo stato minoritaria, invece, la disposizione teseriana avrebbe assegnato ai titolari dell'*allibrazione* soltanto una "*concessione perpetua*", o una diversa posizione giuridica, pienamente protetta nei riguardi di tutti i terzi, ma insuscettibile di alienare la proprietà del bene, mantenuta in capo al soggetto pubblico.

D) Pur essendo nettamente prevalente la conclusione interpretativa della natura privata dei *beni estimati*, l'ordinamento positivo non ha dettato disposizioni esplicite sul loro regime di appartenenza e sulla natura del potere di utilizzazione attribuito ai privati.

E) In ogni caso, in punto di fatto, a partire dall'Editto estense, i diritti sui beni "*estimati*" hanno in concreto continuato a circolare liberamente tra i privati, con atti di trasferimento negoziale (compresi i conferimenti in società e le ordinarie vendite), o *mortis causa*, alla stregua di diritti dominicali privati su 'comuni beni immobili'. In tale periodo, le amministrazioni comunali non hanno avviato significative iniziative dirette a rivendicare la proprietà esclusiva di tali agri marmiferi.

F) In tempi più recenti, alcuni gruppi di opinione, organi di informazione<sup>8</sup> e movimenti politici hanno caldeggiato una più larga *pubblicizzazione* delle cave, anche richiamando diversi argomenti riferiti alla "*teoria dei beni comuni*" e all'asserita imposizione derivante dalla normativa europea in materia di liberalizzazione dei servizi (direttiva dell'U-

<sup>7</sup> In forza di tale previsione, "Entro un anno dalla pubblicazione del presente decreto, i comuni di Carrara e Massa emaneranno un regolamento, da approvarsi dal Ministro per l'economia nazionale", per disciplinare le concessioni dei rispettivi agri marmiferi.

<sup>8</sup> Particolarmente interessanti, al riguardo, sono anche i servizi dedicati al tema dalla trasmissione della RAI "*Report*", consultabili *on line*, tanto nella forma grafica, quanto nella versione video. Il taglio giornalistico seguito dall'inchiesta televisiva sembra incline a sostenere la natura "intrinsecamente" pubblica del "bene comune" delle cave. Ma, in ogni caso, offre utili spunti di riflessione.

nione europea 2006/123/CE, sinteticamente conosciuta come “*Direttiva Bolkestein*”)<sup>9</sup>.

La Regione Toscana ha aderito a questo indirizzo *panpubblicistico*, sostenendo, in particolare, la tesi della necessità giuridica di assicurare la concorrenza nella gestione delle cave apuane, e, con l’art. 32, comma 2, della legge 25 marzo 2015, n. 35 (*Disposizioni in materia di cave. Modifiche alla l.r. 78/1998, l.r. 10/2010 e l. r. 65/2014*), è intervenuta direttamente sulla materia del regime di appartenenza degli agri marmiferi apuani.

Nel quadro di un ampio riordino dell’intero settore regionale delle cave, la legge ha dettato nuove disposizioni dedicate partitamente al distretto di Massa e di Carrara. Tra queste si pone la fondamentale previsione dell’art. 32, diretta a riconoscere, autoritativamente, la natura totalmente *pubblica* dei “*beni stimati*”.

Secondo la norma, “*Considerata la condizione di beni appartenenti al patrimonio indisponibile comunale degli agri marmiferi di cui alle concessioni livellarie già rilasciate dai Comuni di Massa e Carrara e dalle soppressioni ‘vicinanze’ di Carrara, già disciplinate ai sensi dell’art. 1, comma 2, della legge regionale 5 dicembre 1995, n. 104 (Disciplina degli agri marmiferi dei Comuni di Massa e Carrara), nonché dei beni stimati, di cui all’editto della duchessa Maria Teresa Cybo Malaspina del 1 febbraio 1751, entro centotanta giorni dall’entrata in vigore della presente legge, i Comuni di Massa e Carrara provvedono alla ricognizione dei tali beni, danno comunicazione dell’accertamento ai titolari delle concessioni e delle autorizzazioni alla coltivazione dei beni medesimi e provvedono ai conseguenti adempimenti ai sensi del presente capo*”<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Ma per un’analisi di tale problematica e per la conclusione secondo cui la direttiva servizi non trova applicazione nel settore delle cave e, comunque, non giustifica, da sola, la riappropriazione autoritativa degli agri utilizzati dagli imprenditori privati, sia consentito rinviare a M. LIPARI, *op. cit.*

<sup>10</sup> Con riguardo all’affidamento delle cave pubbliche, il legislatore regionale toscano è intervenuto con una dettagliata normativa, contenuta nella citata legge n. 35/2015, incentrata sui seguenti principi fondamentali:

1) L’affermazione, a regime, della regola concorsuale nell’affidamento degli agri marmiferi, accompagnata da alcune innovazioni significative sul contenuto del rapporto (fra l’altro: la durata, il contributo di concessione; alcuni vincoli funzionali inerenti il rafforzamento della filiera produttiva locale); lo spazio per affidamenti diretti o comunque rivolti a valorizzare l’esperienza pregressa nella gestione degli agri apuani è radicalmente escluso.

2) La previsione di un regime transitorio, volto a segnare una progressiva cessazione dei rapporti in atto, senza alcuna particolare salvaguardia delle posizioni di fatto e sostanziali consolidate. Solo per i beni ‘stimati’ si prevede una procedura lievemente

La disposizione regionale si riannoda ai risultati cui era pervenuta un'apposita nuova commissione di studi, istituita dalla stessa Regione, la quale, non senza subire severe critiche e fondate obiezioni, aveva capovolto gli esiti della ricordata "Commissione Piga", sostenendo, al contrario, la natura pubblica di tutti i *beni estimati*.

G) Sotto l'aspetto strettamente formale, la previsione regionale sembra limitarsi, nella sua dizione letterale, ad una mera "presa d'atto" della natura pubblica delle cave, quale presupposto per definire il perimetro di applicazione delle nuove norme riguardanti l'utilizzazione dei beni appartenenti al patrimonio comunale. Ma è palese che la disposizione, indipendentemente dalla sua esteriore struttura *ricognitiva*, incida direttamente e immediatamente, sugli attuali titoli di appartenenza dei *beni estimati*, contraddicendone, in radice, la natura privata.

H) A fronte di tale pesante intervento normativo, gli utilizzatori privati delle cave hanno proposto, o riattivato, i giudizi civili indirizzati all'accertamento dei loro diritti di godimento sui beni.

Nel corso di tali processi sono state sollevate diverse questioni di legittimità costituzionale della normativa regionale, contestualmente impugnata anche dallo Stato, nella parte in cui essa attribuisce la proprietà esclusiva dei beni estimati alle amministrazioni comunali e determina, unilateralmente, la cessazione dei rapporti di utilizzazione in atto.

I) La Corte costituzionale, con sentenza 24 ottobre 2016, n. 228, ha esaminato soltanto alcune delle questioni proposte, ritenute di rilievo pregiudiziale, e le ha giudicate fondate.

Secondo la Corte, non spetta alla legislazione regionale il potere di dettare disposizioni relative all'appartenenza dei beni, in quanto esse sono attinenti alla materia dell'*ordinamento civile*, di esclusiva competenza statale. Pertanto, la norma regionale che afferma il carattere pubblico dei beni estimati è dichiarata costituzionalmente illegittima.

più complessa, incentrata sull'asserita natura pubblica di tali beni. In seguito all'annullamento pronunciato dalla Corte costituzionale, però, questa parte della disciplina non è più attuabile.

3) Nessuna regola specifica risulta dettata per le 'cave miste'. Evidentemente, per il legislatore regionale, tale categoria non avrebbe avuto più senso, una volta affermata la natura pubblica dei beni estimati. Nel 'vuoto' della disciplina legislativa si dovrebbe ritenere che spetti all'autonomia regolamentare delle amministrazioni comunali il potere di disciplinare queste peculiari situazioni, nel rispetto dei principi ricavabili dalla legislazione regionale.

### 3. *La proposta di legge statale, su iniziativa della Regione Toscana*

In questo quadro, nonostante la bocciatura ricevuta dalla Corte costituzionale, la Regione Toscana ha ritenuto opportuno di confermare la propria linea di azione, secondo cui il regime di appartenenza delle cave apuane deve essere definito in via legislativa (statale), nel senso della piena ed esclusiva proprietà pubblica.

In questa direzione, il Consiglio Regionale della Toscana, accogliendo, all'unanimità, una proposta formulata dal Gruppo Consiliare Cinque Stelle, ha deliberato di attivare il procedimento di iniziativa legislativa statale previsto dall'art. 121 della Costituzione, indicando un'ipotesi di articolato.

La proposta di legge (PDL) è stata formalmente presentata alla Camera dei deputati il 6 luglio 2018 con il numero AC-889.

La proposta reca il titolo *“Norme di carattere legislativo per disciplinare la ricerca, la coltivazione, l'attività estrattiva nell'ambito del distretto apuo-versiliese”*.

La PDL si compone di un unico articolo, sprovvisto di rubrica, e suddiviso in due commi.

*“1. Lo Stato disciplina l'attività estrattiva nell'ambito del distretto apuo-versiliese, nell'esercizio della propria potestà legislativa in materia di attività estrattive e nel rispetto dei principi e istituti giuridici storicamente consolidatisi in riferimento allo sfruttamento dei marmi negli agri marmiferi vicinali e alla disciplina generale di cui all'editto della duchessa Maria Teresa Cybo Malaspina del 1° febbraio 1751.*

*2. Gli agri marmiferi di cui alle concessioni livellarie già rilasciate dai comuni di Massa e Carrara e dalle sopresse «vicinanze» di Carrara, nonché i beni stimati di cui all'editto della duchessa Maria Teresa Cybo Malaspina del 1° febbraio 1751, appartengono al patrimonio indisponibile comunale e l'esercizio dell'attività estrattiva è sottoposto a concessione temporanea ed onerosa da parte del comune previo esperimento di procedura di gara ad evidenza pubblica.”*

### 4. *Il contenuto programmatico della PDL. La disciplina quadro degli agri marmiferi del distretto apuano-versiliese. Il limitato contenuto sostanziale della normativa*

Il titolo della PDL fa riferimento, pleonasticamente, alla introduzio-

ne di “*norme legislative*”: ma non si vede quale altro contenuto potrebbe assumere una legge statale, seppure di iniziativa regionale.

La stessa rubrica della PDL contempla, in senso molto largo e programmatico, la regolamentazione della *ricerca* e della *coltivazione* degli agri marmiferi del distretto apuano.

Ma il testo dell’articolato è molto più esiguo e circoscritto. Sul piano formale, esso si compone di un unico articolo, senza rubrica. Nella proposta deliberata dal consiglio regionale si prevedeva la vuota e laconica rubrica “*oggetto*”, ora sparita nella versione ufficiale presentata alla Camera.

L’unico articolo della PDL è suddiviso in due commi numerati, mentre il testo deliberato dal Consiglio regionale, pur distinguendo i due commi, invece, non si preoccupava di numerarli.

Nessuno dei due commi disciplina in modo specifico le attività di ricerca e di coltivazione delle cave contemplate dal titolo della PDL.

La disposizione, infatti, si limita a stabilire l’appartenenza di taluni (soltanto) beni del distretto apuano e a regolarne le modalità di assegnazione ai terzi, tramite procedura di gara.

Ciò chiarito, la struttura sostanziale della disposizione è scomponibile in distinte parti:

- L’affermazione dello spazio di *competenza statale* nella materia delle cave apuane, a giustificazione dell’intervento in un settore che dovrebbe essere ormai di ambito essenzialmente (se non esclusivamente) regionale;

- Il richiamo alla *previgente normativa estense*, disegnata come cornice dei principi, considerati dalla PDL tuttora applicabili al distretto apuano versiliese;

- L’affermazione della proprietà pubblica dei *beni estimati*, ricondotti al patrimonio indisponibile dei comuni di Massa e di Carrara;

- La previsione di un preciso vincolo di destinazione impresso ai beni estimati e agli altri agri marmiferi facenti parte del patrimonio comunale indisponibile: questi vanno assegnati alla gestione dei soggetti privati, sulla base di concessioni onerose precedute da gare pubbliche; implicitamente, quindi, questo segmento della disciplina dovrebbe comportare la cessazione automatica dei rapporti di utilizzazione in atto, qualora non basati su una previa idonea procedura ad evidenza pubblica.

5. *Gli obiettivi perseguiti dalla PDL AC-889. La portata della pronuncia della Corte costituzionale n. 228/2016: l'incompetenza regionale e i possibili "vizi" ulteriori della nuova disciplina*

La Relazione alla PDL indica le finalità e gli obiettivi dell'iniziativa legislativa.

*“La presente proposta di legge ha l'obiettivo di disciplinare l'attività estrattiva nell'ambito del distretto apuo-versiliese alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 228 del 2016 sulla questione di legittimità costituzionale dell'articolo 32, comma 2, della legge della regione Toscana 25 marzo 2015, n. 35 (Disposizioni in materia di cave), pronunciata in merito alla definizione della natura giuridica dei «beni estimati» dei comuni di Massa e Carrara, nella quale viene affermato il principio in base al quale la definizione della natura pubblica o privata dei beni spetta all'«ordinamento civile» in quanto «La potestà interpretativa autentica spetta a chi è titolare della funzione legislativa e cioè la legge dello Stato».*

In questo modo, si afferma la sola esigenza di emendare il vizio di incompetenza della legge regionale Toscana riscontrato dalla sentenza n. 228/2016 della Corte costituzionale.

L'inadeguatezza di questa sintetica e generica indicazione è duplice.

A) Anzitutto, non sono enunciate le sostanziali finalità complessive dell'iniziativa, in relazione alla necessità, o mera opportunità, di regolare, innovativamente, il settore delle cave apuane, con riguardo alla titolarità dei beni.

B) In secondo luogo, si cita la pronuncia della Corte costituzionale, presentandola, implicitamente, come una decisione ad efficacia conformativa, recante il vincolo di correzione di una normativa illegittima.

È possibile supporre che la proposta in esame dia per scontata la continuità, logica e politica, con la legge regionale annullata dalla Corte costituzionale. Ma, evidentemente, un'elementare esigenza di trasparenza avrebbe dovuto indicare, già nella relazione di accompagnamento, gli scopi complessivi dell'intervento legislativo statale, nella parte in cui esso mira ad incidere profondamente nel settore produttivo del distretto apuano, rivoluzionando gli equilibri esistenti.

La riscontrata carenza è ancora più grave, considerando il carattere retroattivo dell'intervento legislativo, destinato a colpire, se non le proprietà, quanto meno i diritti di impresa degli attuali utilizzatori delle cave.

La relazione di accompagnamento, poi, non sembra ricostruire con precisione e completezza la portata delle questioni di legittimità costitu-

zionale sottoposte al vaglio della Corte, limitandosi a dar conto della questione espressamente e compiutamente vagliata dal giudice delle leggi.

La sentenza n. 228/2016 ha correttamente assegnato rilievo *pregiudiziale* e *assorbente* al vizio di incompetenza regionale, rispetto alle molteplici e radicali censure sostanziali proposte dai giudici remittenti e ad altre possibili illegittimità.

La prospettazione di questi gravi vizi della norma, tuttavia, resta del tutto attuale e non vi è alcuna ragione per ritenere che la Corte abbia trascurato di valutare tali censure perché ritenute insussistenti o di scarsa consistenza.

La decisione della Corte, del resto, si svolge secondo una linea logica del tutto consolidata, ripetutamente espressa dalla giurisprudenza, con riguardo al corretto ordine di esame delle censure e alla tecnica dell'assorbimento necessario, derivante dall'accertata presenza del vizio di incompetenza. La Corte non ha esaminato, nemmeno in modo implicito, nessuno degli altri possibili vizi della vecchia disciplina regionale Toscana: pertanto, i suoi contenuti, ove trasferiti nella normativa statale, restano comunque soggetti ad un nuovo approfondito vaglio.

Ora, la scelta compiuta dalla Regione Toscana, diretta a riproporre l'intera normativa annullata dalla Corte, avrebbe dovuto essere accompagnata da una trasparente Analisi Tecnica Normativa (ATN), volta ad enunciare l'esistenza di questi dubbi di legittimità costituzionale, già posti all'attenzione della Corte e non esaminati per ragioni meramente processuali.

6. *La qualificazione del regime proprietario dei beni stimati come disciplina retroattiva di interpretazione autentica. Proprietà formale pubblica e situazioni di fatto consolidate*

La relazione risulta incompleta e imprecisa anche nella parte in cui richiama lo snodo argomentativo centrale esposto dalla sentenza n. 228/2016.

Secondo la Corte, la disciplina volta a stabilire il regime di appartenenza dei *beni stimati* deve essere qualificata, correttamente, come normativa di *interpretazione autentica*, con portata retroattiva.

Questa qualificazione determina importanti conseguenze sul vaglio di costituzionalità delle norme, soggette a stringenti vincoli di legittimità, tanto più rigorosi quando si tratta di regole che toccano, *retroattivamen-*

te, la disponibilità giuridica dei beni e le iniziative economiche private in corso di svolgimento.

La PDL in esame, riproducendo la struttura formale della disposizione regionale annullata dalla Corte, non si adegua alle puntuali indicazioni provenienti dalla pronuncia e conserva una fisionomia tecnicamente imprecisa.

In ogni caso, la relazione illustrativa trascura di considerare le evidenti criticità che comportano gli interventi legislativi retroattivi, seppure qualificati come interpretazione autentica.

Dal punto di vista meramente “logico”, ogni legge di interpretazione autentica si presenta, esternamente, come semplice *ricognizione* di un dato normativo preesistente, di cui intende *confermare* il significato e l’efficacia.

Ma, sul versante sostanziale, l’effetto perseguito e realizzato dalla legge di interpretazione autentica è sempre quello di *innovare* l’ordinamento giuridico, attraverso l’affermazione autoritativa dell’unica lettura consentita di una precedente norma, rendendola vincolante anche per i giudici.

Si potrà discutere, di volta in volta, se la legge di interpretazione autentica corrisponda realmente all’esegesi più corretta, o, per lo meno, alla lettura più consolidata della giurisprudenza, o se, al contrario, essa determini una consapevole forzatura del dato normativo.

Al proposito, la dottrina ha sottolineato che l’incertezza cui il legislatore cerca di far fronte mediante l’intervento di interpretazione autentica potrebbe articolarsi, alternativamente, nelle due diverse accezioni di incertezza *oggettiva* (oggettivo contrasto giurisprudenziale), ovvero *oggettiva* (indesiderato indirizzo giurisprudenziale).

In entrambe le evenienze, tuttavia, la legge di interpretazione autentica costituisce una normativa per sua natura “*retroattiva*” e astrattamente giustificabile soltanto dal contenuto di spiegazione, logicamente plausibile, del precedente dettato legislativo. Essa, in ogni caso, deve adeguarsi a una serie di rigorosi parametri costituzionali, comprendenti il rispetto dell’affidamento dei destinatari, il diritto al giusto processo, l’esigenza di perseguire interessi pubblici qualificati, la garanzia dei diritti fondamentali della persona.

In linea di principio, dunque, la Corte ha evidenziato sempre la potenzialità retroattiva delle leggi di interpretazione autentica, la cui legittimità è ammessa nell’ordinamento costituzionale nazionale, con l’unico limite dell’art. 25, comma secondo, Cost. in materia penale, nella prospettiva, però, di preservazione dei principi di certezza del diritto e

di legittimo affidamento dei cittadini, da considerarsi come principi di 'civiltà giuridica'.

Pertanto, l'intervento legislativo interpretativo è ammissibile soltanto nei casi in cui esso, sebbene destinato ad incidere sulle posizioni giuridiche soggettive dei singoli, sia tale da garantire una *compensazione ragionevole* allo svantaggio a questi arrecato.

Ed è proprio sulla *ragionevolezza* della norma interpretativa che si fonda il nucleo del sindacato di legittimità costituzionale svolto dal giudice delle leggi. Al fine di risultare costituzionalmente legittima, l'interpretazione autentica, infatti, deve essere *ragionevolmente* giustificata da motivi imperativi di interesse generale, riequilibrando gli effetti retroattivi anche a danno dei diritti acquisiti dai soggetti interessati.

A tale riguardo, la Corte costituzionale ha ulteriormente, e reiteratamente, precisato come l'efficacia retroattiva della legge trovi, in particolare, un limite nel «*principio dell'affidamento dei consociati nella certezza dell'ordinamento giuridico*», il mancato rispetto del quale si risolve in irragionevolezza e comporta, di conseguenza, l'illegittimità della norma retroattiva (sentenze n. 170 e n. 103 del 2013, n. 271 e n. 71 del 2011, n. 236 e n. 206 del 2009, per tutte).

E, in linea con tale indirizzo, ha sottolineato come il principio dell'affidamento trovi applicazione anche in materia processuale e risulti violato a fronte di soluzioni interpretative, o comunque retroattive, adottate dal legislatore rispetto a quelle affermatesi nella prassi (sentenze n. 525 del 2000 e n. 111 del 1998).

Anche la Corte di Strasburgo si è trovata più volte ad affrontare la stessa tematica della legge interpretativa, giungendo a riscontrarne l'illegittimità laddove la stessa venga utilizzata dallo Stato quale strumento d'intromissione nel corretto svolgimento dell'amministrazione della giustizia, in violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU, al fine di ricavarne un esito favorevole.

In tal senso, il giudice europeo svolge un bilanciamento tra i motivi di interesse generale, adottati dallo Stato a giustificazione dell'atto normativo interpretativo, e le posizioni soggettive dei singoli incise dallo stesso.

Si possono indicare, in tal senso, le pronunce della CEDU, sez. 2, sentenza 15 aprile 2014 (*Stefanetti ed altri c/ Italia*); CEDU, Grande Camera, 10 giugno 2008 (*Bortesi e altri contro Italia*), le quali hanno sancito la violazione dell'art. 6 della Convenzione derivante da norme incidenti sul diritto di proprietà, qualora l'applicazione della legge non si basi su "*un interesse generale ed imperioso*" tale da giustificare l'effetto retroattivo.

Ora, va subito evidenziato, a scanso di equivoci, che, nella decisione della Corte n. 228/2016, la riconduzione dell'intervento normativo regionale al modello della legge di interpretazione autentica delle norme riguardanti l'appartenenza dei beni vale soltanto a delineare il vizio di incompetenza.

Ma non è in alcun modo accompagnata dalla affermazione della legittimità costituzionale, per così dire *sostanziale*, della norma, in relazione ai molteplici e severi parametri che la stessa Corte ha ripetutamente indicato per arginare gli abusi passati della legislazione retroattiva.

Né sembra che la Corte abbia in alcun modo suggerito l'opportunità, e tanto meno la necessità, di un intervento in tal senso.

7. *La Corte opta per la natura pubblica dei beni stimati? La netta valorizzazione delle situazioni di fatto: l'utilizzazione degli agri marmiferi come beni privati*

Il percorso motivazionale della Corte è comunque di estremo interesse, perché, da un lato, risulta incline, nel suo complesso, ad un certo favore per la tesi "*pubblicistica*" dell'appartenenza dei *beni stimati*, all'epoca del discusso Editto teresiano del 1751, benché non siano analizzate a fondo le contrapposte opinioni interpretative sul tema.

Al tempo stesso, però, la Corte pone in rilievo che il dato formale, quand'anche interpretato in chiave pubblicistica, era stato presto, e largamente, contraddetto, in punto di fatto (anche a causa delle inadempienze delle amministrazioni, succedutesi negli anni), da una considerazione di tali beni come oggetto della piena disponibilità giuridica e fattuale dei detentori.

Ci si potrebbe domandare, allora, se proprio il prospettato contrasto tra la forma giuridica pubblicistica e la plurisecolare fisionomia privatistica assunta, in sostanza, dai *beni stimati* potrebbe giustificare l'interesse pubblico ad un intervento risolutivo del legislatore, anche con lo strumento dell'interpretazione autentica delle norme rilevanti in materia.

La Corte non prende un'esplicita posizione su questo possibile interrogativo. Sicché, la strada dell'interpretazione autentica non risulta affatto l'unica imposta, né quella preferibile, anche in considerazione dei contenziosi in atto.

E, in ogni caso, anche ammettendo l'opportunità dell'intervento legislativo interpretativo, volto a segnare la sintonia tra la qualificazione giu-

ridica degli agri e la realtà di fatto, andrebbe rigorosamente dimostrata la prevalenza dell'interesse alla “*pubblicizzazione*” dei beni.

Non vi è ragione per ritenere che la prospettata dissociazione tra il dato formale (proprietà pubblica) e la realtà sostanziale (piena disponibilità privata), delineata dalla Corte, debba necessariamente risolversi a favore della antica proprietà formale pubblica. Semmai, potrebbe apparire più equo e logico privilegiare le situazioni di fatto consolidate da secoli, sulla base di titoli giuridici validi ed efficaci.

Oltretutto, se la riscontrata “confusione” in materia deriva dalle condotte negligenti delle amministrazioni, come stigmatizzato proprio dalla sentenza n. 228/2016, per quale ragione bisognerebbe penalizzare gli imprenditori privati e premiare gli stessi soggetti pubblici responsabili della situazione di incertezza?

8. *Il dubbio significato dell'espresso richiamo ai “principi della legislazione estense”: la reviviscenza di norme da tempo abrogate?*

La PDL in esame svolge un richiamo, piuttosto contorto, alla *disciplina estense*, creando un grosso equivoco di fondo circa l'attualità e la vigenza della legislazione preunitaria.

In tal modo risultano accentuati i dubbi già sorti con riguardo alla norma regionale di cui all'art. 32, comma 1 della legge 35/2015, secondo la quale “*La Regione, con il presente capo, disciplina l'attività estrattiva nell'ambito del distretto apuo-versiliese, nell'esercizio della propria potestà legislativa in materia di attività estrattive e nel rispetto dei principi e istituti giuridici storicamente consolidatisi in riferimento allo sfruttamento dei marmi negli agri marmiferi vicinali e alla disciplina generale di cui all'editto della Duchessa Maria Teresa Cybo Malaspina del 1 febbraio 1751*”.

Le norme preunitarie relative alle cave del distretto apuano sono state caratterizzate da un particolare regime di *ultrattività*, che ne ha permesso la vigenza anche dopo la legislazione unitaria sulle cave. Questa efficacia, per quanto dilatata nel tempo, tuttavia, è venuta definitivamente a cessare con l'entrata in vigore dei regolamenti comunali previsti dalla legge statale sulle cave.

Il sostanziale ripristino della legislazione estense, anche nella forma attenuata dei “*principi*” (peraltro, del tutto indeterminati), stabilito dalla legge regionale e dalla successiva proposta di legge statale, non sembra allora in alcun modo giustificato.

Il senso più probabile di questo rinvio, anche se degradato a mero richiamo del tutto atecnico e privo di efficacia precettiva, potrebbe essere quello di sancire una persistente *specialità* degli agri marmiferi apuani, che, nell'intenzione dei proponenti, dovrebbe giustificare interventi normativi particolarmente invasivi, anche in deroga a regole e principi generali, incidenti sul regime proprietario di tali beni.

Allo stesso tempo, l'enunciazione legislativa della persistente e attuale base giuridica estense pare finalizzata all'affermazione programmatica di non volere realizzare alcuna *innovazione retroattiva* (nemmeno nella forma dell'*interpretazione autentica*), ma, semplicemente, di intendere soltanto attualizzare, con portata meramente ricognitiva, le antiche disposizioni teresiane, come se esse fossero ancora efficaci.

9. *L'inadeguata tecnica di redazione della legge di interpretazione autentica. Quali sono le norme interpretate? Un obbligo inderogabile di chiarezza*

Nella discutibile cornice dei principi della legislazione estense, la PDL in esame stabilisce perentoriamente il carattere pubblico dei beni estimati.

Ma, come si è osservato, la disposizione, nonostante la chiara indicazione della Corte costituzionale, sceglie di non autoqualificarsi espressamente come norma di *interpretazione autentica* e l'articolato non si sviluppa secondo la tecnica con cui tali norme dovrebbero essere redatte.

La ragione dell'opzione legislativa, si ripete, potrebbe essere meramente "*politica*" e finalizzata a dissimulare la portata sostanzialmente retroattiva dell'intervento. Nella *mens legis* si vorrebbe, presumibilmente, insistere sull'idea secondo cui i *beni estimati* sono sempre stati *indiscutibilmente* pubblici.

Quindi, la norma non avrebbe alcun valore propriamente "retroattivo", con tutti i rischi che questa esplicita qualifica comporta, ma sarebbe mera *ricognizione* dell'esistente. In fondo, era questa la tesi fatta propria della Regione Toscana con la legge n. 35/2015: non si voleva "innovare", forzando il dato dell'ordinamento, ma solo "prendere atto" della asserita intrinseca natura pubblica dei beni estimati.

Ora, questa finalità soggettiva, perseguita dal Consiglio Regionale Toscano, deve essere rispettata e valutata con la massima attenzione, ma è evidente che essa non può in alcun modo incidere sulla natura sostan-

ziale dell'intervento normativo in esame, il quale, senza alcun dubbio, nel suo significato oggettivo, intende comportare, *retroattivamente*, una esegesi, ritenuta "*astrattamente possibile*", della normativa precedente, riguardante il regime di appartenenza dei beni stimati.

D'altro canto, se si volesse affermare che la PDL in esame non comporta effetti retroattivi, ma vale solo per il futuro, si dovrebbe pervenire ad una conclusione inevitabile:

a) Per il passato, la qualificazione incerta dell'appartenenza dei beni dovrebbe essere risolta applicando la precedente normativa, autonomamente interpretata dal giudice, senza alcun rilievo della nuova legge sul *contenzioso* in atto.

b) Per il futuro, invece, l'attribuzione forzata al patrimonio indisponibile comunale si risolverebbe in una sostanziale espropriazione, palesemente illegittima, perché adottata con legge provvedimento, senza motivi di interesse pubblico, senza garanzie partecipative e senza equo indennizzo.

Ma nessuna delle due conseguenze indicate risulterebbe coerente con i desiderata della Regione Toscana, la quale, al contrario, mira a chiudere, anche per il passato, la questione della natura dei beni stimati e non intende certo esporsi alla gravissima responsabilità di una espropriazione priva di qualsiasi base giuridica.

Ne deriva, quindi, che la PDL in esame deve essere ricondotta al paradigma della legge di interpretazione autentica e valutata alla luce dei parametri costituzionali che ne condizionano la legittimità.

#### 10. *I presupposti minimi di legittimità della normativa di interpretazione autentica. L'individuazione delle regole oggetto di esegesi vincolante*

Ma la scelta di non qualificare espressamente la disposizione in esame come norma di interpretazione autentica potrebbe costituire anche il tentativo – non riuscito – di aggirare le prescrizioni minime di chiarezza e determinatezza che devono presentare interventi di tale contenuto.

Va premesso che, una volta indirizzatosi nella strada dell'interpretazione autentica, il legislatore, per ovvie esigenze di protezione degli interessi dei destinatari, deve adottare regole caratterizzate dalla massima limpidezza.

Questo criterio ha una portata generale, ma è ancora più stringente nelle ipotesi di immediata incidenza sul regime di appartenenza dei beni

e sulle attività economiche, considerando che la determinazione dei modi di acquisto della proprietà è soggetta non solo alla *riserva formale* di legge (art. 42 della Cost.), ma anche ai limiti *sostanziali*, derivanti dalla stessa Costituzione e dalla CEDU.

I destinatari della norma devono poter comprendere, senza eccessivo sforzo, le ragioni giuridiche per cui i beni da loro utilizzati sono sottratti alla loro disponibilità e assegnati al patrimonio indisponibile pubblico.

Alla luce di questi parametri, risulta palesemente inadeguato il sintetico riferimento compiuto dalla PDL alla "*legislazione estense*" e ai suoi innominati *principi*, accompagnato dalla apodittica "*conclusione*" secondo cui gli *agri marmiferi apuani* appartengono al patrimonio indisponibile comunale.

A tale proposito, il segmento motivazionale contenuto nella relazione di accompagnamento, anche ipotizzando che esso possa in qualche modo compensare la radicale lacuna del testo legislativo, è, di per sé, assolutamente impreciso e incompleto.

Infatti, si potrebbe anche convenire sulla difficoltà di ricostruire con precisione il quadro normativo riguardante gli agri marmiferi, stratificato nel tempo, disordinato, concernente istituti giuridici eterogenei, anche tenendo conto delle divergenze ermeneutiche sorte al riguardo.

Ma è proprio la logica dell'interpretazione autentica ad esigere che sia compiuta questa operazione di ricognizione della normativa rilevante. Occorre, quanto meno, individuare puntualmente le disposizioni di incerto significato che si intendono reinterpretare.

La legge di interpretazione autentica deve delineare l'oggetto dell'incertezza ermeneutica e prendere una chiara posizione tra le diverse esgesi ipotizzabili.

Non è certamente legittima una disposizione che si limiti ad indicare il nuovo "*effetto giuridico*" retroattivo desiderato, senza chiarire quali disposizioni richiedono l'intervento correttivo.

Pertanto, non è conforme ai caratteri propri della legittima interpretazione autentica l'affermazione della proprietà pubblica dei beni estimati, correlata alla generica asserzione secondo cui tutta la normativa preesistente dovrebbe univocamente intendersi in tal senso.

Secondo una possibile opinione, il nodo riguardante l'appartenenza dei beni estimati è concentrato nell'interpretazione dell'editto estense che *abolì i livelli*. Come già ricordato, questa norma, secondo un'autorevolissima, benché non unanime interpretazione, ha determinato il trasferimento ai privati della piena proprietà dei beni estimati. La Regione To-

scana sostiene, invece, l'opposta opinione e auspica che essa sia tradotta in una norma statale chiarificatrice.

Allora, in questa prospettiva, l'obiettivo perseguito dalla PDL in esame potrebbe attuarsi mediante una formulazione di questo tipo: *“la disposizione estense del 1751 si deve intendere nel senso che la prevista abolizione dei livelli non ha determinato alcun trasferimento del dominio utile sul bene, che resta intestato alla vicinanza (o al Sovrano)”*.

Così ricondotta nel corretto paradigma dell'interpretazione autentica, l'iniziativa legislativa non richiederebbe l'introduzione di un'ulteriore regola riguardante, specificamente, l'affermazione dell'attuale titolarità degli agri apuani, perché il regime proprietario pubblico o privato delle cave deve essere quello, generale, delineato dal codice civile ed è solo la possibile conseguenza della modifica legislativa.

La soluzione del problema tecnico riguardante la corretta formulazione della norma di interpretazione autentica non è però sufficiente per ottenere il risultato desiderato dalla PDL in esame, volto a segnare la proprietà pubblica degli agri marmiferi apuani.

Infatti, anche dopo il controverso Editto teresiano del 1751, si sono succeduti molteplici eventi, dando vita ad una lunga catena giuridica caratterizzata dalla successione di atti di trasferimento svolti secondo il regime privatistico.

Per dimostrare l'attuale natura pubblica dei beni stimati non sembra sufficiente riqualificare, in via interpretativa, gli effetti dell'Editto teresiano, ma bisognerebbe svolgere un'attenta ricognizione delle diverse norme successive e dei concreti provvedimenti pubblici e privati incidenti sugli agri marmiferi, niente affatto univoci nel senso della ipotizzata pubblicità e indisponibilità dei beni stimati.

Pertanto, potrebbe essere necessario intervenire retroattivamente anche sulle norme successive alla legislazione estense, menzionandole esplicitamente: non è in alcun modo ammissibile una disposizione retroattiva 'generica', nemmeno se qualificata come interpretazione autentica.

Inoltre, resterebbe aperto il problema *“di fatto”*, riguardante la sequenza di atti, contratti, provvedimenti, che pure potrebbero avere condizionato la qualificazione del bene, anche accettando l'idea della inidoneità dell'editto estense a trasferire ai privati la piena proprietà.

A fronte di questa duplice incertezza, concernente la normativa applicabile e la qualificazione dei fatti concreti, la soluzione semplificatrice prefigurata dalla proposta di legge, secondo cui i beni stimati *“appartengono al patrimonio indisponibile comunale”* è palesemente inadeguata,

risolvendosi, in ultima analisi, nella unilaterale appropriazione pubblica di beni pacificamente posseduti, ormai da più di due secoli, da soggetti privati, in evidente contrasto con i limiti costituzionali ed europei imposti al potere ablatorio delle amministrazioni pubbliche.

11. *Esiste un limite temporale dell'interpretazione autentica? È ammissibile un intervento che retroagisce all'anno 1751, in un ordinamento preunitario? La proprietà come rapporto di durata?*

Nella proposta di legge in esame vi è comunque un problema di sostanza più evidente.

Ci si deve domandare, infatti, se sia ammissibile un intervento legislativo con efficacia retroattiva, secondo il paradigma della interpretazione autentica, riferito al significato di antiche norme dell'anno 1751, appartenenti a un ordinamento non più vigente

La retroattività della legge, seppure nei limiti della interpretazione autentica, è fisiologicamente riferita ad un ambito temporale circoscritto, considerata la sua *eccezionalità*: in ogni caso, il limite insuperabile di tale effetto retroattivo è rappresentato dalla persistente attualità degli effetti giuridici della norma interpretata. Retroagire fino ad una remota epoca preunitaria risulta davvero difficile da giustificare, a meno che non si riesca a dimostrare che la norma abbia mantenuto una sua concreta attualità.

La PDL ha cercato di superare il problema, affermando una generica vigenza dei principi della legislazione estense: ma l'inadeguatezza di tale impostazione è evidente.

Si deve comunque osservare che se una norma, anche *antichissima*, viene concretamente in evidenza in un rapporto e in un contenzioso "attuale", la sua effettiva 'età anagrafica' non conta.

Ora, il problema della dimensione temporale dell'efficacia di una norma è molto complesso in generale e lo è ancora di più nel contesto del regime proprietario e della disciplina di derivazione estense.

Tuttavia, l'editto teresiano, considerato nelle sue possibili due interpretazioni alternative, risulta, ormai decisamente "superato", nel senso che esso ha definitivamente consumato i propri effetti.

a) Seguendo la tesi *pubblicistica*, il suo contenuto consiste nello stabilire l'eliminazione dei tributi posti a carico degli utilizzatori.

b) Seguendo la tesi *privatistica*, la norma ha determinato il trasferimento della titolarità degli agri in capo ai proprietari privati.

Entrambi gli effetti giuridici si sono realizzati e completati, immediatamente, in conseguenza dell'Editto teresiano.

Questi effetti, poi, si sono riverberati sulle successive vicende riguardanti la disponibilità dei beni stimati, secondo i generali principi degli acquisti a titolo derivativo, ma non si può affatto ritenere che tali effetti siano ancora "attuali".

Quindi, la proposta di legge non intende applicare ad un fatto presente una norma antica ancora vigente, reinterpreta in modo vincolante per il giudice, ma persegue lo scopo di riqualificare, *ora per allora*, il rapporto scaturito dall'editto estense.

Ciò al fine di stabilire se, in base ai principi degli acquisti derivativi (*nemo plus iuris transferre quam ipse habet*), il titolo attuale vantato da chi si presenta oggi come proprietario, sia idoneo, o meno, a giustificare la pienezza del dominio.

Un'operazione affascinante, che ha il sapore cinematografico (più che giuridico) di noti capolavori come *Sliding Doors* e come la saga "Back to the future", ma di difficile realizzazione nel nostro sistema: il passato, una volta esaurito, non si può cambiare.

E una norma legislativa, programmaticamente proiettata verso il superamento delle barriere del tempo, non pare giustificabile nemmeno richiamando un generico interesse pubblico alla gestione comunale di beni ritenuti di particolare pregio economico e sociale.

## 12. *La conformazione dei beni e del loro regime di appartenenza. La qualificazione pubblica o privata per categorie omogenee e le leggi-provvedimento*

Anche prescindendo da queste obiezioni di fondo, la proposta di legge in esame manifesta altre significative criticità, collegate alla sua attitudine ad intervenire retroattivamente su situazioni predeterminate, con violazione dei diritti sui beni e del principio del giusto processo.

Una giurisprudenza costituzionale largamente consolidata insegna che non ha carattere espropriativo soltanto la previsione di particolari regole riferite al regime di appartenenza di determinati beni, purché la disciplina concerna *categorie generali* e collegate alla fisionomia intrinseca dei beni stessi.

Ora, questa indicazione induce a ritenere che non sia rispettosa del dettato costituzionale una regola che si limiti a stabilire il regime di ap-

partenenza pubblica o privata di specifici beni (gli agri marmiferi “estimati”), i quali, in relazione alle loro caratteristiche oggettive, potrebbero essere indifferentemente sia pubblici che privati.

Come è noto, il codice civile, con riferimento alle cave, afferma con chiarezza tale principio, secondo una regola che contrappone le miniere (di necessaria proprietà pubblica) alle cave, le quali possono appartenere sia a privati che a soggetti pubblici.

Dunque, si potrebbe anche discutere, in astratto, se la ‘peculiarità’ degli agri marmiferi di Massa e Carrara possa giustificare un regime pubblicistico, ma non si spiegherebbe la specifica e differenziata disciplina legale, ora ipotizzata per i soli beni estimati.

L’asserita peculiarità dei beni discende non da caratteri intrinseci della loro natura oggettiva, ma dalla vicende giuridiche che li hanno contrassegnati.

Dunque, una legge che intendesse qualificarli come beni pubblici non potrebbe reputarsi estrinsecazione del potere di *conformazione* della proprietà, ma assumerebbe contenuto oggettivamente espropriativo.

### 13. *Il potere conformativo sui beni economici. Il diritto della concorrenza e il sacrificio dei privati. Il regime speciale di avocazione delle cave nella legge mineraria*

In linea astratta, il potere conformativo del diritto di proprietà, compatibile con la Costituzione, si può riferire senz’altro anche ai *beni economici* e, dunque, potrebbe comportare anche un sacrificio del diritto di impresa.

Ma, a tal fine, occorre sempre che l’intervento legislativo sia giustificato da un interesse pubblico “specifico” e particolarmente qualificato.

Le norme costituzionali, infatti, ammettono la proprietà pubblica e l’intervento pubblico nell’economia, così come la programmazione economica.

Ma, nel disegno legislativo sostenuto dalla Regione Toscana, si afferma espressamente che la ‘pubblicizzazione’ della titolarità (con il conseguente spossessamento degli attuali utilizzatori) è, in realtà, funzionale alla successiva privatizzazione della gestione, realizzata con lo strumento della concessione onerosa affidata mediante gara ad evidenza pubblica.

Non è assegnato alcun rilievo ad altri interessi o ad altre forme di uso dei beni (ad esempio, la gestione diretta familiare; la destinazione sociale, museale o conservativa).

È allora difficile comprendere la razionalità della scelta, a meno che essa non si risolva, puramente e semplicemente, nell'esigenza di trarre un maggiore provento economico dalle nuove concessioni dei beni.

Il disegno indicato dal legislatore sembra caratterizzato dal passaggio da un privato (attuale utilizzatore) ad un altro privato: quindi, il risultato economico finale sembra "neutrale", pur prevedendo un obiettivo e pesantissimo sacrificio del detentore attuale.

La spiegazione potrebbe essere che la nuova concessione, a parte l'onerosità (e il vantaggio economico del comune), dovrebbe garantire *migliori controlli degli interessi pubblici* e una tutela complessiva dell'economia, stimolando la concorrenza tra le imprese.

Ma si tratta di un'esigenza tutta da dimostrare e scarsamente idonea a giustificare il grave sacrificio economico inflitto agli imprenditori privati.

#### 14. *L'incidenza sul contenzioso in atto e la lesione del diritto all'equo processo di cui all'art. 6 della CEDU*

La proposta in esame interviene sul contenzioso in atto, ponendosi in stridente contrasto con le norme costituzionali sui poteri conformativi e regolativi dei beni, le quali non sembrano consentire discipline che troncino giudizi in corso.

Vero è che l'interpretazione autentica è spesso originata proprio dalla esigenza di chiarezza, ma di solito occorre "assecondare" tendenze, oppure correggere lacune od errori vistosi della disciplina, o evitare spese eccessive, in vicende di massa o in relazione ad altre situazione di qualificato interesse.

Non è questo il caso degli agri marmiferi apuani: il contenzioso potenziale o in atto riguarda specifiche e ben circoscritte situazioni. La disciplina autoritativamente introdotta dalla legge comporterebbe una chiara sovrapposizione alla potestà decisoria del giudice, con lesione del diritto fondamentale al giusto processo.

#### 15. *La normativa estense e la natura del diritto dell'utilizzatore, consolidato nel tempo*

La proposta legislativa in esame, una volta riconosciuta la natura pubblicistica della proprietà dei beni stimati, non affronta in alcun modo il

tema della natura giuridica del diritto dell'utilizzatore e della sua disciplina, con particolare riguardo alla sua durata e alla 'revocabilità'.

Non è affatto da escludere che, nella logica del diritto preunitario (che la PDL intenderebbe ancora vigente, quale cornice di principi del settore), il diritto del detentore, seppure non riconducibile alla proprietà piena, conservi un contenuto di pienezza e di durata, tali da resistere alla pretesa di rilascio immediato formulata dal titolare pubblico.

La relazione di accompagnamento alla proposta di legge, seppure in modo piuttosto schematico, muove dall'idea che, all'atto dell'Editto tereciano, non vi sarebbe stata ancora una chiara elaborazione del moderno concetto di proprietà privata, senza però trarne alcuna conseguenza applicativa.

Si potrebbe allora sostenere che il diritto degli utilizzatori abbia comunque il carattere della realtà e della perpetuità.

Se è così, ancorché ricondotti al patrimonio indisponibile, i *beni estimati* formerebbero comunque oggetto di una situazione giuridica protetta, la quale, conformemente ai principi della CEDU, andrebbe tutelata.

E ciò potrebbe restare fermo anche ipotizzando che si tratti di una situazione di fatto consolidata. Ma, in ogni caso, va comunque tutelato il diritto di impresa, considerato nella sua dimensione dinamica.

#### 16. *L'espropriazione di valore e i principi della Costituzione e del diritto CEDU*

Insomma, anche ammettendo che l'intervento legislativo in esame intenda definire correttamente il regime di appartenenza pubblica dei beni estimati, resterebbe fermo che esso, nella parte in cui comporta, d'imperio, la cessazione dei rapporti di utilizzazione in corso, esso comporterebbe, all'evidenza, un'espropriazione di valore che deve essere sottoposta alle regole costituzionali in materia.

Infatti, verrebbe determinata la sottrazione all'interessato di un bene economico pacificamente e legittimamente posseduto e sarebbe interrotta un'avviata e complessa attività di impresa.

L'intervento legislativo, si presterebbe, allora, a plurime censure:

- i) Non può essere realizzato con una 'legge provvedimento': andrebbe comunque previsto un procedimento, con tutte le garanzie;

- ii) Occorre comunque assicurare all'interessato un'indennità piena, comprensiva del riferimento alla attività di impresa, agli investimenti;
- iii) È necessaria una motivazione dell'interesse pubblico specifico, in conformità alle regole in materia di espropriazione o avocazione delle cave;
- iv) Va rispettato il procedimento.

Va ricordato, infatti, che l'articolo 1 del primo protocollo CEDU ha nel tempo trovato applicazione rispetto a numerose fattispecie. Oltre alle ipotesi per così dire "tradizionali", cioè relative alla proprietà in senso stretto di beni immobili e mobili, ai diritti reali e alla cosiddetta proprietà intellettuale, è stato utilizzato per la tutela di situazioni diverse come "l'avviamento commerciale", la "clientela" di uno studio professionale.

Ciò che accomuna le diverse ipotesi affrontate dalla Corte europea è il "valore patrimoniale" del diritto, o interesse, fatto valere dal ricorrente (Iatridis c. Grèce, 25 marzo 1999). Viene quindi meno, nell'impostazione della Corte, la distinzione tra un diritto e un semplice interesse patrimoniale.

L'unico limite alla tutela in sede CEDU è rappresentato dalla necessità che il "valore patrimoniale" sia già parte integrante del patrimonio del singolo (Van der Musselle c. Belgique, 23 novembre 1983).

Pertanto, il campo di applicazione dell'articolo 1 protocollo 1 sia molto ampio, comprendendo qualunque provvedimento che interferisca con una situazione giuridica che abbia un contenuto patrimoniale. L'autonomia concettuale della proprietà in sede CEDU ha consentito alla Corte di estendere l'ambito di applicazione dell'articolo 1, permettendole di considerare irrilevante la circostanza che una certa situazione giuridica venga qualificata o meno come diritto di proprietà.

#### 17. *Conclusioni. La natura giuridica degli agri marmiferi apuani, gli interessi pubblici e i poteri delle amministrazioni*

Dall'analisi che precede emergono molteplici profili di illegittimità dell'iniziativa normativa in atto. La proposta della unilaterale pubblicizzazione degli agri marmiferi apuani comporterebbe una vistosa lesione di essenziali parametri costituzionali ed europei.

Ma, ferma restando la necessaria imprescindibile esigenza di protezione della dei diritti sui beni economici (anche se non aventi la forma

giuridica della proprietà) e dell'iniziativa economica privata, si potrebbe ancora sostenere che gli agri marmiferi apuani siano, in senso lato, riconducibili alla categoria concettuale dei "*beni comuni*", in quanto radicati nella comunità locale in cui insistono e ad essa legati secondo un vincolo di appartenenza sociale?

La categoria concettuale dei *beni comuni* è controversa e dai confini ancora incerti. In senso strettamente giuridico, la nozione potrebbe comprendere i beni appartenenti a soggetti pubblici, ma destinati ad una utilizzazione diffusa da parte dei cittadini.

Non sembra questa la fisionomia che caratterizza gli agri marmiferi apuani, considerando la loro tipica vocazione economica ed imprenditoriale.

Ma, anche in relazione alla utilizzazione di beni privati, può certamente emergere la sussistenza di rilevanti interessi pubblici. Questi possono attuarsi mediante l'esercizio dei poteri conformativi della proprietà e la regolazione dell'attività di impresa, nel rispetto delle norme che disciplinano il settore.

Non vi è ragione di affermare l'interesse pubblico attraverso una forzata regolamentazione del regime di appartenenza, sbilanciata verso il soggetto pubblico.

Così, è senz'altro ipotizzabile la previsione di un regime tributario che, rispettoso degli artt. 23 e 53 della Cost. redistribuisca costi e vantaggi dell'attività economica sulle cave, considerando il coinvolgimento del territorio.

Parimenti, sono imprescindibili regole afferenti ai profili ambientali, paesaggistici, urbanistici, della sicurezza del lavoro.

Infine, vanno valutate disposizioni dirette a sostenere la filiera economica ed occupazionale del settore, coordinando il principio della concorrenza con le politiche di sviluppo.

In questa prospettiva, allora, potrebbe anche comprendersi l'impostazione che, in senso del tutto atecnico, ascrive la cave apuane ai "beni comuni". Senza toccare il regime formale di appartenenza di tali beni, *plurisecolarmente* destinati all'iniziativa economica privata, si vorrebbe sottolineare la loro rilevanza sociale, giustificando il complesso di regole dedicate alle attività di ricerca, coltivazione e commercializzazione dei frutti delle cave.

Mario R. Spasiano

STORIA, FONDAMENTO E ATTUALITÀ DEL POTERE  
SOSTITUTIVO NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE:  
DALLA LOGICA DELLA STRAORDINARIETÀ  
ALL'AMMINISTRAZIONE ALTERNATIVA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Origini ed evoluzione del potere sostitutivo. – 3. Il fondamento costituzionale del potere sostitutivo. – 4. Conclusioni: il potere sostitutivo come potere alternativo.

1. *Introduzione*

Il ricorso all'uso di poteri di tipo sostitutivo concernenti l'esercizio di attività amministrativa rappresenta un rimedio antico, di ordine organizzativo e funzionale, munito di omogeneità morfologica di base<sup>1</sup>.

La relativa disciplina vigente, di rango costituzionale e legislativo, di livello statale e regionale, presenta tuttavia fattispecie normative profondamente diverse, la cui varietà si esprime in termini di presupposti di esercizio, talora di *ratio*, persino di finalità: fattori che rendono ardua se non impossibile una qualificazione unitaria di quello che ha assunto connotati di vero e proprio fenomeno legislativo con confini in progressiva espansione<sup>2</sup>.

Appare allora ragionevole chiedersi dove tragga origine il potere sostitutivo e se oggi sussista un minimo comune denominatore che consenta al giurista di qualificare tale, l'esercizio di quei determinati poteri.

Al fine, appare opportuno ripercorrere quelli che sono stati i principali tratti teorici e dogmatici che nel tempo hanno connotato i poteri

<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*. Sul tema, E. COSTA, *Storia del diritto pubblico romano*, Firenze 1906, 182; cfr. anche D. CARUSO INGHILLERI, *La funzione amministrativa indiretta*, Milano 1909, 5s.

<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.

sostitutivi<sup>3</sup>, nella consapevolezza che comunque il contesto valoriale giuridico è profondamente mutato negli ultimi anni, incidendo sulla disciplina delle diverse forme di sostituzione ormai in uso in circostanze che neanche possono più essere classificate come “di tipo emergenziale”, se non attribuendo a quella locuzione un’accezione *sui generis*, di certo non coincidente con la realtà.

## 2. *Origini ed evoluzione del potere sostitutivo*

Il fenomeno della funzione amministrativa indiretta e della sostituzione in particolare, è antico quanto antica è l’esigenza di garanzia della continuità dell’esercizio dell’azione pubblica. Tuttavia in taluni ordinamenti il potere sostitutivo ha assunto particolare rilievo.

All’ordinamento romano non sfuggiva tale necessità in funzione della quale furono predisposti appositi istituti quali la Pro-magistratura, il Pro-console, il Pro-pretore, ecc., istituti nei quali taluni cittadini venivano investiti occasionalmente di una funzione ufficiale pur non avendone la ordinaria titolarità. Altrettanto a dirsi della delegazione, che consentiva a chiunque fosse investito di un pubblico ufficio, di affidarne l’esercizio ad altro soggetto, anche un privato.

La sostituzione, invece, era riservata alle ipotesi di mancanza delle magistrature inferiori, circostanza che legittimava il magistrato di rango superiore che ne assumeva le funzioni.

Un ulteriore interessante campo di osservazione del ricorso all’uso di poteri sostitutivi è storicamente rinvenibile nel diritto canonico, ambito connotato anch’esso da un ordinamento giuridico fortemente gerarchizzato, nel quale al Pontefice è attribuita ancora oggi la *plenitudo potestatis ac jurisdictionis* esercitabile in ogni tempo e in ordine a qualsiasi diocesi. In questa prospettiva la sostituzione canonica classica si rinviene nella istituzione del vicariato apostolico, a livello di organizzazione centrale,

<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. MANNARI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari 2001, 324 ss.

ma anche in quella del vescovo nei riguardi degli uffici diocesani a lui sottoposti<sup>4</sup>.

Sia nell'ordinamento romano che in quello canonico (tuttora vigente) l'ampio ricorso all'uso di poteri sostitutivi, onde garantire continuità di esercizio della funzione amministrativa, rinveniva il proprio fondamento legittimante nella presenza di un rigido potere gerarchico.

Ai primordi dell'ordinamento italiano unitario, molteplici istituti prevedevano l'effetto della sostituzione di un organo ordinariamente competente, da parte di un altro che tale non fosse<sup>5</sup>.

La supplenza e la delegazione rinvenivano la propria ragion d'essere nella circostanza che il titolare della funzione versasse nella materiale impossibilità di esercitare i propri poteri, pur continuando ad avere capacità giuridica e di agire. La sostituzione, pure presente, tendeva invece a porre rimedio alla discontinuità dell'esercizio della funzione, ma solo nei casi in cui le leggi non consentissero il ricorso alla supplenza o alla delegazione che, rispetto all'ipotesi sostitutiva, godevano di una sorta di priorità.

La *ratio* di ciò era evidente, perfettamente calzante allo schema classico dell'uso dei poteri sostitutivi: la sostituzione, infatti, determinando l'avvicendamento "coatto" nell'uso del potere, rinveniva legittimazione nei casi in cui l'interruzione della funzione fosse dipesa da una causa morale attinente all'organo deputato ad esercitarla. Non si versava in vicende di impossibilità di esercizio della funzione, quanto in ipotesi nelle quali l'organo ordinariamente competente non operasse oppure operasse male per sua stessa volontà o per negligenza o per errore o per incapacità intellettuale o anche per incompatibilità<sup>6</sup>.

In quella prospettiva, mentre l'indole della supplenza e della delegazione si profilavano quali istituti a carattere completo, nel senso di

<sup>4</sup> Sul tema, E. FRIEDBERG, F. RUFFINI, *Trattato di diritto ecclesiastico cattolico ed evangelico*, Messina, 1893, 283 ss.; D. SCHIAPPOLI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, II, Torino, 1902, 24 s.

<sup>5</sup> D. CARUSO INGHILLERI, *La funzione amministrativa indiretta*, op. cit., 138 s.

<sup>6</sup> Osservava D. CARUSO INGHILLERI (op. loc. ult. cit.) che "La sostituzione ci appare, 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".

essere protesi a colmare vuoti che ordinariamente potessero aver luogo nell'esercizio delle funzioni, la sostituzione invece presentava carattere correttivo, avente lo scopo prevalente di ricondurre sulla via della legittimità, organi per così dire "traviati" per loro stesso dolo o colpa, assumendo carattere coattivo o repressivo e, come rilevato, essendo fondamentalmente destinato a correggere l'irregolarità dell'esercizio della funzione o il suo mancato esercizio.

L'organizzazione amministrativa dello Stato Unitario consentiva invero 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 e delle riforme napoleoniche<sup>7</sup>, nel quale unitarietà e accentramento dell'amministrazione costituivano canoni fondanti dell'assetto organizzativo. Un modello, insomma, che più che rispondere a istanze di garanzia della legalità, si manifestava utile a soddisfare esigenze di rafforzamento dell'unità politica nazionale.

Al potere centrale erano 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 necessariamente specificati nella legge in quanto ritenuti implicitamente riconnessi all'esercizio di un potere sovraordinato<sup>8</sup>. Tra questi, naturalmente, il potere (straordinario) di sostituzione del superiore gerarchico a fronte dell'inerzia o della *mala gestio* dell'organo inferiore nell'esercizio di attività dovute<sup>9</sup>.

È solo a inizi '900 che esigenze di una migliore organizzazione dell'ap-

<sup>7</sup> In tal senso, C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Milano 2007, 79 ss.

<sup>8</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. BASANINI, *Attuazione regionale di direttive comunitarie e intervento sostitutivo del Governo*, in *Regioni*, 1977, 147 ss.; 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 Cammelli, Bologna 1998, 32.

<sup>9</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. CASETTA, voce *Gerarchia*, in *Novissimo Digesto*, VII, 1957, 806; L. ARCIDIACONO, voce *Gerarchia Amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma 1989, 3 ss.

parato amministrativo, chiamato peraltro all'assolvimento di compiti più complessi, imposero la ripartizione di funzioni e attività tra uffici secondo regole di stabilità e di inderogabilità, soprattutto "al fine di garantire la sicura imputazione del potere".

La grande riforma dell'apparato amministrativo del 1865 aveva introdotto quale vizio autonomo dell'atto amministrativo, l'incompetenza<sup>10</sup>: un passaggio epocale rispetto alla tradizione amministrativa e alla mai discussa qualificazione delle norme di organizzazione quali fattori privi di rilevanza giuridica<sup>11</sup>. L'adozione della competenza quale principio organizzativo di base, in luogo della gerarchia, comportò l'assunzione di una rigida distribuzione di poteri, normativamente predeterminata, non più flessibile.

L'ordinamento italiano subiva l'influenza della elaborazione, in Francia, dello "straripamento di potere" e, in quella prospettiva, la dottrina italiana ravvisava l'esigenza di ripensare la nozione di gerarchia proprio alla luce della nuova categoria giuridica della competenza. Va da sé dunque che questa non potesse non determinare riflessi anche in ordine all'uso del potere sostitutivo e della sua sistemazione dogmatica.

In effetti ormai la legge assegnava, in via esclusiva, competenze giuridicamente garantite ad uffici predeterminati, per alterare le quali, ancorché solo in via eccezionale, si sarebbe reso necessario legittimare poteri di intervento a carattere sostitutivo in grado di incidere in senso derogatorio sull'ordine normativamente definito delle competenze.

È in quel contesto che la dottrina, dapprima pressoché monolitica nel riconoscimento della gerarchia quale fattore legittimante la sostituzione<sup>12</sup>, cominciò a vacillare e a disarticolarsi fra posizioni differenziate.

<sup>10</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 generale, carattere esclusivo ed inderogabile".

<sup>11</sup> Invero l'irrilevanza del valore giuridico delle norme di organizzazione è a lungo 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, 117 ss.; M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento, dal meta-giuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, in *Riv. Ius Publicum*, 2011, 1 ss.

<sup>12</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.

Al riguardo, ancora nel 1901, Federico Cammeo<sup>13</sup>, nel suo *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, affermava che la sostituzione costituiva comunque un attributo ordinario, proprio della gerarchia: regola necessaria a dirimere il conflitto tra autorità.

Alla sua visione fortemente ancorata all'impianto tradizionale si allineò nel 1917 Enrico Presutti<sup>14</sup> che nelle *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, aveva rilevato che pur se la supremazia gerarchica non comprendeva il potere di avocazione, tuttavia essa includeva, annoverata tra i poteri di vigilanza dell'organo superiore, la facoltà di “*provvedere, incaricandone altri funzionari, all'espletamento delle mansioni che un funzionario dipendente si rifiuta di compiere, mentre era obbligato ad espletarle*”.

Fu Vittorio Emanuele Orlando<sup>15</sup> che, in conseguenza della affermazione della rilevanza della competenza, individuò per la prima volta nell'esigenza di una esplicita previsione legislativa, il necessario fondamento di legittimazione dell'uso del potere sostitutivo.

Invero il pensiero dell'illustre giurista mostrò un'evoluzione al riguardo: mentre in un primo momento, nell'opera *Giustizia amministrativa* (1901), egli aveva qualificato l'avocazione quale carattere proprio del rapporto gerarchico, e la sostituzione quale parte integrante della prima, in seguito, nei *Principi di diritto amministrativo*<sup>16</sup> (1905), si interrogò circa la legittimità dell'ipotesi in cui un superiore gerarchico si fosse sostituito ad un subordinato a fronte di una sua inadempienza: in quel caso Orlando riconobbe la legittimazione di quell'intervento solo laddove la competenza dell'inferiore gli fosse stata delegata dal superiore, negandola invece nel caso quella fosse direttamente conferita dalla legge.

Orlando dunque rompeva con la tradizione e facendo leva sulla competenza normativamente determinata, scompigliava il panorama dottrinario assegnando alla divisione dei livelli di competenza il ruolo di vero e proprio riconoscimento di una nuova dignità professionale al funzionario pubblico.

In quell'inedito stato di incertezza venutosi a determinare, Domenico

<sup>13</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>14</sup> E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Roma 1917, I, 24..

<sup>15</sup> V.E. ORLANDO, *Giustizia amministrativa*, in *Trattato Orlando*, 659.

<sup>16</sup> V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze 1905, 54.

Caruso Inghilleri, con la *Funzione amministrativa indiretta*<sup>17</sup>, nel 1909, si propose di tentare una compiuta sistematizzazione del potere sostitutivo.

L'Autore prese le mosse dalla considerazione che la sostituzione integrava la pubblica funzione laddove questa si fosse (occasionalmente) palesata irregolare o fosse risultata giuridicamente impossibile. La sostituzione, a suo avviso, constava in un giudizio sullo svolgimento della funzione che si intendeva correggere o integrare e si sostanzialmente in un atto amministrativo emanato da un'autorità superiore nei rapporti con un ufficio inferiore.

Lo schema proposto in fondo finiva col fare un passo indietro, non staccandosi di molto dalla tradizionale ascrizione al rapporto gerarchico del fondamento di legittimazione del potere esecutivo.

In ogni caso, lo schema proposto in ogni caso risultava inadeguato, a parere dello stesso Caruso Inghilleri laddove la sostituzione avesse fatto riferimento ad ipotesi di esercizio, da parte di un organo, di una funzione che una legge assegnasse ad un ufficio afferente ad un distinto ramo dell'amministrazione. In quel caso, l'Autore riconosceva la necessità di un'apposita disposizione legislativa di legittimazione, venendosi a determinare un'ipotesi di ciò che lo studioso definiva "*rapporto di gerarchia impropria*".

In fin dei conti la sua posizione non si disvelava dissimile da quella invero già assunta dall'ultimo Vittorio Emanuele Orlando.

La stagione della necessaria preesistenza di un rigido rapporto gerarchico a giustificare l'uso di poteri sostitutivi ebbe modo di ripresentarsi e le relative ragioni non sono di certo difficili da intuire: l'avvento del Fascismo. In quella prospettiva, infatti, nel 1936, Arnaldo De Valles<sup>18</sup> si propose di condurre nuovamente il potere di sostituzione entro il tradizionale solco del rapporto gerarchico, rilevando che in fondo esso si sostanzialmente in poteri di sorveglianza e di impartire istruzioni e ordini nel cui ambito l'Autore collocava la stessa sostituzione quale una delle modalità di espressione proprie della gerarchia. Tuttavia, anche nel contesto gerarchico, la sostituzione avrebbe dovuto mantenere carattere eccezionale, non potendosi riconoscere al funzionario pubblico, la facoltà di modificare l'ordine legislativamente determinato delle competenze, a meno che non fosse diversamente disposto da un'apposita norma di legge.

Il pensiero di De Valles si ampliava poi dando vita ad una sorta di

<sup>17</sup> D. CARUSO INGHILLERI, *op. cit.*, 155 ss.

<sup>18</sup> A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, Padova 1936, 351.

sistema organico, anch'esso coerente con l'avvento del regime dittatoriale, e che estendeva la teorica proposta anche alla lettura del rapporto tra Stato ed enti locali, annoverato nella sottospecie dei controlli repressivi.

Invero la ricostruzione di De Valles non era del tutto originale. Già UGO FORTI, nel 1921, con l'opera denominata *I controlli*<sup>19</sup>, aveva acceduto all'ipotesi di classificare la sostituzione fra i poteri di controllo tentando una sistematizzazione del fenomeno della sostituzione dello Stato sugli enti locali mediante tre differenti ipotesi: una prima configurabile 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 riguardante il caso in cui l'autorità sostituyente avesse agito nell'esercizio di una competenza concorrente con il sostituito. 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, infine, si sarebbe configurata laddove la funzione di controllo si fosse esaurita nell'accertamento del comportamento omisivo dell'organo controllato e nel conseguente esercizio di una potestà di natura organizzativa consistente nella legittimazione alla nomina di un organo straordinario i cui atti in seguito posti in essere sarebbero stati imputati all'organo sostituito.

Eppure il tentativo di accostare il potere sostitutivo al controllo era stato sottoposto a severe critiche da Ugo Borsi, già nel 1916, con il suo studio *Intorno al cosiddetto controllo*<sup>20</sup>. Secondo lo studioso, il presupposto giuridico legittimante la sostituzione sarebbe piuttosto stato costituito dalla mera constatazione della inadempienza di un organo amministrativo, sottrattosi ad un obbligo di legge. Accertato l'inadempimento, si sarebbe reso necessario provvedere mediante un'attività amministrativa specifica<sup>21</sup>.

In altri termini, nella ricostruzione di Borsi, l'elemento da tenere in considerazione nell'uso del potere sostitutivo era costituito dalla omissio-

<sup>19</sup> U. FORTI, *I controlli sull'amministrazione locale*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, II, Napoli 1921, 611 ss.

<sup>20</sup> U. BORSI, *Intorno al cosiddetto controllo sostitutivo*, in *Studi senesi*, Torino 1916, 169 ss.

<sup>21</sup> U. BORSI, *op. cit.*, 180.

ne, per lo più occasionale, dell'autorità competente in via ordinaria. La successiva attività di vera e propria sostituzione altro non sarebbe stata se non il comune esercizio di valutazioni e atti secondo i canoni propri della opportunità amministrativa, attenendo invece l'attività di controllo alla legittimità.

Nonostante la vetustà della proposta sistematica di Borsi, essa si connotò per un ulteriore elemento di straordinaria modernità: infatti, a parere di quell'Autore, a sostituzione andava inquadrata nell'attività di cooperazione fra enti, piuttosto che in quella di controllo, in quanto "*le particolarità dei complessi ordinamenti pubblici 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*".

Il controllo non può costituire un mezzo di cooperazione solo perché utile all'amministrazione: esso, piuttosto – nell'ottica di Borsi – non consegue alcun autonomo fine pubblico, non porta alcun contributo al dinamico assetto della vita sociale cui mirano gli enti amministrativi<sup>22</sup>.

Ma tutto ciò sarebbe sfuggito a molte delle elaborazioni dottrinali successive.

L'entrata in vigore del testo costituzionale determinò la dequotazione del fattore gerarchico almeno riguardo all'ambito degli assetti organizzatori degli apparati pubblici, con l'affermazione delle autonomie. La sostituzione, dal canto suo, in quanto rimedio generale a carattere straordinario incidente sul rapporto tra Stato ed enti territoriali, pur tendenzialmente annoverata tra i poteri di controllo, cominciava ad esprimere nuove esigenze di ordine sistematico.

Fu Feliciano Benvenuti<sup>23</sup>, nel 1972, con il suo noto saggio *I controlli amministrativi dello Stato sulla Regione*, a sollevare il problema. Egli convenne che la relazione costituzionale di autonomia implicasse già sul piano ontologico, un'accezione di ordinamento complessivo quale risultante della somma di ordinamenti particolari. Ne conseguiva che l'intero sistema delle ingerenze di una istituzione su un'altra avrebbe dovuto ormai essere rivisto.

Il sistema costituzionale, benché largamente imperfetto al riguardo, 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, e ne-

<sup>22</sup> U. BORSI, *op. cit.*, 182 s.

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

anche dalla Corte Costituzionale che aveva contribuito a togliere all'art. 130 Cost. buona parte della sua portata innovativa<sup>24</sup>, legittimando la sopravvivenza, nell'ordinamento repubblicano, di tutte quelle forme, talora anche molto penetranti, di ingerenza delle autorità statali sull'attività e sull'organizzazione degli enti minori. Quelle forme sarebbero venute meno solo molto più tardi con la riforma del Titolo V della Costituzione nel 2001 e con l'introduzione del controllo sostitutivo, controllo *sui generis* che si proponeva quale strumento in grado di superare indenne non solo la trasformazione degli enti locali, ma anche il riconoscimento a siffatti enti, da parte dell'art. 128 Cost., della loro autonomia<sup>25</sup>.

In ogni caso il quadro esegetico che emergeva ancora negli anni '70 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 incremento di fattispecie di sostituzione, la cui diffusione andava nel tempo incrementandosi a fronte della progressiva diffidenza anche del legislatore nei confronti della efficienza degli enti minori e della maggiore affidabilità dell'azione degli di quelli maggiori<sup>26</sup>. Peraltro cominciava a vedere la luce un nuovo fenomeno, in base al quale quello stesso intervento dava i primi segni di perdita di taluni caratteri propri, suoi tradizionali, *in primis* quello della occasionalità e della temporaneità del suo utilizzo.

È in questa situazione e su questi fondamenti che ebbe luogo nel 1980 l'importante convegno di Cagliari sul tema *Aspetti e problemi dell'esercizio del potere di sostituzione nei confronti dell'amministrazione locale*.

In quella sede convegnistica, la considerazione del potere sostitutivo, ritenuto ancora una prerogativa propria dell'attività di controllo, fu sottoposta ad una critica profonda che ne avrebbe prodotto il graduale, sebbene definitivo declino.

Le contestazioni presero spunto dalle non recenti riflessioni di Mas-

<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.

<sup>25</sup> Sul tema dei rapporti tra livelli istituzionali, F. ROVERSI MONACO, *Autonomie e decentramento*, in *Quad. Reg.*, 1983, 1197 ss.

<sup>26</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'.

simo Severo Giannini<sup>27</sup> con le quali il giurista aveva qualificato le sostituzioni degli organi, veri e propri provvedimenti a carattere ablatorio, consistenti in gestioni coattive riferite a un procedimento di tipo repressivo-sanzionatorio.

Nel muovere da quelle osservazioni, Franco G. Scoca<sup>28</sup> rilevò che il controllo non avrebbe mai potuto essere separato dalla successiva 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, in sostanza, di un procedimento unico, non frammentabile, finalizzato alla realizzazione di un interesse pubblico unitario, la garanzia della continuità della funzione.

Nel tirare le conclusioni del Convegno, Franco Ledda<sup>29</sup> condivise l'impostazione di Scoca in ordine alla differenziazione del potere sostitutivo rispetto all'attività di controllo, ma pose al centro dell'attenzione la circostanza che comunque il carattere autoritativo della sostituzione avrebbe finito col porsi in termini di incompatibilità rispetto al principio dell'autonomia.

Il problema, egli rilevava, era che si dovesse necessariamente ammettere che il controllo sostitutivo non era in grado di reggere in mancanza del sostegno offerto dalla sussistenza di un rapporto di gerarchia o quanto meno di subordinazione tra enti o tra organi. L'autonomia e la competenza normativamente definita rendevano ormai difficile giustificare la sostituzione secondo gli schemi tradizionali. Occorreva, insomma, individuare nuovi plausibili fondamenti dogmatici 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 tuttavia da circoscrivere entro rigorosi ambiti giuridici, sulla base di presupposti riscontrabili e magari sindacabili in sede giudiziaria.

Dal punto di vista teorico il problema della sussistenza del potere sostitutivo dello Stato sugli Enti locali appariva risolvibile mediante l'affermazione della necessità di un'apposita norma di legge. Nella conside-

<sup>27</sup> Sui provvedimenti ablatori, M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano 1981, 322 ss.

<sup>28</sup> F.G. SCOCA, *Potere sostitutivo e attività amministrativa di controllo*, cit., 17 ss.

<sup>29</sup> F. LEDDA, *Conclusioni al Convegno*, in *Atti del Convegno di studi amministrativi*, Cagliari, 19-20 dicembre 1980, cit., 75 ss.

razione dei rapporti tra centralismo ed autonomia, essi avrebbero potuto rinvenire composizione nella considerazione degli Enti locali quali soggetti sì portatori di interessi propri, ma comunque aventi fini coincidenti con quelli perseguiti dallo Stato<sup>30</sup>.

Insomma, alla luce della nuova concezione di autonomia, ci si sforzava di ricondurre sul piano della coerenza o comunque di legittimare un modello nel quale il canone della legalità avrebbe potuto essere solo di impronta statale, sì da giustificare le ipotesi di sostituzione quale “*facoltà propria dei rapporti tra Stato ed enti autarchici*”<sup>31</sup>.

### 3. *Il fondamento costituzionale del potere sostitutivo*

Il sistema dei rapporti centro-periferia delineato dalla Costituzione del '48, prima, e dalla riforma costituzionale del 2001, poi, ha visto come corollario l'introduzione di un numero crescente di fattispecie legislative di ricorso a poteri sostitutivi, per lo più sotto forma di commissariamenti. Ipotesi filtrate attraverso la giurisprudenza della Corte costituzionale che 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>32</sup>.

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 cominciò ad ispirarsi al modello del regionalismo cooperativo, la Corte

<sup>30</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>31</sup> Così, A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, cit., 351.

<sup>32</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 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*”.

fu costretta ad 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 più 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 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: va da sé che le leggi approvate, in particolare la n. 131/2003 (legge La Loggia), la n. 11/2005 e, più di recente, la legge n. 124/2015, favoriscano 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 tramontato. Sempre più ampia si manifesta la conflittualità tra i diversi livelli di governo, come testimonia il panorama giurisprudenziale amministrativo nel quale è dato cogliere, tra l'altro, l'espansione del fenomeno di giudizi innanzi al giudice amministrativo che vedono contrapposti interessi tutti pubblici<sup>33</sup>, rappresentati da altrettanti enti competenti, di differente o pari livello<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> In tema di confronto tra interessi pubblici, cfr. la interessante *Relazione di insediamento* a Presidente del Consiglio di Stato, tenuta da G. CORAGGIO in data 12 aprile 2012, in [www.lexitalia.it](http://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>34</sup> Sia permesso rinviare a M.R. SPASIANO, *Il conflitto tra interessi pubblici nel prisma dell'eccesso di potere*, in corso di stampa su *Dir. Proc. Amm.* 2019, IV. Si rinvia inoltre agli atti del Convegno *Il giudice amministrativo nei conflitti tra pubbliche amministrazioni: giurisdizione, mediazione, supplenza*, organizzato dal T.A.R. Puglia, Sezione di Lecce,

Sebbene sotto diverso profilo, anche un ulteriore tassello nell'ambito del complesso *collage* non pare possa essere trascurato: nell'attuale ordinamento e più in generale nell'attuale fase storica, particolare rilevanza ha assunto il fattore tempo, a lungo elemento trascurato o persino ignorato dall'esercizio delle funzioni pubbliche<sup>35</sup> e dagli studi al riguardo.

La considerazione giuridica del tempo e la sua assunzione quale cardine dell'azione pubblica pare ormai ridefinire la tradizionale 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 imprevisi (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 (grandi eventi, ad esempio).

Se un tempo il fattore tempo aveva assunto un ruolo rilevante giuridicamente nella prospettiva di formazione di silenzi significativi atti a sostituire l'inerzia dell'amministrazione<sup>36</sup>, esso ormai ha rivelato la sua inadeguatezza, soprattutto in termini di affidamento del cittadino.

Sotto altro profilo, il principio di buona amministrazione, nella sua declinazione tanto costituzionale quanto propria dell'ordinamento europeo, impone 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).

È in questa inusitata prospettiva che il ricorso al potere sostitutivo, per quanto non rientrante nelle auspicabili ordinarie modalità di amministrazione, non interseca più i canoni della lesività delle competenze, peraltro ormai a geometria variabile, ma assurge, piuttosto, a valvola di

21-22 settembre 2018. Inoltre, cfr. F. ROVERSI MONACO, *Aspetti della semplificazione dei procedimenti amministrativi e del coordinamento degli interessi pubblici*, in *Studi in ricordo di E. Capaccioli*, Milano 1988, 493 ss.

<sup>35</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>36</sup> Sul tema del tempo nel diritto amministrativo, R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari 2005; G. ROLLI, *La voce del diritto attraverso i suoi silenzi. Tempo, silenzio e processo amministrativo*, Milano 2012.

esercizio di funzioni doverose, per l'espletamento di attività rispondenti a pubblico interesse<sup>37</sup>.

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.

Le scelte normative del legislatore confermano gli orientamenti delineati. La legge n. 124/2015, come noto, affronta il problema della 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>38</sup> e rafforza l'uso del potere sostitutivo della Presidenza del Consiglio dei Ministri. In quella 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.

<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 essendone 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> 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.

Il dato che ai fini che qui interessano assume specifica rilevanza è che i poteri sostitutivi, con la L. n. 124/2015, vengono decisamente inquadriati 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>39</sup>.

L'inerzia e il silenzio della pubblica amministrazione hanno costituito a lungo le armi maggiormente foriere di nefaste conseguenze, un vero e proprio potere talora più decisivo di quello estrinsecantesi nell'assunzione di provvedimenti espliciti<sup>40</sup>. La doverosità dell'esercizio della funzione, ontologicamente ricompresa nella previsione di qualsiasi potere pubblico, appare invece principio di primaria rilevanza in un ordinamento che necessita di certezza dei rapporti giuridici. E le forme alternative alla assunzione di determinazioni espresse non appagano il cittadino nelle sue legittime aspirazioni.

Il potere sostitutivo permane almeno sulla carta come potere eccezionale nella accezione di cui alla 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.

<sup>39</sup> A. POLICE, *op. loc. cit.*

<sup>40</sup> G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 247 ss.

#### 4. Conclusioni: il potere sostitutivo come potere alternativo

Il potere sostitutivo, fondato sui presupposti classici della inadempienza o del malfunzionamento occasionale dell'amministrazione costituisce ormai un retaggio di un mondo passato<sup>41</sup>. Il suo inquadramento quale corollario del rapporto gerarchico o strumento di espressione di un particolare, penetrante controllo, è ormai superato anche alla luce del quadro normativo di riferimento di rango costituzionale.

Il potere sostitutivo non adempie più la funzione di rispondere a situazioni di emergenza e la disciplina legislativa che lo connota, in molte circostanze, peraltro, neanche prescrive limiti di tempo al suo utilizzo, sospendendo di fatto *sine die* l'esercizio di funzioni di organi ordinari (o affiancandosi a questi, con inutile spreco di risorse e disfunzioni di natura organizzativa), talora persino a carattere elettivo, sollevando così dubbi di costituzionalità al riguardo.

Di certo la diffusione del potere sostitutivo in ambiti sempre più vasti e diversificati affonda le proprie motivazioni più che in avvertite esigenze di continuità ed effettività dell'esercizio dell'azione dei pubblici poteri, in esigenze di efficienza ed efficacia dell'attività amministrativa, fenomeno non desueto, sebbene di differente portata, anche in altre realtà ordinali<sup>42</sup>.

Con una formula estremamente sintetica, ma appropriata a parere di chi scrive, pare potersi affermare che il potere sostitutivo è oggi un potere alternativo, modalità più semplice e spedita per conseguire i medesimi effetti che l'amministrazione ordinaria non è in grado di ottenere mediante l'uso delle proprie ordinarie modalità operative. Questa è la realtà sotto gli occhi di tutti.

E allora persino "commissariamenti di commissariamenti" sono all'ordine del giorno laddove l'obiettivo è il garantire l'efficacia azione amministrativa, il rispetto dei tempi, la garanzia di conseguimento del

<sup>41</sup> L'attualità della problematica è confermata dalla recentissima decisione della Corte Costituzionale che in data 20 giugno 2019 ha anticipato l'esito di accoglimento della questione di costituzionalità dell'art. 28 del D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. in L. 1° dicembre 2018, n. 132 (c.d. Decreto sicurezza) in tema di competenze sostitutive dei Prefetti sui Sindaci. La sentenza non è stata ancora depositata.

<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.

risultato previsto (si pensi soprattutto alla organizzazione dei grandi eventi).

Ma ogni uso del potere sostitutivo nei termini prospettati è una sconfitta per l'amministrazione, è l'ammissione palmare della sua inadeguatezza, l'incapacità della trama amministrativa ordinaria di sortire gli effetti per i quali la stessa era stata prevista, la sostanziale soppressione dell'autonomia degli enti autarchici<sup>43</sup>.

Risulta peraltro evidente quanto il sistema dell'antico riparto delle competenze sia ormai in crisi; la parcellizzazione delle funzioni, fondata su assetti organizzativi di fine '800, 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 non sono in grado di dialogare e tantomeno di integrarsi. Le conseguenze, al riguardo, sono gravissime sotto molteplici profili: basti al riguardo considerare 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 (B. NICOLESCU)<sup>44</sup> e la logica del *problem solving* non costituiscono patrimonio delle amministrazioni pubbliche piuttosto impegnate in conflitti inter-istituzionali o in inazione dovuta a difetto di comunicazione.

Peraltro, quanto all'uso dei poteri sostitutivi, non può non osservarsi che paradossalmente quel rimedio talora è vissuto dal sostituito non come una sanzione ma come un beneficio, consentendogli di evitare di assumere determinazioni e conseguenti responsabilità. E, al contrario, proprio l'assunzione di funzioni commissariali, magari assegnate allo stesso organo competente in via ordinaria, munito di poteri straordinari, è invece vissuta come vera e propria iattura considerato che la concentrazione di competenze e poteri nelle sue mani diviene non di rado motivo di successiva incriminazione giudiziaria<sup>45</sup>.

È fin troppo evidente come non sia questa la *ratio* e la finalità del-

<sup>43</sup> F. ROVERSI MONACO, voce *Autarchia*, in *Enc. giur.*, IV, Roma 1988.

<sup>44</sup> B. NICOLESCU, *Il Manifesto della Transdisciplinarietà*, Messina 2014.

<sup>45</sup> Sul tema si rinvia alla interessante relazione tenuta da F. DE LEONARDIS, *Interventi sostitutivi a tutela dell'ambiente*, al Convegno *Legalità ed efficienza nell'amministrazione commissariata*, XXIV ediz. del *Convegno di Copanello*, organizzata il 21 e 22 giugno 2019 dell'Università della Calabria a Montepaone Lido. I relativi atti in corso di pubblicazione.

la sostituzione. Doverosità dell'esercizio della funzione, dequotazione e accentramento delle competenze, razionalizzazione dei principi generali in termini di efficienza ed efficacia del sistema, esplicita assunzione di determinazioni amministrative a garanzia della certezza del diritto (in opposizione al ricorso a silenzi e autocertificazioni<sup>46</sup>), valutazione della centralità del fattore tempo, responsabilità dei soggetti agenti (sostituti e sostituiti) per cause endogene ed esogene, formazione professionale e incremento del personale: questi ed altri che potrebbero essere enucleati dall'analisi condotta, costituiscono tutti elementi che inducono a una nuova sistematica del potere amministrativo, riportando il potere sostitutivo nei limiti della sua straordinarietà, non quale potere alternativo o rimedio alla *mala gestio*.

<sup>46</sup> M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 L. n. 124 sulle attività economiche, le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso*” e postilla all'editoriale *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 L. n. 124 sulle attività economiche, le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *Federalismi.it*, 2015. Inoltre, della stessa A., *La segnalazione certificata di inizio attività (S.C.I.A.)*, in AA.VV., *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano 2015, 157 ss.



*Maria Pia Iadicicco*

FRONTIERE E CONFINI  
DEL DIRITTO ALLA SALUTE\*

SOMMARIO: 1. Attorno ai concetti di confine e frontiera. – 2. Salute e diritto alla salute tra sviluppi endogeni e condizionamenti esogeni. – 3. Il contributo del diritto internazionale e in particolare della giurisprudenza della Corte EDU. – 4. Un primo ventaglio di questioni controverse. – 5. Le frammentate dimensioni della salute nell'ordinamento dell'UE. – 6. Minime considerazioni conclusive sulle frontiere mobili del diritto alla salute e sui confini territoriali.

1. *Attorno ai concetti di confine e frontiera*

Questo studio mira ad approfondire due questioni, distinte ma collegate, le quali muovono dal riscontro di una certa ambivalenza, se non di una vera e propria confusione, che, sia sul piano linguistico quanto su quello gius-politico, scontano i concetti di frontiera e confine<sup>1</sup>.

In prima battuta, si vuole riflettere sui confini concettuali del diritto alla salute. Com'è stato efficacemente detto, infatti, è affermazione diffusa e molto persuasivamente argomentata quella per cui è impossibile «predeterminare in astratto e al millesimo l'ampiezza e il confine dei singoli diritti sanciti in Costituzione»; eppure è sicuro che quei confini esistano e che «debbano (prima o poi) entrare in campo e segnare il punto»<sup>2</sup>.

Parallelamente l'altro versante sul quale si intende appuntare l'attenzione è quello della mobilità sanitaria extrafrontaliera, nei Paesi dell'Unione europea, al fine di individuare gli effetti di questo fenomeno sul

\* Il saggio è destinato agli *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*.

<sup>1</sup> Cfr. L. TESTA, *Confine e frontiera: un sinonimo ambiguo*, in Zanichelli. Aula di lettere, <https://aulalettere.scuola.zanichelli.it/come-te-lo-spiego/confine-e-frontiera-un-sinonimo-ambiguo>.

<sup>2</sup> P. VERONESI, *Rights on the move: come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2018, 77.

diritto costituzionale alla salute, tanto nella sua declinazione di diritto di accesso alle prestazioni sanitarie, quanto in quella di libertà di cura<sup>3</sup>, specificamente intesa come libertà di scegliere il luogo dove curarsi<sup>4</sup>. In questo senso, il termine frontiera è impiegato per identificare i confini territoriali dello Stato che, per l'appunto, vengono materialmente varcati da pazienti che oltrefrontiera si muovono per sottoporsi a trattamenti sanitari. Nell'altro senso, invece, l'uso dei termini di frontiera e confine non rimanda ad un limite geografico e politico, ma è funzionale a definire i contorni del diritto costituzionale alla salute.

Senz'alcuna pretesa di chiarire il più corretto significato che, sul piano linguistico, assumono i termini di confine e frontiera, non è privo di rilevanti suggestioni, anche sul piano propriamente giuridico, osservare che la parola confine (dal latino *finis*) richiama una linea che separa nettamente ambienti, situazioni o concezioni differenti, fissando dunque un limite fisso, invalicabile; il termine frontiera (dal francese *frontière*), invece, indica una zona, più che una linea, un'area che, anche se non ben definita, è aperta alla conquista e all'espansione<sup>5</sup>. In questo senso frontiera non è sinonimo di linea fissa, ma al più di confine mobile, proteso a spostarsi e modificarsi, soprattutto in senso progressivo; ed è proprio questo quanto si cercherà di argomentare quanto alle frontiere del concetto di salute. È però pur vero, come già accennato, «che per il costituzionalista i confini contano. Essi permettono di tracciare le linee

<sup>3</sup> Come noto, si tratta di dimensioni distinte, ma profondamente imbricate e, attesa la intrinseca complessità del bene salute, la classica tassonomia dei diritti fondamentali ovvero la netta distinzione tra cc.dd. libertà negative e diritti positivi incontra notevoli limiti specie (ma non solo) in questo ambito materiale.

<sup>4</sup> Non potranno essere trattate, in questa sede, altre grandi e scottanti questioni – altre significative “frontiere” – che investono il diritto costituzionale alla salute, ovvero quelle del rifiuto delle cure fino a “lasciarsi morire” e la praticabilità del suicidio assistito. La prima ha trovato solo di recente una compiuta regolamentazione legislativa ex l. n. 219/2017; l'altra ancor più complessa questione è stata oggetto di una nota (e inedita) decisione della Corte costituzionale, ord. n. 207/2018. Sul diritto all'autodeterminazione del malato terminale, si rinvia a L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Torino 2019, 17 ss.

<sup>5</sup> Cfr. Treccani Vocabolario online, *Frontiera* (ad vocem), in <http://www.treccani.it/vocabolario>. È noto poi che nella storiografia americana, il termine inglese *frontier* abbia assunto, a partire dal XVII secolo, un significato diverso da quello originario, per indicare non più il confine come linea di demarcazione, ma una regione (in particolare i territori del West) scarsamente colonizzata, punto di partenza quindi per l'espansione colonizzatrice. Sulla frontiera americana cfr. anche G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *RivistaAic.it*, n. 3/2017, 13.

che separano concetti, istituzioni e valori fondamentali»<sup>6</sup> e, pertanto, pur nella consapevolezza della capacità di evoluzione degli stessi, non ci si può esimere dal tentativo di riportare alla luce la questione dei limiti del diritto alla salute, onde delineare con maggiore precisione gli interessi di rilievo costituzionale che l'ordinamento intende proteggere e soddisfare, perciò tratteggiando i compiti delle istituzioni pubbliche.

## 2. *Salute e diritto alla salute tra sviluppi endogeni e condizionamenti esogeni*

Di complessità della salute e del diritto alla salute si discorre continuamente ed a buon ragione. La premessa da cui occorre prendere l'abbrivio, per apprezzare compiutamente questa condizione e la connaturata dinamicità di questi concetti, è che il termine salute, fatto proprio anche dalla Carta costituzionale per sancire l'impegno della Repubblica alla sua protezione, in quanto *diritto* dell'individuo e *interesse* della collettività (art. 32 Cost.), è formula sintetica che rinvia ad una pluralità di elementi di diversa natura. Non è irrilevante precisare che quando si parla di "salute" e di "diritto alla salute" il medesimo termine (salute) è impiegato per descrivere "cose" diverse: nel primo senso, esprime una condizione della persona, la quale non è oggetto del diritto, ma che questo è tenuto a tutelare, senza che però ciò possa convertirsi in una automatica assunzione della piena condizione di salute; nell'altro senso, la formula "diritto alla salute" esprime una pluralità di situazioni giuridiche soggettive, tra loro assai differenziate, seppur legate<sup>7</sup>. In un caso, quindi, si fa riferimento ad uno stato che «non è e non può essere prodotto dal diritto»<sup>8</sup>, nell'altro, si individuano i plurimi interessi e le pretese soggettive in cui si sostanzia il relativo diritto.

Eppure, fermo restando il riferimento a cose diverse, la condizione di salute e il significato ad essa conferito incidono sul diritto oggettivo, contribuendo a definire i tratti delle situazioni giuridiche soggettive evo-

<sup>6</sup> A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino 2014, 4.

<sup>7</sup> Trattasi di affermazione unanimemente condivisa in dottrina, ma si v. almeno M. LUCIANI, *Salute: I) Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma 1994, 5; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in questa *Rivista*, n. 1/1983, 25 ss.

<sup>8</sup> A. PIOGGIA, *Di cosa stiamo parlando quando parliamo di diritto alla salute?*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2017, 293.

cate con la formula diritto alla salute, con ciò riversandosi sulla delinea-zione dei relativi strumenti di tutela. È anzitutto per questa ragione che il diritto alla salute risente, forse più di altri diritti fondamentali, delle trasformazioni sociali, culturali, antropologiche che ne determinano con-tinue evoluzioni, non di meno, ma anzi fortemente determinate anche dagli sviluppi della scienza e della tecnica biomedica. Sebbene, non di rado, il diritto sconti una certa difficoltà ad adeguare le proprie categorie all'oggetto cangiante di cui si occupa, vari sono i fattori che influiscono, modificandolo, sul complesso di interessi che compone poliedricamente la figura del diritto alla salute<sup>9</sup>, e ciò non può che ritenersi una conferma dell'incessante dialettica tra dimensione fattuale e universo giuridico-for-male<sup>10</sup> che pervade l'intero ordinamento costituzionale.

È acquisizione oramai pacifica che la salute non possa essere inte-sa solo come integrità corporea dell'individuo, biologicamente definita dall'assenza di malattie, ma debba essere considerata come stato di com-plexivo benessere che include tanto la dimensione fisico-corporea della persona, quanto quella psichica e sociale. Il congiungimento tra salute e dimensione identitaria e sociale della persona costituisce il primo grande tassello di un percorso evolutivo del concetto, che impone di guardare oltre la dimensione meramente biologica, per coglierne l'autocompren-sione da parte del titolare del relativo diritto, una percezione, quest'ulti-ma, sulla quale evidentemente incidono in maniera determinante cultura, concezioni etiche, spirituali e opzioni del tutto soggettive, ad ulteriore riprova dell'idea concreta e non già astratta di persona accolta nel nostro ordinamento costituzionale, conformato al principio personalista<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> C. BOTRUGNO, *Il diritto alla salute dinanzi alla sfida della complessità*, in *Riv. fil. dir.*, n. 2/2014, 496 ss.

<sup>10</sup> L. D'ANDREA, *Il dovere di cura della salute ed il c.d. "Paradosso di Böckenförde"*, in AA.VV., *La doverosità dei diritti. Analisi di un ossimoro costituzionale?*, a cura di F. Marone, Napoli 2019, 67.

<sup>11</sup> È proprio l'affermazione del paradigma personalista, fatto proprio dall'ordina-mento costituzionale repubblicano, a determinare che il contenuto del diritto costitu-zionale alla salute debba essere costruito sui bisogni della persona concreta, bisogni che variano da individuo ad individuo, sia perché diversa è la percezione di benessere, sia perché variabili possono essere gli strumenti atti a soddisfarli effettivamente e senza pre-giudizio per i convincimenti del singolo. È però altrettanto certo che la centralità della persona umana non può lasciare in ombra, oscurata da una erronea concezione assoluta e illimitata dei diritti individuali, la dimensione dei doveri, delle responsabilità e del-la solidarietà. Senza per questo arrivare a prefigurare un dovere di curarsi (che persino nell'ipotesi eccezionale di previsione legale di TSO vede accanto all'esigenza di tutelare l'interesse della collettività alla salute, ugualmente l'interesse anche del singolo sottopo-

Questo allargamento dei profili in cui si sostanzia l'idea di salute, con ciò ridefinendo i confini del relativo diritto, è frutto del concomitante operare di diversi elementi che dapprima operano sul piano metagiuridico, ma che, nondimeno, trovano riscontro sul piano del diritto positivo<sup>12</sup>, specie di quello prodotto nell'ordinamento giuridico italiano a partire dagli anni '70, sulla base del dato testuale offerto dall'art. 32 Cost. L'allargamento a fattori extragiuridici e a diversi determinanti sociali, che influiscono sulla configurazione dello stato di salute individuale e di una data comunità, costituisce un primo rilevante fattore di dinamicità e complessità. E già solo questa prima forma di contaminazione dà luogo a notevoli difficoltà quanto alla delineazione, in maniera precisa e oggettiva, del concetto giuridico di salute, intimamente connesso, come si è detto, alla idea di salute, essa stessa non più riconducibile alla «oggettività del sapere medico», ma maggiormente accordata alla «soggettività dell'esperienza vissuta dal malato»<sup>13</sup>.

### 3. *Il contributo del diritto internazionale e in particolare della giurisprudenza della Corte EDU*

Al contempo, non si può trascurare che la più ampia accezione di salute, oggi accolta nell'ordinamento giuridico italiano, è stata determinata e favorita non solo da fattori propriamente endogeni (interni), ma anche dalle previsioni contenute in documenti sovranazionali (internazionali e dell'UE) e dalle risultanze della relativa giurisprudenza (fattori esogeni)<sup>14</sup>.

I sempre più intensi e stretti collegamenti tra ordinamenti statali (fra di essi e con quello della Comunità internazionale e dell'Unione europea), assieme alla connaturata capacità della scienza medica di oltrepas-

sto al trattamento obbligatorio) e prendersi cura di sé, è comunque indubbio che, anche con riferimento alla salute, siano ravvisabili, nell'orbito costituzionale, accanto a situazioni giuridiche attive, anche situazioni giuridiche passive. Da ultimo su questo profilo, L. D'ANDREA, *op. cit.*, 59 ss., ma v. anche M. RUOTOLO, *I diritti fondamentali, a settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, in questa *Rivista*, n. 1/2018, 35 ss.

<sup>12</sup> Nella legge istitutiva del SSN, l. n. 833/78; in quella sugli accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori, l. n. 180/78; sulla tutela sociale della maternità e l'IVG, l. n. 194/78; per poi proseguire anche nella successiva l. n. 164/1982 sulla rettificazione dell'attribuzione del sesso.

<sup>13</sup> G. CANGUILHEM, *Il normale e il patologico*, (1964), Torino 1998, 194 *ma passim*.

<sup>14</sup> I. RIVERA, *La comparazione giuridica nel concetto di "salute": possibili scenari evolutivi alla luce della giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 1/2017, 117 ss.

sare i confini degli Stati nazionali, nonché l'accresciuta capacità e disponibilità degli individui a spostarsi per soddisfare i propri bisogni, hanno determinato ulteriori spinte per una espansione della nozione giuridica di salute, frutto della circolazione e contaminazione di varie esperienze giuridiche. Importanti sviluppi in tal senso si sono registrati a partire da un'evoluzione che ha interessato le stesse organizzazioni internazionali, sempre più propense a prendere in considerazione anche i singoli individui quali soggetti (attivi e passivi) di norme di diritto internazionale e spinte a riconoscere, in capo agli stessi, il diritto di accesso diretto alle Corti internazionali deputate alla salvaguardia delle disposizioni contenute nei trattati a tutela dei diritti umani. Di ciò si trova emblematico riscontro nell'influenza esercitata dall'Organizzazione delle Nazioni Unite e, in particolare in seno ad essa, dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), sulla nozione di costituzionale di salute, evidentemente aperta a contaminazioni e influssi provenienti dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 25) e, soprattutto, dall'ampio e inedito (per l'epoca in cui fu formulato) concetto di salute fatto proprio dal Trattato istitutivo dell'OMS del 1946<sup>15</sup>.

Peso ancora maggiore va riconosciuto alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, e ciò non soltanto in ragione della possibilità di ricorso diretto alla stessa, ma anche in forza di una accresciuta rilevanza delle statuizioni di quella Corte all'interno degli ordinamenti nazionali e, in particolare, in quello italiano dopo la modifica dell'art. 117, co. 1, della Costituzione<sup>16</sup> e le letture dello stesso fornite dalla Corte costituzionale<sup>17</sup>. Si tratta di questioni estremamente note, non prive

<sup>15</sup> «Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity».

Si veda anche la Convenzione internazionale delle Nazioni Unite sulle persone con disabilità, cui ha aderito anche l'Unione europea (Decisione del Consiglio n. 2010/48/CE, del 26 novembre 2009), e sulla cui base, la Corte costituzionale, con la sent. n. 236/2012, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117, co. 1 Cost., di una legge della Regione Puglia relativa alle prestazioni riabilitative in regime domiciliare. La medesima Convenzione è stata richiamata, quale parametro interposto ai sensi art. 117, co. 1 Cost., anche nella successiva sent. n. 275/2016, ma la censura è risultata assorbita in ragione del preventivo riscontro della violazione di altri parametri costituzionali.

<sup>16</sup> Su cui v. almeno G. SERGES, *Articolo 117, 1° comma*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, 2006, III, 2213 ss., e, tra gli innumerevoli scritti di A. RUGGERI, quelli, anche su questo tema, da ultimo raccolti nel volume *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. XXII. Studi dell'anno 2018*, Torino 2019.

<sup>17</sup> R. ROMBOLI, *La influenza della CEDU e della giurisprudenza della Corte europea*

di rilevanti aspetti di problematicità; nell'economia di questo lavoro e per le specifiche finalità prefissatesi basti richiamare, in primo luogo, il crescente interesse mostrato dalla giurisprudenza convenzionale per la salute individuale e la sanità pubblica. Sebbene, e come noto, nella CEDU manchino disposizioni specificamente dedicate al diritto alla salute e, in particolare alla dimensione sociale dello stesso, ciò non ha precluso l'intervento della Corte EDU in materia, con ricadute del suo raggio operativo anche sul versante dei diritti sociali. Diverse previsioni della Convenzione del 1950 – diritto alla vita (art. 2), al divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti (art. 3), diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8) – sono state più volte dalla Corte richiamate con ciò contribuendo a delineare una definizione convenzionale di salute umana e, allo stesso tempo, una maggiore attenzione per gli strumenti di tutela delle istanze soggettive a ciò connesse.

Più precisamente, sulla base delle anzidette previsioni della CEDU, la Corte di Strasburgo è riuscita ad individuare ed intercettare molteplici e emergenti bisogni di salute (salute mentale, identità sociale, orientamento sessuale...), talvolta del tutto estranei alle previsioni in materia contenute nelle costituzioni nazionali. Anche se questo aspetto non ha riguardato intensamente l'esperienza italiana, nella quale il testo costituzionale del 1948 e la successiva attuazione legislativa hanno consentito un accoglimento di nuove istanze di tutela legate alla salute e all'esperienza esistenziale della persona umana, fornendo alle stesse strumenti di tutela ben più incisivi di quello offerti dal diritto convenzionale, è indubitabile che la CEDU e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo abbiano esercitato un'influenza determinante pure su questo versante specifico nei riguardi di Paesi di più giovane e fragile tradizione democratica.

In misura sempre crescente nel corso degli anni, la Corte europea ha poi sviluppato nelle proprie decisioni una serie considerazioni che rilevano particolarmente, in quanto consentono di precisare non solo i divieti (comportamenti negativi) nei confronti degli Stati parte della Convenzione, ma anche gli obblighi di tutela ricadenti sugli stessi che si sostanziano in misure di intervento statale (comportamenti positivi)<sup>18</sup> funzionali ad

*dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *ConsultaOnLine*, n. 3/2018, 618 ss.

<sup>18</sup> Attraverso l'elaborazione della dottrina dei c.d. obblighi positivi di protezione, ricavata da una lettura sistematica dell'art. 1 CEDU, la Corte di Strasburgo ha affermato che gli Stati contraenti non solo debbono astenersi dall'interferire con i diritti riconosciuti dalla Convenzione oltre i limiti da essa tracciati, ma devono altresì attivarsi per adottare

assicurare il pieno soddisfacimento dei diritti espressamente previsti nella CEDU.

Alcuni passaggi di questa vasta giurisprudenza chiariscono che ancorché la Convenzione non garantisca «in quanto tale» il diritto all'assistenza medica (*D. v. Regno Unito*, 2 maggio 1997), sugli Stati contraenti incombono obblighi negativi e positivi volti a tutelare la «integrità fisica e psicologica» della persona umana (*X. e Y. v. Paesi Bassi*, 26 marzo 1985), l'«identità fisica e sociale» (*Mikulić v. Croazia*, 7 febbraio 2002), l'orientamento sessuale (*Dudgeon v. Regno Unito*, 22 ottobre 1991), il mantenimento della «salute mentale» (*Bensaid v. Regno Unito*, 21 febbraio 2000), lo sviluppo individuale e la capacità di «entrare in relazione con gli altri e col mondo esterno» (*Friedl v. Austria*, 31 maggio 1995). Ed ancora, la giurisprudenza convenzionale ha già da tempo rimarcato il dovere degli Stati nazionali, cui spetta comunque un ampio margine di apprezzamento quanto alla valutazione delle misure in cui si sostanzia la salvaguardia della salute umana, di attivarsi per assicurare *in concreto* quanto *in astratto* previsto dalla legislazione nazionale. Come si è fatto notare<sup>19</sup>, è attraverso la progressiva emersione di questa «dimensione procedurale» dei diritti convenzionali che la Corte ha finito per incidere significativamente sulle valutazioni interne relative all'accesso alle prestazioni sanitarie. Senza spingersi ad imporre la erogazione di determinate prestazioni, i giudici europei hanno proceduto in maniera sempre più pervasiva a verificare l'effettività dei diritti riconosciuti; in altre parole, da questa giurisprudenza emerge che allorquando uno Stato abbia già assunto una decisione sulla praticabilità di alcuni servizi sanitari, esso è tenuto ad adottare tutte le misure organizzative e procedurali affinché l'individuo possa *concretamente* beneficiare di quanto *astrattamente* previsto<sup>20</sup>. Questo approccio basato sulla verifica del rispetto di *standards*

le misure più appropriate ad assicurarne l'effettiva realizzazione e il concreto godimento degli stessi da parte degli individui, giacché in mancanza di un intervento statale, il riconoscimento di quei diritti rimarrebbe «puramente teorico o illusorio»; così A. SACCUCCI, *Responsabilità medica e tutela della salute nella Convenzione europea dei diritti umani: quando lo Stato risponde per la carenza dei servizi medico-sanitari*, in AA.VV., *La responsabilità in ambito sanitario*, a cura di G. Corso, E. Balboni, Torino 2011, 175 ss.

<sup>19</sup> L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino 2018, 124 ss.

<sup>20</sup> Questa posizione della Corte di Strasburgo traspare in termini netti in due pronunce del 2012: *P e S v. Polonia*, sull'accesso all'IVG (su cui vedi *infra*) e *Panaiteescu v. Romania*, 10 aprile 2012. In quest'ultima la Corte EDU ha rilevato che dal diritto alla vita proclamato all'art. 2 deriva l'obbligazione positiva in capo alle autorità statali di adottare tutti gli strumenti idonei a tutelare la vita di coloro che sono sottoposti alla giurisdizio-

procedurali ha consentito alla Corte EDU di rispettare le scelte di natura politica (ed etica) degli Stati nazionali, permettendo però, al contempo, di intervenire per sanzionare l'ineffettività dei diritti riconosciuti a livello statale, con ciò tramutandosi in una violazione dei diritti convenzionali.

Alcune di queste pronunce, forse le più note anche per il clamore che hanno suscitato, investono prestazioni mediche relative a “materie eticamente sensibili”, quali, in particolare, quelle relative all'interruzione volontaria della gravidanza (IVG) e alla procreazione medicalmente assistita. In questi ambiti correttamente la Corte EDU ha riconosciuto agli Stati contraenti un ancor più ampio margine di apprezzamento<sup>21</sup>, ma non mancano casi nei quali il giudice convenzionale, spingendosi a verificare l'effettività della tutela apprestata dalle autorità nazionali, ha condannato gli Stati contraenti per non avere adottato tutte le misure necessarie per consentire un effettivo accesso alle pratiche abortive nei casi previsti dalla legge nazionale<sup>22</sup>.

ne statale. Pertanto, il mancato adempimento da parte dell'amministrazione sanitaria di quanto riconosciuto al ricorrente dal giudice interno (accesso gratuito ad un farmaco per cure oncologiche) è stato qualificato quale fattore che ha determinato l'aggravio della malattia e poi la morte dell'uomo.

Anche nella successiva decisione sul caso *Csoma v. Romania*, 15 gennaio 2013, la Corte ha fatto derivare dall'interpretazione dell'art. 8 CEDU un'obbligazione positiva in capo agli Stati di garantire la correttezza del procedimento per il rilascio del consenso informato, il quale deve includere l'informazione al paziente su tutti gli eventuali rischi del trattamento proposto.

<sup>21</sup> *Dickson v. Regno Unito*, GC 4 dicembre 2007; *A., B. e C. v. Irlanda*, GC 16 dicembre 2010; *S.H. v. Austria*, GC 3 novembre 2011.

In tema A. CIERVO, *The Unbearable Lightness of Margin of Appreciation: ECHR and 'Bio-Law'*, in AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Cambridge-Portland 2013, 159 ss.; S. PENASA *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, in *Forumcostituzionale.it*, 2013, i quali non mancano di rilevare le non marginali oscillazioni, presenti nella giurisprudenza convenzionale – specie in giudizi caratterizzati da un'elevata complessità etica, sociale e scientifica – tra estensione del margine di apprezzamento e riscontro del c.d. *consensus standard*.

<sup>22</sup> *Tysia c v. Polonia*, 20 marzo 2007; *A., B. e C. v. Irlanda, cit.*; *R.R. v. Polonia*, 26 maggio 2011, *P. e S. v. Polonia*, 30 ottobre 2012.

Particolarmente nota è la decisione relativa al caso *A, B e C v. Irlanda*, nella quale la Corte EDU ha affermato che la mancata previsione, da parte dell'Irlanda, dell'aborto per ragioni di salute o benessere della donna non costituisce una violazione dell'art. 8 CEDU poiché, in assenza di consenso politico e scientifico fra gli Stati contraenti quanto all'inizio della vita umana, tale decisione rientra nel margine d'apprezzamento statale. L'elemento di violazione degli obblighi convenzionali viene, invece, individuato nel vuoto di tutela determinato dalla mancata attuazione dell'art. 40, co. 3, par. 3 della

In tal senso e con specifico riferimento all'ordinamento italiano, vanno richiamate alcune recenti decisioni rese dal Comitato europeo dei diritti sociali, nelle quali è stata rilevata la violazione da parte dell'Italia di diverse disposizioni della Carta sociale europea e, segnatamente, del diritto alla salute delle donne e del diritto al lavoro dei medici non obiettori di coscienza. Secondo il Comitato Europeo dei Diritti Sociali (decisioni del 10 marzo 2014 e dell'11 aprile 2016<sup>23</sup>) le violazioni in parola sono derivate non tanto dal mero fatto della presenza di un'alta percentuale di personale obiettore, quanto dalla mancata adozione di adeguati strumenti di carattere organizzativo volti a garantire l'effettività del servizio di IVG, nonostante la presenza degli obiettori, carenza da cui è derivata una forte incertezza sui tempi d'accesso sugli interventi abortivi che si è ripercossa sul diritto alla salute delle donne e sulle condizioni di lavoro dei non obiettori. Queste decisioni, quindi, hanno chiamato in causa la responsabilità della autorità politiche nazionali, cui spetta garantire l'effettività del diritto alla salute delle donne che si trovano nella condizioni previste dalla legge nazionale per la praticabilità dell'aborto (L. n. 194/78); lungi dunque dal configurare un diritto convenzionale all'aborto, le decisioni del Comitato europeo sono state frutto di una valutazione dell'effettività di scelte già assunte dal legislatore nazionale<sup>24</sup>.

Costituzione irlandese, nella parte in cui, pur tutelando il diritto alla vita del nascituro, riconosce l'eguale diritto della madre e, pertanto, la violazione scaturisce dalla mancata previsione di strumenti effettivi di garanzia di un diritto previsto dal diritto nazionale. Anche nel precedente caso *Open Door and Dublin Well Woman v. Irlanda*, 29 ottobre 1992 i giudici della Corte EDU avevano riconosciuto che la totale assenza di informazioni sulla possibilità di ricorrere all'IVG all'estero poteva rappresentare un grave rischio per il diritto alla salute delle donne, dal momento che – in assenza delle necessarie informazioni – le stesse si sarebbero trovate costrette a procurarsi in modo pericoloso e sicuramente illegale l'aborto.

Sicuramente anche questa giurisprudenza convenzionale ha influenzato l'esito del referendum costituzionale tenutosi in Irlanda il 25 maggio 2018, con il quale la maggioranza degli irlandesi (66,4% dei votanti) si è pronunciata a favore dell'abrogazione dell'VIII emendamento della Costituzione, cui è collegato l'art. 40, co. 3, par. 3. Il referendum non ha introdotto in via immediata una disciplina sui casi e sulle modalità con cui è possibile interrompere la gravidanza ed, infatti, sul finire del 2018 il Parlamento ha approvato una legge al riguardo, già commentata da B. LIBERALI, *Il referendum irlandese in materia di interruzione di gravidanza: quali prospettive per la futura regolamentazione?*, in *Diritticomparati.it*, 11 giugno 2018.

<sup>23</sup> Rese all'esito dei reclami collettivi n. 87/2012, *International Planned Parenthood Federation European Network v. Italy*, e n. 91/2013, *CGIL v. Italy*, su cui v. almeno L. BUSATTA, *Le nuove dimensioni del dibattito sull'interruzione volontaria di gravidanza, tra divieto di discriminazioni e diritto al lavoro*, in *DPCE Online*, n. 2/2016, 311 ss.

<sup>24</sup> Molteplici sono le ragioni di interesse di queste decisioni, rese su profili partico-

#### 4. Un primo ventaglio di questioni controverse

Molte sono le suggestioni suscitate dalla giurisprudenza convenzionale appena ripercorsa. Una prima e particolarmente rilevante considerazione – che dovrà poi essere ripresa in relazione a quanto si dirà riguardo alla mobilità sanitaria transfrontaliera – attiene alla possibile configurabilità di una dimensione ultrastatale o, altrimenti qualificabile, transnazionale<sup>25</sup> del diritto alla salute, che pertanto trascenderebbe i confini degli ordinamenti giuridici statali. A tal proposito, non mancano in dottrina riferimenti ad una biocittadinanza<sup>26</sup>, ovvero ad una cittadinanza sanitaria universale<sup>27</sup>, come anche frequentemente si discorre di un processo di federalizzazione dei diritti fondamentali<sup>28</sup>, coinvolgente anche l'ambito della salute umana, prodotto grazie al rafforzamento dei rapporti che il diritto interno intrattiene col diritto "eurounitario" e col diritto convenzionale. La matrice di questi processi, dai quali germinano i neologismi appena richiamati, andrebbe ricercata nella sempre più avvertita esigenza di riconoscere più ampi spazi e strumenti di tutela dei diritti facenti capo alla persona umana, anche se neppure può dimenticarsi che la ragione stessa di esistenza di questi fenomeni risiede nella natura intrinsecamente a-territoriale della scienza e della tecnica la cui funzionalizzazione al soddisfacimento di interessi di rilievo costituzionale relativi alla persona

larmente controversi della legislazione italiana in materia di IVG, su cui sia consentito rinviare M.P. IADICICCO, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *RivistaAic.it*, n. 1/2018, 37 ss. Il seguito (anche giurisprudenziale) delle citate decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, riveste inoltre grande importanza ai fini della chiarificazione del valore della Carta sociale europea nell'ordinamento giuridico italiano (su cui recentemente Corte cost., sentt. nn. 120/2018 e 194/2018).

<sup>25</sup> Così L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, cit., 198 ss., anche se in questo caso all'espressione "diritto transazionale" è attribuito un significato diverso da quelli più comunemente diffusi, per i quali v. A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, in [https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old\\_sites/sito\\_AIC\\_2003-2010/dottrina/fontidiritto/pizzorusso.html](https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/dottrina/fontidiritto/pizzorusso.html).

<sup>26</sup> N. ROSE, C. NOVAS, *Biological citizenship*, in AA.VV., *Global Assemblages*, a cura di A. ONG, J. COLLIER, Oxford, 2005, 439 ss.; M.L. FLEAR, *Developing Euro-Biocitizenship through migration for healthcare services*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 14/2007, 239.

<sup>27</sup> C. BOTRUGNO, *op. cit.*, 509.

<sup>28</sup> A. RUGGERI, *La "federalizzazione" dei diritti fondamentali, all'incrocio tra etica, scienza e diritto*, in AA.VV., *Nuove tecnologie e diritti umani: aspetti di diritto internazionale e di diritto interno*, a cura di L. Panella, Napoli 2018, 211 ss., nonché in *www.medialaws.eu*, n. 2/2018, 13 marzo 2018.

umana non è propriamente scontata, né sempre adeguatamente regolamentata.

A ben vedere, è senz'altro innegabile che, oggi più di ieri, in virtù di molteplici fattori, la dimensione internazionale e sovranazionale della tutela dei diritti costituisca un tassello irrinunciabile e determinante nella configurazione di un sistema di garanzia dei diritti fondamentali che evidentemente supera le frontiere nazionali. Ciò, tra l'altro, produce l'effetto di rinfocolare concezioni giusnaturalistiche, mai pienamente abbandonate, le quali muovono dalla premessa per cui ciascun essere umano sarebbe titolare di un patrimonio di diritti che gli Stati hanno il dovere di riconoscere e tutelare.

È altrettanto indubbio che tra le dimensioni statale, internazionale e europea di tutela dei diritti si verifichino contaminazioni reciproche<sup>29</sup>, influssi circolari, palesati anche in quei ricorrenti passaggi della giurisprudenza convenzionale dove si ribadisce sempre che sono le istituzioni nazionali quelle cui compete garantire l'effettività del diritto alla salute nelle sue molteplici declinazioni; come pure, negli ordinamenti statali e in particolare nella giurisprudenza comune, non mancano e si fanno sempre più frequenti i richiami alle Carte e alla giurisprudenza sovranazionale con finalità che vanno dal mero ausilio interpretativo di disposizioni interne, al riconoscimento di più ampie forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive, fino alla rivendicazione di diritti "nuovi" aventi fondamento nel solo diritto inter-sovrannazionale. Dunque, intersezioni, influenze e contaminazioni tra sistemi di protezione dei diritti non mancano, ma neppure difettano situazioni di conflitto e di difficile coordinamento<sup>30</sup> tra ordinamenti<sup>31</sup> nazionali e ultra-nazionali.

<sup>29</sup> L. BUSATTA, *op.cit.*, 7.

<sup>30</sup> M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *RivistaAic.it*, n. 2/2018, 14 e 16; A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *RivistaAic.it*, n. 4/2017; P. VERONESI, *op.cit.*, 82.

<sup>31</sup> Non sembra superfluo ricordare che la Corte costituzionale italiana ha negato la qualifica di 'ordinamento' al sistema CEDU (sent. n. 348/2007), pertanto, aderendo all'opinione del giudice costituzionale, sarebbe più corretto parlare di rapporti intersistemici. Di "relazioni intersistemiche" (in prospettiva assiologico-sostanziale) discorre ampiamente Antonio Ruggeri. Con riferimento precipuo all'ordinamento comunitario v. ID., *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. 170/84, in tema di rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla "teoria" della separazione alla "prassi" della integrazione intersistemica?*, in *Giur. cost.*, 1991, 1583 ss.; sulle relazioni tra ordinamento interno e Cedu, ID., *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale*

Quanto occorre verificare con grande attenzione è se e quando l'influenza spiegata dal diritto europeo possa convertirsi in un vero e proprio vincolo di ordine sostanziale per le istituzioni nazionali preposte all'assunzione delle decisioni in ambito sanitario, tale cioè da riflettersi anche sulle scelte allocative delle risorse economiche a ciò destinate<sup>32</sup>. Come si è avuto modo sinora di appurare, l'approccio più discreto assunto dal giudice convenzionale, specie in ambiti eticamente sensibili, porta ad escludere che le determinazioni europee – per di più fortemente legate al caso specifico da cui traggono origine – possano assurgere a diritto vincolante nel senso di imporre ai legislatori nazionali il riconoscimento del diritto di accesso a determinate prestazioni. È però anche vero che la deferenza nei riguardi delle autorità nazionali, in questi casi opportunamente assunta dalla Corte EDU, arretra quando quel giudice si spinge a verificare l'effettività dei diritti riconosciuti dal legislatore nazionale. In vero, anche in queste circostanze, è difficile parlare di vincolo di contenuto, piuttosto sembra profilarsi un giustificato e apprezzabile controllo convenzionale sull'effettività di diritti basati su previsioni degli ordinamenti giuridici nazionali.

Proseguendo in questo ordine di idee e anticipando considerazioni che saranno sviluppate meglio in seguito, ci si deve ancora domandare se e quanto questo andamento espansivo della nozione di salute, favorito anche dal diritto internazionale, possa essere “metabolizzato” dagli ordinamenti nazionali e soprattutto se esso sia conforme ai valori e principi su cui tali ordinamenti si fondano. In altre parole, non si può trascurare che proprio il proliferare di varie Carte sui diritti e la maggiore conoscenza della e accessibilità alla giurisprudenza europea abbiano, insieme a molti altri fattori determinanti<sup>33</sup>, contribuito a configurare una sorta di medici-

*d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, n. 1/2008, 215 ss.

<sup>32</sup> Non si può non evidenziare come, infatti, non di rado le decisioni allocative in materia sanitaria sottendono scelte tragiche, cfr. G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Tragic Choices*, New York 1978.

<sup>33</sup> Fattori quali una più ampia consapevolezza degli strumenti utili raggiungere un più elevato livello di salute e di benessere complessivo, anche in ragione della maggiore diffusione di informazioni (sebbene non sempre pienamente attendibili) sui servizi e le prestazioni sanitarie; una sempre più forte e opportuna valorizzazione dell'autonomia decisionale individuale all'interno del rapporto terapeutico; nonché la rapidità dello sviluppo tecnologico e l'evoluzione in senso multiculturale delle odierne comunità politiche e sociali. Ampie e approfondite riflessioni su tutti questi profili in L. BUSATTA, *op. cit.*; sul condizionamento scientifico e tecnologico v. A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli 2018.

na dei desideri, declinazione specifica di una più generale insaziabilità dei diritti<sup>34</sup>. È questo uno sviluppo, o meglio una vera e propria trasformazione del concetto di salute e, di qui, degli interessi giuridici meritevoli di tutela, che non manca di sollevare perplessità per varie ragioni, in primo luogo, considerato che troppo spesso e indistintamente aspirazioni al miglioramento delle proprie condizioni di vita e salute, rese possibili dagli imponenti e rivoluzionari sviluppi della scienza e tecnica, rivendicano la copertura semantica dei diritti fondamentali. E la delicatezza del problema si coglie non solo riscontrando la ristrettezza di risorse economiche disponibili per soddisfare emergenti istanze individuali (tale per cui a aspettative illimitate si contrapporrebbero risorse limitate), ma anche per le ricadute che possono discendere proprio sulla concezione della persona umana nel suo rapporto con la scienza e la tecnica biomedica, da un lato, e dall'altro, con le istituzioni pubbliche deputate ad assicurare il pieno sviluppo della persona umana. Non si può, del resto, neppure dimenticare che compito di queste è sì garantire diritti individuali, ma anche rimuovere le disegualianze sociali all'interno di un consorzio politico e sociale che sappia comunque coniugare diritti e doveri, pretese e responsabilità. In effetti, e come si verificherà anche riguardo alla mobilità sanitaria transfrontaliera, si avverte la tendenza ad un'eccessiva forzatura della dimensione individuale, se non individualistica, del diritto alla salute a scapito di quell'interesse collettivo costituzionalmente previsto, interesse che, pur non potendo prevalere sull'autodeterminazione individuale, certo non tollera che da decisioni autonome possano discendere conseguenze pregiudizievoli sull'intera collettività ed in particolare sui soggetti più deboli e più fragili<sup>35</sup>.

Si profila quindi sin d'ora la necessità, non meramente classificatoria, di distinguere ciò che può farsi rientrare nell'oggetto del diritto alla salute e ciò che ne resta al di fuori, di tratteggiare, insomma, "confini" più chiari, nella consapevolezza della rilevanza di questa operazione del de-finire.

##### 5. *Le frammentate dimensioni della salute nell'ordinamento dell'UE*

Si è avuto modo sinora di appurare l'influenza della giurisprudenza

<sup>34</sup> A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in *Teoria politica*, n. 2/2000, 3 ss.

<sup>35</sup> L. BUSATTA, *op.cit.*, 243.

convenzionale sulle molteplici dimensioni del diritto alla salute, riconosciuto e garantito dalle costituzioni nazionali; questa influenza *ab externo* appare ancor più decisiva spostando, o meglio, restringendo l'attenzione al versante eurounitario, per utilizzare un'espressione coniata da Antonio Ruggieri. Essa pare assumere le sembianze di un condizionamento particolarmente stringente e ciò per diversi ordini di ragioni: in primo luogo, in virtù del primato del diritto dell'UE sul diritto nazionale, dal quale derivano significative conseguenze quanto alla configurazione dei rapporti tra i due ordinamenti e ai meccanismi di risoluzione delle antinomie. Inoltre, diversamente da quanto osservato riguardo alla CEDU, il diritto primario dell'Unione ha riservato anche ai diritti sociali, soprattutto dopo progressive revisioni dei trattati istitutivi delle originarie Comunità europee, una visibilità dapprima sconosciuta, riscontrabile nell'esplicita qualificazione anche di questi diritti quali diritti fondamentali. V'è poi, in quell'ordinamento, un'attenzione alla salute quale interesse sociale oggettivo, di cui tutte le istituzioni europee (comprese quelle nazionali nell'ambito di applicazione del diritto eurounitario) devono tener conto nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche e le azioni dell'Unione.

A ben vedere resta, a tutt'oggi, quest'ultima la dimensione prioritaria della salute nell'ordinamento eurounitario, laddove decisamente più in ombra rimane la dimensione sociale della stessa, declinata quale pretesa soggettiva ad ottenere prestazioni sanitarie, a conferma della permanenza della originaria condizione di «minorità comunitaria»<sup>36</sup> dei diritti sociali, se non proprio di una vera e propria «frigidità sociale»<sup>37</sup> delle Comunità europee, che non è venuta meno neppure dopo l'approvazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e gli ultimi sviluppi segnati dal diritto derivato<sup>38</sup>. Quanto alla Carta di Nizza (che con il Trattato di Lisbona ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati, ma il cui ambito di applicazione resto quello precisato all'art. 51<sup>39</sup>), alla impegnativa previsione dell'art. 35, inserito nel Titolo IV «Solidarietà», sul diritto di ogni individuo di accedere a cure medi-

<sup>36</sup> M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. dir.*, n. 3/2000, 378.

<sup>37</sup> F. MANCINI, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità europee*, in AA.Vv., *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Padova 1988, 26.

<sup>38</sup> Per i quali si rinvia a G. DI FEDERICO, *Articolo 35*, in AA.Vv., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, Milano 2017, 672 ss.

<sup>39</sup> Sull'effetto di traboccamento della CDFUE, derivante dalla inosservanza del con-

che, anche preventive, – la quale evidentemente rinvia proprio ad una situazione giuridica soggettiva di vantaggio – segue la precisazione per cui le condizioni di accesso alle prestazioni sanitarie sono definite dalle legislazioni e prassi nazionali. Ciò si rivela in linea con le disposizioni di cui ai trattati (nelle versioni consolidate a seguito di molteplici revisioni), dove all’elevato livello di protezione della salute umana che l’UE si impegna a garantire nella definizione e attuazione di tutte le politiche, fa da contrappunto l’esclusiva «responsabilità» statale nell’erogazione di servizi, prestazioni sanitarie e assistenza medica (art. 168 TFUE, par. 7).

In sostanza, l’intervento dell’Unione a tutela della salute umana non può in alcun modo tradursi nel riconoscimento in capo agli individui del diritto ad ottenere determinate cure mediche, potendosi al più sostanziare in limitate forme di ingerenza nella definizione delle politiche sanitarie nazionali e nell’organizzazione dei servizi sanitari. Come da più parti precisato, permane un ruolo egemone delle autorità nazionali<sup>40</sup>, padrone di definire l’oggetto del diritto alla salute, laddove può riconoscersi solo un’influenza del diritto eurounitario sui *mezzi attuativi* volti a garantirne l’effettività<sup>41</sup>, atteso che essa non dispone, tra l’altro, di strumenti operativi propri per l’erogazione di prestazioni sanitarie<sup>42</sup>.

È in questo quadro<sup>43</sup> e, dunque, in un contesto di sostanziale continuità, che si inserisce anche la Direttiva 2011/24/UE, l’analisi della quale consente di inoltrarsi sull’altro versante di questo studio, relativo all’at-

fine tracciato nell’art. 51, A. BARBERA, *op. cit.*, 2. Ampiamente sulle clausole finali della Carta di Nizza, M. CARTABIA, *op. cit.*, 6 ss.

<sup>40</sup> D. MORANA, *Diritto alle cure e mobilità sanitaria nell’Unione europea: un banco di prova per l’Europa sociale. Note introduttive*, in AA.VV., *L’assistenza sanitaria transfrontaliera. Verso un welfare state europeo?*, a cura di D. Morana, Napoli 2018, 10.

<sup>41</sup> Così A. SIMONCINI, E. LONGO, *Articolo 32*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, cit., 672.

Di un vero e proprio fondamento sopranazionale del diritto alla salute che si affianca a quello costituzionale, parla invece R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, VI, Milano 2006, 5393.

<sup>42</sup> C. COLAPIETRO, *I diritti sociali oltre lo Stato. Il caso dell’assistenza sanitaria transfrontaliera*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2018, 51.

<sup>43</sup> Quadro che non è mutato neppure a seguito dell’adozione del “Pilastro europeo dei diritti sociali”, sul quale e in relazione proprio al tema della tutela della salute nello spazio giuridico europeo, v. A. PAPA, *La tutela multilivello della salute nello spazio europeo: opportunità o illusione?*, in *Federalismi.it*, n. spec. 4/2018, *La dimensione europea dei diritti sociali*, a cura di P. Bilancia, 80 ss.

traversamento dei confini geografici nazionali<sup>44</sup> per l'accesso alle prestazioni sanitarie<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Come noto, la mobilità per l'accesso alle prestazioni sanitarie è questione non solo transfrontaliera, ma pure interna agli Stati nazionali composti e anch'essa fonte di non marginali problemi.

In Italia, il riconoscimento di più ampi spazi di regolazione regionale in materia di tutela della salute, sollecitato da importanti riforme prima legislative e poi costituzionali susseguitesesi a partire dagli anni '90, muoveva dall'esigenza, largamente avvertita, di rispondere in maniera più adeguata ed efficiente alle specifiche esigenze sanitarie dei territori e delle comunità di riferimento. Allo stesso tempo, la spinta ad un maggiore decentramento territoriale rispondeva, secondo il dichiarato intento dei promotori di queste riforme, all'obiettivo di accrescere il senso di responsabilità degli amministratori pubblici (c.d. *accountability*), di offrire ai cittadini la possibilità di selezionare "buoni governi" (c.d. *yardstick competition*), e di ottenere possibili guadagni di efficienza (c.d. efficienza allocativa).

Quanto alla mobilità interregionale (su cui v. Report Osservatorio GIMBE n. 3/2018, *La mobilità sanitaria interregionale nel 2017*, Bologna, luglio 2018), tra i tanti profili di interesse, la riflessione costituzionalistica ha costantemente rimarcato la necessità di conciliare la differenziazione su base territoriale, con il principio di eguaglianza e la garanzia dell'unità e indivisibilità della Repubblica, focalizzando pertanto l'attenzione sull'istituto dei LEA, sui poteri sostitutivi statali e sugli interventi perequativi. La letteratura al riguardo è vastissima. *Ex multis*, v. almeno AA.VV., *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution*, a cura di R. Balduzzi, Milano 2004; L. TRUCCO, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni tra politiche legislative e Corte costituzionale*, in AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, a cura di E. Cavasino, G. Scala, G. Verde, Napoli 2013, 103 ss.; M. BELLETTI, *I "livelli essenziali delle prestazioni" alla prova del "coordinamento della finanza pubblica". Alla ricerca della "perequazione" perduta*, in AA.VV., *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, a cura di M. Sesta, Rimini 2014, 101 ss.

Nonostante la previsione nel diritto positivo di questi strumenti, a causa del concomitante operare di vari fattori – tra i quali non può non rammentarsi la lunga e irresponsabile inerzia statale nella definizione dei LEA – permangono a tutt'oggi profonde differenze ed iniquità nei livelli e nelle forme di tutela del diritto costituzionale dalla salute sul territorio repubblicano, segno inequivocabile, confermato anche dall'incremento della mobilità sanitaria interregionale, della permanenza di ataviche e insuperate diseguaglianze.

Si tratta di questioni estremamente note e complesse, che non possono essere compiutamente affrontate in questa sede. Non si può però non evidenziare la stringente attualità del tema, non solo a seguito della grave crisi economico-finanziaria scoppiata del 2008, con importanti ricadute anche nell'ambito *de quo*, ma anche delle più recenti iniziative relative al regionalismo differenziato *ex art. 116, co. 3 Cost.* Con particolare riferimento alla materia sanitaria, si rinvia a R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *RivistaAic.it*, n. 2/2019.

<sup>45</sup> L'analisi sarà limitata alla sola mobilità all'interno dell'UE, regolata da fonti interne ed europee; per la mobilità extraeuropea, si v. G. BOGGERO, *Gli ostacoli alla mobilità sanitaria transfrontaliera in Italia*, in *Corti supreme e salute*, n. 2/2018, 377 ss.

## 6. *La mobilità extrafrontaliera per l'accesso a prestazioni sanitarie negli Stati membri dell'UE*

La Direttiva 2011/24/UE<sup>46</sup>, recepita in Italia con d.lgs. n. 38/2014, si propone, sulla scorta di una già copiosa giurisprudenza europea in materia<sup>47</sup>, di agevolare l'accesso ad un'assistenza sanitaria sicura e di qualità in uno Stato membro diverso da quello di residenza del paziente. A tal fine, è previsto il superamento della previgente regola dell'autorizzazione preventiva alla mobilità sanitaria, rilasciata dallo Stato di origine, che sarà comunque tenuto a rimborsare le spese sostenute all'estero. In particolare, l'intento di fondo perseguito dal legislatore comunitario con l'approvazione della direttiva in parola è quello di attenuare, almeno in linea di principio, la possibilità degli Stati membri di ostacolare la mobilità sanitaria dei propri cittadini all'interno del territorio dell'Unione e di impedire l'accoglimento di altri cittadini europei ai fini dell'accesso ai servizi sanitari<sup>48</sup>. In ciò può rinvenirsi un'ulteriore conferma dello stretto legame tra la libertà di circolazione nell'UE e la tutela della salute, che ha connotato, fin dalle origini, l'impegno eurounitario in materia sanitaria e dal quale sono scaturiti precisi obblighi negativi e positivi in capo agli Stati membri<sup>49</sup>.

Nel valutare l'effetto conformativo di questa direttiva sui sistemi sanitari nazionali, è d'uopo evidenziare che, come più volte ribadito all'interno dello stesso atto comunitario, gli Stati membri restano gli unici responsabili dell'erogazione di prestazioni e servizi sanitari e della garanzia di un'assistenza sanitaria adeguata nel proprio territorio nazionale; e,

<sup>46</sup> Direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera, in GU L 88 del 4 aprile 2011.

La disciplina ivi contenuta si affianca e non sostituisce quella di cui ai regolamenti n. 883/2004/CE e n. 987/2009/CE; sui rispettivi ambiti di applicazione cfr. G. COSMELLI, *Il recepimento della direttiva 2011/24/UE sull'assistenza sanitaria transfrontaliera in ottica comparata: percorsi attuativi, opportunità, prospettive*, in AA.VV., *L'assistenza sanitaria transfrontaliera*, cit., 72 ss.

<sup>47</sup> Compiutamente analizzata da M. TRESKA, *L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea sulla mobilità sanitaria: dal caso Grogan al caso Petru*, in AA.VV., *L'assistenza sanitaria transfrontaliera*, cit., 153 ss.

<sup>48</sup> D. MORANA, *op. cit.*, 3 e 8

<sup>49</sup> Inoltre, la direttiva promuove, a beneficio dei cittadini dell'UE, la cooperazione transfrontaliera in materia di assistenza sanitaria per quanto riguarda le prescrizioni, l'assistenza sanitaria online (*eHealth*), le malattie rare e le valutazioni delle tecnologie sanitarie.

pertanto, sul versante delle posizioni giuridiche soggettive, dalla direttiva non scaturisce alcun nuovo diritto individuale ad ottenere prestazioni in ambito sanitario. Ciò si evince ancora più chiaramente analizzando le disposizioni sul rimborso dei costi dell'assistenza sanitaria transfrontaliera e quelle relative alla possibile subordinazione della mobilità ad autorizzazione preventiva. Ai sensi dell'art. 7, par. 4, della direttiva, i costi relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera sono rimborsati in misura corrispondente a quanto il sistema sanitario nazionale avrebbe sopportato se l'assistenza sanitaria fosse stata prestata nello Stato membro di affiliazione, senza che tale copertura superi il costo effettivo dell'assistenza ricevuta<sup>50</sup>. Ma soprattutto, sono oggetto di rimborso le sole spese sostenute per prestazioni sanitarie comprese nel novero dei trattamenti che lo Stato di affiliazione già garantisce ai propri cittadini (art. 7, par. 1) e nella misura massima prevista dalla normativa nazionale<sup>51</sup>. Ciò è ancora più chiaramente esplicitato nell'atto interno di recepimento, ove si precisa che i costi sostenuti per l'assistenza sanitaria transfrontaliera sono rimborsati «se e nella misura in cui la prestazione erogata sia compresa nei Livelli Essenziali di Assistenza» (art. 8, co. 1 del D. lgs. n. 38/2014).

Ne consegue che, diversamente da quanto paventato o auspicato, attraverso la mobilità transfrontaliera non è possibile accedere a prestazioni non riconosciute all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali, nel quale caso – e salvo le conseguenze derivanti dalla violazione di divieti previsti dalle legislazioni nazionali – l'onere finanziario della prestazione resta totalmente a carico del cittadino; il che si concreta anche allorquando il paziente non sia autorizzato alla mobilità. In quest'ultimo caso e pur trattandosi di ipotesi eccezionali rispetto alla regola della non necessità dell'autorizzazione preventiva, è la stessa direttiva europea che consente

<sup>50</sup> L'articolo 7, par. 9, autorizza gli Stati membri a limitare l'applicazione delle norme sul rimborso dell'assistenza sanitaria transfrontaliera – anche qualora sia stata concessa l'autorizzazione – «per motivi imperativi di interesse generale», quali quelli riguardanti l'obiettivo di assicurare, nel territorio dello Stato membro interessato, la possibilità di un accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure di elevata qualità o alla volontà di garantire il controllo dei costi e di evitare, per quanto possibile, ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane. Al par. 11 si stabilisce però che tali limitazioni devono essere necessarie e proporzionate e non possono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o un ostacolo ingiustificato alla libera circolazione.

<sup>51</sup> Sono escluse alcune prestazioni espressamente indicate: i servizi nel settore dell'assistenza di lunga durata; l'assegnazione e l'accesso agli organi ai fini dei trapianti d'organo; e, ad eccezione del capo IV, i programmi pubblici di vaccinazione contro le malattie contagiose.

agli Stati membri di introdurre la previa autorizzazione<sup>52</sup>, in particolare per l'assistenza sanitaria soggetta a esigenze di pianificazione e purché, come già specificato nella giurisprudenza comunitaria, ciò sia necessario e ragionevole e il sistema sia basato su criteri oggettivi e non discriminatori<sup>53</sup>.

In queste precisazioni paiono scorgersi echi di questioni affrontate anche dalla giurisprudenza costituzionale italiana<sup>54</sup>, le quali inducono a

<sup>52</sup> La stessa direttiva, riprendendo quanto già stabilito nel Regolamento 883/2004/CE, prevede anche i casi in cui l'autorizzazione non può essere negata ovvero quando il paziente non può essere curato nel Paese di origine entro un termine giustificabile dal punto di vista clinico, sulla base di una valutazione medica oggettiva dello stato di salute del paziente, dell'anamnesi e del probabile decorso della sua malattia, dell'intensità del dolore e/o della natura della sua disabilità al momento in cui la richiesta di autorizzazione è stata fatta o rinnovata, o se il trattamento non è disponibile nel proprio Paese ma rientra nell'offerta di assistenza sanitaria cui un cittadino ha diritto in base alla legislazione vigente (art. 8, co. 5).

<sup>53</sup> CGEU, *Analir e altri*, C-205/99, punti 35-38; *Smits e Peerbooms*, C-157/99, punti 80-90.

<sup>54</sup> La Corte costituzionale ha più volte rammentato che la libertà di scelta terapeutica (scelta del medico e del luogo di cura) va temperata con ragioni organizzative e finanziarie, v. sent. n. 247/1992, relativa a una legge regionale che non prevedeva un rimborso integrale della spesa per prestazioni sanitarie ospedaliere ottenute all'estero; che l'ammissione all'assistenza indiretta ha carattere eccezionale, la quale ne giustifica l'autorizzazione preventiva, salvo il caso di indispensabilità e urgenza, v. sentt. nn. 267/1998; 509/2000 e 248/2011; in quest'ultima si precisa che la «libertà di scegliere da parte dell'assistito chi chiamare a fornire le prestazioni sanitarie non comporta, affatto, una libertà sull'*an* e sull'esigenza delle prestazioni (ciò che giustifica la previsione di poteri di controllo, indirizzo e verifica delle regioni e delle unità sanitarie locali e dunque il persistere del sistema autorizzatorio)». Ma soprattutto si v. sent. 309/1999, con la quale la Corte costituzionale ha riconosciuto il diritto al rimborso delle spese sanitarie sostenute all'estero da cittadini italiani in stato di indigenza e che si trovino temporaneamente (anche per motivi diversi dal lavoro e/o studio) nel territorio di Stati esteri nei quali non è loro garantita alcuna forma di assistenza sanitaria gratuita. Va precisato che la q.l.c. decisa con la sentenza in parola non riguardava i cittadini soggiornanti in uno Stato membro della Comunità europea o appartenente allo Spazio economico europeo per i quali era già assicurata completa copertura dal diritto comunitario e dalle norme di diritto interno. Nella sent. n. 309/1999 la Consulta ha precisato che è rimessa alla discrezionalità del legislatore definire «il livello di tutela da accordare all'indigente all'estero (...). Così come, d'altronde, spetta al legislatore adottare le cautele e gli accorgimenti idonei a far sì che il diritto alle cure gratuite per l'indigente all'estero non trasmodi in un diritto dei cittadini di rifiutare le cure offerte in Italia dal servizio sanitario nazionale e di scegliere liberamente lo Stato nel quale curarsi a spese della collettività».

Di fronte alla domanda di estendere ulteriormente questo diritto anche a chi non versi in condizione di indigenza, la Corte costituzionale ha puntualizzato che «alla stregua dell'art. 32 Cost., non può essere affermato in modo assoluto il principio secondo il quale, in caso di gravità della malattia e di urgenza dell'intervento terapeutico, il costo di

riflettere meglio sulle sistema dell'autorizzazione preventiva<sup>55</sup> e sulle finalità che con essa si perseguono. Prima di ciò va però ribadito che la direttiva europea non fonda, né lascia minimamente prefigurare la formazione di un sistema sanitario europeo. La prospettiva in cui essa si colloca resta quella della libera circolazione delle persone ed, infatti, l'obiettivo precipuo della stessa è non già quello di riconoscere diritti, quanto propriamente quello di regolare la mobilità<sup>56</sup>. La dimensione del diritto alla salute ivi rilevante è non già quella sociale, quanto quella di libertà di scelta terapeutica, intesa come libertà di scelta del luogo di cura, anche se, pure a quest'ultimo riguardo, è necessario fare delle puntualizzazioni. L'effettiva libertà di scegliere il luogo di cura e, dunque di spostarsi fuori dai confini nazionali, è, infatti, limitata in un duplice senso: è riconosciuta solo a chi ha titolo per ricevere cure nello Stato di appartenenza e, soprattutto, spetta soltanto a chi «è in grado di anticipare i costi» della mobilità<sup>57</sup>.

Non si può pertanto non concordare con quanti hanno denunciato un persistente approccio “mercantilistico” anche nella direttiva sulle cure transfrontaliere e una fuorviante assimilazione dei pazienti a consumatori di servizi<sup>58</sup>. Pur tuttavia – e ferma restando l'assoluta inappropriatezza della qualificazione del fenomeno della mobilità sanitaria come “turismo sanitario” – sembra altrettanto eccessivo rimarcare l'insufficienza della

quest'ultimo deve essere rimborsato pure a coloro che non si trovino in una condizione di indigenza anche in senso relativo» (sent. n. 509/2000).

<sup>55</sup> L'art. 9 co. 2, lett. a) del d. lgs. n. 38/2014 precisa che l'ASL territorialmente competente sottopone ad autorizzazione preventiva le prestazioni di assistenza sanitaria transfrontaliera solamente allo scopo «di garantire il controllo dei costi e di evitare, per quanto possibile, ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane», e purché esse prevedano alternativamente «il ricovero [...] per almeno una notte» oppure «l'utilizzo di un'infrastruttura sanitaria o di apparecchiature mediche altamente specializzate e costose, comprese quelle utilizzate nella diagnostica strumentale»; comunque, il successivo co. 6 dispone che l'ASL può negare l'autorizzazione quando la prestazione può mettere in pericolo la sicurezza del paziente oppure essa può essere svolta nel territorio nazionale in tempo «giustificabile dal punto di vista clinico». L'individuazione puntuale delle prestazioni di cui alla lettera a) è contenuta nel D.M. 16 aprile 2018, n. 50.

<sup>56</sup> Del resto la principale base giuridica della stessa è l'art. 114 TFUE, sul ravvicinamento delle legislazioni che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno.

<sup>57</sup> C. GIUNTA, *L'impatto della direttiva sull'assistenza sanitaria transfrontaliera in Italia: il d.lgs. n. 38/2014 tra attuazione, rinvii ed impegni all'attuazione*, in AA.VV., *L'assistenza sanitaria transfrontaliera*, cit., 65.

<sup>58</sup> N. VETTORI, *Persona e diritto all'assistenza*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2016, 320 ss.; L. BUSATTA, *op.cit.*, 273.

tutela apprestata al diritto alla salute in ambito eurounitario, che si desumerebbe anche dalla direttiva in parola, con la quale l'UE, nonostante i proclamati sforzi in tal senso, non sarebbe riuscita ad aprirsi un ulteriore varco nel cammino della garanzia dei diritti tale da condurla anche ai diritti sociali. Invero, *de iure condito*, anche sul versante della tutela della salute, le competenze conferite all'Unione in materia sono *a priori* delimitate dai trattati<sup>59</sup>. Né eventuali (ed auspicabili?) modifiche di questi in altra direzione – nel senso di attribuire alle istituzioni europee più ampie competenze in materia di salute umana con la possibilità di riconoscere il diritto di tutti i cittadini europei di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dal diritto dell'UE – possono far dimenticare che l'effettività dei diritti sociali a prestazione è condizionata alla loro attuazione e, più precisamente, alla effettiva disponibilità di strutture organizzative deputate ad erogare l'assistenza medica; e, ad oggi, non sembra prefigurabile che strutture, personale e risorse per la sanità possano che essere reperite prescindendo dalla disponibilità in tal senso da parte degli Stati membri.

Anche se (e nei limiti appena puntualizzati) la direttiva 2011/24 sulla mobilità transfrontaliera investe il diritto alla salute nella sua specifica declinazione di “libertà” di scelta terapeutica, non può non rimarcarsi come la dimensione individuale abbia anche significative ricadute su quella sociale del medesimo diritto<sup>60</sup>. Più precisamente, sebbene l'entità del rimborso accordato dallo Stato “di partenza” equivalga a quanto esso avrebbe dovuto pagare ugualmente se la prestazione fosse stata erogata sul territorio nazionale e benché la mobilità transfrontaliera non allarghi l'offerta sanitaria interna, la decisione individuale di usufruire di cure all'estero ha comunque un impatto sul sistema sanitario di appartenenza e, in ispecie su quello italiano, basato sulla copertura dei costi con la fiscalità generale e fondato su prestatori di servizi a carattere prevalentemente pubblico.

Non dissimilmente da quanto più volte evidenziato in relazione alla mobilità interregionale<sup>61</sup> anche in quella transfrontaliera si rinvergono aspetti di problematicità quanto alla tenuta del principio di solidarietà e alla funzione redistributiva tipica dei diritti sociali. In effetti, l'incrementarsi del fenomeno<sup>62</sup>, pur rafforzando l'immagine di un cittadino europeo

<sup>59</sup> T.K. HERVEY, J.V. MCHALE, *European Union Health Law*, Cambridge 2015, 60.

<sup>60</sup> Cfr. A. SANTUARI, *Il diritto (transfrontaliero) alla salute e la crisi del Welfare State*, in *Riv. dir. sic. soc.*, n. 4/2016, 659 ss.

<sup>61</sup> V. *retro* nota n. 44.

<sup>62</sup> Come si evince dalla Relazione della Commissione sul funzionamento della diret-

che gode di più opportunità spostandosi liberamente sul territorio dell'Unione, produce l'effetto paradossale di ridurre, invece di incrementare, le possibilità di scelta dei pazienti e le riduce a danno dei più bisognosi, coloro che non possono spostarsi oltrefrontiera, non potendo anticipare i costi, così finendo per allargare la forbice dell'inequità nell'accesso alle cure<sup>63</sup>. Inoltre, una massiccia mobilità transfrontaliera, lungi dal ridurre le differenze e spingere a superare le inefficienze di alcuni territori, potrebbe accentuarle, in quanto la scelta di curarsi all'estero, come già detto, ha comunque delle ricadute – fosse “solo” sul piano organizzativo – sia per i sistemi sanitari “di arrivo”, che devono essere in grado di accogliere anche gli stranieri, sia per quelli di “partenza”<sup>64</sup>, i quali, rimborsando spese sostenute dal proprio cittadino all'estero, perdono risorse che potrebbero essere destinate al miglioramento dei servizi sanitari forniti sul territorio di prossimità e, quindi, anche a favore di chi non può (o non vuole) spostarsi. Si rischia pertanto così di cadere in un circolo vizioso, per cui Stati inefficienti, che costringono i propri cittadini a spostarsi in altri territori, restano tali perché perdono risorse disponibili<sup>65</sup>.

#### 6. *Minime considerazioni conclusive sulle frontiere mobili del diritto alla salute e sui confini territoriali*

Come eloquentemente sostenuto il soddisfacimento dei bisogni di salute costituisce «la *frontiera* più esposta, immediata e *vitale*, nella percezione individuale, dell'effettivo godimento dei diritti sociali e dunque, in definitiva, dell'appartenenza ad una comunità: in altre parole, si è in

tiva 2011/24/UE, Bruxelles, 21.9.2018 COM(2018) 651 final, redatta ai sensi art. 20 della stessa, al momento, la mobilità transfrontaliera ha dimensioni ancora modeste; nel 2016 la spesa per l'assistenza sanitaria transfrontaliera sostenuta nell'UE è rimasta stabile rispetto agli anni precedenti e pertanto l'impatto prodotto sui bilanci nazionali per la sanità dai pazienti che desiderano accedere all'assistenza sanitaria transfrontaliera risulta marginale.

<sup>63</sup> Senza contare che, come opportunamente evidenziato da A. PAPA, *op.cit.*, 96, per l'individuo o, comunque, per alcuni non è indifferente curarsi nel proprio territorio o altrove, vicino ai propri affetti, parlando la propria lingua...

<sup>64</sup> *Ibidem.*

<sup>65</sup> Si potrebbe allora ipotizzare che ciò incrementi una virtuosa concorrenza “al rialzo”, ipotesi plausibile e ricorrentemente richiamata. Chi scrive non è in grado di compiere una simile valutazione, sia consentito solo esprimere qualche dubbio sull'appropriatezza della logica concorrenziale in ambito sanitario. Che vi sia un mercato sanitario è senz'altro innegabile; che questo debba essere l'approccio assunto dal decisore pubblico è quantomeno discutibile.

presenza di un tassello ineludibile per una cittadinanza sociale che superi i *confini nazionali*»<sup>66</sup>.

Condividendo queste affermazioni, si vuole rimarcare che queste frontiere proprio perché “vitali” e quindi intimamente connesse alle concrete esperienze personali, sono mobili e destiate a spostarsi seguendo quel flusso. E però pur vero che il contenuto potenzialmente inesauribile che il diritto alla salute potrebbe assumere, se declinato come diritto al benessere individuale, espone al rischio di una vera e propria deriva soggettivistica della concezione di salute, ben lontana dalla personalizzazione e individualizzazione delle cure, dall’alleanza terapeutica nella relazione medico-paziente, dall’attenzione alla persona concreta nella sua unicità e complessità, che invece sono le direttrici ricavabili dai principi costituzionali.

Parimenti, la tendenza all’espansione della nozione giuridica di salute – che non può essere infinita, come più volte precisato – esprime un’ulteriore esigenza che investe il piano più ampio delle politiche pubbliche; quella tendenza suggerisce infatti di guardare ben oltre l’ambito sanitario strettamente inteso e di estendere l’intervento pubblico ad altri settori ad esso contigui (ambiente, istruzione, sessualità, alimentazione, sport...), nella consapevolezza dell’utilità di guardare anche ai determinanti sociali della salute e con l’intento di ridurre i fattori di marginalizzazione ed esclusione sociale<sup>67</sup>. Infatti, è noto che l’idea di salute viene modellata dal contesto socio-culturale di riferimento, dipendendo da molte variabili quali, in particolare, il genere di appartenenza, l’orientamento sessuale, i convincimenti morali e la fede religiosa, e in misura oltremodo determinante, dipende dalle condizioni sociali ed economiche dei pazienti<sup>68</sup>; “lavorare” anche su questi determinanti sociali, evidentemente ha delle ricadute anche sul bene salute tutelato dall’ordinamento costituzionale nelle sue poliedriche dimensioni.

Da ultimo e in linea di perfetta continuità con quanto appena detto, non si può non evidenziare che è la rete relazionale (*in primis*, familiare) dell’individuo quella che influisce anche su scelte in ambito terapeutico<sup>69</sup>. Se questa rete, e nonostante l’ampliata possibilità di spostarsi, ha ancora una dimensione territoriale, ciò induce a riportare i riflettori su questa,

<sup>66</sup> D. MORANA, *Diritto alle cure e mobilità sanitaria nell’Unione europea*, cit., 4.

<sup>67</sup> Cfr. N. VETTORI, *op. cit.*, 323 ss.; L. BUSATTA, *op. cit.*, 248 ss.

<sup>68</sup> I. CAVICCHI, *L’uomo inguaribile. Il significato della medicina*, Bologna 1998, 55.

<sup>69</sup> E. LONGO, *Le relazioni come fattore costitutivo dei diritti sociali*, in questa *Rivista*, n. 1/2014, 71 ss.

nella consapevolezza che se la mobilità è una opportunità, essa non può neppure considerarsi un fenomeno fisiologico<sup>70</sup>.

C'è infine da domandarsi se non costituisca una trasfigurazione della rilevata dimensione territoriale della salute, cure e assistenza sanitaria, la tendenza a rimarcare i confini e a limitare la mobilità sanitaria in nome di una declamata identità nazionale, che sarebbe compromessa irreparabilmente dalla mobilità nell'accesso a prestazioni sanitarie, dall'apertura dei sistemi nazionali anche a pratiche, lontane dal contesto culturale italiano, le quali pur necessitano di competenze specialistiche. Il rischio è che dietro questa tendenza a rimarcare i confini – operazione non indiscriminatamente irragionevole – possano celarsi null'altro che egoismi e ragioni meno nobili dell'esigenza di preservare la specifiche identità culturali di una comunità nazionale. In fondo, sospetti altrettanto forti e non dissimili possono avanzarsi pure nei riguardi di recenti rivendicazioni di maggiori «spazi di autonomia»<sup>71</sup> anche in ambito sanitario, in relazione all'attuazione dell'art. 116, co. 3, Cost., che stanno suscitando un dibattito ampio ed articolato sulle forme e i limiti del c.d. regionalismo differenziato, nel quale paiono scorgersi ancora chiari segnali di persistenza di meri egoismi territoriali.

<sup>70</sup> Così A. PAPA, *op. cit.*, 96.

<sup>71</sup> Sull'ambiguità di tale locuzione, R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *op. cit.*, 2, in part. nota n. 3.



DALLA FORMULAZIONE ASTRATTA  
ALLE CONSEGUENZE DI SISTEMA:  
RIFLESSIONI ATTORNO ALLA PROPOSTA  
DI REVISIONE COSTITUZIONALE IN MATERIA DI  
INIZIATIVA LEGISLATIVA POPOLARE E REFERENDUM

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive in ordine ai rapporti tra democrazia partecipativa e rappresentativa – 2. La proposta di modifica riguardante gli articoli 71 e 75 della Costituzione sotto la lente d'ingrandimento – 3. Dal particolare al generale: una valutazione tra passato e presente dei “pericoli di sistema” derivanti dalle attuali proposte di revisione costituzionale.

1. *Considerazioni introduttive in ordine ai rapporti tra democrazia partecipativa e rappresentativa*

Alla nozione di “popolo” si fa comunemente corrispondere il complesso delle persone di un medesimo paese che, avendo origine, lingua, tradizioni religiose e culturali, istituti, leggi e regole comuni, sono costituiti in una collettività<sup>1</sup>. La terminologia giuridica accoglie una nozione parzialmente differente, individuando nel popolo l'insieme degli individui a cui sono attribuiti i diritti di cittadinanza nello Stato<sup>2</sup>. I Padri Costituenti, all'indomani del ventennio fascista, scelsero di valorizzare il ruolo del popolo sin dall'apertura della Carta costituzionale riconoscendogli la sovranità (art. 1, secondo comma, Cost.)<sup>3</sup>; preme in questo senso ricor-

<sup>1</sup> Enciclopedia Treccani, consultazione *online*.

<sup>2</sup> S.M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Torino 2017, 4. Secondo quanto scritto da Vezio Crisafulli, ogni Stato determina, sia pure in modo implicito, quali sono i soggetti che formano il suo “popolo” (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova 1979, 60). Come è noto il popolo è altresì riguardato, nella sua riduzione normativistica, quale “sfera personale” di validità del sistema normativo (H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), III ed. it., Milano 1959, 260 ss.).

<sup>3</sup> Accanto a tale enunciazione, evidentemente, si pone il principio dell'eguaglianza formale che impone di riconoscere a tutti i cittadini pari dignità sociale e eguaglianza davanti alla legge senza discriminazioni (art. 3, primo comma, Cost.).

dare l'importanza della controversa – quanto centrale – scelta del verbo “appartenere” in luogo di “emanare” valorizzata nelle parole dell'on. Carboni: «A noi sembra (...) che interessi scolpire esattamente il principio dell'appartenenza della sovranità al popolo, di cui il possesso nel popolo è l'aspetto esteriore e consequenziale. La formula “la sovranità appartiene al popolo, che la esercita, ecc.” contiene in sé anche il concetto che essa risiede nel popolo. Quando avremo fissato nella Costituzione il principio dell'appartenenza, avremo stabilito non solo che la sovranità è del popolo, ma anche – implicitamente ma necessariamente – che nel popolo essa risiede»<sup>4</sup>.

Come noto, alla valorizzazione del popolo quale soggetto titolare della sovranità, ha tuttavia corrisposto il riconoscimento di un limitato ruolo nei processi di produzione normativa, confinato, prevalentemente, nella previsione dell'iniziativa legislativa popolare e nello strumento referendario: la sovranità, di norma, è esercitata del popolo indirettamente attraverso gli organi cui la Costituzione stessa attribuisce la rappresentanza. Tale rapporto emerge con chiarezza nelle parole dell'on. Moro nel corso della discussione intorno alla redazione del futuro art. 1, secondo comma, Cost.: «serve bene a individuare l'appartenenza della sovranità in senso lato, cioè l'esercizio dei poteri politici, dei poteri di direzione della cosa pubblica in un regime democratico a tutti i cittadini, che sono, in quanto popolo, in condizioni fondamentali di eguaglianza nell'esercizio di questi poteri ed hanno la possibilità di determinare, mediante il loro intervento, la gestione della cosa pubblica nel senso più conforme all'interesse collettivo»<sup>5</sup>. È dunque in questa partecipazione che si sostanzia «un primo aspetto della democrazia italiana, la quale realizza (...) attraverso la forma parlamentare, il suo carattere di democrazia (...) esercitata nelle forme e nei limiti della Costituzione e delle leggi»<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Seduta pomeridiana dell'Assemblea costituente del 22 marzo 1947.

Merita menzione anche l'intervento dell'on. De Vita teso all'utilizzo della frase “la sovranità risiede nel popolo”: «Questa espressione a me pare la migliore, perché significa che la sovranità permane nel popolo, mentre invece la locuzione “la sovranità emana dal popolo” sta a significare che la sovranità è bensì generata dal popolo, ma una volta generata si distacca da esso» (Assemblea costituente, seduta del 13 marzo 1947).

<sup>5</sup> Assemblea costituente, seduta del 13 marzo 1947.

<sup>6</sup> *Idem*. Su quest'ultimo punto l'on. Ruini aveva già precisato che: «Nell'affermare la sovranità popolare, il progetto pone anche, inscindibilmente, il concetto dello Stato di diritto, in quanto ogni esplicazione di sovranità e di potere deve avvenire nelle forme della Costituzione e delle leggi. E il popolo stesso si dà Costituzione e leggi; non vi è dunque nello Stato di diritto alcuna menomazione della sovranità popolare» (Assemblea costituente, seduta del 12 marzo 1947).

Così affermato, gli strumenti di partecipazione popolare alla vita democratica del Paese si affiancano e si compenetrano con gli istituti di democrazia rappresentativa: in questo senso la giurisprudenza costituzionale ha chiaramente osservato che «l'articolo 1 della Costituzione, nello stabilire, con formulazione netta e definitiva, che la sovranità “appartiene” al popolo, impedisce di ritenere che vi siano luoghi o sedi dell'organizzazione costituzionale nella quale essa si possa insediare esaurendovisi. Le forme e i modi nei quali la sovranità del popolo può svolgersi, infatti, non si risolvono nella rappresentanza, ma permeano l'intera intelaiatura costituzionale»<sup>7</sup>.

In questo dualismo tra esercizio diretto e indiretto della sovranità<sup>8</sup> si colloca il centrale – e mai sopito – dibattito tra democrazia rappresentativa e partecipazione popolare, tra strumenti del diritto parlamentare e istituti referendari, tornato di recente in auge con la proposta di legge costituzionale recante «Disposizioni in materia di iniziativa legislativa popolare e referendum»<sup>9</sup>.

La presentazione del progetto di revisione, nonché l'interesse alla modifica degli articoli 71 e 75 della Costituzione manifestato anche nel corso delle legislature precedenti<sup>10</sup>, mostra l'attualità delle riflessioni

In argomento autorevole dottrina ha affermato che «in qualunque definizione di democrazia *appropriata* al concetto ai cittadini è attribuita una funzione attiva nelle decisioni che li riguardano. In tutte le altre forme di governo si è *attivati*, in democrazia ci si deve poter *attivare*. Le forme e i limiti di questa attivazione possono essere diversi, ma essa è la condizione senza la quale è improprio parlare di democrazia» (G. ZAGREBELSKY, *L'essenza della democrazia*, in *www.paroledigiustizia.it*, 2010, 1).

<sup>7</sup> Corte cost. sent. n. 106 del 2002.

<sup>8</sup> Parte della dottrina guarda al referendum come a un istituto di “democrazia partecipativa”: «diretta è la democrazia che non contempla mediazioni, nella quale la decisione popolare è propriamente im-mediata; è la democrazia nella quale regna l'isegoria e – dunque – tutti i cittadini hanno pari diritto di parola e di emendamento (...). Nel referendum la mediazione, invece, è presente a ogni passo: nella decisione sull'an, sul quomodo e sul quando, nella strategia della campagna referendaria, nell'interpretazione del voto» (M. LUCIANI, *Iniziativa legislativa e referendum, le proposte di revisione costituzionale*, intervento alla Tavola Rotonda AIC, Roma, 1° marzo 2019, in *Osservatorio AIC*, fasc. 1-2, 2019, 12 aprile 2019, 202. È una riflessione che lo stesso Autore ha sviluppato più ampiamente in un precedente lavoro: M. LUCIANI, *Articolo 75 – il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna 2005, 128 ss.).

<sup>9</sup> A.C. 1173, approvato dalla Camera dei deputati in prima lettura e successivamente trasmesso al Senato della Repubblica il 21 febbraio 2019 (A.S. 1089).

<sup>10</sup> Si ricorda che l'interesse alla modifica degli istituti riguardanti la partecipazione popolare, attraverso una revisione degli artt. 71 e 75 Cost., è stato manifestato anche nel corso delle legislature XI, XII, XIII, XVI e XVII.

concernenti le modalità di esercizio dell'iniziativa legislativa popolare e dello strumento referendario. In altri termini, la conferma di un forte interesse parlamentare attorno agli strumenti di partecipazione popolare alla vita democratica del Paese comporta la necessità di analizzare il progetto di revisione attraverso un duplice angolo visuale: astratto-letterale, procedendo a un'analisi critica delle principali modifiche in esso contenute, a cui si affianca un'analisi sistematico-generale propedeutica al tentativo di comprendere i presumibili effetti sull'impianto costituzionale di un'eventuale approvazione delle proposte attualmente in discussione al Senato.

In particolare nel testo di riforma costituzionale approvato dal Parlamento il 12 aprile 2016 (c.d. riforma Renzi-Boschi), era contenuta una modifica dell'art. 71 Cost. che prevedeva l'aumento del numero delle sottoscrizioni necessarie per la presentazione di una proposta d'iniziativa popolare a 150.000, da discutere e deliberare secondo tempi, forme e limiti stabiliti dai regolamenti parlamentari.

Con riguardo al *referendum* abrogativo, lo stesso testo prevedeva che, nel caso in cui venisse raccolto un numero di firme pari o superiore a 800.000, il *quorum* costitutivo fosse ridotto, risultando raggiunto qualora alla votazione avessero preso parte la maggioranza degli elettori che avevano partecipato all'ultima elezione della Camera dei deputati e se fosse stata raggiunta la maggioranza dei voti validamente espressi.

Infine la medesima proposta, sulla quale l'esito del *referendum* costituzionale del 4 dicembre 2016 non è stato favorevole, prevedeva che: «al fine di favorire la partecipazione dei cittadini alla determinazione delle politiche pubbliche, la legge costituzionale stabilisce condizioni ed effetti di *referendum* popolari propositivi e d'indirizzo, nonché di altre forme di consultazione, anche delle formazioni sociali».

Sul tentativo di modifica degli istituti di partecipazione popolare nel corso della XVII legislatura, v. L. IMARISIO, *Gli istituti di partecipazione e di democrazia diretta*, in AA. VV., *La riforma respinta (2014-2016). Riflessioni sul d.d.l. costituzionale "Renzi-Boschi"*, Bologna 2017, 229-241; P. COSTANZO, *Quale partecipazione popolare nel d.d.l. di riforma costituzionale (c.d. Renzi-Boschi)*, in *Forum sul d.d.l. costituzionale "Renzi-Boschi"*, in P. COSTANZO, A. GIOVANNELLI, L. TRUCCO (a cura di), Torino 2016, 14 ss.; E. LAMARQUE, *Il referendum abrogativo e l'iniziativa legislativa popolare*, in F.S. MARTINI, G. SCACCIA (a cura di), *Commentario alla riforma costituzionale del 2016*, Napoli 2016, 172 ss.; E. ROSSI, *Una costituzione migliore? Contenuti e limiti della riforma costituzionale*, Pisa 2016, 157-161.

In ordine alla proposta approvata durante la XIII legislatura dalla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali (c.d. Commissione D'Alema), che prevedeva l'indizione di un *referendum* propositivo sull'iniziativa legislativa popolare presentata da almeno 800.000 elettori, qualora la Camere non avessero deliberato entro due anni dalla sua presentazione, v. P. OLIMPIERI, *Il referendum deliberativo*, in G. AZZARITI (a cura di), *Quale riforma della Costituzione?*, Torino 1999, 29 ss.; G.L. CONTI, *La disciplina dei referendum approvativi eventuali di cui all'art. 97*, in P. CARETTI (a cura di), *La riforma della Costituzione nel progetto della Bicamerale*, Padova 1998, 196 ss.; E. PAPARELLA, *Referendum abrogativo e referendum deliberativo*, in V. ATRIPALDI, R. BIFULCO (a cura di), *La Commissione parlamentare per le riforme della XIII legislatura. Cronaca dei lavori e analisi dei risultati*, Torino 1998, 489 ss.

## 2. La proposta di modifica riguardante gli articoli 71 e 75 della Costituzione sotto la lente d'ingrandimento

Come noto la proposta di revisione prevede, *in primis*, una modifica dell'articolo 71 della Costituzione là dove disciplina l'iniziativa legislativa popolare<sup>11</sup> attualmente consentita ad almeno cinquantamila elettori, con l'unico vincolo – meramente formale<sup>12</sup> – di presentare un progetto redatto in articoli<sup>13</sup>. Mantenendo inalterata quest'ultima formulazione, ciò che il progetto di revisione propone è l'introduzione di una nuova fattispecie di iniziativa popolare per i progetti di legge sottoscritti da almeno 500.000 elettori (c.d. iniziativa “rinforzata”)<sup>14</sup> su cui le Camere sono chiamate a concludere l'esame entro diciotto mesi dalla presentazione. Nulla è invece specificato riguardo al *dies a quo* da cui inizia a decorrere tale termine perentorio: si tratta di un primo profilo problematico, soprattutto considerando la necessità di una puntuale – e non certamente celere – verifica della correttezza nella raccolta delle firme da cui dipende la validità della presentazione del progetto e, soprattutto, la sua qualifica di “iniziativa popolare rinforzata”.

<sup>11</sup> In ordine alla discussa qualificazione dell'iniziativa legislativa popolare come istituto di democrazia diretta v., anche in relazione agli ampi riferimenti bibliografici, A. A. CERVATI, *Articolo 71*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma 1985, 102 ss.

<sup>12</sup> Già nel 1976 Costantino Mortati precisava che l'obbligo di redigere un progetto di legge in articoli costituisca un principio generale applicabile ad ogni atto d'iniziativa legislativa (C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1976, nota 2); è così possibile differenziare le proposte di legge dalle petizioni (G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna 1995, 239).

<sup>13</sup> In argomento anche la recente modifica del Regolamento del Senato a seguito dell'approvazione della riforma del 20 dicembre 2017. Mantenendo ferma la previsione di una procedura accelerata per l'esame dei progetti di iniziativa popolare in sede referente (le Commissioni devono avviarlo entro un mese dal deferimento), il nuovo articolo 74 RS prevede che l'esame in Commissione di tali progetti debba concludersi entro tre mesi dall'assegnazione. Qualora il termine non sia rispettato il progetto viene iscritto d'ufficio nel calendario dei lavori dell'Assemblea e la discussione si svolge sul testo dei proponenti, senza che sia possibile avanzare questioni incidentali ad eccezione di quelle ammesse dalla Presidenza in quanto giustificate da nuovi elementi emersi dopo l'inizio del dibattito.

Una lettura critica delle modifiche apportate al Regolamento del Senato dalla riforma del 20 dicembre 2017 è contenuta in N. LUPO, *La riforma del 20 dicembre 2017 del (solo) regolamento del Senato, nella faticosa ricerca di un'omogeneità regolamentare tra i due rami del Parlamento*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 50, n. 197-198, 2017, 23-45.

<sup>14</sup> Con riguardo alla raccolta delle sottoscrizioni e alle modalità di presentazione delle proposte di iniziativa legislativa popolare, il rinvio è alla legge n. 352 del 1970.

Al netto di tale considerazione, in seguito alla sua presentazione, il “progetto rinforzato” segue strade differenti a seconda del suo percorso parlamentare. Qualora l’esame delle Camere si concluda entro diciotto mesi senza apportare modifiche, o apportandole in misura meramente formale, il procedimento giunge a perfezionamento. Viceversa, qualora la vita parlamentare del progetto rinforzato non si svolga secondo tale linearità, si prevede l’attivazione di una consultazione referendaria (c.d. *referendum* approvativo) che, a seconda delle circostanze, può avviarsi in modo automatico od eventuale.

La prima ipotesi si verifica nei casi di reiezione della proposta da parte delle Camere o di mancata approvazione nel termine di diciotto mesi; la seconda – *referendum* eventuale – potrà essere avviata qualora il Parlamento abbia approvato il progetto popolare con modifiche di carattere non meramente formale<sup>15</sup>. In quest’ultima ipotesi, la possibilità di

<sup>15</sup> La deliberazione dell’Assemblea della Camera dei deputati ha eliminato in prima lettura l’originaria previsione che stabiliva una sorta di “ballottaggio” referendario: nell’ipotesi di approvazione parlamentare di un testo diverso da quello contenuto nell’iniziativa rinforzata, gli elettori avrebbero dovuto indicare una preferenza per il progetto popolare o parlamentare (A.C. 1173).

Procedimento dalle caratteristiche simili è presente nel sistema svizzero, modello assai diverso dall’ordinamento italiano a cui, tuttavia, anche i Costituenti fecero più volte riferimento durante la discussione intorno alla redazione degli articoli 71 e 75 della Costituzione. Nella relazione introduttiva di quello che sarebbe in seguito divenuto l’articolo 75 Cost. l’on. Costantino Mortati afferma: «Il referendum, destinato a sentire il giudizio del popolo su determinate questioni, è più intensamente usato in Svizzera e negli Stati Uniti, che rappresentano i due più importanti sistemi rigidi degli organi fondamentali dello Stato. Ma il ricorso al popolo può essere opportuno anche in regime parlamentare, specialmente in quello di tipo temperato, perché può intervenire utilmente nel risolvere i conflitti fra Governo e Parlamento nel periodo di durata della fiducia accordata a un dato Governo» (seduta della seconda Sottocommissione del 3 settembre 1946).

Nel dettaglio gli artt. 139 e 139b della Costituzione federale della Confederazione Svizzera consentono una sua parziale revisione tramite un’iniziativa popolare – formulata come proposta generica o progetto elaborato – che, per poter essere portata all’attenzione dell’Assemblea federale, deve raccogliere almeno 100.000 sottoscrizioni.

L’Assemblea federale decide preliminarmente se l’iniziativa rispetta o meno i principi di unità della forma e della materia, nonché le disposizioni cogenti del diritto internazionale. Superato tale controllo l’iniziativa è sottoposta al voto popolare ma l’Assemblea federale può contrapporre un altro progetto. In questa ipotesi, a meno che il Comitato dei promotori non ritiri la proposta, l’iniziativa nella sua duplice conformazione (popolare e parlamentare) viene sottoposta al voto del popolo e dei Cantoni.

Qualora la maggioranza dei votanti e dei Cantoni sia favorevole ed entrambi i progetti è determinante la risposta alla c.d. “domanda risolutiva”. Si tratta di un terzo quesito presente sulla scheda in cui i votanti indicano se, nel caso in cui entrambi i progetti risultassero approvati, preferiscono l’iniziativa popolare o il controprogetto presentato

indire la consultazione dipenderà, dunque, da un giudizio riguardo alla tipologia delle innovazioni apportate al testo in sede di discussione parlamentare, valutazione che la proposta di revisione demanda ad un organo terzo<sup>16</sup> da determinarsi con una successiva legge attuativa approvata a maggioranza assoluta<sup>17</sup>. Qualora l'organo qualifichi le modifiche come

dall'Assemblea federale. Entrerà in vigore la proposta che ottiene la maggioranza delle preferenze nella domanda risolutiva (la disciplina delle modalità di voto nell'ipotesi di un controprogetto approvato dal Parlamento è contenuta nell'articolo 76 della Legge federale sui diritti politici).

Per i dovuti approfondimenti riguardo al sistema svizzero, anche in riferimento alle differenze con l'ordinamento italiano, v. C. BOVA, *L'iniziativa legislativa popolare ed il referendum in Italia e Svizzera*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 2007, 1794-1811; A. AUER, *L'esperienza dei referendum in svizzera e negli Stati Uniti*, in *Quad. cost.*, 1990, 463 ss. Più in generale, soprattutto in relazione al diverso modo di concepire l'istituto referendum in Italia e nei sistemi svizzero, tedesco e statunitense, v. A. BALDASSARRE, *Referendum e legislazione*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Referendum: problemi teorici ed esperienze costituzionali*, Roma-Bari 1992, 32 ss.

Lo stesso *dossier* redatto dal Servizio studi del Senato su "Iniziativa legislativa popolare e referendum. Note sul disegno di legge approvato in prima lettura dalla Camera dei deputati" del 6 marzo 2019, fornisce elementi di diritto comparato avendo particolare attenzione al sistema svizzero e californiano ([www.senato.it](http://www.senato.it), 86-95).

<sup>16</sup> È dubbio se la scelta possa ricadere sull'Ufficio Centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione organo a cui spetta il compito di valutare – nell'ipotesi di modifiche legislative che intervengano sulla disciplina oggetto di un *referendum* abrogativo – se la consultazione referendaria debba, o meno, trasferirsi dalla legislazione precedente a quella sopravvenuta sentiti anche i comitati dei promotori. Tale compito, come noto, discende direttamente dalla sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 1978 che ha dichiarato l'illegittimità dell'articolo 39 della l. n. 352 del 1970 «limitatamente alla parte in cui non prevede che se l'abrogazione degli atti o delle singole disposizioni cui si riferisce il referendum venga accompagnata da altra disciplina della stessa materia, senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti, il referendum si effettui sulle nuove disposizioni legislative». Nella stessa sentenza la Corte amplia le funzioni istituzionali dell'Ufficio Centrale per il referendum «chiamato a valutare – sentiti i promotori della corrispondente richiesta – se la nuova disciplina legislativa, sopraggiunta nel corso del procedimento, abbia o meno introdotto modificazioni tali da precludere la consultazione popolare, già promossa sulla disciplina preesistente: trasferendo od estendendo la richiesta, nel caso di una conclusione negativa dell'indagine, alla legislazione successiva».

<sup>17</sup> Oltre all'individuazione di un organo terzo, avente il compito di verificare se il testo approvato dal Parlamento abbia apportato modifiche non meramente formali alla proposta di iniziativa popolare, il progetto di revisione demandata alla futura legge di attuazione, da approvarsi a maggioranza assoluta da parte di entrambe le Camere, la disciplina di ulteriori profili derivanti dalla modifica dell'articolo 71 Cost.: l'eventuale concorso di più proposte di legge d'iniziativa popolare e il loro numero massimo; le procedure per la verifica dei mezzi necessari per fronteggiare nuovi o maggiori oneri anche in relazione al loro eventuale adeguamento da parte dei promotori; le modalità per assicurare la medesima conoscibilità della proposta d'iniziativa popolare e di quella approvata in sede

“non di carattere formale”, ai promotori è riconosciuto il potere, sempre che non rinunzino all’iniziativa, di accettare la nuova formulazione parlamentare o, di contro, di far indire il *referendum* approvativo.

Di là dalla novità di riconoscere ai promotori una funzione costituzionalmente garantita all’interno dell’*iter* legislativo, le problematiche connesse all’individuazione di un discrimine certo tra modifiche formali e non appaiono di tutta evidenza. In primo luogo occorre considerare le fisiologiche difficoltà nel prevedere, con un sufficiente margine di certezza, i possibili risvolti pratici di una disposizione formulata esclusivamente in astratto; in altri termini, un giudizio fondato sulla sola enunciazione letterale presenta un fisiologico limite a monte: l’incapacità di prevederne le possibili applicazioni pratiche una volta che la disposizione venga inserita nell’ordinamento giuridico, con il rischio che una modifica qualificata come formale possa produrre, nei suoi non pienamente prevedibili risvolti applicativi/interpretativi, effetti di natura sostanziale.

In secondo luogo, anche in virtù della riflessione che precede, la decisione dell’organo a cui è demandata la valutazione circa il carattere formale o meno delle modifiche parlamentari potrebbe dar luogo a forti contrasti con il Comitato dei promotori – anche in ragione del considerevole margine di discrezionalità del giudizio – con il conseguente rischio di campagne mediatiche, prima e dopo la decisione, tali da influenzare la terzietà dell’organo anche in relazione ad una possibile futura ripresentazione di progetti simili.

Sul medesimo punto un’ultima considerazione concerne la diversa e poco comprensibile posizione assunta dal Comitato dei promotori dinanzi alla Camere e all’organo terzo: se, nei confronti delle prime, ai promotori è consentito di “forzare” l’approvazione del progetto d’iniziativa popolare tramite l’indizione del *referendum* approvativo<sup>18</sup>, nessun potere

parlamentare; la sospensione del termine previsto per l’approvazione del progetto popolare nell’ipotesi di scioglimento delle Camere; le modalità del giudizio sull’ammissibilità del *referendum* approvativo da parte delle Corti costituzionali su cui si tornerà a breve.

<sup>18</sup> In questo senso la proposta non promuove una logica collaborativa tra corpo elettorale e Parlamento, il primo «è configurato come il supremo decisore del conflitto mediante un referendum che assume caratteri spiccatamente plebiscitari, proprio perché eterodiretto da un comitato promotore. (...) Il parlamento è posto in una posizione di soggezione, non potendo in alcun modo *arrestare* il procedimento specie, se ritiene di dover apportare al testo proposto dal comitato promotore delle modifiche, anche quelle ritenute necessarie per migliorarne i contenuti» (A. MORRONE, *Crisi del parlamentarismo e iniziative*, in *www.federalismi.it*, n. 3, 2019, 15 aprile 2019, 6. Si veda anche, dello stesso Autore e nella medesima Rivista, *Editoriale. L’iniziativa popolare propositiva: per una*

è riconosciuto loro in riferimento alla decisione dell'organo chiamato a giudicare sulla formalità o meno delle modifiche parlamentari (requisito necessario ai fini dell'indizione della chiamata referendaria). Tale subordinazione rispetto alla decisione dell'organo terzo non sembra muoversi nella stessa direzione della centralità che il progetto di revisione attribuisce alla volontà dei promotori e, in senso più ampio, con la competenza riconosciuta ai Comitati dalla giurisprudenza costituzionale nell'ambito dei *referendum* abrogativi «di dichiarare (...) la volontà dei firmatari della richiesta medesima»<sup>19</sup>. Come si avrà modo di specificare a breve, scopo di

*democrazia plebiscitaria contro la democrazia rappresentativa?*, in *www.federalismi.it*, n. 23, 2018).

<sup>19</sup> È noto come sin dalla sentenza n. 69 del 1978, preceduta dall'ordinanza di ammissibilità n. 17 dello stesso anno, la Corte costituzionale abbia qualificato il Comitato dei promotori di un *referendum* abrogativo "potere dello Stato" e, come tale, legittimato a sollevare conflitto di attribuzione ai sensi dell'articolo 134 Cost. In particolare, afferma la Corte: «se "poteri dello Stato", legittimati a proporre conflitto di attribuzione ai sensi dell'articolo 134 della Costituzione, sono anzitutto e principalmente i poteri dello Stato-apparato, ciò non esclude che possano riconoscersi a tale effetto come poteri dello Stato anche figure soggettive esterne rispetto allo Stato-apparato, quanto meno allorché ad esse l'ordinamento conferisca la titolarità e l'esercizio di funzioni pubbliche costituzionalmente rilevanti e garantite, concorrenti con quelle attribuite a poteri di organi statuali in senso proprio. Tale è appunto il caso del gruppo di elettori, in numero non inferiore a 500.000, firmatari d'una richiesta di referendum abrogativo – istituzionalmente rappresentati dai promotori – a cui l'art. 75 riconosce la potestà di proporre tale richiesta, con l'effetto di rendere costituzionalmente dovuta la convocazione del corpo elettorale».

In questo senso autorevole dottrina ha assimilato tali Comitati a quelli disciplinati nel diritto civile (artt. 39-42 c.c.): enti che perseguono uno scopo altruistico, generalmente di pubblica utilità, ad opera di una pluralità di persone. Esempi tipici sono i comitati di soccorso o di beneficenza e i comitati promotori di opere o progetti pubblici (M. LUCIANI, *Articolo 75 – il referendum abrogativo*, cit., 228-229).

In seguito i giudici costituzionali, tornati in argomento, hanno chiarito che la qualifica del Comitato promotore come potere dello Stato «non si traduce (...) nella costituzione di un organo di permanente controllo, come tale in grado d'interferire direttamente sulla volontà del Parlamento a garanzia di un corretto rapporto tra i risultati del *referendum* e gli ulteriori sviluppi legislativi, bensì trova il suo naturale limite nella conclusione del procedimento referendario» (ord. n. 9 del 1997).

Sul punto cfr., L. IMARISIO, A. MASTROMARINO, *Il rilievo giuridico dell'intenzione dei proponenti il referendum abrogativo*, in F. MODUGNO, G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria. Atti del Seminario (Roma, 14 luglio 2000)*, Torino 2001, 136; V. BALDINI, *L'intento dei promotori nel referendum abrogativo*, Napoli 1996. In argomento, soprattutto in riferimento all'opportunità di introdurre l'obbligo di formale motivazione della proposta referendaria «come ragione specifica o verso della istanza ablatoria», v. F. MODUGNO, P. CARNEVALE, *Divagazioni in tema di referendum abrogativo e giudizio di ammissibilità delle proposte di abrogazione popolare a diciotto anni dalla sent. 16 del 1978*, in AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Milano 1998, 69 ss.

tale considerazione non è affermare la mancata necessità di porre solidi limiti all'indizione del *referendum* approvativo (istituto di cui si dubita la bontà dell'introduzione), quanto piuttosto di porre in luce, nel corso del dibattito parlamentare, un disallineamento in grado di ingenerare accesi contrasti anche alla luce dei possibili effetti sostanziali di modifiche qualificate (in astratto) come meramente "formali"<sup>20</sup>.

Ancora in riferimento all'articolo 71 Cost., la proposta di revisione prevedere che, dopo la sua indizione, il *referendum* risulti approvato qualora ottenga la maggioranza dei voti validamente espressi, purché superiore a un quarto degli aventi diritto: nell'ipotesi di mancato raggiungimento di tale *quorum* o di esito negativo, deve intendersi approvato dal corpo referendario il testo parlamentare. Il medesimo *quorum* viene altresì previsto in relazione al *referendum* abrogativo con il conseguente venir meno della previsione che richiede una partecipazione pari alla maggioranza degli aventi diritto al voto (art. 75, quarto comma, Cost.)<sup>21</sup>.

Prescindendo dai pericoli che si celano dietro l'abbassamento della soglia minima di partecipazione su cui si tornerà in seguito, preme rilevare le problematiche connesse a una tacita approvazione del testo parlamentare in caso di esito negativo o mancato raggiungimento del *quorum* inserito nell'art. 71 Cost. Se l'introduzione di una procedura "rinforzata" è mossa dal dichiarato intento di attribuire una maggiore incidenza all'iniziativa popolare nell'ambito del procedimento di formazione delle leggi, l'automatica approvazione del testo parlamentare nei casi sopradescritti sembra muoversi in una direzione antitetica e non priva di conseguenze.

In anni di forte disinteresse degli elettori nei confronti degli istituti di democrazia partecipativa quali i *referendum*<sup>22</sup>, non sembra implausibile

<sup>20</sup> In dottrina è stato proposto di adeguare la logica sottesa alla richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 1978 alle ipotesi di modificazioni parlamentari delle proposte d'iniziativa popolare rinforzate: si procederà con l'indizione del *referendum* approvativo qualora l'intervento parlamentare abbia «modificato "i principi ispiratori della complessiva disciplina preesistente" ovvero "i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti"» (M. LUCIANI, *Iniziativa legislativa e referendum*, cit., 208).

<sup>21</sup> È stato efficacemente osservato come non si tratti di un *quorum* strutturale in quanto volto a sorreggere esclusivamente l'opzione favorevole o contraria della chiamata referendaria (Paolo Carnevale in occasione del convegno "Una nuova frontiera per la democrazia diretta. Seminario di studio sul disegno di legge costituzionale sull'introduzione del *referendum* propositivo", svoltosi presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi Roma Tre l'8 marzo 2019).

<sup>22</sup> In proposito si ricorda che degli otto *referendum* abrogativi indetti negli ultimi vent'anni il *quorum* strutturale è stato raggiunto – peraltro con una bassa percentuale – solo in relazione alla chiamata referendaria riguardante le modalità di affidamento e

ipotizzare una possibile strumentalizzazione del nuovo istituto da parte delle forze politiche al Governo. Le maggioranze parlamentari potrebbero cioè essere indotte ad introdurre modifiche funzionali al perseguimento dei propri obiettivi politici auspicando – anche attraverso un’intensa pressione mediatica – un mancato raggiungimento del *quorum* e, conseguentemente, un’approvazione automatica del testo parlamentare da parte del corpo referendario. In altri termini le forze politiche, facendo in larga misura affidamento sul fenomeno astensionistico, potrebbero introdurre modifiche tali da torcere il significato delle disposizioni contenute nella proposta di iniziativa popolare, torsione automaticamente approvata qualora il *referendum* non raggiungesse il *quorum* o avesse esito negativo. Eppure la mancata approvazione del progetto d’iniziativa popolare tramite la nuova chiamata referendaria non significa, di converso, una volontà di approvazione da parte degli elettori del testo modificato nel corso del dibattito parlamentare<sup>23</sup>.

gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (54,81%), la determinazione della tariffa del servizio idrico integrato (54,82%), la produzione nel territorio nazionale di energia elettrica nucleare (54,79%) e il legittimo impedimento per le alte cariche dello Stato (54,78%) (*referendum* abrogativo del 12 e 13 giugno 2011).

Si è trattato di un cambio radicale nella (mancata) partecipazione popolare alle consultazioni referendarie: fino alla metà degli anni '90 in un solo caso su otto il *referendum* abrogativo non aveva raggiunto il *quorum* strutturale, tanto da far temere che un eccessivo ricorso all’istituto potesse condurre a un’evoluzione del nostro Paese verso una “democrazia mista” o “semi-rappresentativa” (L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova 1995, 483).

<sup>23</sup> La proposta di revisione tace, invece, sull’eventuale vincolo per il legislatore futuro rispetto alle leggi approvate in seguito al *referendum*, aprendo la strada all’applicazione delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza costituzionale (v. ord. n. 9 del 1997 e sent. n. 199 del 2012) ampiamente criticate in dottrina «per non tenere in debita considerazione l’insuperabile contraddizione tra limiti di ammissibilità fondati sulla premessa dell’equiparazione del referendum alla legge ordinaria e resistenza del referendum all’abrogazione legislativa» (M. LUCIANI, *Articolo 75 – il referendum abrogativo*, cit., 662). La giurisprudenza costituzionale in materia risulterebbe cioè generativa di un arbitrario disallineamento tra le fonti considerando «il referendum atto legislativo “in entrata” (al momento del sindacato di ammissibilità) e atto superlegislativo “in uscita” (al momento del sindacato di costituzionalità sulle leggi successive)» (*Idem*, 663).

In argomento, tra i molti e con diversità di posizioni, cfr. M. DELLA MORTE, *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore nella sentenza 199 del 2012*, in *www.forumcostituzionale.it*, 26 settembre 2012; M. RUOTOLO, *Non “ce la chiede l’Europa” e “non la vogliono i cittadini”. Brevi note sulla privatizzazione dei servizi pubblici locali*, in *www.constituzionalismo.it*, 2, 2012, 3 ss.; R. PINARDI, *Brevi note in tema di rapporti tra referendum abrogativo e legislazione successiva*, in *Giur. Cost.*, 1994, 2343 ss.; P. CARNEVALE, *La Corte e i referendum: un nuovo atto*, in *Giur. cost.*, 1993, 2279 ss. Sul punto, in riferimento alla

La proposta di revisione non modifica, invece, gli articoli 73 e 74 della Costituzione.

Con riguardo a quest'ultimo, e dunque alla facoltà riconosciuta al Presidente della Repubblica di rinviare il testo alle Camere per una nuova deliberazione, non si comprende come tale previsione debba porsi in relazione ai progetti di iniziativa popolare che abbiano ottenuto un esito favorevole nel nuovo *referendum* approvativo<sup>24</sup>. Escludendo una limitazione in via interpretativa di un potere costituzionalmente attribuito al Capo dello Stato<sup>25</sup>, la richiesta di un'eventuale nuova deliberazione da parte delle Camere potrebbe condurre a ulteriori modifiche parlamentari del testo approvato dal corpo referendario, determinando una nuova contrapposizione tra le due proposte (popolare e parlamentare). Stando al silenzio del progetto di revisione sul punto, la lettura sistematica delle nuove disposizioni contenute nell'art. 71 Cost. sembrerebbe suggerire la necessità di indire un secondo *referendum* approvativo. Si tratta, tuttavia, di una riproposizione che – oltre a essere difficilmente giustificabile sul

proposta di revisione attualmente in discussione, v. A. MORELLI, *Il referendum propositivo: un'analisi costi-benefici*, in *www.fedelaismi.it*, n. 6, 2019, 7-8.

<sup>24</sup> Sull'opportunità di prevedere il potere di rinvio del Presidente della Repubblica anche in questa ipotesi è stato osservato che «l'intervento presidenziale, prima e la verifica della legittimità costituzionale, dopo sono due fasi che la Costituzione italiana ha ritenuto essenziali e ineliminabili, entrambi, a presidio dei principi e dei valori dell'ordinamento repubblicano. Il Costituente ha costruito una complementarietà virtuosa del controllo attribuito rispettivamente alla Corte Costituzionale e alla Presidenza della Repubblica; quest'ultima, infatti, nelle differenti declinazioni del potere di cui all'art. 74 (...) ha espresso, talvolta, anche valutazioni di opportunità, richiamando l'attenzione degli organi politici di vertice, sul modo di legiferare che deve essere coerente con la ratio delle norme costituzionali» (I.A. NICOTRA, *Referendum propositivo e democrazia rappresentativa: alla ricerca di una sintesi*, in *www.federalismi.it*, n. 10, 2019, 22 maggio 2019, 10).

<sup>25</sup> Nella discussione dell'Assemblea costituente intorno alla redazione dell'art. 74 Cost. emerse chiaramente la necessità di non rendere il Capo dello Stato partecipe alla funzione legislativa in senso stretto, configurando il potere presidenziale del rinvio come strumento volto ad attenuare i pericoli derivanti da una forma parlamentare pura.

In proposito si ricorda che il 3 settembre del 1946 la seconda Sottocommissione iniziò la discussione generale sull'organizzazione costituzionale dello Stato; nella relazione di apertura l'on. Mortati così si espresse: «al Capo dello Stato può essere attribuita una funzione di intervento attivo, che si esplica con la sanzione, oppure può attribuirsi una funzione diversa, che non è più di intervento attivo, ma di arresto temporaneo dell'entrata in vigore della legge (...). Ammesso un sistema in cui il Capo dello Stato abbia attribuzioni di carattere prevalentemente moderatore, un intervento attivo nella funzione legislativa non si potrebbe considerare se non come elemento di disarmonia nel sistema e quindi si potrebbe pensare ad una funzione di veto, che assume una rilevanza notevole, ove si prescelga un sistema parlamentare con la permanenza per un certo periodo di tempo del Governo che abbia ottenuto la fiducia della Camera».

piano logico (anche considerando l'ingente dispendio di risorse economiche) – potrebbe condurre a un evidente corto circuito costituzionale, qualora la seconda chiamata referendaria dovesse concludersi con un esito differente rispetto alla precedente.

Un'ultima riflessione riguarda una delle novità più discusse del progetto di revisione: l'introduzione di un vaglio preventivo di ammissibilità sull'iniziativa popolare attribuito al Giudice delle leggi mediante la modifica della legge costituzionale n. 1 del 1953. In proposito preme preliminarmente concordare con l'autorevole dottrina che ha posto l'attenzione su un rilevante errore terminologico: non si tratta di un controllo di ammissibilità del *referendum*, quanto di un vero e proprio sindacato di legittimità costituzionale sull'atto d'iniziativa legislativa popolare avente carattere preventivo<sup>26</sup>.

Tale giudizio *ex ante* si instaura prima della presentazione del progetto popolare alle Camere, purché siano state raccolte almeno duecentomila sottoscrizioni e si svolge secondo i limiti alla competenza referendaria indicati nello stesso articolo 71 Cost. Ai sensi del nuovo quarto comma, la richiesta è inammissibile qualora il progetto d'iniziativa popolare si ponga in contrasto con il dettato costituzionale, non abbia contenuto omogeneo<sup>27</sup>, verta su una disciplina ad iniziativa riservata o che presuppone intese o accordi o che richiede una procedura o una maggioranza speciale per la sua approvazione; oppure, ancora, se la proposta non provvede ai mezzi per far fronte a conseguenti maggiori oneri<sup>28</sup>.

Nulla è specificato, qui un primo punto critico, in riferimento agli effetti di un'eventuale dichiarazione d'inammissibilità referendaria da parte della Corte costituzionale, lasciando aperta la questione se, in tale

<sup>26</sup> M. LUCIANI, *Iniziativa legislativa e referendum*, cit., 205.

<sup>27</sup> Sul requisito dell'omogeneità nel *referendum* abrogativo come condizione affinché non venga contraddetto «il principio democratico, incidendo di fatto sulla libertà del voto stesso» (Corte costituzionale sent. n. 16 del 1978) v., tra i molti, A. PERTICI, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino 2010, 167 ss.

Per una riflessione critica riguardo al requisito dell'omogeneità nelle attuali proposte di revisione dell'art. 71 Cost., v. M. LUCIANI, *Iniziativa legislativa e referendum*, cit., 203-204.

<sup>28</sup> Sui limiti del *referendum* propositivo è stato osservato che «La norma (...) appare piuttosto vaga e sconta la carenza di vincoli puntuali, che si traducono nella difficoltà di individuare le materie sottratte al referendum; “maglie larghe” che non escludono con certezza alcune categorie di leggi, la cui regolamentazione dovrebbe spettare unicamente alle Camere, come ad esempio le leggi tributarie e le norme in materia penale, con il rischio di trascinare l'istituto verso derive plebiscitarie». (I.A. NICOTRA, *Referendum propositivo e democrazia rappresentativa*, cit., 9).

ipotesi, l'iniziativa legislativa venga meno o si trasformi, benché sorretta da un numero ben più elevato di firme, in iniziativa popolare ordinaria.

L'inserimento di un'ipotesi di controllo preventivo da parte del Giudice delle leggi nell'ordinamento costituzionale ha suscitato – e suscita – molto interesse da parte della dottrina giuspubblicistica. Non essendo questa la sede per una disamina esaustiva delle complesse implicazioni connesse ad una possibile introduzione di tale controllo anticipato di costituzionalità, si intende focalizzare l'attenzione su alcuni profili che appaiono particolarmente problematici.

Come argomentato nelle riflessioni di apertura in riferimento alle distinzioni tra modifiche formali o meno, non è possibile prevedere, con un sufficiente margine di certezza, tutti i risvolti pratico-interpretativi di una disposizione formulata esclusivamente in astratto; è noto come l'inserimento di una disposizione all'interno dell'ordinamento giuridico determini un suo fisiologico plasmarsi in riferimento alla realtà fattuale in costante evoluzione: nella sua vita applicativo-interpretativa essa si modifica ed espande progressivamente i suoi contenuti allontanandosi dalla sua formulazione meramente letterale. In effetti è la previsione nella sua forma applicativo-interpretativa che può essere sottoposta al vaglio incidentale della Corte costituzionale per il tramite del giudice *a quo* che quelle mutazioni argomenta e riconduce alla realtà fattuale cui l'ordinamento giuridico in astratto si riferisce. All'incapacità di prevedere *ex ante* il mutamento di fisionomia di una disposizione formulata esclusivamente in astratto, corrisponde l'impossibilità di un efficace controllo preventivo di ammissibilità in cui la Corte è costretta ad autorappresentarsi i possibili profili di illegittimità<sup>29</sup>, soprattutto in riferimento all'ampio limite del rispetto della Costituzione.

Simile considerazione può farsi anche in riferimento al compito affidato alla Corte di verificare che la proposta popolare provveda ai mezzi necessari per far fronte a conseguenti maggiori oneri, limite che, evidentemente, riprende la formulazione dell'art. 81, terzo comma, Cost.<sup>30</sup>. In riferimento a questa nuova attribuzione, non si comprende attraverso

<sup>29</sup> Di autorappresentazione dei potenziali profili di illegittimità costituzionale da parte del Giudice delle leggi nel giudizio di ammissibilità sul *referendum* approvativo, ha parlato Paolo Carnevale in occasione del convegno "Una nuova frontiera per la democrazia diretta. Seminario di studio sul disegno di legge costituzionale sull'introduzione del *referendum* propositivo", svoltosi presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi Roma Tre l'8 marzo 2019.

<sup>30</sup> Ai sensi dell'art. 81, terzo comma, Cost.: "Ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte".

quali competenze tecniche e poteri istruttori la Corte costituzionale possa essere posta nella condizione di poter addivenire ad un autonomo e attendibile giudizio prognostico sulla totale o parziale copertura degli oneri finanziari di un progetto d'iniziativa popolare. Un conto è valutare se un'iniziativa referendaria abbia ad oggetto leggi tributarie e di bilancio<sup>31</sup> (come avviene nel *referendum* abrogativo)<sup>32</sup> o valutare *ex post* – secondo le sue risultanze pratico-applicative – la rispondenza di una norma al dettato dell'art. 81, terzo comma, Cost., ben altro è valutare, esclusivamente in astratto, la congruità o meno della copertura degli oneri finanziari del progetto d'iniziativa popolare, competenza che appare davvero troppo distante dal ruolo attribuito al Giudice delle leggi dalla Carta costituzionale<sup>33</sup>.

La fisiologica parzialità di un giudizio formulato solo in astratto, dunque, rischia di fornire un pericoloso assenso a proposte d'iniziativa popolare che potrebbero rivelarsi profondamente incostituzionali nella realtà pratico-applicativa<sup>34</sup>.

Avverso tale considerazione non è sufficiente argomentare, a parere di chi scrive, che la previsione possa successivamente tornare dinnanzi alla Corte costituzionale<sup>35</sup>. In primo luogo la questione di costituzionali-

<sup>31</sup> Limite notoriamente esteso dalla giurisprudenza costituzionale grazie a un'interpretazione logico-sistematica, per cui sono sottratte al *referendum* abrogativo tutte le disposizioni produttive di effetti connessi in modo inscindibile all'ambito di operatività delle leggi espressamente indicate dall'art. 75, secondo comma, Cost. (sent. n. 16 del 1978).

In particolare sull'ampliamento del limite riguardante le leggi tributarie e di bilancio v. sentt. nn. 2 del 1994, 12 del 1995 e, più recentemente, 6 del 2015.

Sull'interpretazione estensiva della giurisprudenza costituzionale in materia di limiti all'ammissibilità del *referendum* abrogativo la dottrina è amplissima si veda, *ex plurimis*, P. CARNEVALE, *Il referendum abrogativo e i limiti alla sua ammissibilità nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1992.

<sup>32</sup> Come noto anche la natura del giudizio di ammissibilità del *referendum* abrogativo è stata a lungo discussa in dottrina. Una ricostruzione delle problematiche connesse all'inquadramento dell'istituto è contenuta in G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, II, *Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna 2018, 485 ss.

<sup>33</sup> È stato in proposito ipotizzato un meccanismo di cooperazione tra la Corte costituzionale e la Corte dei conti in qualità di organo "specializzato" (v. in tal senso G. Tarli Barbieri nella traccia dell'audizione presso la Commissione permanente della Camera dei deputati del 4 dicembre 2018, in [www.camera.it](http://www.camera.it), 8).

<sup>34</sup> Si pensi alla gravità di tale considerazione nell'ipotesi in cui la legge approvata con iniziativa popolare rinforzata producesse effetti indiretti tali da incidere, negativamente, sulla garanzia dei diritti fondamentali.

<sup>35</sup> A favore dell'introduzione di un controllo di costituzionalità anticipato, quale strumento che nella fase dell'iniziativa legislativa popolare eviterebbe lo scontro fra legalità costituzionale e legittimità popolare, si è espresso Massimo Luciani nell'audizione svol-

tà, anche alla luce di una possibile ritrosia dei rimettenti nell'adire la Corte in considerazione del superamento del vaglio preventivo di ammissibilità, potrebbe essere sollevata dopo un periodo di tempo assai lungo, così conducendo ad una prolungata permanenza nell'ordinamento giuridico di una previsione incostituzionale cui il Giudice delle leggi ha fornito – seppur in riferimento alla sola formulazione astratta – un *placet* espresso. In secondo luogo non possono sottovalutarsi, in termini di effetti di sistema, le conseguenze derivanti da un eventuale giudizio d'illegittimità *ex post*. Sotto questo profilo occorre rilevare che, anche nell'attuale assetto ordinamentale, la dichiarazione di incostituzionalità di una norma contenuta in una legge d'iniziativa popolare genera un forte contrasto tra cittadini e Corte costituzionale, conflitto che risulterebbe esponenzialmente acuito, con l'evidente rischio di una sovraesposizione politica dell'organo di garanzia, qualora si trattasse di una legge approvata mediante procedura rinforzata in cui la Corte, peraltro, è posta nella difficile posizione di dover superare il precedente giudizio espresso in sede di ammissibilità referendaria<sup>36</sup>.

ta alla Commissione affari costituzionali della Camera dei deputati il 4 dicembre 2018. In merito al rapporto tra tale giudizio e il sindacato *ex post* egli afferma che il controllo preventivo di costituzionalità «ovviamente, non esclude il sindacato successivo. I dubbi di costituzionalità, infatti, sorgono con piena chiarezza grazie all'applicazione della legge e al confronto fra questa e i molteplici casi della vita. In sede di controllo preventivo, dunque, non si possono immaginare tutte le possibili fattispecie rilevanti. Anche la legge frutto dell'iniziativa popolare, pertanto, sarà una legge come tutte le altre e in quanto tale sarà sottoponibile al controllo successivo. Resta fermo, ovviamente, che il problema dello scontro fra legalità costituzionale e legittimità popolare (...) si porrà, ma non è dato sapere come e in che termini (molto dipenderà, infatti, dai tempi del giudizio costituzionale, dal grado del consenso che la legge aveva avuto al momento del voto e continuerà ad avere, etc.)». Il testo dell'audizione è interamente pubblicato sul sito della Camera dei deputati ([www.camera.it](http://www.camera.it)).

<sup>36</sup> Sui pericoli derivanti da un'eccessiva esposizione politica della Corte costituzionale, si è espressa recente dottrina di cui si condividono anche le preoccupazioni derivanti dalla successiva definizione parlamentare del giudizio preventivo di ammissibilità. I timori riguardano, *in primis*, la definizione dei soggetti ammessi a partecipare al giudizio: «se si volesse assicurare un contraddittorio analogo a quello, pur eventuale, del giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo, dovrebbe prevedersi la presenza del Presidente del Consiglio dei ministri (...) e del comitato promotore dell'iniziativa legislativa. Tuttavia, non può trascurarsi che, in questo caso, il controllo della Corte si porrebbe come una fase necessaria del procedimento di formazione della legge, sicché il Governo finirebbe con l'essere proiettato in un dibattito sostanzialmente contiguo a quello parlamentare, con un'evidente, inopportuna confusione dei ruoli istituzionali». Analoga questione si pone anche in riferimento «alla possibile partecipazione di altri soggetti, poiché l'eventuale ammissione di parlamentari come intervenienti nel giudizio di ammissibilità della Corte finirebbe con il rendere quest'ultimo un prolungamento dello stesso dibattito par-

3. *Dal particolare al generale: una valutazione tra passato e presente dei “pericoli di sistema” derivanti dalle attuali proposte di revisione costituzionale*

Le considerazioni che precedono, seppur non esaustive, pongono l'attenzione su alcuni profili critici della proposta di revisione costituzionale che meriterebbero una ben maggiore ponderazione in sede di discussione parlamentare anche alla luce dei loro presumibili effetti nella complessa architettura costituzionale. Quest'ultima riflessione consente un mutamento della prospettiva d'indagine, focalizzando l'attenzione sulle possibili conseguenze di sistema di un'eventuale approvazione della riforma in discussione. Emerge, in altri termini, la necessità di inquadrare le problematiche espresse in sede di analisi sulla formulazione astratta della proposta di revisione nel più ampio contesto costituzionale ponendo l'attenzione su una duplice prospettiva: presente e storica.

In riferimento alla prima – sguardo di sistema rivolto all'attuale panorama politico – non può che concordarsi con quanti hanno sostenuto che le modifiche in materia di iniziativa popolare e *referendum* debbano guardarsi anche alla luce delle proposte concernenti la riduzione del numero dei parlamentari<sup>37</sup>, l'aumento dell'autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario<sup>38</sup> e la reintroduzione del vincolo di mandato<sup>39</sup>. Si tratta, con evidenza, di un disegno politico che – se guardato nella sua complessità – conduce a un depotenziamento assai preoccupante del ruolo del

lamentare sul progetto di legge, mentre la partecipazione di soggetti terzi, il cui intervento potrebbe facilmente toccare il merito del tema in discussione, anziché soltanto l'ammissibilità del referendum, finirebbe con il conferire al controllo dell'organo di giustizia costituzionale le vesti di un'ulteriore, anomala “istruttoria parlamentare”» (A. MORELLI, *Il referendum propositivo*, cit., 5).

<sup>37</sup> Proposta di legge costituzionale C 1585. Il testo del progetto – approvato in prima deliberazione sia dal Senato sia dalla Camera (maggio 2019) – prevede una modifica degli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione con una consistente riduzione del numero dei deputati da 630 a 400 e dei senatori elettivi da 315 a 200.

<sup>38</sup> Attraverso un potenziamento del c.d. “regionalismo asimmetrico” derivante dall'articolo 116, terzo comma, Cost. che consente di attribuire condizioni particolari di autonomia alle Regioni a statuto ordinario, ferme restando le particolari forme di cui godono le Regioni a statuto speciale (art. 116, primo comma, Cost.). L'attribuzione di tali forme di autonomia, che devono rispettare i principi finanziari posti dall'art. 119 Cost., è stabilita con una legge rinforzata approvata dalle Camere a maggioranza assoluta, previa intesa fra lo Stato e la Regione acquisito anche il parere degli enti locali interessati.

<sup>39</sup> Così nel paragrafo n. 20 del “Contratto di Governo M5s-Lega”: «Occorre introdurre forme di vincolo di mandato per i parlamentari, per contrastare il sempre crescente fenomeno del trasformismo» (35).

Parlamento, alterando ineluttabilmente l'impianto rappresentativo nella nostra forma di governo.

Se, dunque, la proposta di modifica degli articoli 71 e 75 Cost. appare sospinta unicamente dalla volontà di ampliare gli strumenti di democrazia partecipativa non essendo «afflitta dal male del gigantismo»<sup>40</sup>, la stessa assume una valenza ben diversa se posta in relazione con gli altri interventi proposti dall'attuale maggioranza di governo. Viene alla mente l'immagine di un puzzle. Se l'attenzione è posta su un unico tassello, l'osservatore avrà una prospettiva inevitabilmente parziale non potendo rappresentarsi l'incidenza della singola parte sulla composizione valutata nella sua interezza. È una posizione che può condurre a gravi errori di valutazione: l'osservatore potrà infatti attribuire a quell'unica parte una valenza ben distante da quella assunta dalla stessa una volta riordinata la composizione. Solo attraverso una valutazione di sistema, infatti, l'osservatore è in grado di comprendere il reciproco influenzarsi delle singole parti, cogliendone le diversità di sfumature a seconda dell'incidenza che ciascuna riveste sui frammenti accanto e, più in generale, sull'insieme.

È quanto avviene anche in riferimento alla valutazione delle proposte di cui è portavoce l'attuale maggioranza di governo. Se lo sguardo dell'interprete è posto esclusivamente sulle modifiche degli articoli 71 e 75 Cost., la revisione – al di là delle preoccupazioni espresse nel paragrafo precedente – sembra sostanzialmente condurre al solo potenziamento degli strumenti di democrazia partecipativa; viceversa, focalizzando

<sup>40</sup> M. LUCIANI, *Iniziativa legislativa e referendum*, cit., 200.

Sul punto è stato ancora osservato che la proposta di modifica degli artt. 71 e 75 Cost., soprattutto se confrontata con i precedenti progetti di revisione (v. nota n. 10), presenta due pregi: «il primo è quello di non seguire il metodo della “grande riforma”, proponendo una revisione circoscritta, potenzialmente in grado di costituire oggetto di un quesito referendario chiaro (...); il secondo pregio è quello per cui tale proposta non risulta figlia di una visione congiunturale dell'attività di normazione, bensì dettata da un progetto di sviluppo delle istituzioni democratiche di più ampio respiro, anche se (...) foriero di rischi non trascurabili per le sorti della stessa democrazia rappresentativa» (A. MORELLI, *Il referendum propositivo*, cit., 3. Sull'“uso congiunturale della Costituzione” l'Autore richiama A. RUGGERI, *Il federalismo all'italiana e l'uso «congiunturale» della Costituzione*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 9 luglio 2001; Id., *Devolution, “controriforma” del titolo V e uso congiunturale della Costituzione, ovvero sia quando le “ragioni” della politica offuscano la ragione costituzionale*, ivi, 24 aprile 2003; E. BALBONI, *Uso congiunturale della Costituzione: le proposte di riforma dell'art. 79*, in *Quad. cost.*, 1, 2003, 147 ss.).

Ancora sull'opportunità di abbandonare il metodo della grande riforma costituzionale v. A. CERRI, *Osservazioni sui progetti di riforma costituzionale patrocinati dal Ministro per i rapporti con il Parlamento*, in *Astrid Rassegna*, 14, 2018 e L. SPADACINI, *Prospettive di riforma costituzionale nella XVIII legislatura*, in *Astrid Rassegna*, 13, 2018.

l'attenzione sul complesso delle modifiche proposte, il quadro d'insieme – qualora venisse interamente attuato – avrebbe l'effetto di produrre un forte depotenziamento della democrazia rappresentativa, minando le fondamenta di quell'articolato sistema di pesi e contrappesi posto alla base del sistema parlamentare dal dettato costituzionale. Ciò che si intende sostenere, qui un punto centrale, non è certo l'inopportunità in senso assoluto di un ampliamento degli istituti di democrazia partecipativa, quanto la necessità di un rigoroso rispetto del delicato equilibrio tra istituti partecipativi e meccanismi rappresentativi. In altri termini, ciò che gli interventi in tale ambito imporrebbero è l'osservanza di quella che potrebbe definirsi una "geometria democratica": a un rafforzamento degli strumenti partecipativi non può corrispondere un drastico depotenziamento dei meccanismi rappresentativi (radicale riduzione del numero di parlamentari, esponenziale aumento del regionalismo differenziato, introduzione del vincolo di mandato). Si tratta di modifiche che, agendo in ambiti diversi ma fortemente connessi, incidono sulla democrazia diretta e indiretta secondo logiche inversamente proporzionali che rischiano di compromettere irrimediabilmente il fragile equilibrio della democrazia parlamentare.

Non solo. Dietro la dichiarata volontà di aumentare i momenti di democrazia partecipativa, dell'efficienza legislativa e della governabilità, sembra celarsi l'intento di un progressivo rafforzamento politico dei partiti di maggioranza. Si pensi, oltre alla riduzione del numero dei parlamentari, alle conseguenze derivanti dall'introduzione del vincolo di mandato. L'immissione nel sistema costituzionale di regole che limitano la libertà degli eletti, attraverso un capovolgimento di senso dell'art. 67 Cost., conduce ad una radicale metamorfosi della fisionomia del Parlamento. Da spazio d'incontro, sintesi, confronto e ponderazione delle decisioni – in cui ciascun parlamentare, come ogni elettore, resta libero di mutare opinione anche in ragione delle direzioni intraprese dal partito di appartenenza (così contribuendo al progressivo evolversi della vita parlamentare) – diviene luogo di imposta adesione alle scelte compiute dalla forza politica di appartenenza. Il programma e le scelte del partito diventano cioè una "prigione programmatica", una sorta di giuramento di fedeltà in cui la soggettività dei singoli si annulla facendo venir meno un'irrinunciabile garanzia del sistema parlamentare delineato dai Costituenti<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Recenti e ampie riflessioni sul mandato parlamentare sono contenute in F. GIREL-

Ancora nella direzione di un progressivo rafforzamento politico dei partiti di maggioranza sembra muoversi il nuovo *quorum* stabilito per le chiamate referendarie *ex artt. 71 e 75 Cost.*: un quarto degli aventi diritto al voto si avvicina, seppur con un certo margine di approssimazione, alla forza politica espressa dei partiti attualmente al governo<sup>42</sup> che hanno superato il 30% dei consensi alle scorse elezioni politiche (in riferimento al M5s) e nelle recenti votazioni europee (con riguardo alla Lega). Risulta allora assai condivisibile l'opinione di autorevole dottrina che ha avvertito dei pericoli derivanti dalle possibili torsioni plebiscitarie dei nuovi istituti e, più in generale, dagli interventi riguardanti la democrazia partecipativa: «il suo potenziamento, se non sufficientemente corredato da interventi idonei ad assicurare l'esercizio di un voto libero e consapevole, rischia di esautorare l'istituzione parlamentare senza assicurare, nel contempo, una partecipazione autenticamente democratica»<sup>43</sup>.

LI, *Il mandato parlamentare e lo spazio della sua libertà: per una lettura combinata degli artt. 67 e 68 della Costituzione*, Napoli 2018 e in A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Napoli 2018. Si vedano altresì le considerazioni contenute in E. RINALDI, *Partiti politici, gruppi parlamentari e art. 67 della Costituzione*, testo provvisorio della relazione al Convegno annuale del Gruppo di Pisa – Napoli 14-15 giugno 2019 su “Partiti politici e dinamiche della forma di governo”, in *www.gruppodipisa.it*, 7-11.

<sup>42</sup> In dottrina è stato proposto di ancorare il *quorum* «al *turnout* elettorale nelle ultime consultazioni politiche: si potrebbe computare il livello di partecipazione – poniamo – delle ultime tre tornate elettorali, traendone una media e stabilendo la soglia al 50%+1 di tale media. Questo numero potrebbe essere indicato in Costituzione e sarebbe affidabile anche in concreto, perché sarebbe agganciato a una serie storica non effimera della partecipazione popolare. In tal modo si verrebbe incontro alle obiezioni sia di chi diffida delle soglie astratte, sia di chi contesta le soglie altalenanti, destinate a mutare a ogni legislatura» (M. LUCIANI, *Iniziativa legislativa e referendum*, cit., 206).

In argomento occorre ricordare, pur trattandosi di un ambito ben diverso da quello in esame, la statuizione dell'art. 75 dello Statuto toscano il quale prevede che la proposta di abrogazione soggetta a *referendum* sia approvata se partecipa alla votazione la maggioranza dei votanti alle ultime elezioni regionali (art. 75). In proposito la Corte costituzionale ha specificato non solo che «non si può considerare principio vincolante per lo statuto la determinazione del *quorum* strutturale prevista dall'art. 75 della Costituzione. La materia referendaria rientra espressamente, ai sensi dell'art. 123 della Costituzione, tra i contenuti obbligatori dello statuto», ma soprattutto che «non appare irragionevole, in un quadro di rilevante astensionismo elettorale, stabilire un *quorum* strutturale non rigido, ma flessibile, che si adegui ai vari flussi elettorali, avendo come parametro la partecipazione del corpo elettorale alle ultime votazioni del Consiglio regionale, i cui atti appunto costituiscono oggetto della consultazione referendaria» (sent. n. 372 del 2004).

<sup>43</sup> Letteralmente A. MORELLI, *Il referendum propositivo*, cit., 9.

Sulle recenti proposte di riforma, anche in una prospettiva di sistema, si vedano altresì E. DE MARCO, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta nei progetti di riforma del “Governo del cambiamento”*, in *www.osservatorioaic.it*, n. 3, 2018 e il dibattito tra Pa-

Si tratta di timori che, in larga misura, affondano le proprie radici – qui lo sguardo di sistema si volge al passato – nelle preoccupazioni emerse durante la discussione dell’Assemblea costituente intorno alla redazione degli articoli 71 e 75 della Costituzione, già allora percepiti come nitida espressione di un mutamento storico e politico dell’ordinamento italiano verso la forma repubblicana. Ripercorrere le osservazioni dei Costituenti, seppur nei loro passaggi essenziali, rappresenta dunque l’ultimo tassello che occorre ricomporre per valutare in chiave di sistema le attuali proposte di revisione costituzionale.

Come noto nel corso dei lavori preparatori venne proposta, *in primis* dall’on. Mortati, l’introduzione di differenti tipologie referendarie pur avvertendo, sin dalle prime riflessioni, la necessità di un utilizzo assai limitato dello strumento: «l’uso del referendum non può essere se non eccezionale; e tanto più raro ne riuscirà in pratica l’impiego quanto più ricca di mezzi di espressione e di informazione divenga la vita politica di una nazione, ed altresì quanto più salda, bene articolata e armonicamente collegata con l’opinione pubblica del Paese sia l’ossatura dei partiti (...)»<sup>44</sup>. Emblematiche in proposito anche le parole dell’on. La Rocca il quale, riprendendo le osservazioni dell’on. Togliatti in sede di Commissione<sup>45</sup>, afferma che l’istituto del *referendum*, nuovo nella vita costituzionale italiana, è «destinato ad aprir la via a una manifestazione diretta

olo Caretti, Ugo De Siervo, Valerio Onida, Pasquale Pasquino e Cesare Pinelli pubblicato in *Astrid Rassegna*, nn. 2-3, 2019.

Un’ampia riflessione sul diritto di voto, anche in riferimento alle questioni concernenti la necessità di un esercizio consapevole, è contenuta nel recente lavoro di M. ARMANNO, *Personale, uguale, libero e segreto. Il diritto di voto nell’ordinamento costituzionale italiano*, Napoli 2018. Sul punto, in chiave evolutiva, anche M. RUBECCHI, *Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive*, Torino 2016.

<sup>44</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, II. tomo, Padova 1967, 708.

Si ricordano altresì le parole dell’on. Einaudi il quale ancora l’utilità dell’istituto referendario alla circostanza «che non si può essere sempre sicuri che i disegni di legge approvati dal Parlamento rappresentino veramente la espressione della volontà popolare; rappresentano la volontà di un ceto politico, ma questa non sempre coincide con quella del popolo» (seduta del 24 ottobre 1946 della seconda Sottocommissione). In un intervento successivo lo stesso Einaudi specifica che, semmai, il problema principale è distinguere tra gli argomenti che meritano o meno di essere sottoposti a *referendum* ritenendo opportuno fissare la discussione su questo punto per circoscriverne l’utilizzo (seconda Sottocommissione, seduta del 17 gennaio 1947).

<sup>45</sup> Nella seduta pomeridiana del 29 gennaio 1947 l’on. Togliatti richiama l’attenzione dei Commissari sulle conseguenze derivanti da un uso eccessivo dell’istituto referendario, utilizzo che metterebbe in forse la stabilità, la continuità e la possibilità stessa dello svolgimento della funzione legislativa nello Stato repubblicano. Analogamente l’on. Laconi, nella medesima sede, afferma che il *referendum* presenta numerosi pericoli quando viene

della sovranità popolare come base dell'edificio democratico, a dar modo al popolo di funzionare nel sistema quale ultima istanza; ma di cui non è opportuno abusare, perché il referendum, da misura democratica, non rischi di convertirsi in una misura antidemocratica, permettendo anche a una minoranza esigua di adoperare quest'arma o d'inforcare questo cavallo, per attraversare, ritardare o impedire in parte l'attività legislativa (...)»<sup>46</sup>.

Una sintesi delle posizioni emerse in ordine all'introduzione di differenti topologie referendarie nella Costituzione repubblicana è contenuta nelle parole dell'on. Ruini. Nell'intervento del 16 ottobre del 1947 egli ricorda come durante il dibattito assembleare, oltre all'ipotesi di espungere l'istituto referendario dal testo costituzionale<sup>47</sup>, fosse stata proposta l'introduzione di un *referendum* abrogativo<sup>48</sup> e di un *referendum* avente carattere sospensivo e preventivo inserito nel corso del procedimento legislativo. Pur ipotizzata dai Costituenti con caratteristiche differenti rispetto all'attuale proposta di *referendum* approvativo, le riflessioni attorno all'(in)opportunità di inserire siffatta chiamata referendaria nel

attuato su scala nazionale, a meno che non si prevedano «restrizioni e modalità tali da rendere molto grave e raro il ricorso» a questo istituto (seduta del 17 gennaio 1947).

<sup>46</sup> Seduta dell'Assemblea costituente del 12 settembre 1947.

<sup>47</sup> Il riferimento è alla posizione espressa dell'on. Targetti opposti sia all'ipotesi di far partecipare direttamente il popolo alla formazione della leggi – in quanto espressione di una diretta ingerenza nel campo legislativo mediante l'esercizio di un vero e proprio potere veto – sia all'introduzione di un *referendum* abrogativo richiamando l'attenzione dell'Assemblea «sopra la pericolosità di una norma che rende la legislazione così mutevole, così instabile».

Ricorda in senso contrario l'on. Ruini, richiamando sul punto anche le posizioni espresse dagli onorevoli Corbi, Preti e Di Gloria, che «il referendum è necessario per togliere al Parlamento il carattere di solo organo sovrano, mentre in fondo la sovranità del Parlamento è mediata, giacché il vero sovrano deve essere il popolo» (interventi espressi nella seduta antimeridiana dell'Assemblea costituente del 16 ottobre 1947).

<sup>48</sup> È noto come fosse stata prospettata anche l'introduzione di un *referendum* consultivo poi non approvato nel testo costituzionale. In proposito l'on. Mortati pone l'attenzione sulla necessità di escludere siffatta chiamata referendaria perché «il popolo, essendo il più qualificato organo politico dello Stato democratico, non potrebbe non vincolare, data l'autorità inerente alle sue pronunce, le quali solo apparentemente si potrebbero chiamare pareri». A tale considerazione lo stesso Mortati aggiunge che il Parlamento, qualificato a produrre leggi, verrebbe in tal modo a dubitare del valore della sua funzione di rappresentante del popolo (seduta pomeridiana della seconda Sottocommissione del 21 dicembre 1946). Nella stessa seduta il Presidente Terracini osserva che il *referendum* consultivo potrebbe condurre a conseguenze molto gravi nell'ordinamento costituzionale in quanto obbligherebbe la Camera a sciogliersi se il risultato fosse contrario, perché dovrebbe ritenersi che essa non rispecchi più la maggioranza della Nazione.

testo costituzionale appaiono di estrema attualità, anche in riferimento alle osservazioni compiute in ordine al rapporto tra l'uso di tale strumento, il potere di cui sono espressione i partiti di maggioranza e i mezzi di comunicazione.

Sul punto l'on. Ruini, pur rimettendo la decisione all'Assemblea, concorda con quanti hanno sostenuto il pericoloso «carattere di veto» che può assumere il *referendum* preventivo nonché «l'azione (...) di sospensione e di arresto che esercita sul procedimento legislativo, a cui toglie certezza e definitività; il pericolo che un partito o una corrente d'interessi possa con facilità raccogliere il numero di firme necessarie per la sospensiva e turbare, almeno momentaneamente, la macchina della legislazione»<sup>49</sup>. A tali considerazioni egli aggiunge una riflessione di grande attualità: «un'obiezione più radicale che può addursi per il *referendum* sulle leggi, e specialmente per quello sospensivo e preventivo, è che il giudizio sulla legge richiede una competenza tecnica, sia pur elementare, che non risiede nella massa del popolo; e per ciò appunto si ricorre ad elezioni di scelti rappresentanti». Sono parole che non possono non evocare – tra le altre – le osservazioni compiute soprattutto in ordine all'impossibilità di un'attendibile prefigurazione *ex ante* degli effetti pratico-applicativi dell'iniziativa legislativa popolare rinforzata, anche in ordine al non secondario profilo dell'idoneità o meno della copertura finanziaria degli interventi proposti. Riflessione che porta a preferire la richiamata ponderazione parlamentare alla proposta elaborata dal solo Comitato dei promotori su cui il *referendum* approvativo è indetto<sup>50</sup>.

In ordine ai timori di una forte ingerenza nell'esercizio della funzione legislativa e di una possibile strumentalizzazione del *referendum* preventivo ad opera dei partiti che godono di ampi consensi – tanto più incidenti in sistemi di tipo maggioritario – si espressero molti altri Costituenti. Nella seduta antimeridiana del 16 ottobre 1947 l'on. Bozzi, dopo aver specificato che «in un sistema di democrazia parlamentare, in cui il Parlamento eletto a suffragio universale diretto, è il vero ed unico rappresentante della volontà popolare», richiama l'attenzione sui rischi derivanti dalla proposta in discussione, in grado di produrre una sorta di ostruzionismo extra parlamentare soprattutto attraverso l'influenza esercitata dai

<sup>49</sup> Seduta antimeridiana dell'Assemblea costituente del 16 ottobre 1947.

<sup>50</sup> In ordine ai pregi della legislazione parlamentare in rapporto allo strumento referendario v. G. AMATO, Intervento in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Referendum*, cit., 213 ss.

«partiti di massa» sui propri elettori, con il forte rischio di determinate «la più grande incertezza nell'ordinamento giuridico».

Tuttavia le riflessioni che più di ogni altre sembrano presagire i richiamati rischi di sistema derivanti da un'eventuale approvazione delle proposte in discussione, sono racchiuse in un intervento dell'on. Corbi che occorre ripercorrere nelle sue linee essenziali<sup>51</sup>. Dopo aver chiarito che «il referendum possa essere uno strumento utile quando se ne fa[c]cia un uso parsimonioso», egli invita a riflettere sui pericoli derivanti da un suo eventuale inserimento nel procedimento legislativo. In primo luogo concorda con l'ipotesi di una possibile strumentalizzazione dell'istituto ad opera dei partiti maggiormente influenti che «saranno arbitri della situazione (...) [perché] sarà facile per un grande partito riuscire ad ottenere le firme necessarie per far indire il referendum ogni qual volta ad esso parrà». Il meccanismo risulta così generativo di una pericolosa «incongruenza di sistema» anche in riferimento all'utilizzo dei mezzi di comunicazione: si vuole il Parlamento «come un organo di maggiore riflessione e di maggiore competenza; però, ad un certo momento, ci si dimentica assolutamente di questa maggiore competenza, di questa riflessione, e allora l'esito di tutto un lungo dibattito dipenderà non dallo studio, dalla riflessione, dal senso di responsabilità dei legislatori, ma dal partito il quale è più attrezzato dal punto di vista della propaganda, dei mezzi, e che potrà nel Paese con facilità anche prospettare una legge per quello che non è, interpretare una legge come non dovrebbe essere interpretata».

In altri termini, prosegue, «si rende possibile ingannare così gli elettori, perché ci si può servire anche della peggiore demagogia nell'illustrare una legge alle popolazioni che debbono pronunciarsi con un referendum». L'esito di un voto così concepito null'altro rappresenterebbe, dunque, se non l'espressione «della volontà dei partiti più forti, i quali possono imporre, per i mezzi, per la forza che hanno, la loro volontà al Paese».

Rischi tanto più significativi se posti in relazione con il costante aumento delle forme di “comunicazione di massa” nell'era digitale. Si concorda in proposito con i timori di chi, proprio in riferimento alle proposte di revisione attualmente in discussione, ha affermato che «agli istituti partecipativi e al *referendum* legislativo popolare, la “rete” non solo contribuisce (...) in modo tutt'altro che lineare e cristallino alla for-

<sup>51</sup> Seduta pomeridiana dell'Assemblea costituente del 17 settembre 1947.

mazione delle convinzioni politiche degli elettori, ma accentua e sfrutta oltre misura la ineliminabile carica plebiscitaria propria di ogni appello referendario, perché sempre più spesso trasmette impulsi emozionali più che argomenti espressi e motivati su base razionale, con ciò aumentando i rischi di distorsioni e manipolazioni dell'orientamento *online* delle opinioni»<sup>52</sup>. Occorre, dunque, tener ben presenti «i rischi concreti che lo strapotere del mondo digitale trasformi gli strumenti partecipativi (...) in incontrollabili vie di promozione di populismi, demagogia e insofferenza verso le istituzioni rappresentative»<sup>53</sup>.

Assai preoccupanti, in ragione della loro estrema attualità, appaiono ancora le parole dell'on. Corbi in relazione al rischio di un progressivo acuirsi delle disuguaglianze: rappresentando l'esito del *referendum* «non altro che la volontà dei partiti più forti, i quali possono impor[si], per i mezzi [e] per la forza che hanno (...), le minoranze non avrebbero più nessuna funzione (...) se non quella di protestare; ma le proteste non fruttano molto». È un rischio di cui avverte anche autorevole dottrina osservando che «il *referendum* è, fra tutti gli istituti di partecipazione, quello più pericoloso per le minoranze, perché consente al principio di maggioranza di dispiegarsi nel modo più pieno ed intenso»<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> A. ANZON DEMMIG, *L'iniziativa legislativa popolare "indiretta" (c.d. referendum propositivo) nel progetto di legge costituzionale in itinere*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 22 marzo 2019, 3. Prosegue l'Autrice: «per rivitalizzare e potenziare la rappresentanza politica – e, insieme, per rendere effettivi gli istituti della partecipazione popolare – bisognerebbe invece percorrere altre strade, in gran parte ancora sconosciute, che siano in grado di favorire la costituzione di forme e sedi di stabile e trasparente aggregazione del consenso nelle quali possa svolgersi un reale confronto razionale delle opinioni tra i diversi soggetti».

In argomento si vedano anche le osservazioni che pongono in stretto rapporto i nuovi strumenti di comunicazione con il sempre crescente fenomeno populista: «La democrazia populista è, com'è noto, immediata e dis-intermediata. Le forme della comunicazione attraverso i social network sono il veicolo della politica populista: la velocità e l'istantaneità di un *twitt* possono assicurare meglio di ogni altro medium una presenza costante a chi si identifica col popolo e pretende perciò di esprimerne e realizzarne i bisogni. Siamo agli antipodi della tradizione del parlamentarismo che aveva fatto della rappresentanza politica mediata dai partiti politici lo schema generale per "rendere presente" l'informe popolo nelle istituzioni politiche e di governo» (A. MORRONE, *Crisi del parlamentarismo*, cit., 1).

<sup>53</sup> A. ANZON DEMMIG, *L'iniziativa legislativa popolare "indiretta"*, cit., 3. Sul punto l'Autrice rinvia, per i dovuti approfondimenti, a M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, 11/07/2018.

<sup>54</sup> M. LUCIANI, *Articolo 75 – il referendum abrogativo*, cit., 208 ss. Nella stessa opera l'Autore precisa altresì che «la cosiddetta iniziativa popolare (...) è sempre e solo iniziativa di una frazione – per quanto ragguardevole possa essere – del popolo e come tale va dommaticamente e giuridicamente trattata» (220, 221).

Accanto ai timori circa la tutela delle minoranze, si pone il rischio di un progressivo acuirsi del già acceso contrasto tra le aree del territorio nazionale. Sostiene l'on. Corbi in tal senso: «il referendum può scavare solchi profondi fra Regione e Regione, specialmente quando una legge riguardi questioni economiche, quando cioè una legge può favorire gli interessi industriali di alcune Regioni d'Italia ma può pregiudicare gli interessi di altre Regioni che hanno una economia diversa». In tale ipotesi si assisterà «ad una lotta spietata fra Regione e Regione, perché, se la legge, nel quadro generale dell'economia nazionale, è buona e giusta, perché il legislatore la vede con più lontana prospettiva, però, colui che è chiamato a decidere immediatamente, e non ha possibilità né capacità di un più ampio giudizio, può dare un voto dettato non dagli interessi nazionali ma da motivi immediati e contingenti, con grave danno di tutto il Paese».

L'affermazione, è evidente, non può che collegarsi – oltre alla proposta di modifica dell'articolo 71 Cost. – al dichiarato intento di aumentare il regionalismo differenziato derivante dalla previsione contenuta nell'art. 116, terzo comma, Cost. così come modificato dalla riforma costituzionale del 2001.

Come noto, il dibattito attorno al possibile riconoscimento di particolari condizioni di autonomia alle Regioni a statuto ordinario è tornato in auge a seguito delle iniziative intraprese nel 2017 da Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna: facendo seguito alla sottoscrizione di tre accordi preliminari con il Governo (febbraio 2018), su richiesta delle tre regioni, il negoziato è proseguito giungendo ad un ampliamento delle materie da trasferire rispetto a quello originariamente previsto. Di recente il Ministro per gli Affari regionali ha illustrato in Consiglio dei ministri i contenuti delle intese da sottoporre alla firma e, in virtù di tale apertura manifestata dal Governo, altre regioni hanno dato avvio al percorso per la richiesta di particolari condizioni di autonomia<sup>55</sup>.

L'impegno riguardo a un progressivo ampliamento del regionalismo differenziato è contenuto nello stesso “Contratto di Governo M5s-Lega”<sup>56</sup> il quale pone, come questione prioritaria dell'agenda politica, «l'attribu-

<sup>55</sup> Consiglio dei ministri, seduta del 14 febbraio 2019.

<sup>56</sup> Recente e ampia riflessione sul “Contratto di governo” nel sistema parlamentare italiano è contenuta in T. GUARNIER, *“Contratto di governo”, azione governativa e rapporto fiduciario*, testo provvisorio della relazione al Convegno annuale del Gruppo di Pisa – Napoli 14-15 giugno 2019 su “Partiti politici e dinamiche della forma di governo”, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it).

zione per tutte le Regioni che motivatamente lo richiedano, di maggiore autonomia in attuazione dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione (...)»<sup>57</sup>.

Le osservazioni dell'on. Corbi in Assemblea costituente appaiono allora tanto più attuali se poste in relazione con tale dichiarazione d'intenti del Governo, le cui pericolose conseguenze sono state messe in luce anche in una nota congiunta presentata da autorevoli costituzionalisti al Capo dello Stato e ai Presidenti della Camere per le forti preoccupazioni circa «le modalità di attuazione finora seguite nelle intese sul regionalismo differenziato e per il rischio di marginalizzazione del ruolo del Parlamento, luogo di tutela degli interessi nazionali». Le ulteriori forme di autonomia, si legge ancora nella nota, «non possono riguardare la mera volontà espressa in un accordo tra Governo e Regione interessata, avendo conseguenze sul piano della forma di Stato e dell'assetto complessivo del regionalismo italiano»<sup>58</sup>. L'appello è dunque finalizzato al rispetto del ruolo del Parlamento anche in riferimento «alle esigenze sottese a uno sviluppo equilibrato e solidale del regionalismo italiano, a garanzia dell'unità del Paese»<sup>59</sup>.

Non vanno da ultimo sottovalutate le preoccupazioni espresse da diversi Costituenti in ordine alle conseguenze economiche che frequenti chiamate referendarie imporrebbero allo Stato. Un uso eccessivo del-

<sup>57</sup> Paragrafo n. 20 del “Contratto di governo M5s e Lega”.

<sup>58</sup> Avvertono ancora i costituzionalisti come «in assenza di una legge generale che stabilisca le condizioni del regionalismo differenziato e che eviti un'attuazione disordinata dello stesso, e in assenza di ogni dibattito preliminare, è importante sottolineare come lo stesso articolo 116 terzo comma presupponga un ruolo positivo del Parlamento nella definizione del regionalismo differenziato. I parlamentari, come rappresentanti della Nazione, devono essere infatti chiamati a intervenire, qualora lo riterranno, anche con emendamenti sostanziali che possano incidere sulle intese, in modo da ritrovare un nuovo accordo, prima della definitiva votazione sulla legge. L'approvazione parlamentare di cui all'articolo 116 comma terzo nulla ha a che vedere con l'articolo 8 della Costituzione sui culti acattolici; né ha alcun senso ricondurre questo procedimento alla legge di ratifica di trattati internazionali. Anche nell'approvazione dei primi Statuti del 1972 il Parlamento svolse un ruolo incisivo. La fisionomia delle regioni, infatti, riflette quella dell'intero Paese e non riguarda solo i singoli governi regionali». L'appello, intitolato “Regionalismo differenziato, ruolo del Parlamento e unità del Paese”, è interamente pubblicato sul sito [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 5, 06/03/2019.

<sup>59</sup> L'on. Corbi pone l'attenzione anche sui rischi derivanti di un possibile turbamento all'unità dell'indirizzo politico del *referendum* propositivo: «si pensi che un Governo può veder passare una legge, la quale è condizione di altre leggi, ma che, rimanendo sola, avulsa da quelle altre che dovrebbero invece essere approvate, non ha ragione di essere: ragion per cui il Governo si troverebbe ad un certo momento nella impossibilità di assolvere il suo programma e le sue funzioni».

lo strumento produrrebbe cioè un'evidente sproporzione «tra il fine che col referendum si vorrebbe raggiungere e i mezzi pesanti e onerosi che si dovrebbero all'uopo impiegare»; si pensi al turbamento prodotto «colla campagna di propaganda dei partiti e coi pericoli e col disordine che l'accompagnano; coll'impiego indispensabile della forza pubblica; colla immobilizzazione di funzionari. E si pensi al conseguente carico di spese che si valuta in cifre astronomiche»<sup>60</sup>. È un'osservazione tanto più significativa se riferita anche al richiamato e sempre crescente fenomeno astensionistico nelle chiamate referendarie *ex art. 75 Cost.*, con la conseguenza che l'istituto abrogativo si è trasformato – nella percezione dei cittadini – da irrinunciabile momento di partecipazione alla vita politica e decisionale del Paese a disinteressato dispendio di risorse economiche<sup>61</sup>.

Quest'ultima considerazione consente una breve riflessione conclusiva.

Negli ultimi decenni della storia repubblicana si è assistito ad un progressivo e costante svilimento del ruolo del Parlamento e, conseguentemente, della rappresentanza politica, cui il crescente fenomeno astensionistico è indice inequivocabile<sup>62</sup>. Alla forte distanza tra rappresentanti e rappresentati ha corrisposto una generalizzata percezione di sfiducia e disinteresse nell'operato delle istituzioni politiche, disaffezione manifestata soprattutto da parte degli elettori più giovani.

Si è trattato di una storica trasformazione nel modo di concepire l'individuo-elettore in relazione ai pubblici poteri, mutamento in larga misura imputabile al progressivo svilimento del dibattito pubblico attorno alle questioni inerenti alla vita politica del paese, complice una classe politica

<sup>60</sup> Così l'on. Nobili Tito Oro nella seduta antimeridiana dell'Assemblea costituente del 16 ottobre 1947.

Avvertono dei pericoli economici derivanti da un numero eccessivo di *referendum* anche gli on. Grassi e Einaudi nel corso della seduta plenaria della Commissione per la Costituzione del 29 gennaio 1947.

<sup>61</sup> Dei nove *referendum* abrogativi indetti fino al 1995 solo uno non ha ottenuto il numero necessario di voti per raggiungere il *quorum* costitutivo; viceversa, delle otto chiamate referendarie indette dal 1997 ad oggi tale *quorum* è stato raggiunto una sola volta (si veda al riguardo la nota n. 20).

<sup>62</sup> In proposito è stato affermato che la crisi della rappresentanza attanaglia da decenni il sistema costituzionale italiano, i cittadini hanno perso fiducia nel Parlamento, faticano a riconoscere nei partiti efficaci strumenti di intermediazione e congiunzione tra cittadini ed istituzioni, come emerge da quei fenomeni, inequivocabili quanto allarmanti, quali l'astensionismo e la disaffezione (A. CELOTTO, Introduzione a *Le nuove "sfide" della democrazia diretta*, A. CELOTTO, G. PISTORIO (a cura di), Napoli 2015, VII).

che – soprattutto a partire dalla metà degli anni '90 – ha coscientemente abbandonato la diffusione di una cultura della rappresentanza parlamentare alla luce del più ampio contesto costituzionale. All'elettore-consapevole, conscio della centralità del voto in vista della soddisfazione di interessi collettivi, si è sostituita la figura dell'elettore-consumatore attento al soddisfacimento dei soli bisogni individuali – a cui finalizzare l'esercizio del voto – e sempre più distante dalla volontà di partecipare alle vita politica del paese.

È una metamorfosi che, con tutta evidenza, ha prodotto (e produce) effetti profondamente distorsivi nel sistema parlamentare, che risulterebbero indubbiamente acuiti qualora le proposte di riforma in analisi giungessero ad approvazione. Se l'intento è aumentare la partecipazione popolare alla vita democratica del paese, ciò di cui le forze politiche dovrebbero farsi carico è la promozione di un rinnovato processo di consapevolezza da parte degli elettori attraverso la diffusione di una cultura della rappresentanza, recuperando l'idea del Parlamento come luogo d'incontro, confronto e sintesi tra le diversità attraverso un dialogo ponderato e costruttivo. Solo in questo modo avremo una classe politica realmente all'altezza del compito di attuazione e svolgimento della Costituzione<sup>63</sup>.

Ciò che si propone, dunque, sono azioni tese al rinnovamento dell'interesse politico degli elettori, non mediante l'approvazione di rischiosi progetti di revisione costituzionale – mossi in larga misura dalla sola logica dei consensi elettorali – bensì attraverso un'ampia e consapevole diffusione della cultura della partecipazione così come delineata dal dettato costituzionale.

Benché più lunga e tortuosa, solo questa via, a parere di chi scrive, potrebbe riattribuire al popolo quella «funzione equilibratrice» a cui faceva cenno l'on. Mortati anche in riferimento alle chiamate referendarie: «credo che l'intervento del popolo possa sempre avere una funzione equilibratrice, nel senso che potrebbe anzitutto avere l'effetto utile di promuovere l'educazione politica del popolo, predisponendolo a queste consultazioni, e quindi di promuovere una certa idoneità vantaggiosa alla

<sup>63</sup> L'espressione si deve a Marco Ruotolo il quale, in riferimento alla legge elettorale, ricorda come «la vigenza di un sistema (...) proporzionale non sia di ostacolo alle c.d. grandi riforme, che piuttosto richiedono una classe politica all'altezza del compito di attuazione e svolgimento della Costituzione» (M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 3, 2016, 12).

progressiva elevazione dell'attitudine politica popolare nell'apprezzamento dei programmi politici»<sup>64</sup>.

<sup>64</sup> Seduta della seconda Sottocommissione del 3 settembre 1946.

Osservazione successivamente ripresa dallo stesso on. Mortati: «mediante il referendum, si rende possibile fare interessare maggiormente il popolo a questioni che possono essere di vitale importanza per il Paese. Con il referendum quindi si potrà conseguire una maggiore educazione politica delle masse popolari, cosa da tutti auspicata, e lo sviluppo di una sana democrazia in Italia» (seconda Sottocommissione, seduta del 20 gennaio 1947).

## ATTUALITÀ

### *Primi passi della Cassazione nei meandri di un processo kafkiano (le pronunce n. 17717 e n. 28205 del 2018 sul rito in materia di protezione internazionale)*

Giusi Sorrenti

SOMMARIO: 1. *Incipit*: il vertice della magistratura ordinaria in primo piano nel settore dell'immigrazione. – 2. Il nuovo rito camerale atipico nelle prime applicazioni giurisprudenziali: i sacrifici imposti al diritto di difesa. – 2.1. ...e in particolare il *vulnus* all'oralità. – 3. *Tertium non datur*: o sufficienti garanzie in primo grado o, in mancanza, diritto al reclamo. – 4. Il principio di pubblicità: i valori costituzionali sottesi, l'indebolimento con la riforma del 2009, le peculiarità dei riti in materia di protezione internazionale. – 5. La decisione della Cassazione: udienza tendenzialmente irrinunciabile in mancanza di videoregistrazione. – 6. Il cumulo incostituzionale delle anomalie: cenni ai possibili rimedi.

1. *Incipit: il vertice della magistratura ordinaria in primo piano nel settore dell'immigrazione.* – Negli ultimi tempi il vertice della magistratura ordinaria ricopre un ruolo di primo piano nella puntuale riconformazione della disciplina dell'immigrazione e, in particolare, delle disposizioni in tema di protezione internazionale, contribuendo a razionalizzare gli aspetti maggiormente critici delle innovazioni legislative che si susseguono in materia.

Tra gli ultimi interventi giurisprudenziali di tal segno, particolarmente degna di nota appare la decisione che incide sui profili di diritto intertemporale del d.l. n. 113/2018<sup>1</sup>, che, come è risaputo, indebolisce il regime di protezione internazionale, abrogando la concessione dei permessi umanitari anteriormente prevista con la formula normativa della “clausola generale” – e perciò ampia e residuale – e accordandola ora solo in ipotesi tassative, essenzialmente riconducibili (a parte l'introduzione di due nuovi casi) – al divieto di *refoulement* rientrante nello *ius cogens* internazionale<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Conv. in l. n. 132/2018 (c.d. “decreto Sicurezza”).

<sup>2</sup> Per tali modifiche v., da ultimo, M. BALBONI, *Abolizione della protezione umanitaria e tipizzazione dei casi di protezione: limiti e conseguenze*, in F. CURI (a cura di), *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza. Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con mod. in legge 1 dicembre 2018, n. 132*, Pisa 2019, 19 ss.; D. BELLUCCIO, *L'abrogazione della protezione umanitaria, i permessi di soggiorno per protezione speciale ed i nuovi titoli di soggiorno*, *ivi*, 31 ss.; cui adde P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Protezione umanitaria una e trina*, in *Quest. Giust.*, 2/2018; S. ALBANO, *La protezione sussidiaria tra*

Al fine di dirimere i dubbi suscitati dalla successione nel tempo delle diverse condizioni richieste per la concessione dei permessi e, precisamente, sul profilo della retroattività delle nuove norme<sup>3</sup>, il vertice della magistratura ordinaria chiede parere alla Procura generale, la quale ha l'occasione di segnare un preciso "punto di non ritorno" garantista. Essa argomenta la sua posizione rilevando che «il diritto alla protezione umanitaria, che sia già entrato a far parte del corredo individuale dei diritti (per effetto della normativa vigente al momento in cui la persona di nazionalità straniera abbia formalizzato la domanda di protezione), non può essere dimidiato, o diversamente interpretato, o eliminato sulla base di una normativa sopravvenuta che non ha regolato il regime transitorio»<sup>4</sup>. Sostiene perciò la necessità di applicare, per i giudizi in corso, il regime sostanziale previgente, anziché quello, più restrittivo, introdotto dal suddetto decreto.

I giudici di legittimità, accogliendo integralmente il contenuto del parere, hanno conseguentemente statuito, con la sent. n. 4890/2019, che la nuova disci-

*minaccia individuale e pericolo generalizzato*, *ivi* e M. ACIERNO, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, *ivi*; cui *adde* M. BENVENUTI, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in *Dir. Imm. Citt.*, 1/2019 e, dello stesso A., *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Quest. Giust.*, 2/2018.

Sul regime anteriore v. M. BENVENUTI, *La protezione internazionale*, in *RivistaAIC*, 2 lug. 2010; ID. (a cura di), *La protezione internazionale agli stranieri in Italia. Uno studio integrato sull'applicazione dei decreti di recepimento delle direttive europee sull'accoglienza, sulle qualifiche e sulle procedure*, Napoli 2011; F. ANGELINI, M. BENVENUTI, A. SCHILLACI, *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, Napoli 2011; F. MARTINES, *L'ordinamento italiano e il sistema di protezione internazionale degli stranieri*, in *www.democraziaesicurezza.it*, 4/2015.

<sup>3</sup> Con riferimento ai profili di diritto intertemporale della normativa, v. V. MARCENÒ, *Qualche riflessione sui pretesi effetti retroattivi di alcune disposizioni del "decreto sicurezza"*, in *OsservatorioSulfonti.it*, 3/2018 (sulla successione delle leggi nel tempo, ma in relazione al principio "tempus regit processum", v. ora B. CAPPONI, *La legge e il tempo del processo civile*, in ID., *Otto studi sul processo civile*, Padova 2018, 39 ss.).

Sugli altri aspetti formali del "decreto Sicurezza", si vedano, con univoche considerazioni critiche, A. ALGOSTINO, *Il decreto "sicurezza e immigrazione"*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2018, 168 ss.; E. CAVASINO, *Diritti, sicurezza, solidarietà e responsabilità nella protezione della persona migrante*, in *Federalismi.it-Focus Human Rights*, 2018, fasc. III, 15 s.; S. CURRERI, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018*, in *Federalismi.it*, 2018, fasc. XXII, 2 s.; A. PACE, *Parere pro-veritate sulla legittimità costituzionale del cd. decreto legge "sicurezza e immigrazione"*, [2018], su *goo.gl/thVpL9*, 1 ss.; M. RUOTOLO, *Brevi note sui possibili vizi formali e sostanziali del d.l. n. 113 del 2018*, in *Osserv. cost.*, 3/2018, 1 ss.; N. TOMEO, *I presupposti costituzionali per l'approvazione del decreto-legge n. 113/2018*, in *Immigrazione.it*, 2018, fasc. CCCXXIII, 1 s.

In particolare, quanto al frequente rilievo relativo alla mancanza nel decreto-legge dei presupposti di necessità ed urgenza, desumibile dal differimento di 180 giorni dell'entrata in vigore della normativa, il corrispondente motivo di ricorso è da ultimo respinto dalla Cassazione nella sent. n. 28205/2018, in quanto «l'esigenza di un intervallo temporale perché possa entrare a regime una complessa riforma processuale, quale quella in discorso, non esclude affatto che l'intervento di riforma sia caratterizzato dal requisito dell'urgenza».

<sup>4</sup> Il parere, reso il 15/01/2019, è pubblicato per esteso in *Protezione umanitaria, la nuova disciplina nella requisitoria della procura generale presso la Corte di cassazione*, in *Quest. Giust.*, 23 genn. 2019.

plina dei permessi rilasciabili per “ragioni umanitarie” non trova applicazione in relazione alle domande di rilascio presentate prima della sua entrata in vigore<sup>5</sup>, che restano regolate dall’art. 5, co. 6, d.lgs. n. 286/1998: la decisione ha l’effetto di paralizzare le impugnazioni dell’autorità amministrativa in relazione a permessi in precedenza riconosciuti a favore di soggetti che, in base alle modifiche intercorse nel 2018, non ne avrebbero più avuto titolo<sup>6</sup>.

L’opera razionalizzatrice della suprema giurisdizione ordinaria ha interessato anche i profili processuali della materia, tratteggiati, com’è noto, dal d.l. n. 14/2017<sup>7</sup>, che disegna le nuove forme della tutela giurisdizionale civile avverso i provvedimenti di diniego di asilo e dello *status* di rifugiato, che eventualmente accordino in subordine una delle minori figure di protezione (“protezione sussidiaria” e “protezione umanitaria”). Con la sent. n. 17717/2018, precisamente, la Corte di Cassazione, nel respingere l’istanza di parte con cui si prospettavano i principali rilievi di legittimità costituzionale in cui incorre il nuovo rito civile, provvede ad introdurre per via ermeneutica qualche marcato correttivo alla procedura: la lettura offerta dall’organo di nomofilachia si rivela particolarmente opportuna, soprattutto in considerazione dei primi orientamenti applicativi che andavano delineandosi nella giurisdizione di merito.

Le decisioni richiamate si inseriscono, quali importanti tasselli, nel quadro del rispetto degli impegni volti ad assicurare il diritto ad un rimedio «effettivo»<sup>8</sup> davanti a un giudice nelle procedure di riconoscimento e revoca dello *status* di protezione internazionale, preteso (in attesa del preannunciato regolamento)<sup>9</sup> dalla direttiva n. 2013/32/UE<sup>10</sup> e richiesto altresì dalla Corte ed in tutte le volte

<sup>5</sup> Il 5 ottobre 2018.

<sup>6</sup> L’importante traguardo rischia di andare perduto se dovesse prevalere dinanzi alle Sezioni Unite la contraria posizione, favorevole alla immediata applicabilità del decreto (anche dunque ai rapporti in corso), sostenuta da altra sezione della suprema istanza di legittimità, con decisione del 3 maggio scorso.

<sup>7</sup> Conv. in l. n. 46/2017, c.d. “decreto Minniti-Orlando”.

Il legislatore non è nuovo a tale tecnica di normazione nel processo civile: denuncia la circostanza per cui «molti dei più recenti interventi sul c.p.c. risultano realizzati con decreto-legge», pratica che andrebbe «seriamente scoraggiata», B. CAPPONI, *Il diritto processuale civile «non sostenibile»*, in *Id.*, *Otto studi sul processo civile*, cit., 76 s. L’A. critica soprattutto il d.l. n. 83/2012 che, a differenza dei precedenti, adottati per regolare i tempi di entrata in vigore di leggi processuali o per riprodurre testi normativi già ampiamente discussi in Parlamento, è stato «sottratto a qualsiasi previa disciplina e verifica in qualsiasi sede, scientifica come professionale» (*ibidem*, 78).

<sup>8</sup> Esigenza sottolineata particolarmente da M. FLAMINI, *Il ruolo del giudice di fronte alle peculiarità del giudizio di protezione internazionale*, in *Quest. Giust.*, 2/2018, 1 ss.

<sup>9</sup> V. la “Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell’Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE”, adottata a Bruxelles il 13 lug. 2016.

<sup>10</sup> L’art. 46 (*Diritto a un ricorso effettivo*) della direttiva così esordisce: «Gli Stati membri dispongono che il richiedente abbia diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice avverso i seguenti casi: a) la decisione sulla sua domanda di protezione internazionale».

In generale, sul ruolo dell’UE in materia, v. C. FAVILLI, *L’Unione che protegge e l’Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo d’asilo*, in *Quest. Giust.*, 2/2018.

in cui vi sia il «rischio di tortura o maltrattamenti» vietati dall'art. 3 Cedu, in considerazione della «natura irreversibile del danno»<sup>11</sup>.

Prima di evidenziare la significativa rilettura proposta dall'organo di nomofilachia, pare opportuno rammentare succintamente i principali contorni della nuova disciplina sul piano processuale.

2. *Il nuovo rito camerale atipico: i sacrifici imposti al diritto di difesa.* – Il c.d. “decreto Minniti” ha sensibilmente innovato il sistema dei ricorsi avverso i provvedimenti di diniego della protezione internazionale – ricorsi che, salvo che in alcune ipotesi, hanno efficacia sospensiva del provvedimento stesso – non limitandosi ad un semplice ripristino del rito camerale in passato disposto in questo settore<sup>12</sup>.

Se così fosse, infatti, *nulla quaestio*: in ambito civilistico, i procedimenti camerali hanno da tempo acquistato cittadinanza anche sul terreno dei diritti della persona e in tema di *status*<sup>13</sup>. È vero che persistono alcune perplessità in dottrina circa il loro impiego nella delicata materia, dati gli ampi poteri di gestione del procedimento giurisdizionale che il rito “a porte chiuse” consente al giudice, nei quali si intravede il rischio di compromettere l'uniformità delle garanzie processuali in relazione a rapporti in cui sono in gioco diritti personali (per di più collocati nel rango di situazioni giuridiche fondamentali)<sup>14</sup>. La Corte costituzionale propende, tuttavia, come si è detto, per l'ammissibilità del rito celebrato in camera di consiglio, alla sola condizione che esso non comporti un sacrificio eccessivo per il contraddittorio, con specifico riguardo alla possibilità di partecipazione al giudizio delle parti<sup>15</sup>.

La ragione per cui le innovazioni procedurali apportate dal d.-l. n. 14/2017 suscitano perplessità risiede, invece, essenzialmente nel fatto che quello proposto è un rito camerale affatto *sui generis*, il cui primo tratto di atipicità si

<sup>11</sup> Corte edu, 21 gen. 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*.

<sup>12</sup> A. CARRATTA, *Intervento al Convegno “Decreto Minniti” e garanzie giurisdizionali per i richiedenti asilo*, in [www.progettodiritto.it](http://www.progettodiritto.it), 31 dic. 2017.

<sup>13</sup> V., ad es., Corte cost., ord. n. 170/2009, in cui si riafferma la «piena compatibilità costituzionale dell'opzione del legislatore processuale, giustificata da comprensibili esigenze di speditezza e semplificazione, per il rito camerale, anche in relazione a controversie coinvolgenti la titolarità di diritti soggettivi» (in senso analogo, v. ord. n. 35/2002 e sent. n. 103/1985).

L'indirizzo costituisce una puntuale specificazione del generale orientamento consolidato nella giurisprudenza costituzionale, che nega che sia ravvisabile un unico modello di processo civile, ricalcato sullo schema del giudizio ordinario di cognizione, compatibile con il dettato fondamentale: v. Corte cost., sent. n. 10/2013, secondo cui «nella disciplina degli istituti del processo vige il principio di discrezionalità e insindacabilità delle scelte operate dal legislatore, nel limite della loro non manifesta irragionevolezza» e, in precedenza, ordd. n. 174/2012 e n. 141/2011.

<sup>14</sup> V., in questo senso, da ultimo, F.G. DEL ROSSO, *Garanzie e principio di effettività del processo nella tutela del richiedente asilo*, in *Quest. Giust.*, 4/2018, par. 3.

<sup>15</sup> V. ordd. n. 140/2001 e n. 35/2002.

rinvieni nel carattere *non necessario* e meramente eventuale dell'udienza di comparizione delle parti, risultando così inficiata la dialettica sulla prova in cui si concretizza il contraddittorio. L'elemento centrale per il convincimento del giudice chiamato a decidere sul ricorso – le 26 sezioni specializzate neo-istituite presso i capoluoghi di distretto di Corte d'appello – è rappresentato dalla videoregistrazione del colloquio personale effettuato dal richiedente innanzi alle Commissioni amministrative nazionali o territoriali<sup>16</sup> (art. 6, co. 1, lett. *b*) e *c*)), trascritto in lingua italiana e consegnato all'autorità giudiziaria entro 20 giorni dalla notificazione del ricorso.

La fase amministrativa in cui si svolge l'audizione viene fatta assurgere, così, in caso di ricorso, ad una sorta di anomala fase istruttoria, benché il valore di prova – di carattere non legale – dell'audizione stessa<sup>17</sup> sia, per le modalità con cui si realizza, fortemente discutibile. L'audizione del richiedente dinanzi alle Commissioni amministrative si svolge infatti senza la difesa tecnica, posto che è prevista solo la possibilità e non l'obbligo per lo straniero di farsi assistere da un difensore (art. 16, d.lgs. n. 25/2008) e che, in tale primo stadio, non sussiste l'ammissione al gratuito patrocinio: rapidità e ingente risparmio di risorse, altrimenti inevitabilmente assorbite dalla necessità di assicurare una prestazione difensiva gravante sull'erario pubblico, si rivelano le preminenti esigenze sottese al *continuum* tra procedura amministrativa e ricorso giurisdizionale, delineato dalla nuova disciplina. In questo quadro normativo, il colloquio sottoposto a videoregistrazione offre al più, nel contesto del giudizio, un pallido succedaneo dell'acquisizione della prova nel confronto dialettico tra le parti.

Introdotta simile novità tecnica, si dispone conseguentemente il carattere meramente eventuale dell'udienza, cioè di quel luogo spazio-temporale di incontro tra le parti e il giudice<sup>18</sup>, posto al fine di esercitare l'attività processuale «in modo formale e trasparente, nel pieno rispetto dei principi del contraddittorio, della concentrazione e dell'oralità»<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> La videoregistrazione è introdotta in ottemperanza alla “direttiva procedure” (2013/32/UE). Sull'audizione dello straniero migrante nella fase amministrativa, v. A. SCIURBA, *Al confine dei diritti. Richiedenti asilo fra normativa e prassi, dagli hotspot alla decisione della commissione territoriale*, in *Quest. Giust.*, 2/2018 e F. GALLO, *Audizione e valutazione di credibilità del richiedente davanti alla commissione territoriale*, *ivi*.

<sup>17</sup> L'audizione raccolta nella fase amministrativa spesso tra l'altro avviene senza il rispetto dei criteri elaborati da organismi dotati di specifiche competenze tecniche, come l'Easo (*European asylum support office*) e l'Unhcr, oltre che avvalendosi della traduzione effettuata con l'ausilio di personale poco qualificato: v., in proposito, L. BREGGIA, *L'audizione del richiedente asilo dinanzi al giudice: la lingua del diritto oltre i criteri di sintesi e chiarezza*, in *Quest. Giust.*, 2/2018, par. 9.

<sup>18</sup> V. E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, a cura di V. Coesanti e E. Merlin, Milano 2012, 219 e C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Torino 2017, 487.

<sup>19</sup> P. PELLEGRINELLI, *sub* art. 127 c.p.c., in *Commentario del codice di procedura civile*, dir. da Consolo-Comoglio-Sassani-Vaccarella, II, Torino 2012, 581; ma, similmente, già S. LA CHINA, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano 2003.

Tale carattere non necessario, stando al co. 10 dell'art. 35-*bis*, d.-l. n. 25/2008 (inserito dal d.-l. n. 14/2017) risulta inequivocabilmente dall'uso prevalente del verbo «ritiene», che legittima il giudice alla fissazione dell'udienza – oltre che nell'ipotesi in cui egli disponga una consulenza tecnica o l'assunzione di mezzi di prova – «esclusivamente» quando, nella sua discrezionalità, valuti indispensabile richiedere chiarimenti alle parti o quando reputi necessario (dopo averne visto la videoregistrazione del colloquio personale avvenuto presso la Commissione amministrativa) procedere all'audizione personale del richiedente.

Quanto al gruppo di ipotesi di cui al co. 11 del medesimo articolo, anche la lett. *b*) impiega il verbo «ritenga», rimettendo pure il caso in cui sussista richiesta motivata del ricorrente all'apprezzamento discrezionale dell'organo giudicante, volto a saggiare che la trattazione in udienza sia «essenziale ai fini della decisione». Delle altre due ipotesi contemplate al co. 11, solo quella *sub c*) – impugnazione fondata su «elementi di fatto non dedotti nel corso della procedura amministrativa» – è apparsa sin da subito pacificamente ascrivibile ad un caso di obbligatorietà dell'udienza, mentre dubbi erano prospettabili persino riguardo all'ipotesi *sub a*), ovvero quella in cui la suddetta videoregistrazione non fosse disponibile.

Sulla scorta della previsione secondo cui, quando la videoregistrazione non sia stata effettuata (per motivi tecnici o rispondendo ad una richiesta dello stesso interessato), del colloquio viene redatto apposito verbale, sottoscritto dal richiedente asilo, una parte della magistratura di merito ha, quindi, ritenuto che *il verbale tenesse il luogo della videoregistrazione* del colloquio stesso<sup>20</sup>. Di conseguenza, reputata la presenza del verbale *equivalente* a quella del supporto audiovisivo, si escludeva anche in simile circostanza che il giudice fosse tenuto a disporre l'udienza di comparizione delle parti. Tuttavia, la valutazione di equipollenza risultante dagli orientamenti dei giudici di merito non è convincente: il dato scritto non consente di riprodurre tutta una serie di elementi veicolati dal supporto visivo, atti, da una parte, a descrivere lo scenario da cui il ricorrente proviene e l'entità dei pericoli da cui cerca riparo ed utili, dall'altra, ai fini dell'apprezzamento della credibilità del teste.

<sup>20</sup> V. in tal senso Trib. Napoli 23 ott. 2017 e Trib. Torino, 10 dic. 2017, inedite, riportate letteralmente da A.D. DE SANTIS, *L'eliminazione dell'udienza (e dell'audizione) nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale. Un esempio di sacrificio delle garanzie*, in *Quest. Giust.*, 2/2018, 4 e da G. SERRA, *Manca di videoregistrazione del colloquio dinanzi alla commissione territoriale e obbligatorietà dell'udienza di comparizione delle parti nel giudizio di protezione internazionale: la posizione della Corte di cassazione*, in *Quest. Giust.*, 13 sett. 2018, par. 3. Similmente, v. Trib. Milano, decreti del 17 genn. 2018 e del 20 febr. 2018, su cui, criticamente, v. L. BREGGIA, *L'audizione del richiedente asilo*, cit., par. 5.

Un'interpretazione più garantista, orientata a ritenere doverosa in tale circostanza la fissazione dell'udienza, è stata invece adottata da Trib. Bari, Brescia, Trieste e Bologna: v. M.C. CONTINI, *La riforma «Orlando-Minniti» a un anno dall'entrata in vigore. I molti dubbi e le poche certezze nelle prassi delle sezioni specializzate*, in *Dir. imm. citt.*, 3/2018, 3 ss.

La circostanza ipotizzata dalla norma (assenza di videoregistrazione) è poi quella dominante nella prassi, dato che la legge demanda le disposizioni tecniche necessarie per consentire la predisposizione del sistema di videoripresa a un decreto attuativo adottato d'intesa tra Ministero dell'Interno e Ministero della Giustizia (art. 14, co. 8 e art 35-*bis*, co. 16), per cui al momento non è solitamente possibile disporre del supporto audiovisivo<sup>21</sup>.

2.1. ... e in particolare il vulnus all'oralità. – Sulla base della lettera della legge, come intesa dai commentatori e concretizzata nelle prime applicazioni giurisprudenziali, risultava introdotto un procedimento camerale – in cui si poteva fare tendenzialmente a meno dell'audizione delle parti, che non disponevano di alcuna possibilità di interloquire tra loro o con il giudice – e dotato di natura meramente cartolare.

Veniva così integralmente disatteso il dettato dell'art. 180 c.p.c., che dispone la forma «orale» della trattazione della causa<sup>22</sup>. Sebbene l'oralità non possa costituire forma esclusiva della definizione dell'ambito di cognizione del giudice – rimanendo affidato alla scrittura il compito di preparare la trattazione della causa attraverso gli atti introduttivi, nonché quello di documentazione – essa sintetizza una serie di aspetti fondamentali e indivisibili del giudizio. Nella sua più fedele e rigorosa rappresentazione<sup>23</sup>, il principio indica non solo il dialogo diretto (immediatezza) tra le parti e il giudicante e, conseguentemente, l'identità tra il giudice della discussione e l'organo deliberante<sup>24</sup>, ma anche la massima brevità possibile (concentrazione) dell'arco temporale di svolgimento delle attività idonee a rendere la causa matura per la sua definizione, onde evitare che lo sfumare del ricorso del giudice sugli elementi di causa ne affidi di necessità la ricostruzione alla scrittura.

La forma dell'oralità del giudizio, com'è noto, venne ad essere valorizzata nell'ambito della discussione sui problemi di tecnica processuale apertasi an-

<sup>21</sup> Merita di essere segnalato, infine, sia pure per inciso, che la tutela giurisdizionale avverso l'operato delle Commissioni amministrative appare indebolita altresì dalla mancanza di qualsiasi rimedio per lo straniero il cui colloquio – quando la tecnica entrerà a regime – sia sottoposto a videoregistrazione, nonostante lo stesso abbia presentato istanza di non avvalersene. Quest'ultima possibilità gli è stata riconosciuta in sede di conversione del decreto, seguendo i suggerimenti della dottrina, per dar spazio all'esigenza, che l'immigrato nutra, di proteggersi dal rischio di persecuzioni nel Paese di origine o da altri pericoli: V. GAETA, *op. ult. cit.*

<sup>22</sup> V. S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova 2007, 324.

<sup>23</sup> D'obbligo il riferimento a G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, rist., con *Prefazione* di V. Andrioli, Napoli 1965, 809 ss.

<sup>24</sup> Il corollario dell'immutabilità del giudice, correlato all'esigenza di non interrompere – nella sua continuità psicologica – il processo di acquisizione continuativa e progressiva del convincimento di questi fino alla decisione finale, ha trovato esplicita traduzione nel codice di procedura penale (art. 525, co. 2, c.p.p.). La giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto, pur all'esito di un travagliato *iter*, la necessità di ricompiere l'attività istruttoria in caso di mutamento giudiziale, ponendo la delicata questione dell'uso delle dichiarazioni già rese nel dibattimento celebrato dinanzi al giudice precedente (su cui v. Corte cost., ord. n. 67/2007).

che in Italia sull'onda dell'influenza della riflessione tedesca<sup>25</sup>. Disconosciutasi la validità del modello marxista, che negava il monopolio dei privati in ordine alla iniziativa di tutela delle situazioni giuridiche soggettive, l'alternativa si riduceva al ruolo assunto dalle parti nel seguito del processo e, correlativamente, al rispettivo ruolo demandato al titolare della funzione giurisdizionale. Secondo un primo schema, ai privati veniva lasciata responsabilità piena nella gestione dello svolgimento del giudizio, spettando dunque al giudice per converso solo la funzione di arbitro passivo, chiamato a definire l'esito del conflitto già insorto. Stando a una seconda opzione, al giudice competeva un più vasto ed incisivo potere d'indagine e di direzione al fine di conseguire una più appagante soluzione di giustizia sostanziale, meta ben più ambiziosa di quella consistente nella semplice prestazione di pacificazione sociale.

Le questioni di mera tecnica processuale venivano così a rivestirsi di ampi riflessi metagiuridici. Il modulo del giudice inattivo appariva quello più consono alla salvaguardia delle posizioni economico-sociali consolidate e, all'opposto, la meno adatta alla difesa delle ragioni dei ceti emergenti ed alla salvaguardia dei nuovi bisogni. Poiché proprio quel modulo era associato alle tecniche di conduzione del processo riconducibili al «c.d. principio del diritto scritto, sinonimo del processo segreto, formalistico e dominato da un potere direttivo delle parti quasi assoluto»<sup>26</sup>, la tendenza delle legislazioni processuali del secolo scorso era inequivocabilmente orientata verso il contrapposto principio di oralità.

Tenuto conto di queste premesse, merita credito pertanto la convinzione secondo cui «il vero problema non è quello dell'adozione di un modulo (quello dell'oralità in luogo di quello della scrittura) ma quello dell'accorto dosaggio dei vari elementi secondo cui può essere concretamente costruito un processo di cognizione»<sup>27</sup>.

Nel rito in materia di protezione internazionale previsto dal d.l. n. 14/2017, questo sapiente dosaggio non poteva dirsi certo assolto dal limitato spazio consentito al principio di oralità dalla disciplina da ultimo introdotta. La previsione del potere discrezionale del giudice di chiedere chiarimenti alle parti costituite in giudizio (art. 35-*bis*, co. 10, lett. *b*) summenzionato), per quanto certamente molto elastica e perciò tale da consentire ampi margini di manovra al giudice<sup>28</sup>, non poteva dirsi infatti a tal fine soddisfacente, in quanto, rimettendo integralmente la garanzia del contraddittorio orale alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria, finiva per legittimare oscillazioni tra i diversi uffici, con conseguenti

<sup>25</sup> V. la ricostruzione di G. VERDE, *Diritto processuale civile*, II, *Processo di cognizione*, Agg. a cura di F. Auletta, G.P. Califano, G. della Pietra, N. Rascio, Bologna 2005, 25 ss.

<sup>26</sup> *Ibidem*, 26.

<sup>27</sup> *Ibidem*, 27.

<sup>28</sup> V. C. DE CHIARA, *Fase amministrativa e fase giurisdizionale: partecipazione del richiedente all'udienza ed ascolto in sede giudiziale: il dovere di cooperazione dell'Autorità e il principio dispositivo*, in [www.scuolamagistratura.it](http://www.scuolamagistratura.it).

disparità di trattamento, in controversie in cui sono in gioco diritti fondamentali della persona. A parte il diritto di asilo, dotato di garanzia costituzionale (art. 10, co. 2, Cost.), anche gli *status* riconosciuti dalle forme minori di protezione risultavano, infatti, inclusi da Cass., S.U., n. 5059/2017, nell'alveo dei diritti umani fondamentali garantiti dagli artt. 2 Cost. e 3 Cedu, non degradabili ad interesse legittimo per effetto di valutazioni discrezionali del potere amministrativo<sup>29</sup>.

L'unica ipotesi assodata di vincolo alla fissazione dell'udienza di comparizione, relativa ad un ricorso fondato su elementi di fatto nuovi precedentemente non dedotti, finiva con il comportare esiti paradossali, dal momento che si risolveva nell'indurre il ricorrente (o meglio il difensore), intento a destreggiarsi nei meandri di un processo kafkiano, a «mentire nel ricorso al Tribunale pur di ottenere di essere ascoltato dal Tribunale stesso sulle verità raccontate alla Commissione»<sup>30</sup>.

Il paradosso viene spinto fino al parossismo se si pensa che il difensore ha accesso alla ripresa dell'audizione solo successivamente al deposito del ricorso (disponendo in precedenza solo del verbale), con lesione dell'effettività del suo diritto alla difesa, data l'impossibilità di visionare l'elemento che sarà acquisito come principale mezzo istruttorio dal giudice e valutato da questi in assenza delle parti<sup>31</sup>. Della visione si potrà, pertanto, eventualmente tener conto solo in sede di deposito delle note difensive, entro i 20 giorni successivi alla scadenza del termine per la notificazione dell'impugnazione (con rischi per la coerenza interna della linea di difesa adottata nell'atto introduttivo del giudizio e sviluppata nelle successive note).

3. *Tertium non datur: o sufficienti garanzie in primo grado o, in mancanza, diritto al reclamo.* – Nel dettare una struttura così scarna del rito, in cui le garanzie appaiono assottigliate fino all'estremo, assume sicuramente una connotazione massimamente potenziata quell'esigenza di celerità che accompagna in ogni sua sede il processo civile, di cui vengono ormai denunciati costantemente e coralmemente i tempi eccessivamente dilatati<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> V., in questo senso, già Cass., S.U., n. 19393/2009.

<sup>30</sup> V. GAETA, *La riforma della protezione internazionale: una prima lettura*, in *Quest. Giust.*, 27 febr. 2017.

<sup>31</sup> Criticamente, su questo aspetto, v. G. CONTI, *Il diritto di difesa dei richiedenti asilo: mancanza di videoregistrazione in fase amministrativa e obbligatorietà dell'udienza di comparizione delle parti in fase di ricorso giurisdizionale (nota alla Sentenza della Corte di Cassazione n. 17717/2018)*, in *Forum di Quad. cost.*, 27 sett. 2018, 10).

<sup>32</sup> ... dovuti anche allo spazio molto (troppo) esteso riservato alla scrittura, oltre che dallo stato di "riforma perenne" del codice che ha prodotto «norme via via più scadenti, di difficilissima lettura e applicazione»: B. CAPPONI, *Introduzione*, in *Id.*, *Otto studi sul processo civile*, cit., 101 ss.

La lunghezza dei tempi, com'è noto, avvantaggia chi nutre intenti dilatori, tanto da legittimare la sconcertante conclusione per cui il giudizio civile oggi «non serve a rendere giustizia ma produce un radicamento dell'ingiustizia» (*ibidem*, 7).

Ebbene, davanti a queste limitazioni molto serie, il reclamo avrebbe dovuto apparire irrinunciabile, anche a voler esaltare la centralità del processo di primo grado introdotta dalla riforma del 1990, che, com'è noto, ribalta l'assetto precedente informato alla centralità dell'appello (derivante dalla possibilità, riconosciuta alle parti, di mutare in quella sede le proprie richieste e dal carattere provvisoriamente esecutivo tributato alla sentenza di secondo grado anziché a quella di primo).

Proprio in questo snodo nevralgico si innesta, invece, il secondo principale tratto di atipicità della nuova disciplina, che non consente in nessun caso la proposizione dell'appello (*recte*: reclamo). L'arretramento sul piano garantista risalta in modo ancor più vistoso, se si considera che la disciplina anteriore contemplava un rito sommario di cognizione in primo grado, seguito da un secondo grado di giudizio, che consentiva il recupero della cognizione piena, confermando un andamento che rappresenta «la regola dei riti “a porte chiuse” nella giurisdizione di natura contenziosa»<sup>33</sup>.

La Corte di Giustizia, adita sul punto, con ord. del 27 sett. 2018, ha affermato che è una questione di diritto nazionale, non cozzando con la direttiva che riconosce procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale, la scelta di non accordare al richiedente la facoltà di impugnazione delle decisioni di primo grado (con annesso automatico effetto sospensivo di queste ultime)<sup>34</sup>.

La valutazione in merito tuttavia nel caso di specie va adeguatamente contestualizzata. Non può reputarsi del tutto persuasivo il tentativo di fugare i dubbi di costituzionalità, prospettabili in relazione a questo profilo, l'argomento secondo cui la garanzia del doppio grado di giurisdizione, come chiarito anche da una risalente giurisprudenza costituzionale, non vanta di per sé copertura costituzionale<sup>35</sup>. Il dato è certamente pacifico e trova riscontro anche negli *standard* di tutela minimale dei diritti fondamentali accolti dalla Cedu, che, nel sancire il diritto al secondo giudizio di merito, si riferisce soltanto ai processi penali (art. 2, Prot. n. 7). Tuttavia, è l'elisione del reclamo avverso una decisione assunta attraverso un rito che vede già potenzialmente decurtate le garanzie della difesa a suscitare serie perplessità, quando proprio tale decurtazione dovrebbe, come si diceva, far propendere senz'altro per la possibilità di un controllo nel merito della sentenza di primo grado.

<sup>33</sup> A. CARRATTA, *op. cit.*

<sup>34</sup> Direttiva n. 2013/32/UE, c.d. “direttiva procedure”, cit.

<sup>35</sup> V. ord. n. 190/2013 (e già ord. n. 107/2007), in cui si legge che «la garanzia del doppio grado di giudizio non gode, di per sé, di una copertura costituzionale, sicché non appare fondato il dubbio prospettato dalle odierne ordinanze relativo ad una compressione del diritto di difesa conseguente al fatto che la pronuncia emessa in primo grado dalla Corte d'appello può essere impugnata solo con il ricorso per cassazione» (nei giudizi principali di riferimento – di opposizione alla stima di cui all'art. 54, co. 1, l. n. 69/2009 nei procedimenti di espropriazione per pubblica utilità, che assumono le forme del procedimento sommario di cognizione – la Corte d'Appello assumeva, infatti, la veste di giudice di primo grado).

La ragionevolezza dell'esclusione appare intrinsecamente dubbia pure inserendo la previsione nella trama complessiva del trattamento riservato ad altre controversie civili – seppur non attinenti alla salvaguardia di diritti di rilievo costituzionale – che possono avvalersi dei due gradi di giudizio per la loro soddisfacente definizione. In altri termini, se tanto la “cameralizzazione dei diritti” quanto l'assenza del doppio grado di tutela giurisdizionale non rappresentano, ciascuno isolatamente considerato, un *vulnus* per il dettato costituzionale, è la compresenza contestuale<sup>36</sup> dei due fattori di indebolimento delle garanzie che fa scendere il livello di apprestamento delle stesse al di sotto della soglia minima richiesta da un “giusto processo”, *ex art. 111 Cost.*

4. *Il principio di pubblicità: i valori costituzionali sottesi, l'indebolimento con la riforma del 2009, le peculiarità dei riti in materia di protezione internazionale.* – Va da sé che sarebbe un *nonsense* lamentare, da ultimo, la mancanza di pubblicità dell'udienza per un rito in cui l'udienza stessa non è essenzialmente prevista. Ma sarebbe ragionamento parimenti consequenziale ritenere che, laddove tale centrale momento di incontro “con e tra” le parti sia disposto, esso dovrebbe aver luogo, com'è stato da più parti rilevato, pubblicamente<sup>37</sup>.

Il principio di pubblicità è fissato, com'è noto, dal codice di procedura civile, all'art. 128, che erige tale carattere dell'udienza a regola generale del giudizio: essa è correlata al disvalore di un esercizio segreto della giustizia, il quale finirebbe per contraddire pure la *ratio* dell'art. 101, co. 1, Cost., il quale prescrive che la giustizia sia amministrata in nome del popolo. Tuttavia, la riforma del 2009 ha reso l'udienza di discussione nei procedimenti del tribunale facoltativa a richiesta di parte: la solidità del principio e l'intangibilità dei valori ad esso sottesi, ha subito perciò una notevole relativizzazione nell'ordinamento interno, quantomeno nella generalità dei casi<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> In proposito, v. anche *infra*, par. 6.

<sup>37</sup> In merito, v. A.D. DE SANTIS, *L'eliminazione dell'udienza (e dell'audizione) nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale. Un esempio di sacrificio delle garanzie*, in *Quest. Giust.*, 2/2018, par. 2; FB. DEL ROSSO, *L'istituzione delle sezioni specializzate in materia di immigrazione e il nuovo rito per il riconoscimento della protezione internazionale*, in *Giusto proc. civ.*, 3/2017, 939 ss.; G. SAVIO, in *La legge 13 aprile 2017 n. 46 recante disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale. Prime riflessioni interpretative*, in *Asgi.it*, giu. 2017; S. AGOSTA, *La disciplina in tema di protezione internazionale e contrasto all'immigrazione illegale. Osservazioni a prima lettura*, in *Federalismi.it*, 22 nov. 2017, 18; M.C. AMOROSI, *Le nuove disposizioni in materia di immigrazione: il decreto legge n. 13 del 2017 e il consolidarsi di un paradigma discriminatorio nella gestione del fenomeno migratorio*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, 151; A. CARRATTA, in *Progettodiritti.it*, 31 dic. 2017 (intervento al convegno presso il Dipartimento di giurisprudenza di Roma tre su “Decreto Minniti” e garanzie giurisdizionali per i richiedenti asilo); C.L. PELLEGRINO, *ibidem*, par. 2.4; A.D. DE SANTIS, *ibidem*, par. 3.

<sup>38</sup> V. E. VULLO, *Art. 128*, in C. CONSOLO (dir. da), *Codice di procedura civile. Commentario*, t. I, Milano 2018, 1457 ss.; *adde* G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, I, Torino 2017, 260 s.

Un espresso riconoscimento è conferito a tale caposaldo processuale anche dalla Cedu, con un disposto che è valso – pur nel silenzio del dettato costituzionale su tale specifico profilo – ad integrare l'art. 111 Cost., grazie alla presenza in quest'ultimo della clausola del “giusto processo”, intesa come formula non meramente riassuntiva delle garanzie esplicitate nel medesimo articolo, ma aperta ad operazioni di eterointegrazione.

Conseguentemente, è giurisprudenza costante della Corte europea l'affermazione secondo la quale la pubblicità delle procedure giudiziarie tutela le persone soggette alla giurisdizione contro una giustizia sottratta al controllo della pubblica opinione e costituisce anche uno strumento per preservare la fiducia dei consociati nei giudici, contribuendo così a realizzare lo scopo dell'art. 6, par. 1, Cedu, ossia l'equo processo<sup>39</sup>. I giudici di Strasburgo ritengono che in simili ipotesi, anche in considerazione della rilevanza della posta in gioco, il controllo del pubblico sia condizione necessaria alla garanzia dei diritti dell'interessato e che, per converso, esso possa essere escluso solo per cause contrassegnate da «un elevato grado di tecnicità».

Su tali basi, il principio, com'è noto, ha ricevuto progressiva attenzione da parte della giurisprudenza costituzionale, soprattutto in ambito processualpenalistico<sup>40</sup>, dove assume il rango di un fondamentale diritto dell'imputato cui

<sup>39</sup> V. Corte edu, 13 nov. 2007, *Bocellari e Rizza c. Italia*, cui seguono, tra le tante, le decisioni 8 lug. 2008, *Pierre et al. c. Italia*, per l'applicazione delle misure di sicurezza; 5 genn. 2010, *Bongiorno et al. c. Italia*; 2 feb. 2010, *Leone c. Italia*; 17 mag. 2011, *Capitani e Campanella c. Italia*; 26 lug. 2011, *Paleari c. Italia*; 10 apr. 2012, *Lorenzetti c. Italia*, per il giudizio di riparazione per ingiusta detenzione. In proposito, v. A. MACCHIA, P. GAETA, *Il rito camerale nel processo di prevenzione davvero incompatibile con il «giusto processo»? Pensieri sparsi (e perplessità) a margine di una pronuncia della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.* 2008, 2658.

Specificamente, sulla contrarietà del nuovo rito introdotto dal decreto Minniti rispetto all'art. 6 Cedu, v. C. ASPRELLA, *Un nuovo rito applicabile in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale*, in *Corr. giur.*, 2017, 856 s.

<sup>40</sup> Sulla scorta delle numerose condanne dei giudici di Strasburgo, si rinviene nel nostro ordinamento un pingue filone volto a rafforzare tale istituto con riferimento alle forme camerale di trattazione: la garanzia ammette deroghe solo ove si discuta di «questioni di natura tecnica che possono essere regolate in maniera soddisfacente unicamente in base al fascicolo» (C. cost., sent. n. 109/2015, cit.; similmente, sentt. n. 93/2010; n. 135/2014 e n. 97/2015). A commento, in dottrina, v. L. CARBONI, *La Corte costituzionale prosegue il suo cammino verso l'affermazione del principio di pubblicità*, in *DPC*, 22 giu. 2015 e L. BONGIORNO, *Riti camerale e pubblicità delle udienze tra giurisprudenza europea e giurisprudenza costituzionale*, in *Legislatzionepenale.eu*, 15 mar. 2016, 9 ss.

In tali occasioni, l'organo costituzionale di controllo ha precisato che, pur in mancanza di un «esplicito richiamo», la prerogativa gode di «valore costituzionale»: v. sent. n. 135/2014 sul procedimento per l'applicazione di misure di sicurezza davanti al magistrato e al tribunale di sorveglianza (Punto 6, *Cons. in dir.*) e già sentt. n. 12/1971; n. 50/1989; n. 69/1991; n. 373/1992 e n. 93/2010. Si tratta, infatti, di principio «connaturato ad un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare cui deve conformarsi l'amministrazione della giustizia»: così sent. n. 109/2005 (sul procedimento di opposizione contro l'ordinanza in materia di applicazione della confisca davanti al giudice dell'esecuzione); similmente, in precedenza, v. le pronunce nn. 12/1971, 50/1989, 69/1991 e 373/1992.

La stessa Corte ha chiarito, ulteriormente, che l'appiglio testuale è rinvenibile nella clausola generale del “giusto processo”, consacrata nell'art. 111 Cost., confermando, così, l'opinione già espressa in dottrina da S. FURFARO, *Il diritto alla pubblicità dell'udienza tra sistema interno e giusto processo*

corrisponde un interesse della collettività al controllo sull'esercizio del potere giurisdizionale<sup>41</sup>.

Al di fuori del settore penale, non mancano nella giurisprudenza costituzionale alcune pronunce, anteriori alla revisione dell'art. 111 Cost., in cui viene affermato il diritto alla pubblicità delle udienze, fondandolo sull'art. 101 Cost. Così, la sent. n. 50/1989 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 128 c.p.c., che esclude la pubblicità dell'udienza davanti alle Commissioni tributarie, osservando che «in base all'art. 53 della Costituzione, l'imposizione tributaria è soggetta al canone della trasparenza, i cui effetti riguardano anche la generalità dei cittadini, nonché ai principi di universalità ed eguaglianza, onde la posizione del contribuente non è esclusivamente personale e non è tutelabile con il segreto».

Nella sent. n. 212/1986, la Corte aggiunge nella stessa materia una motivazione che conviene riportare integralmente: «(l)'art. 53 Cost., nel disporre che “tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche, in ragione della loro capacità contributiva”, considera il contribuente non già quale titolare di una posizione giuridica attinente al suo patrimonio, da difendere dalle conoscenze e ingerenze altrui; al contrario, la norma crea un legame di natura solidaristica, in senso lato, tra i consociati, tutti chiamati ad assicurare il complesso delle entrate necessarie per il perseguimento delle finalità collettive. L'imposizione tributaria soggiace così, da un lato, al canone della trasparenza, che, seppure riferito direttamente all'ente impositore, espande di necessità i suoi effetti anche alla generalità dei cittadini; e, dall'altro, è soggetta ai principi di universalità e di uguaglianza, così da escludere che la posizione del contribuente possa considerarsi come esclusivamente personale e svincolata da nessi intersoggettivi. Ciò non importa certo che ai singoli spettino vicendevoli poteri di controllo e di interferenza, che potrebbero costituire motivi di turbamento per l'ordinata convivenza sociale; ma non significa, d'altro canto, che la posizione soggettiva del contribuente possa essere considerata alla stregua di un diritto della personalità, addirittura protetto dal segreto. Infatti quest'ultimo, nell'ambito del diritto pubblico, a cui indubbiamente appartiene quello tributario, può ammettersi solo quale eccezione, che deve trovare nella legge razionale e oggettivo fondamento»<sup>42</sup>.

europeo, in *Giur. it.*, 2008, 1762 e da G. DI CHIARA, *Against the administration of justice in secret: la pubblicità delle procedure giudiziarie tra Corte europea e assetti del sistema italiano*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo e R. E. Kistoris, Torino 2008, 293.

<sup>41</sup> L'«oralità e la pubblicità dell'accertamento sono sempre contrapposte alla “segretezza della trattazione del processo” ed al “conseguente uso della scrittura” in luogo dell'espressione orale»: M. CIAPPI, *Pubblicità (principio della)*, in *Dig. Disc. Pen.*, X (1995), 458; K. LA REGINA, *La pubblicità*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Spangher, IV, Torino 2009, 64; G. BIONDI, *Il procedimento penale in camera di consiglio*, Milano 2011, 48. Analogamente, M. CHIAVARIO, *Commento all'art. 6 Cedu*, in AA.VV., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti e G. Raimondi, Padova 2001, 199.

<sup>42</sup> Punto 4 del Cons. in dir.

Acclarata l'incidenza del principio di pubblicità dell'udienza anche riguardo ai giudizi civili, la Corte costituzionale sembra semmai *graduarne* la rilevanza a seconda che ci si trovi nel processo civile o in quello penale, dove la sua garanzia assume in definitiva carattere più stringente: nella sent. n. 109/2005, ad es., al momento di affermare la stretta correlazione tra l'esercizio pubblico della funzione giurisdizionale e un ordinamento democratico eretto sulla sovranità popolare, il giudice delle leggi precisa che tale connessione è rilevabile «specie per quanto attiene al giudizio penale».

Non sembra dunque da accogliere, su un piano generale, l'opinione secondo cui il principio risiede solo nella Cedu, come confermerebbe l'impiego per la dichiarazione d'incostituzionalità del parametro di cui all'art. 117, co. 1, Cost. e con essa la conclusione che non si applichi alla protezione internazionale. Come si è notato, il garante della supremazia costituzionale ha espressamente ribadito che il carattere esplicito che la garanzia assume nella previsione convenzionale non ne esclude la natura di garanzia implicita nelle maglie dell'art. 111 Cost.

Dovrebbe tenersi conto tuttavia anche qui delle circostanze, conformemente all'insegnamento della Corte secondo cui «[I] principio non ha valore assoluto, potendo cedere in presenza di particolari ragioni giustificative, purché, tuttavia, obiettive e razionali»<sup>43</sup>. Si tratta di una valutazione da fare secondo la varia tipologia dei riti e la natura delle controversie alla cui risoluzione essi sono deputati: la prescrizione generalizzata della pubblica udienza potrebbe presentare degli inconvenienti per tutti gli stranieri che rischiano persecuzioni nei Paesi di provenienza e che la maggiore visibilità esporrebbe a rischio. In linea con la giurisprudenza costituzionale, la sua realizzazione ottimale potrebbe considerarsi, perciò, integrata quando risultasse soddisfatta la seguente condizione, additata dallo stesso giudice delle leggi: «occorre che le persone coinvolte nel procedimento abbiano la possibilità di chiedere il suo svolgimento in forma pubblica»<sup>44</sup>.

5. *Le decisioni della Cassazione: udienza tendenzialmente irrinunciabile in mancanza di videoregistrazione.* – Il sacrificio inflitto al diritto di difesa trova un primo rimedio nella sent. n. 17717/2018, confermata dalla sent. n. 28205/2018, in cui la Corte di cassazione, in relazione alla lamentata censura d'illegittimità costituzionale della disciplina dell'udienza, ha rilevato come il rito *ex art. 737 c.p.c.* «sia idoneo a garantire il contraddittorio anche nel caso in cui non sia disposta l'udienza, sia perché tale eventualità è limitata solo alle ipotesi in cui, *in ragione dell'attività istruttoria precedentemente svolta, essa appaia superflua*, sia perché in tale caso le parti sono comunque garantite dal diritto di depositare note scritte».

<sup>43</sup> Sent. n. 135/2014, cit. e n. 212/1986.

<sup>44</sup> Sent. n. 109/2005, cit., punto 6 Cons. in dir.

Alla luce di tale premessa, l'organo di nomofilachia trae la conclusione per cui «nel caso di mancanza di videoregistrazione per motivi tecnici, ove ne sia stata fatta richiesta, il giudice deve obbligatoriamente fissare l'udienza, configurandosi altrimenti nullità del decreto pronunciato all'esito del ricorso per inidoneità del procedimento, così adottato, a realizzare lo scopo del pieno dispiegamento del principio del contraddittorio»<sup>45</sup>.

L'interpretazione indicata discende in maniera inequivoca, per il vertice della giurisdizione ordinaria, dall'impiego del canone sistematico nella lettura congiunta del co. 10 e del co. 11 dell'art. 35-*bis*, oltre che da quello letterale (ricorrendo la seconda disposizione all'uso della forma verbale del presente indicativo "è altresì disposta"). Ma è sostenuta altresì dal ricorso all'intenzione del legislatore: questi infatti ha introdotto l'istituto della videoregistrazione al fine di «rendere direttamente percepibili nella loro integralità, finanche sotto il profilo dei risvolti non verbali, le dichiarazioni dell'istante, così da consentire lo svolgimento della successiva eventuale fase giurisdizionale nelle forme del rito camerale non partecipato, potendo per l'appunto il giudice basarsi sulla visione della videoregistrazione», sicché in ossequio al disegno legislativo, in mancanza di tale strumento, non potrà che restaurarsi il contraddittorio tradizionale.

Il *vulnus* cui la Corte ha inteso porre rimedio non sembra tanto quello relativo al principio di oralità<sup>46</sup> soddisfatto in ogni caso dall'udienza, perché se così fosse a questa non dovrebbe rinunciarsi nemmeno in presenza di videoregistrazione. Il giudice di legittimità non contesta in linea di principio l'idoneità del supporto tecnico di nuova introduzione ad assicurare una attività istruttoria sufficiente a rendere non necessaria l'udienza. Esso mira piuttosto alla garanzia del contraddittorio, unitamente alla salvaguardia di un adeguato patrimonio cognitivo del giudice, dimidiato dalla mancanza della registrazione visiva che occorre compensare con modalità soddisfacenti. L'orientamento è in linea con il dovere di cooperazione che grava sul giudice nell'accertamento dei fatti rilevanti<sup>47</sup>, in deroga al principio dispositivo che informa il giudizio civile e in risposta proprio all'obiettivo dell'effettività della tutela<sup>48</sup>.

Diversi dunque i paletti dettati dalla Corte in relazione all'obbligo di fissazione dell'udienza in mancanza di videoregistrazione: 1) la necessaria sussistenza, quale preconditione dell'obbligo giudiziale, della richiesta da parte del ricorrente; 2) la conseguenza della sanzione della nullità del decreto emesso in primo grado dalle sezioni specializzate omettendo l'udienza di comparizione; 3)

<sup>45</sup> C.vo non testuale.

<sup>46</sup> Invocato invece da A.D. DE SANTIS, *op. cit.*

<sup>47</sup> Cass. civ. sez. VI, ord. 13 dic. 2016, n. 25534.

<sup>48</sup> Al pari della possibilità per il giudice di avvalersi delle informazioni richieste all'Unità COI (*Country of Origin Information*), parte della Commissione nazionale per il diritto di asilo istituita presso il Ministero dell'Interno, il cui compito è compilare e produrre informazioni sui Paesi dei richiedenti asilo, secondo le previsioni del d.lgs. n. 25/2008.

la rimessione alla discrezionalità giudiziale della scelta di procedere, nel corso dell'udienza stessa, all'audizione dell'interessato.

Nell'imporre l'obbligo dell'incontro con e tra le parti, le pronunce in commento contemplano un'eccezione, facendo «salvo il caso dell'accoglimento dell'istanza del richiedente asilo di non avvalersi del supporto contenente la registrazione del colloquio»<sup>49</sup>. Con questa precisazione la Corte esclude che l'interessato possa, in virtù della semplice richiesta al giudice di non utilizzare a fini istruttori la videoregistrazione, rendere obbligatoria l'udienza. Si tratta di una puntualizzazione che è volta presumibilmente a scoraggiare, impedendo che il ricorso ad esse sia “premiato” con l'udienza, strategie difensive basate su una ricostruzione delle circostanze di fatto dissimile dal modo in cui esse emergono dai contenuti del colloquio.

L'obbligatorietà viene altresì meno, secondo la suprema istanza di legittimità, nel caso in cui la domanda di protezione internazionale sia stata respinta perché manifestamente infondata: una esclusione che, tuttavia, presenta qualche dubbio di compatibilità con la richiamata direttiva 2013/32/UE, che impone agli Stati membri l'obbligo di garantire il diritto ad un rimedio effettivo avverso le decisioni sulle domande di protezione internazionale anche quando le decisioni abbiano ritenuto «la domanda infondata in relazione allo *status* di rifugiato e/o allo *status* di protezione sussidiaria».

Per l'organo di nomofilachia, l'udienza va altresì disposta, se l'interessato lo ha chiesto, salvo che il giudice, «specificamente replicando alle motivazioni adottate dal ricorrente», la ritenga non essenziale ai fini della decisione.

Sembra invece compatibile con le garanzie processuali, anche alla luce della direttiva europea, il mantenimento del carattere discrezionale dell'*audizione personale* del ricorrente da parte del giudice, certamente il «principale» dei mezzi istruttori<sup>50</sup>, almeno se si tiene conto dell'irrinunciabile bilanciamento che la realtà dei flussi migratori ingenti impone con le esigenze di speditezza: secondo la Corte di Giustizia, il diritto ad un colloquio orale è richiesto dalla direttiva 2013/32/UE solo per la fase amministrativa e non per quella giurisdizionale, in cui il giudice è tenuto a procedervi solo se l'adempimento risulta necessario per un «esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto»<sup>51</sup>.

6. *Il cumulo incostituzionale delle anomalie: cenni ai possibili rimedi.* – I pur significativi passi della Cassazione sono tuttavia insufficienti.

Le censure mosse davanti al giudice di legittimità all'assenza del doppio grado di giudizio non sono state ritenute da questo meritevoli di essere rimesse

<sup>49</sup> Punto 8 dell'ord. n. 28205/2018, che richiama la sent. n. 17717/2018.

<sup>50</sup> L. BREGGIA, *L'audizione del richiedente asilo*, cit., par. 4.

<sup>51</sup> CG, 26 lug. 2017, Causa C-348/16, *Moussa Sacko*.

alla Corte costituzionale, sebbene in dottrina il difetto di reclamabilità continui ad apparire difficilmente giustificabile, tanto più, come si è detto, in una trama legislativa che riconosce costantemente il controllo nel merito dei provvedimenti giurisdizionali che incidano su diritti soggettivi<sup>52</sup>.

Il ragionamento del vertice della magistratura ordinaria sul punto di per sé non è criticabile, dato che tale carenza, come si è detto, non costituisce di per sé motivo d'incostituzionalità. Tuttavia, a voler tener ferma la scelta di ritenere insindacabile l'elisione della facoltà di presentare reclamo, si rende indispensabile assicurare un maggiore irrobustimento delle garanzie nel corso del procedimento che si svolge dinanzi alle sezioni specializzate. Come si è ribadito, il giudizio si caratterizza per il fatto di assumere tratti anomali che non si rivelano, se considerati isolatamente, lesivi del giusto processo, ma che, congiuntamente presenti nello stesso rito, danno vita ad un cumulo che, scarnificando e svuotando eccessivamente l'intelaiatura tracciata dall'art. 111 Cost., si profila come incostituzionale.

Basti pensare che, per l'effetto congiunto del disconoscimento del diritto al reclamo e della legge di riforma del processo civile, risulta accentuata la natura solo cartolare del procedimento, dal momento che la l. n. 197/2016, modificando il rito camerale in Cassazione, ha riservato la pubblica udienza alle sole cause aventi ad oggetto questioni di diritto di particolare rilevanza ed ha escluso la possibilità, precedentemente consentita alle parti, di essere sentite in camera di consiglio. L'attuale vistoso *vulnus* arrecato al diritto di difesa dalla mancanza di qualsiasi momento di incontro personale tra le parti e tra queste e l'organo decidente – se si esclude un recupero delle garanzie in sede di gravame verso la pronuncia di primo grado – richiede di essere attenuato. Significativa, a tal proposito, appare la circostanza che la Corte di cassazione, pronunciandosi in via di prima deliberazione sulla riforma del 2016, ne abbia fatta salva l'innovazione apportata ai procedimenti di legittimità, solo «(a) fronte della pubblicità del giudizio assicurata in prima o seconda istanza», così indicando come l'istituto dell'udienza, per di più pubblica, non sia appunto in assoluto eliminabile. Sempre ad avviso della stessa suprema Corte, la garanzia cesserebbe di essere necessaria solo nella terza ed ultima istanza, tesa, per struttura e funzione, a risolvere questioni di diritto<sup>53</sup>.

L'auspicato rafforzamento delle forme processuali in senso garantistico appare irrinunciabile anche alla luce delle conseguenze del rigetto del ricorso in primo grado: il decreto che respinge il ricorso avverso il provvedimento delle Commissioni amministrative (o che riconosce il solo *status* di rifugiato oppure

<sup>52</sup> Lo definisce «irrazionale» P. BONETTI, *La riforma delle procedure in materia di protezione internazionale, l'istituzione delle sezioni specializzate dei Tribunali ordinari in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'UE, il ritorno del CPT e la disciplina dei punti di crisi (HotSpot) e i rilievi di legittimità dell'ASGI*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2/2017, 17.

<sup>53</sup> V. Corte cass., sez. VI, ord. 10 genn. 2017, n. 395.

ancora accorda la forma di protezione sussidiaria) fa, infatti, venir meno l'efficacia sospensiva nei confronti del provvedimento stesso<sup>54</sup> prodotta dall'impugnazione<sup>55</sup>.

Sta alla Corte di cassazione compiere un altro fondamentale passo nella direzione dell'armonizzazione della normativa al dettato della tavola fondamentale, sostenendo un'interpretazione costituzionalmente orientata in base alla quale, ove le parti ne facciano apposita e motivata richiesta, il giudice è tenuto a fissare l'udienza di comparizione: viceversa, se si ritiene tale interpretazione non sostenibile, dovrebbe apparire inevitabile la rimessione al giudice delle leggi del regime di fissazione soltanto eventuale dell'udienza<sup>56</sup>. Le perplessità suscitate dalle peculiarità del rito in materia di protezione internazionale avranno così modo di pervenire davanti al loro giudice naturale, che potrà effettuare un vaglio alla stregua dei parametri del diritto di difesa e in generale del giusto processo. Com'è stato opportunamente rilevato, infatti, se è vero che il rito camerale ha già ottenuto l'avallo della Corte costituzionale anche in materia di diritti soggettivi e di *status*, è altresì vero che il giudice delle leggi non è mai stato chiamato sino ad ora a pronunciarsi su un rito interamente cartolare<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Efficacia sospensiva di particolare rilievo, dato che il diniego di asilo comporta l'obbligo per il richiedente di lasciare il territorio.

<sup>55</sup> È vero che in via cautelare, su istanza di parte – da depositare entro cinque giorni dal ricorso per cassazione – il giudice di primo grado può disporre la sospensione degli effetti del proprio decreto. Tuttavia, è intanto da rilevare la stranezza di una decisione sulla sospensione degli effetti del proprio provvedimento rimessa dalla legge alla stessa autorità giurisdizionale che lo ha adottato. Mentre è da salutare con favore l'orientamento della giurisprudenza, la quale ritiene che un'interpretazione costituzionalmente orientata della clausola dei «fondati motivi», idonei a giustificare la sospensione, imponga – nonostante il silenzio della legge (art. 35-*bis*, co. 13, d. lgs. n. 25/2008) – la valutazione del *periculum in mora*, in relazione al grave ed irreparabile danno che possa derivare al ricorrente dall'esecuzione della decisione: V. Trib. Bologna, decreto 27 ott. 2018.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> Da ultimo, da L. MASERA, *Nota a Cass., sent. n. 28205/2018*, in *Foro it.*, 2019, I, 214 s.

## ATTUALITÀ

*Fiat iustitia ne pereat mundus. Un monito ultimativo sull'abuso del ricorso ai maxi-emendamenti con questione di fiducia.  
Nota all'ordinanza n. 17 del 2019 della Corte costituzionale*

Giovanna Pistorio

SOMMARIO: 1. Le ragioni dei senatori ricorrenti. – 2. Le oscillazioni della Corte. – 3. Maxi-emendamento e questione di fiducia nella giurisprudenza costituzionale: dalla riottosità della Corte all'esigenza di arginare la «problematica prassi». – 4. Ripercussioni sul sistema democratico e tentativi di intervento delle istituzioni. – 5. Prudenza nel caso di specie, avvertimenti *pro futuro*.

1. *Le ragioni dei senatori ricorrenti.* – Con l'ordinanza n. 17 del 2019, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, sollevato da 37 senatori e avente a oggetto le modalità di approvazione del disegno di legge di bilancio 2019<sup>1</sup>. I ricorrenti denunciavano la grave compressione dei tempi di discussione, conseguente all'apposizione della questione di fiducia, da parte del Governo, su di un maxi-emendamento, integralmente sostitutivo del testo, oggetto del disegno di legge in esame. Intraprendere la strada del conflitto di attribuzione rappresentava, per i senatori, l'estrema *ratio* per «ristabilire il corretto esercizio delle competenze costituzionalmente attribuite (...), per assicurare l'osservanza della separazione dei poteri, così come descritta in Costituzione nell'ambito del procedimento legislativo», all'art. 72 e soprattutto, con riguardo all'iter volto all'approvazione della legge di bilancio, ex art. 81 Cost. In particolare, si censurava il vizio derivante dall'inestricabile connubio tra aspetti temporali e modalità procedurali.

Anche a seguito e per effetto della lunga interlocuzione con le istituzioni dell'Unione europea, infatti, dopo l'approvazione in prima lettura alla Camera, il Governo presentava numerosi emendamenti, fino ad arrivare all'emendamento 1.9000, integralmente sostitutivo del testo, su cui è stata posta questione di fiducia. Esaminando il resoconto dell'andamento dei lavori, appare evidente che la

<sup>1</sup> Il presente lavoro trae spunto dal recente studio monografico sul tema, G. PISTORIO, *Maxi-emendamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Napoli 2018, al quale si rinvia per un maggior approfondimento sulle problematiche della prassi in questione, rispetto alle quali, come da più parti segnalato, si auspicava un intervento del giudice costituzionale.

competente V Commissione Bilancio ha impiegato poco più di venti minuti per esprimere il proprio parere e che l'intera legge, *rectius*, l'emendamento 1.9000 è stato approvato in poco più di sei ore. In altri termini, «l'organizzazione e i tempi dei lavori del Senato, nonché le concrete modalità in cui questi si sono svolti (...) hanno impedito che ciò che è accaduto nell'ambito della (...) Commissione competente in sede referente possa qualificarsi quale «esame» ai sensi e per gli effetti dell'art. 72 Cost.». Il ricorso al binomio maxi-emendamento – questione di fiducia, oltre a precludere una discussione informata, ha pregiudicato poi l'approvazione «articolo per articolo e con votazione finale». Come noto, la famosa trinità – priorità, indivisibilità e inemendabilità – derivante dall'apposizione della questione di fiducia determina un “voto bloccato” che irrompe nell'articolazione del procedimento legislativo come una «rigidità», non solo non prevista, né forse prevedibile, ma tale da pregiudicare il rispetto e l'attuazione del dettato costituzionale<sup>2</sup>.

2. *Le oscillazioni della Corte.* – L'ordinanza di inammissibilità, resa dalla Corte nel caso di specie e preannunciata da un comunicato stampa, peraltro insolito – stante l'ampiezza e i non pochi richiami motivazionali in esso contenuti<sup>3</sup> – ha suscitato significative reazioni “a caldo”: complesse, assai articolate e finanche particolarmente critiche<sup>4</sup>. Ciò che ha determinato maggiore scalpore è stato quel difficile (e non sempre condiviso) esercizio «di equilibrismo» condotto dalla Corte tra oscillazioni e continue fluttuazioni<sup>5</sup>.

D'altra parte, sarebbe stato più facile, meno controverso e non peraltro distonico con la precedente giurisprudenza, dichiarare l'inammissibilità del conflitto per mancanza del requisito soggettivo. Come noto e ribadito nell'ordinanza stessa, il giudice costituzionale ha sempre negato, anche di recente, la legittimazione dei parlamentari *uti singuli* a sollevare conflitto di attribuzione, non

<sup>2</sup> Per tale espressione, cfr. A. PISANESCHI, *Fondamento costituzionale del potere di emendamento, limiti di coerenza e questione di fiducia*, in *Diritto e società*, 1988, 243 ss.

<sup>3</sup> Sul punto, cfr. G. BUONOMO, M. CERASE, *La Corte costituzionale ancora irrisolta sul ricorso delle minoranze parlamentari*, in *www.forumcostituzionale.it.*, 2019, 1 ss.

<sup>4</sup> Fino a spingere A. MORRONE, *Lucciole per lanterne. La n. 17/2019 e la terra promessa di quote di potere per il singolo parlamentare*, in *www.federalismi.it.*, 2019, a ritenere che «l'acrobatico riconoscimento della natura di potere dello stato a favore del singolo parlamentare (...) appare una tipica rappresentazione da teatro dell'assurdo».

<sup>5</sup> Così, efficacemente definito da V. ONIDA, *Fiducia sulla legge di bilancio, doppio monito della Consulta*, in *Il Sole 24 ore*, 13 febbraio 2019. Sulle oscillazioni della Corte, cfr. più approfonditamente, F. SORRENTINO, *La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa*, in *www.federalismi.it.*, 2019, 4 s. Molto critico soprattutto nella parte relativa alla legittimazione del singolo parlamentare è A. MORRONE, *Lucciole per lanterne. La n. 17/2019 e la terra promessa di quote di potere per il singolo parlamentare*, cit., 6, ove ritiene che «il culmine della contraddizione (...) si raggiunge allorché l'ord. n. 17 stabilisce che quell'apertura va rigorosamente “circoscritta”: ma questa cornice di salvaguardia è così serrata che la regola salta».

escludendo però in astratto siffatta possibilità. Una preclusione *in atto*, ma non *in potenza*. Sin da quando, circa vent'anni fa, singoli parlamentari cominciarono a ricorrere al conflitto di attribuzione, la Corte, pur lasciando «impregiudicata la questione» del se in altre situazioni fossero configurabili «attribuzioni individuali di potere costituzionale», a tutela del quale i parlamentari potessero essere legittimati a sollevare conflitto, ne escludeva l'ammissibilità, attivando «una sorta di clausola di sicurezza»<sup>6</sup> (ordinanze n. 181 e n. 163 del 2018 e, già in passato, ordinanza n. 177 del 1998; nello stesso senso, sentenza n. 225 del 2001).

Invece, nel caso di specie, la Corte ha colto l'occasione per riconoscere, per la prima volta, la legittimazione del singolo parlamentare a sollevare conflitto di attribuzione, in quanto “potere dello Stato”<sup>7</sup>. Trattandosi «di una situazione impregiudicata, da esaminare, nella sua specificità, alla luce dei principi generali elaborati dalla giurisprudenza costituzionale in materia di conflitto tra poteri dello Stato» e constatato che «lo status costituzionale del parlamentare comprende (...) un complesso di attribuzioni inerenti al diritto di parola, di proposta e di voto, che gli spettano come singolo rappresentante della Nazione, individualmente considerato, da esercitare in modo autonomo e indipendente, non rimuovibili né modificabili a iniziativa di altro organo parlamentare», il giudice costituzionale ha espressamente riconosciuto che «nell'esercizio di tali attribuzioni egli esprime una volontà in se stessa definitiva e conclusa, che soddisfa quanto previsto dall'art. 37, primo comma, della legge n. 87 del 1953». Si è chiuso così quel percorso interpretativo che, iniziato ben vent'anni prima, precludeva – concretamente, anche se non virtualmente – al singolo parlamentare la possibilità di accedere dinanzi alla Corte in sede di conflitto di attribuzione.

Aggiunto un tassello più che significativo nel cammino ermeneutico di ricostruzione dei profili soggettivi in sede di conflitto, il giudice ha escluso, tuttavia, che la menomazione sussistesse sul piano oggettivo, spingendo a credere quindi che l'apertura del conflitto al singolo parlamentare rappresenti «una vittoria di Pirro»<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Così, M.C. GRISOLIA, *La legittimazione del singolo parlamentare a sollevare conflitto di attribuzioni. Una nuova “voce” nel sistema delle garanzie costituzionali*, in *www.osservatorio.sullefonti.it*, 2019, 2.

<sup>7</sup> N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, in *www.federalismi.it*, 2019, sottolinea il merito della Corte di non essersi limitata, in sede di delibazione preliminare a considerare inammissibile il ricorso «come pure avrebbe potuto fare, ove avesse optato per un approccio per così dire conservativo».

<sup>8</sup> In tal senso, cfr. S. CURRELI, *L'occasione persa (prime note sull'ordinanza n. 17/2019 della Corte costituzionale)*, in *www.federalismi.it*, 5. Analogamente, secondo G. MOBILIO, *La Corte costituzionale e la difficile ricerca di bilanciamenti nel procedimento di approvazione della legge di bilancio. Considerazioni a margine della ord. n. 17/2019*, in *www.osservatorio.sullefonti.it*, 2019, 3 s., le molteplici «cautele» che accompagnano l'apertura verso la legittimazione del singolo parlamentare sono tali «da rendere quasi illusoria la possibilità che la Corte giunga a ritenere, in futuro, che le attribuzioni costituzionali del singolo parlamentare possano essere concretamente ed effettivamente violate». Di «arma spuntata ai soggetti lesi» parla C. MASCIOTTA, *Il nuovo limite delle “violazioni manifeste” nel*

L'inammissibilità non è dipesa, però, dalla negazione che «le carenze lamentate dal ricorso abbiano determinato una compressione dell'esame parlamentare»<sup>9</sup>. Anzi. Sul pregiudizio arrecato al procedimento legislativo dalla prassi dei maxi-emendamenti approvati mediante questione di fiducia, l'ordinanza in esame si inserisce in un percorso di indubbia evoluzione, lasciando un segno indelebile.

L'anomala accelerazione dei lavori al Senato si è giustificata, invece, tenuto conto di «un insieme di fattori derivanti sia da specifiche esigenze di contesto, sia da consolidate prassi parlamentare ultradecennali sia da nuove regole procedurali»<sup>10</sup>.

È per effetto di tali circostanze, dunque, che «non emerge un abuso del procedimento legislativo»<sup>11</sup>, tale da determinare l'ammissibilità del ricorso<sup>12</sup>. Tuttavia, «in altre situazioni, una simile compressione della funzione costituzionale dei parlamentari potrebbe portare a esiti differenti»<sup>13</sup>.

Indubbie le contraddizioni insite nell'ordinanza, efficacemente definita come «compromissoria»<sup>14</sup>.

Diverse e di natura eterogenea le argomentazioni in rotta di collisione, a fronte della necessità di operare un difficile e delicato bilanciamento tra esigenze contrapposte.

Da un lato spiccano le ragioni a tutela dei ricorrenti.

Sul piano formale, si riconosce la legittimazione attiva dei singoli parlamentari.

Sul piano sostanziale, si sottolinea l'esigenza di arginare «gli usi che conducono a un progressivo scostamento dai principi costituzionali»<sup>15</sup> e quindi la necessità di stigmatizzare «gli effetti problematici» della prassi dei maxi-emendamenti approvati con questione di fiducia, a fronte della necessità di preservare il ruolo del Palamento nel procedimento legislativo, non solo «nominalmente, ma (...) nel suo significato sostanziale», soprattutto con riguardo «all'approvazione della legge di bilancio annuale, in cui si concentrano le fondamentali scelte di indirizzo politico»<sup>16</sup>.

Il significativo cambio di rotta in merito alla legittimazione dei parlamentari e la grave compressione dell'esame parlamentare addotta dai ricorrenti sembrano militare a favore dell'ammissibilità del ricorso.

*conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato: un'arma spuntata per il singolo parlamentare*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2019, 11.

<sup>9</sup> Corte cost., ord. n. 17 del 2019, § 4.2. del *Considerato in Diritto*.

<sup>10</sup> In tal senso, cfr. il comunicato stampa del 10 gennaio 2019.

<sup>11</sup> Corte cost., ord. n. 17 del 2019, § 4.4. del *Considerato in Diritto*.

<sup>12</sup> Di «attenuanti», a suo avviso «troppo generiche» parla A. LUCARELLI, *La violazione del procedimento legislativo "costituzionale" è una violazione grave e manifesta?*, in *www.federalismi.it*, 2019, 2.

<sup>13</sup> Corte cost., ord. n. 17 del 2019, § 4.4. del *Considerato in Diritto*.

<sup>14</sup> N. LUPO, *op. ult. cit.*

<sup>15</sup> Corte cost., ord. n. 17 del 2019, § 4.3. del *Considerato in Diritto*.

<sup>16</sup> Corte cost., ord. n. 17 del 2019, § 4.1. del *Considerato in Diritto*.

Tuttavia, non è questa la conclusione, stante la prevalenza di preservare antitetiche esigenze, derivanti da contingenze specifiche volte ad attenuare la gravità del “fatto”<sup>17</sup>.

Oggetto della questione è la legge di bilancio, rispetto alla quale sono note le scadenze imposte dalla Costituzione e la responsabilità di non mettere in crisi il delicato equilibrio politico-finanziario del Paese.

A ciò si aggiunge la pressione del tempo derivante da quella lunga interlocazione con le istituzioni europee, da cui è scaturita «una rideterminazione dei saldi complessivi della manovra economica in un momento avanzato del procedimento parlamentare», comportando un'ampia modifica del disegno di legge, confluita in un maxi-emendamento approvato con questione di fiducia, nel rispetto di una prassi che, al pari di ogni «perdurante usanza», costituisce un «fattore non privo di significato all'interno del diritto parlamentare, contrassegnato da un elevato tasso di flessibilità e di consensualità»<sup>18</sup>.

Tali circostanze hanno reso il contesto «più complesso e sfumato rispetto a quanto rappresentato dai senatori ricorrenti», impedendo così che le violazioni lamentate dai ricorrenti superassero il vaglio di ammissibilità del conflitto<sup>19</sup>.

3. *Maxi-emendamento e questione di fiducia nella giurisprudenza costituzionale: dalla riottosità della Corte all'esigenza di arginare la «problematica prassi».* – Di immediata evidenza, dunque, le oscillazioni della Corte.

Non del tutto biasimevole, però, la *ratio* ad esse sottesa.

Il giudice costituzionale ha colto l'occasione per soffermarsi, come mai prima d'ora, sui dirompenti effetti arrecati al procedimento legislativo dal connubio maxi-emendamenti – questione di fiducia.

Con tale decisione può dirsi – auspicabilmente – chiusa la stagione dell'«immobilismo giurisprudenziale» della Corte, determinato dal “peso” della sentenza n. 391 del 1995<sup>20</sup>.

Sebbene la Corte, riconoscendosi *giudice del procedimento legislativo*, avesse ammesso, sin dalla sentenza n. 9 del 1959, la propria competenza a sindacare la violazione delle norme costituzionali sul procedimento legislativo – con la necessaria, quanto opinabile, esclusione del mancato rispetto delle norme regolamen-

<sup>17</sup> Di «giustificazioni della violazione dell'art. 72 Cost.» parla E. CASTORINA, *È possibile dichiarare costituzionalmente illegittima una (intera) legge di bilancio?*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 2019, 6.

<sup>18</sup> Corte cost., ord. n. 17 del 2019, § 4.3. del *Considerato in Diritto*.

<sup>19</sup> Corte cost., ord. n. 17 del 2019, § 4.2. del *Considerato in Diritto*.

<sup>20</sup> In tal senso si esprime D. PICCIONE, *I molti paradossi dei maxi-emendamenti, e le (poche) soluzioni possibili agli effetti perversi da questi generati*, in N. LUPO (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, Padova, 2010, 103, individuando nel carattere politico delle questioni il filo conduttore che lega i vari ambiti dell'«immobilismo giurisprudenziale» della Corte.

tari – non si è mai pronunciata in tal senso, pur essendo indubbia la lesione della prassi in esame alle norme costituzionali sul procedimento. Le ragioni di siffatta scelta affondano le proprie radici, con molta probabilità, nel considerare – come si evince dalla sentenza n. 391 del 1995 – il ricorso al connubio maxi-emendamento – questione di fiducia, quale «procedimento speciale», sganciato dall'art. 72 Cost. e rimesso alla sola disciplina dei regolamenti parlamentari. Un vero e proprio passo indietro rispetto alle aperture della sentenza n. 9 del 1959, con ineluttabili ripercussioni sulla successiva e inevitabilmente granitica giurisprudenza costituzionale. Ferma e risoluta la Corte nella sentenza n. 148 del 1999, escludendo sbrigativamente il vizio e «rilevando che la censura nulla aggiunge[va] ai profili già decisi nel senso dell'infondatezza dalla sentenza n. 391 del 1995». Molti i casi risolti con successive pronunce di mera inammissibilità, tra i quali si ricorda quello deciso con sentenza n. 398 del 1998, in cui è la modalità di accesso, in via principale, a precludere l'esame nel merito, posto che «non è chiaro nella prospettazione delle ricorrenti in qual modo [un vizio di formazione della legge statale per assunta violazione dell'art. 72 della Costituzione] si risolverebbe in invasione o menomazione della competenza regionale». Diverse le occasioni in cui la Corte ha successivamente ribadito che la conformità alle norme regolamentari fosse indice di conformità a Costituzione, rigettando così le questioni prospettate, senza mostrare alcun interesse verso lo «svuotamento sostanziale delle prescrizioni costituzionali»<sup>21</sup>, conseguente al mero rispetto del dato formale dei regolamenti parlamentari<sup>22</sup>. Se qualche segno di attenzione appare nella sentenza n. 22 del 2012, è nella sentenza n. 32 del 2014 che la Corte ha iniziato a muovere chiare critiche nei confronti del pregiudizio che maxi-emendamento e questione di fiducia arrecano al dibattito parlamentare, compromettendone le garanzie a esso sottese. Il ricorso al binomio in esame è divenuto poi, nella successiva pronuncia n. 251 del 2014, espressione di una «problematica prassi». Lungi dal contestualizzare siffatta precisazione in una prospettiva di più ampio respiro, relativa all'assorbimento dei vizi formali da parte di quelli sostanziali, si è apprezzato, invece, in quell'occasione, il valore dell'affermazione, sperando che su quella scia si sarebbero potuti orientare «futuri sviluppi della giurisprudenza costituzionale»<sup>23</sup>.

L'ordinanza n. 17 del 2019 è un'indubbia espressione di siffatto auspicio.

Muovendo dalla necessità di ribadire che i principi costituzionali di cui agli artt. 70 e 72 Cost. «sono volti a consentire a tutte le forze politiche, sia di maggioranza sia di minoranza, e ai singoli parlamentari che le compongono, di collaborare *cognita causa* alla formazione del testo, specie nella fase in commissione,

<sup>21</sup> In tal senso, cfr. A. LO CALZO, *La Corte torna sulla materia dei decreti-legge dopo la "svolta" della sentenza n. 22/2012: alcune considerazioni sulla sentenza n. 237 del 2013*, in *www.giurcost.org.*, 21.

<sup>22</sup> Corte cost., sentt. nn. 237 del 2013, 59 del 2014.

<sup>23</sup> Così, G. PICCIRILLI, *Non è incostituzionale l'"accorpamento" tra decreti-legge, se si mantiene l'omogeneità materiale*, in questa *Rivista*, 2014, 4464.

attraverso la discussione, la proposta di testi alternativi e di emendamenti (...) e che «gli snodi procedurali tracciati dall'art. 72 Cost. scandiscono alcuni momenti essenziali dell'*iter legis* che la Costituzione stessa esige che siano sempre rispettati a tutela del Parlamento inteso come luogo di confronto e di discussione tra le diverse forze politiche, oltre che di votazione dei singoli atti legislativi, e a garanzia dell'ordinamento nel suo insieme, che si regge sul presupposto che vi sia un'ampia possibilità di contribuire, per tutti i rappresentanti, alla formazione della volontà legislativa»<sup>24</sup>, la Corte ha condannato le forzature procedurali derivanti dalla «estremizzazione della prassi dei maxi-emendamenti approvati attraverso il voto della questione di fiducia»<sup>25</sup>. Il ricorso a siffatto connubio finisce per limitare «i tempi a disposizione per la discussione al punto da vanificare l'esame in Commissione e da pregiudicare la stessa possibilità per i parlamentari di conoscere il testo ed esprimere un voto consapevole»<sup>26</sup>. Dirompenti e assai problematici, dunque, gli effetti derivanti dal ricorso alla prassi in esame: pregiudizievoli rispetto al “buon andamento” del *procedimento legislativo*, stante la compressione dell'esame parlamentare e il “voto bloccato”; deleteri rispetto al *prodotto finale*, la legge che, in tal modo, lungi dall'essere il frutto di un pubblico dibattito, la sintesi di un contraddittorio, la risultante della dialettica politica, viene ridotta a mero prodotto legislativo confezionato, rispetto al quale ciascun parlamentare, sotto scatto di un indubbio ricatto politico, può solo scegliere se accettare o rigettare *in toto* la proposta.

4. *Ripercussioni sul sistema democratico e tentativi di intervento delle istituzioni.* – Benché di origine indubbiamente procedurale, il ricorso alla fiducia su maxi-emendamenti provoca, dunque, effetti distorsivi sugli assetti della forma di governo e, di conseguenza, sul principio della separazione dei poteri, «declinato nel senso della corretta imputazione delle responsabilità politiche e istituzionali»<sup>27</sup>. Qualora, infatti, avvalersi delle conseguenze procedurali derivanti dall'abbinamento maxi-emendamenti – questione di fiducia diventa funzionale ad aggirare tempi e modi di approvazione della legge<sup>28</sup>, garantendo così un'ati-

<sup>24</sup> Di «una bella definizione che, oltretutto rivela in controluce i rischi dei progetti correnti di democrazia referendaria: dove il “confronto” e la “discussione”, che fanno maturare le decisioni, si possono comprimere sino a ridursi ad un sì/no», parla A. MANZELLA, *L'opposizione in regime di parlamentarismo assoluto*, in *www.federalismi.it.*, 2019, 3.

<sup>25</sup> Corte cost., ord. n. 17 del 2019, § 4.1. e 4.3. del *Considerato in Diritto*.

<sup>26</sup> Corte cost., ord. n. 17 del 2019, § 4.3. del *Considerato in Diritto*.

<sup>27</sup> Così, L. CUOCOLO, *I “maxi-emendamenti” tra opportunità e legittimità costituzionale*, in questa *Rivista*, 2004, 4766.

<sup>28</sup> Ci sia consentito rinviare a G. PISTORIO, *Maxi-emendamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, cit., *passim*, dove, tramite un *excursus* storico in cui si esaminano i numerosi ricorsi alla prassi in esame, si cerca di dimostrare che quando il Governo pone questione di fiducia su di un maxi-emendamento non vuole verificare la tenuta del rapporto fiduciario, né rinsaldare le fila della maggioranza, né perseguire finalità antiostruzionistiche, ma solo avvalersi delle

pica corsia preferenziale alle proposte governative, si appalesa la degenerazione funzionale della questione di fiducia, incidendo ineluttabilmente sui rapporti tra Governo e Parlamento<sup>29</sup>. Si rafforza inesorabilmente il ruolo dell'Esecutivo, ormai *dominus* del procedimento legislativo, a scapito del Parlamento, quasi «espropriato» della funzione legislativa nell'approvazione di maxi-emendamenti coperti da questione di fiducia<sup>30</sup>. Un vero e proprio «paradosso della nostra democrazia maggioritaria»<sup>31</sup>: il Governo è debole perché diviso al suo interno, ma «è riuscito nel tempo a costruire un'arma micidiale (...) che gli consente di superare qualsiasi lungaggine o difficoltà nel dibattito parlamentare<sup>32</sup>. (...) un'arma che annichilisce il Parlamento»<sup>33</sup>. Quest'ultimo è però in larga misura responsabile, manifestando una certa disaffezione verso l'esercizio delle proprie funzioni e prerogative, se non una vera e propria «supina accettazione»<sup>34</sup> dello strapotere del Governo<sup>35</sup>.

Prevedibili le ripercussioni di tale fenomeno sul prodotto finale. La violazione delle norme costituzionali sul procedimento, oltre a ripercuotersi sul funzionamento della forma di governo, incide sulla qualità della legislazione. Sotto il segno dell'emergenza, della fretta e dell'eccezione o, più acutamente, in virtù di una tattica politicamente vantaggiosa per tutti gli attori del processo decisionale<sup>36</sup>, si confeziona un prodotto finale disarticolato, a livello formale – pochi arti-

conseguenze procedurali dell'istituto, quali, la priorità, l'indivisibilità, l'inemendabilità e arrivare così all'approvazione integrale, altrimenti difficilmente raggiungibile in tempi stretti e certi, di un provvedimento per lo più composto da norme eterogenee e disorganiche.

<sup>29</sup> Secondo A. PACE, *Disegno costituzionale e mutamento della forma di governo*, in questa *Rivista*, 1975, 1136, tenuto conto del fatto che «la forma di governo parlamentare difetta (...) di una sua prescrittività giuridica, (...) le garanzie della forma di governo diseginate trent'anni fa sono (...) meramente politiche, ma non perciò meno forti e decisive di quelle giuridiche, peraltro nella misura in cui i politici al governo dimostrino di essere sensibili ai problemi istituzionali».

<sup>30</sup> Così, G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova 2008, 293.

<sup>31</sup> In tal senso, cfr. V. LIPPOLIS, G. PITRUZZELLA, *Il bipolarismo conflittuale. Il regime politico della Seconda Repubblica*, Catanzaro 2007, 47.

<sup>32</sup> Complice del rafforzamento del ruolo dell'Esecutivo nell'arena parlamentare è stata secondo P. PISICCHIO, *Dal Parlamento legislatore al Parlamento degli atti di indirizzo*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2012, 3, l'evoluzione dei regolamenti parlamentari, prevedendo, in particolare, l'ingresso delle indicazioni governative nella definizione dell'agenda parlamentare, la riduzione dei tempi di discussione, il principio del contingentamento dei tempi nella procedura legislativa.

<sup>33</sup> Così, V. LIPPOLIS, *Un onesto compromesso regolamentare: il divieto di maxi-emendamenti in cambio di tempi certi di esame dei disegni di legge governativi*, in N. LUPO (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, cit., 43.

<sup>34</sup> Così, M. MANETTI, *Regolamenti e compromesso parlamentare*, in *www.costituzionalismo.it*, 2017, 3.

<sup>35</sup> In tal senso, cfr. R. CALVANO, *La decretazione d'urgenza nella stagione delle larghe intese*, in *www.rivistaic*, 3.

<sup>36</sup> L'incremento del ricorso al binomio in esame a ogni nuova legislatura è indubbia conferma che siffatta prassi rappresenti il frutto di una negoziazione politica, efficacemente definita «un'ipocrisia collettiva» (G. GUZZETTA G., *Maxi-emendamenti e ruolo della corte costituzionale nella democrazia maggioritaria*, in LUPO N. (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, Padova 2010, 53), i cui vantaggi sono evidenti per tutti. La maggioranza, pur consapevole di dover accettare qualche sgradita proposta, si nasconde dietro l'esigenza di non voler provocare

coli, se non uno soltanto, centinaia, migliaia di commi – disomogeneo, a livello sostanziale<sup>37</sup>. Con un'unica certezza: l'incertezza che ne consegue. Anche senza spingersi fino ad affermare che la certezza del diritto «è elemento intrinseco del diritto, sì che il diritto o è certo o non è neppure diritto»<sup>38</sup>, è indubbio che leggi poco chiare, mal formulate, disorganiche, in una parola «oscure», pregiudicano la comprensibilità delle norme, ripercuotendosi negativamente sull'osservanza e dunque sull'effettività delle stesse e, in più in generale, incidendo sulla qualità della democrazia, ostacolano un'efficace interazione tra istituzioni e cittadini<sup>39</sup>.

Non è un caso, peraltro, che a fronte delle evidenti ripercussioni sull'intero sistema democratico sono stati diversi i tentativi di intervento delle istituzioni.

Di scarso ausilio però gli strumenti introdotti da Parlamento e Governo<sup>40</sup>. D'altra parte, è difficile debellare la patologia in esame contando sull'intervento degli attori stessi del processo decisionale: «se nessuno è senza peccato (...) nessuno scaglierà la prima pietra»<sup>41</sup>.

Per lo più analoghi gli effetti dei moniti provenienti dal Presidente della Repubblica per porre un freno alle degenerazioni derivanti dall'approvazione di leggi tramite maxi-emendamenti coperti da questione di fiducia<sup>42</sup>.

Ciò non significa, però, che l'intervento del Presidente della Repubblica non

la caduta del Governo; l'opposizione si esime da ogni forma di responsabilità, si mostra alle volte pronta a gridare allo scandalo, ma una volta divenuta maggioranza, essa stessa si avvarrà del ricorso alla prassi in esame «sempre in nome dell'emergenza» (G. GUZZETTA G., *Maxi-emendamenti e ruolo della corte costituzionale nella democrazia maggioritaria*, cit., 53); il Governo esercita un indiscusso predominio nel procedimento di approvazione della legge, auspicando a divenire, in una prospettiva di più ampio respiro, il «signore delle fonti» (M. CARTABIA M., *Il Governo "signore delle fonti"?*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Atti del Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Università degli Studi Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011, Torino 2011, IX).

<sup>37</sup> D'altra parte, se e nella misura in cui «è la politica che prevale sulla tecnica» (M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari 2010, 81), ovvero è l'accordo politico a prendere il sopravvento sulla progettazione strutturale della legge, le procedure e le tecniche redazionali assumono valore strumentale, venendo alterate, piegate, violate, pur di raggiungere «ciò che risulta davvero importante, ossia il perseguimento dell'obiettivo sostanziale prefissato» (R. ROMBOLI, *Tecnica legislativa e qualità della legislazione: l'inidoneità del giudizio costituzionale a verificarne i vizi*, in *Foro italiano*, 2008, 1425).

<sup>38</sup> Così, N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1951, 150 s., secondo il quale, posto che la certezza è «indissolubilmente legata al diritto (...), non si può neppure immaginare un ordinamento giuridico senza che sussista una sia pur minima garanzia di certezza».

<sup>39</sup> Per tale orientamento, cfr. B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna 2011.

<sup>40</sup> Si pensi, a titolo esemplificativo, alle modifiche apportate ai regolamenti parlamentari, all'istituzione del Comitato per la Legislazione, alla sensibilizzazione di una cultura del *drafting* legislativo.

<sup>41</sup> Così, F. SORRENTINO, *Per una soluzione giurisprudenziale al problema dei maxi-emendamenti*, in LUPO N. (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, cit., 46.

<sup>42</sup> Si pensi, *ex plurimis*, al primo degli otto rinvii effettuali dal Presidente Ciampi, nel 2000; al successivo rinvio effettuato il 5 febbraio 2002; al messaggio del 16 dicembre 2004; al discorso inaugurale del Presidente Napolitano dinanzi alle Supreme Magistrature dello Stato, il 20 dicembre 2006; all'appello fatto dallo stesso alle Camere nel settembre 2007; nonché ai severi moniti – tra cui

sia stato per nulla efficace. Anzi. Come già avvenuto con riguardo alla decretazione d'urgenza, non è escluso che il contributo del Capo dello Stato non sia stato in grado di incidere sulla giurisprudenza della Corte costituzionale. È nella stessa ottica di quelle «convergenze parallele»<sup>43</sup> tra Presidente della Repubblica e Corte costituzionale che potrebbe leggersi l'ordinanza n. 17 del 2019.

D'altra parte, se la lettera inviata dal Capo dello Stato Scalfaro al Presidente del Consiglio nel 1996, ove auspicava che la reiterazione dei decreti-legge potesse trovare un'immediata soluzione, nonché il messaggio di rinvio del Presidente Ciampi nel 2002, hanno contribuito a realizzare quella «sorta di “effetto di trascinamento”» nei confronti della Corte costituzionale<sup>44</sup>, contribuendo, con ogni probabilità, a spingere quest'ultima a intervenire a fronte delle deviazioni dal modello costituzionale della decretazione d'urgenza – come poi effettivamente avvenuto, con la sentenza n. 360 del 1996, con riguardo alla reiterazione<sup>45</sup> e, a partire dalla sentenza n. 171 del 2007, con riferimento alla sussistenza dei presupposti di necessità e urgenza dei decreti-legge – le reazioni presidenziali avverso la prassi dei maxi-emendamenti, abbinati a questioni di fiducia, potrebbero aver indotto la Corte a soffermarsi, nell'ordinanza n. 17 del 2019, sugli effetti problematici del ricorso al binomio, condannandolo risolutamente.

5. *Prudenza nel caso di specie, avvertimenti pro futuro.* – Resta da capire, allora, per quale ragione il giudice costituzionale, pur addentrandosi nei meandri di una questione squisitamente politica e dimostrando quindi di accantonare anche quella tendenziale riottosità di intervento nel circuito Governo-Parlamento, abbia poi deciso nel senso dell'inammissibilità.

Se «il caso è la molla che muove l'interprete e dà la direzione»<sup>46</sup>, ostacolo di non poco momento è stato indubbiamente l'oggetto del conflitto di attribuzioni, vale a dire la legge di bilancio e gli *inevitabili effetti* derivanti dall'accoglimento del conflitto stesso, superato il vaglio di ammissibilità<sup>47</sup>.

la lettera di accompagnamento alla promulgazione della legge n. 94 del 2009 – che hanno preceduto il rinvio, ex art. 74 Cost., effettuato il 31 marzo 2010.

<sup>43</sup> In tal senso, cfr. D. CHINNI, *Le “convergenze parallele” di Corte costituzionale e Presidente della Repubblica sulla limitata emendabilità della legge di conversione del decreto-legge*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2012.

<sup>44</sup> In tal senso, cfr. G. D'AMICO, *Gli argini della Costituzione e il “vulcano” della politica. Brevi considerazioni a riguardo del decreto-legge 25 gennaio 2002, n. 4 e del suo “seguito” governativo*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2002.

<sup>45</sup> Per tale orientamento, si veda A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Milano 2003, 13 ss. Dello stesso avviso, D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Napoli 2014, 185 s.

<sup>46</sup> Così, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992, 183. Sul ruolo e sulla funzione, poi del «contesto» nell'interpretazione giuridica, cfr. M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli 2014, 24 ss.

<sup>47</sup> Così, E. ROSSI, *L'ordinanza n. 17/2019 e il rischio dell'annullamento della legge di bilancio*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2019.

Vero è che per l'approvazione di tali leggi, il ricorso al binomio in esame, pur insinuandosi sin dalle prime legislature del maggioritario, è divenuto stabile e duraturo nei primi anni del Duemila, tanto da contribuire alla configurazione di un «modello» di legge finanziaria, caratterizzato da (illegittimi) profili sostanziali e formali<sup>48</sup>. Sul piano *contenutistico*, la manovra finanziaria di fine legislatura disciplina le più svariate questioni, dai settori politicamente più rilevanti agli aspetti più curiosi e singolari<sup>49</sup>. Sul piano *procedurale*, il ricorso all'espedito in esame è stata la strada maestra per il conseguimento dell'accordo politico, volto al confezionamento di leggi solo “nominalmente” tali, essendo per lo più composte da un solo articolo e un numero elevatissimo di commi. Si pensi alla legge finanziaria per il 2005, un solo articolo e 572 commi; alla legge finanziaria per il 2006, un solo articolo e di 612 commi; per arrivare poi all'ineguagliabile record raggiunto dalla legge finanziaria per il 2007, un solo articolo e 1364 commi. Nonostante l'evidente violazione formale e sostanziale della Costituzione<sup>50</sup>, che ha portato all'approvazione di leggi «praticamente illeggibili per chi non sia strettamente addetto ai lavori», leggi che «mina[no] la certezza del diritto», stravolgendo «l'idea stessa di legge e dei rapporti corretti tra potere politico, pubblica amministrazione e cittadini»<sup>51</sup>, tale “modello” è stato poi seguito negli anni successivi, sebbene i buoni propositi non mancassero: «lo si dice ogni anno ma non lo si fa mai. Appena ultimato l'iter della Finanziaria, ci si promette che sarà l'ultima volta che verrà seguita questa estenuante procedura. In realtà rimane sempre tutto uguale. Anzi peggiora»<sup>52</sup>. Di anno in anno. Fino ad arrivare alla legge di bilancio per il 2018, il cui articolo 1 raggiunge i 1181 commi e l'intero testo, composto da altri 18 articoli, ha dato vita a un prodotto normativo dalle proporzioni, a dir poco, eccessive<sup>53</sup> e, infine, alla legge oggetto del conflitto sollevato dinanzi alla Corte.

Vero è che tale prassi si è consolidata nel tempo «da parte di governi di ogni composizione politica, in cerca di risposte alle esigenze di governabilità»<sup>54</sup>.

<sup>48</sup> Così, L. LORELLO, *La legge finanziaria e gli equilibri della forma di governo in Italia*, in S. PAJNO- G. VERDE (a cura di), *Studi sulle fonti del diritto – Le relazioni tra Parlamento e Governo*, Milano 2010, 353 ss.

<sup>49</sup> Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla legge finanziaria per il 2018, i cui temi spaziano dai settori più controversi, tra i quali gli affari esteri, la finanza locale, l'agricoltura, il pubblico impiego, il lavoro, la scuola, l'informazione agli aspetti più singolari, che vanno dalle dotazioni di primo soccorso sui treni passeggeri, al monitoraggio geofisico del territorio italiano, passando per il finanziamento a favore delle ricerche in Artico per il triennio 2018-2020.

<sup>50</sup> In tal senso, cfr. B.G. MATTARELLA, *Riflessioni sulla legittimità costituzionale delle ultime leggi finanziarie*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 783.

<sup>51</sup> Così, G. ZAGREBELSKY, *La Finanziaria, una legge speciale*, in *www.lavoce.info*, 9 gennaio 2007.

<sup>52</sup> Così, T. BOERI, P. GARIBALDI, *Dal maxi-emendamento alla mini Finanziaria*, in *www.lavoce.info*, 9 gennaio 2007.

<sup>53</sup> Essendo formato da «un numero di parole pari a due terzi delle parole del maggior romanzo italiano “I Promessi Sposi”», come efficacemente rilevato da S. CASSESE, «Un successo nella Repubblica fondata sulla confusione». *6 domande a Sabino Cassese*, in *La Stampa*, 3 febbraio 2018.

<sup>54</sup> Corte cost., ord. n. 17 del 2019, § 4.3. del *Considerato in Diritto*.

Tuttavia, come precisato dalla Corte stessa, non si può per ciò solo giustificare «qualunque prassi si affermi nelle aule parlamentari, anche *contra Constitutionem*»<sup>55</sup>. Anzi, occorre arginare gli usi che conducono a un progressivo scostamento dai principi costituzionali<sup>56</sup>.

Ma non è questo il caso.

La violazione censurata non supera infatti quella soglia di evidenza, tale da giustificare l'intervento della Corte.

È più che probabile che dietro la scelta della Corte si celi il timore delle possibili conseguenze derivanti dall'accoglimento del conflitto sull'assetto politico-istituzionale. La necessità di salvare una legge fondamentale dello Stato ha preso il sopravvento, in nome del «realismo contro la Costituzione. Lo Stato – o meglio la ragion di Stato – ha vinto; la Costituzione ha dovuto soccombere»<sup>57</sup>. Il «bilancio è un “bene pubblico”»<sup>58</sup> e il rischio degli effetti caducatori di una legge di tal guisa sulle amministrazioni pubbliche, sui cittadini, sui mercati finanziari è stato il deterrente che ha inibito la scelta di una soluzione drastica<sup>59</sup>.

Ma non di una pronuncia doppiamente monitoria e quasi minacciosa.

Un monito specificamente rivolto agli organi parlamentari, tenuto conto degli effetti problematici derivanti dall'applicazione delle regole procedurali. Un monito alla politica, affinché la legge recuperi «il ruolo di momento di conciliazione, in forma pubblica e democratica, dei diversi principi e interessi in gioco»<sup>60</sup>.

Minacciosa, la chiusa finale dell'ordinanza. Qualora i moniti non dovessero sortire gli effetti sperati, «in altre situazioni» – per esempio, in sede di conflitto su leggi diverse o in sede di giudizio di costituzionalità<sup>61</sup> – una simile violazione «potrebbe portare a esiti differenti»<sup>62</sup>.

<sup>55</sup> Corte cost., ord. n. 17 del 2019, § 4.3. del *Considerato in Diritto*.

<sup>56</sup> Pur essendo l'assetto delle fonti normative condizionato dal rapporto tra poteri, non dovrebbe mai cedere, come invece spesso avviene, «di fronte alle consuetudini e alle prassi (...) proprio perché verrebbero in gioco, sia pur indirettamente i diritti individuali» (A. PACE, *Intervento*, in AA. VV., *La delega legislativa*. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008, Milano 2009, 276).

<sup>57</sup> Così, E. CASTORINA, *È possibile dichiarare costituzionalmente illegittima una (intera) legge di bilancio?*, cit., 6.

<sup>58</sup> Corte cost., ord. n. 17 del 2019, § 4.1. del *Considerato in Diritto*.

<sup>59</sup> Così, N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, cit., 4; E. ROSSI, *L'ordinanza n. 17/2019 e il rischio dell'annullamento della legge di bilancio*, cit. 1 ss.

<sup>60</sup> Corte cost., ord. n. 17 del 2019, § 4.3. del *Considerato in Diritto*.

<sup>61</sup> Secondo M. CARDONE, *Quali spazi aperti lascia il precedente? (Tre battute a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019 della Corte costituzionale)*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2019, 4, per altre situazioni potrebbero intendersi sia quelle in sede di giudizio di costituzionalità posto che siffatto giudizio «ha già dimostrato di essere la sede idonea per censurare le deformazioni del sistema delle fonti», sia quelle in sede di conflitto su leggi diverse da quella di bilancio, rispetto alle quali le «attenuanti» che nel caso di specie hanno portato all'inammissibilità del conflitto potrebbero non operare «perché non vi è una specifica procedura parlamentare di approvazione con tempi contingentati; (...) perché non vi è necessità di contestuale interazione con le istituzioni europee».

<sup>62</sup> Corte cost., ord. n. 17 del 2019, § 4.4. del *Considerato in Diritto*.

Tale affermazione non pare essere «la pietra tombale, la “finale di partita” sulla sindacabilità degli *interna corporis* parlamentari»<sup>63</sup>. Anzi. Più che mai, in tale occasione, quel che pare guidare la Corte «non è timidezza e, meno che mai, subalternità, ma capacità di guardare ogni problema di costituzionalità “da entrambi i lati”: la garanzia dei diritti ma anche l'integrità del campo di applicazione dei diritti medesimi»<sup>64</sup>. Se è vero che la giustizia costituzionale è funzionale alla democrazia, contribuendo «a sbloccare gli inceppamenti del processo democratico», il *modus agendi* di un giudice responsabile, a fronte di situazioni istituzionalmente e costituzionalmente critiche, è ispirato da una ragionevole prudenza nel garantire la tenuta dell'intero ordinamento<sup>65</sup>.

Non è la cieca applicazione della Costituzione, sempre e a qualunque costo, anche nell'ignoranza consapevole delle conseguenze, che ispira l'operato della Corte, bensì la necessità di raggiungere, di volta in volta, caso per caso, un ragionevole punto di equilibrio che tenga conto anche dell'impatto di eventuali decisioni sull'assetto politico-istituzionale.

*Fiat iustitia ne pereat mundus.*

Se oggi la Corte ha in parte deciso di non decidere, ha dimostrato però di aver depurato il campo da quell'eccesso di politicità dietro il quale, forse, in passato si celava quella tendenziale riluttanza a intervenire sulla prassi dei maxi-emendamenti approvati con questione di fiducia e, con un «super-monito»<sup>66</sup>, ha preparato il terreno per nuovi scenari futuri.

Abbandonato quindi il proprio *self restraint*, il «tradizionale contegno attendista», la Corte sembra essere pronta a intervenire sui gangli nodali del rapporto tra Governo e Parlamento in tema di fonti, assumendo così «un piglio più concreto, che riconosce in prima battuta al legislativo la titolarità delle scelte politiche, ma esige risposte in tempi rapidi»<sup>67</sup>.

Innegabile, in tale contesto e nell'ottica (*rectius*, nell'auspicio) di un futuro sviluppo della giurisprudenza costituzionale, l'analogia rispetto alle reazioni della Corte su precedenti prassi viziose. Si pensi alle numerose violazioni perpetrate in tema di decretazione d'urgenza e, in particolare, con riguardo alla reiterazione dei decreti-legge. Non è stato sufficiente il monito contenuto nella sentenza n.

<sup>63</sup> Come invece affermato da S. CURRERI, *L'occasione persa (prime note sull'ordinanza n. 17/2019 della Corte costituzionale)*, cit., 9.

<sup>64</sup> Così, G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008, 280 s.

<sup>65</sup> Così, G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 280.

<sup>66</sup> Così, N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, cit., 10.

<sup>67</sup> In tal senso, cfr. G. SALVADORI, *Lo stile d'ordinanza per una nuova Corte costituzionale. Osservazioni a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019 (e qualche suggestione sulla scia dell'ordinanza n. 207 del 2018)*, in *www.osservatoriosullefonti.it.*, 2019, 14, secondo il quale da una lettura della giurisprudenza nel suo complesso, si evince che, «a fronte di un potere politico debole e in fase di grande fluidità, il giudice delle leggi ha colto le occasioni che si sono presentate per perfezionare un nuovo 'ritmo' di tutela dei diritti fondamentali, volto ad assicurare effettiva giustizia costituzionale in tempi celeri».

302 del 1988 per arginare il protrarsi di quella prassi sì degenerativa da «oscurare principi costituzionali di rilevanza primaria (...), principi la cui violazione o elusione è suscettibile di incidere non soltanto sul corretto svolgimento dei processi di produzione normativa, ma anche sugli equilibri fondamentali della forma di governo»<sup>68</sup>. È allora con la sentenza n. 360 del 1996 che la Corte è intervenuta dichiarando l'illegittimità della reiterazione posto che ormai il problema della reiterazione aveva reso il Governo il principale legislatore e la decretazione «il punto saliente del distacco riscontrabile tra la realtà delle fonti normative e il modello immaginato o presupposto dai costituenti», tale da pregiudicare anche la certezza del diritto e dei diritti dei consociati<sup>69</sup>.

Ecco allora che la Corte, intervenendo su di un singolo decreto-legge censurato, quale oggetto diretto, ha condannato la reiterazione, quale oggetto indiretto, cui il decreto-legge «fa tutt'al più da specchio»<sup>70</sup>.

D'altra parte, incidere su di un singolo atto può rivelarsi il mezzo necessario e indispensabile per annientare la prassi, di cui l'atto è evidente manifestazione<sup>71</sup>.

*Unum castigabis, centum emendabis.*

Tante e fin troppe evidenti le analogie tra l'abuso della decretazione d'urgenza e il binomio in esame per ritenere che, qualora si realizzi «in altre situazioni una simile compressione della funzione costituzionale dei parlamentari», siano maturi i tempi per un intervento, ormai improcrastinabile, della Corte<sup>72</sup>, al fine di reprimere, in nome della «saggezza giuridica», un «fatto abnorme», quale quello derivante dall'abbinamento maxi-emendamento e questione di fiducia<sup>73</sup>.

<sup>68</sup> Corte cost., sent. n. 360 del 1996, § 8 del *Considerato in Diritto*.

<sup>69</sup> Così, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, 41.

<sup>70</sup> Così, P. CARNEVALE, *A Corte ... così fan tutti?*, *Contributo ad uno studio su consuetudine, convenzione e prassi costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *www.rivistaaic.it*, 2014, 67.

<sup>71</sup> Sulla funzione assoluta dal sindacato sulla prassi, considerata una «straordinaria occasione per evidenziare, enfatizzandolo», il ruolo della Corte, quale, «custode della costituzionalità dell'ordinamento inteso come un tutto, prima ancora (e più ancora) che di giudice di casi di cui si prefigura la non conformità a Costituzione, di singolari deviazioni dal principio di legittimità costituzionale ascrivibili ad atti o fatti individuali», cfr. P. CARNEVALE, *A Corte ... così fan tutti?*, *Contributo ad uno studio su consuetudine, convenzione e prassi costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 74.

<sup>72</sup> È proprio in sede di conflitto di attribuzioni tra i poteri dello Stato che già in passato si auspicava una soluzione in tal senso. Sul punto, cfr. F. SORRENTINO, *Per una soluzione giurisprudenziale al problema dei maxi-emendamenti*, in LUPO N. (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, cit., 45.

<sup>73</sup> Così, G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna 1998, 142.

## ABSTRACT

**Antonio Barone**, *La Pubblica Amministrazione "riflessiva"*

Il rischio costituisce un tema affrontato dalle scienze sociali sulla base di differenti approcci metodologici e disciplinari. In particolare, è stata la letteratura sociologica ad evidenziare la relazione impresa-concorrenza-mercato-produzione di rischi per la salute e per l'ambiente. Biotecnologie, nanotecnologie, inquinamento elettromagnetico, nuove forme di smaltimento dei rifiuti (termovalorizzatori), nuove forme di produzione di energia (rigassificatori) rappresentano solo alcuni tra i principali dati esemplificativi di un sistema industriale fortemente incentrato sulla ricerca scientifica applicata.

La scienza tende a perdere la sua autonomia, confondendosi con la tecnica, e al contempo fallisce nel fornire certezze sul modo di affrontare e neutralizzare i rischi da essa stessa (più o meno direttamente) generati. Si tratta di rischi che, non a caso, sono definiti «da incertezza scientifica» (o «da ignoto tecnologico»).

Le caratteristiche distintive della odierna «società del rischio» pongono numerosi profili di riflessione anche nell'ottica del giurista. La tradizionale deferenza del diritto verso i portati tecnico-scientifici, infatti, non è più da sola una risposta esaustiva. Come è noto, il principio di precauzione è il criterio guida dell'azione delle pubbliche amministrazioni (e non solo) in contesti di incertezza scientifica. Nel quadro di un'analisi di diritto amministrativo europeo, il saggio mira a enfatizzare il carattere "procedurale" del principio di precauzione, che risulta strettamente correlato al concetto di Amministrazione "riflessiva".

*The "reflexive" Public Administration*

The theory of the "risk society" has its core in the dangers to health and environment deriving from the relationship among: firms, competition, market and production. It shifts the attention from firms' entrepreneurial choices to the creation of "social exposures to risk". There, indeed, exists an unbreakable correlation between enterprise risks, based on techno-economic choices, and citizens and consumers' unaware and accidental exposure to new risks. Nowadays, science tends to lose its autonomy, blending itself into technique and, in

the meantime, fails to deliver “certainties” on how to best face and neutralize the risks it (more or less directly) creates itself. Therefore, risk calculation, as defined so far by science and legal systems, is likely to crumble.

Examples of fields requiring trade-offs between demands of economic production and the need to guarantee the safety and freedom of individuals and communities are many, e.g.: air and electromagnetic pollution, water safeguard, waste management, risky industrial activities, Genetically Modified Organisms and Micro-Organisms, food safeguards, drugs for human consumption, and so on.

As well-known, the precautionary principle is the basic principle of action by public powers in cases of scientific uncertainty. This essay aims to emphasise the precautionary principle’s “procedural” character, which is strictly linked with the concept of the “reflexive” Administration. The research will be conducted through the analysis of the EU law. Moreover, inside the “Administrative law Community”, the essay will try to point out some major consequences of European Administrative law on the Italian Administrative law system.

**Marco Lipari**, *Gli agri mammiferi apuani: patrimonio indisponibile pubblico dei Comuni o proprietà privata?*

È discusso, da qualche tempo, il regime di appartenenza delle cave di marmo situate nelle Alpi Apuane: non è chiaro se esse sono di proprietà pubblica o privata.

Una recente proposta di iniziativa legislativa statale, formulata dalla Regione Toscana intende stabilire autoritativamente la natura pubblica di tali beni, utilizzati pacificamente da soggetti privati da più di due secoli.

La relazione ufficiale che accompagna il disegno di legge qualifica l’intervento come legge retroattiva di interpretazione autentica, riferita, genericamente, all’antica legislazione precedente l’Unità d’Italia (normativa estense dell’anno 1751).

In tal modo, l’intervento si pone in contrasto con i principi espressi dalla Corte costituzionale italiana e dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, con riguardo alla tutela dell’affidamento, alla garanzia dell’impresa privata, alla protezione dei beni privati, al diritto al giusto processo.

*The Marble Quarries of Apuan Mountains: Public Unavailable Heritage of Municipalities or Private Property?*

The regime of belonging of the marble quarries located in the Apuan Alps has been discussed for some time: it is not clear whether they are public or private property.

A recent proposal for a state legislative initiative, formulated by the Tuscany Region, intends to establish authoritatively the public nature of these assets, used peacefully by private subjects for more than two centuries.

The official report accompanying the proposal qualifies the intervention as

a retroactive law of authentic interpretation, referring, generically, to the ancient legislation preceding the Unity of Italy (Estense legislation of the year 1751).

In this way, the intervention is in contrast with the principles expressed by the Italian Constitutional Court and the European Court of Human Rights, with regard to the protection of good faith, the guarantee of private economic activity, the protection of private assets, and the right to a fair trial.

**Mario Rosario Spasiano**, *Storia, fondamento e attualità del potere sostitutivo nella pubblica amministrazione: dalla logica della straordinarietà all'amministrazione alternativa*

Lo studio ripercorre i principali differenti significati assunti nel tempo dal potere sostitutivo della pubblica amministrazione. L'analisi della sua evoluzione e della sua recente diffusione nell'ordinamento giuridico italiano induce a ritenere che il potere sostitutivo abbia ormai assunto la caratterizzazione di un vero e proprio potere alternativo, un rimedio tuttavia inefficace per una moderna amministrazione pubblica.

*History, Foundation and Relevance of Substitutive Power in Public Administration: from the Logic of the Extraordinariness to the Logic of Alternative Administration*

The essay traces some of the main different meanings assumed over time by the substitutive power of the public administration. The analysis of its evolution and its recent diffusion in the Italian legal system leads us to believe that the substitutive power has by now assumed the characterization of a real alternative power, a remedy but ineffective for a modern public administration

**Maria Pia Iadicicco**, *Frontiere e confini del diritto alla salute*

Muovendo dalla chiarificazione del significato dei concetti di “frontiera” e “confine”, lo studio mira ad approfondire due questioni distinte ma collegate: in primo luogo, i confini concettuali del diritto alla salute, che subiscono, per fattori endogeni ed esogeni, continui e significativi spostamenti. In secondo luogo, l'attenzione è appuntata sulla mobilità sanitaria extrafrontaliera nell'Unione europea, per approfondire il ruolo della salute in quell'ordinamento e le ricadute del fenomeno della mobilità transfrontaliera tanto sul diritto di accesso alle prestazioni sanitarie, quanto sulla libertà di scelta terapeutica.

*Frontiers and Confines of the Right to Health*

Starting from the clarification of the concepts “frontier” and “border”, the study aims to investigate two distinct but related issues: firstly, the conceptual

boundaries of the right to health, which are constantly and significantly shifted by endogenous and exogenous factors. Secondly, the focus is on cross-border healthcare in the European Union; the aim is to deepen the role of health in this system and the cross-border mobility effects both on right to healthcare and therapeutic freedom of choice.

**Silvia Talini**, *Dalla formulazione astratta alle conseguenze di sistema: riflessioni attorno alla proposta di revisione costituzionale in materia di iniziativa legislativa popolare e referendum*

In questo contributo si analizza la proposta di revisione costituzionale in materia di iniziativa legislativa popolare e *referendum*. Dopo alcune considerazioni introduttive riguardanti le diverse forme di democrazia, l'indagine si concentra sulla proposta di riforma degli articoli 71 e 75 Cost. analizzata sotto un duplice angolo visuale: particolare e generale. Sotto il primo profilo si pongono in luce i singoli aspetti critici della proposta, passando poi al secondo piano - di natura generale - in cui le modifiche agli articoli 71 e 75 Cost. vengono poste in relazione con le altre proposte di revisione incidenti sul rapporto tra democrazia rappresentativa e partecipativa. Le riflessioni finali, riguardanti i "pericoli di sistema" derivanti dalle citate proposte, vengono infine condotte alla luce di una lettura evolutiva dei lavori preparatori dell'Assemblea costituente.

*From Theoretical Considerations to System Consequences: the Proposal for a Constitutional Revision on the Popular Legislation and Referendum*

The paper examines the constitutional revision proposal regarding popular legislative initiative and *referendum*. Moving from introductory reflections about the different forms of democracy, the investigation focuses on the proposed reform of articles 71 and 75 of the Constitution analyzed under a double aspect: particular and general. With regard to the first, the analysis focuses on the single critical aspects of the proposal; in the second part - general analysis - the constitutional revision proposal regarding popular legislative initiative and *referendum* is related to the other revision proposals incident on the representative democracy. The final reflections, concerning the "system dangers" deriving from the reform of articles 71 and 75 of the Constitution, are focuses on the preparatory work of the Constituent assembly.

**Giuse Sorrenti**, *Primi passi della Cassazione nei meandri di un processo kafkiano (le pronunce n. 17717 e n. 28205 del 2018 sul rito in materia di protezione internazionale)*

L'articolo analizza le principali anomalie del rito civile in materia di protezione internazionale dello straniero migrante introdotto dal d.-l. n. 14/2017.

Esso evidenzia che, a causa di siffatte deroghe e della contemporanea abolizione dell'appello-reclamo (e considerati i caratteri del giudizio di legittimità dopo la sua riforma), il processo tende ad assumere natura interamente cartolare.

Di seguito, lo scritto esamina due significative sentenze pronunciate dalla Corte di Cassazione nel 2018 (n. 17717 e n. 28205), che rimediano ai più seri *vulnera* apportati agli *standards* del giusto processo, richiedendo precisamente lo svolgimento dell'udienza nel caso – che attualmente costituisce la normalità in mancanza delle regole tecniche di attuazione della disciplina – in cui manchi la videoregistrazione del colloquio reso in precedenza dinanzi alle autorità amministrative.

*First Steps of the Court of Cassation in the Meanders of a Kafkaesque Process (The Decisions No. 17717 and No. 28205 of 2018 on the Procedure in Matters of International Protection)*

The essay analyses the breaches to orality and publicity principles and observance of debate introduced in the civil judgments concerning international protection of the migrant stranger by the Decree-Law No. 14/2017.

It points out that, due to these derogations and the contemporary suppression of the appeal (and considering the actual characters of the third jurisdictional degree after its reform), the trial could assume a totally written nature.

Therefore, the writing examines two significant sentences pronounced by the Italian Court of Cassation in 2018 (No. 17717 and No. 28205), which redress the most serious breaches to fair trial standards, precisely requiring a public hearing when – as always happens at the moment in the absence of technique rules implementing the law – there is not any previous video recording of the stranger's interview before administrative authorities.

**Giovanna Pistorio**, *Fiat iustitia ne pereat mundus. Un monito ultimativo sull'abuso del ricorso ai maxi-emendamenti con questione di fiducia. Nota all'ordinanza n. 17 del 2019 della Corte costituzionale.*

L'ordinanza in commento rappresenta un fondamentale tassello della giurisprudenza costituzionale non solo in tema di legittimazione attiva dei singoli parlamentari, avendone, per la prima volta la Corte riconosciuto l'ammissibilità, in sede di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, ma anche con riguardo ai dirompenti effetti arrecati al procedimento legislativo dal ricorso al binomio maxi-emendamenti – questione di fiducia. Rispetto alla tendenziale riottosità manifestata sin dalla sentenza n. 9 del 1959, la Corte, dopo aver mostrato alcuni segni di attenzione nei confronti di tale “problematica prassi”, ha colto l'occasione, nel caso in esame, per condannare le forzature procedimentali da essa derivanti rispetto ai momenti essenziali dell'*iter legis* come scanditi dai principi costituzionali ex artt. 70 e 72 Cost.

*Fiat iustitia ne pereat mundus. A Peremptory Admonishment to Limit the Recourse to the Combination of so-called Maxi-amendments and the Confidence Vote. Comment to the Order n. 17 of 2019 of the Constitutional Court.*

First of all, the order in question represents a fundamental piece of constitutional jurisprudence because the Court recognized for the first time the admissibility of the active legitimation of the individual members of the Parliament in a conflict of attributions between powers of the State. Secondly, the order has a fundamental importance with respect to the disruptive effects caused to the legislative procedure by the recourse to the combination of so-called maxi-amendments and the confidence vote. The Court has been traditionally reluctant - since its decision n. 9 of 1959 - to intervene on this issue. It has then sometimes demonstrated to be interested in such “problematic praxis” and, in the order in question, it took the opportunity to condemn the forcing of the procedure that it creates, with respect to essential steps of the legislative procedure, as articulated by the constitutional principles contained in Articles 70 and 72 of the Constitution.

## NOTIZIE SUGLI AUTORI

ANTONIO BARONE, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Catania

MARCO LIPARI, Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

MARIO ROSARIO SPASIANO, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”

MARIA PIA IADICICCO, Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”

SILVIA TALINI, Ricercatrice a tempo determinato di Diritto costituzionale, Università degli Studi Roma Tre

GIUSI SORRENTI, Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Messina

GIOVANNA PISTORIO, Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi Roma Tre

La Rivista «Diritto e Società» – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansone e da Cedam.

«Diritto e Società» è dotata di un Codice etico e di un Regolamento, pubblicati sul sito web della Editoriale Scientifica all'indirizzo:

<http://www.editorialescientifica.com/diritto-e-societa.html>.

### *Estratto dal Regolamento della Rivista*

#### ARTICOLO 2

##### (Tipologia dei contributi)

1. I contributi sono proposti per la pubblicazione dai componenti del Comitato di Direzione e del Comitato Scientifico. Il proponente ne accerta previamente la scientificità e la pertinenza con l'area tematica della Rivista.
2. «Diritto e Società» non accetta contributi già pubblicati su altre Riviste, anche telematiche. Gli Autori, sottoponendo il contributo a «Diritto e Società», si impegnano a non proporlo o pubblicarlo su altre Riviste, anche telematiche.
3. Possono essere proposti per la pubblicazione, sulla quale decide il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, contributi in corso di stampa in volumi collettanei.
4. I contributi inviati alla Rivista dall'Autore di sua iniziativa sono vagliati dal Direttore responsabile, il quale può anche sottoporli a uno o più componenti del Comitato di Direzione.
5. Tutti i contributi, tranne le *Recensioni*, sono sottoposti al procedimento di revisione di cui all'art. 3. Il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, può eccezionalmente decidere di non sottoporre a revisione un contributo; della circostanza è dato conto nella prima nota a piè' di pagina.

#### ARTICOLO 3

##### (Procedimento di revisione)

1. I contributi proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono sottoposti a un procedimento di revisione tra pari, almeno a singolo cieco (*single blind*).
2. Essi, dopo essere stati resi eventualmente anonimi, sono inviati dal Direttore responsabile a due *referee* scelti nell'ambito di un elenco, periodicamente aggiornato, di professori di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica. L'elenco dei valutatori impegnati nell'ultimo triennio è annualmente pubblicato assieme all'ultimo fascicolo della Rivista.
3. In casi eccezionali, il Direttore responsabile può individuare uno dei due *referee* anche tra i componenti del Comitato Scientifico.
4. Il *referee* valuta l'ampiezza e l'originalità della trattazione, la chiarezza dell'analisi critica, la familiarità con la letteratura, anche straniera, più rilevante sul tema, la correttezza dell'uso delle fonti e del metodo. A tal fine, a ciascun *referee* è inviata, assieme al contributo, una Scheda per la valutazione.

5. Il *referee* esprime la propria valutazione inviando la Scheda compilata all'indirizzo *e-mail* del Comitato di Direzione, entro il termine indicato dal Direttore responsabile.
6. Nel caso di dichiarata indisponibilità del *referee* o di mancato rispetto del termine per la revisione, il Direttore responsabile provvede a sostituire il *referee*.
7. Il *referee* può ritenere il contributo pubblicabile, non pubblicabile, pubblicabile con modifiche, pubblicabile con suggerimenti. Le modifiche o i suggerimenti sono inviati dal Direttore responsabile all'Autore, il quale resta libero di seguire o meno i suggerimenti.
8. Nel caso uno solo dei due *referee* ritenga il contributo non pubblicabile, la decisione sulla pubblicazione è presa dal Direttore responsabile, anche sentito uno o più componenti del Comitato di Direzione.
9. Il Direttore responsabile custodisce, in formato elettronico, copia di tutte le Schede di valutazione e delle *e-mail* con cui sono state ricevute.

---

Il Comitato di Direzione e il Comitato di Redazione hanno sede in Roma presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

e-mail del Comitato di Direzione: [dirittoesocieta@gmail.com](mailto:dirittoesocieta@gmail.com)

e-mail del Comitato di Redazione: [dirittoesocieta.red@gmail.com](mailto:dirittoesocieta.red@gmail.com)

#### AMMINISTRAZIONE

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. 081 5800459

[www.editorialescientifica.com](http://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.

email: [editoriale.abbonamenti@gmail.com](mailto:editoriale.abbonamenti@gmail.com)

Abbonamento 2019: Italia euro 120,00, estero euro 300,00

#### REGISTRAZIONE

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di settembre 2019  
da *La Buona Stampa* – Napoli