

DIRITTO E SOCIETÀ

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

III serie - 1/2013

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli

Direttore responsabile

Beniamino Caravita di Toritto

Antonio D'Atena

Massimo Luciani

Franco Modugno

Giuseppe Morbidelli

Marco Ruotolo

Federico Sorrentino

Comitato scientifico

Marino Breganze

Giuseppe Caia

Piero Alberto Capotosti

Paolo Carnevale

Marta Cartabia

Giuseppe de Vergottini

Pietro Giuseppe Grasso

Guido Greco

Natalino Irti

Anne-Marie Le Pourhiet

Stelio Mangiameli

Leopoldo Mazzaroli

Manlio Mazziotti

Fabio Merusi

Jorge Miranda

Giovanni Sartori

Dian Schefold

Franco Gaetano Scoca

Gaetano Silvestri

Aldo Travi

Redazione

Francesco Crisafulli

Daniele Chinni

Tatiana Guarnier

SOMMARIO 1/2013

saggi

- Paolo Caretti, *Globalizzazione e diritti fondamentali* 1
- Alessandro Pace, *Il diritto all'istruzione nel tempo di crisi* 31
- Carlo Calvieri, *Luci ed ombre sulla prima attuazione del nuovo articolo 119 della Costituzione* 51

osservatorio

- Ricardo Perlingeiro, *Il libero accesso all'informazione, le innovazioni tecnologiche e la pubblicità processuale in Brasile* 83
- Giovanni Leone, *Attualità del pensiero scientifico di Roberto Marrama* 115

attualità

- Stefano Rossi, *Il diritto in equilibrio: il mestiere dei giudici e le 'scelte tragiche' di ogni giorno* 127

recensioni

- Cesare Pinelli, *Silvana Sciarra, L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi, Laterza 2013* 169

GLOBALIZZAZIONE E DIRITTI FONDAMENTALI*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I diritti fondamentali nella dimensione internazionale. – 3. I diritti fondamentali nella dimensione sovranazionale. – 4. I diritti sociali come oggetto di tutela “ancora” prevalente degli Stati nazionali. – 5. I riflessi dell’espansione sul piano internazionale e sopranazionale della tutela dei diritti sul ruolo del legislatore e del giudice.

1. *Premessa*

Affrontare il tema della tutela dei diritti fondamentali di fronte al processo di globalizzazione, richiederebbe di chiarire, preliminarmente, quale sia l’esatto significato di questo termine, per poi capire se, e con quali conseguenze, esso si rifletta sul piano della tutela dei diritti. Ebbene, se guardiamo, anche superficialmente, alla sterminata letteratura, italiana e straniera, al riguardo, non è difficile accorgersi che, sul punto, non vi sono affatto posizioni univoche. Il che non stupisce, posto che a seconda degli approcci (filosofico, sociologico, politologico, giuridico) ciascuno è naturalmente portato a cogliere o valorizzare certi profili del fenomeno in atto e a sottovalutarne altri.

Una prova di questa incertezza definitoria si può cogliere, ad esempio, nelle pagine iniziali di un notissimo saggio di Maria Rosaria Ferrarese¹, nelle quali l’Autrice riassume le diverse proposte definitorie della

* Relazione presentata al Convegno annuale dell’Associazione Italiana Costituzionalisti “Costituzionalismo e globalizzazione”, Salerno, 22-24 novembre 2012.

¹ Mi riferisco a *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna 2000, soprattutto 11 e ss., là dove l’Autrice pone il dilemma tra un’interpretazione della globalizzazione come evoluzione o come rivoluzione e sintetizza i contributi dottrinari sull’uno e sull’altro versante. Il tema è ripreso dalla stessa Autrice anche nell’altro suo saggio, ormai divenuto

globalizzazione e anticipa, quale scopo del suo saggio, quello di motivare la sua posizione critica rispetto ad una interpretazione sostanzialmente “continuista” del fenomeno – la quale fa capo a Giddens² e a molti altri – e favorevole, invece, ad un’interpretazione “rivoluzionaria”. Da una parte, cioè, sta l’idea che l’essenza del fenomeno stia nel venir meno delle barriere temporali e spaziali che tradizionalmente non consentivano la immediata percezione di eventi politici, economici e sociali che si verificano nelle diverse parti del globo (con le relative conseguenze sui comportamenti dei soggetti sociali e istituzionali), ma in un contesto generale nel quale l’assetto complessivo della struttura e del ruolo degli Stati e delle altre istituzioni pubbliche conserva il suo ruolo centrale, dall’altra l’idea che, viceversa, la globalizzazione comporti una netta cesura rispetto al passato, ridisegnando i rapporti tra Stato (potere pubblico) ed economia (mercati), con riflessi profondi sia sul piano delle singole costituzioni economiche nazionali, sia, più in generale, sul piano di un necessario ripensamento delle categorie giuridiche che una lunga tradizione ha associato allo Stato-nazione. Non mancano, tuttavia, tesi intermedie, come, ad esempio, quella di Teubner³, che insieme colgono nel fenomeno della globalizzazione tanto profili di continuità, quanto profili di rottura rispetto all’esperienza costituzionale che abbiamo alle spalle e, in particolare, a quella del secondo dopoguerra.

Questa diversificazione dei modi di intendere il fenomeno in esame si riflette, poi, sull’analisi delle conseguenze che esso produce e sulle contromisure che dovrebbero essere prese per contrastarne gli effetti ritenuti negativi: per quello che più direttamente riguarda la sfera giuridica, si va dall’auspicio di un “costituzionalismo” (se non di una costituzione)

una sorta di classico nelle analisi del tema *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna 2002.

² Il riferimento è a A. GIDDENS, *Le conseguenze della modernità*, Bologna 1994, spec. 91 e ss., il quale, pur cogliendo nei fenomeni in atto forti elementi di novità, tende ad interpretarli come un portato della modernità che avanza, che non tollera più limiti spaziali e temporali e che non altera più di tanto il ruolo tradizionale degli Stati-nazione. Sul punto, la critica della Ferrarese è netta: sulla scorta anche di quanto scritto da S. STRANGE, *Cbi governa l’economia mondiale?*, Bologna 1998 (ma anche da altri), i riflessi della globalizzazione sarebbero assai più rilevanti sia sul terreno dell’economia, che soprattutto su quello delle istituzioni politiche, in via di profondo mutamento, queste ultime, a causa dei processi evolutivi che si vanno determinando nelle dinamiche dell’economia mondializzata.

³ Cfr. G. TEUBNER, *Il costituzionalismo della società mondiale: cinque tesi sulle costituzioni degli spazi sociali transnazionali*, in G. BARCELLONA, R. DI MARIA (a cura di), *Costituzione e globalizzazione*, Enna 2012, 65 e ss.

mondiale, di una costituzionalizzazione del diritto internazionale⁴ a partire da un rafforzamento delle organizzazioni internazionali che più hanno a che fare con i mercati, come il WTO (World Trade Organization), a posizioni che, invece, mostrano un forte scetticismo verso soluzioni tutte ancorate alla tradizione statual-positivistica che sin qui ha caratterizzato l'ambiente giuridico occidentale e si muovono in una prospettiva nella quale sono le diverse "costituzioni parziali", che si vanno formando prevalentemente sul terreno sociale (ma non solo), a dover essere valorizzate, in un quadro che ne assicuri una ragionevole convivenza⁵.

In un panorama così articolato e differenziato, esistono tuttavia alcuni elementi comuni, primo fra tutti quello relativo alla considerazione, generalmente condivisa (sia pure con accentuazioni più o meno marcate), che la globalizzazione, quale ne sia l'esatto significato, ha comportato e comporta una sottrazione di aspetti significativi della sovranità degli Stati nazionali, senza che ciò sia stato (ancora o ancora sufficientemente) compensato da qualcosa che consenta di governare dinamiche che appaiono collocarsi in una sorta di zona intermedia tra diritto nazionale e diritto internazionale, guidate da regole non poste dall'alto ma direttamente riconducibili ai comportamenti di nuovi soggetti (dalle grandi agenzie di rating, alle società multinazionali, ai grandi investitori finanziari, alle organizzazioni non governative e così via).

Se le cose stanno così, se il processo di globalizzazione va (o quanto meno può essere) inteso (lo dico in modo semplificato) come una "perdita non compensata", c'è da chiedersi se esso debba necessariamente e sempre risolversi in un arretramento della tutela dei diritti fondamentali. Al riguardo, si può convenire con Allegretti⁶, quando, nel sot-

⁴ Cfr., ad esempio, J. HABERMAS, *Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?*, in J. HABERMAS (a cura di), *Der gespaltene Westen*, Frankfurt 2004, 113 e ss.

⁵ Di costituzioni parziali (Teilbereichsverfassungen) parla G. TEUBNER, *ult. cit.*, 71, per sostenere che esse, sia che si siano sviluppate a livello sub nazionale che a livello sovranazionale (il riferimento, in questo caso, è, tra l'altro, al processo di integrazione europea) rappresentano già un nucleo significativo di un nuovo costituzionalismo mondiale, che dunque non va costruito *ex novo*, ma semmai perfezionato in quegli aspetti che ne costituiscono i limiti più gravi, a partire dall'assenza di efficaci meccanismi di garanzia contro processi autodistruttivi che mettano a rischio non solo i diritti dei singoli, ma la stessa sopravvivenza del sistema nel suo complesso. "Il nuovo ordine costituzionale globale", conclude Teubner sul punto, "ha inventato finora solo le regole costitutive che hanno liberato le diverse razionalità di sistema all'interno del quadro globale. Ciò che, però, manca ampiamente a questo ordine costituzionale, sono delle regole limitative, che impediscano l'autodistruzione del sistema ed arginino i danni ai suoi ambienti sociali, umani e naturali" (*ivi*, 72).

⁶ Cfr. U. ALLEGRETTI, *Diritto e Stato nella mondializzazione*, Enna 2002, 133.

toleare che nel mondo globalizzato è destinata ad acuirsi, forse mai come in passato, la tensione tra libertà economiche e diritti della persona, afferma che “molti diritti”, in specie quelli sociali, “sono vittime designate della sovranità dell’economia, della dominazione della finanza mondializzata, della soggezione a una universalità di potenza, dello stesso senso di unità del mondo”. Ed è evidente che, se è vero che la contrazione della tutela dei diritti sociali si riflette inevitabilmente sull’effettività della tutela dei diritti civili, sia pure indirettamente, la globalizzazione può essere letta anche su questo piano come una “perdita non compensata o ancora in cerca di adeguata compensazione”. E tuttavia, se rivolgiamo l’attenzione ad altri fenomeni quali quello rappresentato dalla internazionalizzazione (nella sua versione più significativa che si è realizzata in Europa) della tutela dei diritti e quello rappresentato dal processo di integrazione europeo, io credo che queste conseguenze negative non siano sempre inevitabili, ma che anzi, dal punto di vista dei diritti (il discorso vale però, soprattutto, come vedremo, per i diritti civili), si possa pensare all’innestarsi di tendenze di segno inverso: non quello di una “perdita”, ma quello di un’espansione dei meccanismi di tutela dei medesimi oltre i confini dei singoli Stati, secondo un itinerario del tutto originale e impensabile solo qualche decennio fa e, soprattutto, attraverso non la smentita o il ridimensionamento del patrimonio di principi ed istituti acquisiti nell’esperienza costituzionale nazionale, ma, al contrario, attraverso una loro ulteriore valorizzazione.

Mi rendo perfettamente conto che associare il termine globalizzazione a fenomeni come quelli dianzi richiamati possa sembrare del tutto improprio, quasi improponibile, dal momento che si mette in relazione un fenomeno di scala mondiale con fenomeni che interessano solo una specifica area territoriale. Ma, se ci si pensa bene, è difficile non cogliere alcune analogie di fondo: dalla cessione di sovranità da parte degli Stati alla caduta dei limiti territoriali, dal ridimensionamento del ruolo della legge nazionale al condizionamento e interdipendenza sempre più intensi delle scelte di politica economica. La tesi che vorrei cercare di dimostrare in questo mio intervento è che internazionalizzazione della tutela dei diritti, da una parte, e processo di integrazione europeo dall’altra (una sorta di “globalizzazione” *ante litteram*, che per l’appunto ha interessato inizialmente essenzialmente la sfera dei rapporti tra Stato ed economia) non si sono affatto tradotti, sul piano dei diritti e delle relative garanzie, in una “perdita non compensata”.

2. I diritti fondamentali nella dimensione internazionale

Se guardiamo, infatti, agli sviluppi della tutela dei diritti nell'ambito della regione europea, lo scenario che ci si presenta è quello caratterizzato dalla coesistenza di tre diversi sistemi di tutela: quelli nazionali, ancorati alle Costituzioni degli Stati membri, quello, più risalente, definito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e quello che oggi opera a livello di Unione europea.

Partendo dal sistema CEDU, è noto che esso opera in via sussidiaria rispetto ai livelli di tutela nazionali⁷: esso si fonda su una convenzione internazionale (e sui Protocolli sottoscritti successivamente) ed affida il rispetto dei diritti dalla medesima sanciti ad un giudice speciale, la Corte europea dei diritti dell'uomo, dinanzi alla quale (cosa del tutto inusitata) ogni cittadino degli Stati firmatari può citare il proprio Stato di appartenenza, nell'intento di veder riconosciute le proprie ragioni ed arrivare ad una condanna dello Stato stesso⁸. Per misurare tutto il carattere di novità di questo sistema è sufficiente riandare con la memoria all'atteggiamento che il diritto internazionale ha mantenuto fermo fino ai primi anni del secondo dopoguerra; un atteggiamento di pressoché assoluta non interferenza in una materia riconosciuta di esclusiva competenza degli Stati⁹. Per molti anni (in realtà decenni) non si è avuta una piena percezione di questo carattere di straordinaria novità e delle conseguenze che questo nuovo sistema avrebbe comportato sul piano dei livelli nazionali di tutela dei diritti. Ciò vale soprattutto per l'esperienza italiana: i giudici comuni hanno continuato ad operare come se la Convenzione quasi non esistesse (pochissime sono le questioni decise sulla base di un riferimento, per lo più indiretto, alle disposizioni della Convenzione) e lo stesso giudice costituzionale, nelle occasioni nelle quali si è riferito a quest'ultima, lo ha

⁷ E ciò per effetto della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni, sulla cui portata precettiva nel diritto internazionale generale cfr., per tutti, il classico lavoro di G. GAJA, *L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Milano 1967, 37 e ss.

⁸ Sui profili processuali che contraddistinguono questo sistema di tutela dopo la novella operata dal Protocollo n. 11, nonché la tutela accordabile a fronte del ricorso del privato, è sufficiente in questa sede un rinvio, tra gli altri, a M. DE SALVIA, *La nuova Corte europea dei diritti dell'uomo tra continuità e riforma*, in *Riv. intern. dir. uomo*, 1999, 704 e ss.; A. BULTRINI, *Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento, I, Torino 2000, 148 e ss.; A. GARDINO CARLI, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo: profili processuali*, Milano 2005.

⁹ Sul c.d. "dominio riservato" cfr., per tutti, G. ARANGIO-RUIZ, *Le domain réservé*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1990, n. VI, 1.

fatto per integrare e rafforzare la motivazione di decisioni in realtà già saldamente e direttamente fondate nel dettato costituzionale¹⁰. Né atteggiamento diverso ha tenuto il legislatore nazionale, alimentando così un consistente contenzioso, spesso risolto con una condanna dell'Italia davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Le cose sono radicalmente cambiate in seguito alle due notissime sentenze “gemelle” della Corte costituzionale (le nn. 348 e 349 del 2007, seguite poi da altre pronunce)¹¹. Non è certo qui il caso di ripercorrere l'itinerario argomentativo di queste due sentenze. Basterà richiamarne i punti di arrivo. Sulla base del rinnovato testo dell'art.117, c.1, Cost., che impone anche alla legge dello Stato di rispettare gli obblighi internazionali, la Corte ha stabilito che i casi di antinomia tra legge interna e norme internazionali pattizie, in particolare quelle contenute nella CEDU, *così come interpretate dal suo giudice*, ove non possano essere risolti dal giudice comune attraverso la c.d. interpretazione conforme, obbligano il giudice a sollevare una questione di legittimità costituzionale che la Corte deciderà, previa verifica della conformità della norma pattizia rispetto alla Costituzione, così come interpretata dal suo giudice, ossia dalla Corte stessa (anche sulla base del margine di apprezzamento che nei singoli casi la Corte europea riconosce ai legislatori nazionali: v. sent. 317 del 2009) e, in seconda battuta, sulla *misura* della tutela (si tratta di diritti) assicurata dalla norma pattizia rispetto a quella garantita dalla Costituzione nazionale; una *misura* che deve essere almeno equivalente e mai inferiore. Il diritto convenzionale diviene così, a quelle condizioni, norma interposta del giudizio di costituzionalità, dando corpo al nuovo limite (rispetto degli obblighi internazionali) disposto dall'art. 117, c.1., di per sé neutro.

La conseguenza di questa impostazione, fatta propria dalla nostra Corte costituzionale, è che oggi i due sistemi di tutela, quello nazionale e

¹⁰ Sullo sfondo delle rispettive giurisprudenze, la tradizionale ricostruzione dottrinale per cui le norme internazionali sui diritti possono al più essere considerate strumenti interpretativi per le sole corti supreme, su cui si veda P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, p. 54.

¹¹ Su cui cfr., *ex multis*, M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3564 e ss.; S. BARTOLE, *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani*, in *Dir. umani e dir. intern.*, 2008, 291 e ss.; P. CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, ivi, 311 e ss.; L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, ivi, 301 ss.; F. SORRENTINO, *Apologia delle «sentenze gemelle»*, in *Dir. soc.*, 2009, 213 e ss.

quello disciplinato dalla CEDU, risultano compiutamente integrati: le norme convenzionali hanno trovato la loro collocazione nell'ambito del nostro sistema delle fonti (ad un gradino intermedio tra Costituzione e legge ordinaria) e si sono definiti puntualmente i ruoli, rispettivamente, dei giudici comuni e del giudice costituzionale, in relazione a quello riconosciuto al giudice sovranazionale. Da questo punto di vista, non appare forse più del tutto corretta la definizione che in genere si dà del rapporto tra i due sistemi di tutela in termini di tutela "multilivello": a parte la diversa dislocazione geografica dei soggetti che vi sono coinvolti, si tratta ormai dello stesso livello di tutela che si articola e si integra alla luce di un comune principio guida, di carattere sostanziale, ossia quello di assicurare ai diritti a tutela più ampia che, in via d'interpretazione, si possa ricavare dalla loro formulazione testuale¹².

3. *I diritti fondamentali nella dimensione sopranazionale*

Lo stesso, ancora, non può invece sostenersi per l'assetto dei rapporti tra il sistema di tutela nazionale e quello che nel tempo si è sviluppato nell'ambito dell'Unione europea. Quest'ultimo, come è ben noto, è passato attraverso due distinte fasi, negli anni che ci stanno alle spalle, e si appresta ora a viverne una terza, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

La prima fase, che possiamo collocare temporalmente tra l'inizio del processo di integrazione e la seconda metà degli anni '60, è stata caratterizzata da un atteggiamento di distacco, direi di estraneità, delle istituzioni comunitarie rispetto al tema dei diritti, sostanzialmente prive di competenze in materia (se non per quei pochi diritti codificati dai trattati e strettamente funzionali all'avvio della costruzione di un mercato unico) e altrettanto priva di una specifica competenza al riguardo la Corte di giustizia. Il che non deve stupire più di tanto, posto che, come ho accennato, le finalità generali delle prime comunità erano di tutt'altra natura (strettamente economica) e intanto l'attività delle istituzioni comunitarie poteva farsi carico dei diritti in quanto questi fossero legati alla costru-

¹² Emblematico in questa prospettiva il caso della tutela della libertà d'espressione, in relazione alla quale la tutela accordata dal giudice convenzionale si atteggia ormai alla stregua di un quarto grado di giudizio. Sul punto cfr. A. CARDONE, *L'incidenza della libertà d'espressione garantita dall'art. 10 C.e.d.u. nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3/2012, 3 e ss.

zione di un mercato unico. In questa logica, i vari divieti di discriminazione previsti dai Trattati originari, la libertà di circolazione di lavoratori, merci e capitali, la libertà di stabilimento e prestazione di servizi non potevano che avere questo significato e così essere interpretati¹³.

A questa prima fase, ne segue una seconda che arriva fino al Trattato di Lisbona e che risente, da un lato, della progressiva espansione del diritto comunitario derivato, dall'altro, delle reazioni delle Corti costituzionali nazionali, da subito impegnate a dare un assetto stabile ai rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, alla luce della diretta applicabilità (sia pure a determinate condizioni) del primo nell'ambito degli ordinamenti nazionali. Una prima soluzione a questo problema, adottata dalla nostra Corte costituzionale¹⁴ (ma non solo), è stata, come è noto, quella di collocare anche il diritto comunitario derivato al di sotto della Costituzione e di chiamare il giudice comune a sollevare una questione di costituzionalità nelle ipotesi di antinomia tra norma nazionale e norma comunitaria, facendo riferimento, in questo caso, al parametro rappresentato dall'art. 11 Cost. Di fronte alle resistenze opposte dalla Corte di giustizia, che lamentava gli indebiti ostacoli che questa soluzione comportava per l'esercizio della funzione alla medesima riservata di assicurare la piena, tempestiva ed uniforme applicazione del diritto comunitario, si è fatta strada una seconda soluzione (quella che per noi viene per la prima volta "codificata" nella sentenza n. 170 del 1984), sulla base della quale, in caso di antinomie, non risolvibili alla luce di un'interpretazione conforme della norma interna rispetto a quella comunitaria, così come interpretata dalla Corte di giustizia in sede di risposta ad un rinvio pregiudiziale, il giudice comune è chiamato a decidere direttamente la singola questione, disapplicando, se del caso, la norma interna ed applicando quella comunitaria. Tutto questo con un'unica eccezione, rappresentata dall'ipotesi in cui la norma comunitaria appaia in contrasto con uno dei "principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale", tra i quali rientrano i diritti fondamentali (la c.d. teoria dei contro limiti, sent. n.183 del 1973); ipotesi, questa, che invece abilita il giudice comune (ma solo alle condizioni di cui ora si dirà) a sollevare la questione di legittimità costituzionale (accenno appena qui all'altra eccezione, legata alle

¹³ P.L. LINDSETH, *Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: the Example of the European Community*, in *Columbia Law Review*, 1999, 628 e ss.; R. BIN, P. CARETTI, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Torino 2008, 145 e ss.

¹⁴ La cui evoluzione giurisprudenziale fu, come noto, efficacemente definita da Paolo Barile, *Il cammino comunitario della Corte* (in *Giur. cost.*, 1973, 2406 e ss.).

questioni che si pongano nell'ambito dei procedimenti in via principale, sulla quale tornerò più avanti).

È anche in ragione di questa posizione, assunta dalle Corti costituzionali, che muta l'atteggiamento della Corte di giustizia in relazione alle questioni che sempre più spesso le vengono proposte in tema di tutela dei diritti fondamentali. A partire dalla nota sentenza *Stauder* del 1969, la Corte comincia, infatti, a sviluppare una consistente giurisprudenza che la porta ad assumere come parametro di giudizio anche quei diritti non formalmente codificati dai trattati, in quanto considerati "principi generali" del diritto comunitario¹⁵. Nasce così un sistema di tutela dei diritti tutto costruito in via pretoria, che vede la Corte di giustizia operare con amplissimi margini di discrezionalità, potendo essa stabilire quali diritti tutelare (sulla base delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e di quanto disposto dalla CEDU, nell'interpretazione del suo giudice), nonché la misura della relativa tutela. Con la conseguenza di depotenziare di fatto quella clausola di salvaguardia che i giudici costituzionali avevano cercato di stabilire a tutela dei diritti fondamentali, a fronte della supremazia del diritto comunitario; clausola che infatti non è stata mai messa in opera. Il giudice comunitario ha così assunto il ruolo di giurisdizione delle libertà¹⁶; un ruolo via via riconosciuto dai trattati (a partire dall' art. 6, c.2 del tratto di Maastricht) e che oggi trova il suo punto di riferimento nell'adozione di una Carta dei diritti dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza), cui il Trattato di Lisbona riconosce lo stesso valore giuridico delle norme dei trattati. Una novità quest'ultima che ha da poco (2009) dato il via ad una terza fase, caratterizzata dal consolidamento dell'esperienza maturata in precedenza esclusivamente in via giurisdizionale, e dalla nascita di un sistema di tutela assimilabile a quelli operanti nell'ambito degli ordinamenti costituzionali nazionali. Con l'ulteriore conseguenza che anche alle norme contenute nella Carta dovrà essere riconosciuto l'effetto di prevalere sulle norme interne difformi.

Nonostante questi relevantissimi sviluppi che si sono ora richiamati, l'assetto dei rapporti tra diritto comunitario (oggi dell'Unione), diritto

¹⁵ A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 521 e ss.

¹⁶ In termini più generali, una visione d'insieme delle funzioni della Corte di giustizia (quindi, non solo di quelle legate alla tutela dei diritti fondamentali) che la rendono assimilabile ad un giudice costituzionale dell'Unione è stata fornita da A. PIZZORUSSO, *Giustizia costituzionale (diritto comparato)*, in *Enc. dir.*, Annali, I, 2007, 713 e ss.

interno (costituzionale e legislativo) e il ruolo che giudici comuni e giudice costituzionale sono chiamati a svolgere in relazione alle ipotesi di antinomia tra i “due diritti”, non è mutato. E non è difficile notare quale significativa differenza esso presenti rispetto all’assetto, compiutamente integrato, che invece presenta il sistema di tutela dei diritti nazionale e quello definito dalla CEDU. Una differenza che è rappresentata, appunto, da una significativa insufficienza del grado di integrazione, realizzato solo nella relazione tra giudici comuni nazionali (ormai anche giudici comunitari) e Corte di Giustizia, ma che relega il giudice costituzionale ad un ruolo del tutto marginale. Un *deficit* di integrazione particolarmente grave se teniamo conto del sempre più intenso intreccio tra diritto dell’Unione e tutela dei diritti e che è andato nel tempo aggravandosi: basti pensare alla posizione assunta dalla nostra Corte in relazione ai casi di c.d. “doppia pregiudizialità”, secondo la quale la pregiudizialità comunitaria deve precedere logicamente quella costituzionale, utilizzabile in prima battuta solo qualora sia in gioco l’eventuale violazione dei principi supremi dell’ordinamento costituzionale (sent. n. 456 del 2006); indicazione, quest’ultima, che appare peraltro più una clausola di stile e che di fatto non è mai stata utilizzata.

Sono note le ragioni che hanno sin qui impedito una piena integrazione dei due sistemi¹⁷: dalla difficoltà a rimettere in discussione soluzioni ormai da tempo consolidate, al timore del nostro giudice costituzionale di una perdita di ruolo nei confronti del giudice comunitario, alla resistenza del medesimo a ritenersi, in quanto giudice di ultima istanza, assimilabile, da questo punto di vista, al giudice comune e quindi ad assumere il diritto dell’Unione come parametro interposto e se del caso (quando cioè il significato di quest’ultimo presenti dei problemi interpretativi) a ricorrere al rinvio pregiudiziale. Una resistenza che è venuta meno solo per l’ipotesi in cui le questioni di possibile contrasto tra diritto interno e diritto comunitario attengono ai conflitti tra Stato e Regioni ed approdino direttamente davanti alla Corte, valicando il livello della giurisdizione comune.

Quelle ora indicate sono le ragioni di ordine sostanziale che si oppongono all’assunzione di soluzioni diverse, ma che trovano motivazioni strettamente giuridiche nelle pronunce della Corte al riguardo; pronunce sulle quali non ha prodotto alcun effetto (come pure forse avrebbe po-

¹⁷ Sul punto, volendo, si può vedere il mio *Corte e rinvio pregiudiziale*, in *Diritto comunitario e diritto interno* (Atti del Seminario, Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007), Milano 2008, 143 e ss.

tuto) il novellato testo del richiamato art. 117, c.1 Cost., che allude al necessario rispetto non solo degli obblighi internazionali, ma anche dei vincoli derivanti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea. Eppure, non mancano argomenti per ritenere che, quanto meno in relazione alla tutela dei diritti fondamentali (perché questo è il tema di cui ci occupiamo), la Corte dovrebbe rivedere la sua attuale posizione, senza in fondo necessariamente ribaltare i punti essenziali della sua precedente giurisprudenza, ma perfezionandola, ponendo così fine a quella sorta di autoisolamento nel quale si è chiusa. Si tratterebbe di abbandonare l'idea che nei casi di doppia pregiudizialità (che coinvolgano la tutela dei diritti) sia quella costituzionale a dover cedere il passo a quella comunitaria e che, in ossequio alla teoria dei controlimiti, la Corte riassuma il ruolo di giurisdizione ultima dei diritti che è propria di ogni giurisprudenza costituzionale. Non c'è nessuna ragione convincente, alla luce dei più recenti sviluppi del diritto dell'Unione, per non ritenere, quest'ultimo come parametro interposto da interpretare (direttamente o in seguito ad un rinvio pregiudiziale) alla luce dei "principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale" nazionale e, a fronte del dettato costituzionale, secondo il medesimo principio che la stessa Corte ha adottato nel caso delle norme di origine convenzionale, ossia quello della tutela più ampia da accordare al singolo diritto che venga in questione.

Del resto è questo il principio che ispira il carattere, anch'esso sussidiario (in termini di misura della tutela), che è stato adottato dalla Carta dei diritti dell'Unione europea, oggi avente lo stesso valore delle norme dei trattati, quando, all'art. 54, c.4, dispone che "laddove la presente Carta riconosca diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con quelle tradizioni" o quando, all'art. 53 afferma, che "nessuna disposizione di questa Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione dalle Costituzioni nazionali". Si tratta di affermazioni che, mentre escludono ogni forma di gerarchia tra le diverse Carte o tra le diverse giurisdizioni che sono chiamate ad assicurarne il rispetto, si muovono soprattutto sul piano della loro interpretazione, che in ogni caso deve tendere ad assicurare, alla fine, il grado di tutela maggiore ai diritti in esse enumerati. Anche qui, ciò che conta non sono tanto le enunciazioni formali, ma la diversa misura della tutela accordata, che può desumersi solo dall'interpretazione del dato testuale. In questa logica, non si vede perché il giudice costituzionale nazionale debba abdicare al compito di contribuire con la sua voce a definire questa "misura" della tutela,

inserendosi a pieno titolo in un circuito di relazioni che, anziché smi-
nuirne, ne valorizzerebbero il ruolo.

È vero che a ciò sembrerebbe opporsi quanto formalmente stabilito dalla Carta, la quale impone agli Stati membri l'obbligo di rispettarne le disposizioni *solo in esecuzione del diritto dell'Unione*, rimanendo le Corti costituzionali nazionali competenti a sindacare tutta la restante parte del diritto nazionale, adottato nell'esercizio delle c.d. competenze residue o autonome degli Stati membri. Così come solo al diritto nazionale adottato in esecuzione del diritto dell'Unione (oltre che a quest'ultimo ovviamente) si estenderebbe la funzione della Corte di giustizia in sede di controllo della sua conformità rispetto alla Carta. Tuttavia, a parte ogni considerazione sulle ragioni, come dire, "rassicuratorie" di queste disposizioni, è quanto meno lecito dubitare della loro effettiva tenuta. Si pensi, in primo luogo, alla difficoltà sempre crescente che si incontra nel tracciare una sicura linea di demarcazione tra competenze esclusive dell'Unione, competenze concorrenti e competenze residuali degli Stati membri. Questa linea di demarcazione, incerta in passato, quando la c.d. "teoria dei poteri impliciti", avallata dalla Corte di giustizia, ha consentito un allargamento significativo delle competenze della Comunità (indipendentemente da modifiche dei trattati) e divenuta ancora più incerta con l'introduzione del principio di sussidiarietà (che, ispirato all'intento di salvaguardare le competenze degli Stati membri, si è in realtà trasformato in un ulteriore strumento di espansione dell'area degli interventi dell'Unione, tanto da determinare l'affidamento ai Parlamenti nazionali di una funzione di controllo preventivo sulla sua corretta applicazione), non è certo divenuta più chiara a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. È un primo elemento che denuncia tutta la fragilità, e in una qualche misura l'anacronismo, di una netta distinzione tra diritto nazionale "*tout court*" e diritto nazionale adottato in esecuzione del diritto dell'Unione¹⁸. Ma si pensi, soprattutto, agli sviluppi della giurisprudenza della Corte di giustizia in ordine agli atti normativi nazionali sottoponibili al suo controllo, soprattutto dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, quando sia in gioco la tutela di un diritto tutelato dall'Unione (come è noto è soprattutto sugli atti nazionali che questo controllo si esercita e non tanto sugli atti normativi dell'Unione: solo di recente la Corte ha sindacato il contenuto di un atto europeo ri-

¹⁸ Sul punto si vedano anche le considerazioni di A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Milano 2011, 354 e ss., ora in ID., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano 2012, 45 e ss.

spetto alla Carta: vedi C-236/2009, 1 marzo 2011, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL c. Belgio*, in tema di diritti dei consumatori). Già prima dell'entrata in vigore dell'ultimo trattato, la giurisprudenza della Corte aveva messo in luce la tendenza ad estendere l'area del suo controllo al di là degli atti nazionali adottati espressamente in attuazione del diritto dell'Unione, ricomprendendovi non solo quelli adottati grazie alle deroghe previste dai trattati o per affermate esigenze inderogabili, ma anche quelli che comunque presentino un qualche collegamento con una materia attribuita alla competenza dell'Unione, e nella quale siano stati adottati atti normativi derivati (v. sent. 19 gennaio 2010, *Küçükdeveci*, in C-555/07). Ancora, sempre la Corte, ha affermato la possibilità di sindacare (sempre in punto di rispetto dei diritti fondamentali tutelati dall'Unione) anche atti nazionali, che pur adottati nell'esercizio di competenze autonome, residuali, disciplino singole fattispecie concrete (dunque non la materia in sé) che rientrino nell'ambito del diritto dell'Unione. Questa tendenza si è ulteriormente accentuata dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e l'attribuzione alla Carta europea dei diritti dello stesso valore normativo delle norme del trattato. Assai significativa a questo riguardo è la recente pronuncia adottata nella causa *McB* (C-400/10, 5 ottobre 2010)¹⁹. Oggetto della questione è la legge irlandese sul riconoscimento del diritto di affidamento dei minori: riconoscimento *ex lege* per la madre, riconoscimento solo in via giurisdizionale per il padre naturale. Nel rinvio pregiudiziale si chiede alla Corte di giustizia di verificare la compatibilità della legge irlandese con il reg. n. 2201 del 2003 (adottato dall'Unione in materia di affidamento di minori) in relazione agli artt. 7 (tutela della vita privata e familiare) e 24 (diritti del fanciullo) della Carta di Nizza. Non interessa qui ripercorre l'intero *iter* argomentativo seguito dalla Corte per arrivare alla decisione del caso specifico, quanto piuttosto sottolineare come pur in presenza di una materia (o sub materia) quale quella della individuazione del soggetto titolare del diritto di affidamento di un minore debba ritenersi appartenere (così riconosce la stessa Corte) alle competenze residuali degli Stati membri, la Corte stessa non abbia affatto declinato la sua competenza a conoscere del caso, affermando che anche in queste ipotesi va accertato se dal diritto nazionale non possano derivare conseguenze che interferiscono con gli effetti giuridici di un atto normativo dell'Unione (in questo

¹⁹ Sul punto, vedi, da ultimo, N. LAZZERINI, *Il controllo della compatibilità del diritto nazionale con la Carta dei diritti fondamentali secondo la sentenza McB*, in *Riv. Dir. int.*, 2012, 136 e ss.

caso il richiamato regolamento del 2003), letto alla luce delle disposizioni della Carta.

Siamo, dunque, in presenza di un secondo elemento che, soprattutto in prospettiva, finisce per rendere estremamente labile la pur codificata distinzione tra diritto nazionale adottato in esecuzione del diritto dell'Unione e diritto nazionale "altro", con la conseguenza di attrarre in misura sempre più consistente questioni di conformità del diritto nazionale rispetto alla tutela di diritti ora codificati nella Carta verso la Corte di giustizia. È immaginabile o auspicabile che questo processo avvenga nell'ambito del solo rapporto tra giudici comuni nazionali e giudice dell'Unione? Io credo di no. Credo invece che questo rapporto possa continuare a valere per tutti i casi di antinomia tra diritto interno e diritto dell'Unione, diversi da quelli che interessano un settore così delicato come quello della tutela dei diritti, ma non per i casi di antinomia che lo coinvolgono. In relazione a queste ipotesi di antinomia, credo, la posizione della Corte dovrebbe essere rimessa in asse con gli sviluppi che il diritto dell'Unione ha avuto nei circa vent'anni che ci stanno alla spalle e con quelli che già si preannunciano dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

4. *I diritti sociali come oggetto di tutela "ancora" prevalente da parte degli Stati nazionali*

Se si tengono conto le considerazioni svolte nei paragrafi precedenti è possibile arrivare ad alcune conclusioni. La prima è che, pur nel quadro di un'esperienza limitata all'area europea, a fronte di un processo di perdita di sovranità da parte degli Stati nazionali, al venir meno dei confini territoriali e ordinamentali, non si sia verificata, in tema di tutela dei diritti, quella che ho chiamato una "perdita non compensata". Al rischio che l'attenzione portata soprattutto sulle libertà economiche (e, più in particolare, sulla libertà d'impresa) facesse riscontro la ridefinizione in termini di residualità e subalternità dei diritti della persona ha fatto da contrappeso la proliferazione dei sistemi di tutela dei medesimi che sono andati progressivamente integrandosi sia pure con i limiti che si sono sottolineati. Certo, si tratta di una compensazione ancora non del tutto soddisfacente e che presenta molti aspetti critici, primo fra tutti lo stato di sostanziale minorità in cui versa la categoria dei diritti sociali.

Anche se non mancano elementi per intravedere l'avvio di una maggiore integrazione anche su questo versante, va, tuttavia, rilevato che si

tratta di elementi episodici e tuttora largamente deficitari. Si pensi, innanzitutto, agli sviluppi interessanti, ma molto parziali, della giurisprudenza delle due Corti europee a questo riguardo.

Per quanto riguarda la CEDU, è noto che la Convenzione non si occupa espressamente di diritti sociali, salvo il riferimento al diritto all'istruzione (art. 2 del Protocollo di Parigi del 1952). E tuttavia, grazie ad un'interpretazione estensiva di alcune norme convenzionali (in particolare l'art. 2, che tutela la vita familiare, l'art. 3 che impone il divieto di tortura e l'art. 8 che tutela la vita familiare) o al sempre più frequente ricorso al principio di eguaglianza e ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza, si è arrivati all'affermazione di alcuni diritti riconducibili all'area dei diritti sociali (il diritto alla riservatezza, il diritto alla salvaguardia delle condizioni di salute, il diritto di sciopero, il diritto ad un ambiente salubre), così come si è arrivati a legittimare l'adozione di "azioni positive" al fine di rimuovere un'accertata esistenza di diseguaglianze di fatto²⁰.

²⁰ In tema di diritti sociali deve essere, infatti, messo in evidenza che la tutela convenzionale non si esaurisce affatto nella disciplina della Carta perché la Corte di Strasburgo con la sua giurisprudenza ha ampliato notevolmente l'ambito della tutela, in parte ricavando alcuni diritti sociali da norme della Convenzione che disciplinano diritti di libertà, in parte riconoscendo altri diritti sociali direttamente in via pretoria.

Alla prima categoria appartiene, ad esempio, il diritto di sciopero. L'art. 11, § 1, della C.e.d.u., disciplinando la libertà di riunione e di associazione, riconosce il diritto di costituire sindacati e di aderirvi per la difesa dei propri interessi (12 novembre 2008, *Demir e Baykara c. Turchia*, in merito al pubblico impiego). La norma permette, però, secondo la Corte europea, di riconoscere la più ampia categoria dei diritti sociali del lavoratore, tra cui si può annoverare il diritto di sciopero, che la giurisprudenza di Strasburgo considera come diritto fondamentale dell'uomo-lavoratore (21 aprile 2009, *Enerji c. Turchia*). Analogamente, la giurisprudenza ha ricavato la tutela dell'ambiente dal diritto al rispetto della vita privata, enunciato dall'art. 8 della Convenzione. La Corte di Strasburgo, infatti, ha affermato al riguardo che la protezione ambientale non può essere sacrificata per motivi economici e che anche l'impatto, che possono avere le misure che uno Stato adotta per regolare attività aventi ripercussioni sull'ambiente, deve essere oggetto di un'analisi preventiva (2 ottobre 2001, *Hatton e altri c. Regno Unito*). Più specificamente, la Corte ha individuato degli obblighi positivi in capo allo Stato, chiarendo che l'inerzia delle autorità competenti nell'adozione di misure tese ad impedire o a limitare effetti dannosi all'ambiente e alla salute delle persone confligge con il diritto al rispetto della vita privata (30 marzo 2010, *Bacila c. Romania*). Il filo conduttore di questa giurisprudenza risiede nel collegamento che la Corte istituisce nelle sue pronunce tra la tutela dell'ambiente e la tutela della salute attraverso la figura pretoria del diritto ad un ambiente salubre. Secondo la Corte europea, infatti, le autorità devono disciplinare le modalità di autorizzazione, i requisiti operativi, i presidi di sicurezza e i controlli sulle attività che possono recare danno all'ambiente e alla salute e devono garantire la possibilità di contestare le decisioni pubbliche (27 gennaio 2009, *Tatar c. Romania*). Il valore della salute è cen-

E, sulla stessa linea, si è mossa anche la Corte di giustizia, che ha svolto negli anni passati un'azione certamente meritoria sviluppando, ad esempio, un'interpretazione dei singoli divieti di discriminazione contenuti nei trattati originari, leggendoli come espressione di un generale principio di eguaglianza, come tale applicabile, in tutte le sue diverse accezioni, a tutti i cittadini comunitari. Non solo, ma, in qualche caso, la Corte ha affrontato e risolto controversie nelle quali si lamentavano situazioni caratterizzate da disegualianze di fatto sulla base di considerazioni assai vicine a quelle che farebbe il giudice costituzionale nazionale applicando il disposto dell'art. 3, c. 2 in tema di eguaglianza sostanziale²¹.

trale, inoltre, nella giurisprudenza in materia di inquinamento acustico, secondo la quale qualunque inerzia o ritardo delle autorità nell'adozione di misure volte al contenimento dei livelli dei rumori notturni entro le soglie previste, soprattutto se idonei a recare danno alla salute della persona, si pone in contrasto con il rispetto della vita privata (20 maggio 2010, *Oluic c. Croazia*). Così come costituiscono una lesione della vita privata e del diritto ad un ambiente salubre anche tutte quelle violazioni del domicilio che producono interferenze, come i rumori, le emissioni e gli odori (2 novembre 2006, *Giacomelli c. Italia*).

Per comprendere la reale portata della tutela convenzionale dei diritti sociali non si può, infine, non tenere conto del fatto che su questo quadro normativo e giurisprudenziale influisce in maniera determinante il divieto di discriminazione, disciplinato dall'art. 14, C.e.d.u. e dall'art. 1, Protocollo n. 12. Anche se le norme non prevedono un criterio specifico di applicazione del divieto in riferimento ai diritti sociali, occorre infatti sottolineare che l'elenco dei motivi di discriminazione che esse enunciano non è tassativo e che, di conseguenza, è possibile ricavare, in funzione delle esigenze di giustizia del caso concreto, forme di discriminazione incompatibili anche con tali diritti, come ad esempio quella relativa al sesso nell'ambito lavorativo o quella relativa alla razza o alla lingua nel campo dell'istruzione (16 marzo 2010, *Orsus e altro c. Croazia*). Più specificamente, quest'ultimo caso, concernente la discriminazione e la lesione del diritto all'istruzione di bambini rom in classi separate, ben si presta a mettere in evidenza che è attraverso il divieto di discriminazione che emerge per gli Stati un obbligo positivo di tutela dei diritti sociali sanciti dalla C.e.d.u. e riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte europea nei confronti di tutti gli individui.

²¹ Ad esempio, in tema di diritto allo studio, la Corte di Lussemburgo ha sottolineato che il figlio di un lavoratore di uno Stato membro, che si sia occupato in un altro Stato membro, conserva la qualità di familiare del lavoratore, con la conseguenza che, se la famiglia ritorna nello Stato membro d'origine, il figlio mantiene il diritto a rimanere nel paese ospitante al fine di continuare i suoi studi, ad essere ammesso ai corsi d'insegnamento alle stesse condizioni dei cittadini di tale paese per tutti i livelli di istruzione (compresa l'università) e a fruire degli aiuti statali per gli studi, al fine della sua integrazione (CGCE sent. C-387/87 e 390/87, 5 marzo 1989, *G.B.C. Echtermach e A. Moritz*). La tutela del diritto allo studio si estende, per la Corte, anche al figlio del lavoratore maggiore di 21 anni che non è più a carico della famiglia, il quale mantiene il diritto di fruire degli aiuti finanziari, in quanto sarebbe una grave violazione del principio di parità e del diritto all'istruzione escludere dal beneficio gli studenti che si trovano nella fase avanzata dei loro studi (CGCE sent. C-7/94, 4 maggio 1995, *Landesamt fuer Ausbildungsfoerderung*

Oggi, dopo l'avvenuta ratifica del trattato di Lisbona, gran parte dei

Nordrhein-Westfalen). Sempre in applicazione del principio di parità di trattamento, se uno Stato membro offre sussidi per la frequenza di corsi scolastici tenuti all'estero, ha diritto di fruire di tali benefici anche il figlio di un lavoratore comunitario che decide di studiare fuori dallo Stato ospitante e più specificamente nello Stato d'origine (CGCE sent. C-308/89, 13 novembre 1990, *Carmina di Leo*). Gli Stati membri decidono autonomamente l'organizzazione del loro sistema scolastico, ma quello che esula dall'ambito dell'istruzione e rileva ai fini del principio della concorrenza non rientra in tale autonomia (CGCE sent. C-281/06, 18 dicembre 2007, *Jundt*, in cui è stata ritenuta non compatibile con il diritto comunitario la normativa nazionale che riservava il beneficio di un'esenzione fiscale ai soggetti passivi che svolgevano un'attività al servizio di università pubbliche). Vale, inoltre, la pena mettere in evidenza che, in merito all'omologazione dei titoli di studio conseguiti in Stati diversi, la giurisprudenza ha sottolineato che le autorità degli Stati membri, competenti a convalidare i diplomi conseguiti all'estero, devono esaminare se le qualificazioni attestate nel diploma acquisito corrispondono a quelle richieste dalla normativa nazionale e, se la corrispondenza è solo parziale, devono valutare se le conoscenze acquisite possono essere ritenute sufficienti a fini dell'omologazione (CGCE sent. C-234/97, 8 luglio 1999, *Teresa Fernández de Bobadilla*). La Corte di giustizia ha, altresì, affermato che non può accedere ad una professione regolamentata in uno Stato membro ospitante chi possiede un titolo rilasciato dall'autorità di un altro Stato membro che non attesti alcuna formazione prevista dal sistema d'istruzione dello Stato ospitante (CGCE sent. C-311/06, 29 gennaio 2009, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, in relazione al caso di un cittadino italiano che dopo aver conseguito la laurea triennale in ingegneria in Italia ed aver ottenuto, in Spagna, l'omologazione del titolo e l'iscrizione all'albo degli ingegneri, chiedeva l'iscrizione all'albo italiano).

Per quanto riguarda, invece, il diritto al lavoro, la Corte del Lussemburgo ha messo in evidenza che la nozione di "lavoratore" non deve essere intesa in modo restrittivo e che deve essere considerato tale ogni soggetto che svolge attività reali ed effettive, ad eccezione di quelle meramente marginali ed accessorie. Inoltre, il rapporto di lavoro è caratterizzato dal fatto che l'individuo fornisce, per un certo periodo di tempo, a favore di un altro soggetto e sotto la sua direzione, prestazioni in cambio delle quali riceve una retribuzione (*ex multis* CGCE sent. C-10/05, 30 marzo 2006, *Mattern e Cikotic*). I giudici del Lussemburgo hanno connesso il diritto al lavoro, inteso come diritto alla ricerca di un'occupazione, con la libertà di circolazione e soggiorno del lavoratore. Più specificamente, la giurisprudenza ha riconosciuto all'individuo che ha perso il lavoro in uno Stato membro diverso da quello d'origine un ragionevole lasso di tempo di permanenza per trovare un nuovo lavoro (CGCE sent. C-171/95, 23 gennaio 1997, *Recep Tetik*). Proprio l'attenzione alla tutela del lavoratore ha portato la Corte di giustizia a estendere la portata del diritto al c.d. "ricongiungimento familiare" dei parenti del lavoratore, al fine di tutelare anche la sfera personale dell'individuo e non solo quella lavorativa (CGCE sent. C-157/03, 4 aprile 2005, *Commissione c. Spagna*; CGCE sent. C-413/89, 17 settembre 2002, *Baumbast*). In particolare, giova ricordare che la Corte ha riconosciuto il diritto di soggiorno ai familiari conviventi, irregolari o clandestini, che accompagnano un cittadino comunitario in uno Stato diverso da quello d'origine (CGCE sent. C-127/08, 25 luglio 2008, *Metock*). Quest'ultimo, inoltre, non perde lo status di lavoratore per il fatto di esercitare un'attività disciplinata da uno speciale statuto di diritto internazionale e perciò è considerato lavoratore comunitario e gode di tutti i diritti previsti dal diritto europeo

diritti sociali affermati in via giurisprudenziale si trovano codificati nella

(CGCE sent. C-387/87 e 390/87, 5 marzo 1989, *G.B.C. Echternach e A. Moritz*, nello specifico in riferimento ad un lavoratore tedesco che svolgeva la sua attività in Olanda, presso l'Agenzia spaziale europea).

In tema di diritti sindacali, la Corte di Lussemburgo ha messo in luce che il diritto di negoziazione collettiva è un diritto fondamentale che può essere sottoposto a delle restrizioni, al fine di operare un bilanciamento con le altre libertà tutelate dal TFUE, come la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi (CGUE sent. C-271/08, 15 luglio 2010, *Commissione c. Germania*) o la libertà di circolazione (CGCE sent. C-341/05, 18 dicembre 2007, *Laval*, concernente il blocco di cantieri posto in essere da un'organizzazione sindacale svedese nei confronti di un'impresa lettone al fine di indurla ad avviare una trattativa per l'equiparazione della retribuzione dei lavoratori distaccati).

In materia di concertazione sindacale, nello specifico, è stato poi chiarito dalla giurisprudenza che, nel caso di un gruppo di imprese, la procedura di consultazione che il datore di lavoro deve porre in essere con i rappresentanti dei lavoratori quando intende dare luogo a licenziamenti collettivi (ai sensi dell'art. 2, n. 1, direttiva n. 98/59/CE), deve essere conclusa dalla controllata interessata dai licenziamenti, che ha la qualità di datore di lavoro, prima che essa risolva i contratti dei lavoratori (CGCE sent. C-44/08, 10 settembre 2009, *Akavan Eritysalojen Keskusliitto AEK ry e altri*). La Corte ha, inoltre, affermato, proprio in relazione all'Italia, che contravviene al diritto dell'Unione una disciplina nazionale in base alla quale, in caso di "crisi aziendale", non sono garantiti i diritti dei lavoratori interessati dal trasferimento d'azienda. I giudici del Lussemburgo hanno sottolineato, al riguardo, che i diritti e gli obblighi in capo al cedente, risultanti da un contratto collettivo in essere al momento del trasferimento, si trasmettono al cessionario per il solo fatto del trasferimento stesso (CGEC sent. C-561/07, 11 giugno 2009, *Commissione c. Italia*). Per quanto concerne, invece, le condizioni di lavoro, la Corte ha sottolineato che l'orario massimo di lavoro settimanale di 48 ore non può essere superato, se non a patto di un'accettazione libera ed esplicita da parte di ogni singolo lavoratore e che non è sufficiente che il contratto dell'interessato faccia riferimento ad un contratto collettivo che consente tale superamento (CGCE sent. da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer e altri*, relativo al caso di operatori di soccorso, dipendenti della Croce Rossa tedesca). La Corte ha, inoltre, ritenuto che in caso di licenziamento senza motivo grave di un lavoratore assunto a tempo indeterminato e in regime di tempo pieno, durante un periodo in cui egli gode di un congedo parentale a tempo parziale, l'indennità dovuta al lavoratore non può essere calcolata sulla base della retribuzione ridotta che questi percepisce quando si verifica il licenziamento (CGCE sent. C-116/08, 22 ottobre 2009, *Christel Meerts*).

Importanti affermazioni giurisprudenziali sono, poi, state effettuate dalla Corte di giustizia in tema di tutela contro il licenziamento posto in essere con finalità o effetti discriminatori. Gli Stati possono prevedere forme di disparità di trattamento qualora siano "oggettivamente e ragionevolmente" giustificate da una finalità legittima, pur tuttavia resta in capo ai medesimi l'onere di dimostrare la legittimità della finalità invocata a giustificazione (CGCE sent. C-388/07, 5 marzo 2009, *Age Concern England*, concernente un caso di discriminazione in base all'età). In particolare, se la risoluzione del contratto avviene nei confronti della lavoratrice durante la gravidanza, la giurisprudenza istituisce un collegamento tra la tutela del diritto al lavoro, la tutela della lavoratrice madre e l'attuazione della parità di trattamento fra uomini e donne. Così, è stata ritenuta contrastante col diritto dell'Unione la previsione di un'unica azione a disposizione della lavoratrice in

Carta europea dei diritti: così il diritto all'istruzione (art. 14), il diritto al

caso di licenziamento, se le modalità procedurali non rispettano il principio di tutela giurisdizionale effettiva (CGCE sent. C-63/08, 29 ottobre 2009, *Pontin*). Analogamente, si è affermato che viola la parità di trattamento fra uomini e donne in materia di accesso al lavoro e alle promozioni professionali la revoca di un membro di un consiglio di amministrazione di una società di capitali quando la persona abbia la qualità di "lavoratrice gestante" e la revoca sia basata essenzialmente sullo stato di gravidanza (CGCE sent. C-232/09, 11 novembre 2010, *Dita Danosa*). Sempre nella prospettiva antidiscriminatoria ma in tema di protezione dei giovani, la Corte ha, invece, ritenuto non compatibile con la tutela del diritto al lavoro una norma che non prende in considerazione i periodi di lavoro svolti precedentemente al diciottesimo anno di età ai fini della determinazione dello "scatto" in cui vengono collocati i dipendenti del pubblico impiego di uno Stato membro (CGCE sent. C-88/08, 18 giugno 2009, *David Hütter*).

Altri rilevanti filoni giurisprudenziali sono stati elaborati in merito al diritto all'assistenza ed alla previdenza sociale, in relazione al quale è costante orientamento che il diritto dell'Unione debba rispettare la competenza degli Stati membri ad organizzare autonomamente i propri sistemi assistenziali e previdenziali, con la precisazione, però che, qualora manchi un'armonizzazione a livello comunitario, spetta a ciascuno Stato determinare le condizioni per l'iscrizione ai regimi previdenziali (CGCE sent. C-423/04, 27 aprile 2006, *Maruko*). Anche in questa materia, peraltro, emerge la sensibilità antidiscriminatoria della giurisprudenza dell'Unione. La Corte di Lussemburgo ha affermato, ad esempio, che non è imposto agli Stati membri di prevedere, durante il periodo di congedo parentale, la continuità della percezione delle prestazioni previdenziali. Cionondimeno, è stato ritenuto conforme al principio di parità di trattamento tra uomini e donne il fatto che durante il congedo parentale un lavoratore acquisisca diritti alla pensione di invalidità permanente in funzione dell'orario di lavoro effettuato e della retribuzione percepita e non come se avesse svolto un'attività a tempo pieno (CGCE sent. C-537/07, 16 luglio 2009, *Gómez-Limón Sánchez-Camacho*). Altre pronunzie riguardano, invece, alcuni profili del computo pensionistico. In particolare, ai fini del calcolo del limite che i periodi non contributivi non possono superare, si è ritenuto che la competente istituzione di ogni Stato membro deve considerare tutti i periodi di assicurazione acquisiti dal lavoratore di uno Stato terzo, compresi quelli relativi ad attività lavorativa svolta presso altri Stati membri. Per calcolare il periodo di acquisizione di diritti a prestazioni pensionistiche, inoltre, deve essere tenuto conto degli anni di servizio prestati da un lavoratore per lo stesso datore di lavoro nelle sedi di quest'ultimo, anche se poste in diversi Stati membri (CGUE sent. C379/09, 10 marzo 2011, *Maurits Casteels*). Quanto, infine, all'ampiezza della tutela della previdenza ed assistenza sociale, la Corte ha chiarito che si definiscono "prestazioni speciali" quelle che operano in sostituzione o in integrazione di una prestazione previdenziale o assistenziale e che presentano le caratteristiche di un aiuto sociale giustificato da ragioni sociali ed economiche. Più specificamente, quelle volte ad integrare le prestazioni dell'assicurazione per malattia vanno considerate "prestazioni di malattia" (CGCE sent. C-206/10, 5 maggio 2011, *Commissione c. Germania*, concernente le prestazioni erogate dai Länder tedeschi ai non vedenti, ai non udenti e ai disabili).

Quest'ultima giurisprudenza evidenzia chiaramente il rapporto tra prestazioni assistenziali e tutela della salute. Anche in relazione a questo secondo diritto sociale non mancano rilevanti affermazioni in grado di chiarire l'ampiezza di cui esso gode nel diritto dell'Unione. Così, ad esempio, i giudici di Lussemburgo hanno messo in evidenza che il

lavoro (art. 15), il diritto alla parità uomo-donna in tema di occupazione, condizioni di lavoro e retribuzione (art. 23 il quale aggiunge che, tale principio, non implica il divieto di misure che comportino vantaggi per il sesso che si trovi a subire delle discriminazioni di fatto, affermando così la legittimità di “azioni positive”), il diritto del lavoratore ad essere informato e consultato sulla gestione delle imprese, il diritto a non subire licenziamenti ingiustificati, il diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose, il diritto all’assistenza e alla previdenza sociale (art. 34), il diritto alla salute (art. 35), il diritto all’ambiente salubre (art. 37). Previsioni che potrebbero consolidare la tendenza giurisprudenziale richiamata e consentirne un ulteriore sviluppo. È noto che non sempre gli sviluppi giurisprudenziali, cui ho fatto riferimento, sono stati valutati positivamente, così come, in genere, si è data una lettura riduttiva delle novità contenute con riferimento ai diritti sociali nella Carta europea dei diritti. Così, sotto il primo profilo, si è lamentato il fatto che, in materie molto sensibili, come quella rappresentata dal diritto di sciopero e libertà

termine “prestazioni mediche” non include interventi medici diretti ad uno scopo diverso da quello della diagnosi, della cura e della possibile guarigione di malattie e problemi di salute. Più specificamente è possibile affermare che le prestazioni mediche effettuate per fini diversi non sono idonee a beneficiare dell’esenzione ai fini della riduzione della spesa sanitaria (CGCE sent. C-307/01, 20 novembre 2003, *D’Ambrumenil*, concernente prestazioni mediche di natura peritale che, in quanto non finalizzate alla cura della salute, bensì all’accertamento di condizioni di salute per l’istruzione di domande amministrative, non possono essere esenti dall’IVA). Inoltre, la Corte ha sottolineato che il principio generale della libera prestazione di servizi riguarda anche le cure mediche e ciò permette alle persone di recarsi in un altro Stato membro per ricevere tali cure. Tanto più che la prestazione medica non cessa di essere identificata come una “prestazione di servizi” per il fatto che il paziente, recatosi in un altro Stato membro per ottenere le cure, chieda il rimborso delle spese sostenute al regime previdenziale dello Stato in cui risiede (CGCE sent. C-444/05, 19 aprile 2007, *Aikaterini Stamatelaki*). Cionondimeno, la Corte ha affermato che un’istituzione competente può rifiutare di accollarsi le spese connesse ad un soggiorno in un istituto situato in un altro Stato membro per un importo uguale a quello delle prestazioni di cui il soggetto avrebbe diritto, se l’assistenza fosse erogata in un istituto situato nello Stato competente (CGCE sent. C-208/07, 16 luglio 2009, *Chamier-Glisczinski*, concernente il caso di una cittadina tedesca non autosufficiente che aveva fruito di cure in un istituto austriaco). La giurisprudenza della Corte di giustizia ha, poi, messo in evidenza che eventuali disposizioni che pongono delle restrizioni in funzione della tutela della salute possono essere applicate solo qualora tali limiti siano necessari e proporzionati (CGCE sent. C-420/01, 19 giugno 2003, *Commissione c. Italia*, in cui si è stabilito che l’Italia è venuta meno ai propri obblighi vietando la commercializzazione di bevande energetiche con un contenuto di caffeina superiore ad un certo limite, senza aver dimostrato che tale limite era necessario e proporzionato a garantire la tutela della salute).

sindacali (casi *Viking* e *Laval*), la Corte di giustizia si sia spinta ad operare bilanciamenti che rimarrebbero riservati alle competenze nazionali (legislatori e giudici costituzionali); così, sotto il secondo profilo, si è sottolineata la parzialità delle previsioni della Carta e la loro sostanziale “estraneità” rispetto ad una tradizione comune agli Stati membri. Sono critiche solo in parte condivisibili: sul primo punto, anziché rivendicare supposte “competenze esclusive”, bisognerebbe sottolineare che il vero punto critico è rappresentato dal fatto che i bilanciamenti operati dalla Corte di giustizia (inevitabili) avvengono senza il concorso dei giudici costituzionali nazionali (si torna così al punto già trattato in precedenza); sul secondo punto, mi pare che tutto si possa dire di quell’elencazione e della sistematica che gli estensori della Carta hanno seguito tranne che si sia del tutto al di fuori dalle tradizioni costituzionali comuni (non va dimenticato che si tratta di un’elencazione largamente debitrice della precedente giurisprudenza della Corte di giustizia che appunto su quelle tradizioni di è sempre basata).

In ogni caso, come già sottolineato, in tema di diritti sociali, ciò che ancora prevale è il principio di separazione e non quello di integrazione²². E ciò per alcune ragioni oggettive: da un lato, l’incompetenza dell’Unione in tema di diritti sociali; dall’altro la discrasia tra la comunitarizzazione di alcuni strumenti su cui si basano le decisioni di politica economica, come la moneta unica, ma non di altre, come la politica fiscale. Questo dato è, del resto, confermato dalla debolezza degli strumenti messi in campo dall’Unione europea sul versante delle politiche di coesione sociale e, in particolare, in tema di contrasto al fenomeno della disoccupazione (aspetto centrale del diritto al lavoro). Se, infatti, è vero che l’art. 148 del TFUE predispone una specifica procedura per l’adozione, da parte del Consiglio europeo, di “orientamenti” volti a contrastare le criticità rilevate in ordine ai livelli occupazionali, la stessa disposizione precisa che di tali orientamenti gli Stati membri debbono solo “tener conto”. Lo stesso può dirsi del successivo art. 149 che, mentre al primo comma, prevede la possibilità che, secondo la procedura legislativa ordinaria, vengano adottate “misure dirette a promuovere la cooperazione tra gli Stati membri e a sostenere i loro interventi nel settore dell’occupazione”, al secondo comma precisa che “tali misure non comportano l’armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari

²² In tema cfr., di recente, G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli 2012, 23-4.

degli Stati membri”. Nell’un caso e nell’altro, dunque, siamo in presenza di strumenti che non pongono puntuali obblighi giuridici, ma che si affidano allo spontaneo adeguamento da parte dei singoli Stati, e provano come si sia ancora ben lontani da una comunitarizzazione di un sistema sociale europeo²³.

Questo *status* di minorità dei diritti sociali si riscontra anche sul versante internazionale (sempre con riferimento all’area europea). Si pensi alla scarsa operatività della Carta sociale, promossa dal Consiglio d’Europa e sottoscritta da un numero consistente di Paesi, tra cui l’Italia. E ciò nonostante il tentativo di rafforzarla che si è compiuto con la riforma del 1996, soprattutto sul versante dei controlli, attraverso l’istituzione del Comitato europeo dei diritti sociali e la previsione della possibilità di presentare ricorso in caso di inadempienza degli Stati firmatari da parte delle organizzazioni rappresentative delle parti sociali. Ricorsi che hanno dato luogo a decisioni del Comitato che solo in pochi casi hanno avuto un seguito nelle legislazioni nazionali. Ma, soprattutto, scarsissima attenzione ha sin qui ricevuto la Carta da parte dei giudici nazionali, che le hanno riservato il ruolo pressoché insignificante che avevano riservato per decenni alla stessa Convenzione europea sui diritti dell’uomo. C’è semmai da chiedersi al riguardo se anche per la Carta sociale, in quanto trattato internazionale, non possa o debba estendersi il disposto dell’art. 117, c. 1, nell’interpretazione datane dalla Corte costituzionale a partire dalle notissime sentenze nn. 348 e 349 del 2007. Se così avvenisse (e non vedo decisivi ostacoli che vi si frappongano), anche la Carta sociale potrebbe conoscere una rivitalizzazione pari a quella che ha interessato la Convenzione europea sui diritti dell’uomo.

Ma, al di là di queste e di altre possibili considerazioni in ordine ai limiti, certo molto rilevanti, che tutt’ora presenta il processo di integrazione dei diversi sistemi di tutela dei diritti, mi pare che esse non siano tali da contraddire quanto più sopra affermato circa l’avvenuta, almeno parziale, “compensazione” a fronte di una perdita consistente di sovranità e circa il fatto che questa “compensazione” non ha affatto prodotto un abbandono o un ridimensionamento del nostro patrimonio costituzionale (del nostro come di quello degli altri Stati membri). I sistemi di tutela dei diritti che si sono andati progressivamente affermando a livello

²³ P. ADDIS, V. CASAMASSIMA, *Dall’armonizzazione al coordinamento. Le politiche europee per l’occupazione e il loro impatto in Italia*, in corso di pubblicazione in E. ROSSI, V. CASAMASSIMA (a cura di), *La politica sociale europea tra armonizzazione normativa e nuova governance. L’impatto sull’ordinamento italiano*, in corso di pubblicazione.

ultrastatuale sono ampiamente debitori di quelle che la Corte di giustizia chiama le tradizioni costituzionali comuni. E ciò vale tanto per la definizione dei diversi cataloghi di diritti, quanto per le modalità per assicurarne l'effettivo rispetto: si è detto del passaggio del sistema dell'Unione da un sistema interamente pretorio ad un sistema che in larga misura si è modellato su quello dei sistemi di giustizia costituzionale nazionali. In sintesi, a me pare che si possa dire che il fenomeno cui stiamo assistendo in Europa, con il transito di una materia costituzionale così sensibile, quale certamente è la tutela dei diritti fondamentali, da un ambito esclusivamente nazionale ad un ambito più ampio, se non ci consente di parlare di una compiuta costituzione europea, rende sempre più difficile pensare alla tutela dei diritti e alle relative garanzie, innanzitutto alla giustizia costituzionale, come al prodotto dei singoli costituzionalismi nazionali, ma ormai come parte di un costituzionalismo di respiro europeo (o, per usare ancora la terminologia di Teubner, di una di quelle "costituzioni parziali", che vanno prendendo forma nel mondo globalizzato).

5. *I riflessi dell'espansione della tutela dei diritti sul piano internazionale e sovranazionale sul ruolo del legislatore e del giudice*

Ma c'è un altro fenomeno che caratterizza quanto sta avvenendo nell'area europea, sempre in tema di tutela dei diritti, che penso vada sottolineato e che rafforza quanto appena osservato. Esso è rappresentato dalla messa in discussione del rapporto tra legislatore e giudice (o se si vuole tra diritto legale e diritto giurisprudenziale) che la tradizione del costituzionalismo del XIX secolo ci consegnato. Questa tradizione, che ha trovato espressione in tutte le Costituzioni contemporanee, assegna un ruolo primario al legislatore; un ruolo di assoluto protagonista nell'implementazione dei diritti fondamentali. Rispetto al legislatore, il ruolo del giudice, per quanto rilevante, si presenta quello di un soggetto che interviene in seconda battuta e che in ogni caso, per quanto ampi siano i margini lasciati alla sua interpretazione, opera sempre su testi legislativi. Si tratta di una tradizione che ha origini risalenti nell'idea di una sostanziale coincidenza tra Stato e legge, tra Stato e parlamentarismo, tra Stato parlamentare e democrazia. Un modello sul quale si è costruito quello che è stato chiamato il "mito" della legge²⁴, ma che, a ben vedere,

²⁴ È notissima, sul punto, la posizione di Paolo Grossi, che forse è il maggiore critico

ha cominciato ad entrare in crisi nello momento stesso in cui celebra il suo massimo successo, ovvero quando viene adottato dalle Costituzioni della metà dell'800, dovendo fare i conti con alcuni elementi di contesto: dal carattere elitario della rappresentanza elettorale, al moltiplicarsi delle fonti normative, connesso alle crescenti esigenze di regolazione, al progressivo emergere della distanza tra raffigurazione formale dei modi di esercizio della sovranità popolare e le prassi messe in atto nel corso dell'esperienza dello Stato liberale²⁵. Né questa crisi si è arrestata con l'esperienza che prende avvio con le costituzioni del secondo dopoguerra. Al contrario, essa si è ulteriormente accentuata in virtù del riconoscimento costituzionale del principio del pluralismo istituzionale e sociale e dell'apertura, anch'essa sancita da apposite disposizioni costituzionali, degli ordinamenti nazionali verso l'esterno. Con la conseguenza che tutto ciò ha ulteriormente contribuito (e non poteva essere diversamente) ad un profondo ridimensionamento del modello originario tendente ad attribuire alla legge una funzione pressoché esclusiva nella produzione del diritto.

È in questo quadro che si iscrive il processo di ridefinizione dei rapporti tra diritto legale e diritto giurisprudenziale cui stiamo assistendo soprattutto in tema di diritti, caratterizzato da una forte valorizzazione dell'attività interpretativa del giudice²⁶.

La riflessione su questo tema non è certo nuova. Già nel corso del Convegno AIC del 2002, dedicato a "Teorie della Costituzione e diritto giurisprudenziale" esso era stato oggetto di approfondite riflessioni. Ricordo in particolare la relazione di Giovanni Bognetti²⁷ che, sulla base di una certa ricostruzione del significato della Costituzione, intesa come insieme di principi (e regole) che segnano un limite negativo (e non positivo) all'azione degli altri poteri (legislatore e giudici), assegnava alla giurisprudenza costituzionale il compito di individuare il nucleo essenziale minimo di quel limite, al legislatore una piena libertà di scelta nel rispetto

dell'avvenuta "mitizzazione" della legge (si veda, ad esempio, di questo Autore, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001).

²⁵ F. MODUGNO, *Legge*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano 1973, 72 e ss.

²⁶ Al riguardo cfr. anche G. SILVESTRI, *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli 2011, 3406 e ss.

²⁷ G. BOGNETTI, *Teorie della Costituzione e diritti giurisprudenziali. Note per una trattazione metodologicamente adeguata della problematica*, in AIC ANNUARIO 2002, *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Atti del XVII Convegno Annuale (Milano, 11-12 ottobre 2002), Padova 2004, 5 e ss.

di quel limite negativo e al giudice ordinario (pur definito come “legislatore di scorta”) il compito di contribuire col legislatore alla definizione del diritto vivente, ma operando sempre e soltanto su testi legislativi, senza assumere a diretto parametro di giudizio le disposizioni costituzionali. Di qui una forte rivendicazione del ruolo della legge e un altrettanto forte ridimensionamento del ruolo del diritto giurisprudenziale.

Non voglio entrare nel merito delle cose dette allora da Bognetti. Tuttavia, se guardiamo a quanto è successo in questi 10 anni, mi pare difficile non rilevare che quelle che Bognetti segnalava allora come delle “deviazioni” (riferendosi ai casi in cui giudice costituzionale e giudici ordinari si erano più esplicitamente mossi nella direzione di un’interpretazione in positivo dei principi costituzionali) rappresentino oggi un dato costante e che è venuto mano a mano così rafforzandosi, da aver inciso molto più che in passato sugli equilibri tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale.

Un processo che non deve stupire più di tanto se si tiene conto del fatto che oggi, come ho già accennato, il problema non è tanto quello della codificazione dei diritti (i vari cataloghi europei sono in gran parte simili), quanto piuttosto quello della *misura*, della *effettività* della relativa tutela; il che chiama naturalmente in causa il legislatore, ma sempre di più, e con un rilievo del tutto diverso rispetto al passato, anche i giudici.

E, infatti, se guardiamo da vicino gli sviluppi della giurisprudenza, quella nazionale ma non solo quella, non è difficile cogliere gli indici chiari di un mutamento che si va determinando negli equilibri tra i due tipi di diritto. Sul piano nazionale, si pensi, agli apporti “creativi” offerti in questa materia dal giudice delle leggi, che ha saputo, in via interpretativa, ricavare dal dettato costituzionale una serie di “nuovi” diritti di rango costituzionale (dal diritto alla riservatezza, al diritto ad un ambiente salubre, al diritto all’informazione, al diritto all’abitazione, solo per fare qualche esempio), così come non meno significativi sono gli interventi in questa direzione dei giudici di legittimità e di merito (basti pensare, solo per richiamare i due esempi più noti, alla sentenza della Corte di Cassazione sul “caso Englaro” o alla giurisprudenza del lavoro in tema di diretta applicabilità dell’art.36 Cost.) e più ancora lo saranno in applicazione della dottrina dell’interpretazione conforme (soprattutto nella versione che ad essa ha inteso dare la nostra Corte costituzionale). Ma lo stesso discorso vale per gli analoghi contributi dati in questa direzione dalle due Corti europee, entrambe chiamate ad esercitare la loro attività in diretta applicazione-interpretazione di norme espresse per lo più in termini di principi, contenute in un caso nella Convenzione

(CEDU), nell'altro desumibili dalle tradizioni costituzionali comuni e ora dalla Carta di europea dei diritti, la quale, non a caso, adotta una particolare tecnica normativa che riassume le singole fattispecie nell'ambito della tutela di sei principi di carattere generale: dignità, libertà, eguaglianza, solidarietà e giustizia (il che mi pare autorizzi a dire che, rispetto a quei principi, i singoli diritti enumerati non rappresentano affatto un elenco esaustivo, ma destinato ad essere integrato dal giudice).

Di fronte a questo fenomeno, il primo interrogativo da porsi è se esso debba intendersi come un fenomeno transeunte, legato essenzialmente alle difficoltà che oggi incontrano un po' dovunque i meccanismi della rappresentanza politica sui quali si basa l'opera del legislatore, in una logica di provvisoria "supplenza" e, come tale, destinato progressivamente a rientrare, ovvero di un fenomeno strutturale che ha altre origini. A me pare che la risposta a questo interrogativo debba essere nel secondo senso. Credo cioè che il mutato equilibrio tra diritto legale e diritto giurisprudenziale sia soprattutto da ricondurre al pieno dispiegarsi delle potenzialità insite nel principio di sottoposizione della legge al controllo di conformità rispetto a norme di livello superiore (che siano quelle costituzionali o quelle convenzionali, contenute in un trattato, ma che presentano una sicura "natura" costituzionale). È questo principio che impone il rispetto di una nuova legalità (quella "costituzionale", appunto) e la impone, sia pure attraverso modalità diverse da ordinamento ad ordinamento e nel rispetto dei rispettivi ruoli, a tutti i giudici, anche a quelli comuni, portati sempre più spesso, direi fisiologicamente, a porsi a diretto contatto con norme di rango superiore alla legge, spesso espresse in termini di principio e che dunque non solo offrono loro margini di interpretazione molto ampi, ma mutano gli stessi criteri con cui operare sui dati testuali: una cosa è infatti interpretare una norma di legge in sé (di regola, norma sufficientemente dettagliata), ai fini della sua applicazione al caso concreto, altra cosa è interpretare la norma di legge alla luce di un principio spesso polisemantico, dal quale è necessario trarre il significato che possa essere utile alla soluzione del caso concreto.

Se il fenomeno di cui parliamo può essere descritto nei modi ora detti, allora non di supplenza si tratta ma di concorso del legislatore e dei giudici nella produzione del diritto. In questo quadro, la legge non perde certo la sua centralità, posto che difficilmente può riconoscersi alla singola sentenza del giudice quella funzione di promozione generale dei diritti che solo attraverso la legge può davvero realizzarsi. Significa, però, che oggi questa funzione si deve confrontare con un nuovo elemento di contesto che contribuisce, insieme ad altri, a ridimensionarne la conce-

zione antica o se si vuole a sfatarne il “mito”. È quanto, mi pare, possa trarsi anche da quell’affermazione, contenuta nell’ordinanza con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile il ricorso del Parlamento contro la richiamata sentenza del caso Englaro (ord. n. 334 del 2008), là dove si dice che l’atto del giudice non è atto legislativo ma giurisdizionale e, come tale, non determina alcun impedimento al potere politico ad intervenire a disciplinare (anche in senso difforme) la materia in questione (ancora priva di una regolamentazione legislativa). Dunque, si potrebbe dire non conflitto ma, appunto, concorso tra i due “diritti”²⁸.

A quest’ultimo riguardo, il secondo interrogativo che conviene porsi è se questo processo di riequilibrio nei rapporti tra legislatore e giudice non comporti dei rischi ove si traduca in un rapporto capovolto, che spinga sullo sfondo il ruolo del primo a fronte di una eccessiva valorizzazione del ruolo del secondo. È un rischio che molti hanno segnalato²⁹, auspicando che il rapporto tra diritto legale e diritto giurisprudenziale, sempre in materia di tutela di diritti, si mantenga in una sostanziale situazione di equilibrio, sviluppandosi all’insegna della reciproca integrazione e del reciproco condizionamento. Si tratta di una preoccupazione seria, ma alla quale non credo possa esserci oggi una risposta sicura, se non quella appunto di un auspicio che, come tale, appare certamente condivisibile, ma la cui realizzazione appare dipendere essenzialmente dalla dinamica che assumerà spontaneamente il rapporto tra i due “diritti”, non essendo pensabile un ritorno al passato, tanto meno se indotto da regole coercitive (ricordiamo tutti il tentativo recente di limitare per legge l’attività interpretativa del giudice sulla legge da applicare).

In conclusione, su questo punto, mi pare di poter dire che la situazione nella quale oggi viviamo confermi, almeno in parte quanto già affermato, ad esempio, da Kelsen quando sosteneva che “il parlamentarismo non è l’unica possibile forma reale in cui possa attuarsi l’idea di de-

²⁸ Una posizione molto diversa, se non opposta, a quella qui espressa è stata anche di recente sostenuta da Massimo Luciani, il quale considera l’attuale cambiamento del ruolo del giudice rispetto a quello del legislatore come una vera e propria anomalia, una seria rottura dei principi costituzionali in ordine alla divisione dei poteri (si veda M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in corso di pubblicazione su *Osservatoriosullefonti.it*, 1/2013).

²⁹ Così, ad esempio, A. RUGGERI, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento “intercostituzionale”*, in G. BARCELLONA, R. DI MARIA (a cura di), *Costituzione*, cit., 127 e ss. e G. PITRUZZELLA, *Processo di integrazione europea e teoria delle fonti; dalla sovranità della Costituzione al primato del diritto comunitario*, *ibidem*, 175 e ss.

mocrazia”³⁰ o da Schmitt, quando agli inizi degli anni '30, riflettendo su questi temi (Legalità e legittimità), scriveva che “Lo Stato legislativo (il diritto legislativo)”, “può essere considerato il veicolo tipico di un’era riformistica, corredata da programmi di partito, che cerca di realizzare il progresso sul piano legale parlamentare, per mezzo di leggi giuste, mentre lo Stato giurisprudenziale (il diritto giurisprudenziale) è caratterizzato dal fatto che, in esso, il giudice decide direttamente in nome del diritto e della giustizia”³¹ per arrivare alla stessa conclusione di Kelsen e, cioè, che “il parlamentarismo non è l’unica forma di integrazione sociale, ma solo uno dei metodi attraverso i quali tale integrazione si realizza”³². Mi pare che entrambi questi Autori cogliessero bene alcuni tratti della situazione che oggi si sta determinando; una situazione, nella quale, tramontata l’idea che solo il legislatore sia depositario in esclusiva della produzione del diritto, i rapporti tra diritto legale e diritto giurisprudenziale sembrano avviati ad assestarsi su una posizione di equilibrio bilanciato, operando ciascuno nel proprio ambito, ma concorrendo insieme a rendere effettiva (in nome della “giustizia”) la tutela dei diritti, senza alcuna relazione di tipo “gerarchico”. Se è forse eccessivo, guardando all’esperienza maturata nell’ambito del processo di integrazione europea, affermare, come peraltro qualcuno ha fatto³³ che l’integrazione per via giudiziaria (il riferimento è sempre alla tutela dei diritti fondamentali) ha ormai sopravanzato e in qualche modo sostituito quella che sono stati in grado di realizzare le istituzioni politiche, credo che sia difficile negare che, rispetto al passato, questa finalità veda oggi coinvolti una pluralità di soggetti e tra questi certamente anche i giudici. È a loro che va oggi ascritto il merito di aver “liberato” i diritti dalla cristallizzazione che hanno ricevuto nelle formulazioni che si ritrovano nelle diverse Carte, sviluppandone al massimo le potenzialità di significato, assicurandone al contempo il costante raccordo con il continuo sviluppo delle relazioni sociali (il che mi pare richiami molto da vicino quel principio di *presunzione della massima tutela delle libertà*, sul quale tanto ha insistito Barile³⁴).

Molti tendono a leggere questo fenomeno come un superamento

³⁰ H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, in *La democrazia*, trad. it. B. Fleury, Bologna 1988, 156.

³¹ C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, in *Le categorie del “politico”*, trad. it. G. Miglio, P. Schiera, Bologna 1972, 216.

³² C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano 1984, 274.

³³ Così R. CAPONI, *Democrazia, integrazione europea, circuito delle Corti costituzionali, dopo il Lissabon Urteil*, in www.astrid.eu.

³⁴ Cfr. P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, cit., 41 e ss.

(per alcuni già avvenuto) di alcuni dei principali tratti distintivi tra ordinamenti di *civil law* e ordinamenti di *common law*: alla legge si sarebbe sostituita la *rule of law*, ad un giudice che applica la legge, un giudice che ricerca e applica regole tratte dal concreto atteggiarsi dei rapporti tra soggetti sociali. A mio parere, questa interpretazione, soprattutto nelle sue versioni più assertive, non è del tutto convincente. Essa coglie certamente alcuni aspetti del fenomeno in atto, ma trascura il fatto che si tratta pur sempre di una tendenza e non di un processo già compiuto. Non solo, ma a me pare che tale fenomeno vada interpretato, senza spingersi a problematiche generalizzazioni, come l'avvio di una profonda trasformazione, di una profonda evoluzione del tradizionale sistema di tutela dei diritti, fatto proprio dallo Stato costituzionale; evoluzione che, tuttavia, si mantiene saldamente ancorata alla Costituzione (e alle altre Carte dei diritti) e alla legge. L'attività interpretativa del giudice si colloca in una sorta di intercapedine tra principi costituzionali (o di valore analogo) e legge, valorizzando le potenzialità dei primi e concorrendo con la seconda alla loro effettiva realizzazione.

Da questo punto di vista, non mi pare che si sia in presenza di un prepotente affermarsi di un *governo dei giudici* o di quella prevalenza dello Stato giurisdizionale sullo Stato legislativo, caratterizzata, per riprendere la citazione precedente, secondo Schmitt "da una *giustizia distinta dallo Stato*, intesa come *custode e garante di un diritto distinto dallo Stato, precedente e sovraordinato ad esso...*"³⁵. La tutela dei diritti mantiene, come accennato, il suo ancoraggio al diritto dello Stato, in specie a quello costituzionale nazionale non meno che a quanto di questo diritto è transitato in altri atti di livello sovranazionale. Il punto è che si tratta di un diritto diverso da quello legislativo, che aspira ad essere diritto stabile, volto alla conformazione dei comportamenti umani più attraverso l'enunciazione di principi che di regole, sì che quando dalla enunciazione formale dei diritti si passa alla loro effettiva garanzia, con il diffondersi di meccanismi di controllo sulla legge, ciò che emerge in primo piano è appunto la misura più ampia (o massima) della tutela, il che, direi fisiologicamente, apre il campo ad un modo assai più articolato e flessibile di intendere le relazioni tra legislatore e giudice.

³⁵ Nella visione di Schmitt, infatti, si accentua una sorta di contrapposizione tra Stato legislativo e Stato costituzionale, che pare alludere a due elementi in potenziale contrapposizione tra loro e destinate a prevalere l'uno sull'altro a seconda delle diverse stagioni politiche che un ordinamento attraversa (ma, per questa parte, la sua posizione non sembra corrispondere agli sviluppi attuali del rapporto tra diritto legale e diritto giurisprudenziale).

IL DIRITTO ALL'ISTRUZIONE
NEL TEMPO DI CRISI*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gratuità e obbligatorietà dell'obbligo scolastico. – 3. Contenuto del diritto all'istruzione. – 4. Il diritto all'istruzione come situazione giuridica soggettiva e come valore. – 5. Il diritto dei privati di istituire (e gestire) scuole «senza oneri per lo Stato».

1. *Premessa*

Due sono le opzioni, per giunta tra loro antitetiche, che, per risolvere il problema del diritto all'istruzione nel tempo di grave crisi economica, si prospettano alle forze politiche e al legislatore¹.

La prima consiste nell'ulteriore progressiva riduzione, sia nella legge di stabilità sia con provvedimenti amministrativi, dei finanziamenti alla scuola pubblica. Dovrebbe invece escludersi che, a vantaggio degli equilibri di bilancio, si possano disattendere le conquiste, compiute in passato, in favore del diritto allo studio per il tramite di provvedimenti legislativi. Ed infatti se il legislatore ordinario revocasse precedenti misure favorevoli al diritto allo studio, si porrebbe in controtendenza rispetto al principio fondamentale secondo il quale «*La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica*» (art. 9 Cost.), il quale, proprio perché ha natura programmatica, mentre non è assistito da rimedi giustiziali in caso di omissioni da parte del legislatore, costitui-

* Relazione al Convegno nazionale FLC CGIL sul tema «*Per un governo democratico della scuola*», Roma, 15 e 16 gennaio 2013. Con talune modifiche e aggiunte questo saggio apparirà negli *Scritti in onore di Antonio D'Atena* a cui è affettuosamente dedicato.

¹ Sul problema dei diritti sociali in tempo di crisi v. le recenti sensibili riflessioni di I. CIOLLI, *I diritti sociali*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (cur.), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Napoli 2012, 83 ss., spec. 96 ss.

sce però, a rigore, la causa efficiente per la declaratoria d'incostituzionalità delle leggi che esplicitamente lo contraddicono, non potendo, per definizione, le leggi ordinarie operare in senso contrario alle norme programmatiche². Il che significa che tutte le leggi che pongano in essere misure o indirizzi contrari ai precetti dell'art. 9 Cost., dovrebbero superare, per essere ritenute legittime, uno stretto scrutinio di razionalità/ragionevolezza.

La seconda opzione è che dalla crisi nella quale si dibatte la scuola pubblica si può uscire solo guardando in avanti. Tale opzione prende atto e si muove alla luce delle note considerazioni contenute nel Rapporto 2012 «*Education at Glance*» dell'OCSE, secondo cui durante la recessione globale, i differenziali nelle remunerazioni tra chi ha conseguito un diploma universitario e chi ha raggiunto un livello inferiore d'istruzione non solo sono rimasti sostanziali ma si sono persino accentuati e secondo cui i contribuenti ottengono un sano ritorno dai fondi pubblici utilizzati per aiutare coloro che scelgono di seguire la via degli studi universitari.

A sostegno di questa seconda opzione c'è del resto, ancora una volta, la perentoria enunciazione di principio dell'art. 9 Cost., la quale, imponendo alla Repubblica di promuovere lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica, coinvolge in tale impegno tutte le sue possibili articolazioni: lo Stato, le Regioni, le Province, i Comuni e finanche gli enti pubblici non territoriali³.

Ciò nondimeno dal Rapporto «*Education at Glance*» del 2011 risulta che, rispetto agli altri Paesi dell'OCSE, l'investimento italiano in istruzione è più basso anche a parità del numero di studenti. Inoltre dal «*focus OCSE*» emerge chiaramente che l'Italia è contraddistinta non solo da bassi investimenti nella formazione e nell'istruzione ma anche da carenti meccanismi di valutazione delle *performances* degli istituti educativi. Ciò costituisce una condanna per l'insensibilità culturale di chi, negli

² Secondo l'insegnamento, che ha fatto scuola, di V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, ormai pacificamente seguito sia in dottrina che in giurisprudenza.

³ Non l'impone invece ai privati (soggetti singoli e collettivi), i quali, per definizione, secondo i principi della nostra democrazia liberale, si muovono in un'ottica di libertà, per cui se ritengono di perseguire finalità culturali, lo fanno legittimamente, ma volontariamente, senza che ciò ne possa qualificare le finalità in senso pubblicistico o costituire il pretesto per eventuali sovvenzioni. In questo senso v. anche F. MERUSI, *Art. 9*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1975, 439.

ultimi anni, ha operato tagli lineari alle risorse finanziarie dello Stato in materia di istruzione, nella convinzione che tutti i capitoli di bilancio abbiano la stessa importanza per l'Italia sia dell'oggi che del domani: una convinzione puramente economicistica del tutto errata, perché sottrarre oggi preziose risorse finanziarie all'istruzione pubblica significa pregiudicare l'arricchimento culturale e le potenzialità della ricerca scientifica e tecnologica dei prossimi vent'anni.

Il che implica, a sua volta, una responsabilità nei confronti delle generazioni future, che da problema filosofico⁴ è divenuto ormai un problema di diritto costituzionale⁵, il quale, come tale, dovrebbe coinvolgere tutti i governanti attuali e non solo gli "uomini di Stato"⁶. Un problema che, dopo il dilagante anarco-liberismo di questi ultimi anni, impone, in questo tempo di crisi, una effettiva rivalutazione del principio di solidarietà⁷.

2. *Gratuità e obbligatorietà dell'obbligo scolastico*

Secondo l'art. 34 comma 2 Cost. «L'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita». La gratuità dell'obbligo scolastico si applica ovviamente alle sole scuole pubbliche⁸. Sarebbe infatti irrazionale che essa fosse imposta alle scuole private la cui istituzione (e relativa gestione) non implica, per disposto costituzionale, «oneri per lo Stato» (art. 33 comma 3 Cost.).

Peraltro, pur potendo, l'obbligo scolastico, essere adempiuto presso scuole private, questa possibilità si presenta pur sempre come derogato-

⁴ H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica* (*Das Prinzip Verantwortung*, 1979), trad. it., Torino 1993.

⁵ R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano 2008.

⁶ Di recente il Presidente del Consiglio Mario Monti ha ricordato quanto a suo tempo disse Alcide De Gasperi sulla differenza che passa tra l'uomo di Stato e il politico: il primo che guarda alle generazioni future, mentre l'occhio del secondo non va oltre le prossime elezioni.

⁷ Con sensibilità il tema è affrontato da A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Milano 2012.

⁸ Secondo l'art. 14 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (impropriamente collocato tra le libertà, come il diritto di proprietà, il diritto di asilo, la protezione in caso di allontanamento, di espulsione ed estradizione!), il diritto all'istruzione «comporta la facoltà di accedere liberamente (?!) all'istruzione obbligatoria».

ria del – e non invece come alternativa al – principio che è la Repubblica a dover provvedere all'istruzione, essendo tale principio – per l'importanza che la scuola pubblica rappresenta come fattore di eguaglianza (art. 3 comma 2 Cost.) e di sviluppo democratico della Repubblica (art. 1 comma 1 Cost.)⁹ – facilmente desumibile dall'art. 33 comma 2 Cost., secondo il quale «*La Repubblica (...) istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi*»¹⁰.

Mi si consenta un rapido *excursus*. Inizialmente l'obbligo scolastico si riteneva assolto fino al sedicesimo anno con la mera frequenza e non con il conseguimento della licenza di scuola media (art. 8 l. 31 dicembre 1962 n. 1859). Successivamente, insieme con l'estensione dell'obbligo di frequenza dell'attività formativa fino al diciottesimo anno (art. 68 l. 17 maggio 1999 n. 199), venne introdotta un'alternativa in conseguenza della quale coloro che avevano adempiuto l'obbligo di istruzione (elevato però a dieci anni) pur senza aver acquisito alcun titolo, avevano diritto a frequentare iniziative formative volte al conseguimento di una qualifica professionale (art. 1 l. 20 gennaio 1999 n. 9).

Con la c.d. legge Moratti, l'obbligo di istruzione passa invece dai dieci anni precedentemente previsti agli otto anni costituzionalmente imposti (ciò che, per quanto detto nel § 1, avrebbe potuto essere censurato sotto l'anzidetto profilo dell'art. 9 Cost.). Veniva bensì assicurato a tutti «*il diritto all'istruzione e alla formazione per almeno dodici anni o, comunque, sino al conseguimento di una qualifica entro il diciottesimo anno d'età*» (art. 1, l. 23 marzo 2003, n. 53), ma, in pratica, dopo la licenza della scuola secondaria di primo grado, lo studente era costretto a scegliere se proseguire negli studi oppure seguire corsi di formazione professionali. Non gli era più imposta una frequenza scolastica che gli avrebbe garantito una più ampia base culturale¹¹. L'attuazione del diritto all'istruzione, così rimodellato, si realizzava perciò «*nel sistema di istru-*

⁹ Nel senso che l'eguaglianza in senso sostanziale fu un corpo estraneo alla Costituzione nel dibattito in Assemblea costituente v. però S. CASSESE, in S. CASSESE, A. MURA, *Artt. 33 e 34*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1976, 225 s., con le meritorie eccezioni, con riferimento al dibattito sulla scuola, di Moro, Marchesi e Togliatti.

¹⁰ Sostanzialmente in questo stesso senso v. A. D'ANDREA, *Diritto all'istruzione e ruolo della Repubblica*, in *Scritti in onore di A. Pace*, tomo II, Napoli 2012, 1293 s., 1305 ss.

¹¹ In questo senso, in critica alla legge Moratti, v. A. CATALANO, A.M. SANTORO, *La riforma Moratti: aspetti critici*, in *Scuola superiore dell'economia e delle finanze*, <http://rivista.ssef.it/file/Dottrina/31/L1.A1001001A08F04B13952C09970.VI.pdf>.

zione e in quello di istruzione e formazione professionale, secondo livelli essenziali di prestazione definiti su base nazionale a norma dell'art. 117 comma 2 lett. m) della Costituzione».

Con l'art. 1 comma 622 della successiva l. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria per il 2007) l'obbligo di istruzione veniva nuovamente elevato ai dieci anni e l'istruzione avrebbe dovuto considerarsi «finalizzata a consentire il conseguimento di un titolo di studio di scuola secondaria superiore o di una qualifica professionale di durata almeno triennale entro il diciottesimo anno di età. L'età per l'accesso al lavoro è conseguentemente elevata da quindici a sedici anni».

Le cose cambiano nuovamente con l'art. 48 comma 8 della l. 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. collegato lavoro) in virtù del quale l'obbligo decennale di istruzione di cui all'art. 1 comma 622 della legge finanziaria del 2007 «si assolve anche nei percorsi di apprendistato» per quanti avessero compiuto 16 anni all'entrata in vigore della l. n. 296 del 2006 oppure 15 anni all'entrata in vigore della l. n. 183 del 2010: apprendistato per i cui corsi occorre un'intesa tra Regioni, Ministro del lavoro e parti sociali. L'età minima per l'ammissione al lavoro scende quindi nuovamente al quindicesimo anno d'età. Come nella legge Moratti il c.d. collegato lavoro effettua una contrazione dell'obbligo "scolastico" come tale.

3. Contenuto del diritto all'istruzione

Cosa si intende per contenuto del diritto all'istruzione? Nella sentenza n. 7 del 1967, emanata in un'ipotesi di violazione dell'obbligo scolastico, penalmente sanzionato, la Corte costituzionale, nel differenziare tra loro i concetti di insegnamento, istruzione ed educazione, osservò che nel primo – l'insegnamento – si identifica «l'attività del docente diretta ad impartire cognizioni ai discenti nei vari rami del sapere, nel secondo (l'istruzione) l'effetto intellettuale di tale attività e nel terzo (l'educazione) l'effetto finale complessivo e formativo della persona in tutti i suoi aspetti». E aggiunse che «tale distinzione, pur rispecchiando nel suo aspetto concettuale una posizione di progressività graduale, procedente da premessa a risultati», non poteva però avere incidenza decisiva per la soluzione alla concreta questione in esame, «così da pervenire ad assegnare al termine istruzione, quale espresso nella norma costituzionale ed interpretato dalla Corte agli effetti della gratuità della prestazione, un significato diverso e più ampio di quello proprio dell'insegnamento».

La Corte concluse quindi nel senso dell'impossibilità di ricomprendere tra le prestazioni a cui lo Stato è tenuto «*anche altre prestazioni che si collegano all'insegnamento e lo coadiuvano ma non ne costituiscono i tratti essenziali, come la fornitura di libri di testo, di materiale di cancelleria, nonché mezzi di trasporto*». E ciò ancorché a quel risultato il legislatore ordinario fosse già autonomamente pervenuto, in adempimento del principio dell'art. 9 Cost., per i libri di testo con l'art. 35 l. 24 luglio 1962 n. 1073, con l'art. 1 l. 10 agosto 1964 n. 719 e con l'art. 15 l. 31 ottobre 1966 n. 942 e, con riferimento ai mezzi di trasporto, con l'art. 34 l. n. 1073 del 1962 e con l'art. 14 l. n. 942 del 1966.

Nonostante le conclusioni di quella prima sentenza siano state successivamente ribadite dalle sentenze n. 106 del 1968 (con riferimento alle sanzioni previste per gli adempimenti all'obbligo scolastico) e n. 36 del 1982 (con riferimento ai mezzi di trasporto)¹², merita di essere criticamente rilevato che se è vero quel che dice la Corte in tale decisione, e cioè che, da un punto di vista *astratto*, i libri di testo, il materiale di cancelleria e i mezzi di trasporto non costituiscono di per sé «*tratti essenziali*» dell'insegnamento, le conclusioni cambiano se il problema della fornitura dei libri di testo, dei mezzi di trasporto e del materiale di cancelleria – e un domani il *personal computer*¹³ – viene affrontato in concreto, e quindi nell'ottica dell'art. 3 comma 2 Cost. con riferimento ai limiti di fatto che la mancata fornitura dei libri di testo, dei mezzi di trasporto ecc. precostituisce a danno della libertà e dell'eguaglianza dei cittadini, per le famiglie meno abbienti.

Nonostante il contrario avviso della Corte, fortemente criticato in dottrina¹⁴, il legislatore, come già in precedenza (v. ad es. le leggi del 1962, del 1964 e del 1966 sopraindicate), ha continuato, sia pure discontinuamente, ad operare finanziamenti. Così la l. 23 dicembre 1998 n. 448, all'art. 27, ha autorizzato, per l'anno 1999-2000, una spesa non superiore ai 200 miliardi di lire (successivamente rifinanziata con le leggi finanziarie per il 2000, per il 2003, per il 2007, per il 2010 e con la legge di sta-

¹² Su quest'ultima, v. criticamente U. POTOTSCHNIG, *Nulla di nuovo per il diritto allo studio*, in *Le regioni*, 1982, 406 ss.

¹³ Si v. a tal proposito A. PACE, *I progetti "PC ai giovani": esercizio di potestà legislativa esclusiva o violazione della potestà regionale residuale?* in *Giur. cost.* 2004, 3221 ss. V. ora, sul punto, L. CASSETTI, S. RICCI, *eGovernment e Stato sociale. Università, formazione, salute e previdenza sociale*, Perugia 2011.

¹⁴ U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano 1973, 100 ss.

bilità per il 2011) allo scopo di consentire ai comuni di «garantire la gratuità, totale o parziale, dei libri di testo in favore degli alunni che adempiono l'obbligo scolastico in possesso dei requisiti richiesti».

Sul punto è interessante la sent. n. 454 del 1994 della Consulta. Con tale decisione, pur senza contraddire la sent. n. 7 del 1967, sopra citata, circa la non riconducibilità della fornitura di libri al contenuto del diritto costituzionale all'istruzione, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità del cit. art. 1 della l. n. 719 del 1964 nonché quella "conseguenziale" (ex art. 27 l. 11 marzo 1953 n. 87) dell'art. 156 comma 1 del d.P.R. 16 aprile 1994 n. 297 «*nella parte in cui esclud(ono) dalla fornitura gratuita dei libri di testo gli alunni delle scuole elementari che adempiono all'obbligo scolastico in modo diverso dalla frequenza presso scuole statali o abilitate a rilasciare titoli di studio aventi titolo legale*». Secondo la Corte, tale provvidenza sarebbe infatti destinata direttamente agli alunni e non alle scuole (private).

Il che, a ben vedere, potrebbe suscitare delle perplessità non solo perché il legislatore, nel disporre siffatte provvidenze, aveva consapevolmente tenuto presenti i soli istituti autorizzati a rilasciare titoli di studio riconosciuti dallo Stato, ma anche perché se si ammette che la fornitura dei libri è destinata agli alunni come tali (e non alle scuole), lo stesso dovrebbe ritenersi per i mezzi di trasporto e per il materiale di cancelleria contraddicendo così il *dictum* della sent. n. 7 del 1967 che la Corte riteneva invece di voler rispettare.

Con ben diversa sensibilità la Corte costituzionale ha affrontato e risolto, con la sent. n. 215 del 1987, il problema delle misure di sostegno per i portatori di *handicap*. In forza di questa decisione lo Stato non è più soltanto facoltizzato ma è obbligato ad assicurare ai portatori di *handicap* la frequenza alle scuole medie superiori. La novità di questa decisione, bene evidenziata in dottrina¹⁵, consiste nella specifica considerazione dell'art. 3 comma 2 Cost. e quindi il riferimento al dovere della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di fatto, oltre beninteso a quello, consueto, agli artt. 34 comma 3 e 38 comma 3 Cost. Ne segue che se la Corte avesse fatto lo stesso in precedenza con riguardo alle altre facoltà che potenzialmente costituiscono il contenuto costituzionale del diritto all'istruzione, le conclusioni della Corte nelle sentenze nn. 7 del 1967, 106 del 1968 e 36 del 1982 sarebbero state probabilmente diverse.

¹⁵ C. MORO, *L'eguaglianza sostanziale e il diritto allo studio: una svolta della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.* 1987, parte I, 3072 ss.

Ciò nondimeno i tagli lineari che in questi ultimi anni hanno gravemente inciso sulle dotazioni della istruzione pubblica hanno finito per coinvolgere anche le misure di sostegno per i disabili, mediante la fissazione di un limite al numero degli insegnanti di sostegno con contratto a tempo determinato. È stato quindi necessario un nuovo intervento della Corte costituzionale e la conseguente declaratoria d'incostituzionalità, di cui alla sent. n. 80 del 2010, dell'art. 2 comma 413, l. 24 dicembre 2007 n. 244 (legge finanziaria per il 2008), per consentire nuovamente l'assunzione di insegnanti di sostegno in deroga al normale rapporto docenti-alunni.

Diversa invece la questione decisa dalla Consulta con l'ord. 668 del 1968 concernente anch'essa la fornitura gratuita di libri di testo di cui ci siamo già occupati. La questione era stata sollevata dal Tar Lazio sulla base della presunta discriminazione, in danno alla parità della scuole private e pubbliche, posta in essere da una legge della Regione Lazio che non aveva incluso gli alunni frequentanti scuole private con pagamento di retta tra i beneficiari delle provvidenze assistenziali volte a favorire il diritto allo studio¹⁶. La Consulta rigettò tale questione sotto due profili: in primo luogo l'inesistente parità delle scuole private e delle scuole pubbliche; in secondo luogo le non disagiate condizioni economiche della famiglia dell'alunno comprovato dal pagamento della retta scolastica¹⁷.

4. *Il diritto all'istruzione come situazione giuridica soggettiva o come valore*

Come il diritto all'informazione così anche il diritto all'istruzione può essere inteso in due sensi. Mentre il diritto all'informazione allude, a seconda del contesto, al diritto del singolo ad essere informato oppure ad un "valore" dell'ordinamento costituzionale comprensivo sia della libertà di informare, sia del diritto di informarsi, sia infine del diritto ad essere informato (un concetto equivalente alla c.d. libertà istituzionale dell'informazione, secondo il Tribunale costituzionale federale tedesco)¹⁸, così

¹⁶ Tar Lazio, ord. 25 marzo 1981, in *Giur. cost.*, 1981, parte II, 1660.

¹⁷ Corte cost., ord. n. 668 del 1988 sulla quale v. però criticamente U. POTOTSCHNIG, *Provvidenze per il diritto di studio ad alunni di scuole non statali*, in *Le regioni*, 1989, 885 ss.

¹⁸ Da ultimo v. A. PACE, *Libertà di informazione e Costituzione*, ne *L'informazione: il percorso di una libertà* a cura di S. Merlini, Firenze 2011, 52 ss.

anche il diritto all'istruzione può venire in considerazione secondo due diversi profili.

Secondo un primo profilo – soggettivo – viene in considerazione il diritto del singolo ad acquisire cognizioni sia dai propri genitori (art. 30 comma 1 Cost.) sia nell'ambito di una struttura scolastica (art. 34 comma 1 Cost.) secondo «*le norme generali sull'istruzione*» dettate dalla Repubblica (art. 33 comma 2 Cost.). Ed appunto a quest'ultimo diritto si allude, propriamente, quando si parla di diritto costituzionale all'istruzione avente la natura di diritto soggettivo perfetto¹⁹.

Secondo un secondo profilo – oggettivo – viene invece in considerazione il diritto all'istruzione come “valore costituzionale” che dovrebbe permeare di sé tutta l'organizzazione scolastica, tanto con riferimento ai singoli istituti scolastici considerati nelle varie componenti – dirigenziali, didattiche, amministrative ed esecutive –, quanto con riferimento alle organizzazioni ministeriale, regionale e comunale. Solo considerando il diritto all'istruzione in questo secondo significato (“finalistico”) possono infatti essere correttamente affrontati in una logica unitaria sia i problemi strettamente legati alla fruizione dell'insegnamento nella scuola dell'obbligo sia i problemi relativi al finanziamento del servizio, in ordine ai quali è rilevante tra l'altro il significato della clausola «*senza oneri per lo Stato*» (art. 33 comma 3 Cost.) della quale di occuperemo nel prosieguo. Ed infatti, come a suo tempo rilevato dalla Corte costituzionale, «*Non c'è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c'è diritto a prestazione che non condizioni l'organizzazione*» (sent. n. 383 del 1998).

Tornando al primo profilo – individualistico –, sembra opportuno soffermarsi ancora un attimo sulla natura giuridica del diritto “individuale” all'istruzione. Il quale, per quanto costituzionalmente riconosciuto e qualificabile come diritto fondamentale (con la conseguenza che di esso sono titolari anche gli stranieri legittimamente residenti in Italia ai sensi l'art. 2 t.u. 25 luglio 1998 n. 286), non è, tecnicamente, un diritto della persona come il diritto all'onore, il diritto al nome, il diritto sulla propria immagine, i diritti di libertà e così via. Non diversamente dal diritto al lavoro, dal diritto all'assistenza sociale e alla previdenza, dal diritto all'assistenza sanitaria (da tenere distinto dal diritto alla propria in-

¹⁹ U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla)*, cit., 99. Analogamente M. MAZZIOTTI DI CELSO, voce *Studio (diritto allo)*, in *Enc. giur.*, vol. XXX, Ist. Enc. it., Roma, 1993, 4. *Contra* v. invece A. MURA, in S. CASSESE, A. MURA, *Artt. 33 e 34*, cit., 253.

tegrità psico-fisica che è un diritto della persona), il diritto all'istruzione è infatti un diritto sociale²⁰ il quale può realizzarsi solo con la collaborazione di un altro soggetto od ente, e non autonomamente come i diritti della persona.

Le prestazioni rilevanti per il diritto soggettivo all'istruzione spettante allo studente – giudizialmente esigibili – sono non soltanto quelle che costituiscono il contenuto immediato del diritto all'istruzione (lezioni dei docenti dell'istituto, fruizione dei locali secondo le modalità stabilite, fornitura dei libri di testo e utilizzo dei mezzi di trasporto nella misura in cui siano contemplati dalle leggi dello Stato e della Regione) ma anche quelle strumentali alla prestazione didattica (funzionalità dei locali, riscaldamento ecc.)²¹.

Con riferimento alle modalità di erogazione delle prestazioni didattiche è opportuno sottolineare che, proprio perché l'esercizio della libertà d'insegnamento costituisce l'oggetto di un "dovere di prestazione", il docente non può manifestare liberamente il proprio pensiero allorché insegna.

Nell'espletamento della sua attività didattica egli incontra limiti sia di contenuto sia modali, che sarebbero incompatibili con l'art. 21 Cost.²², mentre sono invece compatibili con l'art. 33 comma 1 Cost., in quanto funzionali alla libertà d'insegnamento. Non già perché la libertà del docente (almeno nella scuola pubblica) non sia libertà ma funzione, ma perché la libertà del docente, di ogni ordine e grado, è delimitata dal rispetto

²⁰ Da ultimo v. A. D'ANDREA, *Diritto all'istruzione e ruolo della Repubblica*, cit., 1296; M. BENVENUTI, voce *Diritti sociali*, in *Dig. disc. pubbl.*, *Aggiornamento V*, Torino 2012, 251.

²¹ Esattamente rileva M. MAZZIOTTI DI CELSO, voce *Studio (diritto allo)*, in *Enc. giur.*, vol. XXX, Ist. Enc. it., Roma 1993, 4: «A noi sembra che non vi siano ragioni per dare qui alla parola diritto un senso diverso da quello tecnico. Che così stiano le cose quando il diritto viene fatto valere nei confronti dei genitori, non è dubbio. Ma lo stesso sembra vero quando si chiede l'intervento del potere pubblico. Il fatto che il costituente abbia indicato in forma relativamente concreta i mezzi e la procedura per rendere "effettiva" la situazione di vantaggio attribuita ai soggetti, indica che esso ha segnato al legislatore una chiara linea di azione, al termine della quale deve esservi l'attribuzione, a coloro che si trovano nelle condizioni previste dalla Costituzione e specificate dalla legge, di un vero e specifico potere giuridico di ottenere dallo Stato i mezzi per affrontare gli studi occorrenti per raggiungere il "grado" prescelto».

²² Sul punto, in favore della concezione individualistica (o liberale) del diritto di manifestazione del proprio pensiero v. A. PACE, in ID., M. MANETTI, *Art. 21*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna-Roma 2006, 37 ss., 47 ss.

dell'età evolutiva e quindi della personalità del minore²³ (una cosa infatti è insegnare, altra è diffondere subliminalmente le proprie idee eterodosse profittando della inferiorità culturale e attitudinale dello studente)²⁴ nonché dal rispetto della dignità umana e sociale dei discenti e del buon costume.

Ovviamente tali limiti si restringeranno man mano che progredisce la scolarizzazione e scompariranno pressoché del tutto nell'insegnamento universitario, in considerazione sia dell'età dei discenti sia del contenuto essenzialmente critico delle lezioni accademiche²⁵.

Purtroppo un simile approccio alla problematica dei doveri del docente nei confronti dei discenti non lo si ritrova né nelle «*norme generali sull'istruzione*» (art. 33 comma 2 Cost.) – concernenti le scuole private non meno di quelle pubbliche²⁶ – né altrove²⁷.

Deve inoltre avvertirsi che nell'ambito delle scuole private – che, come è stato riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale in occasione del famoso giudizio tra il prof. Franco Cordero e l'Università cattolica²⁸,

²³ In questo senso v. già U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento, istruzione, scuola*, in *Giur. cost.*, 1961, 400 s.

²⁴ Analogamente v. M. MAZZIOTTI DI CELSO, G.M. SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale*, V ed., Padova 2010, 236: «A diverse conclusioni dà luogo la libertà di insegnamento. Anche questa, se meramente interindividuale, può farsi rientrare nella libertà di manifestazione del pensiero, ma se avviene invece nella scuola, che è la sua sede naturale, implica, a tutela dei diritti dei discenti e in considerazione dell'importanza sociale dell'istruzione, la capacità del docente di trasmettere con competenza, autorità ed efficacia cognizioni e attitudini a persona che si presumono essere in una posizione di relativa inferiorità culturale e attitudinale. Di qui l'attribuzione alla Repubblica del potere di dettare le norme generali sull'istruzione, che possono comprendere regole attinenti ai requisiti cui debbono rispondere gli insegnanti, al contenuto dei programmi, all'indirizzo dell'insegnamento, agli ordini e gradi degli studi».

²⁵ In questo senso v. ancora U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento, istruzione, scuola*, cit., 384.

²⁶ A. MURA, in S. CASSESE E A. MURA, *Artt. 33 e 34*, cit., 237. In senso contrario v. V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 66; ID., *Libertà della scuola e libertà di insegnamento*, in *Giur. cost.* 1958, 489. Sul punto v. la nota seguente ed ivi il pensiero al riguardo della Corte costituzionale.

²⁷ Un approccio specifico non lo si ritrova nemmeno nel «codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni» di cui all'allegato 2 al c.c.n.l. relativo al comparto scuola per il quadriennio 2006-2009 e al biennio economico 2006-2007: codice di comportamento discutibilmente richiamato per il Comparto Scuola, inutilizzabile come tale.

²⁸ Corte cost., sent. n. 195 del 1972, in *Giur. cost.* 1972, 2199 s. con osservazione critica di S. LARICCIA, *Libertà delle Università ideologicamente impegnate e libertà di insegnamento*.

possono essere confessionali o comunque ideologicamente caratterizzate – «*la libertà di insegnamento da parte dei singoli docenti (...) incontra nel particolare ordinamento di siffatte università [e scuole, n.d.r.], limiti necessari a realizzarne le finalità*»²⁹. Pertanto mentre nelle scuole pubbliche la libertà del docente è limitata solo dal doveroso rispetto dell'età evolutiva, della dignità umana e sociale del discente e del buon costume, nelle scuole private la libertà del docente potrebbe essere altresì condizionata dal particolare suo ordinamento confessionale o ideologico.

Passando al secondo profilo – oggettivo –, il discorso si allarga allo Stato, alla Regione e al Comune di cui vengono in rilievo le rispettive attribuzioni secondo le norme costituzionali e legislative in vigore, sotto forma di prestazioni sia normative (tanto legislative quanto regolamentari) sia provvedimentali.

Com'è noto, spetta allo Stato sia la determinazione delle «*norme generali sull'istruzione*» – cui or ora si è accennato – effettuata, da ultimo, con i decreti legislativi attuativi della delega contenuta nella l. 28 marzo 2003 n. 53³⁰, sia l'enucleazione dei «*principi fondamentali*»³¹, mentre alla Regione, titolare della competenza concorrente in materia di istruzione («*salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale*») spetta la concreta attuazione legislativa. La differenza tra quelle e questi è stata puntualizzata dalla

²⁹ In senso critico v., *ante litteram*, U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento, istruzione, scuola*, cit., 387.

³⁰ Alle norme generali sull'istruzione appartengono «quelle disposizioni statali che definiscono la struttura portante del sistema nazionale di istruzione e che richiedono di essere applicate in modo necessariamente unitario ed uniforme in tutto il territorio nazionale, assicurando, mediante una offerta formativa omogenea, la sostanziale parità di trattamento tra gli utenti che fruiscono del servizio dell'istruzione (interesse primario di rilievo costituzionale), nonché la libertà di istituire scuole e la parità tra le scuole statali e non statali in possesso dei requisiti richiesti dalla legge. In questo ambito si colloca anche la disciplina relativa alla "autonomia delle istituzioni scolastiche", facenti parte del sistema nazionale di istruzione, autonomia cui fa espresso riferimento il terzo comma dell'art. 117 della Costituzione» (così Corte cost., sent. n. 200 del 2009).

³¹ «Appartengono, invece, alla categoria delle disposizioni espressive di principi fondamentali della materia dell'istruzione, anch'esse di competenza statale, quelle norme che, nel fissare criteri, obiettivi, direttive o discipline, pur tese ad assicurare la esistenza di elementi di base comuni sul territorio nazionale in ordine alle modalità di fruizione del servizio dell'istruzione, da un lato, non sono riconducibili a quella struttura essenziale del sistema d'istruzione che caratterizza le norme generali sull'istruzione, dall'altro, necessitano, per la loro attuazione (e non già per la loro semplice esecuzione) dell'intervento del legislatore regionale il quale deve conformare la sua azione all'osservanza dei principi fondamentali stessi» (così ancora Corte cost., sent. n. 200 del 2009).

Corte costituzionale nella sent. n. 200 del 2009, su cui non mi soffermo non essendo questa la sede per affrontare il riparto delle competenze tra Stato e Regioni. Si tratta infatti, com'è noto, di legislazione concorrente (art. 117 comma 3 Cost.) che lo Stato ha, ma senza successo, tentato più volte di "ritagliare" appellandosi alla potestà esclusiva di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117 comma 2 lett. m): ad es. in tema di *standard* degli asili nido³², di distribuzione del personale docente tra le istituzioni scolastiche³³ e di dimensionamento della rete scolastica³⁴.

Quanto alla effettiva determinazione di tali livelli essenziali³⁵, mentre la doverosa identificazione degli stessi si giustifica con riferimento alle prestazioni di assistenza sanitaria (in ragione della diversità delle patologie, delle cure ecc.), il richiamo ai livelli essenziali, se riferito all'istruzione, suscita delle perplessità. Sia le prestazioni didattiche sia quelle organizzative non solo dovrebbero essere sempre ottimali, ma dovrebbero altresì essere erogate in edifici sempre in regola con le norme edilizie, igienico-sanitarie, antincendio, antisismiche ecc.

In effetti le «*Norme generali e livelli essenziali delle prestazioni relative al secondo ciclo del sistema educativo di istruzione e formazione, a norma dell'art. 2 della l. 28 marzo 2003, n. 53*», previste nel d.lgs. 17 ottobre 2005, n. 226, si preoccupano non tanto dei livelli essenziali relativi all'insegnamento, quanto delle prestazioni che le Regioni devono assicurare ai discenti relativamente all'offerta formativa (art. 16); all'orario minimo annuale e all'articolazione del "percorso" informativo (art. 17); ai profili educativi, culturali e professionali dei "percorsi" (*rectius*, i contenuti didattici) (art. 18); ai requisiti professionali dei docenti (art. 19); alla valutazione e alla certificazione degli apprendimenti e del comportamento degli studenti (art. 20) e alle strutture e ai relativi servizi (art. 21)³⁶.

³² Corte cost., sent. n. 120 del 2005.

³³ Corte cost., sent. n. 235 del 2010, in *Giur. cost.*, 2010, 2887 ss., con osservazione di C. PETRILLO, *Clausola di maggior favore ed "upgrading" della competenza integrativa in materia di istruzione*.

³⁴ Corte cost., sent. n. 147 del 2012.

³⁵ Utili riferimenti in tema di livelli essenziali delle prestazioni in L. TRUCCO, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, Atti del Convegno dell'Associazione "Gruppo di Pisa" su «*I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*», Trapani, 8-9 giugno 2012.

³⁶ È interessante riportare il contenuto dell'art. 21, da cui deriva che il metro dei livelli essenziali si commisura essenzialmente alla loro "adeguatezza", ciò che lascia un'ampia discrezionalità sia nell'esigere che nell'effettuare le varie prestazioni: «1. Le Regioni

Tutto ciò premesso, si deve però avvertire che, sotto il profilo finanziario, i diritti sociali, in quanto diritti ad una prestazione positiva, sono sempre condizionati dalle esigenze del bilancio statale e sono quindi sottoposti alla c.d. “riserva del possibile”³⁷.

Tale limite non è stato però ritenuto un ostacolo dalla Consulta, nella citata sent. n. 80 del 2010, con riferimento alle misure a tutela dei diritti dei disabili. La Consulta ha infatti osservato, in quella decisione, che le esigenze di bilancio non hanno carattere assoluto e trovano un limite «nel rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati». Un concetto però ambiguo e talora addirittura pericoloso in forza del quale, a mio avviso, si può dire tutto e il contrario di tutto³⁸.

Diversa è invece l'ipotesi, ma non meno grave in quanto pregiudica l'intero sistema scolastico pubblico, nella quale il legislatore violando l'inciso dell'art. 33 comma 3 Cost. – secondo il quale «*Enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, senza oneri per lo Stato*» – disponga finanziamenti diretti a favorire le scuole paritarie devolvendo loro fondi che altrimenti andrebbero alla scuola pubblica. Il che è appunto successo negli anni 2009 e 2010, addirittura omettendo gli stanziamenti per il funzionamento didattico e amministrativo della scuola pubblica, costringendo così i singoli istituti scolastici a rivolgersi ai contributi “volontari” dei genitori (da effettuarsi mediante versamenti

assicurano, relativamente ai livelli essenziali delle strutture e dei servizi delle istituzioni formative; // a) la previsione di organi di governo; // b) l'adeguatezza delle capacità gestionali e della situazione economica; // c) il rispetto dei contratti collettivi nazionali di lavoro del personale dipendente dalle medesime istituzioni; // d) la completezza dell'offerta formativa comprendente entrambe le tipologie di cui all'articolo 17, comma 1, lettera a) e b); // e) lo svolgimento del corso annuale integrativo di cui all'articolo 15, comma 6; // f) l'adeguatezza dei locali, in relazione sia allo svolgimento delle attività didattiche e formative, sia al rispetto della normativa vigente in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro, di prevenzione incendi e di infortunistica; // g) l'adeguatezza didattica, con particolare riferimento alla disponibilità di laboratori, con relativa strumentazione per gli indirizzi formativi nei quali la sede formativa intende operare; // h) l'adeguatezza tecnologica, con particolare riferimento alla tipologia delle attrezzature e strumenti rispondenti all'evoluzione tecnologica; // i) la disponibilità di attrezzature e strumenti ad uso sia collettivo che individuale; // l) la capacità di progettazione e realizzazione di stage, tirocini ed esperienze formative, coerenti con gli indirizzi formativi attivati. // 2. Gli standard minimi relativi ai livelli di cui al presente articolo sono definiti con Accordo in sede di Conferenza unificata ai sensi del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281».

³⁷ Esplicitamente in tal senso v. Corte cost., sentenze nn. 125 del 1975 e 208 del 1996.

³⁸ Sul punto, in senso opposto v. D. MESSINEO, *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino 2012, 80 ss.

in conto corrente postale!) per comprare carta, materiale di pulizia e talora, addirittura, per pagare i supplenti. Tutto ciò in palese violazione della gratuità dell'obbligo scolastico.

Ancora diversa è l'ipotesi nella quale, a fronte di assegnazioni per il miglioramento dell'offerta formativa (l. 18 dicembre 1997 n. 440), il Ministro dell'istruzione, nell'esercizio del potere di direttiva ex art. 2 l. cit., destini fondi alla scuola paritaria a detrimento delle assegnazioni alla scuola pubblica, come è avvenuto con le direttive n. 53 del 2002 (artt. 4 e 5), n. 48 del 2003 (art. 4), n. 60 del 2004 (art. 4), n. 56 del 2005 (artt. 4 e 5), n. 33 del 2006 (artt. 4 e 5), n. 81 del 2007 (artt. 4 e 5), n. 69 del 2008 (art. 4), n. 93 del 2009 (art. 3), n. 87 del 2010 (art. 2).

Entrambi questi problemi meritano di essere affrontati, solo dopo aver specificamente il significato dell'inciso «*senza oneri per lo Stato*».

5. *Il diritto dei privati di istituire (e gestire) scuole «senza oneri per lo Stato»*

È diffusa in dottrina la tesi secondo la quale l'inciso dell'art. 33 comma 3 Cost. vada interpretato nel senso che mentre non vi sarebbe un diritto dei privati a chiedere finanziamenti, vi sarebbe la facoltà dello Stato ad erogarlo³⁹. Una tesi che, a ben vedere, è solo uno specchietto per le allodole. È infatti del tutto evidente che se ad essere vietata non è l'erogazione ma la presentazione della richiesta, il divieto è facilmente aggira-

³⁹ Da ultimo in questo senso v. V. ONIDA, *La priorità va alla scuola pubblica, ma lo Stato può aiutare le private*, in *Il sussidiario.net* del 15 giugno 2008. In tal senso v. anche M. BERTOLISSI, *Scuola privata e finanziamento pubblico: un problema da riconsiderare*, in *Dir. e soc.* 1985, 537, favorevole al finanziamento pubblico delle scuole private parificate, dimenticando così che lo scopo della parificazione, perseguito dai costituenti democristiani in Assemblea costituente, era di ottenere per gli alunni delle scuole private un trattamento scolastico equipollente a quello degli alunni delle scuole pubbliche, e che l'emendamento introduttivo dell'inciso «senza oneri per lo Stato» aveva appunto, da parte dei proponenti, lo scopo di evitare che la parificazione potesse essere non solo giuridica ma anche economica. Contro tale tesi v. V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 85 s., il quale condivideva la tesi che quella fosse l'interpretazione dell'art. 33 comma 3 Cost. di taluni costituenti, ma concludeva nettamente nel senso che il significato da dare all'art. 33 Cost. fosse quello rigoroso. V. inoltre E. MINNEL, *Scuola pubblica e scuola privata. Gli oneri per lo Stato*, tomo I, Torino 2003, 240 ss. che sembrerebbe voler elevare, sia pure problematicamente, a sistema il finanziamento pubblico alle scuole private nonostante l'art. 33 comma 3 Cost.

bile da un governo favorevole alle scuole private: lo Stato effettuerebbe le sovvenzioni facendo a meno delle richieste!⁴⁰

L'inconsistenza (a dir poco!) di questa teoria si spiega però storicamente, perché essa fu enunciata – forse anche per avere l'appoggio dei costituenti democristiani soprattutto interessati alla parità giuridica – dall'on. Corbino (liberale) in sede di dichiarazione di voto sull'art. 27 del progetto (l'attuale art. 33 Cost.). Disse infatti Corbino a nome dei firmatari dell'emendamento che introduceva l'inciso (presentato, per l'appunto, allo scopo di troncane la discussione sulla natura della parità delle scuole private): «...noi non diciamo che lo Stato non potrà mai intervenire a favore degli istituti privati; diciamo solo che nessun istituto privato potrà sorgere con il diritto di avere aiuti da parte dello Stato»⁴¹.

Si è però giustamente rilevato che se l'on. Corbino prese la parola, fu in quanto primo firmatario dell'emendamento introduttivo dell'inciso in questione. E l'illustrazione dell'emendamento non sarebbe stata la stessa se a parlare fosse stato l'on. Binni oppure l'on. Bianchi Bianca o l'on. Malagugini i quali, pur essendo anch'essi favorevoli all'emendamento, si erano pronunciati esplicitamente contro il finanziamento, anche solo facoltativo, delle scuole private⁴².

Deve inoltre essere sottolineato che l'on. Corbino intervenne in sede di dichiarazione di voto e quindi quando ciò che da lui era stato detto non poteva più essere rettificato dagli altri firmatari dell'emendamento, avendo il Presidente Terracini avvertito che la discussione non poteva più essere riaperta⁴³.

Infine, che l'interpretazione storica dell'inciso sia quella più rigorosa⁴⁴ è del resto confermato dall'interpretazione data *ex post* da due dei

⁴⁰ F. FRANCHINI, *Parificazione e pareggiamento nell'ordinamento della scuola secondaria*, Roma 1950, 44 s. citato da V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, cit., 85, sottolineava che così interpretato l'inciso sarebbe logicamente e giuridicamente pleonastico «non essendo mai esistito un obbligo dello Stato di sovvenzionare scuole non statali ed essendo per contro sempre esistita una potestà discrezionale di concedere aiuti finanziari quando se ne manifestasse l'opportunità».

⁴¹ Seduta del 29 aprile 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Camera dei deputati, Roma 1970, vol. II, 1284.

⁴² E. MINNEI, *Scuola pubblica*, cit., tomo I, 21.

⁴³ E. MINNEI, *Scuola pubblica*, cit., tomo I, 19 ss. Un attento esame dei lavori preparatori dell'Assemblea costituente sul punto è anche in F. CALZARETTI, *Senza oneri per lo Stato: la posizione dei Costituenti sulle sovvenzioni alle scuole non statali*, in www.forum-costituzionale.it 22 maggio 2009.

⁴⁴ ...che *a fortiori* esclude, come si vorrebbe da qualche studioso, il superamento

firmatari dell'emendamento, Codignola e Badini Confalonieri, in due diversi documenti elaborati nella veste di componenti della Commissione Ermini, che era stata incaricata di studiare lo stato e lo sviluppo della pubblica istruzione in Italia, ma che incluse nella sua ricerca anche le scuole non statali⁴⁵.

Le conclusioni della ricerca furono infatti nel senso che l'art. 33 Cost. precludeva allo Stato il potere di assumere sul proprio bilancio oneri in favore della scuola non statale. E quindi «*non si può affrontare la questione dei contributi alla scuola non statale per risolverla favorevolmente senza porre il problema della relativa norma costituzionale*».

Né, in contrario, potrebbe (tautologicamente) obiettersi che il principio della libertà di scelta tra scuola pubblica e scuola privata giocherebbe in senso contrario, per cui lo Stato dovrebbe non solo prevedere la possibilità della scuola privata, ma anche renderla effettiva, assumendo gli oneri a tal fine necessari. A parte quanto rilevato all'inizio, e cioè che in via di principio è la Repubblica a dover provvedere all'istruzione (e quindi la scuola privata, ancorché pareggiata, non è costituzionalmente sullo stesso piano di quella pubblica), è facile rilevare, contro questa obiezione – e ciò è stato fatto con la massima autorevolezza – che «*Se si accedesse a tale orientamento occorrerebbe farlo valere per ogni specie di libertà costituzionalmente garantita, come per es. per quella del culto religioso. Senza parlare poi delle difficoltà pratiche di attuare il principio, data l'infinita varietà delle scelte possibili in materia e riferibili non solo alle correnti ideologiche ma anche ai metodi didattici e pedagogici*»⁴⁶.

della dicotomia pubblico-privato proprio con riferimento all'istruzione. Sul punto, in tal senso, v. S. SICARDI, *Pubblico e privato nell'ambito dell'istruzione*, in *Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia. Amministrativisti e costituzionalisti a confronto*, a cura di R. Ferrara e S. Sicardi, Padova 1988, 195 ss., 200 ss.

⁴⁵ Scrive infatti E. MINNEI, *Scuola pubblica*, cit., 23 s.: «Nel documento B, sottoscritto fra gli altri da Codignola, si legge testualmente: "che la legittimità di sovvenzioni statali alla scuola privata sia esclusa dalla Costituzione è fuori dubbio: il terzo comma dello stesso art. 33 afferma infatti perentoriamente che enti e privati hanno sì il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, ma "senza oneri per lo Stato"». Similmente, nel documento E, sottoscritto fra gli altri da Baldini Confalonieri, si afferma che "il terzo comma dell'art. 33 della Costituzione (...) non dà luogo a dubbi interpretativi che abbiano fondamento. La norma costituzionale ha voluto precludere allo Stato il potere di assumere sul proprio bilancio oneri in favore della scuola non statale. Perciò non si può affrontare la questione dei contributi alla scuola non statale per risolverla favorevolmente senza porre il problema della relativa norma costituzionale»

⁴⁶ Così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo II, Cedam, Padova 1976, 1184 s. Nello stesso senso v. A. MURA, in S. CASSESE, A. MURA, *Artt. 33 e 34*, cit., 246 s.

Ferma quindi, in linea di principio, la validità della tesi radicale del divieto del finanziamento delle scuole private⁴⁷, deve comunque osservarsi che anche a voler condividere l'inconsistente tesi enunciata dall'on. Corbino, le conseguenze in ordine alla legittimità dei finanziamenti alle scuole non statali ancorché parificate non dovrebbero cambiare, anche se in misura meno radicale.

Infatti, pur ammettendo, in via di ipotesi, che nei tempi normali è possibile sostenere l'interpretazione *soft* dell'art. 33 comma 3 Cost., ciò non dovrebbe dirsi affatto consentito nei tempi di crisi. Infatti «(s)arebbe un paradosso che lo Stato, che non ha nemmeno abbastanza denaro per le proprie scuole, dovesse in qualche modo finanziare delle scuole non statali»: parole, queste, pronunciate dall'on. Preti in Assemblea Costituente⁴⁸, che conservano tutta la loro attualità, anche perché si basano su un argomento di buon senso prima ancora che logico e di diritto positivo.

Inoltre, a rigor di logica (e senza quindi scomodare l'art. 33 comma 3), poiché il finanziamento della scuola pubblica è un obbligo per lo Stato mentre il finanziamento della scuola privata, a voler tutto concedere, è solo una facoltà, la logica vuole che si faccia luogo prima agli obblighi, e solo dopo aver rispettato questi, agli impegni meramente facoltativi.

Pur non tacendo le difficoltà pratiche e politiche, non nutro dubbi sull'impugnabilità in sede di giustizia amministrativa del provvedimento amministrativo ministeriale che in tempi di crisi, quali quelli in cui viviamo, erogasse finanziamenti alla scuola privata sottraendoli alla disponibilità della scuola pubblica. Argomento che è rafforzato, con specifico riferimento alle direttive di cui all'art. 2 lett. a) l. n. 440 del 1997, da ciò che con esse si definiscono «*gli interventi prioritari*». E poiché gli obbli-

⁴⁷ Che tuttavia non osta all'erogazione di contributi statali quando un siffatto sovvenzionamento «esima lo Stato dall'istituire o mantenere una scuola pubblica». In questo senso v. M. MAZZIOTTI DI CELSO, G.M. SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 238. Nello stesso senso, v. già prima C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 1187. Il che però da un lato non esclude, concettualmente, che tale sovvenzione costituisca un onore per le finanze dello Stato, dall'altro deve essere tenuto presente che siffatte erogazioni devono pur sempre essere eccezionali in quanto lo Stato non può, per mere ragioni di bilancio, venir meno all'istituzione di una capillare scuola dell'obbligo (v. *supra* il § 2 sulla centralità della scuola pubblica in coerenza coi valori dell'eguaglianza e della democrazia).

⁴⁸ Seduta del 17 aprile 1947, in *La Costituzione della Repubblica*, cit., II, 952.

ghi vengono sempre prima delle facoltà, la direttiva che non rispettasse la priorità logica delle esigenze della scuola pubblica rispetto a quelle della scuola privata, dovrebbe ritenersi illegittima per eccesso di potere per illogicità, errore nei presupposti, manifesta ingiustizia.

Parimenti contestabile sarebbe, a mio parere, la legittimità costituzionale delle leggi di stabilità che operino discriminazioni a favore della scuola privata.

Ho già ricordato come i diritti sociali, in quanto diritti ad una prestazione positiva, siano condizionati dalle esigenze del bilancio statale⁴⁹, essendo impossibile, per la Consulta, nel momento in cui le si chiede di rendere effettivo un diritto a prestazione, «*non ponderare la compatibilità dei mezzi finanziari disponibili*»⁵⁰. Solo se vi è una siffatta compatibilità economica, la Corte può infatti «*rendere effettivo il diritto che altrimenti troverebbe un riconoscimento soltanto formale*»⁵¹.

Deve tuttavia obiettarsi che tutt'affatto diverso è il problema che pone la violazione, da parte delle leggi di stabilità, dell'inciso dell'art. 33 comma 3 Cost. «senza oneri per lo Stato».

L'accoglimento sia della tesi radicale (violazione del divieto di finanziare le scuole private) sia della tesi *soft* (violazione dell'ordine di priorità dei finanziamenti) non implicherebbe infatti uno «sforamento» delle disponibilità finanziarie previste in bilancio, ma solo il rispetto di una diversa logica nell'allocatione delle risorse finanziarie. Una logica che è insita nei principi stessi della scuola dell'obbligo per la realizzazione dei quali «*La Repubblica (...) istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi*» (art. 33 comma 2 Cost.)⁵².

⁴⁹ Una interessante periodizzazione dell'atteggiamento della Corte costituzionale a proposito del c.d. "costo" dei diritti sociali è in M. BENVENUTI, voce *Diritti sociali*, cit., 262 ss.

⁵⁰ C. COLAPIETRO, *I trattamenti pensionistici ed il limite delle riserve disponibili nel bilanciamento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1997, 552 ss. che cita in suo favore F.P. CASAVOLA, *La giustizia costituzionale nel 1993. Conferenza stampa del Presidente della Corte costituzionale*, ivi, 1994, preambolo; R. GRANATA, *La giustizia costituzionale nel 1996. Conferenza stampa del Presidente della Corte costituzionale*, ivi, 1997, punto d, § 2 lett. i). V. dello stesso C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova 1996, 95 ss., ed ivi l'accenno a tecniche decisorie (pronunce additive di principio, quali la sent. n. 243 del 1993, che, secondo lo stesso a., «ha reso notorietà a tale modello»; di illegittimità sopravvenuta, quali le sentenze nn. 137 del 1986, 179 e 266 del 1988, 1 del 1991 ecc.) che consentono, in caso di accoglimento, di contenere gli effetti pregiudizievoli per il bilancio dello Stato.

⁵¹ C. COLAPIETRO, *I trattamenti pensionistici*, cit., 552 ss.

⁵² Sul punto v. *supra* il § 2 all'inizio.

LUCI ED OMBRE SULLA PRIMA ATTUAZIONE DEL NUOVO ARTICOLO 119 DELLA COSTITUZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il quadro costituzionale originario. – 3. I nuovi principi che regolano la finanza regionale e locale dopo la revisione dell’art. 119 Cost. – 4. *Segue*. I c.d. tributi propri e la compartecipazione a tributi erariali. – 5. *Segue*. Il fondo perequativo e le disposizioni di chiusura dell’art 119. – 6. La delega sul federalismo fiscale ed i principi e criteri direttivi dettati al Governo. – 7. L’attuazione negli otto decreti delegati sin qui emanati dal Governo (cenni). – 8. Federalismo municipale tra attuazione, sospensione e deviazione nelle più recenti scelte governative anche di riordino dei territori e di revisione delle funzioni fondamentali in funzione della complessiva revisione della spesa pubblica.

1. *Premessa*

Come ormai accade da qualche anno, anche l’estate del 2012 è stata caratterizzata dall’adozione di provvedimenti d’urgenza da parte del Governo che, nel tentativo di risanare la delicatissima situazione finanziaria del Paese, provano a mettere mano anche ad un più razionale riordino delle stesse articolazioni territoriali degli enti locali per ridefinirne sia le dimensioni che le loro funzioni fondamentali.

La forma utilizzata, quella della decretazione d’urgenza che ha dato vita al d.l. n. 95 del 6 luglio 2012 (*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini*, meglio noto come “*Spending Review*”) appare un’evidente forzatura¹, ma la sostanza

¹ È lo stesso Capo dello Stato Giorgio Napolitano che all’esito della promulgazione della legge di conversione del d.l. 95 del 2012 ha sentito la necessità di lanciare un monito, segnalando l’eccesso della decretazione d’urgenza e dell’apposizione del voto di fiducia in Parlamento, seppure nel caso di specie emergano emergenze ed urgenze senza precedenti nella storia del nostro Paese.

e cioè la necessità di razionalizzare la spesa per raggiungere l'obiettivo del pareggio di bilancio senza intaccare i livelli delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali della comunità, pare una finalità che, probabilmente, da tempo si sarebbe dovuta perseguire nel nostro ordinamento e che invece la classe politica ha nel tempo sempre accantonato preferendo concentrarsi su altri aspetti che costituiscono la sola architettura tributaria in grado di far fronte al finanziamento delle spese pubbliche dei diversi livelli di governo locale.

Con il d.l. n. 95 (convertito il 7 agosto scorso dalle Camere) si incide profondamente sull'assetto locale imponendo (secondo un procedimento non pienamente in linea con i principi costituzionali ed una tempistica francamente troppo stringente), sia il riordino territoriale delle provincie, che dovranno rispettare i limiti minimi di estensione territoriale e di popolazione indicati nella Delibera del Consiglio dei Ministri del 20 luglio 2012 in 2.500 Km² e 350.000 abitanti, sia l'esercizio associato delle funzioni fondamentali ai Comuni di minore dimensione demografica. È così quindi che i Comuni al di sotto dei 5.000 abitanti (3.000 se appartenenti ad aree montane) dovranno svolgere le proprie funzioni in forma associata salvo quelle attinenti ai servizi anagrafici, elettorali e di stato civile.

Si tratta di una serie di provvedimenti che incidono profondamente sullo stesso modo di intendere l'autonomia locale che esce condizionata dalla necessità di assicurare il livello di prestazioni pur in carenza di risorse. Ciò comporta una redistribuzione delle funzioni delle Provincie, che saranno eliminate, tra il livello regionale e comunale e affidare ad aree più vaste, rispetto a quelle solo municipali, le funzioni dei comuni più piccoli.

Si tratta dunque di radicali trasformazioni che, se portate a termine, offriranno un quadro profondamente diverso rispetto a quello cui siamo oggi abituati e che modificherà anche il tradizionale rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione locale.

Da qui la riflessione affidata al presente scritto che tenta di offrire una qualche chiave di lettura alle direzioni intraprese dal nostro modello autonomistico in una fase di così significativa trasformazione che andrà necessariamente ad incidere sulle problematiche procedurali e operative che si riflettono sulle attività della nuova dimensione territoriale locale, con scenari di sicuro preoccupanti², ma al tempo stesso e forse per

² La necessità di intervenire sui plurimi punti critici rappresentati dall'attuale assetto

questo di sicuro rilievo ed interesse per il giurista e per l'operatore del diritto.

Si partirà quindi dalla disamina del quadro costituzionale, e dall'individuazione del grado raggiunto dalle autonomie territoriali in ordine alla loro piena autonomia finanziaria, che da sempre è stato il *punctum dolens* degli assetti territoriali garantiti dalla nostra carta costituzionale.

2. *Il quadro costituzionale originario*

L'articolo 119 della Carta Costituzionale nella sua originaria formulazione prevedeva, al primo comma, che l'autonomia finanziaria fosse prerogativa esclusiva delle sole regioni, da svolgersi nei limiti delle leggi della Repubblica.

Il modello delineato, a parere della prevalente dottrina³, restava comunque poco chiaro, oscillando tra il riconoscimento dell'autonomia finanziaria regionale e l'attribuzione di compiti e poteri così ampi allo Stato, che una volta esercitati sarebbero stati in grado di ridurla fortemente e sempre entro angusti confini.

Il costituente, al di là del testo uscito dai lavori della sottocommissione, aveva comunque ben chiara la centralità e l'importanza del tema dell'autonomia finanziaria nel quadro del modello complessivo di decentramento delineato in Costituzione.

Scriveva a tal proposito Carlo Esposito che la Costituzione: « *Vuole che questi Enti Territoriali (Regioni, Province e Comuni) nel loro complesso siano così fatti e organizzati, abbiano tanto potere, da assurgere a centro di vita effettiva ed individuata nella vita dello Stato. Questo significato sostanziale che ha l'autonomia nella nostra Costituzione, spiega come*

autonomistico è ben segnalata di recente da M. LUCIANI, nel suo editoriale, *Ripensiamo il futuro delle Regioni*, su *L'Unità*, 26 settembre 2012; qui l'autorevole costituzionalista si sofferma sull'importanza della corretta distribuzione di funzioni fra centro e periferia, visto come uno dei pilastri su cui poggia il complessivo assetto democratico, per cui un mero ridimensionamento delle province posto in essere con le più recenti riforme dal Governo, fondato su criteri meramente quantitativi e non qualitativi, rischia di riflettersi negativamente in futuro anche sugli assetti regionali.

³ Fra i plurimi autorevoli scritti si segnala V. COCOZZA, *Autonomia finanziaria regionale e coordinamento*, Napoli 1979; G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano 1967, 402, G.C. MORETTI, *La potestà finanziaria delle Regioni*, Milano 1972.

ai fini dell'autonomia si sia ritenuto di dover dare alle regioni autonomia finanziaria»⁴.

È naturale quindi concepire, anche prima della revisione del Titolo V della Costituzione, l'autonomia finanziaria come la vera “pietra d'angolo” dell'intero sistema autonomistico. È il potere di scelta delle entrate, da proporzionare alle erogazioni necessarie a soddisfare i bisogni della collettività, che costituisce l'esigenza primaria per l'esplicazione della politica regionale e locale, la quale richiede una visione globale di tali bisogni e la loro graduazione secondo scale di priorità che dovranno essere determinate, non sulla base di criteri statici, che non potrebbero garantire lo *status quo*, bensì dinamici e di sviluppo⁵.

Tanto è che lo stesso Massimo Severo Giannini, all'indomani del secondo trasferimento di funzioni alle Regioni operato dalla legge di delegazione n. 382 del 1975 e del D.P.R. 616 del 1977, segnalava come l'Autonomia regionale si mostrava ancora come una sorta di mezzo cavallo che nemmeno il Barone di *Münchhausen* sarebbe stato in grado di far camminare, dato che le gambe ancora mancanti erano quelle dell'autonomia finanziaria.

Sono passati più di trent'anni da quella riflessione e seppur in presenza di un quadro normativo profondamente mutato, i problemi non possono dirsi risolti, muta lo scenario che si arricchisce di nuove disposizioni anche di rango costituzionale, ma ancora non si è offerta una chiara e definitiva sistemazione al modello della finanza regionale e locale. Compito dei paragrafi seguenti sarà quindi quello di comprendere le principali novità pur in un quadro proteiforme connotato dall'intrinseca difficoltà di dare corpo all'idea del nuovo federalismo finanziario ed anche fiscale⁶.

⁴ Così C. ESPOSITO, *La Costituzione Italiana*, Padova 1958, 78.

⁵ Così. C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Padova 1979, 906.

⁶ Sottolinea F. REVELLI in *Le specie del federalismo fiscale*, *Nuvole*, 2011 che: «Se, come si è scritto, “il federalismo è un genere con molte specie”, il federalismo fiscale è, tra le specie, la più ambigua e controversa. A ben guardare, tuttavia, e diversamente dal significato che viene ad esso frequentemente attribuito nel dibattito politico e giornalistico – intrappolato in una malintesa traduzione letterale dall'inglese – il concetto di “federalismo fiscale” che emerge nella teoria economica del Novecento fa riferimento non ad una specifica struttura territoriale del settore pubblico da preferirsi rispetto ad altre, né ad un particolare processo di decentramento o devoluzione di responsabilità e poteri in campo finanziario, né, tanto meno, al bizzarro principio del “confederativismo tribale”, secondo il quale entità territoriali antropomorfe dovrebbero potersi appropriare della ricchezza da esse creata. Piuttosto, il federalismo fiscale configura un impianto con-

3. *I nuovi principi che regolano la finanza regionale e locale dopo la revisione dell'art. 119 Cost.*

Il primo comma dell'art. 119 della Costituzione come riformato a seguito della revisione operata dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, muta profondamente il precedente quadro di principio.

Infatti, se il testo originario, come visto, stabiliva che l'autonomia finanziaria fosse prerogativa esclusiva delle sole regioni, ora dopo la revisione, in coerenza con la valorizzazione dell'autonomia di tutte le componenti della Repubblica, fissata dal nuovo art. 114 Cost., il primo comma dell'art. 119 dispone in forma inequivoca che: *“I Comuni, le Pro-*

ettuale entro cui sono ordinati i principi ai quali si dovrebbe ispirare l'ordinamento della finanza pubblica in un sistema istituzionale in cui coesistano più livelli di governo, statale, regionale e locale in senso stretto. Ciò implica, in primo luogo, che l'impianto teorico che va sotto il nome di federalismo fiscale si applichi tanto alla ripartizione delle funzioni pubbliche e delle entrate fiscali in sistemi “federali” in senso stretto (in cui i tre tipici livelli di governo vanno riqualificati come federale, statale e locale), quanto al disegno del sistema tributario negli Stati unitari. In termini più precisi, al federalismo fiscale interpretato quale guida normativa all'organizzazione del settore pubblico in un sistema di governo a più livelli può essere attribuito uno dei tre seguenti ruoli. a) Il primo, corrispondente all'accezione più ampia e ambiziosa del termine presente in letteratura, consiste nell'attribuire all'impianto concettuale del federalismo fiscale il ruolo di guida per quel che riguarda il disegno della struttura territoriale stessa del settore pubblico. Nel senso del numero dei livelli di governo (per rispondere, per esempio, alla domanda se sia necessario o meno un livello di governo provinciale nel nostro ordinamento) e dell'ampiezza e dei confini delle giurisdizioni a ciascun livello (dal dibattito sulla frammentazione comunale alla forma di governo delle aree metropolitane), b) Il secondo concerne la ripartizione delle competenze in materia di fornitura di servizi pubblici (dalla sanità alla gestione dei trasporti pubblici o dei rifiuti) a ciascuno dei livelli di governo presenti nell'ordinamento, assumendo come data la struttura territoriale del governo. Il terzo fa riferimento all'architettura tributaria – il *mix* di entrate proprie e entrate “derivate” – capace di consentire il finanziamento delle spese pubbliche a ciascuno dei livelli previsti di governo, data la struttura territoriale del governo e la relativa attribuzione delle competenze. Ora, la sterminata letteratura economica in materia di federalismo fiscale ha, nel corso dei decenni e almeno a partire dalle formalizzazioni della metà del secolo scorso, da Charles Tiebout a James Buchanan e Wallace Oates, riconosciuto come un'organica risposta ai problemi posti dall'organizzazione del settore pubblico in un sistema a più livelli richieda idealmente di affrontare simultaneamente tutti gli aspetti sintetizzati sopra nei punti a), b) e c). Tuttavia, gran parte della letteratura seguente si è poi concentrata sugli aspetti più prettamente finanziari di cui al punto c), in una sorta di risposta pragmatica alle storiche difficoltà che si incontrano in tutti i Paesi, compreso il nostro, a modificare la struttura territoriale di governo: si pensi alla genesi delle regioni (per non parlare di quello che si prospetta un ancor più sofferto travaglio per quanto riguarda le Città metropolitane, travaglio ormai ventennale) o all'eliminazione di enti considerati, più o meno a ragione, inutili».

vince le città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa”.

L'intento sotteso alla riforma è quello di modificare il previgente assetto, caratterizzato da una finanza quasi esclusivamente derivata, ove le risorse venivano trasferite dal bilancio dello Stato, ad un modello connotato dall'attribuzione, all'ente titolare di autonomia politica, del potere di pervenire ad autonome scelte impositive⁷.

Quindi comuni, province, Città metropolitane e regioni dovrebbero trarre le risorse necessarie al proprio funzionamento da finanze proprie (non derivate), attinte (di regola) da mezzi prelevati dalla collettività insistente sui relativi territori, salve le necessarie esigenze perequative in favore delle aree territoriali più svantaggiate⁸.

Bisogna però segnalare che l'autonomia finanziaria, rispetto all'autonomia senza altri aggettivi, non è effettivamente paritaria fra regioni ed enti locali.

Se, infatti, mettiamo in relazione l'art. 119 Cost. con le altre due disposizioni costituzionali come l'art. 23 e l'art. 117, noteremo come la potestà impositiva è disciplinata solo in base alla legge. Di conseguenza, tra gli enti dotati di una paritaria autonomia di rango costituzionale (sancita dalla nuova formulazione dell'art. 114 Cost. novellato) e di analoga autonomia finanziaria fondata sull'art. 119, a ben vedere, solo le regioni possono fregiarsi del pieno potere di esercizio di un'autonoma scelta impositiva.

Solo le regioni, infatti, sono fra gli enti territoriali diversi dallo Stato titolari di autonomia legislativa e quindi in grado di imporre autonomamente tributi⁹.

Di converso gli altri enti territoriali sub regionali, sul piano dell'imposizione tributaria, dovranno necessariamente operare, previo esercizio del potere legislativo statale o regionale, utilizzando la loro potestà normativa secondaria di tipo regolamentare (si pensi all'imposta municipale unica istituita con Legge statale).

⁷ Per una riflessione complessiva sulla nozione generale di autonomia finanziaria, si rinvia alla voce di A. AMATUCCI, *Autonomia finanziaria e tributaria*, in *Enc. Giur.* Volume IV, Roma 2002. Si veda anche B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, Torino 2002; A. D'ATENA, *La difficile transizione. In tema di attuazione della riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, 2002, 305.

⁸ Cfr. P. De CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano 2002.

⁹ Per una riflessione sui rapporti tra regioni ed enti locali all'indomani della revisione del Titolo V, vedi T. GIUPPONI, *Regioni versus enti locali: un (mai sopito) conflitto riaperto dalla riforma del Titolo V della Costituzione?*, in *Quad. Cost.*, 2002, 94.

Il secondo comma del novellato articolo 119 Cost., precisa e specifica in che cosa debba tradursi l'autonomia finanziaria riconosciuta al primo comma, che non risulta necessariamente subordinata ai limiti della legislazione statale come nel vecchio sistema.

A comuni, province, Città metropolitane e regioni sono, infatti, riconosciute risorse autonome e detti enti stabiliscono e applicano tributi ed entrate proprie, in armonia con la Costituzione e secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, disponendo altresì anche di compartecipazioni al gettito di tributi erariali riferibili al loro territorio¹⁰.

Tale innovativa disposizione prevede dunque una pluralità di entrate di diversa natura, *risorse autonome, tributi propri e compartecipazioni al gettito di tributi erariali*¹¹, da armonizzare con i principi costituzionali e rendere compatibili con i principi generali offerti dalla legislazione nazionale e regionale in materia finanziaria e fiscale.

Si tratta allora di soffermarsi sulla corretta declinazione del principio di «armonia con la Costituzione», che non è opera agevole.

Si tratta di cogliere la differenza tra il rispetto del dettato costituzionale, che è il principio cardine di ogni Costituzione di tipo rigido, ed il principio di armonia che forse sottende un significato diverso e più ampio rispetto al primo.

Si affronterà quindi questo aspetto da più parti definito una sorta di rompicapo ermeneutico¹².

Tra le diverse interpretazioni, a me pare più plausibile quella lettura

¹⁰ Sulla rilevanza della territorialità e sulle plurime accezioni in cui deve essere intesa si veda ora G. FRANSONI, *La territorialità dei tributi regionali degli enti locali*, in *Federalismi*, 22, 2011.

¹¹ Per una rassegna complessiva sui principi che regolano le novità connesse all'attuazione della autonomia finanziaria prevista in costituzione si veda ora AA.VV., *Le parole chiave del Federalismo*, ISSiFRA, CNR, Roma ottobre 2009, e F. TOSI, *Il Federalismo fiscale a due anni dalla legge delega*, in *Osservatorio regionale sul federalismo fiscale*, 2011.

¹² Vedi C. CALVIERI, *I controlli degli Statuti e delle leggi statutarie*, in E. BETTINELLI, F. RIGANO, *La Riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale* (a cura di), Quaderni del Gruppo di Pisa, Torino 2004, 3 e ss. ed in particolare 10 ed 11, dove si affronta il profilo dell'armonia con la Costituzione, principio di cui anche gli statuti regionali e le leggi statutarie sono tenuti a tener conto. Sullo stesso tema, v. anche l'accurato commento di S. GAMBINO, *Statuti regionali ed armonia con la costituzione. Brevi note sulla forma di governo prevista nello statuto calabrese*, in Associazione Italiana Costituzionalisti, dibattiti, 2003. Ed anche lo scritto di A. SPADARO, *Il limite costituzionale dell'armonia con la costituzione ed i rapporti fra lo statuto e le altre fonti del diritto*, in *Le Regioni*, 2001, 453 e ss.

che assegna alla ‘armonia’ degli statuti con la Costituzione uno spazio normativo più ampio, limitato nel fondo dalla conformazione alla filosofia istituzionale che regge l’intero ordinamento democratico-repubblicano, mentre il rispetto della Costituzione troverebbe più appropriata applicazione nell’esercizio delle novellate potestà normative (legislative e regolamentari) in capo alle regioni ed allo Stato. Ragioni sostanziali, più che formali sembrano quindi soccorrere nell’individuazione della diversa *ratio* seguita dal legislatore di revisione costituzionale.

Fra queste un rilievo centrale pare occupato da quelle tensioni che allignano in parte dell’opinione pubblica di alcune parti del territorio nazionale che, da tempo, esprimono tendenze e/o minacce di secessione (trasformate in più blande opzioni di *devolution*, che non sono scevre di conseguenze particolarmente problematiche ai fini della garanzia della cittadinanza unitaria e sociale). In effetti, nel termine armonia riecheggia l’esigenza di qualcosa di più’ della mera conformità a Costituzione, ed essendo preferibile declinarlo in termini di piena sintonia con il sistema di valori complessivo della Carta del 1948, che resta il documento fondativo, di uno Stato decentrato, ma ancora strutturalmente unitario, con tutto quel che questo concetto comporta (in termini sociali, giuridici e politici).

È in questi termini quindi che l’armonia con la Costituzione trova una sua possibile e compiuta spiegazione e lo stesso contenuto materiale in un’ottica sostanzialistica, tesa a ricercare, nel rispetto del principio di unità nazionale, lo spazio di un novellato e potenziato decentramento istituzionale e di poteri a livello territoriale (regionale e locale). In essa, pertanto, si riassume e si sostanzia la conformazione degli statuti ai principi della cittadinanza unitaria e sociale, per quanto concerne l’ambito dei diritti della persona, nonché ai nuovi principi organizzatori del decentramento istituzionale (con la sussidiarietà, la leale cooperazione, la differenziazione e l’adeguatezza). Oltre al rispetto dei vincoli dell’ordinamento comunitario ed internazionale sanciti dallo stesso art. 117 Cost.¹³.

¹³ Dove l’ordinamento comunitario, di fatto, ha anche determinato il recepimento di riforme interne che hanno imposto anche una ampiamente condivisa revisione costituzionale posta in essere con la legge costituzionale n. 1 del 2012, su cui ora vedi le autorevoli e condivisibili osservazioni di M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, Relazione al 58° Convegno di studi amministrativi di Varenna, del 20, 21, 22 settembre 2012, *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, versione provvisoria, spec. 7 e ss. del *paper*.

Fissati i confini dell'armonia con la Costituzione, si può molto più rapidamente chiarire cosa si intende per rispetto dei principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario. Qui il quadro di principio demanda necessariamente all'interposizione del legislatore ordinario ed è quello che ha tentato di delineare, secondo quanto si vedrà al paragrafo 5, la delega sul federalismo fiscale.

Proseguendo nell'analisi dell'importante disposizione costituzionale, dovremo segnalare che le c.d. *risorse autonome*, siano quelle entrate derivanti dalla disponibilità di beni di proprietà e in gestione dell'Ente e su questa base non sembra possa esserci alcun problema interpretativo, salvo comprendere nel novero delle c.d. risorse autonome anche le immobilizzazioni immateriali, materiali e finanziarie, fra le quali inserire le partecipazioni alle imprese controllate o collegate e quelle che comunque costituiscono forme di investimento durevole¹⁴.

Viceversa laddove si parla di *tributi propri*, non possiamo attenerci al valore descrittivo dei termini utilizzati. In tal caso, dovendo prendere in considerazione la vera e propria capacità impositiva dell'Ente, questa va necessariamente ascritta in via esclusiva alle sole regioni, atteso che solo a queste è riconosciuta l'autonomia legislativa necessaria a soddisfare la riserva di legge, seppur relativa, di cui all'art. 23 Cost¹⁵.

Per quanto concerne i tributi propri degli enti locali, questi sono necessariamente demandati, quanto alla loro individuazione, a Leggi di principio, statali o regionali, in grado di offrire la disciplina generale ma anche il necessario margine di intervento ai regolamenti locali.

In tal caso quindi i riferimenti normativi, utili ad identificare il c.d. tributo proprio di rango locale, li dovremo cercare su due o tre diversi livelli normativi, quello primario, statale e/o regionale e quello secondario, proprio dell'Ente Locale.

Alla luce di quanto precede consegue che la portata della disposizione costituzionale in commento ne esce fortemente ridimensionata, ridotta ad una sorta di norma meramente programmatica, per quanto riguarda il riconoscimento dei tributi propri degli enti locali. Questi, in-

¹⁴ Si veda L'Analisi del patrimonio attivo dei comuni per l'anno 2009, a cura di R. Pacella, Atti del Ministero dell'interno, Dipartimento degli Affari interni e Territoriali, Direzione centrale della Finanza locale, 2012.

¹⁵ Sul necessario rapporto tra gli articoli 23 53 e 119, con riferimento alla natura ed al concetto di tributo si veda A. AMATUCCI, voce *Autonomia finanziaria e Tributaria*, cit. par. 1, 1 e 3.

fatti, a differenza di quelli regionali dipendono dalla necessaria interposizione legislativa, statale e/o regionale.

L'immediata valenza precettiva del secondo comma dell'art. 119 si riduce pertanto, secondo quanto statuito dalla stessa Corte Costituzionale¹⁶, al divieto di procedere in senso inverso a quanto statuito nella disposizione, sopprimendo senza sostituirli, quegli spazi di autonomia già riconosciuti da Leggi statali e regionali agli enti locali.

L'attività di coordinamento riferibile alla legislazione statale dovrà poi sostanziarsi da un lato nell'indicazione dei principi ai legislatori regionali e dall'altro nell'individuazione degli spazi necessari alla normazione degli altri enti territoriali¹⁷.

4. Segue. *I c.d. tributi propri e la compartecipazione a tributi erariali*

Tornando ai *tributi propri* si pone il problema di individuare il corretto riparto tra la potestà legislativa statale e quella regionale¹⁸.

L'art. 117 secondo comma lett. e), attribuisce, infatti, alla competenza esclusiva dello Stato le "materie" *sistema tributario e contabile dello Stato* nonché la *perequazione delle risorse finanziarie*.

Il terzo comma invece, nella sua originaria formulazione attribuiva alla competenza concorrente tra Stato e regioni, *l'armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario*, materia oggi invece riassegnata alla competenza esclusiva statale dall'art. 3 l. cost. n. 1 del 2012 .

Dobbiamo quindi concludere che nelle materie appena indicate sussista la competenza dell'intervento legislativo esclusivo o in via generale dello Stato, ma allora in settori diversi, come nel campo dei tributi propri, regionali e locali, ben potrebbe intervenire la competenza legislativa esclusiva residuale regionale di cui all'art. 117 quarto comma Cost.¹⁹,

¹⁶ Vedi Corte Cost., Sent. n. 37 del 2004.

¹⁷ In tal senso Corte Cost., Sent. n. 26 del 2004 punto 2.2 del *considerato in diritto*.

¹⁸ In materia si veda L. DEL FEDERICO, *Il finanziamento delle regioni a Statuto ordinario mediante tributi propri e compartecipazioni*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2006, 395. Con riferimento invece alle regioni a statuto speciale, A. DEFFENU, *Tributi propri delle regioni speciali ed armonia con i principi del sistema tributario statale fra rationes contraddittorie e discriminazioni irragionevoli*, in *Le Regioni*, 2008, 729 e ss.

¹⁹ Notevole la mole della giurisprudenza costituzionale in materia di tributi "propri". Limitando l'esame a quella relativa agli ultimi anni noteremo che per la Corte Costituzio-

ferma restando ora l'armonizzazione delle diverse scelte legislative in capo alla competenza statale.

Resta da capire quando possono configurarsi tributi propri e, a proposito, sembrano convincenti quelle tesi che li collocano in un'area non coperta dalla competenza legislativa statale e che le regioni possono imporre sul proprio territorio, collegandoli a determinate finalità²⁰.

Analoga capacità dovrà essere riconosciuta anche agli enti locali che possono istituire, applicare e stabilire in via regolamentare gli elementi strutturali di tali tributi, ovviamente nell'ambito delle materie e nella sfera dei soggetti indicati in via generale dalla legge regionale, indispensabile ai fini della riserva di legge relativa di cui all'art. 23 Cost..

In realtà, nonostante la chiara previsione costituzionale, a più di dieci anni dalla sua revisione, è mancata la sua attuazione con riferimento all'individuazione di veri e propri tributi imputabili direttamente agli enti titolari di autonomia finanziaria e fiscale diversa, dallo Stato²¹.

nale è ancora opinabile parlare di veri e propri tributi propri delle regioni. Pur non di meno la Corte ha ritenuto ammissibili esenzioni e manovre sulle aliquote di tributi statali attribuiti alla Regione, così Corte Cost. Sent. n. 323 del 2011 e n. 357 del 2010; v. anche Corte Cost. Sent. n. 193 del 2007, n. 2 del 2006, n. 381 del 2004; ordinanza n. 148 del 2006; in altro caso riguardante la Regione Campania, per la Corte «non è ammissibile, in materia tributaria, una piena esplicazione di potestà regionali autonome in carenza della fondamentale legislazione di coordinamento dettata dal Parlamento nazionale» (Corte Cost. Sent. n. 102 del 2008 e n. 37 del 2004); di conseguenza, fino a quando l'indicata legge statale non sarà emanata, rimane precluso alle regioni il potere di istituire e disciplinare tributi propri aventi gli stessi presupposti dei tributi dello Stato e di legiferare sui tributi esistenti istituiti e regolati da leggi statali (Corte Cost. Sent. n. 102 del 2008; n. 75 e n. 2 del 2006; n. 397 e n. 335 del 2005; n. 37 del 2004); va considerato statale e non già "proprio" della Regione, nel senso di cui al vigente art. 119 Cost., il tributo istituito e regolato da una legge statale, ancorché il relativo gettito sia devoluto alla Regione stessa (Corte Cost. Sent. n. 298 e n. 216 del 2009); la disciplina, anche di dettaglio, dei tributi statali è riservata alla legge statale e l'intervento del legislatore regionale è precluso anche solo ad integrazione della disciplina, se non nei limiti stabiliti dalla legislazione statale stessa (Corte Cost. Sent. n. 298 e n. 216 del 2009; n. 2 del 2006; n. 397 del 2005).

²⁰ Vedi G. FRANSONI, *La territorialità dei tributi regionali e degli enti locali*, cit., 5 sub nota 10.

²¹ Per la sentenza Corte Cost. n. 216 del 2009 (in materia di Irap), la circostanza che il gettito vada in gran parte alle Regioni ciò non toglie che non sia un tributo proprio; così anche Corte Cost. Sent. n. 241 del 2004 e n. 155 del 2006; l'intervento regionale si giustifica dunque solo nei limiti della legge dello Stato (Corte Cost. Sent. n. 396 del 2003), con la sentenza n. 299 sempre del 2009, la Corte è invece chiamata a valutare se dopo la riforma del tributo prevista nella finanziaria 2008 l'Irap, a decorrere dal 1/1/2009 sia tributo regionale, ma la questione sfuma alla luce della declaratoria di cessazione della materia del contendere. Con la sentenza n. 123 del 2009 si riflette sulle c.d. agevolazioni fi-

Tanto è che alcune previsioni legislative, come l'art. 1 comma 43 della legge n. 244 del 2007 (Legge finanziaria 2008), si mostrano in tutta la loro singolarità laddove, in attesa della completa attuazione dell'art. 119 Cost. con riferimento all'individuazione delle regole fondamentali per assicurare il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario di livello sub statale, hanno attribuito all'imposta regionale sulle attività produttive (IRAP) la natura di tributo proprio della Regione, da istituire con legge regionale a decorrere dal 1° gennaio 2009.

In realtà leggendo il penultimo periodo del comma in esame, a tenore del quale "... le regioni non possono modificare le basi imponibili, nei limiti delle leggi statali possono modificare l'aliquota, le detrazioni le deduzioni, nonché introdurre speciali agevolazioni", si deve desumere che, al di là del dato letterale, il tributo nella sostanza resta statale, essendo la sua disponibilità esclusivamente nelle mani dello Stato²².

Quanto invece, alla compartecipazione ai tributi statali, è chiaro che queste sono forme più diffuse che consentono una devoluzione di parte del gettito agli enti territoriali intermedi.

Così, ad esempio, è, secondo quanto abbiamo visto, con l'IRAP, dato che, al di là del dato testuale si mostra una forma di compartecipazione.

Altrettanto può dirsi per la c.d. tassa automobilistica regionale, che al di là del nome è un tributo disciplinato dalla Legge dello Stato che demanda alle regioni l'attività amministrativa connessa alla sua riscossione consentendo la devoluzione del gettito. Si tratta dunque anche in questo caso di una tassa *attribuita* alle regioni, ma non *istituita* dalle regioni²³.

Ciò detto, dobbiamo mettere in rilievo che sia le *risorse autonome* sia

scali su tributi che non possono essere propri, perché, allo stato, non ve ne sono [qui la Corte richiama i suoi precedenti posti dalle sentenze n. 298 del 2009; n. 2 del 2006].

²² Restano quindi quei profili problematici da tempo segnalati dalla dottrina proprio con riferimento ad un tributo dai profili incerti all'indomani dell'istituzione della discussa imposta. Vedi R. LUPI, *L'IRAP tra giustificazioni costituzionali e problemi applicativi*, in *Rass. Trib.*, 1997, 1407 e ss. R. SCHIAVOLIN, *Sulla dubbia conformità dell'IRAP al principio di capacità contributiva*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1998, 737 e s.

²³ Vedi Corte Cost. Sent. n. 311/2003 punto 3.1 del considerato in diritto, ma anche Sent. n. 455/2005. Certo è che escludere la possibilità da parte delle regioni di disciplinare anche le possibili esenzioni previste dalla legge statale con riferimento a veicoli rientranti nella categoria dei c.d. veicoli storici, ha determinato non pochi problemi anche in termini di discriminazione, favorendo di fatto alcune associazioni private (ASI ed FMI) cui inopinatamente il legislatore statale ha conferito il potere esclusivo di determinare ed attestare i presupposti per l'accertamento del valore storico collezionistico, incidendo indirettamente anche sui diritti fondamentali come la libertà negativa di associazione ed affidando in forma monopolista ad un'associazione privata l'accertamento dei presupposti

i *tributi propri* che le *compartecipazioni*, dovrebbero essere destinati al finanziamento delle funzioni pubbliche attribuite alle regioni ed agli altri enti locali, e ciò in accoglimento di quelle profonde trasformazioni che hanno caratterizzato le amministrazioni pubbliche che da tempo devono essere qualificate non più come espressione di «*puissance publique*», ma come soggetti erogatori di «*service publique*», con la conseguenza che lo Stato persona non è più un'entità chiusa e continente, ma si configura come una delle componenti della Repubblica²⁴.

È altresì evidente però che non tutte le regioni e relativi enti territoriali locali sono in grado di trarre dall'insieme delle predette voci di entrata sufficienti risorse ed adeguati mezzi finanziari.

Di estrema importanza a tale fine si mostrano quegli istituti in grado di orientare il modello autonomistico verso forme meno votate all'asimmetria ed alla differenziazione per ispirarsi ad una leale ed anche solidale collaborazione²⁵.

Va in questa direzione il terzo comma dell'art. 119, ove prevede l'istituzione su base legislativa statale di un fondo perequativo, senza vincoli di destinazione per quei territori che siano caratterizzati da una minore capacità fiscale per abitante.

È chiaro che con tale strumento si recuperano risorse finanziarie aggiuntive in favore di quelle aree territoriali caratterizzate da deficit di sviluppo ovvero meno organizzate per rintracciare la ricchezza che si produce (pensiamo a forme di economia sommersa o irregolare), ovvero ancora a territori con rapporto di popolazione insufficiente rispetto alla domanda di servizi e prestazioni.

5. *Le caratteristiche del fondo perequativo e le disposizioni di chiusura dell'art. 119*

La previsione di un fondo perequativo finanziato dallo Stato²⁶, si ca-

per l'eventuale esenzione, il ché lascia perplessi proprio laddove invece la giurisprudenza costituzionale richiamata esclude le regioni.

²⁴ Qui il richiamo va ai due storici scritti di M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12.ma ed., Paris, 103 e L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris 1928, 534.

²⁵ Vedi sul punto C. CALVIERI, *Stato Regionale in trasformazione. Il modello autonomistico italiano*, Torino 2002.

²⁶ Nell'analizzare il processo in atto è quanto mai opportuno soffermarsi sul sistema

ratterizza per l'esplicita esclusione di particolari vincoli di destinazione inserita in Costituzione.

Va fatta quindi menzione di quella giurisprudenza costituzionale che ha sottolineato il divieto di finanziamenti a destinazione vincolata, in materie e funzioni la cui disciplina sia riservata alla legge regionale (espressione sia di competenza concorrente che, a maggior ragione, residuale).

Attraverso l'orientamento del finanziamento, la legislazione statale, infatti, finirebbe con l'ingerirsi nell'ambito delle competenze regionali con rischi di condizionarne l'adozione e di sovrapposizione delle politiche centrali rispetto a quelle affidate a livello di governo costituzionalmente competente²⁷.

Su questa base, numerose pronunce hanno portato alla declaratoria di incostituzionalità del Fondo per il sostegno alla progettazione delle opere pubbliche delle regioni e degli enti locali; del Fondo nazionale per la realizzazione di infrastrutture di interesse locale del Fondo di rotazione per il finanziamento dei datori di lavoro che realizzano servizi di asili nido o micro nidi; del Fondo per la costituzione di garanzie sul rimborso dei prestiti fiduciari in favore degli studenti capaci e meritevoli²⁸.

Il nuovo sistema delineato in Costituzione prevede invece un fondo perequativo senza specifici vincoli, a garanzia della piena autonomia funzionale degli enti territoriali.

Si pone però il problema di distinguere in questo settore ciò che è illegittimo sul piano costituzionale da ciò che può essere con questo compatibile.

di perequazione delle risorse per il ruolo redistributivo che questo viene ad assumere in un contesto statale decentrato, permettendo di assicurare l'omogeneità delle condizioni di vita sul territorio nazionale. In questo senso si richiama di F. COVINO, *La perequazione finanziaria nella Costituzione*, Rimini 2008, in cui l'autrice analizza il legame sussistente tra forma di Stato e relazioni finanziarie intergovernative – con un'attenzione particolare alle dinamiche perequative – alla luce del principio costituzionale dell'unità dell'ordinamento e del processo di federalizzazione in atto. Per l'autrice la forte connotazione solidaristica dello Stato italiano, di cui è espressione la prima parte della Costituzione, non potrà non influenzare l'operare del sistema di perequazione nel contesto delle relazioni tra centro e periferia. Interessante è poi la tesi sostenuta per cui la perequazione e, più in generale, le relazioni intergovernative finanziarie sono strettamente connesse alle disposizioni costituzionali sulla forma di Stato, intesa in senso lato. Sul tema anche G. ARACHI e A. ZANARDI, *La Perequazione delle regioni e degli enti locali*, in *La Finanza pubblica italiana*, Rapporto 2009, Bologna 2011.

²⁷ Vedi Corte Cost., Sent. n. 370/03 e Sent. n. 16/04.

²⁸ Vedi Corte Cost., Sent. n. 308/2004 e n. 423/2004.

Il finanziamento vincolato incide sul riparto di competenze fra Stato e Regione ma alcune tipologie di finanziamento di scopo, sono anche funzionali alla tutela dei livelli essenziali di assistenza (LEA) che in quanto tali rientrano nella competenza esclusiva statale ex art. 117 secondo comma lett. m.)²⁹. Ciò che è vietato è dunque l'istituzione di fondi vincolati non rientranti nella competenza statale, ma non il loro rifinanziamento che è stato ritenuto legittimo dalla Corte Costituzionale³⁰, purché si tratti di interventi transitori in attesa della riforma organica della finanza regionale e locale e siano esercitati nel rispetto del principio di leale collaborazione.

Il limite costituzionale del vincolo di destinazione non si estende neanche all'eventuale riutilizzo dei fondi che siano residuati dalla mancata utilizzazione a causa dell'inerzia delle regioni e enti locali destinatari³¹.

Sempre sulla scorta della giurisprudenza costituzionale, vanno inseriti tra i fondi a destinazione vincolata i c.d. *tributi di scopo* la cui compatibilità con l'opposto principio costituzionale, in via d'eccezione, deriva dal fatto che si tratta in tal caso di "imposte straordinarie", rientranti nel genere delle entrate tributarie destinate a fronteggiare la recessione, o dirette al finanziamento della ripresa economica³².

Si tratta ovviamente, di forme particolari di recupero di risorse, strettamente connesse a situazioni contingenti, correlate alla crisi economica e connotate da specificità in quanto si risolvono in misure sufficientemente individuate nello stesso DPEF del Governo ed in quanto tali non riconducibili direttamente alle competenze legislative regionali o provinciali³³.

²⁹ Vedi Corte Cost. Sent. n. 166 del 2008 che valorizza la dignità della persona e la Sent. 10 del 2009 sul fondo speciale a tutela delle esigenze finanziarie di natura alimentare energetica e sanitaria in favore dei cittadini meno abbienti.

³⁰ Si veda Corte Cost. Sent. n. 255 del 2004.

³¹ In tal senso si è espressa la Corte Costituzionale con Sent. n. 105 del 2007 ove al punto 6.1 del *considerato in diritto*, ha ritenuto compatibile con il generale divieto la riutilizzabilità dei fondi oggetto di accordi di programma la cui risoluzione consente di destinare il fondo relativo in funzione di incentivo a favore di amministrazioni virtuose che li potranno quindi utilizzare.

³² Si veda *ex plurimis*, Corte Cost. Sent. n.141 del 2009; n. 335 e n. 64 del 2008, 334 del 2006 e 73 del 2005.

³³ Vedi Corte Cost. Sent. n. 16 del 2010 sulle disposizioni in materia di redistribuzione dei Fondi aree sottoutilizzate (FAS) previste dal D.L. 112/08, dove si ritiene sufficiente ai fini della chiamata in sussidiarietà delle regioni la richiesta del parere alla Conferenza Unificata e la previa intesa.

Il quarto comma dell'art. 119 stabilisce poi che le risorse derivanti dalle fonti di cui ai precedenti commi consentano ai comuni, alle province, alle regioni di finanziare integralmente le funzioni loro attribuite.

La disposizione costituzionale ricerca un parametro generale di valutazione di congruità delle risorse assegnate, nel senso che risorse e tributi propri e quote di partecipazione a tributi di altri enti devono consentire il congruo svolgimento delle funzioni pubbliche. Resta però da capire se tale disposizione abbia l'effettiva capacità di offrire garanzie ad ogni singolo ente, ovvero il principio espresso si limiti a tenere conto della congruità del solo livello aggregato dei vari enti.

Tale seconda opzione ermeneutica, pare, a mio modo di vedere, più realistica, in considerazione delle successive previsioni volte a disciplinare le ulteriori forme di finanziamento suppletivo, espressamente enunciate al quinto comma dell'art. 119.

È con tale disposizione, infatti, che si consente allo Stato di destinare risorse aggiuntive ed effettuare interventi speciali a favore di determinati comuni, province, Città metropolitane, regioni per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali e per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni.

Anche in questa disposizione si annida quello spirito del regionalismo italiano che, per quanto possibile, deve tendere a ridurre la fisiologica asimmetria connessa al rafforzamento dell'autonomia, per garantire l'uguaglianza sul piano delle prestazioni e dei servizi in favore delle diverse collettività e che si attua attraverso l'uso di strumenti tesi alla necessaria ed al contempo ragionevole compensazione fra territori più ricchi ed aree più bisognose, commisurata al dato strutturale degli squilibri in materia di sviluppo economico, coesione e solidarietà sociale.

L'ultimo comma dell'art. 119 chiude il complesso quadro costituzionale riferibile alla nozione di autonomia finanziaria, statuendo che sia gli enti locali che le regioni, oltre a disporre di un proprio patrimonio loro attribuito sulla base dei principi generali delle leggi dello Stato, possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento ed è esclusa ogni forma di garanzia dello Stato sui prestiti contratti.

Anche tale comma merita una breve riflessione con riferimento alla dotazione patrimoniale, essendo evidente che questa fuoriesce dalla determinazione a livello costituzionale.

La stessa giurisprudenza costituzionale³⁴ ha affermato che fino alla piena attuazione delle disposizioni dell'ultimo comma dell'art. 119 e quindi sino a che non siano state adottate le previsioni legislative statali di attribuzione alle regioni ed agli enti locali di beni demaniali o patrimoniali dello Stato, detti beni restano a tutti gli effetti nella piena disponibilità dello Stato³⁵. Orientamento che dovremo oggi ritenere in parte superato alla luce del D.lgs. n. 85 del 2010 sul c.d. Federalismo demaniale.

A questo punto merita un approfondimento la possibilità, inserita direttamente nel testo della disposizione costituzionale, del ricorso all'indebitamento, che deve essere espressamente finalizzato a sostenere spese di investimento.

Si tratta allora di capire quale sia il significato più corretto da assegnare ai termini "indebitamento" e "investimento".

Va subito segnalato che non si tratta di nozioni il cui contenuto possa determinarsi "a priori", sulla base della semplice ed univoca lettura del testo costituzionale.

Si tratta invero di nozioni che per ammissione della stessa Corte Costituzionale, si fondano su principi necessariamente agganciati alle scienze economiche e che al contempo possano dare spazio anche a regole di concretezza connotate da discrezionalità politica³⁶.

³⁴ Si veda Corte Cost. Sent. n. 427/04.

³⁵ Corte Cost., Sent. 427 del 2004, cit. punto 2.1 *del considerato in diritto*. Scenario questo destinato a significative modifiche dopo l'emanazione del D.lgs. n. 85/10 sul c.d. federalismo demaniale che è stato il primo ad essere adottato sulla base della delega contenuta nella L. n. 42/09.

³⁶ Vedi Corte Cost. Sent. n. 425 del 2004 che costituisce una sorta di bussola e ove la Corte al punto 6 *del considerato in diritto* fa riferimento a definizioni offerte dal legislatore e che derivano da scelte di politica, economico finanziaria, effettuate anche in relazione ai vincoli sovranazionali cui l'Italia è assoggettata. Secondo la Corte: « Il quesito che si pone è il seguente: se e in che misura la legge dello Stato possa porre regole specifiche che concretizzano e attuano il vincolo di cui all'art. 119, sesto comma, della Costituzione, in particolare definendo ciò che si intende, a questi fini, per "indebitamento" e per "spese di investimento" ».

Non si tratta di nozioni il cui contenuto possa determinarsi a priori, in modo assolutamente univoco, sulla base della sola disposizione costituzionale, di cui questa Corte sia in grado di offrire una interpretazione esaustiva e vincolante per tutti, una volta per sempre. Si tratta di nozioni che si fondano su principi della scienza economica, ma che non possono non dare spazio a regole di concretizzazione connotate da una qualche discrezionalità politica.

Ciò risulta del resto evidente, se si tiene conto che proprio le definizioni che il legislatore statale ha offerto nelle disposizioni qui impugnate (art. 3, commi 17, 18 e 19, della legge n. 350 del 2003) derivano da scelte di politica economica e finanziaria effettuate in

Per quanto concerne la specifica nozione di “*indebitamento*” noteremo che sul piano contabile altro non è che la differenza fra il debito (posta finanziaria passiva) o il titolo di debito e l’attivo (disponibilità liquida).

Tale nozione deve però essere integrata con quei criteri adottati in sede sovranazionale ai fini del controllo dei disavanzi pubblici e che si estende anche a tutte le entrate che non possono essere portate a scomputo del disavanzo calcolato ai fini del rispetto dei parametri comunitari³⁷.

Per quanto riguarda invece la nozione di spese di “*investimento*” anche qui dovremo integrare la nozione meramente contabile.

Questa traduce l’investimento con l’immobilizzo di parte del patrimonio di un soggetto in beni di capitale fisso. Ma può intendersi in senso estensivo comprendendo i trasferimenti in conto capitale destinati alla realizzazione di investimenti di altri enti pubblici, oppure quegli interventi contenuti in programmi generali relativi a piani urbanistici e destinati alla valorizzazione del territorio.

Al fine di non svuotare la portata della disposizione costituzionale le scelte volte a concretizzare le nozioni di indebitamento e di investimento non possono essere affidate ad ogni ente territoriale, ma devono rigorosamente restare affidate alla potestà legislativa statale.

Con la conseguenza che alle regioni e agli altri enti territoriali può es-

stretta correlazione con i vincoli di carattere sovranazionale cui anche l’Italia è assoggettata in forza dei Trattati europei, e dei criteri politico-economici e tecnici adottati dagli organi dell’Unione europea nel controllare l’osservanza di tali vincoli.

La nozione di spese di investimento adottata appare anzi estensiva, rispetto ad un significato strettamente contabile, che faccia riferimento solo ad erogazioni di denaro pubblico cui faccia riscontro l’acquisizione di un nuovo corrispondente valore al patrimonio dell’ente che effettua la spesa: comprende infatti ad esempio i trasferimenti in conto capitale destinati alla realizzazione degli investimenti di altri enti pubblici (comma 18, lettera g), o gli interventi contenuti in programmi generali relativi a piani urbanistici dichiarati di preminente interesse regionale aventi finalità pubblica volti al recupero e alla valorizzazione del territorio (comma 18, lettera i).

Parimenti, la nozione di “*indebitamento*” è ispirata ai criteri adottati in sede europea ai fini del controllo dei disavanzi pubblici; si tratta, in definitiva, di tutte le entrate che non possono essere portate a scomputo del disavanzo calcolato ai fini del rispetto dei parametri comunitari.

Ciò posto, è chiaro come non si possa ammettere che ogni ente, e così ogni Regione, faccia in proprio le scelte di concretizzazione delle nozioni di indebitamento e di investimento ai fini predetti. Trattandosi di far valere un vincolo di carattere generale, che deve valere in modo uniforme per tutti gli enti, solo lo Stato può legittimamente provvedere a tali scelte.».

³⁷ Vedi Corte Cost. Sent. n. 425/04, punto 6 del *considerato in diritto*, cit.

sere riservata solo la valutazione della ragionevolezza o meno di tali interventi legislativi utili ad offrire il contenuto definitorio alle nozioni illustrate. Ne consegue che un intervento statale basato su atti normativi di forza solo secondaria o in chiave di delegificazione sarebbe comunque illegittimo per violazione dell'art. 119 Cost.

6. *La delega sul federalismo fiscale ed i principi e criteri direttivi dettati al Governo*

Si deve constatare che il processo di attuazione dell'art. 119 Cost. è stato connotato da un lungo periodo di stasi, durato quasi otto anni, ma che improvvisamente ha visto un'accelerazione sfociata, dopo una breve gestazione durata solo sei mesi, nella legge 42 del 5 maggio 2009 con cui il Parlamento ha delegato il Governo all'adozione di decreti in materia di federalismo fiscale e di attuazione dell'art. 119 della Costituzione³⁸.

³⁸ Sulle fasi preliminari all'adozione del disegno di legge di attuazione dell'art. 119 Cost., va segnalato fra i molti scritti, L. ANTONINI, *Il federalismo fiscale ad una svolta e il nuovo disegno di legge*, in *Federalismi*, 16 – 2008 ed anche T. GROPPPI, *Il federalismo fiscale nel quadro costituzionale*, ivi, 22, 2008. Cfr. anche E. JORIO, *La legge delega di attuazione del federalismo fiscale*, in *www.federalismi.it*, n. 8, 2009, ove l'A. sottolinea i rischi e i limiti della legge delega. In particolare, si prospetta l'eventualità di una verosimile tripartizione reale del territorio, evidenziando la totale assenza nella nuova normativa di disposizioni capaci di offrire una salvaguardia contro questo rischio. Viene sottolineato il pericolo di frammentazione del "sistema nazione", al quale bisogna trovare un rimedio immediato e praticabile in sede di adozione dei decreti legislativi. Sullo stesso tema M. DI SIENA, *Le entrate tributarie degli enti sub – statali nella recente legge delega sul federalismo fiscale. Brevi riflessioni (problematiche) di un tributarista: è vera gloria?*, in *www.costituzionalismo.it*, 04.09.2009. Il medesimo punto di vista si ritrova in R. BIFULCO, *Osservazioni sulla legge n. 42 del 2009 in materia di federalismo fiscale*, in *Astrid*, 24.05.2009, in cui l'autore dedica un paragrafo proprio ai rischi del nesso tra regionalismo differenziato e fiscalità di vantaggio, altro argomento critico sollevato nel contributo riguarda "la questione del finanziamento integrale delle funzioni". Nella stessa prospettiva anche C. DE FIORES, *Note critiche sul federalismo fiscale*, in *www.costituzionalismo.it*, 18.06.2009. Vedi anche M. VANNI, *Il federalismo fiscale: gli annunci e la realtà*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2009, 275-77 e G. RIVOSECCHI, *La legge delega in materia di federalismo fiscale e il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario: un'occasione mancante*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2009.

Nel contributo di A. D'AURO, *Il federalismo fiscale in Italia dopo l'approvazione della legge delega di attuazione dell'articolo 119 della Costituzione*, in *La finanza locale*, n. 7-8, 2009, 20-37, l'autore esamina analiticamente i principi cardine, che costituiranno le fondamenta del decentramento fiscale, cercando di inserirli nel quadro delle diverse esigenze degli enti territoriali in materia tributaria e finanziaria.

La legge delega, pur nella sua indiscutibile complessità, tende a fissare i punti cardinali del nuovo sistema, rinviando al Governo l'attuazione puntuale della riforma.

Non è questa ovviamente la sede per un'analisi dettagliata e completa dell'intero corpo normativo³⁹, per cui limiteremo l'indagine ad una sommaria ricognizione dei tratti essenziali delle disposizioni più significative, tentando di focalizzare i problemi che il legislatore ha tentato di catalogare e risolvere.

Si tratta di quelle difficoltà che da sempre hanno connotato l'attuazione del federalismo fiscale e che incidono su profili che, come vedremo, non sono ancora risolti.

Si tratta del coordinamento del sistema tributario, del corretto assetto della finanza degli enti locali, e quindi del ruolo che deve essere svolto in termini di coordinamento dallo Stato e dalle regioni, e infine dei criteri per il finanziamento delle prestazioni dei servizi pubblici ed il sistema perequativo.

Si sviluppano quindi principi di sussidiarietà fiscale, tentando di temperare le conseguenze che ne discendono in termini di differenziazione di entrata, attraverso il principio di adeguatezza, l'individuazione del costo e fabbisogno standard, entrambi necessari sia per stimare l'intervento pubblico delle istituzioni beneficiarie, sia per la definizione degli obiettivi di servizio, garantendo i livelli essenziali delle prestazioni e delle stesse funzioni fondamentali degli enti locali.

Su tutto ciò forse il primo problema che la delega ha dovuto affrontare e tentare di risolvere è quello della perequazione da cui dipende

Argomenti interessanti e spunti critici aventi ad oggetto le diverse questioni costituzionali connesse con la riforma fiscale in senso federale si trovano nell'opera di E. DE MITA, *Le basi costituzionali del "federalismo fiscale"*, Milano 2009 e in L. RONCHETTI, *Federalismo fiscale in Italia: il futuro della riforma e lo stato attuale della giurisprudenza costituzionale*, in *www.costituzionalismo.it*, 02.11.2009.

Anche R. NANIA, *La questione del "federalismo fiscale" tra principi costituzionali ed avvio del percorso attuativo*, in *www.federalismi.it*, n. 23, 2009 si focalizza sui principi costituzionali, evidenziandone la rilevanza o meno nell'attuazione della legge delega di riforma del federalismo fiscale. Uno degli argomenti più interessanti su cui si sofferma è il valore del nesso competenze/risorse: l'autore nel sottolineare l'importanza di questa connessione, sostiene la necessità di considerare anche il criterio della sussidiarietà verticale e la componente di flessibilità nella distribuzione delle funzioni di cui il principio è espressione.

³⁹ Per un'analisi dettagliata al contenuto della legge delega si rinvia a E. JORIO, S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO, *Il Federalismo fiscale, commento articolo per articolo alla legge 5 maggio 2009 n.42*, Rimini 2009.

anche la corretta erogazione dei livelli essenziali delle prestazioni afferenti i diritti di cittadinanza unitaria e sociale da assicurare anche ai territori svantaggiati.

Certamente è un corpo normativo con luci ed ombre. L'ambito della delega si mostra, infatti, eccessivamente ampio (come da tempo ci hanno abituato i Governi nelle ultime legislature, utilizzando prassi che forzano le maglie dell'art. 76 Cost.) né pare adeguatamente stimato il debito consolidato dalle regioni in materia sanitaria.

Comunque, senza scendere nel complicato dettaglio offerto dai contenuti analitici della delega, si può segnalare, in estrema sintesi, che l'obiettivo è quello di pervenire ad un decentramento reale che, in coerenza con i principi di autonomia è orientato verso l'ottimizzazione di guadagni di efficienza (c.d. efficienza allocativa), un accrescimento del senso di responsabilità degli amministratori (*accountability*), una maggiore consapevolezza circa la selezione mediante confronto dei buoni governi (*yardstick competition*)⁴⁰ ed anche una più vigorosa crescita economica correlata ad una più razionale distribuzione delle risorse.

Tutto ciò dovrebbe generare un mutamento nella stessa qualità del decentramento per riorientarlo verso la generazione di centri di entrata al livello locale.

È questa, infatti, una delle anomalie italiane più vistose, definita non a torto nella stessa Relazione sul federalismo fiscale presentato dal Governo nel 2010, come "l'albero storto" e dove la stortura risiede nel fatto che la spesa locale viene fatta da esecutivi che hanno il potere di spesa, ma non il dovere di analoga "presa fiscale", risultando così fiscalmente irresponsabili.

Tale patologia inoltre finisce con il riflettersi sull'asimmetrico sviluppo delle diverse aree del paese e sulla parallela necessità di orientare correttamente i modelli perequativi e le relative modalità di redistribuzione delle risorse.

Allo stato l'attuazione dei principi contenuti nella legge di delegazione è in fase di avanzata attuazione, ma non si è dimostrato un compito facile.

L'attuazione del federalismo fiscale e finanziario presuppone, infatti, la disponibilità di dettagliate informazioni, in grado di fotografare l'esi-

⁴⁰ Tale fenomeno risulta attentamente studiato, con riferimento al caso italiano, da M. BORDIGNON, F. CERNIGLIA, F. REVELLI, *Search of yardstick competition: a spatial analysis of Italian municipality property tax setting*, in *Journal of Urban Economics*, vol. 54 (2003), 199-217.

stente nell'ambito del livello di governo preso in considerazione, delineare il suo sistema tributario e la parallela complessiva capacità di entrata e di spesa.

È grazie a queste analisi preventive che si può procedere alle opportune simulazioni *ex ante* ed al successivo monitoraggio *ex post* dell'impatto delle nuove disposizioni.

Ma un'esauriente ricognizione dell'esistente non è stata ancora svolta compiutamente. Molteplici le difficoltà incontrate connotate dalla mancanza, in alcune realtà regionali e locali, della piena cognizione dei dati reali di entrata, di spesa e di bilancio, il che, a sua volta, rende i bilanci di Stato, regioni ed enti locali quasi mai comunicanti.

Ulteriori difficoltà derivano dallo stesso assetto istituzionale dei poteri locali, a cui manca una ridefinizione di compiti e funzioni in grado di riallineare l'autonomia istituzionale con quella finanziaria e fiscale. Tanto è che una volta approvata la delega sul federalismo fiscale ed avviata la sua attuazione attraverso l'adozione di decreti legislativi da parte del Governo si sarebbe dovuto definire, in parallelo, il nuovo codice delle Autonomie che invece ancora langue in Parlamento⁴¹.

Tale mancanza si mostra ancor più rilevante se si pone mente al fatto che la delega sul federalismo fiscale ha comunque previsto la creazione di importanti sedi stabili ed istituzionali, di confronto politico e tecnico, a garanzia sia di una corretta valutazione della chiamata in sussidiarietà dei vari enti territoriali, che, soprattutto, del rispetto del principio di leale collaborazione.

Si vuole fare riferimento agli articoli 3 4 e 5 della L. n. 42 del 2009 che disciplinano rispettivamente, la Commissione Parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale (art. 3), la Commissione paritetica per l'attuazione del federalismo fiscale (COPAFF) (art. 4) e la conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica (art. 5)⁴².

⁴¹ Vedi Atti Commissione Senato AS2259.

⁴² Per una panoramica sul procedimento di formazione dei decreti legislativi e, in particolare, sulle nuove sedi e gli organi di concertazione per l'adozione della nuova disciplina, si richiama l'interessante articolo di N. LUPO, *Il procedimento di attuazione della delega sul federalismo fiscale e le nuovi sedi della collaborazione tra i livelli territoriali: commissione bicamerale, commissione tecnica paritetica e conferenza permanente*, in www.federalismi.it, n. 23, 2009. In ordine invece ai compiti della Commissione tecnica paritetica si rinvia a L. FIORENTINO, *I profili organizzativi della legge delega sul federalismo fiscale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 8, 2009, 831 ss.. Nel contributo viene messo in evidenza il ruolo fondamentale della Commissione ai fini dell'attuazione dell'in-

La prima è un importante organo politico costituito da una commissione bicamerale paritetica di quindici senatori e quindici deputati, nominati dai presidenti dei due rami del Parlamento, ed è chiamata ad esprimere i necessari pareri sugli schemi dei decreti legislativi, formulando osservazioni e verificando lo stato di attuazione.

La COPAFF è invece, un organo composto da trenta tecnici, istituito presso il Ministero dell'Economia e Finanze, nominati per metà dal Governo e per il resto da comuni, province, Città metropolitane e regioni. Tra i compiti più significativi va segnalata l'elaborazione di elementi conoscitivi e l'assolvimento di attività consultiva in favore degli organi deliberanti.

Infine la Commissione per il coordinamento della finanza pubblica è un organo misto composto da rappresentanti dei diversi livelli di governo, che svolge funzioni di verifica, monitoraggio e confronto, proponendo anche criteri per l'uso di fondi perequativi e quindi presuppone la piena attivazione di tutta la nuova architettura finanziaria inserita nella delega.

Ci pare quindi abbastanza curioso che a livello di Autonomia fiscale e finanziaria si creino tali importanti sedi istituzionali di collaborazione e confronto, senza che a livello di normazione istituzionale dell'Autonomia locale si dia conto di tali organi e se ne valorizzi le relative funzioni.

E ciò è stata anche, a nostro modo di vedere, una delle possibili cause del tormentato *iter* seguito per l'approvazione di alcuni decreti, come in particolare quello sul fisco municipale.

tera architettura procedurale e istituzionale. Di conseguenza, l'istituzione della Commissione con DPCM 3 luglio 2009 rappresenta un importante passo verso un'effettiva attuazione del federalismo fiscale. Nella sua prima seduta la Commissione ha anche approvato il proprio regolamento interno. Con riferimento al testo del regolamento si richiama una nota di F. PACINI, *La disciplina procedurale della Commissione paritetica per l'attuazione del federalismo fiscale*, in www.osservatoriodellefonti.it, n. 3, 2009. La Commissione verrà poi ad assumere le funzioni di segreteria tecnica della Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica (art. 5, L. 42/2009), una volta che quest'ultima sarà istituita. Sul ruolo che rivestirà la Conferenza nell'"amministrazione del federalismo", si rinvia a AA.VV., *La legge delega sul federalismo fiscale*, G. D'AURIA, *I controlli e le sanzioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 8, 2009, 844 ss.

7. *L'attuazione negli otto decreti delegati sin qui emanati dal Governo (cenni)*

Trascorso un anno dalla scadenza del termine di ventiquattro mesi posto dalla delega per la sua attuazione sono entrati in vigore otto decreti legislativi.

Il primo è stato il D.lgs. n. 85 del 2010 in materia di federalismo demaniale funzionale a dare corpo alle risorse autonome di regioni ed enti locali.

È interessante notare che il trasferimento dei beni avviene a titolo gratuito e che questi ultimi entrano nel demanio disponibile degli enti riceventi che, dunque, possono procedere anche all'alienazione degli stessi (art. 4)⁴³. L'unico vincolo per gli assegnatari è quello della massima "valorizzazione funzionale" dei beni attribuiti, che deve avvenire secondo le linee di condotta specificate nella relazione allegata alla domanda, pena l'esercizio del potere sostitutivo nella gestione da parte del Governo (art. 3 c. 5).

Sempre del 2010 sono il D.lgs. n. 156 relativo all'ordinamento (transitorio) di Roma Capitale⁴⁴ e il D.lgs. n. 216 sui fabbisogni standard degli enti locali.

Tale secondo intervento attuativo del Governo ha per oggetto la definizione dei fabbisogni standard per tutti gli enti locali. A proposito delle Città metropolitane vi è tuttavia la precisazione che essi saranno determinati successivamente alla definizione delle loro funzioni fonamen-

⁴³ Alla regola del conferimento nel patrimonio disponibile degli enti fanno eccezione i beni afferenti al demanio marittimo ed idrico, nonché tutti quelli per i quali il DPCM di attribuzione abbia dato espressa e motivata disposizione in tal senso. Per i beni che entrano nel patrimonio disponibile è prevista la facoltà per gli enti di conferirli in uno o più fondi comuni di investimento immobiliare, oppure procedere all'alienazione, previa attestazione della congruità del valore di vendita da parte dell'Agenzia del Demanio. In quest'ultimo caso, le risorse incassate dovranno essere destinate per il 75% alla riduzione del debito dell'ente (o, se assente, a spese di investimento), e per il restante 25% al fondo ammortamento titoli di Stato.

⁴⁴ Le disposizioni del decreto hanno natura transitoria in attesa dell'attuazione della disciplina sulle Città metropolitane prevista dall'art. 23 della legge 42/2009, disposizione abrogata a seguito della recente entrata in vigore del d.l. n.188 del 5 novembre 2012 al momento in cui si scrive non convertito in legge. A decorrere da quel momento, quanto previsto per Roma capitale non perderà efficacia ma andrà a regime, eventualmente con alcune modifiche, riferendosi alla Città metropolitana Roma capitale (art. 24 c. 9 legge 42/2009).

tali sulla base delle disposizioni del decreto legislativo in oggetto per quanto compatibili (art. 8).

L'assetto normativo che si ricava da questi primi decreti legislativi è tutt'altro che compiuto. Basti considerare il nuovo e recentissimo decreto delegato su Roma Capitale licenziato dal Consiglio dei Ministri il 6 aprile scorso e il decreto delegato sui fabbisogni standard. Tale specifico ed importante corpo normativo delegato, in realtà si limita ad indicare il percorso procedimentale per l'individuazione dei fabbisogni necessari ad 1/3 delle funzioni fondamentali, da adottare con gradualità nel triennio 2012-14, mentre nel corso del corrente anno dovranno essere fissati i fabbisogni standard con riferimento ad almeno 2/3 delle funzioni fondamentali da adottare progressivamente nel periodo 2013-15.

Infine nel corso del 2013 dovranno essere definiti i fabbisogni relativi all'intero insieme delle funzioni fondamentali da applicare nel triennio successivo (2014-16).

Ci si sofferma su tale corpo normativo in quanto acquista una plurima valenza essendo chiamato a sciogliere i dubbi che ruotano intorno all'individuazione delle funzioni da considerare fondamentali in attesa dell'approvazione del codice delle autonomie.

Assai poco precisa è però la metodologia per la definizione dei fabbisogni standard che, di fatto, è affidata alla società per gli studi di settore (SOSE S.p.A.) sulla cui determinazione si dovranno esprimere i pareri COPAFF e/o la Conferenza per il coordinamento per la finanza pubblica.

Nota metodologica e fabbisogni standard saranno poi individuati in un apposito DPCM il cui procedimento segue da vicino lo stesso procedimento per l'adozione dei decreti legislativi.

Il quarto decreto in ordine di tempo ad essere adottato è il D.lgs. n. 23 del 2011 sul fisco municipale.

Qui le novità sembrano di grande rilievo, soprattutto se si riflette sulle profonde trasformazioni in ordine alle entrate, ma in realtà siamo pur sempre di fronte ad un modello di entrate attribuite e non veramente istituite dall'ente territorialmente titolare del prelievo.

Su molti punti altrettanto cruciali il Decreto tace preferendo un rinvio, in chiave di delegificazione, ai futuri regolamenti ministeriali o DPCM, a cui spetterà il compito di definire molti degli aspetti che non possono oggi trovare piena attuazione. Il testo ne risente ed è di complessa lettura sia per i rinvii alle altre fonti che per il periodo transitorio che va anche oltre il 2014 e durante il quale le disposizioni entreranno in vigore in misura sfalsata.

Senza scendere nel merito dell'articolata riforma che vede assegnati agli enti locali nuovi tributi e quote di partecipazione di tributi statali si deve segnalare che se è evidente come lo squilibrio fiscale verticale sia fisiologico e costituisca pressoché ovunque il presupposto di un sistema di trasferimenti dal governo centrale agli enti territoriali per consentire a questi ultimi di adempiere le proprie funzioni, assai meno banale è la questione relativa a quale sia la misura ideale – o quantomeno accettabile – di tale squilibrio.

È stato, infatti, molto puntualmente affermato che in assenza di consistenti fonti di entrata propria degli enti territoriali, le entrate tributarie affluiscono al governo centrale che le ridistribuisce agli enti locali reitmando in pratica, il sistema della finanza locale che ha caratterizzato l'Italia dalla riforma tributaria degli anni '70 fino alla prima metà degli anni '90, nonché quello che si prospetterebbe in futuro se, nella riaffermazione del principio del *quia nominor leo*, (statale) oltre al sostanziale depauperamento delle entrate comunali avvenuto attraverso la parziale abolizione dell'Imposta Comunale sugli Immobili (ICI) si affermassero principi tutti incentrati sulla compartecipazione di quote di tributo statali o regionali. Il sistema resterebbe in tal caso connotato da un elevato squilibrio fiscale verticale e si configurerebbe sostanzialmente come un modello di finanza derivata. Sia la ricerca teorica, quanto quella empirica (oltre che, verrebbe da dire, il buon senso), dovrebbero invece suggerire che tale modello tenda a generare comportamenti inefficienti – o addirittura irresponsabili – dovuti al fatto che le spese degli enti locali sono finanziate non già dai contribuenti che dei servizi delle amministrazioni decentrate pubbliche beneficiano e sulla cui gestione hanno tutto l'interesse a vigilare, quanto da trasferimenti statali (su cui peraltro i cittadini hanno assai minori informazioni rispetto ai burocrati che li ricevono) che inibiscono il virtuoso processo di *accountability* degli amministratori locali nei confronti delle proprie comunità e generano pericolose sovrapposizioni anche sul piano dell'imputazione del tributo⁴⁵.

⁴⁵ Così quasi testualmente F. REVELLI, in *Le specie del federalismo fiscale*, in *Nuvole*, rivista *on line*, 04 2012 cit.

Si deve anche segnalare l'interessante esperienza tedesca che ha fatto recente applicazione del principio di perequazione fra i vari territori con la riforma federale del 2006 (c.d. Reform I), e con la riforma federale del 2009 (c.d. Reform II), soffermandosi soprattutto sulla questione del debito pubblico. Un ulteriore profilo di notevole rilievo da prendere a spunto anche per la riforma in atto in Italia, riguarda la legge di perequazione finanziaria tedesca e la previsione in essa contenuta di una c.d. *sunset clause*, in base alla

Il successivo D.lgs. n. 68 del 2011, caratterizzato da un oggetto alquanto eterogeneo, tende a disciplinare sia il modello fiscale, regionale e provinciale ma si prefigge anche l'ambizioso obiettivo di individuare anche i costi standard in sanità.

Completano il quadro il D.lgs. n. 88 del 31 maggio 2011 in materia di risorse aggiuntive e di interventi speciali per la rimozione degli squilibri economici e sociali, il D.lgs. n. 118 del 23 giugno 2011 sull'armonizzazione dei sistemi contabili e di bilancio di regioni, enti locali e loro organismi e il D.lgs. n. 149 del settembre 2011 sui meccanismi sanzionatori e premiali a favore di regioni e province che determina la riduzione delle risorse per quegli enti che non abbiano rispettato il patto di stabilità per l'anno 2010.

È questa solo una assai stringata elencazione dei principali decreti attuativi a cui devono essere aggiunti gli ulteriori interventi legislativi che non contribuiscono certo a dettare una disciplina coerente ed in linea con i principi sin qui enunciati, mantenendosi sul piano della problematica compartecipazione a quote di tributi erariali, quali la legge n. 10 del 2011 di conversione del D.L. 225/10 che definisce le spettanze dei trasferimenti attribuiti dal Ministero dell'Interno a favore di comuni appartenenti a regioni a statuto speciale e dei decreti ministeriali attuativi del federalismo municipale pubblicati un G.U. n. 178 del 2 agosto 2011, e del DPCM del 17 gennaio 2011 in materia di compartecipazioni dei comuni di regioni a statuto ordinario al gettito IVA per l'anno 2011. Ancor più recente il secondo D.lgs. su Roma capitale licenziato dal Consiglio dei Ministri il 6 Aprile 2012.

quale la legge cesserà di avere efficacia nel 2019. La previsione di leggi con efficacia temporanea, concedendo delle prospettive di modifica della disciplina adottata, si ritiene che possano facilitare enormemente il raggiungimento di un compromesso tra le parti coinvolte nella sua adozione, anche se espressione di interessi contrapposti. Prende spunto sempre dalla riforma costituzionale in atto – con particolare riferimento alla Costituzione finanziaria federale – anche l'opera di R.T. BAUS, A. EPPLER, O. WINTERMANN, (a cura di), *Zur Reform der föderalen Finanzverfassung in Deutschland. Perspektiven für die Föderalismusreform II im Spiegel internationaler Erfahrungen*, Schriftenreihe des Europäischen Zentrums für Föderalismus-Forschung Tübingen, Band 31. Baden-Baden 2008. A seguito della Riforma Federale I già attuata, gli autori approfondiscono l'evoluzione delle relazioni intergovernative nel nuovo quadro normativo prospettato con la Riforma federale II, con particolare riferimento alla crescita economica e al tasso di occupazione, alla maggiore responsabilizzazione degli enti territoriali, alle dotazioni finanziarie dei medesimi e alle soluzioni prospettate per frenare la crescita del debito pubblico. Interessante sul punto è anche il contributo di I.KEMMLER, *Föderalismusreform II: Ergebnisse der Kommission zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen im März 2009*, in *Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung, Jahrbuch des Föderalismus 2009. Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa*, Baden-Baden 2009, 208-224.

8. *Federalismo municipale tra attuazione, sospensione e deviazione nelle più recenti scelte governative anche di riordino dei territori e di revisione delle funzioni fondamentali in funzione della complessiva revisione della spesa pubblica*

Dobbiamo ora chiederci se nonostante le profonde trasformazioni in atto, il processo sia destinato ad un approdo oppure l'opzione federalista sia destinata ad uscire dall'agenda dell'attuale Governo.

Il processo che sin qui si è esaminato ha avuto modo di avanzare, soprattutto con l'approvazione della Legge delega del 2009 e nella successiva fase attuativa attraverso un processo decisionale condiviso. Come visto sono stati emanati i primi otto decreti legislativi nel rispetto del termine previsto dalla delega, che sono stati caratterizzati da un contributo bipartisan che si è sviluppato in seno alla Commissione bicamerale per il federalismo fiscale e nelle altre sedi di confronto istituzionale come la COPAFF e la Conferenza Unificata.

Nonostante tutto questo, forse a causa delle pressanti ragioni connesse alla crisi economica, il Governo sembra aver messo in secondo piano i problemi del federalismo interno e delle sue modalità esecutive a vantaggio dei temi legati alle esigenze economiche di rango sovranazionale.

Ecco allora che, con la manovra "Salva Italia"⁴⁶ si interviene sull'autonomia tributaria regionale e comunale operando in forme che non rispettano i meccanismi collaborativi previsti dalla delega del 2009.

Viene istituito il nuovo tributo comunale sui servizi e sullo smaltimento dei rifiuti, senza richiedere alcun parere alla Commissione bicamerale e senza il supporto della Commissione per l'attuazione del federalismo fiscale, il che si pone in evidente contrasto con il principio (oramai da tempo riconosciuto come principio fondamentale di rango costituzionale) di leale collaborazione.

Sempre al di fuori dal modello delineato dalla delega è stato disciplinato il rapporto tra Stato e comuni del gettito IMU, che vede attribuire una quota prevalente al primo sulla base di un meccanismo di trasferimento al contrario, associato al ripristino della tesoreria unica in chiave

⁴⁶ Legge 22 dicembre 2011, n. 214 (in *G.U.* n. 300 del 27 dicembre 2011 – *Suppl. Ord.* n. 276) – Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici.

di semplificazione ma oggetto di forte (quanto, a mio avviso, non del tutto giustificata) contestazione da parte di sindaci e regioni⁴⁷.

Ma sappiamo quanto sia ancora lungo e complesso l'iter attuativo di una riforma che avrebbe dovuto incidere già dal 2011 su almeno un terzo della spesa pubblica sostenuta in comparti importanti come sanità, politiche sociali, istruzione, trasporti ed ulteriori settori di intervento sostenuti da regioni ed enti locali. Tutto passa per la revisione della spesa pubblica centrale ed esige l'attuazione da parte dei decreti ministeriali e/o DPCM che non possono attendere la prossima legislatura per essere emanati se non a scapito degli interessi di regioni ed enti locali che resterebbero in posizione di pesante stallo.

Si tratta di superare il principio della spesa storica che ha generato forme irresponsabili ed ingiustificate di trasferimento. L'inversione passa dunque dall'individuazione dei fabbisogni finanziari fondati sui c.d. costi standard ed alla responsabilizzazione dei governi regionali e locali.

La speranza è quindi quella di evitare, giunti a questo punto, che si vada verso una sospensione del processo o peggio si pieghi il modello verso direzioni caratterizzate da una sussidiarietà orientata solo verso l'alto, in senso europeista, o nella sola direzione orizzontale, verso il mercato.

Occorre invece perseguire una sussidiarietà anche verso il basso, che comprenda le istanze dei governi regionali e locali in modo da generare un forte parallelismo fra federalismo economico, sociale e di mercato ed

⁴⁷ Sulla tesoreria unica si vedano però le pregresse prese di posizione della Corte Costituzionale che hanno ampiamente giustificato sul piano costituzionale la relativa istituzione. Si veda in particolare Corte Cost. Sent. 412/1993 secondo cui, a partire dalle sentenze nn. 162 del 1982 e 242 del 1985, aventi ad oggetto la nuova disciplina sulla tesoreria unica stabilita dall'art. 40 della legge n. 119 del 1981, è stata riconosciuta, anche nei confronti delle regioni a statuto speciale e della Valle d'Aosta in particolare, la competenza dello Stato a dettare, in nome dell'indispensabile coordinamento finanziario e senza necessità di alcun accordo con le regioni, misure, come quelle in oggetto, sulle somme provenienti dal bilancio dello Stato e destinate ad affluire negli appositi conti intestati alle regioni presso la tesoreria dello Stato. Su questa linea, prosegue il Giudice delle leggi, di recente la stessa Corte ha precisato che le norme sulla tesoreria unica (art. 40 della legge n. 119 del 1981 e art. 2 della legge n. 720 del 1984) non incidono sull'autonomia finanziaria delle regioni nel disporre delle proprie risorse e riflettono un interesse nazionale, legato all'esigenza di consentire allo Stato il controllo della liquidità e la disciplina dei relativi flussi monetari (v. sent. n. 132 del 1993, nonché sent. n. 61 del 1987 e ord. n. 759 del 1988), un interesse che, per sua natura, richiede un trattamento uniforme su tutto il territorio nazionale, derogabile soltanto in caso di comprovate necessità locali nascenti da situazioni del tutto eccezionali. Vedi in proposito l'articolata e puntuale nota redazionale, in *Giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. MAZZITELLI, alla luce della quale l'istituzione della tesoreria unica potrebbe ridursi ad un falso problema.

europèismo in grado di sviluppare un modello armonico fra i diversi livelli territoriali premiando la progressività e la territorialità delle risorse coniugandole con le regole del buon governo⁴⁸.

È anche in quest'ottica, quindi, che dovranno essere lette quelle più recenti riforme, richiamate nelle premesse del presente scritto, poste in essere dall'attuale Governo e poste sotto l'impegnativa denominazione di revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi a favore dei cittadini (meglio note come Decreto legge sulla *spending review* secondo la vulgata in uso nella stampa anche specializzata) e che hanno profondamente inciso sulle articolazioni territoriali delle province, promuovendo in un primo tempo la loro parziale "soppressione" ed "accorpamento"⁴⁹, per poi proporre in sede di conversione, un sostanziale "riordino" sulla base dei nuovi

⁴⁸ Segnala opportunamente F. REVELLI in *Le specie del federalismo fiscale*, cit., che « Le cose peggiorano, tuttavia, nel caso della compartecipazione degli enti territoriali al gettito riscosso dallo Stato, modalità che alimenta gli incentivi ai comportamenti irresponsabili e in cui si annidano i più seri pericoli di iniqua distribuzione territoriale delle risorse. Per quanto riguarda gli incentivi ai comportamenti (in)efficienti, il meccanismo delle compartecipazioni è del tutto assimilabile a quello della finanza derivata, con amministratori locali che spendono denaro raccolto da altri (lo Stato), senza alcun margine di effettiva autonomia finanziaria. Quanto agli effetti distributivi, un'estensione generalizzata – come sembra prospettarsi per le regioni dai recenti interventi normativi in materia di federalismo fiscale – di quote crescenti di compartecipazione ai gettiti dei tributi erariali equivale a un vero e proprio meccanismo di trasferimenti "sperequativi", ovvero l'attribuzione di maggiori risorse (raccolte con imposte statali) proprio agli enti dove la ricchezza è più elevata, con l'evidente necessità di correggere tale perversa distribuzione con un meccanismo opposto di perequazione a favore dei territori con minore ricchezza». Inoltre conclude l'A.: «... un elemento cruciale per il buon funzionamento di un sistema di finanza pubblica organizzato su più livelli consiste nella possibilità di valutare con precisione e obiettività i fabbisogni locali di spesa (derivanti dal livello di sviluppo economico, dalla composizione demografica della popolazione e dalla presenza – o assenza – di infrastrutture) e la *performance* delle amministrazioni nello svolgimento delle proprie attività. Alcune esperienze internazionali in questo senso dimostrano che ciò è possibile e con buoni risultati. Al fine di poter esprimere un giudizio compiuto sull'impatto di strutture alternative di governo territoriale e di meccanismi più o meno decentrati di finanziamento dei servizi pubblici sul benessere dei cittadini, sono infatti indispensabili tanto regole trasparenti, efficaci e condivise sulla perequazione delle risorse iniziali a disposizione degli enti territoriali per mettere ciascuno di essi nelle condizioni di fornire i servizi pubblici indispensabili ai propri cittadini, quanto un sistema di puntuale e oggettiva valutazione della *performance* delle amministrazioni ai diversi livelli di governo, dalla bontà e affidabilità dei servizi sanitari e di istruzione, alla qualità dell'aria delle città in cui viviamo. In assenza di tali ingredienti fondamentali, il federalismo fiscale continuerà a essere una specie ambigua e controversa».

⁴⁹ Sulla base dell'originario testo dell'art. 17 del D.l. n. 95 del 2012, prima delle modifiche apportate dalla legge di conversione.

parametri di superficie territoriale e di popolazione (rispettivamente 2.500 Km² e 350.000 abitanti) e prevedendo che le nuove funzioni fondamentali dei comuni al disotto di 5000 abitanti dovranno essere esercitate attraverso unioni ad eccezione di quelle inerenti lo Stato civile e l'anagrafe.

Si tratta quindi di prendere sul serio il federalismo (anche fiscale) tenendo in primo luogo la più ampia e ambiziosa nozione del termine offerta dalla migliore letteratura in materia.

Tale accezione va, infatti, intesa come attribuzione, all'impianto concettuale del federalismo fiscale, di vero e proprio ruolo di guida per quel che riguarda il disegno della stessa struttura territoriale del complessivo settore pubblico. Nel senso di individuare preliminarmente il numero dei livelli di governo (per rispondere, per esempio, alla domanda se sia necessario o meno un livello di governo provinciale nel nostro ordinamento) e dell'ampiezza e dei confini delle attribuzioni proprie di ciascun livello (dal dibattito sulla frammentazione comunale alla forma di governo delle aree metropolitane).

In secondo luogo consente anche (seppur implicitamente e con rinvio alle valutazioni degli stessi enti territoriali complessivamente coinvolti) di procedere alla ripartizione delle competenze in materia di fornitura di servizi pubblici (dalla sanità alla gestione dei trasporti pubblici o dei rifiuti) a ciascuno dei livelli di governo presenti nell'ordinamento, assumendo come data la struttura territoriale del governo prescelta.

È quindi questa la scommessa che proprio in questi giorni sono chiamate a sciogliere le regioni che, sulla base delle nuove disposizioni legislative statali, dovranno fornire, in coerenza con lo stesso art. 133 della Costituzione, i pareri obbligatori (ma non vincolanti) al Governo, previa proposta dei Consigli delle Autonomie Locali ove istituiti, al fine di dar corso al riordino dei territori provinciali attraverso la futura legge statale, dando altresì vita (e ciò sulla base di ulteriori ed autonome scelte legislative) a modelli di Unione comunale razionali ed in grado di rivitalizzare in termini di efficienza le funzioni fondamentali dei piccoli comuni in periodi di scarsità di risorse e di futura estensione, anche alle minori realtà territoriali, del patto di stabilità.

Molto si potrebbe eccepire sul piano dell'effettivo rispetto dei principi costituzionali indicati dall'art. 133 Cost. da parte delle disposizioni inserite nel decreto legge sulla "revisione della spesa" e nella sua legge di conversione. Si pensi al rinvio ad una mera Delibera del Consiglio dei Ministri per fissare i parametri di estensione territoriale e di popolazione da riconoscere alle province prescindendo dalla previa valutazione delle

istanze territoriali locali e dal relativo parere delle regioni ed ancora la previsione, solo eventuale, di una scelta di iniziativa dei Consigli comunali che pure per la dottrina prevalente sarebbero titolari di una potestà di iniziativa esclusiva in materia⁵⁰.

Né i nodi risultano sciolti dal decreto legge n. 188 del 5 novembre 2012 ormai privo di efficacia in assenza di conversione il 5 gennaio 2013 e probabilmente il tutto dovrà essere affrontato dalla Corte Costituzionale, chiamata a decidere sia sulla legittimità della trasformazione delle Province in enti di secondo livello (decisione prevista per il 7 novembre e rinviata proprio alla luce dell'adozione del D.l. 188/2012) sia sulla remissione delle ulteriori questioni di legittimità attualmente pendenti anche sul D.l. n. 95 del 2012.

Certo è che la preoccupazione intorno alla corretta dimensione territoriale dei livelli di governo come requisito che si pone come preliminare alla costruzione della capacità di entrata (per quanto possibile autonoma) e di spesa ha innescato un meccanismo che ruota in gran parte, grazie al ruolo di nuovi organismi come i CAL, intorno alla piena valorizzazione del fondamentale principio della leale collaborazione interistituzionale. Si tratta di capire però come ora tutto questo sarà recepito dalla classe politica regionale e locale e se si preferirà cedere alla tentazione di facili localismi o si porrà seriamente mano ad un riordino territoriale in chiave di crescita della funzionalità delle plurali sfere di autonomia, attraverso una corretta allocazione di funzioni sul piano territoriale, adottata su basi qualitative e non meramente quantitative⁵¹.

⁵⁰ P. GIOCOLI NACCI, *Enti territoriali e mutamenti dei territori*, Bari 2005, 151, ma *contra* v. l'opinione autorevole di L. PALADIN, *Diritto Regionale*, Padova 2000, 133.

⁵¹ Ancora sul punto un particolare rinvio va a M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini* cit., che ci rammenta anche come «la sottovalutazione dell'elemento di doverosità insito, in campo economico, soprattutto nelle previsioni dell'art. 53 Cost. ha fatto dimenticare che – come è stato efficacemente scritto – “il concorso alle pubbliche spese non è che un aspetto dell'appartenenza alla comunità”. Il vincolo di cittadinanza, infatti, al contrario di quanto comunemente si crede, non è costruito tanto dai diritti, quanto dai doveri. I primi, certo, sono essenziali perché, negli ordinamenti democratici, un patto fondativo della comunità politica possa essere stipulato, ma essi, a causa dell'elemento individualistico dal quale fatalmente – in maggiore o minore misura – sono caratterizzati, possono anche condurre alla dissoluzione del vincolo stretto con quel patto. La grande lezione della concezione romana della cittadinanza, che, oltre che nella comunanza di interessi materiali e di regole giuridiche, identificava proprio nei doveri l'autentica sostanza del vincolo sociale, sembra essere stata imprudentemente dimenticata (mentre proprio l'esperienza italiana indurrebbe a condividerla, visto che in essa la fatica che il sentimento di unità nazionale deve durare per costruirsi e conservarsi convive non a caso con un diffuso e insopportabile fenomeno di evasione fiscale)». cit. Vers. Provvisoria p.10 del *paper*.

Ricardo Perlingeiro

IL LIBERO ACCESSO ALL'INFORMAZIONE, LE INNOVAZIONI TECNOLOGICHE E LA PUBBLICITÀ PROCESSUALE IN BRASILE*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Fondamento costituzionale dell'accesso all'informazione. – 3. L'accesso all'informazione per quanto concerne la decisione giurisdizionale. – 4. Le restrizioni all'accesso all'informazione. – 5. La pubblicità processuale dinanzi alle innovazioni tecnologiche. – 6. Una nuova (vecchia) esegesi del principio di pubblicità processuale in Brasile. – 7. L'accesso delle parti e dei terzi all'informazione processuale. – 8. Considerazioni finali.

1. *Introduzione*

Una materia solo recentemente regolamentata dalla legge. Un'altra relativa a fatti in costante evoluzione e priva di disciplina legislativa. Una terza, prevista dalla legge, e sedimentata da dottrina e giurisprudenza ma che, all'improvviso, vede le proprie basi minate, inducendo la comunità giuridica a nuove riflessioni. Ora, immaginiamo suddette materie connesse, le une dipendenti dalle altre. È all'interno di tale contesto che il sistema giuridico brasiliano si trova per quanto attiene al libero accesso all'informazione, alle innovazioni tecnologiche e alla pubblicità processuale. Si tratta di un contesto propizio alla ricerca scientifica e nel quale si attendono risposte in relazione a una serie di questioni come, ad esempio: quale sia la reale funzione del principio di pubblicità processuale e quali le sue implicazioni, nell'ambito di un sistema giudiziario digitale e inserito in rete; quali debbano essere le eccezioni al libero accesso all'informazione e all'informazione giudiziaria; ed ancora, è plausibile che un documento personale, una volta sottoposto al vaglio del giudice, divenga pubblico?¹.

* Ringrazio la Prof.ssa Diana-Urania Galetta per i commenti e la revisione del testo tradotto in lingua italiana.

¹ Questioni somiglianti sono state formulate da Walter Nunes: "In conformità alla

2. *Fondamento costituzionale dell'accesso all'informazione*

Il diritto di accesso all'informazione, quale diritto di partecipazione politica del cittadino nella sfera dello Stato democratico di diritto, e il diritto alla protezione dei dati personali, quale diritto di libertà del cittadino caratteristico di uno Stato di diritto, unitamente alle esigenze di segretezza per ragioni di sicurezza, costituiscono valori fondamentali, soggetti a mutua ponderazione a partire dal principio di trasparenza del potere pubblico. Quest'ultimo, a sua volta, è vincolato al principio di pubblicità e alla sua concretizzazione in funzione delle innovazioni tecnologiche².

Sottolinea Sommermann che: “La crescente importanza del principio di trasparenza per la realizzazione dello Stato costituzionale democratico si deve, da una parte, all'impatto delle nuove tecnologie di informazione sulla cultura della comunicazione e di formazione dell'opinione pubblica e, dall'altra, alla necessità di fortificare la posizione dei cittadini dinanzi a un sistema politico-amministrativo sempre più complesso e sofisticato. L'informazione attinente al funzionamento delle istituzioni e agli attori responsabili (trasparenza istituzionale), al processo di formazione della volontà (trasparenza procedurale) e al contenuto delle decisioni e rispettive motivazioni (trasparenza materiale), supportano i privati cittadini nel controllare adeguatamente l'attività degli organi pubblici, nel partecipare a tematiche di pubblico interesse, e nel promuovere la tutela dei propri diritti. In questo modo, la trasparenza del potere pubblico diviene un elemento essenziale nell'ottica di ristabilire la fiducia nel sistema democratico e di salvaguardare lo Stato di diritto all'interno di una realtà sempre più complessa. Di fatto, la dissimulazione o l'occultamento di informazioni che potrebbero essere sintomatiche di deficienze di un sistema pubblico, sono attualmente considerate caratteristiche proprie di un regime dittatoriale e con problemi di legittimazione”³.

clausola costituzionale, tutti i processi debbono essere pubblici nel senso che qualsivoglia cittadino deve avere la possibilità di accedere agli atti e all'identità dei soggetti coinvolti? Oppure questa ampia pubblicità, quanto alla piena conoscenza del tenore degli atti e all'identificazione delle parti coinvolte, risulta limitata alle persone direttamente interessate?” (BRASILE. Consiglio Nazionale di Giustizia. Delibera proferita dal CNJ nel proc. 0001776-16.2010.2.00.0000, Rel. Consigliere Walter Nunes. Brasilia, DF, in *www.cnj.jus.br*).

² R. GARCÍA MACHO (org.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid 2010, 7.

La trasparenza e il libero accesso all'informazione hanno due finalità basilari: il controllo democratico del potere pubblico e la facilitazione dell'esercizio dei diritti soggettivi. In questo senso, la Commissione Interamericana dei Diritti Umani ha segnalato che: "il diritto alla verità è un diritto di carattere collettivo che consente alla società di avere accesso all'informazione essenziale per lo sviluppo dei sistemi democratici e, allo stesso tempo, un diritto individuale per i familiari delle vittime, che garantisce una forma di riparazione, in particolare, nei casi di applicazione di leggi di amnistia"⁴.

Nella funzione di agevolare l'esercizio di diritti soggettivi, il diritto alla libera informazione comprende la conoscenza delle situazioni in cui vi sia lesione o minaccia di lesione al diritto, e la forma in cui possono essere esercitate le garanzie, in specie la tutela amministrativa e giurisdizionale, imprescindibili alla sua dovuta preservazione⁵.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, benché con alcune riserve⁶, ha riconosciuto il nesso tra la "libertà di espressione", la "libertà di ricevere informazioni" e l'"accesso ad archivi dell'Amministrazione". Secondo il Relatore per la libertà di espressione della Commissione interamericana per i diritti umani: "un meccanismo trasparente che offra accesso all'informazione nelle mani dello Stato è altresì essenziale per promuovere un clima di rispetto per tutti i diritti umani. Il diritto di accesso all'informazione è anche una componente del diritto alla verità. La Convenzione Interamericana dei Diritti Umani tutela, all'articolo 13⁷, il

³ K.-P. SOMMERMANN, *La exigencia de una Administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho*, in R. GARCÍA MACHO (org.), *op. cit.*, 11-25.

⁴ *Organizzazione degli Stati Americani*, Commissione Interamericana dei Diritti Umani, Tematiche relative alla libertà di espressione, Capitolo IV, Relazione sull'accesso all'informazione nella regione.

⁵ A.M. MORELLO, *El proceso justo*, 2° ed., Buenos Aires 2005, 386.

⁶ I.C. BARRETO, *A Convenção Europeia dos direitos do homem anotada*, 4° ed., Coimbra 2010, 276.

⁷ Art. 13 della Convenzione Interamericana dei Diritti Umani, Patto di San José di Costa Rica, che così statuisce: "1. Tutte le persone hanno diritto alla libertà di pensiero e di espressione. Tale diritto comprende la libertà di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee di ogni natura, senza limiti di frontiere, verbalmente o per iscritto, o per via stampata o artistica, o tramite qualsivoglia altro processo a propria scelta. 2. L'esercizio del diritto previsto nel paragrafo precedente non può essere soggetto a censura previa, ma a responsabilità ulteriori, che devono essere espressamente stabilite dalla legge ed essere necessarie per assicurare: a) il rispetto dei diritti o della reputazione delle altre persone; o b) la tutela della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, o della salute o della

diritto ad accedere e a ricevere informazioni. L'accesso all'informazione in possesso dello Stato è, analogamente, necessario al fine di evitare futuri abusi da parte di funzionari del Governo e, altresì, per assicurare la garanzia di strumenti effettivi contro suddetti abusi”⁸.

Il diritto di accesso ai documenti è previsto dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (art. 42)⁹; il diritto all'informazione è contemplato dalla Carta Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli (art. 9), dal Patto Internazionale sui diritti civili e politici (art. 19), e dalla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani (art. 19). Pertanto, nonostante non sia espressamente prevista nel testo di gran parte delle Costituzioni, è comune constatare la presenza di tratti afferenti alla trasparenza, o di principi che dipendono dalla pubblicità, in tutti gli ordinamenti giuridici contemporanei, e la giurisprudenza delle Corti costituzionali salvaguarda la trasparenza quale condizione dei principi fondamentali dello Stato costituzionale democratico¹⁰.

In Brasile, il diritto di accesso all'informazione è previsto dalla Costituzione Federale (CRFB/88): nell'art. 5, XXXIII: “Tutti hanno diritto di ricevere dagli organi pubblici informazioni di proprio interesse privato, o di interesse collettivo o generale, che saranno fornite entro i termini stabiliti dalla legge, sotto pena di responsabilità, fatte salve quelle il cui riserbo risulti imprescindibile ai fini della sicurezza della società e dello Stato”; nell'art. 37, § 3°, II: “La legge disciplinerà le forme di partecipazione dell'utente all'Amministrazione pubblica diretta e indiretta, regolando specialmente: [...] l'accesso degli utenti a registri amministrativi e a informazioni sugli atti di governo [...]”; e nell'art. 216, § 2°: “Spettano all'Amministrazione Pubblica, a mezzo di legge, la gestione della documentazione governativa e i provvedimenti tesi ad affrancarne la consultazione da parte di quanti ne avessero necessità”.

Si parla altresì di una trasparenza attiva, in cui il potere pubblico dev'essere capace di esprimersi in maniera comprensibile, così come di

morale pubblica” (*Organizzazione degli Stati Americani*, Commissione Interamericana dei Diritti Umani).

⁸ *Organizzazione degli Stati Americani*, Commissione Interamericana dei Diritti Umani, cit. Cfr., inoltre, la Dichiarazione dei Principi sulla Libertà di Espressione, *Organizzazione degli Stati Americani*, Commissione Interamericana dei Diritti Umani, Dichiarazione dei Principi sulla Libertà di Espressione.

⁹ Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

¹⁰ K.-P. SOMMERMANN, *La exigencia de una Administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho*, cit., 12 e 19.

rendere disponibili servizi di informazione, chiarimenti o delucidazioni¹¹. A titolo di esempio, si può citare la recente legge generale sull'accesso all'informazione (Legge 12.527/2011), il cui testo richiama la “[...] divulgazione di informazioni di interesse pubblico, indipendentemente da qualsivoglia istanza [...]” (art. 3, II), ed altresì afferma che “è dovere dello Stato garantire il diritto di accesso all'informazione, che sarà concessa mediante procedimenti obiettivi e agili, in maniera trasparente, chiara e attraverso una terminologia di facile comprensione” (art. 5).

L'idea di un potere pubblico aperto e trasparente ha influenzato recenti riforme introdotte in alcuni sistemi nazionali europei, quali: la Legge francese del 2000¹², relativa ai diritti dei cittadini e alle loro relazioni con la Pubblica Amministrazione; la Legge italiana del 1990¹³ (di poi modificata dalla Legge 11 febbraio 2005, n. 15); la Legge portoghese del 2007¹⁴, di accesso ai documenti amministrativi; la Legge spagnola sul Regime Giuridico delle Pubbliche Amministrazioni e sul Procedimento Amministrativo Comune, del 1992¹⁵; la Legge del Regno Unito del 2000, sulla libertà di informazione¹⁶; la Legge svizzera del 2004, sulla pubblicità dell'Amministrazione¹⁷; la Legge federale tedesca del 2005, che disciplina l'accesso all'informazione della Federazione¹⁸.

Per ciò che concerne l'America Latina, si deve citare la Legge argentina n. 25.831/2003¹⁹, sul Regime del libero accesso all'informazione pubblica ambientale, e il Decreto n. 1172/2003 (Regolamento generale sull'accesso all'informazione pubblica per il Potere Esecutivo Nazionale)²⁰;

¹¹ K.-P. SOMMERMANN, *op. cit.*, 24.

¹² FRANCIA. Ley núm. 2000-321, de 12 de abril de 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

¹³ ITALIA. Legge 7 agosto 1990, n. 241: Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi.

¹⁴ PORTOGALLO. Lei n. 46, de 24 de Agosto de 2007 (Lei de Acesso aos Documentos Administrativos (LADA)).

¹⁵ SPAGNA. Ley núm. 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

¹⁶ REGNO UNITO. Freedom of Information Act 2000 (2000, chapter 36).

¹⁷ SVIZZERA. Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGO), del 17 dicembre 2004.

¹⁸ GERMANIA. Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Information des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz – IFG), del 5 settembre 2005.

¹⁹ ARGENTINA. Ley argentina 25.831/2003, del Regimen de libre acceso a la información pública ambiental.

²⁰ ARGENTINA. Decreto 1172/2003 (*Reglamento general del acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo Nacional*).

in Colombia, la Legge n. 57/85²¹, che regola l'accesso ai documenti pubblici, la Legge n. 527/99²², che disciplina l'accesso e l'uso dei messaggi di dati, del commercio elettronico e delle firme digitali, e la recente Legge n. 1437/2011²³, che ha istituito il nuovo Codice del Procedimento Amministrativo e il Contenzioso Amministrativo colombiano, prevedendo innumerevoli garanzie a tutela del diritto di accesso a documenti pubblici.

In Brasile, a dispetto delle citate Legge 12.527/2011, il tema appariva già nella previgente legislazione, sebbene in forma non organica: Legge n. 11.111/2005²⁴, riguardo alla segretezza di informazioni imprescindibili alla sicurezza della società e dello Stato; Legge n. 10.650/2003²⁵, sul diritto di accesso alle informazioni sull'ambiente; Legge n. 9.784/99²⁶, la quale dispone in merito all'accesso alle informazioni all'interno di procedimenti amministrativi; e la Legge n. 8.159/91²⁷, che regolamentava la politica nazionale di archivi pubblici e privati.

Si deve inoltre segnalare che lo sviluppo di nuove tecnologie mediante mezzi digitali, consentendo un ampio accesso all'informazione via internet, conferisce una nuova dimensione al tema, e presuppone che venga forgiata una legislazione adeguata e che induca il potere pubblico a utilizzare tali nuove tecnologie, così come consta ai sensi della citata Legge 12.527/2011, art. 3, III: “[...] il diritto fondamentale di accesso all'informazione [...] dev'essere esercitato in conformità ai principi basilari dell'amministrazione pubblica, e secondo le seguenti direttrici [...] utilizzo di mezzi di comunicazione veicolati dalla tecnologia dell'informazione [...]”, e art. 8, § 2°: “[...] gli organi e enti pubblici dovranno utilizzare tutti i mezzi e strumenti legittimi di cui dovessero disporre, essendo obbligatoria la divulgazione in siti ufficiali della rete mondiale di computer-internet”²⁸.

²¹ COLOMBIA, Ley 57/1985.

²² COLOMBIA, Ley 527/199.

²³ COLOMBIA, Ley 1437/2011.

²⁴ BRASILE, Lei n° 11.111, de 05 de maio de 2005 (Abrogata dalla Legge 12.527/2011).

²⁵ BRASILE. Lei n° 10.650, de 16 de abril de 2003.

²⁶ BRASILE. Lei n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

²⁷ BRASILE. Lei n° 8.159, de 08 de janeiro de 1991 (Articoli 22, 23 e 24 abrogati dalla Legge 12.527/2011).

²⁸ C.O. Sanz Salla nota che, nel diritto nordamericano, la legislazione più recente (*The Government Act* del 17 dicembre 2002) dispone che l'Amministrazione Pubblica deve, entro un termine ragionevole, sforzarsi di cercare l'informazione all'interno delle

Allo stesso modo, le innovazioni tecnologiche esigono norme sugli effetti della sovraesposizione nella protezione dei dati personali²⁹. A questo proposito, già tempo addietro, il Tribunale Costituzionale Federale Tedesco (BVerfGE 65, I [44]) ha statuito che “[...] ai pericoli che affliggono le basi di dati informatici, per ciò che concerne il diritto alla propria personalità, si dovrà far fronte con previsioni di carattere organizzativo e procedimentale”³⁰.

3. *L'accesso all'informazione per quanto concerne la decisione giurisdizionale*

L'accesso all'informazione non si limita al Potere Legislativo o all'Esecutivo, ma si estende altresì al Potere Giudiziario, non solamente per ciò che attiene alle sue funzioni amministrative atipiche³¹, ma, in special modo, per quanto riguarda la pronuncia giurisdizionale. Secondo Paolo Ferrua, l'accesso all'informazione e la pubblicità degli atti giudiziari sono connaturati al “giusto processo”, quale principio di rango co-

proprie basi di dati e fornirla nel formato sollecitato dall'interessato. Inoltre, dispone che l'Amministrazione consideri, costantemente, che l'informazione è suscettibile di divulgazione, e analizzi come possa usare al meglio le nuove tecnologie di informazione, e porle a disposizione dei cittadini, anche qualora questi non le sollecitino. Cfr. C.O. SANZ SALLA, *El derecho a la información administrativa en la era digital: una aproximación al derecho norteamericano*, in R. GARCÍA MACHO (org.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, cit., 230.

²⁹ L'accesso all'informazione è fortemente condizionato ai mezzi materiali utilizzati a tal fine. Cfr. I.L. HERRARTE, *Notas sobre el derecho administrativo de la información*, in R. GARCÍA MACHO (org.), cit., 117. Si veda inoltre C. MARZUOLI, *La transparencia de la Administración y el derecho a la información de los ciudadanos en Italia*, in R. GARCÍA MACHO (org.), cit., 159-160, che avverte in merito alla necessità di munirsi di una certa cautela nell'approcciarsi ai siti internet.

³⁰ E. SCHMIDT-ABMANN, *Sobre el objeto del procedimiento administrativo en la dogmática administrativa alemana*, in J.B. VAZQUEZ (org.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Madrid, 1993, 328.

³¹ Per quanto riguarda le funzioni amministrative, vale la pena citare il Portale della Trasparenza del Potere Giudiziario brasiliano, che è “uno strumento di trasparenza della gestione fiscale e ha quale obiettivo quello di porre a disposizione della piena cognizione e accompagnamento della società, mediante accesso a qualsivoglia persona, fisica o giuridica, informazioni afferenti alla condotta finanziaria e alla spesa del Potere Giudiziario. L'accesso pubblico ai dati dettagliati e quotidianamente aggiornati circa gli atti posti in essere durante il processo di esecuzione del piano di spesa pubblica, consente al cittadino di verificare come e in che cosa stiano essendo utilizzate le risorse messe a disposizione”. (*Consiglio Nazionale di Giustizia*, in <http://www.portaltransparencia.jus.br/despesas/>).

stituzionale e quale conseguenza del fondamento democratico del potere giurisdizionale, esercitato in nome del popolo³². Inoltre, la “qualità” della giurisdizione può essere associata alla qualità di informazioni disponibili, che contribuiscono alla concentrazione dei dibattimenti all’essenziale, e può inoltre abbreviare la decisione finale.

Un altro elemento importante, sempre con riferimento al Potere Giudiziario, è quello della cosiddetta “giudizializzazione delle politiche pubbliche”, che Sommermann associa al crescente processo di “*desparlamentarización*” (“fuga dal Parlamento”), e che si configura anche all’interno del Potere Esecutivo, in ragione dell’elevato livello professionale dei suoi specialisti, in specie nel momento di assumere l’iniziativa di progetti di legge. Pertanto, il libero accesso all’informazione sarebbe una sorta di compensazione proprio in relazione alla menzionata “*desparlamentarización*”³³.

Il dovere del Potere Giudiziario di assicurare il diritto di accesso all’informazione, con riferimento alla pronuncia giurisdizionale, è stato espressamente riconosciuto dal *Conselho Nacional de Justiça* (CNJ)³⁴, che ha così statuito: “[...] essendo i cittadini i titolari del potere politico, il magistrato deve garantire la più ampia divulgazione dei dati sotto la sua gestione, affinché la società possa controllare ed aver cognizione del funzionamento degli organi. È di competenza dell’Amministrazione Pubblica, del Potere Legislativo e del Potere Giudiziario stabilire meccanismi efficaci di divulgazione dei propri atti, in modo che le informazioni relative al loro servizio siano rese disponibili al pubblico in generale. Pertanto, di norma, il processo, che costituisce la forma di espletamento del servizio giurisdizionale deve essere pubblico, giacché fornire l’informazione processuale è un dovere, un corollario logico di ogni singolo sistema repubblicano e democratico”³⁵. A tale concezione si trova allineata

³² P. FERRUA, *Il ‘giusto processo’*, 2° ed., Bologna 2011, 46.

³³ K.-P. SOMMERMANN, *op. cit.*, 19-20.

³⁴ Il Consiglio Nazionale di Giustizia (CNJ) è un organo preposto alla riformulazione di strutture gerarchiche interne e strumenti del Potere Giudiziario, soprattutto per ciò che concerne il controllo e la trasparenza amministrativa e processuale. Il CNJ è stato istituito in ottemperanza a quanto determinato dalla CRFB/88, nei termini dell’art. 103-B. Creato il 31 dicembre 2004 e installatosi il 14 giugno 2005, il CNJ è un organo del Potere Giudiziario con sede a Brasilia/DF e raggio di attuazione in tutto il territorio nazionale, adibito, mediante azioni di pianificazione, al coordinamento, al controllo amministrativo e al perfezionamento del servizio pubblico nell’espletamento della Giustizia.

³⁵ Consiglio Nazionale di Giustizia. Decisione proferita nel proc. 001776-16.2010.2.00.000, Consigliere Walter Nunes, 2010.

la citata Legge 12.527/2011 che, nel suo art. 1, I, prevede che gli organi del Potere Giudiziario, allo stesso modo di quelli appartenenti agli altri Poteri, siano destinatari del dovere di garantire il diritto di accesso all'informazione.

In un senso più ampio, ancora, la divulgazione delle informazioni relative alla pronuncia giurisprudenziale, in termini statistici e di contenuto, serve alla certezza del diritto, consentendo che i cittadini possano conoscere i precedenti giudiziari, così come serve a strumenti di investigazione scientifica che, affatto raramente, si prestano alla ricerca di soluzioni tese al perfezionamento del sistema giudiziario³⁶. Si rammenta, a tal proposito, che il predetto CNJ ha istituito un programma specifico di gestione documentale nazionale per il Potere Giudiziario, il "Programma Nazionale di Gestione Documentale e Memoria del Potere Giudiziario" (Proname)³⁷, e che esistono, nell'ambito della "Scuola Nazionale di Formazione e Perfezionamento di Magistrati (Enfam)"³⁸, appositi progetti di ricerca e di docenza dedicati al tema³⁹.

³⁶ I.L. HERRARTE, *Notas sobre el derecho administrativo de la información*, cit., 106.

³⁷ "Nel dicembre del 2008 sono state lanciate le basi del Programma Nazionale di Gestione Documentale e Memoria del Potere Giudiziario/Proname. Il Programma ha quale finalità l'introduzione di una politica di gestione documentale che si adatti alle peculiarità del Potere Giudiziario Brasiliano. L'integrazione dei Tribunali, per mezzo del Forum di Gestione Documentale, la standardizzazione delle cause di lavoro, mediante Tabelle di Temporalità di Documenti Unificate del Potere Giudiziario/TTDU e manuali di gestione documentale, e la preservazione e divulgazione dei documenti di valore storico, tramite il programma di memoria del Potere Giudiziario, costituiscono i principali obiettivi del Proname. Per l'esecuzione delle azioni del Proname, è stato istituito dal decreto n. 616, del 10 settembre 2009, il Comitato del Programma Nazionale di Gestione Documentale e Memoria del Potere Giudiziario, il quale è composto da rappresentanti di tutte le articolazioni del Potere Giudiziario. Tra le competenze del comitato, v'è l'elaborazione di norme e strumenti di gestione che andranno a fornire ausilio nell'installazione del Proname, e la proposta e appoggio alla realizzazione di sessioni di formazione per i funzionari che operano nelle unità di gestione documentale" (*Consiglio di Giustizia Federale*, in <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/gestao-documental-proname>).

³⁸ *La Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam)* – Scuola Nazionale di Formazione e Perfezionamento di Magistrati, funziona presso il Tribunale Superiore di Giustizia (STJ – *Superior Tribunal de Justiça*) ed è responsabile per regolamentare, autorizzare e vigilare sui corsi ufficiali per accesso, conferma e promozione nella carriera della magistratura. Prevista originariamente dalla Legge costituzionale n. 45, che ha apportato modifiche alla struttura del Potere Giudiziario, la Scuola è stata istituita il 30 novembre 2006, per mezzo di Risoluzione n. 3 del STJ (*Tribunale Superiore di Giustizia*, in http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=1024).

³⁹ Programma di Laurea Specialistica Giustizia Amministrativa, Laurea Specialistica Professionale Interdisciplinare, Nucleo di Scienze del Potere Giudiziario, Università Federale Fluminense; Progetto di Ricerca Congiunto tra Università Federale Fluminense,

4. *Le restrizioni all'accesso all'informazione*

Né la trasparenza, né la protezione dei dati, possono essere considerati principi assoluti e, in tale contesto, è fondamentale trovare un punto di equilibrio⁴⁰ giacché, di fatto, sia l'accesso all'informazione, che le sue restrizioni, devono essere sempre orientati al perseguimento dell'interesse pubblico, che può prestarsi tanto alla pubblicità come alla segretezza⁴¹.

Nei testi legislativi, la tendenza è la concessione dell'accesso come regola, dovendo essere addotta apposita motivazione dinanzi a qualsivoglia diniego teso alla protezione dei dati personali, commerciali e industriali, o alla garanzia della sicurezza delle istituzioni pubbliche. La Legge brasiliana n. 10.650/2003, nel suo art. 5, stabilisce che “la negazione del-

Nucleo di Scienze del Potere Giudiziario, e Università di Porto, Facoltà di Lettere e Facoltà di Giurisprudenza.

⁴⁰ Cfr. J.L. PIÑAR MAÑAS, *Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario*, in R. GARCÍA MACHO (org.), *op. cit.*, 86. In Italia, quello della proporzionalità è un criterio posto in risalto nelle “Linee generali in materia di trattamento dei dati personali, con l’obiettivo di pubblicazione e diffusione di atti e documenti”, da parte della relativa Autorità amministrativa indipendente, come consta dalla Deliberazione 17, del 19 aprile 2007. Cfr. C. MARZUOLI, *op. cit.*, 159-160).

⁴¹ A proposito, il principio dell'interesse pubblico, principio generale del diritto amministrativo, è così chiarito dalla legge sul procedimento amministrativo della Costa Rica: “1. *El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados. 2. El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto. 3. En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia*” (*Ley 6227/1978 - Ley General de la Administración Pública, de autoría de Eduardo Ortíz Ortíz - Legge 6227/1978 - Legge Generale della Pubblica Amministrazione, ad opera di Eduardo Ortíz Ortíz*). Nello stesso senso, U. Allegretti (secondo O. MEDAUAR, *O direito administrativo em evolução*, 2° ed., San Paolo 2003, 192) rileva che l'interesse pubblico non appartiene propriamente all'Amministrazione, bensì al corpo sociale, e nasce dalla composizione tra i vari interessi pubblici, gli interessi privati e quelli di gruppo (ammessa, pertanto, una relazione di composizione tra i diversi interessi, e non di contrapposizione estrinseca). Si noti, inoltre, che “la tutela dell'interesse pubblico risiede nella stessa preservazione dei diritti fondamentali (e non nella sua limitazione a beneficio di un qualche interesse contrapposto della collettività), e impone all'Amministrazione il dovere giuridico di ponderare gli interessi in gioco, ricercando la sua concretizzazione fino al massimo grado di ottimizzazione” (G. BINENBOJM, *Uma teoria do direito administrativo*, 2° ed., Rio de Janeiro 2008, 31 e 81 ss.). L'interesse pubblico è essenzialmente interdisciplinare e proprio della Scienza dell'Amministrazione (H.J. WOLFF, O. BACHOF, R. STOBER, *Direito administrativo*, trad. A.F. de Sousa, Lisbona 2006, 424).

l'istanza di [accesso a] informazioni o di consultazione relativa a procedimenti amministrativi dovrà essere motivata, assoggettandosi a ricorso gerarchico [...]”, e la Legge 12.527/2011 prescrive, come direttiva, “l’osservanza della pubblicità come precetto generale, e la riservatezza quale eccezione” (art. 3, I), arrivando a imporre “misure disciplinari al funzionario pubblico che dovesse negare, in maniera infondata, l’accesso a informazioni” (art. 7, § 4).

Con questo stesso spirito, la “Dichiarazione di Principi sulla Libertà di Espressione dell’Organizzazione degli Stati Americani” (OEA) così dispone: “L’accesso all’informazione in possesso dello Stato è un diritto fondamentale dell’individuo. Gli Stati sono obbligati a garantire l’esercizio di tale diritto. Questo principio ammette esclusivamente limitazioni eccezionali che devono risultare previamente disposte dalla legge nel caso in cui sussista effettivo e imminente pericolo che minacci la sicurezza nazionale nelle società democratiche”⁴². Le legislazioni, talora, preferiscono enumerare tassativamente i casi in cui deve esservi restrizione all’accesso mentre altre volte, diversamente, optano per affidare al potere pubblico un giudizio di ponderazione e, in effetti, è questo l’aspetto maggiormente rilevante di una legge generale in materia di trasparenza o di accesso all’informazione⁴³.

Piñar Mañas indica alcuni parametri che, al proposito, dovrebbero essere osservati dai legislatori: *a*) l’accesso ai documenti costituisce la regola, la negazione costituisce eccezione; *b*) le eccezioni debbono essere interpretate restrittivamente; *c*) le eccezioni debbono essere interpretate alla luce del principio del diritto all’informazione e del principio di proporzionalità; *d*) l’accesso a dati personali deve altresì essere frutto di una

⁴² Principio n. 4 (*Organizzazione degli Stati Americani*. Commissione Interamericana dei Diritti Umani, Dichiarazione di Principi sulla Libertà di Espressione).

⁴³ Nel diritto tedesco, “la legge ha enumerato diversi casi che giustificano la negazione all’accesso ai registri: la protezione degli interessi pubblici, specialmente quello di funzionamento dell’Amministrazione, così come la protezione dei dati personali e la tutela dei segreti industriali e commerciali. L’Amministrazione deve ponderare tali diritti e interessi protetti dalla legge dinanzi al richiedente che voglia accedere ai registri. Talune disposizioni di legge sulla libertà di informazione, principalmente in relazione alla tutela di interessi pubblici, predeterminano detta ponderazione a favore della riservatezza dell’informazione. Altre disposizioni, peraltro, risultano maggiormente aperte e abilitano l’Amministrazione a ponderare gli interessi nel caso specifico”. Cfr. J.M. SORIA, *El acceso a la información pública según la ley alemana sobre la libertad de información*, in R. GARCÍA MACHO (org.), *op. cit.*, 195-196.

ponderazione di valori; e) le eccezioni all'accesso alle informazioni devono sempre essere tassativamente previste dalla legge⁴⁴.

In Brasile, la Legge n. 8.159/91 disponeva che: "I documenti la cui divulgazione metta a repentaglio la sicurezza della società e dello Stato, così come quelli necessari alla preservazione dell'inviolabilità e dell'intimità della vita privata, dell'onore e dell'immagine delle persone, sono originariamente riservati" (art. 23, § 1).

Inoltre, in maniera più generale, la Legge n. 11.111/2005 così statuiva: "L'accesso ai documenti pubblici di interesse privato o di interesse collettivo o generale sarà fatto salvo esclusivamente nelle ipotesi in cui la segretezza sia o permanga imprescindibile alla sicurezza della società e dello Stato, nei termini del disposto della parte finale del comma XXXIII dell'inizio dell'art. 5 della CRFB/88" (art. 2); "i documenti pubblici che contengano informazioni il cui riserbo sia imprescindibile alla sicurezza della società e dello Stato potranno essere classificati al più alto grado di segretezza, in conformità al regolamento" (art. 3).

La Legge n. 10.650/2003 (art. 2), concernente l'accesso a informazioni in materia ambientale, statuisce inoltre: "È assicurato il segreto commerciale, industriale, finanziario o qualsiasi altro segreto salvaguardato dalla legge, così come quello relativo alle comunicazioni interne degli organi e entità governative" (§ 2); "con la finalità di tutela del segreto a cui si riferisce il § 2, le persone fisiche o giuridiche che dovessero fornire informazioni di carattere riservato alla PA, dovranno menzionare suddetta circostanza, in maniera espressa e motivata" (§ 3).

Nella recente Legge 12.527/2011, sono stati enumerati i casi di restrizione temporale all'accesso all'informazione, relativamente alla sicurezza della società e dello Stato (con restrizione da 5 a 25 anni) e ai dati personali (con restrizione fino a 100 anni).

In Brasile, sono inoltre considerate informazioni imprescindibili alla sicurezza della società e dello Stato quelle la cui divulgazione o libero accesso possa⁴⁵: a) mettere a rischio la difesa e la sovranità nazionale, o l'integrità del territorio; b) pregiudicare o porre a repentaglio la conduzione di negoziazioni o le relazioni internazionali del Paese, o quelle che siano state fornite in via riservata da altri Stati o organismi internazionali; c) mettere a rischio la vita, la sicurezza o la salute della popolazione; d)

⁴⁴ J.L. PIÑAR MAÑAS, *Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario*, in R. GARCÍA MACHO (org.), *op. cit.*, 100.

⁴⁵ Art. 23 della Legge 12.527/2011.

comportare un elevato grado di rischio per la stabilità finanziaria, economica o monetaria del Paese; *e*) pregiudicare o causare un pericolo per piani o operazioni strategiche delle Forze Armate; *f*) pregiudicare o esporre a rischio progetti di ricerca e sviluppo scientifico o tecnologico, così come sistemi, beni, installazioni o aree di interesse strategico nazionale; *g*) porre a repentaglio la sicurezza delle istituzioni o di alte autorità nazionali o straniere e i rispettivi familiari; *b*) compromettere attività di *intelligence*, così come investigazioni o ispezioni in corso, relative alla prevenzione o repressione di reati.

Inoltre, sempre secondo la predetta Legge, sono considerate informazioni personali quelle che dovessero afferire alla sfera dell'intimità, della vita privata, dell'onore e dell'immagine. Tali informazioni non sono dunque soggette a divulgazione, eccetto in forza di legge o di consenso espresso dello stesso interessato; consenso che, tuttavia, non sarà richiesto qualora l'informazione sia necessaria⁴⁶: *a*) alla prevenzione e diagnosi medica, qualora la persona dovesse essere fisicamente o legalmente incapace, e per utilizzazione unica ed esclusiva ai fini di un trattamento medico; *b*) all'elaborazione di statistiche e ricerche scientifiche di evidente interesse pubblico o generale, previste dalla legge, essendo altresì inibita l'identificazione del soggetto al quale le informazioni si riferiscono; *c*) all'esecuzione di un ordine giudiziario; *d*) alla difesa di diritti umani; *e*) alla protezione dell'interesse pubblico e generale preponderante; *f*) al recupero di fatti storici rilevanti; *g*) ad appurare irregolarità che dovessero coinvolgere lo stesso interessato.

Come si può vedere, la Legge 12.527/2011 non è stata in grado di discostarsi dalla clausola generale dell' "interesse pubblico". Peraltro, al contrario di quanto si suole riscontrare nelle varie legislazioni, essa ha agito a favore della pubblicità delle informazioni e non per porvi restrizioni.

Quanto al segreto istruttorio nell'ambito processuale, la CRFB/88 prescrive – all'art. 5, LX – che la legge potrà limitare la pubblicità degli atti quando la difesa dell'intimità o l'interesse sociale dovessero imporlo, e il Codice di Procedura Civile (CPC) – all'art. 155 – afferma che il giudice deve affermare la medesima limitazione nelle cause in cui dovesse esigerlo l'interesse pubblico e in quelle che fossero attinenti a matrimonio, filiazione, separazione dei coniugi, conversione di quest'ultima in di-

⁴⁶ Art. 31, § 3, della Legge 12.527/2011.

vorzio, alimenti e affidamento di minori⁴⁷. Detta regola, attualmente, è interpretata in conformità all'art. 93, IX, della Magna Carta che, ai sensi della Legge Costituzionale n. 45/2005, autorizza la legge a limitare la pubblicità degli atti, con riferimento alle stesse parti e ai rispettivi avvocati, nei casi in cui la preservazione del diritto all'intimità dell'interessato, ed al segreto, non pregiudichi l'interesse pubblico all'informazione.

In tal maniera, la Costituzione Federale ha riaffermato che la segretezza dev'essere sancita mediante, e a fronte, di una previa ponderazione dei valori e degli interessi in gioco.

5. *La pubblicità processuale dinanzi alle innovazioni tecnologiche*

In Germania, nella decade degli anni Settanta, si affermava il principio della “pubblicità limitata”, che restringeva l'accesso alle informazioni a coloro i quali avessero interesse all'esercizio di un diritto pubblico soggettivo, e che si fondava sull'idea di garantire la sola protezione “efficace” dei dati personali. Peraltro, ad oggi si riconosce che l'accesso alle informazioni trascende la tutela dei diritti individuali, ed investe altri ambiti dello Stato di diritto quali i principi democratico e repubblicano⁴⁸.

In Brasile, il principio di pubblicità possiede rango costituzionale (art. 5, LX, 37 e 93, IX), ed è previsto dalla Legge n. 9.784/99 (art. 2, V) e dal Codice di Procedura Civile (artt. 144 e 155). Tale principio è intimamente vincolato al diritto all'informazione amministrativa e al diritto di accesso agli archivi e documenti pubblici (art. 5, XXXIII, XXXIV, b, e LXXII, della CRFB/88)⁴⁹.

⁴⁷ Il progetto preliminare del nuovo Codice di Procedura Civile (art. 152, III) include le cause in cui constino dati protetti dal diritto costituzionale all'intimità (SENATO FEDERALE. Progetto preliminare del nuovo Codice di Procedura Civile, 2010. Elaborato dalla Commissione di Giuristi istituita dall'Atto del Presidente del Senato Federale n. 379, del 2009, preposta ad elaborare il Progetto preliminare del Nuovo Codice di Procedura Civile).

⁴⁸ Cfr. K.-P. SOMMERMANN, *op. cit.*, 12-13. Il grande cambiamento si concretizza con l'avvento della Legge sulla libertà di informazione (*Informationsfreiheitsgesetz, IFG*), del 1° gennaio del 2006.

⁴⁹ BRASILE. CRFB/88. Art. 5, XXXIV – “sono garantiti a tutti, indipendentemente dal pagamento di tariffe: [...] b) l'ottenimento di certificati in dipartimenti pubblici, per la difesa di diritti e il chiarimento di situazioni di interesse personale”; [...] LXXII – “si concederà *habeas-data*: a) per assicurare la conoscenza di informazioni relative alla persona dell'attore, che constino da registri o banche dati di entità governative o di carattere

La pubblicità, nel procedimento amministrativo brasiliano, si riduce agli atti e alle decisioni amministrative, di modo che il conseguente accesso, in forma integrale, agli atti processuali (documenti e altri scritti) può essere esercitato esclusivamente dagli interessati (art. 3, II, e art. 46) e, eventualmente, dagli avvocati⁵⁰.

Ciò significa che, sulla falsariga della legge tedesca sul procedimento amministrativo⁵¹, è diritto dell'interessato che non siano rivelate le informazioni in possesso dell'Amministrazione che si riferiscono alla vita personale, a segreti professionali o commerciali.

Nel diritto processuale brasiliano, con riferimento al principio di pubblicità, si sta tuttavia affermando un diverso punto di vista, in base al quale questo principio viene applicato sino alle sue estreme conseguenze: sino, cioè, al punto di rendere atti e documenti delle parti disponibili a chiunque, a prescindere dal fatto che sussista o meno un qualsivoglia interesse in causa.

Insegna Leonardo Greco che “[...] la nostra pubblicità è più ampia rispetto a quella dei Paesi europei. Qui da noi, gli atti di tutte le fasi processuali sono accessibili al pubblico, mentre nell'Europa continentale, in virtù dell'argomento della protezione della *privacy* delle parti, solamente l'udienza dibattimentale e la sentenza sono pubbliche, di modo che i documenti allegati agli atti risultano accessibili esclusivamente alle parti in causa. Per il principio di pubblicità tutti i cittadini, indipendentemente dal fatto che abbiano o meno un interesse in gioco, sono titolari del diritto civico di accesso al contenuto di tutti gli atti processuali, e di assistere con la propria presenza fisica agli atti processuali solenni o orali”⁵².

pubblico; b) per la rettifica di dati, qualora non si preferisca farlo tramite procedimento segreto, giudiziario o amministrativo”.

⁵⁰ Art. 7, XIII, della Legge n. 8.906/94 (dispone in merito allo Statuto dell'Avvocatura e all'Ordine degli Avvocati del Brasile – OAB): “Sono diritti dell'avvocato: [...] XIII – esaminare, presso qualsivoglia organo del Potere Giudiziario e del Legislativo, o dell'Amministrazione Pubblica in generale, atti di processi conclusi o in corso, ancorché senza mandato, qualora questi non siano soggetti a segreto, essendo garantito l'ottenimento di copie, potendo prendere appunti”.

⁵¹ Questa è una regola della legge tedesca (§30 VwVfG): gli interessati hanno diritto alla salvaguardia delle materie soggette a segreto, in special modo quelle riguardanti la sfera della propria vita privata, così come quelle afferenti all'ambito industriale o commerciale, in modo che esse non siano rivelate senza la loro autorizzazione (*Codice Sul Procedimento Amministrativo Tedesco*, 1996, 67).

⁵² L. GRECO, *Instituições de processo civil*, Rio de Janeiro 2009, 558. Nello stesso senso, E.D. MONIZ DE ARAGÃO, *Comentários ao código de processo civil*, 5° ed., Rio de Janeiro 1987, 22-26.

Con questo medesimo spirito, l'art. 40, II, del Codice di Procedura Civile brasiliano, e l'art. 7, XIII, della Legge n° 8.906/94, assicurano all'avvocato, benché privo di mandato, l'accesso agli atti di un processo o di un procedimento amministrativo; con identica redazione dispone inoltre l'art. 90 del "Progetto preliminare del nuovo Codice di Procedura Civile"⁵³. A questo proposito, il CNJ ha statuito che "gli avvocati devono poter avere accesso in via integrale a tutti i processi per mezzo di internet"⁵⁴, e il Supremo Tribunale Federale, recentemente, ha riaffermato suddetto diritto in capo agli avvocati⁵⁵.

Allo stesso modo, in alcuni sistemi giuridici dell'America Latina, è stata autorizzata una pubblicità processuale ampia, mediante autorizzazione espressa del legislatore.

Con redazione analoga alla Costituzione di Spagna, la Costituzione della Colombia (art. 228) stabilisce la "pubblicità della condotta del Potere Giudiziario, con le eccezioni previste dalla legge"; tuttavia, il Codice Colombiano di Procedura Civile (art. 127), autorizza l'accesso agli atti processuali da parte di qualsiasi avvocato, a patto di essere iscritto al relativo Ordine. Il Codice di Procedura Civile uruguayano (artt. 7 e 106) dispone, quanto alla consultazione degli atti, che "*Los expedientes judiciales o las actuaciones de los mismos permanecerán en las oficinas para el examen de las partes y de todos los que tuvieran interés en la exhibición*"⁵⁶.

⁵³ "L'avvocato ha diritto a: I - esaminare, presso uffici notarili di giustizia e segreteria di tribunale, atti di qualsiasi processo, fatta salva l'ipotesi di segreto istruttorio, in cui solamente l'avvocato costituito avrà accesso agli atti; II - richiedere, come rappresentante, visione degli atti di qualsiasi processo entro il termine di cinque giorni [...]". (*Senato Federale*, Progetto preliminare del Nuovo Codice di Procedura Civile, 2010. Elaborato dalla Commissione di Giuristi istituita dall'Atto del Presidente del Senato Federale n° 379, del 2009, preposta ad elaborare il Progetto preliminare del Nuovo Codice di Procedura Civile).

⁵⁴ Decisione proferita nel proc. 2007.10.0000.0393-2, il quale ha rivisto l'Enunciato Amministrativo n° 11 del CNJ. Peraltro, in questa stessa occasione, ha stabilito che "qualsiasi interessato potrà consultare gli atti attraverso la rete interna dei Tribunali, dal momento che compaia dinanzi a qualsivoglia organo giurisdizionale o, anche via internet, in questo caso tramite istanza debitamente motivata e firmata digitalmente".

⁵⁵ La Risoluzione n° 191, del 21 giugno 2006, del Tribunale dei Conti dell'Unione, il cui art. 97, § 1°, dispone che "È assicurato all'avvocato di parte l'ottenimento di visione o copia di qualsivoglia elemento", in questo punto, è stata considerata incompatibile con lo Statuto degli Avvocati (BRASILE. Supremo Tribunale Federale. Mandato di sicurezza 26772/DF, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, giudicato il 3 febbraio 2011. Brasilia, DF, in *www.stf.jus.br*).

⁵⁶ "Il lavoro degli organi del Giudiziario e le loro condotte permarranno negli uffici

In Venezuela, la Legge Organica sulla Giurisdizione del Contenzioso Amministrativo (art. 3) prevede che gli atti del processo siano pubblici, fatto salvo il caso in cui la legge disponga in senso contrario; mentre il Codice di Procedura Civile (art. 110) autorizza l'accesso agli atti processuali da parte di terzi e estranei alla causa⁵⁷. In Argentina, oltre alle parti e agli avvocati abilitati, il Regolamento per la Giustizia Nazionale stabilisce che può accedere agli atti "*cualquier abogado, escribano o procurador, aunque no intervenga en el juicio, siempre que justifique su calidad de tal cuando no fuese conocida; los periodistas, con motivo del fallo definitivo de la causa*"⁵⁸ (art. 63, b e c). In forza dell'art. 66, è altresì assicurato l'accesso a qualsiasi individuo⁵⁹.

Nonostante tutto, tale orientamento espansivo ha iniziato recentemente ad esser dibattuto in Brasile, dinanzi alle innovazioni tecnologiche nel processo. Arruda Alvim, invocando l'"interesse sociale", ritiene che qualsivoglia accesso alla pubblicità elettronica debba essere previamente giustificato, con conseguente piena identificazione del soggetto che sta beneficiando di detto accesso⁶⁰. Luís Roberto Barroso avverte che "l'effetto collaterale del processo elettronico è la possibilità che le parti siano sottoposte a una sovraesposizione, con evidente pregiudizio per la vita privata", e sostiene che "il principio di pubblicità è stato ideato in un ambiente diverso, essendo necessario adattare la sua incidenza alle nuove realtà derivanti dal progresso tecnologico" e, inoltre, che "il principio di pubblicità non impone la divulgazione attraverso tutti i mezzi disponibili, e tantomeno in maniera indistinta, scevra di restrizioni"⁶¹.

per l'esame delle parti e di tutti quanti dovessero averne interesse all'esibizione". URUGUAY. Codice di Procedura Civile Uruguiano.

⁵⁷ VENEZUELA. Legge Organica sulla Giurisdizione del Contenzioso Amministrativo, in http://www.asambleanacional.gob.ve/images/leyes/contencioso_administrativo.pdf.

⁵⁸ "Qualsiasi avvocato, scrivano o procuratore, benché non intervenga in giudizio, sempre che giustifichi il proprio titolo quando esso non sia conosciuto; I giornalisti, in virtù di sentenza definitiva del processo".

⁵⁹ ARGENTINA. *Reglamento para la Justicia Nacional* (Regolamento per la Giustizia Nazionale), in <http://www.cpacf.org.ar/jurisylegis/leyes/REglamento%20para%20la%20Justicia.pdf>.

⁶⁰ José Manoel de Arruda Alvim Netto, citato dal CONSIGLIO NAZIONALE DI GIUSTIZIA, Delibera proferita dal CNJ (proc. 0001776-16.2010.2.00.0000), Rel. Consigliere Walter Nunes, in www.cnj.jus.br.

⁶¹ Luís Roberto Barroso, citato dal CONSIGLIO NAZIONALE DI GIUSTIZIA, Delibera proferita dal CNJ (proc. 0001776-16.2010.2.00.0000), Rel. Consigliere Walter Nunes, in www.cnj.jus.br.

Di fatto, il possibile, cattivo uso dell'informatica nell'ambito di una pubblicità processuale così ampia, è stato posto in risalto dall'Associazione Nazionale dei Magistrati della Giustizia del Lavoro, nella misura in cui la possibilità di conoscenza dei nomi dei richiedenti per mezzo della consultazione elettronica ha fornito alle imprese il pretesto per restringere, mediante l'elaborazione delle cosiddette "liste nere", il mercato del lavoro alle persone che cercassero tutela dinanzi al Potere Giudiziario⁶². Ulteriori esempi potrebbero essere adottati, nel campo del diritto commerciale, penale, tributario ecc.

La possibilità che i dati veicolati permangano perpetuamente immagazzinati nei *server* della rete rappresenta un ulteriore fattore, da considerare attentamente⁶³; la pubblicità processuale elettronica non deve pertanto sacrificare il diritto all'"oblio", alla dimenticanza perpetua⁶⁴. Di fatto, eventuali dati personali che divengano di pubblico dominio, non devono essere considerati *res nullius*. Ciò perché, anche qualora la pubblicità derivi dalla volontà legislativa o dello stesso interessato, deve essere comunque garantito il diritto di tornare a restringerne l'accesso, a limitarlo nel tempo o a determinate situazioni.

Secondo il Gruppo di Lavoro costituito ai sensi dell'art. 29 della Di-

⁶² Delibera proferita dal CNJ (proc. 0001776-16.2010.2.00.0000), Rel. Consigliere Walter Nunes.

⁶³ J.C. ALMEIDA FILHO, *Processo Eletrônico e Teoria General do Processo Eletrônico. Caderno de Direito Processual Civil: módulo 7*, Porto Alegre 2008.

⁶⁴ Il diritto all'"oblio" può seguire varie linee direttrici: "Nel mondo cibernetico, sarebbe relazionato al diritto dell'individuo di cancellare dalla rete informazioni rilevanti attinenti alla propria persona, in tal modo preservando la sua *privacy*. La Commissione Europea ha instaurato un processo legislativo per rinsaldare la protezione di dati dei cittadini e adattare le antiche norme allo spazio virtuale, ove i documenti non possiedono solamente portata globale, ma sono altresì eterni. La riforma è focalizzata nella regolamentazione dell'immagazzinamento in internet di dati personali che non sono di interesse pubblico, e, inoltre, nel far sì che questi spariscano da Google, Yahoo, YouTube o dalle reti sociali nel caso in cui l'interessato lo sollecitasse. Utenti di Facebook o Twitter potranno, in tal modo, mantenere il controllo dei propri dati ed esigere la loro completa eliminazione, includendo fotografie, quando dovessero decidere di uscirne. Un compito attualmente di titanica difficoltà e, spesso, frustrante. Ma non impossibile. "Nessun cittadino che non goda della condizione di personaggio pubblico, né sia oggetto di un avvenimento di rilevanza pubblica, deve rassegnarsi a vedere i propri dati circolare in rete". Con tale dichiarazione di principi, l'Agenzia Spagnola di Protezione dei Dati (AEPD) incita i cittadini a sollecitare il cancellamento di riferimenti privati in forum, blogs, reti sociali o motori di ricerca, nel caso in cui ritengano che si stia ledendo il rispetto alla loro dignità personale." Cfr. R.G. GÓMEZ, *O direito ao esquecimento na internet. El País*, in <http://www.adviso.com.br/blog/luisnassif/o-direito-ao-esquecimento-na-internet>.

rettiva n. 95/46/CE, è necessario tenere in considerazione i seguenti aspetti: *a)* apprezzamento, caso per caso, della questione se un dato di carattere personale possa essere pubblicato o reso accessibile e, in caso affermativo, tramite quale mezzo (digitale, internet); *b)* principi della finalità e della legittimità; *c)* diritto di opposizione della persona alla utilizzazione delle nuove tecnologie, per proteggere il suo diritto all'intimità⁶⁵. Lo stesso deve affermarsi in relazione ai dati necessari alla sicurezza della società e dello Stato, e a determinate informazioni commerciali e industriali, la cui divulgazione, se autorizzata, non può comunque implicare l'irreversibilità di suddetta situazione.

In tale contesto, un importante passo circa la discussione sull'ampiezza del principio della pubblicità processuale in Brasile è stato dato dal CNJ che ha promosso, nel 2010, la regolamentazione del processo elettronico (regolamentazione che, peraltro, era stata già propugnata da vari organi della magistratura brasiliana)⁶⁶:

⁶⁵ J.L. PIÑAR MAÑAS, *Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario*, cit., 86-87.

⁶⁶ Il sistema PROJUDI (sigla per *Processo Judicial Digital* – Processo Digitale) è un esempio. “È un software di trattamento elettronico dei processi mantenuto dal Consiglio Nazionale di Giustizia e in notevole espansione in tutti gli Stati del Brasile. Lo stesso rende possibile che tutti gli atti processuali siano rappresentati via mezzo elettronico, informatizzando conseguentemente anche diverse pratiche notarili. Nella definizione dello stesso CNJ, si tratta di ‘un sistema di informatica che riproduce tutto il procedimento giudiziario in un mezzo elettronico, sostituendo il registro degli atti processuali realizzati per via cartacea, attraverso immagazzinamento e manipolazione via digitale’. Il passaggio dal paradigma mezzo-carta a quello mezzo-elettronico coinvolge modifiche procedurali e strutturali in tutto il sistema giudiziario, essendo necessario affrontare diverse sfide derivanti da detto cambiamento. Peraltro, vari indici dimostrano che i vantaggi del citato cambio di rotta superano largamente i suoi ostacoli, valendo la pena menzionare: la rapidità nello svolgimento dei processi attraverso l'automazione di pratiche, il risparmio in relazione al superfluo immagazzinamento e spostamento di documenti cartacei, e la garanzia di integrità e autenticità per mezzo dell'uso della firma digitale. Il cosiddetto ‘processo digitale’, ‘processo elettronico’, o ‘processo virtuale’, benché sia stato sancito nell'ordinamento giuridico attraverso la Legge n. 11.419, del 19 dicembre 2006 (Legge di informatizzazione del Processo), stava già per essere introdotto da alcuni organi del Potere Giudiziario, come nel caso di differenti modelli di processo informatizzato e petizione elettronica utilizzati dal Supremo Tribunale Federale (Sistema e-STF), Tribunale Superiore di Giustizia (Sistema E-Pet), Tribunale Superiore del Lavoro (Sistema e-DOC) e Tribunale Regionale Federale della Prima Regione (Sistema e-Proc)”. (WIKIPEDIA, PROJUDI, in <http://pt.wikipedia.org/wiki/PROJUDI>). In Portogallo, l'accesso a dati basilari dei processi è controllato attraverso i sistemi di gestione processuale CITIUS (in <http://www.citius.mj.pt/portal>) o SITAF (in https://www.taf.mj.pt/SITAT_0/SITAF/Comum.aspx/index_global.aspx).

“Avendo come una delle sue finalità l'intento di conformare il principio di pubblicità a questa nuova realtà, è venuta alla luce la Legge n. 11.419, del 19 dicembre 2006, per disporre in merito all'informatizzazione del processo. Come se non bastasse all'informatizzazione del processo il fatto di propiziare la comodità per gli interessati accreditati nel sistema elettronico di poter presentare le proprie petizioni ed aver accesso alla consultazione degli atti senza la necessità di spostamento fisico sino al Foro, si aggiunga che questo sistema contribuisce ad aprire un maggior ventaglio di informazioni riguardo ai processi, nella misura in cui rende possibile non solamente ai diretti interessati coinvolti nella controversia, ma alla società in sé, l'accesso, per via elettronica, a dati attinenti ad avvenimenti posti in elaborazione e archiviati. Ciò corrisponde al vero tanto che, in conformità a espressa disposizione di legge, il sistema del processo elettronico, necessariamente, deve operare nella rete informatica mondiale, al fine di consentire l'ampio accesso, specialmente delle parti in causa. Da qualsiasi luogo, la parte potrà attingere informazioni relative al processo e potrà, eventualmente, porre in pratica atti, a condizione che si sia previamente registrata. Ciò rappresenta, di fatto, un accesso 24/24 ore al Potere Giudiziario in relazione ai processi in corso, fatto salvo il caso di quelli sottoposti a segreto istruttorio. La società in generale, a qualsiasi ora e giorno, anche oltre gli orari forensi e pure in occasione di festività, potrà consultare i processi a suo piacimento. Un ulteriore enorme vantaggio dell'informatizzazione attiene all'accesso agli atti. Per via elettronica, l'interessato potrà sollecitare i certificati desiderati, senza la necessità di spostarsi fino al Foro, e allo stesso modo potrà stampare i documenti di suo interesse. *Tuttavia, non si può negare che, per quanto sia auspicabile l'ampio accesso ai dati processuali, la pubblicità non può essere così estesa, dal momento che potrebbe produrre una serie di effetti negativi.* Si mostra necessario statuire regole a tal riguardo”⁶⁷.

In seguito a studi, ed a seguito di apposita consultazione popolare in merito al tema, il CNJ ha così statuito⁶⁸:

“[...] 3. Il principio costituzionale di pubblicità degli atti processuali possiede due dimensioni, una relativa al diritto di accesso da parte della società in generale alle informazioni sul processo e alla condotta degli organi giurisdizionali, l'altra che attiene alla garanzia di accesso ai dati dei processi facente capo ai diretti interessati alle istanze in causa.

⁶⁷ *Consiglio Nazionale di Giustizia*. Delibera proferita dal CNJ (proc. 0001776-16.2010.2.00.0000), Rel. Consigliere Walter Nunes, in *www.cnj.jus.br*.

⁶⁸ *Consiglio Nazionale di Giustizia*. Delibera proferita dal CNJ (proc. 0001776-16.2010.2.00.0000), Rel. Consigliere Walter Nunes, in *www.cnj.jus.br*.

4. La pubblicità degli atti processuali, assicurata alla società in generale per mezzo della disponibilità delle informazioni nella rete informatica mondiale, ed il libero accesso a prescindere dalla previa registrazione nel sistema processuale elettronico, consente di ottenere informazioni sui dati basilari, che comprendono numero, tipologia e tematiche del processo; nome delle parti e dei rispettivi avvocati; movimentazione processuale; pieno contenuto delle decisioni, sentenze, voti e delibere.

5. La pubblicità degli atti processuali in relazione al giudice e alle parti, così come ai loro rappresentanti legali, è più ampia, al punto da comprendere il diritto a informazioni sul tenore di tutti gli atti e documenti che siano prodotti nel processo in cui stiano agendo, le quali debbono essere rese disponibili nella rete informatica mondiale, con accesso garantito a condizione di previa registrazione all'interno del sistema processuale elettronico [...]”.

Infine, è stata emanata la Risoluzione del CNJ n. 121, del 5 ottobre 2010⁶⁹, che ha disposto sulla questione in tal maniera:

“Art. 1. La consultazione delle banche dati dei processi sarà resa disponibile nella rete informatica mondiale (internet), assicurando il diritto di accesso a informazioni processuali a qualsiasi soggetto, indipendentemente da previa registrazione o dimostrazione di un qualche interesse.[...]”

Art. 3. L'avvocato registrato e abilitato agli atti, le parti registrate e il membro del Pubblico Ministero registrato, avranno accesso a tutto il contenuto del processo elettronico. §1. I sistemi devono far sì che avvocati, procuratori e membri del Pubblico Ministero registrati, *ma non vincolati* ad un processo previamente identificato, possano accedere automaticamente a tutti gli atti e documenti processuali immagazzinati in mezzi elettronici, *a condizione che dimostrino interesse*, per fini esclusivamente di registro, e fatto salvo il caso di processo a porte chiuse o segreto istruttorio.”

Il Supremo Tribunale Federale (STF)⁷⁰, emanando la Risoluzione n. 427/2010, ha emesso il seguente Comunicato⁷¹:

⁶⁹ Consiglio Nazionale Di Giustizia. Risoluzione 121, del 5 ottobre 2010, in *www.cnj.jus.br*.

⁷⁰ “Il Supremo Tribunale Federale è l'organo situato all'apice del Potere Giudiziario brasiliano, e a questi compete, essenzialmente, vigilare sulla Costituzione, ai sensi di quanto è statuito nell'art. 102 della Costituzione Federale. Il Supremo Tribunale Federale è composto da undici Ministri, brasiliani di nascita (art. 12, § 3°, IV, della CF/88), scelti tra i cittadini con più di 35 e meno di 65 anni di età, dallo spiccato sapere giuridico e reputazione illibata (art. 101 della CF/88), e nominati dal Presidente della Repubblica, previa approvazione della scelta da parte della maggioranza assoluta del Senato Federale”.

⁷¹ *Supremo Tribunale Federale*, in *www.stf.jus.br*.

“Si considerano pubblici i certificati e gli atti decisionali prodotti dal Tribunale, così come i dati fondamentali del processo. Per questa ragione, tali certificati e atti decisionali permarranno sempre disponibili a fini di consultazione, nella pagina elettronica del STF, menù ‘accompagnamento processuale’. La visualizzazione delle parti elettroniche degli atti della Corte verrà realizzata, dal 22/11/2010, esclusivamente per mezzo del Portale del Processo Elettronico, che esige l’accreditamento del consultante e l’utilizzo di certificazione digitale secondo gli standard definiti dalla ICP-Brasile. Le azioni inerenti al controllo centralizzato di costituzionalità, così come i ricorsi straordinari che possono avere conseguenze di ripercussione generale, essendo di interesse collettivo, continueranno ad essere resi disponibili, ai fini di libera consultazione, sul sito del STF. I fatti che passano sotto segreto istruttorio saranno accessibili solamente agli avvocati ed alle parti in causa”.

6. *Una nuova (vecchia) esegesi del principio di pubblicità processuale in Brasile*

Gli atti sopra menzionati, emanati dal Potere Giudiziario, mostrano una visione differenziata del principio di pubblicità nei processi elettronici, non essendo più permesso a qualsivoglia individuo il libero accesso agli atti. Peraltro, i medesimi documenti continuano ad ammettere la prevalenza del diritto dell’avvocato, abilitato o meno nella causa, ad accedere agli atti processuali in via integrale (decisioni, documenti e scritti). Basta, a tale scopo, che l’avvocato si registri come tale nei sistemi di accesso elettronico, all’indirizzo web dei tribunali⁷². Peraltro tale con-

⁷² “La soluzione adottata dal Gruppo nella ponderazione di valori è stata quella di non inibire l’accesso all’avvocato che non sia abilitato, peraltro, si è stabilito che l’accesso, benché automatico, richiederà la registrazione di ogni singola entrata. Nell’idea del Gruppo, gli atti non rimangono a disposizione per un ampio e illimitato accesso, come avviene in relazione all’avvocato abilitato, ma solamente per un singolo ‘registro’, e conformemente sarà formattato in virtù della funzionalità ambita all’interno del processo elettronico” (*Consiglio Nazionale di Giustizia*. Delibera proferita dal CNJ (proc. 0001776-16.2010.2.00.0000), Rel. Consigliere Walter Nunes, in *www.cnj.jus.br*. Accesso il: 5 maggio 2011. Replica alla manifestazione del Giudice Federale Sérgio Renato Tejada Garcia, nell’ambito della consultazione popolare occorsa nel procedimento amministrativo poi sfociato nella Risoluzione CNJ 121. La Consolidazione di Norme della *Corregedoria* (organo omologo ad una ‘Commissione di Vigilanza’ dell’ordinamento italiano) della 2ª Regione (art. 195) dispone che il giudice autorizzerà l’accesso di terzi o di avvocati non abilitati, a condizione che questi dimostrino interesse, “a fini di semplice registro” (ciò costituendo un’informazione assai poco esauritiva): BRASILE. Tribunale Regionale Federale della 2ª Regione, Consolidazione di

dotta – di consentire che un avvocato privo di mandato goda di accesso illimitato – si avvicina ad un'apertura all'accesso indiscriminato a tutta la società; nella pratica, ciò determina una sorta di sostanziale svuotamento delle restrizioni all'accesso che erano state imposte “a qualsiasi persona”. Non dobbiamo dimenticare infatti che il Brasile è considerato il 3° Paese al mondo per numero di avvocati, vi sono 748.650 iscritti all'*Ordem dos Advogados do Brasil* (OAB)⁷³.

Non è tuttavia questa la miglior esegesi del principio di pubblicità la quale, anzi, deve essere unica, applicandosi indistintamente ai processi elettronici e a quelli fisici.

In primo luogo, si deve citare l'art. 93, IX della CRFB/88 (con redazione dettata dalla EC n° 45/2005), che così riafferma la pubblicità degli atti processuali: “tutte le sentenze degli organi del Potere Giudiziario saranno pubbliche, e saranno motivate tutte le decisioni, sotto pena di nullità, avendo la legge facoltà di limitare la presenza, in determinati atti, alle parti e ai rispettivi avvocati, o solamente a questi, nei casi in cui la preservazione del diritto all'intimità dell'interessato alla segretezza non pregiudichi l'interesse pubblico all'informazione”. Si osservi che la norma disciplina esclusivamente in merito alle “sentenze”, e non riguardo ad altri documenti o atti processuali, e dispone circa la limitazione della presenza delle parti in determinati atti.

È raccomandabile, altresì, la rilettura del paragrafo unico dell'art.

Norme della *Corregedoria*-Regionale della Giustizia Federale della 2ª Regione, Rio de Janeiro, 2011, Disponibile in: http://www.trf2.jus.br/corregedoria/documentos/consolidacao_de_normas/consolidacaodenormas.pdf. Recentemente, nell'ambito di una determinazione del 25 maggio 2011, il Consiglio Nazionale di Giustizia ha statuito che “agli avvocati non vincolati al processo, ma che siano già accreditati presso il tribunale ai fini dell'accesso a processi elettronici (articolo 2 della Legge 11.419/2006) deve essere consentita la libera e automatica consultazione di qualsivoglia atto elettronico, fatti salvi i casi di processo a porte chiuse o segreto istruttorio”. Il Consiglio ha inoltre determinato che i sistemi dei Tribunali “debbono assicurare che ogni singolo accesso venga registrato nel sistema, in modo che l'informazione sia, eventualmente, recuperata in un secondo momento, per effetto della responsabilizzazione civile e/o penale, inibendosi, in tal maniera, la ricerca anonima all'interno del sistema” (Consulente Giuridico, in <http://www.conjur.com.br/2011-mai-25/cnj-decide-advogado-acessar-processo-eletronico-procuracao>).

⁷³ Ossia, all'“Albo degli Avvocati del Brasile”. Dati del 3 maggio 2011, del Consiglio Federale dell'*Ordem dos Advogados do Brasil* (OAB). Si veda anche: JUS BRASIL NOTÍCIAS, il Brasile è il terzo Paese al mondo per numero di avvocati: uno ogni 322 persone. Disponibile in: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/92936/brasil-e-terceiro-pais-do-mundo-com-maior-numero-de-advogados-um-para-cada-322-pessoas>.

155 del CPC⁷⁴, il quale non si riferisce ai soli casi di segreto istruttorio, ma a tutti i processi in corso: *“Il diritto di consultare gli atti e di sollecitare estratti relativi ai propri atti è ristretto alle parti e ai rispettivi rappresentanti. Il terzo, il quale dovesse dimostrare interesse giuridico, può richiedere al giudice estratto del dispositivo della sentenza, così come di inventario e ripartizione dei beni risultanti dalla decisione giudiziale”*⁷⁵ (corsivo mio). Il progetto preliminare del nuovo Codice di Procedura Civile, elaborato dal Senato Federale, contiene identica regola (art. 152, § 1)⁷⁶. Il Codice di Procedura Civile brasiliano del 1939⁷⁷ disponeva invece che *“gli atti giudiziari saranno pubblici, fatto salvo il caso in cui decoro o interesse sociale richiedano il contrario”* (art. 5).

Come si deduce da un'interpretazione letterale, a rigore, la pubblicità non implica necessariamente l'accesso pubblico a documenti e scritti che constino dagli atti di un processo, ma solamente a una sentenza pubblica e a un'udienza pubblica. In un processo scritto, solo le decisioni sarebbero pubbliche, salvo il caso di segreto istruttorio. In un processo orale, si darebbe invece pubblicità a sessioni orali e agli atti che documentino detta oralità ad eccezione, ancora una volta, del caso di segreto istruttorio decretato dal giudice⁷⁸. I documenti e gli scritti di parte sarebbero di

⁷⁴ BRASILE. Codice di Procedura Civile, del 28 gennaio 1973, in <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>.

⁷⁵ Non è questo, tuttavia, l'indirizzo prevalente, secondo E.D. MONIZ DE ARAGÃO, *op. cit.*, 23-26.

⁷⁶ SENATO FEDERALE. Progetto preliminare del nuovo Codice di Procedura Civile, 2010. Elaborato da una Commissione di Giuristi istituita per mezzo dell'Atto del Presidente del Senato Federale n° 379, del 2009, preposta all'elaborazione del Progetto preliminare del Nuovo Codice di Procedura Civile.

⁷⁷ BRASILE. Codice di Procedura Civile, del 18 settembre 1939, in <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm>.

⁷⁸ Secondo P. CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal*, trad. S. Sentis Melendo, Buenos Aires 1962, 332, sarebbero pubbliche esclusivamente le udienze destinate al dibattimento (cosa affatto comune in Brasile, in considerazione della facilità con cui gli avvocati riescono a visitare i giudici nei propri Uffici, in incontri di carattere non necessariamente pubblico, in forza dell'art. 7, VIII dello Statuto degli Avvocati). Le udienze istruttorie non sarebbero soggette a pubblicità, in quanto attinenti a questioni private delle parti. A proposito, si veda G. TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, 4° ed., Milano 2009, 15. Oggi, la maggior parte dei sistemi giuridici autorizza la pubblicità delle udienze istruttorie, comunque soggette a segreto istruttorio decretabile dal giudice (J. MONTEIRO AROCA, *Proceso y garantía, el proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Valencia 2006, 65; E.T. LIEBMAN, *Manual de derecho procesal Civil*, trad. S. Sentis Melendo, Buenos Aires 1980, 9) ammette la pubblicità delle udienze e di tutto quanto ivi dovesse accadere, anche in relazione alla stampa.

mutua conoscenza tra le stesse, in funzione del contraddittorio, e tuttavia mai soggetti a pubblicità.

La stessa declinazione del principio di pubblicità deriva in gran parte dalla legislazione processuale dei sistemi nazionali europei, ove la dottrina è unanime riguardo alla limitazione della pubblicità processuale, e non si prospetta l'accesso illimitato agli atti processuali a qualsiasi individuo o a un avvocato senza mandato⁷⁹.

La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (art. 6.1) assicura una sentenza pubblica e l'esame pubblico della causa, dal momento che la Corte di Strasburgo intende salvaguardare il diritto a un'udienza pubblica⁸⁰.

Anche la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (art. 47)⁸¹, la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani (art. 10) e il Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 14)⁸² dispongono allo stesso modo.

In Portogallo, ai sensi della Legge 48/2007 (art. 86.6), che modifica il Codice di Procedura Penale, il pubblico in generale ha diritto ad assistere al compimento degli atti giudiziari⁸³. La Costituzione spagnola prevede che "*Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento*" (art. 120)⁸⁴. La Legge tedesca sull'Organizzazione del sistema Giudiziario (GVG) assicura esclusivamente la pubblicità delle decisioni e delle udienze (§169), e il diritto delle

⁷⁹ Cfr. N. FRICERO, P. PÉDROT, *Les droits fondamentaux spécifiques au procès civil*, in R. CABRILLAC, M.A. FRISON-ROCHE, T. REVET (org.), *Libertés et droits fondamentaux*, 12° ed., Parigi 2006, 594-595; P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, 2° ed., Bologna 2011, 46; G. TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, cit., 14-15; E.T. LIEBMAN, *Manual de derecho procesal Civil*, cit., 11-12; R. ZÖLLER (org.), *Zivilprozessordnung*, Colonia 2005, 2651-2655; J. O'HARE, K. BROWNE, *Civil litigation*, 14° ed., Londra 2009, 11-15 e 227-230; I.C. BARRETO, *A Convenção Europeia dos direitos do homem anotada*, 4° ed., Coimbra 2010, 178-180 e nota 282; S. GUINCHARD *et alii*, *Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès*, 3° ed., Parigi 2005, 730-741; S. GUINCHARD, F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, 28° ed., Parigi 2006, 568-571; L. CADIET, E. JEULAND, *Manuel droit judiciaire privé*, 5. ed., Parigi 2006, 402-407; 453-455.

⁸⁰ Cfr. I.C. BARRETO, *op. cit.*, 178-180 e nt. 282.

⁸¹ Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

⁸² ORGANIZZAZIONE DELLE NAZIONI UNITE. *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, in http://portal.mj.gov.br/sedb/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm.

⁸³ PORTOGALLO. Legge 48 del 29 agosto 2007, che ha modificato il Codice di Procedura Penale, in <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica>.

⁸⁴ "Gli atti giudiziari saranno pubblici, con le eccezioni previste dalle leggi di procedura". SPAGNA. Costituzione di Spagna, in <http://www.congreso.es/consti/constitucion/index/index.htm>.

parti a un'udienza a porte chiuse (senza pubblicità), nel caso in cui queste la richiedano a tutela della propria *privacy* (§171b)⁸⁵. Nel sistema francese, le decisioni sono pronunciate pubblicamente, e le udienze istruttorie e i dibattimenti sono, allo stesso modo, pubblici, avendo il giudice facoltà di restringerne l'accesso per preservare l'intimità delle parti (artt. 22, 164, 435, 451 del Codice di Procedura Civile francese). Nel caso di giurisdizione volontaria, il terzo interessato che dovesse dimostrare un interesse legittimo potrà chieder visione degli atti (art. 29 del Codice francese)⁸⁶. Nel diritto inglese, sono previste udienze, garantendo la pubblicità del dibattimento, con talune eccezioni di confidenzialità e di sicurezza nazionale, ai sensi dell'art. 39.2 del *Civil Procedure Rules*⁸⁷. Nel diritto nordamericano, con riguardo a una sentenza, la pubblicità processuale delle cause penali è sancita da espressa previsione della Legge Costituzionale n° 6 e, per ciò che attiene alle altre cause, e secondo conformi precedenti della Corte Suprema, è statuita dalla Legge Costituzionale n° 1, che dispone in merito alla libertà di stampa⁸⁸.

Pertanto, il principio della pubblicità processuale si è sempre focalizzato sul modo di agire del Potere Giudiziario, garantendo una sentenza pubblica, mediante udienza pubblica e pronuncia pubblica della decisione, così che i giudicati non risultino sottoposti ad una giustizia "segreta" che non possa esser soggetta ad un controllo pubblico, e i cittadini possano così riporre la propria fiducia nelle istituzioni che esercitano la funzione giurisdizionale⁸⁹. Non si prospetta, invece, una pubblicità degli atti e documenti delle parti in lite e, al riguardo, fa chiarezza Monroy affermando che "la pubblicità non significa che tutti gli atti processuali

⁸⁵ Cfr. T. HEINZ, H. PUTZO, *ZPO Zivilprozessordnung Kommentar*, 27° ed., Monaco di Baviera 2005, 1429-1432; Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) § 169: Die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse ist öffentlich. Ton- und Fernseh-Rundfunkaufnahmen sowie Ton- und Filmaufnahmen zum Zwecke der öffentlichen Vorführung oder Veröffentlichung ihres Inhalts sind unzulässig (GERMANIA, Gerichtsverfassungsgesetz /GVG, in <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gvg/gesamt.pdf>).

⁸⁶ FRANCIA. Code de procédure civile, S. GUINCHARD, F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, cit., 568-571.

⁸⁷ STATI UNITI D'AMERICA. Costituzione degli Stati Uniti d'America, in <http://www.embaixadaamericana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmenu=110>. Cfr. S. GUINCHARD *et alii*, *Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès*, cit., 741.

⁸⁸ Cfr. S. GUINCHARD *et alii*, *op. cit.*, 732.

⁸⁹ Cfr. J.F. MONROY GÁLVEZ, *Teoría general del proceso*, Lima 2009, 181.

debbano essere a disposizione dell'universo della comunità; essa deve solamente coprire gli aspetti che garantiscano l'adeguatezza nello svolgimento del processo"⁹⁰.

In effetti, in Brasile, il principio della pubblicità deve essere conciliato con le disposizioni restrittive dell'accesso all'informazione previste nella nuova Legge 12.527/2011, che assicura la segretezza delle informazioni relative alla sicurezza della società e dello Stato, così come di quelle afferenti alla vita privata, all'onore ed alla immagine delle persone. Si rammenti, inoltre, che le parti del processo, allorché dovessero produrre documenti e scritti, hanno il diritto di decidere in merito al loro "destino", pubblico o meno, permanendo nella sfera di disponibilità del Giudice statuire circa la sola divulgazione dei propri atti, determinazioni e documenti ufficiali. Permettere che documenti o scritti privati, una volta divenuti oggetto dell'esercizio del Potere Giudiziario, divengano *automaticamente* pubblici, può facilmente essere intesa come una restrizione del diritto di accesso alla giustizia: e ciò senza tacere del carattere potenzialmente intimidatorio che una tale forma di pubblicità automatica potrebbe avere nei confronti di soggetti che non gradiscano esporre la propria vita privata, specialmente in rete, e della possibile violazione di precetti costituzionali riferibili alla tutela dell'intimità.

7. *L'accesso delle parti e dei terzi all'informazione processuale*

Il principio in oggetto possiede una duplice dimensione: favorire l'esercizio dei diritti soggettivi da parte degli interessati e, rispetto alla società, promuoverne la partecipazione democratica a livello decisionale e di controllo del potere pubblico in generale⁹¹.

⁹⁰ Cfr. S. GUINCHARD *et alii*, *op. cit.*, 736-740.

⁹¹ Secondo G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli 1965, 718-720, la pubblicità dell'attività processuale è un principio che opera su una duplice base: una in relazione al pubblico, l'altra in relazione alle parti; e, come si insegna, sono accessibili al pubblico i provvedimenti giurisdizionali, che sono di natura pubblica, però, non gli atti e documenti di parte. Alla stessa maniera, P. CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal*, cit., 331-332, sostiene che la contrapposizione tra pubblicità e segretezza dev'essere riferita ai soggetti del processo e a terzi (pubblico); quanto alle parti, non v'è segretezza, in ragione del contraddittorio, ma quanto al pubblico, le legislazioni preferiscono un sistema intermedio, con la pubblicità solamente di alcune fasi, come quella delle udienze. L'udienza pubblica è inerente al processo giusto ed è relazionata al principio del contraddittorio (P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 46). Secondo J. PICÓ I

Riguardo alle parti del processo (attore e convenuto), la pubblicità comprende non solo gli atti giudiziari, ma anche i documenti e i restanti scritti prodotti in giudizio, e ciò in ragione dei principi di accesso alla giustizia, ampia difesa e contraddittorio. Quanto ai terzi interessati alla decisione giudiziaria, una volta autorizzato giudizialmente il loro ingresso nella relazione processuale, saranno loro conferiti eguali diritti. Difficilmente, in questi casi, vi sarebbe infatti la possibilità di una ponderazione che conducesse alla relativizzazione della pubblicità in favore della segretezza.

Nei confronti di terzi – estranei alla relazione processuale – che necessitano di informazioni che constino dagli atti, sia al fine di proteggere un diritto soggettivo, così come in funzione dell’obiettivo di esercitare il loro ruolo democratico, la pubblicità processuale porrebbe a loro disposizione solamente gli atti giudiziari (ad eccezione del caso in cui vi sia “segreto istruttorio”), e ciò perché, in via di principio, la loro divulgazione sarebbe sufficiente alle finalità perseguite⁹². Potrebbero questi terzi, altresì, tentare di prendere visione delle decisioni giudiziarie e degli altri atti giudiziari del processo sottoposto a “segreto istruttorio”, peraltro mediante dimostrazione giustificata di interesse, così da consentire che il giudice possa ponderare i valori costituzionali in conflitto.

Riguardo agli scritti, od a qualsivoglia documento, che non siano stati emanati dal Giudice, ma che constino dagli atti processuali, il diritto di

JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcellona 1997, 116, la doppia finalità del principio di pubblicità consiste in: 1) proteggere le parti da una giustizia sottratta al controllo pubblico; 2) mantenere la fiducia della comunità nei Tribunali, costituendo tale principio – in entrambi i sensi – uno dei pilastri dello Stato di diritto. Quanto ai processi elettronici, così constano nelle *Reglas de Heredia*: “*La finalidad de la difusión en Internet de las sentencias y resoluciones judiciales será: (a) El conocimiento de la información jurisprudencial y la garantía de igualdad ante la ley; (b) Para procurar alcanzar la transparencia de la administración de justicia. La finalidad de la difusión en Internet de la información procesal será garantizar el inmediato acceso de las partes o quienes tengan un interés legítimo en la causa, a sus movimientos, citaciones o notificaciones.*” (II Justicia, Reglas mínimas para la difusión de información judicial en Internet).

⁹² Secondo Walter Nunes, “la riserva costituzionale quanto alla pubblicità, in maniera da restringerla solamente alle parti coinvolte nel processo, fatta al cospetto della considerazione per cui, nella maggior parte delle occasioni, essa può recare seri pregiudizi personali, familiari e sociali alle persone coinvolte (sensazionalismo, disordini sociali ecc.), fa acqua in relazione a due concetti polisemantici – difesa dell’intimità e preservazione dell’interesse sociale –, di modo che la questione dev’essere analizzata, come deve accadere solo in casi simili, in base all’esame approfondito della situazione concreta” (Decisione proferita nel proc. 0001776-16.2010.2.00.0000).

accesso a favore di terzi dipende dalla volontà dei loro titolari. Non essendovi consenso sul tema, la disputa per l'accesso alle informazioni deve essere definita in concreto, all'interno del singolo processo⁹³.

Inoltre, la presentazione volontaria di prove, documenti e scritti, non può servire ad altro fine che non sia quello inizialmente immaginato dalle parti che l'avevano prodotto.

A tal proposito, nella legge brasiliana sull'accesso all'informazione (Legge 12.527/2011), si prevede espressamente che tali atti processuali “potranno vedere autorizzata la loro divulgazione o accesso a terzi a fronte di previsione legislativa o espresso consenso della persona a cui dette informazioni si riferiscono” (art. 31, II), e che “colui il quale dovesse ottenere accesso alle informazioni di cui il presente articolo tratta, sarà responsabile per il loro uso indebito” (art. 31, § 2). Di fatto, si osserva come l'utilizzo di documenti e scritti, a cui le parti e gli avvocati abbiano avuto accesso, è esclusivamente finalizzato ad assicurare le garanzie del giusto processo; inoltre, non v'è libertà di trasmettere informazioni relative a documenti protetti dalla legge, e che non siano stati prodotti dalle medesime parti⁹⁴. Anzi, e per tale motivo, il giudice deve evitare, in occasione della pronuncia della sentenza, di indicare dati personali delle parti, senza che ciò sia necessario⁹⁵.

⁹³ Il Codice di Procedura Civile brasiliano (artt. 355-363) prevede il procedimento giudiziale di esibizione di documenti (BRASILE. Codice di Procedura Civile, dell'11 gennaio 1973, in <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>). La Legge sull'accesso all'informazione (Legge 12.527/2011, art. 7, § 3) dispone che “il diritto di accesso ai documenti o alle informazioni ivi contenute – utilizzati come fondamento della decisione e dell'atto amministrativo – sarà assicurato con la pubblicazione del rispettivo atto decisionale”.

⁹⁴ I.C. BARRETO, *A Convenção Europeia dos direitos do homem anotada*, cit., 277.

⁹⁵ In Francia, “*La Commission nationale de l'informatique et des libertés a formulé des recommandations dans une délibération n° 02-057 du 29 novembre 2001, afin que soit respecté un juste équilibre entre le caractère public des décisions de justice et les droits et libertés des personnes concernées (interdiction de la diffusion de certaines décisions, du nom des parties, de toute information relative aux origines raciales, aux opinions politiques, philosophiques, religieuses, à l'appartenance syndicale ou aux moeurs des intéressés...)*” (N. FRICERO, P. PÉDROT, *Les droits fondamentaux spécifiques au procès civil*, cit., 595). Vale la pena, inoltre, soffermarsi sulle *Reglas de Heredia*: “*Los jueces cuando redacten sus sentencias u otras resoluciones y actuaciones, harán sus mejores esfuerzos para evitar mencionar hechos inconducentes o relativos a terceros, buscaran sólo mencionar aquellos hechos y datos personales estrictamente necesarios para los fundamentos de su decisión, tratando no invadir la esfera íntima de las personas mencionadas. Se exceptúa de la anterior regla la posibilidad de consignar algunos datos necesarios para fines meramente estadísticos, siempre que sean respetadas las reglas sobre privacidad contenidas en esta declaración. Igualmente*

Infine, vale la pena registrare che il segreto istruttorio è lo strumento processuale che inibisce la pubblicità unicamente degli atti giudiziari (decisioni, udienze e altri atti giudiziari). Trattandosi di atti giudiziari, il segreto “istruttorio” è decretato dallo stesso giudice; peraltro, non spetta al giudice divulgare o decretare la segretezza di scritti o di documenti annessi agli atti con una finalità specifica (accesso alla giustizia, contraddittorio o ampia difesa). La recente versione della Consolidazione di Norme della *Corregedoria*⁹⁶ della Giustizia Federale della II Regione (art. 190 e successivi) dispone che: “La pubblicità degli atti processuali non esime il Giudice dal garantire l’attenzione necessaria alla preservazione del segreto stabilito dalla legge riguardo a dati, documenti e informazioni contenuti negli atti di processi in corso, *anche se non siano coperti dal segreto istruttorio*”⁹⁷.

8. *Considerazioni finali*

Solamente in seguito all’applicazione delle innovazioni tecnologiche apportate al processo – con l’implementazione del processo elettronico – il principio di pubblicità, nell’ordinamento giuridico brasiliano, ed a causa di una sua esegesi ampia e praticamente scevra di restrizioni, è passato dall’essere considerato un principio che non era possibile mettere in discussione, ad essere ritenuto un principio che va analizzato in funzione della sua compatibilità con altri valori costituzionali.

A dispetto di iniziative delle varie istanze del Potere Giudiziario brasiliano, che tende a promuovere internamente una regolamentazione sul tema, non v’è, al momento, una presa di posizione definita da parte della dottrina, della legislazione e tanto meno della giurisprudenza. In tale contesto, con l’obiettivo di offrire un contributo al dibattito, possiamo trarre alcune conclusioni: 1) l’interpretazione del principio di pubblicità

se recomienda evitar los detalles que puedan perjudicar a personas jurídicas (morales) o dar excesivos detalles sobre los modos operandi que puedan incentivar algunos delitos. Esta regla se aplica en lo pertinente a los edictos judiciales.”

⁹⁶ Come già specificato, trattasi di organo analogo a una “Commissione di Vigilanza” dell’ordinamento giuridico italiano.

⁹⁷ BRASILE. Tribunale Regionale Federale della 2ª Regione, Consolidazione di Norme della *Corregedoria*-Regionale della Giustizia Federale della 2ª Regione, Rio de Janeiro, 2011, in http://www.trf2.jus.br/corregedoria/documentos/consolidacao_de_normas/consolidacaodenormas.pdf.

dev'essere unificata, sia per quanto concerne i processi elettronici, sia per quelli fisici; 2) il diritto all'informazione comprende la pubblicità degli atti giudiziari e di qualsivoglia documento prodotto dal Potere Giudiziario, nell'esercizio della funzione giurisdizionale, fatta eccezione per i casi di segreto istruttorio sanciti, in concreto, dal giudice; 3) il controllo democratico sulla pronuncia giurisdizionale, così come rispetto a qualsiasi provvedimento amministrativo, è contemplato attraverso il diritto di accesso al contenuto degli atti decisionali e delle udienze, includendo le prove ivi prodotte, e mediante l'opportunità offerta a qualsiasi individuo di dimostrare un interesse ad esercitare il proprio diritto di petizione; 4) l'accesso a documenti e petizioni prodotte dalle parti in lite deve essere teso unicamente a garantire l'effettività delle garanzie del giusto processo.

La disponibilità pubblica di tutti i documenti ed atti connessi al processo dipende, perciò, dalla volontà dei rispettivi titolari, senza che ciò osti alla possibilità che terzi dimostrino interesse, richiedano l'ingresso nel processo, o postulino la presentazione di tali documenti in via processuale autonoma e propria.

Giovanni Leone

ATTUALITÀ DEL PENSIERO SCIENTIFICO DI ROBERTO MARRAMA*

Il pensiero scientifico di Roberto Marrama esprime appieno la sua personalità, multiforme, per certi versi inquieta, volta ad esplorare settori sempre diversi.

Le sue pubblicazioni spaziano dall'originario amore per il Diritto pubblico dell'economia, sollecitato dal suo Maestro, Vincenzo Spagnuolo Vigorita, che si sostanzia nella voce del Novissimo Digesto («La disciplina giuridica dei prezzi») scritta ad appena 24 anni con la sua guida scientifica, e nel saggio, redatto nella piena maturità, sulla «Amministrazione delle grandi imprese in crisi e tutela dei creditori»; agli studi di Diritto degli enti locali (sono rimarchevoli il lavoro – ancora attualissimo – sul «Governo dell'area metropolitana», e quello, redatto unitamente a Iannotta e Pugliese, dedicato ai «Profili dell'autonomia della riforma degli ordinamenti locali»).

Egli poi, da un tema per così dire classico, di Diritto amministrativo sostanziale («Titolari degli organi pubblici e principio di continuità»), sulla teoria degli organi, che lo costringe a confrontarsi con la dottrina più autorevole della prima metà del secolo scorso, non rifugge dall'idea di commentare sistematicamente norme di diritto positivo sui contratti dell'Amministrazione («La legge Merloni tra innovazioni e conferme», con Contieri e Napolitano).

La sua curiosità scientifica, come è agevole rilevare, non gli frappa alcun ostacolo e lo spinge ad approfondite tematiche di carattere pro-

* Testo letto in data 22 febbraio 2013 nell'Aula "Aldo Sandulli" del Dipartimento di Diritto Amministrativo dell'Università degli studi di Napoli Federico II in occasione della presentazione degli *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli 2013. Con la pubblicazione di questo testo la Rivista intende associarsi al ricordo del compianto Collega.

cessuale o comunque a cavallo tra il Diritto amministrativo sostanziale e processuale. E mi riferisco alla monografia «Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo», del 1979, ristampata poi nel 1987, che mi suscitato e continua a suscitarmi notevole interesse.

Esso ha un sottotitolo: "Vicende dell'interesse legittimo". Volume I.

Come accade il più delle volte, un autore, allorché inserisce un sottotitolo ad un proprio lavoro, intende far comprendere al lettore quale sia la sua intenzione, o meglio quale sia il suo specifico interesse, al di là del titolo primario.

Roberto Marrama non si sottrae a questo costume.

L'oggetto del lavoro concerne istituti – la rinuncia all'impugnazione e l'acquiescenza al provvedimento amministrativo lesivo – i quali, anche perché non trovano alcun riscontro o disciplina di carattere normativo, non sono stati affrontati sistematicamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza con particolare attenzione, sebbene i riflessi e le fattispecie di attuazione siano davvero interessanti. Dottrina e giurisprudenza, ben vero, si sono, il più delle volte, limitate a riportare tralasciamente assunti considerati principi generali del diritto e del processo in genere, anche se il processo amministrativo, come noto, ha talune particolarità, rispetto al fratello maggiore (il processo civile) caratterizzato, da un canto, dalla presenza della pubblica amministrazione quale parte sempre necessaria e, dall'altro, dalla posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo, che ha connotati specifici e diversi rispetto al diritto soggettivo.

Trattasi di due argomenti di diritto amministrativo sostanziale, ancorché di valenza pre-processualistica, nel senso che detti istituti vengono fatti valere, di norma, nel corso del processo, quale eccezione sollevata dalle parti intimiate nei confronti del ricorrente, avendo il cittadino con il primo (rinuncia) previamente ed espressamente rinunciato a proporre il ricorso e con il secondo (acquiescenza) manifestato l'intento di accettare l'operato dell'Amministrazione tradottosi in un provvedimento amministrativo.

Difatti, con eccezione di brevi cenni, la dottrina non si è interrogata realmente sulla questione della sopravvivenza dell'interesse legittimo successiva alla rinuncia al potere di impugnazione, avendo affrontato più di frequente la problematica di detta sopravvivenza eventuale con l'acquiescenza.

Il Maestro di intere generazioni di amministrativisti, di cui noi napoletani ci riconosciamo, direttamente o indirettamente, allievi (Aldo San-

dulli) affermava che “sull’ammissibilità della rinuncia... non è questione alla quale si può rispondere in modo uniforme”.

Per la verità, avverte l’A., gli studi e le vertenze giudiziarie hanno affrontato le tematiche della rinuncia all’impugnazione e dell’acquiescenza sotto il profilo degli effetti, che talvolta sono identici, ma non esaminato le differenze strutturali, mentre la natura, il più delle volte, è stata reputata comune ad entrambe.

Dopo aver passato in rassegna le tesi dottrinarie (le quali subiscono e non nascondono l’influenza di studi processualcivilistici), che negano l’autonoma configurabilità della rinuncia al potere di impugnazione dei provvedimenti amministrativi rispetto alla situazione soggettiva fatta valere o che potrebbe essere fatta valere (Stella Richter), l’A. distingue le ipotesi di rinuncia ad uno specifico mezzo di impugnazione (ricorsi amministrativi gerarchici, in opposizione ed al Capo dello Stato, e giurisdizionali) dalla rinuncia cd. globale (che, poi, è la più frequente), la quale comporta l’impossibilità di censurare l’atto amministrativo, in qualsiasi modo e attraverso qualsiasi mezzo.

Esclusa la possibilità di configurare astrattamente la rinuncia implicita ai singoli mezzi d’impugnazione e ritenere che la proposizione del ricorso straordinario in pendenza del termine per proporre il ricorso al TAR possa equivalere a rinuncia tacita a quest’ultimo, e contestata la tesi che reputa che l’interesse legittimo degradi ad interesse semplice una volta che si sia rinunciato al potere di impugnazione, l’A. affronta la tematica della possibilità di proporre ricorso incidentale a seguito della rinuncia cd. globale a tutti i mezzi di impugnazione.

Egli perviene alla soluzione negativa, nel senso che la rinuncia comporterebbe l’estinzione definitiva del diritto potestativo di far valere in sede giurisdizionale la lesione dell’interesse legittimo prodotta dal provvedimento. La risposta negativa trova, per così dire, “aggancio” nell’analoga figura dell’acquiescenza del processo civile alla sentenza che viene prestata dal soccombente solo parziale, il quale si accontenterebbe della decisione giudiziaria: l’acquiescenza estinguerebbe il potere di azione e non sopravviverebbe in presenza di un’azione successiva dell’altra parte, anch’essa soccombente.

La tesi prospettata dall’A. è conforme all’orientamento all’epoca assolutamente prevalente, soprattutto in giurisprudenza, nel senso di considerare dipendente e non autonoma l’impugnazione incidentale rispetto a quella principale; essa, tuttavia, oggi è superata per effetto degli arresti giurisprudenziali che, dalla fine degli anni ’80, hanno ammesso, senza al-

cuna limitazione soggettiva ed oggettiva, l'impugnabilità anche tardiva delle sentenze con il mezzo incidentale, ancorché alle stesse sia stata prestata acquiescenza.

In altre parole, l'impugnazione incidentale non è necessariamente dipendente rispetto a quella principale e sorge (o "risorge", come efficacemente riferisce l'A., ancorché negli tale evenienza) per effetto dell'impugnazione principale. Sicché oggi si può ben dire che l'interesse ad agire ed a contrastare il ricorso principale fa risorgere l'interesse legittimo di colui che pur aveva dichiarato di rinunciare all'impugnazione, il quale, acquietatosi nei confronti dell'Amministrazione, riceve, per così dire, una "scossa" o una sollecitazione dall'azione dell'avversario, ricorrente (principale) ed a questa intende reagire. Quindi, anche a voler aderire alla proposizione della teorica delineata da Marrama sulla generale irrettrattabilità della rinuncia, si può di certo affermare che tale principio subisce una deroga nel caso in cui la controparte "vera" non sia l'Amministrazione, ma un altro soggetto che, leso probabilmente in misura maggiore, dal provvedimento amministrativo, insorge nei suoi confronti attivando un ricorso giurisdizionale; avverso tale ricorso, v'è da ritenere che colui che aveva rinunciato ad impugnare il provvedimento, evocato quale controinteressato, sia autorizzato a difendersi nel processo, anche a mezzo del ricorso incidentale.

Nel processo di primo grado, attualmente, non si contesta la possibilità che l'interesse al ricorso incidentale possa manifestarsi anche dopo la formazione dell'inoppugnabilità del provvedimento amministrativo per decorso dei termini di impugnazione, stante la circostanza che il beneficiario del provvedimento stesso, ritenutosi appagato, ancorché non integralmente o parzialmente, potrebbe sentire l'esigenza di conseguire un risultato ancor più soddisfacente qualora veda che la sua posizione giuridica sia messa in discussione dal ricorso avanzato da terzi.

La tematica della rinuncia al potere di impugnazione, che incide, all'evidenza, sull'interesse legittimo fatto valere, il quale non sopravvive alla rinuncia stessa, induce l'A. a passare in rassegna le varie teorie che, nel tempo, la dottrina ha elaborato sull'interesse legittimo ed hanno influenzato anche la giurisprudenza.

In questo frangente emerge non solo il "sottotitolo" del libro, ossia il vero obiettivo dell'A., ma anche tutta la modernità del pensiero di M., che evidenzia l'insufficienza di confinare l'interesse legittimo al momento della proposizione dell'azione giurisdizionale o come figura risultante dalla protezione normativa a fronte del potere amministrativo.

Tale teorica, che egli contrasta vivacemente, – cito letteralmente – *“non tiene conto di quei poteri strumentali, più o meno numerosi a seconda dei casi e cioè dei procedimenti, che il privato può esercitare in sede procedimentale al fine di stimolare e (o) di orientare in una determinata direzione l’esercizio del potere della p.A.: quali il potere di provocare l’apertura del procedimento ed il potere di intervenire in questo presentando osservazioni, opposizioni, deduzioni etc....che attestano pertanto in modo irrefutabile la rilevanza giuridica di tale situazione in una fase antecedente a quella dell’adozione del provvedimento e la impossibilità quindi di ridurre essa situazione ad un semplice diritto all’annullamento dell’atto”*.

Tale assunto, oggi del tutto scontato e pacifico in virtù e per effetto della legge n. 241 del 1990, non era affatto condiviso quando la monografia di Marrama vede luce (1979).

L’interesse legittimo ha natura sostanziale e preesiste, quale situazione giuridicamente rilevante, all’adozione del provvedimento (così Giannini e Nigro ed in genere la Scuola romana).

Se così è – riporto ancora le parole di Marrama -: *“le norme che regolano l’esercizio del potere amministrativo non possono non garantire la presa in considerazione (eventualmente anche mediante la fissazione in capo alla p.A. di obblighi specifici e puntuali di presa in esame che sorgono a seguito dell’esercizio da parte dei privati di appositi poteri strumentali) anche degli interessi privati con i quali deve confrontarsi il potere stesso nel corso del suo svolgimento. La subordinazione di questi ultimi interessi all’interesse dell’Amministrazione non può significare infatti nel nostro ordinamento acritica immolazione dei primi all’altare del secondo”*.

M., pertanto, contesta la tradizionale impostazione teorica dell’interesse legittimo, sia quale interesse occasionalmente protetto, sia quale posizione soggettiva coincidente con l’interesse pubblico, che aveva indotto parte della dottrina (Carlo Ferrari) a ritenere che l’interesse legittimo non fosse suscettibile di rinuncia, al contrario del diritto soggettivo, che non è connotato e tutelato dalla presenza di un interesse pubblico.

Egli inoltre non condivide appieno la tesi, che all’epoca trovava prevalente consenso, dell’interesse legittimo quale interesse alla legittimità dell’azione amministrativa (Sandulli), per la ragione che vi sarebbero difficoltà per giustificare il carattere individuale dell’interesse legittimo così inteso, il quale si presenterebbe quale una mera qualificazione astratta e non consisterebbe, invece, nella protezione o nell’intento di conseguire il “bene della vita”.

L’interesse legittimo, in altre parole, secondo M., che aderisce alla

teorica di Nigro, è la “*posizione di vantaggio, attribuita ad un soggetto dall’ordinamento riguardo ad un bene oggetto di potere amministrativo e consistente nel conferimento al soggetto stesso di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere ed in particolare sulla adeguata presa in considerazione da parte di quest’ultimo del proprio interesse al bene, in modo da rendere possibile la realizzazione di detto interesse.*”

Parole, queste, che si rinvergono e sono riecheggiate nella notissima sentenza della Cassazione n. 500 del 1999, che, per la prima volta, dopo un secolo di giurisprudenza pietrificata (Torchia), ha ammesso la risarcibilità degli interessi legittimi lesi illegittimamente.

Da questa disamina delle varie teorie sull’interesse legittimo, l’A. rileva che la problematica della sopravvivenza della rinuncia al potere d’impugnazione non può affatto considerarsi risolta in partenza, o addirittura non sussistente – come reputato dai più – per una presunta identità tra potere di impugnazione, estinto dalla rinuncia, ed interesse legittimo; e che non è assimilabile questa tematica al rapporto tra rinuncia al potere di impugnazione e sopravvivenza eventuale del diritto soggettivo, posta la peculiarità della figura in questione, correlata alla presenza non tanto dell’interesse pubblico, quanto del potere amministrativo e del suo esercizio.

Va verificato, continua M., se l’interesse materiale sottostante all’interesse legittimo, sebbene sguarnito del potere di impugnazione del provvedimento pregiudizievole, usufruisca ancora di qualche strumento che lo renda giuridicamente rilevante nei confronti del potere amministrativo.

Egli si chiede se il titolare dell’interesse, non potendo più proporre alcuna azione giustiziale o giurisdizionale, possa chiedere all’Autorità di modificare in senso satisfattivo del proprio interesse la disciplina già fissata, e se a tale istanza corrisponda un obbligo della stessa p.A. di valutare la richiesta.

La risposta che offre M. consiste nella necessità di individuare la natura dell’atto richiesto attraverso il riesame della disciplina che governa l’atto non impugnato. Posto che non esiste nel nostro ordinamento un obbligo da parte della P.A. di riesaminare atti non impugnati per il principio di economia dell’azione amministrativa e di certezza delle situazioni giuridiche, tuttavia, la discrezionalità dell’Amministrazione, non disgiunta dall’interesse pubblico, potrebbe consentire l’apertura del procedimento di riesame, che darebbe luogo ad un nuovo interesse legittimo, soprattutto in presenza di nuove situazioni di fatto o di diritto. Nuovo in-

teresse, proprio in considerazione della prospettazione di nuove circostanze fattuali e giuridiche, ma non sopravvivenza del precedente interesse, che deve ritenersi estinto per effetto della rinuncia cd. globale.

* * *

Diverso, ancorché accomunato sovente alla rinuncia, è l'istituto dell'acquiescenza, che ha subito un maggiore approfondimento dottrinario e giurisprudenziale, ma con marcato riferimento al profilo processuale, quale accettazione della sentenza, e non all'aspetto sostanziale o, come potrebbe dirsi, pre-processuale, di accettazione del provvedimento amministrativo.

Ovviamente, lo studio di M. è riferito, come detto prima, all'acquiescenza sostanziale ad un provvedimento amministrativo (quindi, pre-processuale) e non all'acquiescenza processuale, prestata ad una sentenza.

Dopo aver passato in rassegna le più diffuse tesi processualciviliistiche sulla natura giuridica dell'istituto processuale (accettazione come negozio giuridico autonomo, oppure rinuncia all'impugnazione), l'A. esamina gli orientamenti della dottrina, che hanno mutuato gli studi sul processo civile con il ritenere equiparabile la sentenza al provvedimento amministrativo, che non tengano conto che la P.A. conserva la disponibilità dei rapporti già disciplinati autoritativamente mediante i propri provvedimenti.

Egli, poi, esamina sia la giurisprudenza che aderì, sin dal 1943, alla tesi dell'accettazione del provvedimento quale rinuncia alla sua impugnazione (Cammeo, Miele), sia la dottrina, che si divise tra coloro che configurarono l'acquiescenza come: a) atto di riconoscimento della legittimità del provvedimento (Benvenuti, Virga); b) convalida del provvedimento impugnabile; c) dichiarazione del carattere non pregiudizievole del provvedimento.

Egli critica analiticamente tali ricostruzioni, sottolineando la circostanza che, per potersi configurare, l'acquiescenza deve presupporre, da un canto, la lesività ed il pregiudizio che il provvedimento è in grado di arrecare al titolare dell'interesse legittimo e, dall'altro, l'accettazione dell'effetto svantaggioso della disciplina recata dal provvedimento medesimo.

Inoltre, evidenzia la differenza sostanziale tra l'acquiescenza, che costituisce accettazione ed adesione positiva al provvedimento, e la rinun-

cia all'impugnazione, che, invece, assume ed esplica una funzione negativa consistente nella perdita del diritto all'impugnazione.

La debolezza delle tesi, per così dire filo-processualcivilistiche, risiede nel fatto che, ancorché in presenza di un'acquiescenza, espressa oppure tacita, la p.A. può sempre revocare o annullare i propri provvedimenti (anche dietro iniziativa, richiesta o sollecitazione del soggetto che ha prestato acquiescenza): sicché non ha senso attribuire al privato il potere di "convalida", che presuppone la disponibilità della potestà pubblica che, di certo, non appartiene al privato stesso.

Tuttavia, Marrama conclude affermando che l'accettazione dell'atto sfavorevole altro non è altro che la rinuncia all'interesse legittimo. Cito: *"essa costituisce, in altri termini, la forma attraverso la quale trova espressione l'intento dismissivo nel caso di specie"*.

Se così è, allora non si vede per quale ragione la dottrina (Sandulli, Guarino e, ancor prima, Raggi), in buona misura, neghi l'autonoma rinunciabilità della situazione soggettiva di interesse legittimo (e, aggiungerei, della sua cedibilità).

Se l'interesse legittimo non sopravvive alla dismissione del potere di impugnazione, la differenza tra rinuncia all'impugnazione e acquiescenza al provvedimento amministrativo già adottato è priva di rilevanza sotto il profilo effettuale. V'è però una differenza strutturale di rilievo, che è colta da Marrama, secondo cui l'acquiescenza è proiettata in direzione dell'interesse legittimo, è una rinuncia alla posizione sostanziale, che, una volta abbandonata, fa venir meno conseguentemente il potere d'impugnazione; per la rinuncia all'impugnazione (che è un diritto potestativo strumentale alla difesa della posizione soggettiva), all'inverso, l'intento è proiettato verso tale potere di impugnazione, sicché – cito ancora -: *"è la perdita dell'interesse legittimo a porsi nella specie come effetto mediato e riflesso"*.

Un'altra domanda Marrama, poi, si pone: è ammissibile l'acquiescenza preventiva rispetto ad un provvedimento, non ancora formato, che l'Amministrazione deve ancora adottare, lesivo di un interesse pretensivo o oppositivo?

Generalmente l'acquiescenza si verifica in presenza di un provvedimento già emanato.

Egli però non esclude la possibilità di una previa acquiescenza, in considerazione del fatto che l'interesse legittimo – che forma oggetto dell'acquiescenza e sul quale essa incide – è presente ben prima dell'adozione del provvedimento, quale situazione giuridicamente rilevante, ossia

nelle fasi procedurali che precedono l'emanazione dell'atto. Quindi, se esiste l'interesse legittimo prima della formazione del provvedimento, è possibile dismettere tale posizione mediante una dichiarazione di voler accettare il futuro provvedimento.

La giurisprudenza (nonché la dottrina di provenienza giurisprudenziale: Roherssen) richiamata da Marrama esclude che si possa dismettere un diritto (di impugnazione) futuro ed eventuale – non entrato nella disponibilità del soggetto – riferito ad un atto futuro ed eventuale. La giustificazione si fonda, inoltre, sulla difficoltà di discernere la lesività dell'atto, che non è stato ancora emanato, e nel pericolo che l'Amministrazione possa sfruttare la propria supremazia al fine di coartare la volontà del privato forzandola a prestare assensi anticipati.

Marrama, pur condividendo in linea generale la preoccupazione implicitamente espressa dalla giurisprudenza, che tende ad escludere l'acquiescenza ad un provvedimento dal contenuto non ancora compiutamente precisato, dai caratteri non individuati, dall'entità del pregiudizio non soppesabile, nonché dall'assetto di interessi non ancora prefigurato, richiama le fattispecie nelle quali invece la giurisprudenza, per la verità risalente, ha configurato l'ammissibilità di un'acquiescenza preventiva, che si verifica allorquando l'Amministrazione "contratta" con il privato prevedendo un effetto vantaggioso ed uno svantaggioso, e costui, soppesati e comparati gli aspetti positivi e negativi, dichiara di voler accettare l'utilità o il bene della vita impegnandosi a dar corso, e subire senza reagire, al provvedimento stesso. Oppure quando la P.A. predispone uno schema di provvedimento ed il privato presta il suo consenso.

Già di per sé questa prospettazione esclude la teoria dell'acquiescenza quale accettazione del carattere non pregiudizievole del provvedimento.

Alla stessa stregua, lo schema di provvedimento sottoposto alla preventiva accettazione del privato, che descrive in modo sufficientemente puntuale l'assetto che si intende dare al rapporto giuridico, ovviamente subordinato all'accettazione del destinatario, non comporta l'illegittimità (e tanto meno l'illiceità) della previa accettazione.

Diversa è la fattispecie in cui si preveda l'emanazione di un provvedimento e si corrisponda il pagamento di una somma per il diritto sacrificato. Difatti, il pagamento di una congrua indennità di esproprio, ad esempio, di certo non elimina in radice il pregiudizio che il decreto di esproprio arrecherà al proprietario espropriando: in proposito la giurisprudenza pacifica della Cassazione esclude la configurabilità dell'acquiescenza al futuro decreto di esproprio e consente la sua contestazione

– ad es., perché emesso tardivamente – anche in presenza di un concordamento e pagamento dell'indennità.

La posizione di Marrama, lungi dall'apparire quale mero supporto all'Amministrazione, tende ad esaltare viceversa i principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione, semplificazione, leale collaborazione tra Amministrazione ed amministrati, e favorire la conclusione dei procedimenti attraverso accordi procedurali integrativi e sostitutivi del provvedimento, che vedranno, peraltro, la luce solo anni dopo, con la legge n. 241 del 1990 (in particolare artt. 1, 7, 11, 13). E poi, quanto al pericolo, ben vero non del tutto privo di consistenza, che la p.A. possa sfruttare la propria supremazia funzionale – argomentazione definita da Marrama “*completamente sguarnita di orpelli dogmatici*” – dovrebbe opporsi il principio di democraticità che informa tutto l'ordinamento, che favorisce, anzi, la composizione negoziata degli interessi contrapposti.

Un ultimo profilo viene esaminato dalla monografia in esame: l'impugnabilità da parte del privato dell'atto da lui richiesto e sollecitato.

Trattasi di problematica, avverte Marrama, solo simile a quella dell'acquiescenza previa, ma radicalmente diversa, in quanto in quest'ultimo caso si discetta e viene messo in discussione l'interesse a ricorrere, non già l'interesse legittimo.

La giurisprudenza si divide equanimemente il campo tra i favorevoli e i contrari alla sussistenza dell'interesse al ricorso.

Fermo restando che non sarebbe ammissibile l'impugnativa proposta avverso l'atto pienamente conforme alla domanda dell'interessato, per palese carenza di interesse, M. ritiene che si possa riconoscere, invece, l'esperibilità del ricorso nei casi di vizi della volontà o di ritiro dell'istanza prima del suo accoglimento.

È infine configurabile l'acquiescenza dopo la proposizione del ricorso?

A prescindere dall'acquiescenza espressa, per la quale il problema evidentemente non si pone, in quanto l'accettazione dichiarata del provvedimento fa venir meno l'interesse al ricorso, nelle ipotesi di acquiescenza tacita la dottrina è divisa, mentre la giurisprudenza più risalente è contraria, non distinguendola, peraltro, dalla rinuncia al ricorso. Quest'ultima, però, esige una formalità particolare (atto scritto e notificato alle parti intimato), che, all'evidenza, non è richiesta per poter configurare l'acquiescenza.

In realtà, conclude l'A., ogni ipotesi va verificata caso per caso (si pensi alle ipotesi in cui il privato voglia evitare ulteriori effetti pregiudici-

zievoli, dato il carattere esecutivo del provvedimento), con estrema cautela, posto che l'accettazione dell'atto si porrebbe in contrapposizione palese alla volontà manifestata attraverso il ricorso con il quale ne viene contestata la legittimità.

* * *

Se vogliamo delimitare il campo alla sola tematica della rinuncia all'impugnazione e dell'acquiescenza al provvedimento amministrativo, sotto il profilo del diritto amministrativo sostanziale, sebbene della letteratura ora contemporanea dei giovani non mi sia potuto tenere così pienamente informato come ero di quella dei miei anni giovanili, non mi sembra che esistano altri lavori che, con pari originalità – a parte la freschezza e la chiarezza del linguaggio – e salda costruzione dommatica, abbiano analizzato compiutamente i predetti istituti.

Per concludere, resto dell'idea che rinuncia all'impugnazione e acquiescenza al provvedimento amministrativo sono stati apparenti pretesti, per Roberto Marrama, per voler affrontare la complessa problematica che ha coinvolto, per oltre un secolo, la (sola) dottrina amministrativistica italiana: l'interesse legittimo.

Al di là delle pur varieguate scuole di pensiero, ritengo, senza tema di essere smentito, che esistono tante teorie sull'interesse legittimo quanti sono gli autori che se ne sono interessati. Roberto non voleva sottrarsi al cimento. Tant'è che, eloquentemente, sotto il titolo ed il sottotitolo il nostro iscrive: Volume I, quasi ad avvisare i lettori e se stesso: badate che questa è solo la prima parte della mia fatica.

Per quale ragione Roberto Marrama non ha voluto, dal 1979 in poi, – la ristampa del 1987 lasciava preludere un intento non solo astratto – far sentire la sua voce compiuta, più estesa, sull'interesse legittimo, traendo gli spunti dalla sua monografia, già così ricca di implicazioni ingegnose e suggestioni significative?

Era forse pentito di quanto aveva affermato anni prima? Non credo. Anche a distanza di anni, Egli mostrava di essere assolutamente convinto della tesi sostanzialistica e non meramente processuale dell'interesse legittimo quale pretesa del cittadino nei confronti dell'Amministrazione alla presa in considerazione della propria posizione soggettiva per conseguire o preservare il bene della vita.

Oppure si era reso conto che, differenze sostanziali tra diritto soggettivo ed interesse legittimo non ce ne fossero, e che fosse venuto il mo-

mento che dall'equiparazione dovesse discendere anche la risarcibilità dell'interesse illegittimamente leso?

Non mi convince neppure questa eventualità.

Piuttosto sarei portato a credere che, proprio in ragione della Sua irrequietezza e curiosità intellettuale, Egli volesse "arare" altri campi inesplorati o volgere altrove la prua dei suoi interessi (scientifici o diversi).

Questa è purtroppo una domanda che resta senza risposta.

ATTUALITÀ

Il diritto in equilibrio: il mestiere dei giudici e le 'scelte tragiche' di ogni giorno

Stefano Rossi

SOMMARIO: 1. Il declino della certezza, l'esigenza di equilibrio. – 2. Il ruolo della giurisdizione: il mito del giudice legislatore. – 3. L'amministrazione di sostegno come strumento di un diritto mite. – 4. La linea d'ombra: il giudice tra scelte tragiche e vita quotidiana. – 5. Conclusioni minime.

1. *Il declino della certezza, l'esigenza di equilibrio.* – Ancor oggi, scorrendo un qualsiasi manuale di diritto (sia esso inerente al diritto costituzionale, amministrativo, penale o europeo) o un massimario di giurisprudenza, si potrà scorgere il costante riferimento alla rilevanza e necessità di garantire la certezza del diritto, intesa prevalentemente come prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei comportamenti degli individui, ovvero, nell'accezione del giuspositivismo di orientamento normativista, concepita come possibilità di conoscere *ex ante* i limiti dell'esercizio legale del potere coercitivo dello Stato¹.

In verità, il riferimento alla «certezza del diritto» rappresenta una metonimia giuridica, che si riferisce al contenitore anziché al suo contenuto, il quale, da ultimo, appare composito e difficilmente componibile ad unità, se non in maniera forzata².

Difatti al concetto di «certezza del diritto» sono riferibili aspetti della vita giuridica tra loro solo parzialmente connessi, dotati, altresì, di una propria fisionomia e autonomia concettuale: dalla stabilità della regolamentazione giuridica nel tempo, all'efficacia dell'ordinamento, passando per l'accessibilità alla conoscenza da parte degli interessati delle prescrizioni, l'univocità delle qualificazioni giuridiche, la possibilità di prevedere l'esito delle decisioni degli organi giurisdizionali, l'inviolabilità dei diritti quesiti e, infine, la presenza nel sistema giuridico di alcuni istituti specifici, quali, ad esempio, l'irretroattività della legge, il principio di legalità e la separazione dei poteri³.

¹ Per un recente saggio G. GOMETZ, *Indici di certezza del diritto*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2012, 12, 309 ss.

² G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari 2006, 9.

³ Sul significato del concetto si potrà far riferimento a: M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, 769 ss.; F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano 1968, 15 ss.;

Sicchè, proprio in ragione della pluralità dell'enunciato linguistico significante il concetto, si può (o meglio poteva) sostenere che la *certezza è diritto*, così come, circolarmente, il *diritto è certezza*, nella misura in cui il diritto, nella sua accezione normativa, inteso cioè come *regola* (o insieme di *regole*), si propone il fine specifico di dare certezza alle relazioni sociali⁴.

Tuttavia, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, i rapidi mutamenti politici e sociali, il processo di globalizzazione dell'economia, accompagnato dalla crisi della sovranità statale, ed infine, il progresso scientifico e tecnologico, hanno ampliato la zona di confine tra il certo e l'incerto, espandendo la penombra⁵ che avvolge il linguaggio, i principi e le regole (anche, ma non solo) del diritto, in cui pertanto l'incertezza domina evidente ed esplicita.

Così «nelle società contemporanee, il diritto appare smarrire progressivamente i caratteri e le prerogative che aveva acquisito stabilmente nei due secoli trascorsi, l'Ottocento e il Novecento. Le principali pretese e le prestazioni tradizionali che ad esso erano ricondotte appaiono sfocate ed indebolite. Solo in senso debole e forse marginale, il diritto pretende di esprimere oggi la voce dello Stato, quale detentore unico ed autocratico del potere e dispensatore della giustizia (...). Lo sviluppo della complessità sociale costringe il diritto "legale" e statuito, in margini sempre più invasi da logiche di equità, al richiamo a fonti "esterne" o "moralì", permeate dall'elasticità della *soft law*, dalla funzione riequilibratrice dei principi giuridici»⁶.

Il problema, peraltro, non è esclusivamente riducibile all'alternativa tra un diritto *certo* e uno *incerto*, bensì piuttosto nella definizione di uno *standard* di certezza di cui il diritto ha bisogno per costituirsi e trasmettersi. Ma anche considerando la questione in tale prospettiva, ne risulta evidente la parzialità, dato che ridurre la certezza entro schemi puramente quantitativi, ne elide l'essenziale profilo qualitativo, specie quando ad essa è sottesa la garanzia di pretese e bisogni che sono, al tempo stesso, valori (prestandosi ad essere giuridicamente qualificati in prospettiva assiologicamente orientata). Quantità e qualità infatti, da un lato, non rappresentano 'misure' comparabili, specie in termini intrinseci, dall'altro, esse non hanno carattere uniforme, rimanendo dunque sempre identiche a sé stesse, ma piuttosto variano in ragione dei casi della vita, delle esigenze

L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1975, 575-601; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989, 94 ss.; A. RUGGERI, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, in www.costituzionalismo.it, 2005, 2, 1 ss. nota come sia «stato più volte, non a torto, fatto notare che non v'è, forse, concetto più (...) oscuro di quello della certezza del diritto. In realtà, più che oscuro il nostro "bene" – ché di questo, a conti fatti, si tratta – è impalpabile: un pò come l'aria, che non la vediamo ma di cui abbiamo un disperato bisogno per sopravvivere».

⁴ N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, 150 ss.

⁵ H. HART, *Il concetto di diritto*, Torino 1965, 146.

⁶ G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, cit., 6.

complessive da essi espresse, dei campi di esperienza giuridica in cui se ne ha riscontro, dei fini o ancora degli effetti di volta in volta in rilievo⁷.

La certezza non può essere dunque riguardata, seppure sia più rassicurante, nella sola dimensione statica (o sincronica), che ha riguardo al modo strutturale di essere delle norme, bensì, per vagliarne la “sostenibilità”, è indispensabile anche (e soprattutto) osservarne la dinamica, in prospettiva diacronica, al fine di adeguare gli strumenti dell’ordinamento (limitandone i margini di incertezza) alle aspettative della comunità sociale.

In questa prospettiva, la qualità della normazione, per essere tale, si confronta con l’effettività del diritto (che abbiamo visto essere uno dei riflessi della certezza) e, al contempo, deve essere intrisa di fattualità, in quanto la mancata rispondenza del tessuto normativo alla concretezza del “diritto vivente”⁸ ne compromette irrimediabilmente la certezza, determinandone la crisi.

Ciò si traduce in «crisi della legge [ovvero] di quella invenzione paralizzante per lo spontaneo sviluppo del diritto che è il moderno sistema rigidamente gerarchico delle fonti. La fonte *legge* si dimostra, ogni giorno di più, incapace di disciplinare il movimento/mutamento, come è dimostrato dall’estremo rarefarsi della odierna produzione legislativa in Italia e dall’allarmante non coincidenza tra la dimensione della validità e quella dell’effettività»⁹.

Sul piano contenutistico, poi, tale fenomeno è stato favorito dalla complessiva irragionevolezza e improvvisazione del processo di produzione normativa che determina diffuse e ormai pressoché sistematiche o endemiche incertezze¹⁰. La disorganicità è correlata ad un uso disinvolto della prosa che evidenzia con-

⁷ «La fissità, che è un aspetto della certezza, non è dunque più un elemento portante degli attuali sistemi giuridici e al deficit di certezza che ne deriva non si potrebbe porre rimedio con una più adeguata teoria dell’interpretazione. Semmai (...) si deve pensare di organizzare questa tendenza alla trasformazione, intrinseca nell’ordinamento, in modo da non renderla distruttiva di altri valori, come l’uguaglianza giuridica, la prevedibilità, l’imparzialità e il carattere non arbitrario dell’azione amministrativa e giudiziaria» (G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992, 202).

⁸ E. RESTA, *Diritto vivente*, Roma-Bari 2008.

⁹ P. GROSSI, *Crisi del diritto, oggi?*, in *Dir. soc.*, 2011, 1, 44.

¹⁰ «Accanto ai fenomeni di cattiva o erronea formulazione del testo della legge, a rendere l’operazione di individuazione-ricostruzione delle regole ancor più complessa e a volte impossibile, ci sono le difficoltà che si incontrano nell’identificare i collegamenti fra le diverse parti del sistema normativo. La tecnica, ormai radicata nella pratica legislativa, di abrogare tutte le disposizioni “incompatibili” con l’ultimo atto normativo prodotto rende spesso opinabile addirittura l’esistenza di un gran numero di regole o frammenti di esse; l’uso di rinvii “aperti” accresce l’incertezza in ordine alla ricomposizione delle diverse frazioni di regola in un precetto unitario; l’utilizzazione poco rigorosa di strumenti di delegificazione introduce elementi di frizione all’interno del sistema delle fonti, complicando anche la relativamente semplice operazione dell’individuazione della regola prevalente. Gli esempi potrebbero continuare ancora, ma quel che preme evidenziare in questa fase è la difficoltà, che spesso si traduce in pratica impossibilità, di ricondurre la complessità del sistema ad un ordine di regole all’interno del quale le incompatibilità siano sempre risolvibili in base al principio di “non contraddizione”» (A. PIOGGIA, *Un’analisi del linguaggio della legge per conoscere il sistema normativo*, in *Pol. dir.*, 2001, 273).

fusione concettuale, sciatteria o, peggio, ignoranza, il che costringe gli interpreti a vere e proprie acrobazie al fine di dare un senso ad un prodotto normativo che, spesso, ne è oggettivamente e strutturalmente privo.

A ciò si affianca, aggravando la patologia del sistema, la lentezza (o l'omissione colposa) del legislatore nell'affrontare e tentare di dare 'armonia' ai nuovi fenomeni sociali e alle rivendicazioni più varie (convivenza *more uxorio*, matrimonio tra persone omosessuali, revisione della cittadinanza, educazione multietnica, questioni 'eticamente sensibili'), il che ha determinato una fuga dalla legislazione e la ricerca nelle aule giudiziarie di soluzioni immediatamente spendibili¹¹.

È necessario quindi prendere atto della transizione che stiamo ancora vivendo, nel passaggio da un sistema di conformazione del diritto, formale e gerarchico, ad uno "a rete", più consono alla «fattualità dei nostri giorni [che] si connota per rapidità, mutevolezza, complessità. È un tessuto indocile, recalcitrante a ogni irretimento, tanto più ad una gabbia legislativa, che è per sua natura tarda e lenta a formarsi, che si sottrae ad ogni variazione o che assorbe con difficoltà ogni variazione, che è vocata a permanere nel tempo. Il diritto, realtà complessa, pluri-dimensionale, che è in perenne ascolto delle richieste del corpo sociale, respinge la sua dimensione ufficiale, legislativa, perché non serve, e recupera su altri piani; per esempio valorizzando al massimo il piano dell'interpretazione/applicazione, fonte duttile, versatile, disponibile alle variazioni; fonte insomma dalla intensa storicità. Una interpretazione/applicazione che si muove in due direzioni: quella della mediazione tra vecchia legge e fatti nuovi; quella della supplenza nel colmare vuoti non sopportabili dalla coscienza collettiva»¹².

In tale quadro la giurisdizione è, di conseguenza, divenuta da tempo il canale principale, all'interno del quale far confluire conflitti di nuova matrice e bisogni sociali ancora in via di maturazione, con il fine di ottenere, se non giustizia, perlomeno visibilità e legittimazione sul piano politico e sociale¹³.

¹¹ L.M. FRIEDMAN, *Total Justice*, New York 1985.

¹² P. GROSSI, *Crisi del diritto, oggi?*, cit., 45.

¹³ In tal senso «la legislazione (...) perde centralità e l'assunzione di decisioni di varia natura su questioni di pubblico rilievo si affida anche a istituzioni diverse, capaci di corrispondere a un maggior decentramento. Le modalità contrattuali e giudiziarie hanno proprio questa capacità: possono staccarsi dalla misura unica dello stato e funzionare con unità di misura diverse e variabili. Guardate da questa prospettiva, queste istituzioni sono chiamate a rimediare alla crescente incapacità del legislativo di dare risposte più articolate alla complessa rete di bisogni degli individui, della società, di piccoli gruppi e di minoranze di vario tipo, piuttosto che di maggioranze o collettività coese e gruppi omogenei ed estesi di soggetti. Inoltre, queste modalità si sono imposte anche per la loro capacità di assecondare la crescente propensione della cultura globale verso la privatizzazione. Non si tratta tanto del fatto che queste modalità prevedano, se pure in forme e misure diverse, il concorso dei privati nel processo di decisione. Si tratta piuttosto del fatto che prendano in carico la gestione diretta degli interessi. Oggi, in gran parte, la trasposizione del "linguaggio degli interessi" in ambito giuridico, che appare una tendenza tipica dell'epoca globale, avviene proprio attraverso la crescita di peso del diritto contrattuale e del diritto di fonte giudiziaria, che chiamano entrambi in causa aper-

Questo è il contesto in cui matura quel mutamento di paradigma che esprime essenzialmente un'esigenza di equilibrio.

Svanita la chimera di un ordinamento come *corpus* razionale e conoscibile di dati normativi¹⁴, «il diritto tende oggi, forse meno ambiziosamente, all'equilibrio, a svolgere una funzione di "resistenza" e di garanzia, che in realtà assume richiamandosi a un'idea minima, ma non vuota, essenziale, ma non eticamente unilaterale, di ciò che è giusto nelle relazioni tra gli individui, arbitrando, quanto è possibile, tra la giustizia e le deliberazioni collettive, tra diritti e decisioni democratiche, tra scelte e condizioni di coesistenza giuridica»¹⁵.

In tale ottica, il «diritto in equilibrio» presuppone che l'applicazione del disposto normativo ai casi particolari sia coerente coi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, ricavati in accordo con una procedura razionalmente fondata e almeno in larga parte giustificabili alla luce dei parametri di razionalità condivisi da una data società. Il bilanciamento, quale strumento che concreta l'esigenza di equilibrio, consiste, quindi, nella possibilità di dimostrare che, all'interno di un sistema giuridico, le decisioni applicative non sono arbitrarie, ma costituiscono il risultato dell'utilizzo di procedure argomentative razionalmente fondate e predeterminate in modo non eccessivamente vago.

Di per sé il concetto di equilibrio appare quindi più ricco di quello di certezza, anzi si può asserire che il primo offra una maggiore garanzia di certezza e di effettività dell'ordinamento.

Se ne trae conferma dalla circolarità dinamica/statica che convive nella condizione di equilibrio, laddove il suo aspetto statico descrive l'approdo del bilanciamento, quale forma di «tolleranza tra principi»¹⁶, che rappresenta la proiezione giuridica del pluralismo sociale; mentre il suo profilo dinamico consente un processo di costante adattamento del sistema giuridico, in virtù di una dinamica endogena allo stesso che viene a temperare le incoerenze tra i contenuti della produzione normativa e le evoluzioni della vita sociale¹⁷.

tamente una dinamica interattiva e una comunicazione improntata agli interessi» (M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna 2010, 114-115).

¹⁴ Così C. FARALLI, *Certezza del diritto o diritto alla certezza?*, in *Materiali di storia della cultura giuridica*, 1997, 89 ss.; anche R. BIN, *L'ultima fortezza*, Milano 1996, 113 secondo cui «ogni tentativo di postulare, anche da parte del legislatore costituzionale, le prerogative della coerenza è assoluto indebito. Vale proprio il contrario: ogni principio viene predicato assieme al suo limite, ogni regola è posta con la sua eccezione, ogni potere è attribuito assieme al suo contropotere».

¹⁵ G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, cit., 7.

¹⁶ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008, 281.

¹⁷ In questo senso «si deve concepire l'ordinamento giuridico non come pura sommatoria di singoli precetti chiusi in loro stessi, o come mera accozzaglia di norme, ma come sistema coerente, ordinato secondo il principio di non contraddizione. Nella sentenza n. 204 del 1982, la Corte costituzionale ha affermato, con un'immagine, che «la coerenza tra parti è valore essenziale dell'ordinamento giuridico di un paese civile, in dispregio del quale le norme che ne fan parte degradano al livello di gregge senza pastore» (G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 242).

Il «diritto in equilibrio» definisce un momento di quiete delle variabili di un sistema altrimenti dinamico o, in altre parole, individua i momenti di staticità della dinamica endogena al sistema normativo, consentendo di rispondere ad una naturale esigenza di coerenza sistematica.

In questa direzione tale dispositivo consente di affrontare ogni fattore di variabilità, instabilità e contingenza che caratterizza le società contemporanee, dando accesso a soluzioni che conciliano le esigenze di tutela della dignità della persona senza precludere le opportunità che la scienza, la tecnologia e l'evoluzione sociale sembrano offrire, dando vita ad un «diritto omeostatico», capace di autoadattamento.

Questa prospettiva non può essere considerata come una sorta di resa del diritto di fronte all'innovazione, di cui subirebbe tempi e contenuti, dato che un diritto rigido, costruito su di una disciplina affidata a fattispecie chiuse, rischia di rivelare uno scarto tra regola e dati della realtà, determinando un'impossibilità regolatrice. Al contrario un diritto strutturato attraverso clausole generali e *sunset rules*¹⁸, in modo da conservare ai suoi principi l'attitudine ad operare anche in situazioni mutate, potrebbe dimostrarsi la migliore garanzia contro il dominio della tecnica o del mercato. Laddove infatti vi è un diritto «duro» nei principi, ma capace di farli filtrare attraverso clausole generali e un'interpretazione teleologicamente indirizzata all'attuazione degli stessi, vi è anche la possibilità di rimettere in discussione i confini tra diritto e *policy*, dando rilievo alle diversità e innovazioni culturali e sociali attraverso l'azione creativa del giudice, e quindi attribuendo all'ordinamento quegli strumenti in grado di rispondere, con rapidità, alle sfide lanciate da «nemici» insidiosi e camaleontici.

Proprio per rispondere alle emergenze del presente, il diritto in equilibrio, per sua natura, deve pertanto incorporare il futuro, farsi «prospettico»¹⁹, mettendo a fuoco le reciproche ibridazioni tra saperi che si generano dal mescolarsi e stratificarsi di significati scientifici, sociali e giuridici producendo nuove categorie e concetti, con cui la società pensa e discute se stessa e le direzioni dei propri cambiamenti²⁰.

Più in generale l'esigenza di equilibrio, che caratterizza l'interpretazione e applicazione delle disposizioni, si proietta anche sulle istituzioni e sui poteri: vi

¹⁸ V. VELLUZZI, *Le clausole generali: semantica e politica del diritto*, Milano 2010. In tal senso la clausola generale non viene concepita come strumento per integrare il diritto positivo in base ad autonome valutazioni del giudice o a *standard* sociali, ma come strumento elastico di risoluzione dei conflitti mediante l'applicazione dei principi generali dell'ordinamento giuridico.

¹⁹ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano 2006, 28-30.

²⁰ Così «se la certezza del diritto dipende da una priorità di semplificazione, l'equilibrio è concetto che risponde alla complessità delle «scelte tragiche», senza poterla ridurre o ignorare. Se la certezza rimanda ad un paradigma di autosufficienza del diritto, l'equilibrio riconosce la dipendenza del diritto dal mondo esterno e, rinunciando a ogni onnipotenza, gli affida il compito di tracciare linee guida, piuttosto che definire in proprio i risultati finali» (G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, cit., 12).

è infatti «il bisogno, profondamente e diffusamente avvertito ad ogni livello di esperienza, di un complessivo riequilibrio nel sistema e dei sistemi, nei loro reciproci rapporti: tra legislatore e legislatore (rispettivamente, costituzionale e comune) e, ancora, tra legislatore sovranazionale e legislatore nazionale e, quindi, tra legislatore e giudici e, infine, tra giudici e giudici (comuni e costituzionali, come pure tra questi ultimi *inter se*). All'appagamento di questo bisogno tutti sono chiamati a concorrere, dunque anche – per ciò che qui specificamente interessa – le Corti; e, invero, possono farvi luogo, sia pure alle difficili condizioni del tempo presente, (...) aspirando a far valere quel *primato culturale* (...) che ha proprio nella disponibilità al reciproco ascolto il modo più adeguato per affermarsi, al servizio dell'uomo, dei suoi diritti, della sua dignità»²¹.

Cosicchè solo un rapporto equilibrato tra le varie istituzioni, poteri e soggetti portatori di interessi può garantire la certezza del diritto, laddove le continue tensioni, i conflitti latenti sfibrano la funzione del diritto quale patto sociale; ove vi è squilibrio – sembra quasi lapalissiano – ne soffre il sistema complessivo delle relazioni interistituzionali, ma ne soffrono soprattutto i diritti, obbligati a riduzioni o deformazioni complessive di senso, nel loro modo d'inverarsi nell'esperienza.

2. *Il ruolo della giurisdizione: il mito del giudice legislatore.* – Le Costituzioni moderne non sono riducibili ad un unico ed omogeneo sistema di principi a causa della loro natura intimamente pluralista, di corpi normativi compositi e mai ridotti ad unità. In esse trovano espressione le istanze e le aspirazioni di forze diverse e contrapposte tra le quali si è stretto un patto volto a porre a riparo i rispettivi valori o interessi dalle future vicende politiche, rendendo quei valori e quegli interessi “rigidi”, nel senso di non intaccabili da decisioni delle maggioranze future²².

La tutela dei principi sanciti in Costituzione, il cui ruolo super-primario appare ormai incontestato anche alla luce del ruolo di garanzia svolto dalla Corte costituzionale, hanno come presupposto, peraltro, non soltanto un diverso atteggiarsi della funzione della giurisdizione ma, prima ancora, una diversa idea di legislazione, nella convinzione che l'adattamento del diritto alle nuove esigenze sociali non possa spettare in via esclusiva al legislatore.

L'emergere di nuove istanze ha chiamato in causa l'esercizio della facoltà di *agency*, di scelta etica conforme alla tavola di valori iscritti in Costituzione, il che

²¹ A. RUGGERI, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, cit., 13.

²² R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino 2002, 62 ss. Ancora di recente R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva “quantistica”*, Milano 2013, 69 ss.

si realizza solo attraverso una concezione dell'equilibrio *istituzionale* che, per essere coerente, implica l'impossibilità di attribuire l'ultima parola a qualcuno dei protagonisti, a qualcuno dei «poteri»: né ai cittadini né ai giudici, né al parlamento né al potere esecutivo (nelle sue varie forme). Il che non toglie che la giurisdizione assuma, in ogni caso, in tale contesto una posizione privilegiata.

In tal senso, l'accresciuto rilievo della giurisdizione nelle democrazie contemporanee è stato prevalentemente interpretato come un processo di compensazione ad un'incapacità delle istituzioni rappresentative e delle forze politiche di recepire e dare risposte soddisfacenti alle domande sempre più complesse, mutevoli e differenziate che le società pongono²³.

Appare pertanto anacronistico il richiamo a espressioni metaforiche quali quelle del giudice come «*bouche qui prononce les paroles de la loi*»²⁴, nella misura in cui è stata proprio l'espansione della funzione legislativa, secondo un modello incrementale e in una forma oscura²⁵, che ha paradossalmente posto le premesse per una maggiore incisività del potere giurisdizionale²⁶, tanto meno controllabile in quanto l'equilibrio che fino a quel momento aveva retto i rapporti tra *gubernaculum* e *iurisdictio* era ormai venuto meno²⁷.

²³ Così M. FIORAVANTI, *Fine o metamorfosi?*, in P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna 2010, 58 secondo cui «oggi nessuno si attende più che la legge, per il fatto stesso di esistere, produca eguaglianza, come si pensava nel tempo del dominio del grande mito della "volontà generale", poiché ciò è vero solo per la legge conforme alla Costituzione, soltanto dopo che la Corte costituzionale ha rilevato il suo contenuto non discriminatorio, e perfino la sua intrinseca ragionevolezza, che in una recente sentenza della nostra Corte è definita come la "coerenza tra la regola introdotta e la causa normativa che la deve assistere". Che equivale a dire: noi non rinunciamo all'idea della legge come fattore di razionalità, ma sappiamo che quella razionalità è da scoprire, sindacare, valutare, correggere, con un intervento della giurisprudenza in proposito decisivo, e certo non compreso nei modelli della tradizione». Sul punto C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna 1997.

²⁴ C. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Milano 1951, 404. Tale visione si accompagna di regola ad una teoria del processo di interpretazione delle norme che si basa essenzialmente su due assunti erronei: «che in qualche senso 'esiste' un significato proprio, o vero, delle norme, preconstituito rispetto a, e del tutto indipendente da, i processi nei quali e coi quali gli operatori giuridici impiegano le norme; che la natura stessa della norma imponga taluni criteri o canoni per la scoperta di tale significato, per cui si possa discriminare tra un'interpretazione vera e un'interpretazione falsa» (G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna 1974, 393).

²⁵ In tal senso M. AINIS, *La legge oscura*, Bari 1997, 144 ss., secondo il quale la legge è oscura quando non consente l'estrazione di una norma vincolante, in genere perché afflitta da ambiguità, irrazionalità o incoerenza. In senso conforme G. CALABRESI, *Incentives, Regulation and the Problem of Legal Obsolescence*, in AA.VV., *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Leyden 1978, 300, che notava come negli Stati Uniti l'aumento di *judicial activism* fosse imputabile a un'«orgia di legislazione indecifrabile». Peraltro di fronte a «oscurità e (...) lacune normative», anche «l'operato del giudice rischia di diventare inane, se non vuole essere arbitrario», dovendosi necessariamente arrestare «quando incontra contraddizioni logiche o disposizioni irragionevoli che corrompono la coerenza dell'ordinamento» (così G. AZZARITI, *Alla ricerca della legalità*, in ID., *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, Torino 2000, 51; E. OLIVITO, *Giudici e legislatori di fronte alla multiculturalità*, in www.statoechiese.it, 2011, 4 ss.).

²⁶ M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano 1984, 8.

²⁷ C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna 1990, 99 ss.

All'incapacità della legge di fungere da efficace mezzo di regolazione della vita sociale, si è infatti sommata la revisione dei meccanismi di produzione della norma giudiziaria, che, mentre nel passato si formava in modo statico (applicando una data norma ad uno specifico caso), ora, nella complessificazione delle società contemporanee, si realizza in modo interattivo, dovendo il magistrato sempre più confrontare la norma con altri referenti normativi (anche straordinari)²⁸.

Si delinea, in tal senso, «una nuova tappa della funzione di garanzia giurisdizionale: in un tempo di regole complesse, essa diventa elemento di “semplificazione” interpretativa della “complicazione” legislativa, fattore di innovazione e “sviluppo” del sistema, garanzia di realizzazione dei diritti di cittadinanza sociale e di libertà, anche economica, in un sistema multilivello, su cui incidono i processi di globalizzazione»²⁹.

Questa diversa strutturazione del sistema di decisione giurisdizionale si fonda su pilastri corrispondenti alle tre “dimensioni” – costituzionale, transnazionale e sociale – che Cappelletti indicava come tipiche della giustizia nelle società europee contemporanee³⁰. In primo luogo il processo di “costituzionalizzazione”, che presuppone una concezione della costituzione come “progetto”: le norme costituzionali non sono state più considerate (solo) come un baluardo a tutela di beni fondamentali e intangibili, ma come un insieme di principi capaci di penetrare in tutti i settori del diritto, e di rimodellare le categorie giuridiche ricevute³¹, dando fiato alla rivendicazione di diritti vecchi e nuovi³².

²⁸ In tal senso si è rilevato come «lo sviluppo di un binario *giurisprudenziale* di normazione “parallelo” a quello, classico, della legislazione sia almeno in parte figlio della globalizzazione. I rivolgimenti connessi a tale fenomeno, infatti, hanno inciso significativamente sulla *dimensione spazio temporale* dell'esperienza giuridica. Come giustamente osservato, l'odierna realtà del diritto appare capovolta rispetto all'epoca precedente: ad un diritto spazialmente differenziato (da Stato a Stato) e dotato di una tendenziale stabilità temporale (la codificazione nei singoli ordinamenti) si viene sostituendo un diritto sempre più uniforme/omogeneo nello spazio e sempre più in rapida evoluzione nel tempo. E naturale, quindi, che lo strumento di regolazione privilegiato nella disciplina dei rapporti meta-nazionali finisca per coincidere con la giurisprudenza, per sua natura duttile, flessibile, rapidamente adattabile» (C. PANZERA, *Tutela dei diritti fondamentali, tecniche di formazione e tipologia delle pronunce costituzionali (la “rivoluzione della flessibilità”)*, in L. D'ANDREA, A. RUGGERI, A. SAITTA, G. SORRENTI (a cura di), *Tecniche di formazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Torino 2007, 289-311; F. GALGANO, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 2, 320).

²⁹ V. CARBONE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2007* (25 gennaio 2008), *www.altalex.com*, 2008, 10.

³⁰ M. CAPPELLETTI (a cura di), *Access to justice and the Welfare State*, Alphen aan den Rijn-Bruelles-Stuttgart-Firenze 1981.

³¹ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, 331-338.

³² Sicchè «l'introduzione del controllo di costituzionalità delle leggi nei paesi di *civil law*, soprattutto laddove si è sviluppata in forme tali da favorire la collaborazione tra corte costituzionale e giudici ordinari ed amministrativi, ha determinato un consistente recupero del diritto giurisprudenziale» (A. PIZZORUSSO, *Cultura e politica nella produzione ed applicazione del diritto*, in *Quad. cost.*, 1990, 1, 10).

Tale impostazione si riverbera anche sulla possibilità per i giudici comuni di fare appello a principi costituzionali, dandone applicazione diretta, pressoché in ogni possibile contesto della vita sociale, al fine di ridurre o forse eliminare gli spazi costituzionalmente “vuoti”: infatti «pressoché ogni conflitto giuridico si trova in un immaginario spazio giuridico nel quale si sovrappongono le aree di protezione di due o più diritti o interessi costituzionali (...) Qualsiasi conflitto di interessi che non abbia una persuasiva composizione nelle leggi ordinarie ha altissime probabilità di essere tematizzato come conflitto tra interessi costituzionalmente rilevanti»³³.

In secondo luogo il riferimento, amplificato dal novellato comma primo dell'art. 117 Cost., al diritto europeo e internazionale, così come interpretato dai rispettivi organi di giustizia (in particolare la Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo), dà anch'esso luogo a processi interattivi nella decisione giudiziaria³⁴, aumentando gli spazi del diritto giurisprudenziale.

In un sistema multilivello ai giudici comuni, anche a seguito delle sentenze “gemelle” del 2007, viene difatti attribuito un cruciale ruolo di interpretazione conforme del diritto della Cedu nell'ambito dell'ordinamento interno, oltre al già acquisito potere di disapplicazione (o meglio in-applicazione) del diritto europeo dotato di *primatè* ed efficacia diretta, il che ne ha fatto gli artefici primi dell'inveramento della giurisprudenza europea in ambito interno, malgrado la loro minore “visibilità” rispetto al giudice costituzionale.

Vi è poi il profilo sociale, strettamente correlato alla giustiziabilità dei diritti sociali e dei “nuovi” diritti, i quali si sono venuti affermando nel contesto giuridico attraverso una serie di “ondate” riformatrici che hanno reso «accessibile la tutela giurisdizionale di quei diritti e interessi che sono emersi come particolarmente importanti, e specialmente vulnerabili, nelle società moderne, quali quelli dei consumatori, quelli attinenti alla protezione contro l'inquinamento dell'ambiente, e in generale quelli di collettività, categorie e gruppi non organizzati o difficilmente organizzabili»³⁵.

In tal senso nuove domande sociali hanno cominciato a farsi strada attraverso la giurisdizione, che è riuscita a offrire loro un primo momento di emersione. Ciò è stato determinato, peraltro, da una progressiva “corporativizzazione” del processo legislativo, dovuta alla contrattazione dei contenuti solo con gruppi e soggetti abbastanza forti da far valere i loro interessi all'interno delle

³³ R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, cit., 62 ss., in particolare 123 ss.

³⁴ Il processo di interpretazione convenzionalmente conforme dei giudici comuni e sul ruolo essenziali delle Corti sovranazionali si veda E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: Cedu, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo*, in M. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, Napoli 2010, 152 ss.

³⁵ M. CAPPELLETTI, *Giustizia (accesso alla)*, in *Enc. scienze soc.*, I, Roma 1994, 396.

normali sedi di rappresentanza. Per sottrazione, quindi, interessi minoritari, o ancora non sufficientemente rappresentati, hanno dovuto ripiegare su altre sedi istituzionali per ottenere riconoscimento.

È evidente allora come la dimensione dell'effettività di tali diritti – che si delinea come trasversale – trovi spesso esclusiva ed estrema garanzia nella giurisdizione, che viene a svolgere un ruolo delicato negli ordinamenti costituzionali pluralisti contemporanei e nella società di individui in tempi di «modernità liquida», poiché maggiori possono essere le condizioni – determinate dalla rapida evoluzione socio-economica e dai pericoli che l'accrescimento del progresso scientifico può determinare sulla vita, sulla sicurezza, sulla libertà – in grado di minarla, mettendo in discussione la dignità sociale e la reale libertà ed eguaglianza degli individui.

Peraltro la prospettiva personalistica che trova sintesi «nell'idea-forza della centralità e del primato della persona umana considerata come soggetto di diritti in certo senso anteriori a qualsiasi riconoscimento da parte dello Stato e quindi non condizionati a finalità collettive di qualsiasi genere»³⁶ rovescia la tradizionale prospettiva che vedeva il diritto esclusivamente nella prospettiva dei “produttori” e del loro “prodotto” (il legislatore e la legge, la pubblica amministrazione e l'atto amministrativo, il giudice e il provvedimento giudiziale), ponendo attenzione all'«individuo, ai gruppi, alla società insomma, e così ai bisogni, alle istanze e alle aspirazioni di individui, gruppi e società e soprattutto agli ostacoli di varia natura — economici, culturali, psicologici — che si frappongono fra il diritto inteso come “prodotto” e il cittadino che a tale “prodotto” chiede di avere accesso»³⁷.

In tale quadro, seppure sommariamente tracciato, possono essere individuate le ragioni della costante ascesa del potere giudiziario, che, in un contesto sociale frammentato, ha fatto sì che domande e soggetti nuovi intravedessero nell'arena giudiziaria un possibile canale di legittimazione. Ciò è valso soprattutto per minoranze e gruppi marginali, ossia per quei gruppi che, trovando ostacoli nell'accedere all'agone politico, hanno riversato istanze di tutela e aspirazioni di riconoscimento sui giudici³⁸.

³⁶ V. ONIDA, *Costituzione italiana*, in *Digesto, Disc. pubbl.*, IV, Torino 1989, 329.

³⁷ M. CAPPELLETTI, *Giustizia (accesso alla)*, in *Enc. scienze soc.*, cit., 100.

³⁸ Dal punto di vista istituzionale viene messa in risalto l'istituzione giudiziaria come istituzione di “prossimità” rispetto alle altre, poiché è al giudice che si domanda il riconoscimento immediato dei diritti e non ai tempi lunghi del potere politico. Viene così valorizzato, in netta controtendenza rispetto al passato, il momento applicativo piuttosto che quello genetico delle norme, con la conseguenza che non solo l'equilibrio tra i poteri appare drasticamente ridisegnato sotto le spinte della contingenza, ma è la funzione stessa del giudice a subire una trasformazione, finendo per diventare una sorta di *factotum* istituzionale al quale rivolgersi non solo per dirimere controversie, ma anche e soprattutto per risolvere problemi che le altre istituzioni sociali non riescono ad affrontare (Cfr. M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna 2002, 187 ss.).

La creatività, costituzionalmente vincolata, dei giudici può quindi considerarsi un elemento di legittimazione del sistema, consentendo l'integrazione al suo interno di gruppi sino ad allora esclusi³⁹, e, al tempo stesso, un connotato inevitabile dell'attività interpretativa, la sua essenza e non certo un indice di sviamento⁴⁰, nella misura in cui al momento in cui il diritto si confronta con il fatto la linea di separazione fra produzione e applicazione del diritto – sorvegliata, per quanto riguarda il nostro ordinamento, dall'art. 101 Cost. – perde di pratica rilevanza.

In ciò si esprime la contraddizione fondamentale che alberga nel cuore della cultura giuridica degli ultimi due secoli consistente appunto in questo: il giudice non deve creare diritto, eppure non può non crearlo⁴¹.

Tale contraddizione si fa concreta pur nel limite in cui «il giudice (ordinario), interpretando o integrando la legislazione, crea o produce norme generali: norme generali, però, che esauriscono la loro funzione nella motivazione della sentenza, nella giustificazione deduttiva della norma individuale formulata nel dispositivo; anche la decisione giudiziale più “creativa”, in un sistema di *civil law*, può al massimo “fare giurisprudenza”, e non produrre norme generali efficaci *erga omnes*»⁴².

In concreto tale processo presuppone che il giudice, prima di applicare la norma, ne vada alla ricerca al fine di “scoprirla” (*Rechtsfindung*), scavando nel magma delle disposizioni, fino a rinvenire un dato normativo da adattare al caso, eventualmente dandone un'applicazione analogica, integrandolo o correggendolo, attraverso operazioni ermeneutiche più o meno sofisticate.

Quando nemmeno tale percorso si mostra efficace, allora il giudice – che in

³⁹ Difatti mentre la scelta legislativa «non chiude il conflitto ma lo enfatizza, dal momento che uno dei valori in campo è radicalmente delegittimato. Invece la decisione giudiziaria, laddove è possibile, non implica mai una delegittimazione completa: nel senso che la parte perdente può sempre sperare che, nella prossima occasione, ci sarà una decisione giudiziaria, se non di segno opposto, certamente non così radicale come la precedente» (S. RODOTÀ, *Il potere giudiziario nelle moderne democrazie: ruolo, limiti e controlli*, in AA.VV., *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, Milano 1994, 198).

⁴⁰ In tal senso Autorevole dottrina per cui «l'interpretazione non è tale se non è politicamente creativa, (...) [la legge] contiene quello che i giudici ci mettono dentro, a cominciare dal fatto come verità, per finire con la valutazione del fatto, cioè con tutti i valori che il giudice ha ritrovato dentro e fuori di sé (...) e che sono i valori dello Stato, costituiscono la politica dello Stato» (S. SATTA, *Il giudice e la legge negli interni contrasti della magistratura italiana*, in UMI, II° Congresso nazionale, 21-24 settembre 1968, Milano 1968, 16-17).

⁴¹ In tal senso M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2004*, Torino 2005, 2. Detto altrimenti, il legislatore si limiterebbe a produrre disposizioni, ossia una sorta di *law in books*, mentre il diritto propriamente detto, ossia il *law in action*, sarebbe prodotto dagli organi dell'applicazione (Cfr. G. TARRELLI, *L'interpretazione della legge*, cit., 63-64; R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino 1990, 86).

⁴² M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2004*, cit., 18.

un sistema di *civil law* non è “creatore” di regole – è costretto a divenirlo, facendo di necessità virtù: spesso, infatti, per risolvere controversie, dovrà colmare lacune, ricavare una regola da un testo ambiguo o stratificato in rinvii ad altre disposizioni, o ancora adattare un tessuto normativo spesso obsoleto, con disposizioni introdotte in un momento temporale contingente, a tempi storici e contesti socio-economici del tutto diversi. Insomma, il giudice deve trasformare una “disposizione di carta” in una “norma”, in una regola, in un precetto giuridico applicabile al caso concreto e prossimo alla sensibilità del suo tempo, non potendo arrestarsi «a rievocare il senso originario della norma come se si trattasse (...) di un fatto del passato (...) ma deve fare “un passo avanti”. La norma, infatti, lungi dall’esaurirsi nella sua primitiva formulazione, ha vigore attuale, in una con l’ordinamento di cui fa parte integrante ed è destinata (...) a trasfondersi nella vita sociale alla cui disciplina deve servire»⁴³.

Vi è poi un ultimo profilo da considerare, seppure solo d’accenno, ossia il rapporto circolare che si viene a creare tra legittimazione da parte dei giudici di nuove istanze e legittimazione che con tale attivismo giudiziale⁴⁴ i giudici stessi acquisiscono sul piano istituzionale e sociale. Non si tratta di una tendenza rozza catalogabile come una sorta di forma obliqua di gestione della domanda politica, o un modo per aggirare o manipolare la determinazione delle politiche pubbliche da parte degli organi rappresentativi, in quanto il tema della legittimazione della magistratura va anch’esso analizzato e «aggiornato alla luce della crisi della rappresentanza politica e in relazione alle trasformazioni della democrazia»⁴⁵, a causa delle quali si assiste a un crescente impoverimento dei tradizionali circuiti della rappresentanza e a una conseguente fuga dalla responsabilità politica.

In tal senso, le deficienze dei canali rappresentativi giustificano la ricerca di sedi alternative per l’espressione e la composizione delle diversità sociali, illuminando, al contempo, i mutamenti nei rapporti tra giudici e legislatore.

La crisi, ossia la frammentazione del “rappresentato”⁴⁶, ha infatti determinato un desolante arretramento delle istituzioni rappresentative e, in particolare, una quasi completa abdicazione del legislatore su temi e questioni legati al plu-

⁴³ E. BETTI, *L’interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano 1949, 17 ss.

⁴⁴ Da intendersi come tendenza dell’interprete a intervenire innovativamente sulla realtà, spingendo il diritto verso soluzioni inedite e mutando gli equilibri fissati tra pretese, interessi e valori (S.D. SMITH, *Moral realism, pluralistic community, and the judicial imposition of principle: a comment on Perry*, in *Northwestern University Law Review*, 1993, 88, 183 ss.).

⁴⁵ C. PINELLI, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte suprema*, in AA.VV., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa. Annuario 2006* (Atti del XXI Convegno annuale dell’Associazione italiana dei costituzionalisti, Roma, 27-28 ottobre 2006), Napoli 2007, 58.

⁴⁶ M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano 2001, 109 ss.

ralismo sociale. L'afasia del legislatore, che rappresenta una risacca rispetto all'ondata di iper-regolamentazione che ha caratterizzato buona parte del secolo scorso, si proietta inevitabilmente sui significati e sull'effettività del diritto, nei limiti in cui esso viene ad essere plasmato nell'integrazione tra sfere pubbliche, sfere istituzionali, poteri politici e poteri giudiziari, individui e comunità: la conformazione del diritto, quale esito della razionalità sociale disponibile, rimane quindi parzialmente incompiuta.

Forse anche per tale motivo si è suggerito di poggiare l'attività giudicante su *incompletely theorized agreements*, ossia su decisioni condivise e raggiunte proprio evitando teorizzazioni o giustificazioni astratte e impegnative, sulle quali facilmente non si raggiungerebbe un accordo. In tale prospettiva il giudice sarebbe tenuto a raggiungere una soluzione, ossia convergere sul risultato (*what*), non anche sulle sue basi teoretiche o filosofiche (*why*), dovendo la decisione essere diretta «a rendere possibile ottenere accordo dove l'accordo è necessario, e rendere inutile l'accordo dove esso è impossibile»⁴⁷. Attraverso un appropriato richiamo ai principi costituzionali il giudice potrebbe quindi rendere in sentenza ciò che costituisce l'oggetto minimo dell'accordo sociale, il quale diviene possibile convergendo su particolari decisioni senza risolvere preliminarmente questioni di largo raggio sul giusto e sul bene. In tal modo, sostanzialmente, «la gente può decidere cosa fare anche quando non è d'accordo su come esattamente pensare. Per i giudici, questa è una virtù importante»⁴⁸.

Così l'attività giurisdizionale, abbia essa ad oggetto la Costituzione, una legge ordinaria, un atto amministrativo o una fattispecie concreta sprovvista di specifica disciplina legislativa, contribuisce, sotto forma o di dichiarazione di incostituzionalità o di applicazione di una legge o di annullamento di un atto amministrativo o di risoluzione di una fattispecie nuova, all'avveramento di un ordine che si manifesta di volta in volta sotto forma di *rationes* composte da elementi etici, sociali ed economici. La «ragionevolezza» della decisione assume, in quest'ottica, non soltanto l'aspetto di un elemento imprescindibile di ogni interpretazione, ma anche quello di un passaggio irrinunciabile nel processo di edificazione del diritto⁴⁹.

Conclusivamente, nel complesso romanzo del diritto, secondo l'immagine usata da Dworkin⁵⁰ il giudice, nell'operare il bilanciamento tra principi si trova nella posizione di colui che ha il compito di completare uno scritto lasciato a metà. Così, astretto tra i molti capitoli già scritti e un nuovo capitolo da scrivere, il giudice si trova nella posizione di chi è determinato dal proprio passato, ma

⁴⁷ C. SUNSTEIN, *Incompletely Theorized Agreements*, in *Harvard Law Review*, 1995, 108, 7, 1742.

⁴⁸ C. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford 1996, 9.

⁴⁹ F. MAZZARELLA, *Brevi note in margine al caso Englaro: a proposito di interpretazione "giurisdizionale" e di dimensione storico-sociale del diritto*, in *Diritto&Questioni pubbliche*, 2009, 9, 579.

⁵⁰ R. DWORKIN, *Law as Interpretation*, in *Texas Law Review*, 1982, 60, 527.

che pure, sulla base di esso, deve scrivere qualche nuova riga: non può semplicemente «scoprirla» dunque, ma non può in verità neppure totalmente «inventarla», condizionato com'è dalla trama del romanzo sin'ora scritto.

Il giudice, dunque, non può essere costretto a scrivere la sentenza sotto dettatura del testo (sia esso legislativo o costituzionale), che tuttavia gli è impossibile ignorare e deve quindi cercare soluzioni interpretative in armonia con le ragioni espressive l'identità costituzionale e con i valori che in essa sono custoditi⁵¹. Per tale motivo, nel contesto dello Stato democratico di diritto, si può lasciare ai giudici la decisione purché essi si muovano, come è necessario, nel rispetto di quei valori: un assetto condiviso, che contiene priorità liberali e democratiche, e che consente all'individuo di riconoscerlo come proprio⁵².

In questi termini la ricerca dell'equilibrio possibile, nell'esperienza della giurisdizione, è oggetto costante di una riflessione che viene necessariamente a coinvolgere i profili costituzionalistici propri del bilanciamento tra diritti contrapposti, il che poi si traduce nell'esercizio della funzione dei giudici a decidere del caso concreto sulla base delle reali esigenze di giustizia nascenti dalla controversia.

Nella prassi giurisdizionale queste esigenze hanno trovato nuovi percorsi di emersione nell'applicazione di istituti giuridici, come l'amministrazione di sostegno, che si connotano per la capacità di valorizzare la dimensione sociale dell'uomo, di mettersi in presa con la vita, ponendo quindi anche i giudici di fronte alla necessità di tener conto – nell'assumere decisioni – di quella “cultura dei bisogni e delle risorse”⁵³, sulla quale oggi si vanno formando, non solo nuovi equilibri, ma anche criteri inediti di cittadinanza nel rapporto con le istituzioni. L'amministrazione di sostegno, a quasi dieci anni dalla sua introduzione nel nostro ordinamento, appare pertanto un utile paradigma sul quale testare la capacità dei giudici di preservare i valori costituzionali e, al contempo, la sfera di sovranità dei cittadini, mantenendo vive le condizioni grammaticali⁵⁴ della giustizia tra gli individui⁵⁵.

⁵¹ F.I. MICHELMAN, *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, Bari 2004, 55.

⁵² Sul ruolo attivo del giudice comune in presenza di una Costituzione pluralista R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, Quaderni Associazione Studi e ricerche parlamentari, Torino 2006, 75 ss.; contra M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1661 ss.

⁵³ F. ROTELLI, O. DE LEONARDIS, D. MAURI, *Deistituzionalizzazione, un'altra via (La riforma psichiatrica italiana nel contesto dell'Europa occidentale e dei “paesi avanzati”)*, in AA.VV., *Salute mentale. Pragmatica e complessità*, Centro Studi e ricerche regionale per la salute mentale, Regione Friuli Venezia Giulia, Trieste, 1992, II, 597 ss.

⁵⁴ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main 1992; trad. it., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano 1996, 27 ss.

⁵⁵ In questi termini, anche nell'applicazione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno che

3. *L'amministrazione di sostegno come strumento di un diritto mite*. – L'istituto dell'amministrazione di sostegno, introdotto con legge n. 6/2004, nasce da oltre un decennio di riflessioni e studi multidisciplinari⁵⁶, ponendosi quale obiettivo quello di superare le rilevanti contraddizioni ancora persistenti nel nostro ordinamento con riguardo alla capacità della persona e alla tutela dei soggetti deboli. La disciplina è infatti stata pensata ed elaborata in un'ottica di promozionalità dei diritti di tali soggetti, non restringendo il campo d'intervento ai soli infermi di mente, anzi provando ad intervenire su una vasta gamma di disagi esistenziali di ordine più complesso.

La legge n. 6/2004 ha, in tale prospettiva, realizzato una rivoluzione "copernicana", ponendo la persona – e non più la malattia fisica o mentale – al centro dell'universo della disabilità, della vecchiaia, della depressione e di tutte le altre forme e manifestazioni della fragilità umana.

Il percorso culturale che ha portato all'approvazione della normativa in oggetto ha avuto il suo inizio tra la fine degli anni Sessanta e l'inizio degli anni Ottanta, periodo storico che ha visto realizzarsi importanti riforme legislative nel campo del lavoro, della famiglia, dei rapporti di genere e delle politiche del *welfare*⁵⁷.

In tale contesto ha sicuramente rivestito un'importanza centrale la legge 13 maggio 1978, n. 180 (cd. "legge Basaglia", poi confluita nella legge 23 dicembre 1978, n. 833), irrinunciabile conquista della nostra civiltà giuridica, che ha proposto un nuovo modo di intendere la patologia psichica, liberando i malati di mente dai manicomi e reinserendoli nel loro ambiente familiare e sociale.

Il cambio di paradigma è lampante se si pensa che la previgente legge 14 febbraio 1904, n. 36 (*Disposizioni sui manicomi e sugli alienati. Custodia e cura degli alienati*) ed il suo regolamento di attuazione (r.d. 16 agosto 1909 n. 615) consegnavano assoluta centralità all'istituzione manicomiale⁵⁸, quale luogo di

comunque incide sulla sfera di autonomia del singolo, la ricerca di equilibrio è compiuta dal giudice: è infatti il giudice che deve preservare la corrispondenza tra l'identità comune (costituzionale), la dignità individuale (la libertà) e le decisioni della maggioranza (la legge), sul presupposto che rispettare identità e dignità coincida con una piena tutela dei diritti fondamentali.

⁵⁶ Per alcuni riferimenti G. FERRANDO, G. VISINTINI (a cura di), *Follia e diritto*, Milano 2003; G. CAMPESE, *L'istituzione dell'amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione*, in *Fam. dir.*, 2004, 2, 126; G. FERRANDO, P. LENTI (a cura di), *Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione*, Torino 2006.

⁵⁷ R. PESCARA, *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di Diritto privato*, 4, III, Torino 1997, 756 secondo cui «Il quadro effervescente e inquieto di quegli anni, pervaso da istanze umanitarie e libertarie, dalla forte tonalità utopica, [ha] fomenta[to] infatti l'emergere di un dibattito che [ha] assu[nto] i temi legati alla follia come terreno emblematico da cui muovere un'analisi critica e una denuncia intransigente delle diverse istituzioni-simbolo dei meccanismi sociali diretti a realizzare forme di esclusione violenta e di mortificante emarginazione nei confronti dei soggetti deboli».

⁵⁸ Valga ricordare come art. 1 della legge n. 36/1904 affermava che: «Debbono essere custodite e curate nei manicomi le persone affette per qualunque causa da alienazione mentale, quando siano pericolose a sé o ad altri o rescano di pubblico scandalo».

contenimento asilare del soggetto, affetto da un disturbo mentale, e quindi di per sé organicamente “diverso”, con la finalità ultima di difendere la società dalla presunta pericolosità sociale della follia da questi incarnata⁵⁹.

Questo schema paradetentivo è stato minato alle fondamenta dallo spirito e dalla lettera della Costituzione repubblicana⁶⁰ e, infine, è stato sovvertito dalle istanze libertarie, propugnate dal movimento anti-psichiatrico, degli anni Settanta⁶¹.

Il legislatore ha compiuto un passo decisivo nel definitivo superamento del sistema tradizionale, con la legge 13 maggio 1978, n. 180, rubricata *Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*, che ha sancito – tra l’altro – l’abolizione degli istituti manicomiali⁶², accogliendo l’idea della recuperabilità del malato agli interessi sociali e al contesto della cittadinanza⁶³.

⁵⁹ M. VECCHIETTI, *Evoluzione della legislazione psichiatrica italiana dalla l. n. 36 del 1904 alla l. n. 833 del 1978*, in *Riv. it. med. leg.*, 1981, 115 ss.; S. MERLINI, *Libertà personale e tutela della salute mentale: profili costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1970, 55 ss.

⁶⁰ Ne sono conferma le sentenze della Corte costituzionale che hanno dichiarato l’illegittimità degli aspetti più aberranti della disciplina giolittiana: Corte cost., 27 giugno 1968, n. 74, in *Giur. cost.*, 1968, I, 1080 ss., con nota di V. ANDRIOLI, *Gli infermi di mente avanti la Corte Costituzionale*; Corte cost., 3 agosto 1976, n. 223, in *Giur. cost.*, 1976, I, 1401 ss.; Corte cost., 20 gennaio 1977, n. 39, in *Giur. cost.*, 1977, I, 136 ss. in cui la Corte non esitò a definire «auspicabile l’ammodernamento della legislazione vigente dal 1904 in questa delicatissima materia».

⁶¹ Il rilievo assunto da tale movimento è tale da porre l’Italia all’avanguardia nel campo psichiatrico. Così V. BABINI, *Liberi tutti. Manicomi e psichiatri in Italia: una storia del Novecento*, Bologna 2009, 177 per cui «L’Italia degli anni Settanta è “il paese di Basaglia”. Anche per questo la legge con cui si chiude quel decennio, il compromesso storico e le battaglie psichiatriche, viene erroneamente chiamata “legge Basaglia”. Ma lo è, paese di Basaglia, soprattutto per chi non è italiano: il mondo, infatti, sta guardando all’Italia per la sua esperienza anti-istituzionale, che non sembra avere eguali in nessun’altra parte del globo. Il rinnovamento psichiatrico che si è messo in moto un pò ovunque ha toccato in Italia una radicalità di posizione e un tale coinvolgimento sociale e politico da rendere quell’esperienza mitica, al di sopra di ogni altra: un modello, o meglio una traccia cui la maggior parte degli altri paesi, a partire dagli anni Ottanta, non potrà non fare riferimento».

⁶² P. CENDON, *La tutela civilistica dell’infermo di mente*, in S. PATTI (a cura di), *La riforma dell’interdizione e dell’inabilitazione*, Quaderni di Famiglia, Milano 2002, 36 secondo cui «La n. 180 del 1978, rovesciando completamente l’ottica di gestione del problema della sofferenza psichica, apre le porte dei manicomi e fa uscire i malati di mente, li reintroduce nella famiglia, nel quartiere, nelle strade. Da quel momento si è reso indispensabile domandarsi se il malato di mente abbia uno statuto giuridico coerente con il tipo di scommessa liberatoria che è stata fatta sul terreno psichiatrico».

⁶³ Il superamento della segregazione comporta il reinserimento nella cittadinanza attiva e nel traffico giuridico, come nota P. CENDON, *Profili dell’infermità di mente nel diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 34: «Quale interesse può in effetti suscitare, nello studioso del diritto civile un tema come l’infermità di mente fintantoché l’ospedale psichiatrico esiste ancora, e rimane anzi la sola risposta escogitata per gestire i problemi del disagio mentale? (...) Tutto invece cambia sostanzialmente con l’approvazione di una legge che, come la 180/78, smantella l’ospedale psichiatrico, e immette o trattiene l’infermo nel suo ambiente sociale. Da quel momento, infatti, anche i soggetti sofferenti di disturbi psichici si trovano ormai ad operare in un tessuto quotidiano che è intrecciato di rapporti patrimoniali grandi e piccoli, di problemi continui di lavoro, di iniziative economiche da assumere o da fronteggiare, e di contatti familiari e associativi, di possibili danni da risarcire». Così anche C.M. MAZZONI, *Libertà e salvaguardia nella disciplina dell’infermità mentale*, in P. CENDON (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente*, Napoli 1988, 489, riferendosi alla l. n. 180/1978 af-

Non meno rilevante, con riguardo alla capacità di agire del soggetto infermo, è stata l'abrogazione, disposta con l'art. 13 della legge n. 180/1978, dell'art. 420 c.c., compendiate l'automatica pronuncia di interdizione per i soggetti sottoposti ad internamento definitivo, con lo stesso provvedimento col quale si autorizzava la custodia in un manicomio o in un altro istituto di cura o in una casa privata. Il che prefigura il superamento anche delle barriere formalistiche che "ingessavano" l'infermo di mente entro le mura strette dell'interdizione, sganciando, sull'esempio della coeva esperienza francese⁶⁴, il legame tra protezione (o, nel caso di specie, segregazione) e incapacità, ponendo quindi le premesse per una graduazione della capacità in grado di correlarsi con gli strumenti di sostegno del sofferente psichico che ne preservassero le esperienze di possibile autonomia contemperandole con le esigenze di garanzia dello stesso e dei terzi.

L'autodeterminazione, da sempre esclusa dall'universo della salute mentale, vi fa ingresso come riflesso dei principi costituzionali (ex artt. 13 e 32 Cost.), affermando la volontarietà della cura, con la sola eccezione dei trattamenti sanitari obbligatori (TSO) sottoposti a limiti tassativi (ovvero da realizzarsi nel rispetto, in ogni caso, «della dignità della persona, dei diritti civili e politici, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura», così l'art. 1, 2° comma, l. n. 180/1978).

Tuttavia, soppressi i manicomi, il legislatore non è riuscito (o non ha voluto) liberare i malati psichici anche dall'altra prigione, quella legale caratterizzata dalla privazione di vari diritti e libertà, in cui continuavano a rimanere ristretti a causa dell'immutato regime delle incapacità.

In tal senso la dottrina ha evidenziato come la legge n. 180/1978 abbia rappresentato una premessa fondamentale di civilizzazione del sistema delle tutele che ha trovato il suo completamento (provvisorio e perfettibile⁶⁵) con l'introduzione dell'amministrazione di sostegno, nella misura in cui tale istituto ha fatto emergere l'esigenza di portare a termine la riforma iniziata con l'abolizione della segregazione fisica inflitta all'infermo di mente attraverso l'abrogazione della «segregazione civile» inflitta dal diritto privato attraverso i vetusti istituti dell'interdizione e inabilitazione⁶⁶.

ferma che: «Il giurista si trova all'improvviso, di colpo, obbligato a trattare un argomento che aveva da sempre poco approfondito. (...) La legge obbliga il giurista ad occuparsi dell'infermo di mente. Introduce, come mai era avvenuto da secoli, l'infermo di mente nella società civile, costringendolo a rapporti sociali con tutti gli altri soggetti della comunità. Essa obbliga a rivedere per intero il rapporto tra infermo di mente e società».

⁶⁴ E.V. NAPOLI, *Il sistema francese dell'incapacità d'agire quale modello per una riforma in Italia*, in S. PATTI (a cura di), *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, cit., 90.

⁶⁵ «In altre parole, l'attuazione delle norme costituzionali è sempre parziale ed è sempre provvisoria, esprime una tensione che non può mai riuscire del tutto soddisfatta, che non può mai risolversi in una vicenda normativa in sé conclusa, perché se ciò avvenisse vorrebbe dire che la Costituzione è morta, che ha esaurito la sua spinta propulsiva» (M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1999, 36).

⁶⁶ In tal senso P. CENDON, *Infermi di mente e altri disabili in una proposta di riforma del codice*

Alla luce dell'evoluzione legislativa, pur sinteticamente analizzata, in materia di infermità mentale e di tutela delle persone incapaci, si può dunque comprendere la portata innovativa che caratterizza l'amministrazione di sostegno, istituto che differisce dai precedenti sia in considerazione delle diverse modalità con le quali concretamente attua la tutela, sia per una mutata visione di fondo dell'assistenza alla persona non autonoma, riflessa nella novità dei principi che la informano.

È da notare, preliminarmente, come la legge n. 6/2004 sia andata a modificare la rubrica del titolo XII del libro primo del codice civile: alla precedente dizione «*Dell'infermità di mente, dell'interdizione e dell'inabilitazione*» si è sostituito il più incisivo riferimento «*Delle misure di protezione delle persone in tutto o in parte prive di autonomia*». Questa novella non è irrilevante, rappresentando il segno di un ripensamento, prima sociale e poi giuridico, della figura del soggetto debole, che si è concretato nell'allargamento dello spettro soggettivo di applicazione delle misure di protezione e nel riferimento esplicito alla 'persona', quale soggetto di tutela, anziché alla malattia (infermità mentale), che ne rappresenta solo uno degli aspetti⁶⁷.

Tale esigenza di ricentrare gli strumenti di protezione sulla persona emerge anche dalla lettera dell'art. 1 della legge che ne esplicita la «finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente». Viene in tal modo superata la logica totalizzante propria dell'interdizione, che deprivava il soggetto della capacità di agire, quale strumento attraverso cui l'individuo si afferma nei rapporti sociali nella veste di soggetto autonomo, per assumere, invece, come fine primario la capacità dell'ordinamento di farsi flessibile, morbido e accogliente rispetto alle caleidoscopiche realtà in cui si esprime il disagio e la debolezza umana.

Con perfetta sintesi, l'amministrazione di sostegno è stata pertanto descritta come «una forma di tutela ampia, non meramente patrimoniale⁶⁸, ma spiccata-

civile, in *Pol. dir.*, 1987, 118-119 per cui: «Le critiche da muovere al sistema accolto nel codice civile del 1942, e tuttora in vigore, sono allora soprattutto le seguenti: a) l'interdizione costituisce una risposta eccessivamente severa frutto di concezioni ormai superate in sede psichiatrica (...) che finisce per comprimere o per annullare alcuni tra i diritti fondamentali della persona; b) l'inabilitazione rappresenta anch'essa un istituto di stampo punitivo e appare comunque di scarsa utilità (...) soprattutto perché il suo intervento non risolve i problemi che si pongono nell'ipotesi in cui sia necessario assicurare in favore del disabile il compimento di atti che quest'ultimo – nello specifico frangente – non possa o non voglia effettuare».

⁶⁷ In tal senso emerge il carattere innovativo dell'amministrazione di sostegno che, superando il riferimento all'incapacità nell'enunciazione dei presupposti per l'applicazione della misura, pone quale condizione subordinata la sussistenza di una malattia o di una menomazione, le quali vengono in rilievo nella misura in cui cagionano una impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi.

⁶⁸ Trib. Modena, ord. 24 novembre 2004, in *Giur. it.*, 2005, 714 per cui «mentre le misure tra-

mente personale; propositiva e non interdittiva, espansiva e non inibitoria, personalizzata e non astratta, modulabile e non standardizzata, “frutto di una concezione dei diritti delle fasce deboli orientata ai fini costituzionali di promozione di pieno sviluppo della persona umana”⁶⁹.

La disciplina degli artt. 404 e ss. c.c., infatti, nell’infrangere la monoliticità di un impianto normativo che sopravviveva in maniera anacronistica, delinea una protezione *ad acta* nell’ambito di un più ampio processo volto a garantire, attraverso il rifiuto dei concetti di alienazione, di incapacità e di pericolosità sociale, la piena protezione – temporanea o permanente – dei diritti dei soggetti deboli e il loro recupero nella vita di relazione; e ciò mediante la valorizzazione dei residui spazi di autonomia della persona, alla quale viene consentito di esprimere al massimo le possibilità di autodeterminazione⁷⁰.

A conferma si richiama la giurisprudenza consolidata da cui traspare come la finalità dell’istituto in oggetto sia quella di assicurare «la massima salvaguardia possibile dell’autodeterminazione del soggetto in difficoltà, attraverso il superamento concettuale del momento autoritativo, consistente nel divieto, tradizionalmente posto a suo carico, del compimento di una serie, più o meno ampia, di attività, in correlazione al grado di incapacità, a favore di una effettiva protezione della sua persona, che si svolge prestando la massima attenzione alla sua sfera volitiva, alle sue esigenze, in conformità al principio costituzionale del rispetto dei diritti inviolabili dell’uomo»⁷¹.

L’attuazione di tale disegno è garantita attraverso un approccio gradualistico nell’applicazione delle misure di protezione – in forza del quale il giudice deve scegliere tra gli strumenti di protezione offerti dall’ordinamento quello che realizzi la funzione di protezione apportando la minore limitazione possibile della capacità del soggetto interessato – e conformando la decisione del giudice al principio di flessibilità della risposta protettiva⁷², per cui allo stesso è attri-

dizionali tutelavano più che altro i creditori (e perciò, *lato sensu*, la sicurezza dei traffici giuridici), ovvero la famiglia dell’infermo, in tale secondo caso, impedendo la dilapidazione del patrimonio dell’inabile; la disciplina normativa era quindi rivolta a tutelare il patrimonio del soggetto; viceversa, l’amministrazione di sostegno tende a spostare la prospettiva e l’attenzione, da ragioni di conservazione del patrimonio della persona, alla tutela ed alla protezione di quest’ultima».

⁶⁹ E. MONSERRAT PAPPALLETTERE, *L’amministrazione di sostegno come espansione delle facoltà delle persone deboli*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 37 ss.

⁷⁰ Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 440, in *Famiglia*, 2006, II, 361, che tende, con un’interpretativa di rigetto, a massimizzare l’autodeterminazione del beneficiario della misura di sostegno, non solo con riguardo allo svolgimento delle attività di amministrazione, ma anche in sede di applicazione della misura di sostegno.

⁷¹ Cass. civ., sez. I, 12 giugno 2006, n. 13584, in *Giur. civ. mass.*, 2006.

⁷² Il carattere individualizzato della risposta protettiva, speculare alla peculiarità delle specifiche esigenze di protezione di ciascuno, si completa nella previsione per cui al beneficiario dell’amministrazione di sostegno non si applichino gli ulteriori effetti, limitazioni o decadenze che contribuiscono a delineare il regime giuridico dell’*incapace*, con ciò sancendo anche formalmente il superamento del paradigma bipolare (capacità/incapacità).

buito il potere di definire l'oggetto dell'amministrazione di sostegno in considerazione degli specifici bisogni dell'interessato.

Si può sostenere quindi che con la legge n. 6/2004 si sia cercato di trovare (specie attraverso una delega alla valutazione in concreto del giudice tutelare) un nuovo punto di equilibrio tra le istanze di libertà e di protezione, tale «da assicurare – all'infermo tutta la libertà che è possibile e indispensabile, e – quanto alla protezione – dargli in più tutta quella che è necessaria, [togliendogli invece] quella che è superflua, dannosa o ingiusta»⁷³. Sicchè, in tale prospettiva, l'amministrazione di sostegno concreta un procedimento idoneo a garantire assistenza a chi sia nell'impossibilità di gestire autonomamente i propri interessi, con il fine ultimo di rimuovere gli ostacoli che si frappongono alla piena realizzazione della sua personalità⁷⁴.

Se il nuovo istituto, dunque, sostituendo l'ottica custodialistica e di difesa sociale con quella promozionale, si pone nel solco degli interventi normativi volti a dare concreta attuazione alla Carta costituzionale, tuttavia si deve notare come, al di là del dato testuale⁷⁵, certamente innovativo, stia agli interpreti eliminare i chiaroscuri che ancora adombrano la completa affrancazione della nuova disciplina dai retaggi del passato, consentendone l'esplicazione delle reali potenzialità applicative. Non a caso, infatti, la miglior dottrina ha rilevato come siano proprio i giudici (quelli tutelari nella specie) i grandi protagonisti della ri-

⁷³ P. CENDON, *Infermi di mente e altri disabili in una proposta di riforma del codice civile*, in *Pol. dir.*, 1987, 118. In questo senso Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 440, *cit.*, 361; Corte cost., 19 gennaio 2007, n. 4, in *Giur. cost.*, 2007, 3, 2277 ss.; Cass. civ., sez. I, 12 giugno 2006, n. 13584, in *Corr. giur.*, 2006, 1519, la quale, nel sancire il carattere residuale dell'interdizione – misura da applicare solo in mancanza di altro e diverso strumento idoneo a garantire adeguata tutela al soggetto debole – indica quale profilo di differenziazione tra amministrazione di sostegno e interdizione la maggiore capacità della prima di «adeguarsi alle esigenze del soggetto, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità relativa alla procedura applicativa»; Cass. civ., sez. I, 22 aprile 2009, n. 9628, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 10,1, 963.

⁷⁴ A. CIOCCA, M.R. MARELLA, *I beneficiari dell'amministrazione di sostegno*, in G. FERRANDO, P. LENTI (a cura di), *Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione*, Torino 2006, 105, secondo cui il perseguimento di tale fine che presuppone il raggiungimento di un equilibrio tra il «prendersi cura dell'altro, e, ove ciò sia possibile, il favorire l'autonomia e l'assunzione di responsabilità di quest'ultimo nella costruzione della sua propria [identità], in modo da far emergere l'unicità e la genialità di ciascuno»

⁷⁵ Dentro ai nuovi articoli sull'amministrazione di sostegno incontriamo, in effetti, verbi e sostantivi in larga parte estranei al testo primigenio del codice civile. Per certi versi formule bizzarre – termini alquanto sociologizzanti, più o meno avvolgenti ed eretici. Espressioni come: «richieste», «interessi ed esigenze di protezione della persona», «aspirazioni», «con la minore limitazione possibile», «esplicitamento delle funzioni della vita quotidiana». Oppure: «bisogni», «interventi di sostegno temporaneo o permanente», «responsabili dei servizi sanitari e sociali», «necessario per assicurare la loro adeguata protezione». E ancora: «condizioni di vita personale e sociale», «atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana», «autonomia», «interessi morali e patrimoniali del minore o del beneficiario» (Cfr. P. CENDON, *Un altro diritto per i soggetti deboli. L'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, in G. FERRANDO (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, Milano 2005, 29).

forma dell'incapacità, accanto al soggetto debole di cui devono recepire i bisogni, seguire le vicissitudini e interpretare le esigenze⁷⁶.

4. *La linea d'ombra: il giudice tra scelte tragiche e vita quotidiana.* – La linea d'ombra è una fase di passaggio, una terra di nessuno in cui si può raggiungere un equilibrio riflessivo⁷⁷, è la condizione in cui si trova il giudice, solo con la sua coscienza, nel momento in cui deve assumere una scelta tragica⁷⁸, rendendo giustizia attraverso una ricerca di equilibrio tra principi e interessi contrapposti.

Il giudice⁷⁹, nel suo ruolo di motore di integrazione delle istanze del pluralismo sociale entro i confini del diritto, si trova, più spesso di quanto si creda, a dover risolvere dei casi tragici. Nel mare aperto della pratica infatti non esistono approdi sicuri né limiti invalicabili⁸⁰, ed è in queste navigazioni che la giurisdizione deve farsi carico delle scelte tragiche, in cui il bilanciamento delle contrapposte ragioni non permette di raggiungere una soluzione soddisfacente, ovvero una soluzione che non comporti il sacrificio di nessun valore considerato fondamentale da un punto di vista giuridico e/o morale⁸¹.

In questi ultimi anni, in particolare, è attraverso l'opera del formante giurisprudenziale che si è tentato di comporre il conflitto tra diritti individuali e doveri sociali, tra le istanze del singolo ed esigenze del collettivo, tra l'autodeterminazione e il diritto alla vita, dilemmi che hanno trovato concreta espressione nei casi 'Welby' ed 'Englaro', quest'ultimo giustamente definito come uno dei «*leading cases* che, passo dopo passo, punteggiano la storia del diritto costituzionale e ne consentono l'avanzamento»⁸². Tuttavia, al di là delle vicende esemplari, è nella minuta attività quotidiana di applicazione del diritto che si sviluppa – pur

⁷⁶ P. STANZIONE, *Amministrazione di sostegno, interdizione ed inabilitazione: rapporti e interazione*, in *www.comparazioneediritto.civile.it*, 2010, 4; G. SAVORANI, *Le mobili frontiere dell'amministrazione di sostegno: spunti per una revisione del sistema di protezione della persona*, in *Pol. dir.*, 2006, 129.

⁷⁷ Concetto ripreso dall'analisi di Rawls per indicare l'impresa volta ad individuare i principi generali che riescano a dare conto dei singoli giudizi in cui si esprime il nostro senso di giustizia.

⁷⁸ G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Tragic choice*, New York, Norton, 1978 (trad. it. *Scelte tragiche*, Milano 1986).

⁷⁹ Il giudice si ritrova in ciò che Gillian Rose chiama «il punto di mezzo» (G. ROSE, *The broken middle: out of our ancient society*, Oxford 1992). Tale luogo può essere visto come la soglia tra universale e particolare; tra la razionalità della legge e la contingenza del resto, tra il diritto e l'incontro esistenziale che è la sua applicazione. Si tratta di un luogo in cui le dicotomie sopra menzionate s'incontrano in un modo mutuamente dipendente e costitutivo.

⁸⁰ V. NITRATO IZZO, *Il giudice di fronte ai casi tragici*, in U. POMARICI (a cura di), *Il diritto come prassi. I diritti fondamentali nello stato costituzionale*, Napoli 2011, 171.

⁸¹ M. ATIENZA, *I limiti dell'interpretazione costituzionale. Di nuovo sui casi tragici*, in *Ars Interpretandi. Annuario di Ermeneutica giuridica*, 1999, 303; G. LARIGUET, *Conflicto Trágicos y derecho. Posibles desafíos*, in *Doxa*, 2004, 27, 317-348.

⁸² T. GROPPI, *Il "caso Englaro": un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in *Pol. dir.*, 2009, 3, 483 ss.

in modo carsico – quel processo di riequilibrio capace di determinare i confini di giustizia, attraverso un processo di accumulazione del sapere e della consapevolezza dell'effettività dei principi costituzionali all'interno della comunità degli interpreti.

In questo contesto la giurisprudenza in materia di amministrazione di sostegno assume un valore paradigmatico, avendo attraversato, da tempo, quella linea d'ombra, come dimostrano gli ormai consolidati indirizzi interpretativi sviluppatasi intorno a casi (inerenti l'autodeterminazione, la limitazione della capacità di agire, il rifiuto delle cure o l'ammissibilità delle direttive anticipate di fine vita) che, nel conformare la persona quale 'soggetto morale', vanno al cuore del concetto di libertà nell'ambito di uno Stato costituzionale di diritto.

Si propone quindi una lettura guidata delle principali tematiche affrontate dai giudici tutelari nell'ambito delle ordinanze in materia, avendo particolare riguardo a quei provvedimenti in cui sono state discusse la controversa ammissibilità dell'istituto dell'amministrazione di sostegno quale succedaneo delle direttive anticipate di fine vita e il rifiuto di cure ad esso correlato, la libertà di coscienza riguardo a determinati trattamenti terapeutici (in specie emotrasfusioni) ed infine quei casi in cui si è negata la disposizione dell'amministrazione di sostegno a salvaguardia della piena autonomia del soggetto.

L'evoluzione della giurisprudenza relativa al rifiuto ai trattamenti sanitari da parte del paziente e alla possibilità di nomina da parte di quest'ultimo di un amministratore di sostegno che lo rappresenti laddove sopravvenga uno stato d'incoscienza o comunque d'incapacità a esprimere ai medici la volontà d'interrompere un trattamento sanitario, ha trovato espressione in una nutrita⁸³, seppure non unanimemente condivisa⁸⁴, corrente giurisprudenziale.

In particolare è attraverso una serie di provvedimenti del Tribunale di Modena che si è andata strutturando una originale forma di interazione tra la disciplina civilistica dell'amministratore di sostegno, così come interpretata in sede

⁸³ *Ex pluris* Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 2012, n. 23707, in *www.personaedanno.it*, 2012 che richiede l'attualità dell'incapacità; Trib. Varese, decr. 5 marzo 2012, in *Fam. dir.*, 2012, 5, 492 relativo alla nomina di amministratore di sostegno a favore di un beneficiario in stato vegetativo permanente; Trib. Verona, decr. 4 gennaio 2011, in *Corr. giur.*, 2011, 9, p. 1289; Trib. Firenze, decr. 22 dicembre 2010, in *Foro it.*, 2011, 2, 1, 608; Trib. Palermo, decr. 9 dicembre 2009, in *Fam. dir.*, 2010, 5, 492; Trib. Cagliari, decr. 22 ottobre 2009, in *Fam. dir.*, 2010, 2, 161; Trib. Genova, decr. 6 marzo 2009, n. 6058, in *Banca dati De Jure*, 2009; Trib. Modena, decr. 23 febbraio 2009, in *Resp. civ.*, 2009, 5, 473; Trib. Modena, decr. 26 gennaio 2009, in *Notariato*, 2009, 3, 250; App. Cagliari, 16 gennaio 2009, in *Guida dir.*, 2009, 55; Trib. Parma, decr. 2 aprile 2004, in *Giur. it.*, 2005, 1839.

⁸⁴ Trib. Sassari, decr. 16 luglio 2007, in *Foro it.*, 2007, I, 3025; Trib. Mantova, decr. 24 luglio 2008, in *www.ilcaso.it*, 2008; Trib. Genova, decr. 6 marzo 2009, in *Fam. dir.*, 2010, 2, 187; Trib. Roma, decr. 1° aprile 2009, in *www.personaedanno.it*, 2009; Trib. Pistoia, decr. 1° aprile 2009, in *Fam. dir.*, 2010, 1, 51; Trib. Firenze, decr. 8 aprile 2009, in *www.personaedanno.it*, 2009; Trib. Cagliari, decr. 14 dicembre 2009, in *Fam. dir.*, 2010, 2, 161; Trib. Varese, decr. 25 agosto 2010, in *Giur. it.*, 2011, 8-9, 1805; Trib. Reggio Emilia, decr. 24 luglio 2012, in *www.personaedanno.it*, 2012.

curiale, con le disposizioni costituzionali relative al diritto di autodeterminazione terapeutica.

In tal senso appare ineludibile affrontare l'analisi di tre decreti emanati dal giudice tutelare modenese, datati 13 maggio 2008, 5 novembre 2008 e 27 febbraio 2009, quali esempi di una sempre più diffusa pratica di *law in action* in campo bioetico e sanitario.

Il primo caso ha riguardato una signora di settant'anni affetta da sclerosi laterale amiotrofica con grave insufficienza respiratoria in ventilazione meccanica non invasiva continua. La paziente, che aveva conservato integre le proprie capacità cognitive, si era chiaramente espressa più volte, alla presenza dei figli e del marito, nel senso del rifiuto di qualsiasi trattamento salvavita, in particolare della ventilazione forzata attraverso tracheotomia. Come in altri casi analoghi, l'esistenza del rischio che l'aggravarsi delle condizioni cliniche della paziente le impedissero di ribadire il suo dissenso terapeutico, ha imposto la necessità della nomina di un amministratore di sostegno.

Il giudice, dopo aver proceduto all'audizione della ricorrente e accertata la sua reale volontà, nominava il marito amministratore di sostegno conferendogli il potere di «negare il consenso ai sanitari coinvolti a praticare ventilazione forzata e tracheotomia all'atto in cui, senza che sia manifestata contraria volontà della persona, l'evolversi della malattia imponesse la specifica terapia salvifica».

In questo caso, quindi, il giudice ha fatto proprie nel decreto le indicazioni rilasciate preventivamente dalla stessa paziente, affidando all'amministratore di sostegno un ruolo meramente attuativo, ovvero di semplice *nuncius*, nei confronti dei sanitari, dell'esistenza di specifiche direttive rilasciate dal beneficiario.

Il giudice rammenta, nell'argomentare la sua decisione, che la relazione medico-paziente, il rapporto terapeutico, si fondano e trovano il loro elemento di legittimazione nel consenso informato del soggetto malato «che si concretizza in un diritto fondamentale di quest'ultimo sotto il triplice e tutelato profilo di accettare la terapia, di rifiutarla nonché di interromperla».

È quindi il tessuto dei diritti costituzionali a sostenere la pronuncia, laddove il giudice rammenta il percorso di progressivo riconoscimento del diritto all'autodeterminazione richiamando le statuizioni della Corte di cassazione sul caso 'Englaro' (Cass. n. 21748/2007, punto 6.1), per cui il diritto alla salute «ha come correlato la facoltà (...) anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale. Ciò è conforme al principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del "rispetto della persona umana" in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni

etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive»⁸⁵.

Elaborazione questa che presuppone l'espansione del diritto alla salute in termini soggettivi, ovvero «in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé», e che, nel ribadire la tutela del suo risvolto negativo («il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire»), porta la Corte di legittimità ad escludere che «il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita». Sicché, come autorevolmente sostenuto⁸⁶, «il consenso della persona consente una disponibilità di sé che copre l'intero arco dell'esistenza e diviene così anche la regola fondamentale del morire».

Principi che hanno ulteriore forza nel *dictum* della sentenza n. 438/2008⁸⁷ della Corte costituzionale – con cui si è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 della legge della Regione Piemonte 6 novembre 2007, n. 21 (*Norme in materia di uso di sostanze psicotrope su bambini ed adolescenti*) – che ha consacrato il consenso informato⁸⁸ quale principio fondamentale in virtù della sua

⁸⁵ Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Guida dir.*, 2007, 43.

⁸⁶ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., 250.

⁸⁷ Corte cost., 15 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, 4945 ss.

⁸⁸ Il riconoscimento del consenso informato esprime una scelta di valore nel modo di concepire il rapporto tra medico e paziente, nel senso che detto rapporto appare fondato prima sui diritti del paziente e sulla sua libertà di autodeterminazione terapeutica che sui doveri del medico. Il principio di autodeterminazione – che è il riflesso del consenso informato – deve escludersi che incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita. Benché manchi nel sistema una espressa regolamentazione del consenso informato, si ritiene che esso trovi il proprio fondamento in diverse fonti normative, come confermato da una serie di pronunce giurisprudenziali (Cass. 14 marzo 2006 n. 5444; Cass. 15 gennaio 1997 n. 364). Innanzitutto negli artt. 2 (riconoscimento e garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo), 13 (invulnerabilità della libertà personale) e 32 (tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo) della Costituzione, considerati quale punto di partenza anche dal decreto in esame. Poi in una serie di disposizioni normative di rango ordinario, come ad esempio l'art. 33 della legge 23 dicembre 1978 n. 833 (istitutiva del Servizio sanitario nazionale) che stabilisce il carattere di norma volontario degli accertamenti e dei trattamenti sanitari, oppure l'art. 6, 1° comma della legge 19 febbraio 2004, n. 40 che descrive il processo formativo della volontà consapevole e consapevolmente espressa della donna e dell'uomo in ordine agli eventuali problemi derivanti dalle tecniche di fecondazione assistita. Sul punto G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 48 ss.; R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 2008, 6, 4963 ss.; G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 1, 105 ss.; A. PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 1, 127 ss.; S. ROSSI, *Consenso informato (II)*, in *Digesto. Disc. priv., sez. civ.*, Agg. VII, Torino 2012, 177 ss.; G. GRASSO, *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo*, in G. COCCO (a cura di), *Lo statuto giuridico delle informazioni*, Milano 2012, 19 ss.; E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Napoli 2012, 77 ss.; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. II. Le scelte esistenziali di fine vita*, Milano 2012.

funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute.

Il riconoscimento della piena operatività di questo principio è insieme un punto di arrivo ed un punto di partenza. È un punto di arrivo perché comporta l'affermazione, nell'ambito dell'ordinamento, della regola generale della disponibilità del diritto alla salute, dal che consegue, nel conflitto tra autonomia e coercizione, la prevalenza della libertà dell'individuo.

È, inoltre, un punto di partenza, nella misura in cui è dal riconoscimento del principio di autodeterminazione che si può delineare un diritto soggettivo assoluto alla salute non soltanto negli aspetti positivi (o pretensivi), ma anche nei suoi riflessi negativi, ovvero come diritto di libertà, il che «implica (...) il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire»⁸⁹.

Sul punto, anche il giudice tutelare tiene a precisare la netta distinzione tra rifiuto delle cure ed eutanasia, nella misura in cui, anche nei casi 'estremi', se è ben vero che la scelta del dissenso terapeutico può comportare, e di fatto determina (più o meno direttamente e rapidamente), una progressione del decorso mortale della malattia o della condizione patologica, tale naturale svolgersi della vita non può essere comunque sovrapposto o confuso con la rivendicazione di un preteso 'diritto di morire', seppure in modo dolce.

Da ultimo, nell'ambito di un *obiter dictum*, il giudicante si fa portavoce di una precisa scelta di politica del diritto, sostenendo l'inutilità dell'intervento del legislatore volto a disciplinare il testamento biologico, dal momento che «già esistono il diritto sostanziale (artt. 2, 13 e 32 Cost.), lo strumento a mezzo del quale dare espressione alle proprie volontà (l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata, art. 408, 2° comma, c.c.) e, infine, l'istituto processuale di cui avvalersi (l'amministrazione di sostegno, legge n. 6/2004)» per garantire il rispetto delle volontà in fase di fine vita⁹⁰.

⁸⁹ Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., 43.

⁹⁰ Tale considerazione ha suscitato pesanti critiche: G. GENNARI, *La via giurisprudenziale al testamento biologico?*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 9, 1825 ss. per cui «La tesi di fondo è che l'articolo 408 c.c., che consente al beneficiario di designare lui stesso l'amministratore di sostegno in previsione della futura incapacità, letto alla luce di una normativa complessiva la cui *ratio* sarebbe quella di privilegiare la persona, permetterebbe altresì di impartire direttive vincolanti in materia di trattamenti sanitari. L'argomento interpretativo così articolato quantomeno per le modalità con cui è espresso sembra superare con difficoltà il valore di una dichiarazione in forma ottativa (...) E in un sistema di diritto scritto si prova quasi imbarazzo a precisarlo nessuna pretesa *ratio* legislativa può fare dire ad un testo di legge quello che non è compreso entro la portata semantica delle parole in esso utilizzate. Così come sembra atteggiamento estremamente frettoloso quello che, attraverso la deformazione di un istituto giuridico vigente, pretende di accantonare un vasto dibattito parlamentare e una serie di iniziative legislative volte a dare veste giuridica a uno strumento che, piaccia o non piaccia, ancora non è contemplato dal nostro ordinamento»; F. GAZZONI, *Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della cd. 'morte dignitosa'*, in *Dir. fam.*, 2009, 1, 288 ss.; *contra* G. FERRANDO,

Tale considerazione rappresenta, per il giudice, solo una premessa per compiere un ulteriore passo in avanti nell'interpretazione innovativa della disciplina dell'amministrazione di sostegno come mezzo per l'affermazione dell'autodeterminazione nel campo delle *end-life decisions*.

La novità del provvedimento del 5 novembre 2008 risiede proprio nella previsione di un amministratore di sostegno nominato ora, per far fronte a vicissitudini in materia di salute eventuali e future, come rafforzativo di quanto già predisposto in una scrittura privata autenticata e depositata presso un notaio.

Nel caso di specie, il ricorrente adiva il giudice tutelare avanzando richiesta di nomina di amministratore di sostegno e designando con scrittura privata a tale *munus* la moglie e, in via subordinata, nel caso di impossibilità di quest'ultima, la figlia; nel ricorso, inoltre, venivano indicate specifiche direttive⁹¹ a cui l'amministratore avrebbe dovuto attenersi nell'espletamento dell'incarico.

Il ricorrente chiedeva però – e qui emerge il profilo di innovazione rispetto al precedente provvedimento – che la nomina avvenisse immediatamente nonostante la sua inequivocabile condizione di integrità funzionale, intellettuale e fisica, e nonostante la non imminenza di una circostanza tale da condurre alla situazione necessitante l'attivazione della misura protettiva⁹². La nomina sarebbe stata quindi immediatamente efficace ai sensi dell'art. 405 c.c., pur essendo sottoposta ad una sorta di condizione sospensiva, per cui il verificarsi di una specifica circostanza (la patologia e la contestuale incapacità di esprimere autonomamente la propria volontà) avrebbe dato effettivamente inizio allo svolgimento di un incarico teoricamente già avviato con il decreto di nomina.

L'esigenza della nomina dell'amministratore di sostegno in via preventiva nasceva proprio dalla ragionevole probabilità che, qualora la persona avesse atteso il sopraggiungere dell'incapacità per chiederla, il proprio fondamentale diritto di autodeterminazione terapeutica sarebbe stato paradossalmente violato proprio dai tempi e dagli adempimenti processuali richiesti e concessi dalle norme che disciplinano l'istituto in questione.

Diritto di rifiutare le cure, amministrazione di sostegno e testamento biologico, in *Fam. dir.*, 2008, 10, 923 ss. secondo cui «Questo provvedimento dimostra, una volta di più, che già esistono nel nostro sistema gli strumenti per dare attuazione ai diritti fondamentali della persona. Il fatto che il Parlamento non riesca a fare (buone) leggi sulle questioni di vita non impedisce ai giudici di utilizzare le risorse già disponibili»; M. PICCINNI, *Chi decide per il paziente incapace? Amministrazione di sostegno e scelte di fine vita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 9, 1299 ss.

⁹¹ In questo caso, veniva richiesto che l'amministratore di sostegno garantisse la volontà già espressa nella direttiva anticipata di trattamento volta a far sì che il beneficiario non fosse sottoposto ad alcun trattamento terapeutico comprese idratazione o alimentazione forzata e artificiale in caso di malattia allo stato terminale, malattia o lesione traumatica cerebrale irreversibile e invalidante, impiccianti una normale vita di relazione. Il beneficiario richiedeva che fosse richiesto ai sanitari di fare ricorso alle cure palliative più efficaci, compresi gli oppiacei, anche se ciò avrebbe comportato un'anticipazione della fine della vita, per lenirne le sofferenze con tempestività e sollecitudine.

⁹² B. VIMERCATI, *Amministrazione di sostegno e consenso informato: scelte di politica legislativa e case law a raffronto (Parte I)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1, 134 ss.

Il giudice, nel decreto in commento, sottolinea, per giustificare il superamento del requisito dell'attualità, intesa in senso cronologico, l'incidenza probabilistica di eventi immediati ed irreversibili tali da condurre il paziente fino allo stato vegetativo permanente (ad es., per infarto del miocardio, infortunio sul lavoro, sinistro stradale), preclusivi, data l'imprevedibilità dell'insorgenza, all'espressione di alcuna volontà in materia di cure e terapie mediche. Si rileva, infatti, come, in mancanza della nomina dell'amministratore di sostegno, «in tutte queste situazioni la mera esistenza di una scrittura confezionata ai sensi del secondo comma dell'art. 408 c.c. potrebbe essere inidonea, in concreto, a fornire effettiva tutela al diritto, primario e assoluto, della persona che rischierebbe di trovarsi sottoposta, per impossibilità del mandatario di ottenere in tempo reale il decreto di nomina dell'amministratore, alle terapie non volute ma doverosamente praticate dai sanitari, in esecuzione dei propri obblighi professionali e deontologici, in presenza di una situazione di pericolo per la vita».

Peraltro si annota come un'interpretazione in termini di contestualità con l'atto terapeutico cui sottoporsi del requisito dell'attualità avrebbe l'effetto di negare rilievo alle determinazioni del paziente ogni qualvolta l'atto medico dovesse essere eseguito sotto sedazione generale. Ancora prima, negli stessi termini, dovrebbe essere considerata illegittima e irrilevante la prassi seguita in numerose strutture ospedaliere di assumere il consenso ad atti chirurgici nel corso di visite preoperatorie condotte anche a significativa distanza di tempo dal successivo ricovero.

Conseguentemente, come sottolineato da autorevole dottrina⁹³, «non vi sono valide ragioni per intendere il concetto di attualità della volontà in senso meramente e necessariamente cronologico, ovvero come sinonimo di contestualità, salvo che, così opinando, non si intenda contenere aprioristicamente l'ambito operativo del consenso informato. Tanto precisato, l'attualità del consenso va affermata piuttosto in senso logico [piuttosto che cronologico]: attuale, cioè, sarà la volontà che, manifestata per valere al sopraggiungere di una condizione di incoscienza, non sia stata revocata prima del verificarsi di una siffatta situazione».

Nella sua essenza, infatti, la scelta terapeutica è basata su un giudizio di compatibilità e coerenza della proposta medica con la struttura morale del paziente, con la rappresentazione della sua umanità, con l'immagine che ha di sé e che vuole lasciare: in sintesi con la sua dignità⁹⁴. Pensare quindi che la sola volontà espressa *'in flagranza'* sia effettiva e vincolante, significherebbe privare il

⁹³ F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 108 ss.; ID., *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, *ibidem*, 2001, 380 ss.

⁹⁴ C. CASONATO, *Il malato preso sul serio: consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Corte di cassazione*, in *Quad. cost.*, 2008, 3, 546.

soggetto della propria identità biografica, in quanto l'espressione del dissenso terapeutico rappresenta comunque il frutto di un percorso di vita, fatto di esperienze, ricerche, dolore e amore, che portano l'individuo a fare determinate scelte, le quali non possono essere messe tra parentesi in quanto non manifestate in modo attuale.

Sul piano ermeneutico, la parte maggiormente innovativa del provvedimento si ritrova laddove il decreto fornisce una lettura espansiva della normativa di riferimento costituita dal combinato disposto tra gli artt. 404, 406 e 408 c.c.: in particolare si sostiene che il tenore letterale dell'art. 404 c.c. dovrebbe suggerire all'interprete che l'attualità dello stato di incapacità di intendere e di volere sia presupposto per la produzione degli effetti dello strumento protettivo ma non anche requisito per la sua istituzione, venendo tale interpretazione confermata non solo dal dispositivo dell'art. 406 c.c., che attribuisce la legittimazione attiva allo stesso beneficiario, pur se dotato di piena capacità di agire, ma anche dall'art. 408, 1° comma, c.c., che espressamente prevede la facoltà del beneficiario di designare, con atto pubblico o scrittura privata autenticata, l'amministratore di sostegno «in previsione della propria eventuale futura incapacità»⁹⁵.

Il giudice ha così accolto il ricorso, e, argomentando proprio a partire dall'apparente situazione di inattualità dell'impossibilità di cura dei propri interessi da parte del beneficiario, ha fornito del requisito in parola una lettura inconsueta⁹⁶,

⁹⁵ In senso analogo si era pronunciato il giudice tutelare del Tribunale di Siena che, con decreto 18 giugno 2007 (in *www.personaedanno.it*, 2007), ha accolto il ricorso proposto da una signora che stava per sottoporsi ad un intervento medico-chirurgico, nominando, in via d'urgenza, la figlia quale amministratore di sostegno, col compito di esprimere «il consenso ad eventuali trattamenti sanitari o medico-chirurgici ove l'interessata non sia in grado di prestarlo, secondo le indicazioni date dalla medesima in relazione ad intervento di espianto e reimpianto di protesi al ginocchio, nel documento 'direttive anticipate relative alle cure mediche' sottoscritto dall'interessata in data 30 maggio 2007». Il giudice tutelare del Tribunale di Bologna, sez. dist. Imola, con decreto 4 giugno 2008 (in *www.personaedanno.it*, 2008) ha affermato che: «per il combinato disposto dell'art. 404 c.c. e dell'art. 6 della Convenzione di Oviedo, può provvedersi alla nomina di un amministratore di sostegno per un paziente che non sia in grado di prestare consapevolmente il proprio consenso ai trattamenti sanitari. Allorché l'interessato chieda la nomina di un amministratore di sostegno, dal medesimo designato all'udienza di comparizione avanti al giudice tutelare, al fine di dare attuazione alle direttive anticipate per cure mediche precedentemente redatte e sottoscritte, l'incarico vicariale dovrà essere affidato alla persona designata dall'amministrando, sempreché risulti idonea all'incarico, con il compito specifico di compiere gli atti indicati nelle direttive mediche predisposte e confermate in udienza».

⁹⁶ Si vedano Trib. Pistoia, decr. 8 giugno 2009, in *Corr. merito*, 8-9, 2009, 841; Trib. Pistoia, decr. 1° aprile 2009, in *Fam. dir.*, I, 2010, 52; tali pronunce approssimano il tema lungo un percorso logico differente rispetto a quello dei decreti modenesi, sostenendo, nonostante la presenza di dichiarazioni anticipate di trattamento, l'applicazione del principio di diritto espresso nella sentenza della Cassazione civile n. 23676/2008 e quindi la necessaria intermediazione del giudice che dovrà valutare, oltre al requisito oggettivo della irreversibilità della condizione clinica, la sussistenza della attualità della volontà precedentemente espressa. Questo accertamento renderebbe pertanto inidonea o quanto meno superflua l'investitura anticipata dell'amministratore di sostegno.

«disvelando potenzialità applicative della l. n. 6 del 2004 passate, fino ad oggi, inosservate»⁹⁷.

Pare improprio, se non eccessivo, sostenere che «il decreto del giudice di Modena sia espressione più che di un sereno e umile esercizio della funzione giurisdizionale, di una vera e propria crociata condotta in nome, appunto, di una sorta di religione laica. Il giudice si è così trasformato nel missionario di una causa, basata su un valore, contro altri valori»⁹⁸. Ciò in quanto, nel contesto della logica garantistica che connota l'amministrazione di sostegno quale istituto volto a proteggere l'essere umano e le sue esigenze di vita, salute, rapporti familiari e sociali, «la rilevanza dei diritti costituzionali che verrebbero sacrificati accogliendo l'interpretazione più restrittiva [del requisito dell'attualità dell'impossibilità gestionale] giustifica quella che può apparire una forzatura del testo, ma che va invece piuttosto riguardata come una lettura delle legge aderente al suo spirito ed alle sue finalità»⁹⁹.

Il terzo decreto, datato 27 febbraio 2009, rappresenta un ulteriore sviluppo di quell'orientamento volto a garantire, in modo integrale, la libertà e l'autodeterminazione, facendo dell'amministrazione di sostegno uno strumento di attuazione dei diritti costituzionalmente garantiti dagli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione.

Nel caso *de quo*, utilizzando lo strumento della nomina (ora per allora) dell'amministratore, il giudice tutelare ha cercato di venire incontro alle richieste di un anziano ottantaseienne, ingegnere in pensione, ancora perfettamente cosciente, che rifiutava categoricamente il ricovero ospedaliero, nonché qualsivoglia terapia di sopravvivenza artificiale attuata con strumenti meccanici (ventilazione, alimentazione, idratazione forzata e trasfusioni di sangue), fatta salva la richiesta ai sanitari di prestare cure palliative tempestive al fine di annullare ogni sofferenza¹⁰⁰.

La particolarità del caso è data dal fatto che l'anziano, come accertato dal magistrato nel corso del colloquio istruttorio, pur essendo perfettamente in grado di redigere un testamento, era deciso a non conferire alcuna delega «a nessuno, nemmeno in caso di emergenza o di incoscienza per la gestione del suo futuro biologico e patrimoniale», richiedendo tuttavia che le sue volontà (ovvero rifiuto di qualsiasi terapia) fossero comunque rispettate¹⁰¹.

⁹⁷ S. RODOTÀ, *Perché laico*, Roma-Bari 2009, 101.

⁹⁸ F. GAZZONI, *Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della cd. 'morte dignitosa'*, in *Dir. fam.*, 2009, 1, 288 ss.

⁹⁹ G. FERRANDO, *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*, in *Fam. dir.*, 2009, 280 ss.; P. CENDON, R. ROSSI, *Individuato un neo-segmento operativo che l'istituto può sostenere a pieno titolo*, in *Guida dir.*, 2009, 11, 35 ss.; ID., *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, Torino 2009, 345 ss.; R. MASONI, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento medico-sanitario: contrasti, nessi e relazioni*, in *Giur. merito*, 2010, 1, 104 ss.

¹⁰⁰ F. BOTTI, *Il pluralismo religioso come antidoto allo Stato etico*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2011, 14 ss.

¹⁰¹ Per tale motivo il ricorso era stato presentato dalla responsabile dell'ufficio tutele dell'Asl di

Nel decreto si legge che, se si avesse riguardo alla sola capacità di esprimere in modo lucido e critico le proprie volontà, il conferimento dell'incarico ad un amministratore di sostegno non sarebbe necessario, poiché il soggetto, sebbene «affettivamente solo e alla mercé di estranei», risulta essere perfettamente in grado di autodeterminarsi nelle sue scelte in merito ai trattamenti ai quali essere sottoposto, nel pieno rispetto di quanto sancito dal combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 Cost¹⁰².

Il giudice tuttavia, richiamato il percorso ermeneutico che si snoda tra i principi costituzionali e la giurisprudenza che ne ha dato applicazione, rileva come la nomina dell'amministratore di sostegno (ora per allora) si riveli un mezzo di «tutela doverosa [del] diritto assoluto della persona a che il naturale evento della morte si attui con modalità coerenti all'autocoscienza della propria dignità quale costruita nel corso della vita attraverso le sue ricerche razionali e le sue esperienze emozionali».

Per questi motivi, al fine di tutelare il soggetto nella gestione del patrimonio e per consentire che la volontà di quest'ultimo sia rispettata anche dopo il passaggio della soglia della capacità, il giudice modenese ha disposto la nomina dell'amministratore di sostegno che, nel caso di specie, veniva individuato nella figura del legale del beneficiario, nei confronti del quale lo stesso aveva «mostrato familiarità e fiducia piene nel corso dell'udienza della visita domiciliare».

La casistica, riportata nelle pronunce analizzate, dà conto della complessità dei bisogni e delle aspirazioni che emergono sulla soglia della vita, di cui l'amministratore deve farsi carico in ragione del rapporto (l'affiancamento, il sostegno, l'appoggio) con il soggetto debole: si tratta insomma dei molti modi di esercitare il 'mestiere di vivere', che inevitabilmente si intrecciano alle tematiche, strettamente giuridiche, del consenso informato, del diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari, della stessa rivendicazione alla dignità nel momento terminale dell'esistenza.

È in tale contesto che deve essere valorizzata l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale (penso alle sentenze nn. 253/2009 e 438/2008) che ha inteso recuperare e 'stabilizzare' tutto un complesso di disposizioni normative e di elaborazioni giurisprudenziali all'interno della cornice costituzionale, creando un circolo ermeneutico tra gli artt. 2, 13 e 32 Cost., volto a riaffermare il legame dialettico tra dignità, salute e autodeterminazione.

Ciò comporta la riaffermazione di un concetto unitario di persona, con tutta

Modena, in considerazione, tra l'altro, anche della condizione personale dell'anziano: vedovo, cieco, senza progenie, con parenti con i quali si rifiutava d'intrattenere rapporti, nonché titolare di un patrimonio considerevole che, in caso di sopravvenuta incapacità, non sarebbe stato in grado di gestire.

¹⁰² In modo conforme, in una vicenda analoga, si è espresso Trib. Firenze, decr. 22 dicembre 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 6, 487.

la sua carica evocativa, quale sintesi verbale della valorialità complessa ed irripetibile di ogni essere umano, che viene declinata differentemente a seconda delle plurime articolazioni di ciascuna esistenza e della concretezza del contesto in cui ogni individuo si trova, in un preciso attimo, a calcare la scena della vita.

Sotto questo profilo l'elaborazione della giurisprudenza di merito viene a dare completezza ad un diritto altrimenti 'monco', privo di istituti e strumenti processuali volti ad affermarne l'effettività: effettività che si esprime attraverso l'amministrazione di sostegno quale viatico per l'affermazione del «diritto alla pianificazione anticipata delle cure che permette di formulare ed esplicitare un progetto di vita grazie al quale l'uomo, proprio in quanto essere capace di progettualità, elabora e rivela il proprio concetto di esistenza e nel quale la salute viene a modellarsi su scelte individuali che riflettono l'idea che il soggetto ha di sé, sia nel presente che in proiezione futura»¹⁰³.

La pianificazione anticipata delle cure diventa pertanto la proiezione nel tempo della libertà di autodeterminazione individuale in ordine alla propria salute, consentendo di apprestare la tutela della persona «non soltanto nel suo essere, per così dire, attuale, ma anche nello sviluppo stesso della sua personalità che si proietta, in prospettiva diacronica, fino a che la persona è – e resta – tale, e quindi anche oltre ai confini della capacità di agire»¹⁰⁴.

Nel perseguire tale finalità, l'istituto introdotto dalla legge n. 6/2004 consente ai giudici di riaffermare la pari dignità anche dell'incapace, che è soggetto morale, a cui va riconosciuta il rispetto delle proprie volontà, come esplicazione di quell'identità narrativa che – citando Ricoeur – mette in racconto gli eventi e le scelte essenziali di un'esistenza (da qui il riferimento, come criterio per ricostruire tale volontà, allo stile di vita, inclinazioni, valori di riferimento e convinzioni etiche, religiose, culturali, filosofiche dell'individuo)¹⁰⁵.

In tale prospettiva è il ruolo e il rispetto della volontà del paziente divenuto incapace a venire in rilievo in un recente caso trattato dal Tribunale di Reggio Emilia¹⁰⁶, una vicenda di particolare drammaticità e delicatezza, dato che la paziente, affetta da sclerosi multipla maligna in fase avanzata, dal punto di vista neurologico, avendo subito una grave compromissione delle capacità di comu-

¹⁰³ A. SANTOSUOSSO, F.G. PIZZETTI, *Se il come è tutto: vivere e morire per il diritto*, in *www.lex.it*, 2011, 12, 70.

¹⁰⁴ F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano 2008, 137 ss.

¹⁰⁵ «Là dove lo schema della consensualità diviene comunque impraticabile [essendo sopravvenuta l'incapacità], si deve valorizzare con propri strumenti il criterio, concorrente e suppletivo, del rispetto assoluto verso l'identità della persona, intesa come convinzioni, concezioni di vita, preferenze comunque manifestate: è più facile per un paziente fare una dichiarazione di identità, che dice in modo semplice qual è il suo criterio di bene e di vita, che non una disposizione anticipata di trattamento» (Cfr. P. ZATTI, *Per un'ecologia del rapporto terapeutico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 3, 149).

¹⁰⁶ Trib. Reggio Emilia, decr. 24 luglio 2012, cit.

nicazione con il mondo esterno, non era più in grado di esprimere autonomamente le proprie determinazioni in ordine alla alternativa tra il «*procedere con manovre invasive (intubazione o ventilazione meccanica invasiva) o con la sola terapia palliativa*».

Pertanto, a seguito dell'accertamento di tale condizione, il giudice procedeva, in sede di istruttoria, all'audizione dei parenti e delle persone che le erano state maggiormente vicine, allo scopo di ricostruirne la volontà in ordine ai propostati trattamenti sanitari;

Ne emergeva il quadro di una donna forte, piena di vita, con convinzioni radicate e aperta alla speranza (indicativa la sua strenua volontà di avere un figlio nonostante la malattia che le era stata diagnosticata), ma ciò che viene ad illuminare le sue scelte è, nella specie, un episodio di vita che – come nel caso 'Englaro' – dà sostanza alla prova della ricostruita volontà della donna, ossia le circostanze della morte di suo padre.

Secondo quanto dichiarato da un'amica, e confermato dal marito della paziente, in occasione del rapido peggioramento delle condizioni di salute del padre, affetto da carcinoma epatico, la donna aveva avuto modo di esprimere i suoi personali convincimenti circa le cure terminali, dichiarandosi esplicitamente contraria a ogni forma di accanimento terapeutico. Convinzione rafforzata dalla circostanza che, seppure vi fosse stata una certa opposizione degli altri familiari, ella aveva deciso di fare morire il padre a casa sua, in quanto «era contraria ad accanirsi nelle cure».

Seppure in un quadro frastagliato, ma l'esistenza umana è complessa e il 'mestiere di vivere' non può essere standardizzato evolvendo nelle varie stagioni della vita, dall'istruttoria il giudice desume – tenendo conto della volontà espressa dalla paziente prima di cadere in stato di incapacità ovvero dei valori di riferimento e delle convinzioni dalla stessa espresse – che la stessa avrebbe considerato i trattamenti di sostegno vitale artificiale incompatibili con quella rappresentazione di sé sulla quale aveva costruito la sua vita fino a quel momento e contrari al suo modo di intendere il concetto di dignità¹⁰⁷.

¹⁰⁷ In tal senso, come sottolineato dalla Cassazione n. 21748/2007, «la ricerca della presunta volontà della persona in stato di incoscienza – ricostruita, alla stregua di chiari, univoci e convincenti elementi di prova, non solo alla luce dei precedenti desideri e dichiarazioni dell'interessato, ma anche sulla base dello stile e del carattere della sua vita, del suo senso dell'integrità e dei suoi interessi critici e di esperienza – assicura che la scelta in questione non sia espressione del giudizio sulla qualità della vita proprio del rappresentante, ancorché appartenente alla stessa cerchia familiare del rappresentato, e che non sia in alcun modo condizionata dalla particolare gravosità della situazione, ma sia rivolta, esclusivamente, a dare sostanza e coerenza all'identità complessiva del paziente e al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Il tutore ha quindi il compito di completare questa identità complessiva della vita del paziente, ricostruendo la decisione ipotetica che egli avrebbe assunto ove fosse stato capace; e, in questo compito, umano prima che giuridico, non deve ignorare il passato dello stesso malato, onde far emergere e rappresentare al giudice la sua autentica e più genuina voce».

All'amministratore di sostegno veniva quindi affidato il compito di esprimere un *substituted judgement* (giudizio sostitutivo), in caso di peggioramento ulteriore delle condizioni di salute, volto ad autorizzare le sole cure palliative: laddove, infatti, la beneficiaria è incapace di esercitare il suo diritto, non per questo la sua autodeterminazione deve risultarne svilita o annullata¹⁰⁸, ma anzi il sostituto, o decisore surrogato (*surrogate decision maker*), si deve far portavoce delle pregresse volontà del paziente, del suo sistema di valori, salvaguardandone l'identità personale e morale¹⁰⁹.

Ci introducono alla seconda tematica trattata, ossia l'esercizio della libertà di coscienza, due decreti, datati rispettivamente 14 gennaio e 7 giugno 2011¹¹⁰, adottati dal Tribunale di Treviso, con riguardo alla vicenda di una signora, aderente alla congregazione dei Testimoni di Geova, affetta da sclerosi multipla. Pur avendo già manifestato nel 2007, attraverso una dichiarazione anticipata di trattamento, il proprio convincimento volto al rifiuto di emotrasfusioni e di trattamenti salva-vita, la signora provvedeva a ricorrere al giudice tutelare affinché il marito fosse nominato quale suo amministratore di sostegno, con l'incarico di far valere la propria volontà nel caso, per lo sviluppo della malattia, fosse divenuta incapace di esprimerla personalmente¹¹¹.

Tale volontà veniva confermata, anche nell'istruttoria procedimentale, nel corso della quale la ricorrente «nonostante le difficoltà espressive che il suo stato di salute comporta, ha confermato (...) la volontà già manifestata con le dichiarazioni anticipate di trattamento, ribadendo il rifiuto delle emotrasfusioni (rifiuto da lei espresso con le parole, ripetute più volte nel corso dell'esame diretto, "niente sangue", "niente sangue")»¹¹².

¹⁰⁸ Se non si perseguisse questa opzione, le alternative prospettabili sarebbero quella di affidare la scelta alla discrezionalità del professionista sanitario sulla base del suo apprezzamento oggettivo oppure di considerare indecidibile (in contrasto con il divieto del *non liquet*) la domanda volta ad ottenere l'interruzione o impedire l'esecuzione di determinati trattamenti terapeutici, ponendo, in definitiva, gli incapaci in una sorta di terra di nessuno, in una condizione inafferrabile dal punto di vista giuridico. In dottrina E. PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 3, 374; M. SESTA, *Disposizioni di fine vita: il ruolo degli operatori del diritto*, in *www.personaedanno.it*, 2008; anche A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 68 ss.; A. D'ALOIA, *Decidere sulle cure. Il discorso giuridico al 'limite della vita'*, in *www.biodiritto.it*.

¹⁰⁹ Su tale figura l'accurata analisi critica di L. MINGARDO, *Quinlan, Cruzan ed Englaro. La giurisprudenza americana in tema di substituted judgement attraverso gli occhi di un giudice italiano: la (ri)costruzione della volontà del paziente incapace*, in C. CASONATI, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Forum BioDiritto 2008. Percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita e altri problemi*, cit., 432 ss.

¹¹⁰ Reperibili su *www.personaedanno.it*

¹¹¹ F. BOTTI, *Il pluralismo religioso come antidoto allo Stato etico*, cit., 19 ss.

¹¹² Si veda Cass. civ., sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676, in *Foro it.*, 2009, I, 36 che, nel rigettare la richiesta risarcitoria avanzata dal paziente, ha negato effetto alla dichiarazione "no sangue" consegnata ad un cartoncino che questi, aderente ai Testimoni di Geova, recava con sé, nel momento in cui era stato ricoverato in stato di incoscienza e in pericolo di vita. Per un'analisi si veda G. FACCI, *I medici, i Testimoni di Geova e le trasfusioni di sangue*, in *Resp. civ.*, 11, 2006, 932 ss.; S. ROSSI, "Di

Sulla scorta di tali emergenze processuali, il giudice, richiamata l'ampia elaborazione giurisprudenziale sul dissenso alle cure, ha proceduto alla nomina dell'amministratore di sostegno, quale garante del rispetto delle volontà espresse dalla ricorrente, motivate, in particolare, dai propri convincimenti religiosi.

È indiscusso come, in tale caso, fosse in gioco non solo il diritto all'autodeterminazione, ma anche quello alla libertà di coscienza quale principio creativo che rende possibile la realtà delle libertà fondamentali dell'uomo¹¹³.

Vi è ormai una evidente prossimità, se non un rapporto di presupposizione, fra libertà di coscienza e libertà religiosa¹¹⁴: sebbene non menzionata in Costituzione, la prima è il vero oggetto della tutela, dal momento che l'inserimento della libertà religiosa tra i diritti inviolabili della persona impone logicamente la garanzia di un'eguale protezione anche per la libertà di coscienza, non essendo neppure concepibile che la sfera della coscienza sia inviolabile solo se religiosa o secondo linee di demarcazione stabilite dallo Stato¹¹⁵.

Facendo applicazione di tale principio pertanto «lo Stato dovrebbe garantire, ancora prima della manifestazione pubblica della coscienza religiosa o areligiosa, la formazione stessa di tale coscienza: l'opzione spirituale, in cui si esprime la libertà di religione e verso la religione (...) deve rilevare nella fase genetica e dinamica (...), mentre deve passare in seconda linea la considerazione dei risultati a cui conduca nelle cose ogni singola scelta personale. Più che la libertà dei singoli di esternare, nelle forme reputate più appaganti, il proprio sentimento religioso (o areligioso o irreligioso), oggetto primario di tutela e promozione deve essere la loro libertà di formare in concreto entro di sé proprie personali convinzioni nelle materie religiose (...). L'incidenza giuridica della libertà della coscienza [deve] cadere in un momento logicamente anteriore a quello in cui le convinzioni dei soggetti arrivino a palesarsi esteriormente, cosicché anzitutto possa essere salvaguardato l'atteggiamento psicologico interiore dell'individuo, la c.d. 'libertà psicologica', ossia, in definitiva, la possibilità per il singolo di effettuare delle scelte veramente libere, coscienti, meditate e quindi responsabili»¹¹⁶.

una sola voce ne abbiamo sentite due": nota a Cass. 15 settembre 2008, n. 23676, in *www.forumcostituzionale.it*, 2008.

¹¹³ Corte cost., 19 dicembre 1991, in *Giur. cost.*, 3, 1991, 3805.

¹¹⁴ La concezione maggiormente condivisibile pare quella che vede nella libertà di coscienza una sorta di momento genetico, di «*caput et fundamentum*» di tutti i diritti connessi con la libertà religiosa, perché grazie alla libertà di coscienza è data al soggetto la facoltà di scegliere se e come schierarsi o non schierarsi in campo religioso, se aderire o meno ad una fede o ad una particolare concezione di vita. Inoltre una simile scelta, prima di dar luogo ad atteggiamenti esteriori, comporta la formazione di un convincimento intimo (Cfr. S. TROILO, *La libertà religiosa a sessant'anni dalla Costituzione*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2007, 11). Più di recente le riflessioni di M. CROCE, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, Pisa 2012, 83 ss.

¹¹⁵ C. CARDIA, *Religione (libertà di)*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano 1998, 89 ss.

¹¹⁶ V. BELLINI, *Ateismo*, in *Digesto. Disc. pubbl.*, I, Torino, Utet, 1987, 519.

Su questa tematica si sono espressi, valorizzando la funzione dell'amministrazione di sostegno, anche altri giudici tutelari¹¹⁷, in particolare in un decreto del Tribunale capitolino¹¹⁸, dopo aver sottolineato che «il diritto di professione religiosa e la relativa libertà di culto si manifestano, d'altro canto, anche vivendo ed operando nell'osservanza dei precetti religiosi, così come, per altro verso, la stessa Corte costituzionale (sent. 22 ottobre 1990, n. 471) ha avuto modo di affermare che la libertà di autodeterminarsi in ordine ad atti che coinvolgono il proprio corpo rappresenta espressione della libertà personale inviolabile di cui all'art. 13 della Carta costituzionale», il giudice ha nominato d'urgenza «un amministratore di sostegno provvisorio col compito di manifestare ai sanitari la volontà a suo tempo espressa dal beneficiario in merito ad atti trasfusionali di sangue ed emoderivati ed a prestare il consenso informato ai trattamenti terapeutici necessari per la cura della salute fisica e psichica del beneficiario».

Nel caso di specie, il giudicante è andato alla ricerca della volontà espressa in precedenza dal paziente, in condizione di incapacità al momento del ricorso, e, in assenza di documenti o direttive anticipate di trattamento, procedendo a ricostruire tale volontà mediante l'attività istruttoria consistita nell'assunzione, a sommarie informazioni, della moglie e della figlia dell'uomo, le quali concordemente hanno evidenziato che lo stesso aveva espresso volontà univoca di non soggiacere ad emotrasfusioni anche in caso di pericolo di vita e pur in assenza di cure alternative, data la sua qualità di ministro di culto della Congregazione dei Testimoni di Geova.

In tal senso, il giudice, anticipando l'orientamento espresso dalla Cassazione nel caso 'Englaro', ha inteso tutelare «il diritto al dissenso» anche dell'incapace, adoperandosi, quindi, al fine di individuarne le modalità di espressione o di ricostruzione, facendo applicazione della dottrina del *substituted judgement standard*¹¹⁹, definito «our best legal tool to divine individual intent and to protect autonomous choice»¹²⁰.

¹¹⁷ Trib. Vibo Valentia, sez. dist. Tropea, 30 novembre 2005 e Trib. Roma, 21 dicembre 2005, in *Fam. dir.*, 2006, 523 ss.; Trib. Siena, 18 giugno 2007, in *www.personaedanno.it*, 2007; *contra* Trib. Genova, decr. 6 marzo 2009, n. 6058, in *Fam. dir.*, 1, 2010, 187. Hanno attribuito rilevanza alle dichiarazioni sottoscritte in via anticipata dal testimone di Geova: Trib. Messina, Giudice per le indagini preliminari, 11 luglio 1995, n. 186, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 2, 202-208; Pretura Circondariale di Roma, sez. II, 3 aprile 1997, n. 13163, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1997, 909-910; Trib. Pordenone, 11 gennaio 2002, in *Bioetica*, 2, 2002, 390-395; Trib. Tivoli, sez. dist. Palestrina, 10 ottobre 2007, in *www.personaedanno.it*, 2007.

¹¹⁸ Trib. Roma, 21 dicembre 2005, *cit.*

¹¹⁹ L. MINGARDO, *Quinlan, Cruzan ed Englaro. La giurisprudenza americana in tema di substituted judgement attraverso gli occhi di un giudice italiano: la (ri)costruzione della volontà di un paziente incapace*, in C. CASONATO, C. PICCOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Forum Biodiritto 2008. Percorsi a confronto: Inizio vita, fine vita e altri problemi*, cit., 402 ss.

¹²⁰ Justice Lynch's dissenting opinion in *Brophy v. New England Sinai Hospital States*, 398 Mass. at 448,497 N.E.2d at 643.

Peraltro, come sottolineato da autorevole dottrina¹²¹, «nel caso dei Testimoni di Geova il cui rifiuto alla emotrasfusione è saldamente radicato entro profonde e coerenti motivazioni religiose che non è rispettoso ritenere sconfessabili in caso di estremo pericolo di vita (...) alle dichiarazioni rese [si dovrebbe attribuire] un valore vincolante per il medico cui dovrebbe assoggettarsi anche quando il soggetto versi in condizioni di “incompetenza” e non sia più in grado di attualizzare il proprio rifiuto alla trasfusione di sangue, al fine di non incorrere in una violazione indiscriminata dell'altrui diritto di disporre della libertà religiosa e di coscienza»¹²².

Vi sono infine delle ‘zone d'ombra’ anche nell'applicazione dell'istituto qui analizzato, laddove il giudice si fa latore di una propria visione del mondo, definendo quale sia il *best interest* dell'individuo e utilizzando l'amministrazione di sostegno quale strumento coercitivo e limitativo della libertà personale.

Emblematica è una pronuncia del Tribunale di Roma¹²³ con la quale si provvedeva a nominare un amministratore di sostegno ad una paziente affetta da cancrena alle gambe, la quale preferiva morire piuttosto che essere operata, sostenendo che la stessa non fosse in condizioni di esprimere validamente e consapevolmente un consenso all'intervento chirurgico proposto dai sanitari.

Senonché, senza dover scomodare gli artt. 13 e 32 della Costituzione, tale provvedimento appare in contrasto con l'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 che sancisce la volontarietà degli accertamenti e trattamenti sanitari, l'art. 35 del Codice di deontologia medica a mente del quale «il medico deve intervenire, in scienza e coscienza, nei confronti del paziente incapace, nel rispetto della dignità della persona e della qualità della vita, evitando ogni accanimento terapeutico, tenendo conto delle precedenti volontà del paziente», principio a sua volta confermato nel successivo art. 36 secondo cui il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tenere conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso.

¹²¹ M. BARNI, *Diritti-doveri, responsabilità del medico*, Milano 1999, 135; sul caso recente del Trib. Bari, sez. dist. di Putignano, decr. 18 agosto 2011, la nota di M. DI MASI, *Testimoni di Geova e amministrazione di sostegno: nuovi orizzonti del fine-vita*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 1, 145 ss.

¹²² App. Cagliari, 16 gennaio 2009, in *Guida dir.*, 2009, 55 ss. ove si afferma: «È consentito al soggetto che dichiara di professare il credo religioso della confessione denominata Testimoni di Geova, ricoprendo il ruolo di ministro della stessa confessione religiosa, di esprimere anticipatamente un rifiuto per essere sottoposto a trasfusioni di sangue e di emoderivati, anche designando una persona di propria fiducia come suo rappresentante *ad acta* per tale scopo, previa contestuale nomina della stessa persona come amministratore di sostegno del beneficiario. La legge che ha istituito l'amministratore di sostegno, essendo finalizzata a valorizzare la volontà del soggetto nel cui interesse l'amministratore di sostegno è nominato, consente di attribuire rilievo alla direttiva anticipata formulata dal beneficiario, in forma scritta e alla presenza di testimoni, riguardante il non consenso alle emotrasfusioni. L'amministratore di sostegno nominato per attuare la direttiva anticipata del beneficiario che ha negato il consenso per le emotrasfusioni, deve assicurare il rispetto della direttiva conformemente alla volontà manifestata, sino a quando non sia revocata».

¹²³ Trib. Roma, 19 marzo 2004, in *Notariato*, 2004, 249.

Infine, l'antinomia appare stridente alla semplice lettura della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, sottoscritta a Oviedo il 4 aprile 1997 e ratificata con legge 28 marzo 2001, n. 145, per la quale: «*Une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donnée son consentement libre et éclairé. Cette personne reçoit préalablement une information adéquate quant au but et à la nature de l'intervention ainsi que quant à ses conséquences et ses risques. La personne concernée peut, à tout moment, librement rétirer son consentement*» (art. 5).

Appare evidente quindi che il ricorso all'amministrazione di sostegno, non per ampliare o comunque «tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità d'agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia» (art. 1 legge n. 6/2004), bensì per determinare in modo paternalistico il loro *best interest*, sovrapponendosi ed elidendo una pregressa volontà contraria, costituisce un precedente che viene a tradire le finalità stesse dell'istituto in commento¹²⁴.

Tuttavia, se, nell'oltrepassare la linea d'ombra, qualche giudice ha perso il senso dell'orientamento, facendosi onnipotente demiurgo delle vite altrui, ciò non significa che, nella maggior parte dei casi, non si sia data applicazione alla legge n. 6/2004 con assoluto rigore e in una prospettiva di tutela della libertà e dell'autonomia del soggetto debole.

Così in un caso trattato dal Tribunale di Venezia¹²⁵, il giudice tutelare si è trovato investito del ricorso, presentato dai servizi psichiatrici dell'azienda sanitaria locale, per la nomina di un amministratore di sostegno a beneficio di un uomo affetto da psicosi con manie di persecuzione, con il compito di imporre fisicamente al soggetto l'assunzione dei farmaci.

Il giudicante ha ravvisato la necessità della nomina, ma non con la finalità richiesta dalla ricorrente Asl, quanto piuttosto al fine di accompagnare l'uomo nell'ambito di un progetto di recupero e di cura¹²⁶.

¹²⁴ Sul caso, in senso criticamente caustico, G. GENNARI, *Esiste un consenso informato per l'incapace di intendere e volere?*, in A. FARNETI, M. CUCCI, S. SCARPATI (a cura di), *Problemi di responsabilità sanitaria*, Milano 2007, 85 nota come «D'altronde preferire una morte certa e rapida piuttosto che trascorrere l'autunno della vita senza gambe è notoriamente segno di follia e quindi bene fa il giudice a valutare che chiunque (non trovandosi al posto dell'interessata) avrebbe preferito operarsi»; in senso critico anche C. CALÒ, *L'amministrazione di sostegno al debutto fra istanze nazionali e adeguamenti pratici*, in *Notariato*, 2004, 3, 249 ss.

¹²⁵ Trib. Venezia, sez. dist. S. Donà di Piave, decr. 16 maggio 2011, in *www.personaedanno.it*, 2011.

¹²⁶ Nella motivazione del decreto «si evidenzia che il beneficiario nega la propria condizione di malato e rifiuta ogni conseguente cura, negando il consenso per l'assunzione di qualsiasi farmaco. Il giudice tutelare ritiene quindi di dover rispettare la volontà del beneficiario in merito alla scelta sul se curarsi o meno, soprattutto in considerazione del fatto che non sussistono pericoli per l'incolumità del beneficiario. Il sig. G. B. ha invero dichiarato che in passato, quando la madre o i medici gli somministravano i farmaci contro la sua volontà, egli li sputava immediatamente. La funzione che i ricorrenti vorrebbero assegnare all'amministrazione di sostegno consisterebbe dunque sostanzialmente nell'imposizione fisica dell'assunzione del farmaco da parte del sig. G. B. e nell'impedimento

In un altrettanto recente questione sottoposta all'attenzione del Tribunale di Busto Arsizio¹²⁷, il giudice tutelare ha rigettato il ricorso, proposto dalla madre di un ragazzo affetto da sindrome di Down, volto alla nomina di un amministratore di sostegno per la riscossione e gestione della pensione di quest'ultimo, la presentazione di istanze presso pubblici uffici nonché della dichiarazione dei redditi.

Il ragazzo infatti, pur parzialmente incapace, aveva il supporto della famiglia ed era inserito in un buon contesto socio-assistenziale, frequentando anche un centro diurno di avviamento al lavoro. Sicchè, sebbene la sindrome di Down sia «tale da renderlo un soggetto sicuramente debole, tuttavia la protezione di cui egli necessita attualmente risulta assicurata in modo idoneo dalla rete familiare e socio assistenziale di riferimento, di talchè non si ritiene necessaria la nomina, allo stato, di un amministratore di sostegno».

Tale conclusione viene giustificata, nel decreto, sulla base di una riflessione che ci riporta alle radici storiche, culturali e ideali di quel percorso che ha condotto all'approvazione della legge n. 6/2004, laddove il giudice rileva che «la necessità di un amministratore di sostegno sempre e in ciascuna situazione di bisogno comporta una necessaria "istituzionalizzazione" di ogni figura di "assistente" e ciò tradisce la lettera e lo spirito della legge»¹²⁸, che ha inteso invece, riespandere nel massimo grado possibile la sfera di libertà e di interazione del 'soggetto fragile' con il mondo. In tal senso – i provvedimenti in rassegna – ci ricordano come non sia possibile ricacciare il soggetto debole, liberato dall'istituzione totale di stampo manicomiale, in una sorta di 'purgatorio', costruito attraverso un uso improprio delle forme morbide dell'amministrazione di sostegno¹²⁹. Al contrario,

a questi di espellere il farmaco fino al suo completo assorbimento. Il giudice ritiene che si tratti di funzioni che non possano essere demandate ad un amministratore di sostegno. È opportuno invece che l'amministratore studi con il Centro di salute mentale un progetto di recupero e di cura per il beneficiario» (Trib. Venezia, sez. dist. S. Donà di Piave, decr. 16 maggio 2011; in senso analogo Trib. Trani, sez. dist. Ruvo di Puglia, 17 maggio 2011, in www.personaedanno.it, 2011 con cui si è rigettato il ricorso proposto per la nomina di un amministratore di sostegno ad un soggetto affetto da disturbo bipolare, sostenendo che con la misura *de quo* si voleva, di fatto, in contrasto con i voleri e le scelte espresse dal beneficiario, privare lo stesso di due diversi diritti fondamentali: il diritto alla libertà personale e quello alla salute).

¹²⁷ Trib. Busto Arsizio, sez. dist. Gallarate, 12 ottobre 2011, in www.ilcaso.it, 2011.

¹²⁸ In tal senso anche Trib. Trieste, decr. 5 ottobre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 1, 84 per cui «l'avvio del procedimento non sia affatto previsto sempre e comunque, a fronte di ogni situazione di "incapacità", ma imponga una articolata valutazione della situazione della persona in difficoltà, senza contare poi che l'allargamento a dismisura dell'ambito di concreta applicazione dell'istituto, rischierebbe di renderlo praticamente inefficace perché in concreto non gestibile nei tempi e modi previsti dal legislatore».

¹²⁹ Per cui «istituire un'amministrazione di sostegno per il solo fatto che il paziente accusa un disturbo psichiatrico equivarrebbe ad alimentare lo stigma, che, al contrario, la *ratio* istitutiva dell'Ads mirava a demolire completamente. Non solo: il rischio è quello di trasformare l'amministrazione di sostegno in un ammortizzatore sociale» (Cfr. Trib. Varese, decr. 28 giugno 2012, in www.ilcaso.it, 2012).

se libertà significa libertà di scelta, ossia capacità e necessità di scegliere, una volta riconosciuto in ogni individuo lo stesso valore assoluto che troviamo all'interno di noi stessi, l'imperativo a cui dobbiamo allora adeguare la nostra condotta è quello di rispettare – quale che sia – l'esito della scelta altrui.

5. *Conclusioni minime.* – Il percorso di analisi sviluppato potrebbe apparire – a prima vista – sfilacciato o privo di connessioni forti, in realtà si è tentato, prendendo atto della progressiva *deformalizzazione* delle categorie giuridiche, del linguaggio, della sintassi propria dei giuristi¹³⁰, di proporre una sorta di sillogismo¹³¹ che, nel definire il ruolo di 'equilibratore' del giudice comune, trovasse una delle possibili conferme concrete di tale ipotesi nell'attività giurisdizionale dei giudici tutelari.

L'analisi dei "casi difficili", che si è inteso narrare, dimostra come il giudice sia «istituzione sociale con una funzione sociale»¹³², volta a garantire la stabilità del diritto, quale forma di equilibrio, e, al contempo, l'evoluzione dello stesso¹³³, che, nel rispecchiarsi nella realtà, si adatta alle esigenze e alle esperienze che emergono dal tessuto sociale. Ciò non significa, tuttavia, prefigurare una mera proiezione automatica dal sociale al giuridico, che verrebbe a sacrificare la funzione prescrittiva del diritto, riducendone il ruolo a mera descrizione (o recezione) della realtà: difatti il diritto svolge una funzione selettiva, che per quanto fedele al pluralismo, non si può limitare ad arbitrare la procedura dei conflitti, ma deve trovare un equilibrio riflessivo nella cornice assiologica offerta dai principi costituzionali.

Si può sostenere, per concludere, che le considerazioni qui espresse siano lungi dal rivelarsi pacifiche, tuttavia per mezzo di esse si è cercato di rappresentare uno dei possibili percorsi attraverso i quali, ad oggi, si è riaffermata la forza e l'effettività dei principi costituzionali e il ruolo della giurisdizione come istanza di tutela dei diritti¹³⁴.

¹³⁰ G. AZZARITI, *I costituzionalisti al tempo di Babele*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 3, 749.

¹³¹ Questo il sillogismo: a) Il giudice è interprete e realizzatore di equilibrio, stante il venir meno della certezza del diritto; b) L'amministrazione di sostegno, quale istituto flessibile, si adatta e si rispecchia nelle esigenze ed esperienze di equilibrio sempre più ricorrenti nella nostra società in situazioni "difficili"; c) Il giudice tutelare, quale interprete e applicatore dell'istituto in questione, diviene paradigma di quella giurisdizione che è alla ricerca di nuovi equilibri in un contesto di nuovi diritti.

¹³² A. BARAK, *La natura della discrezionalità giudiziaria e il suo significato per l'amministrazione della giustizia*, in *Pol. dir.*, 2003, 1, 14 secondo cui «il diritto non è un fine in sé. È un mezzo per l'ordine sociale. Il tribunale ha una funzione sociale. Una Corte suprema non risolve semplicemente controversie; crea anche il diritto. Chiude il gap tra la legge e la vita».

¹³³ «Il diritto deve essere stabile» – ha scritto Roscoe Pound (R. POUND, *Interpretation of Legal History*, New York 1923, 1) – «e tuttavia non può essere immobile». La stabilità senza cambiamento è stagnazione; il cambiamento senza stabilità è anarchia. È necessario assicurare stabilità attraverso il cambiamento.

¹³⁴ I giudici quindi, non come «padroni del diritto», ma, più propriamente, «garanti della com-

Si tratta comunque di condizioni fragili e provvisorie, come lo sono i loro protagonisti, i quali hanno trovato nella giurisdizione e nella forza assiologia della Costituzione, strumento di tutela e realizzazione. Ma la provvisorietà è connotato della nostra esistenza e dell'esistenza stessa del diritto, quale prodotto dell'ingegno dell'uomo, sicchè se è vero – come ha notato Lipari¹³⁵ – che il tormento del giurista si consuma nella constatazione che «la giuridicità si pone all'un tempo come fine e come inizio, appagamento e insieme insoddisfazione, pienezza e contemporaneamente attesa di un ulteriore riempimento», allora la nostra fiducia in esso si potrà illuminare e consolidare solamente nei termini in cui l'equilibrio ne divenga architrave e criterio di applicazione¹³⁶.

plexità strutturale del diritto nello Stato costituzionale, [ossia] della necessaria, mite coesistenza di legge, diritti e giustizia» (G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 213).

¹³⁵ N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Famiglia*, 2006, I, 14.

¹³⁶ Mi sia consentito in conclusione di ricordare il dott. Guido Stanzani, prematuramente scomparso, un giudice giusto e sensibile ai bisogni dei soggetti deboli, che è stato l'iniziatore e il più fine interprete del filone giurisprudenziale oggetto di questo mio contributo.

RECENSIONI

Silvana Sciarra

L'EUROPA E IL LAVORO.
SOLIDARIETÀ E CONFLITTO IN TEMPI DI CRISI

Laterza 2013

Cesare Pinelli

Silvana Sciarra disegna una mappa dei tanti punti di crisi che attraversa il lavoro nell'Europa di questi anni difficilissimi e, insieme, delle possibili risposte. La disegna da giuslavorista padrona dei complessi equilibri e delle difficoltà strutturali del modello sociale europeo, senza tuttavia farsi contagiare dal rimpianto per un diritto del lavoro costruito entro recinti nazionali. La paura diffusa in un continente sfibrato da una crisi non soltanto economica è anzi "una falsa partenza", poiché "L'emersione di nuovi ordini di regole non deve essere percepita come forza destabilizzante per gli ordinamenti nazionali e per i sotto-sistemi che in essi si sviluppano. Al contrario, essa deve apparire carica di presagi positivi, poiché si sforza di cogliere segnali di cambiamento nelle aggregazioni degli interessi collettivi e nel sorgere di nuovi regimi di solidarietà transnazionale" (8). Alla percezione collettiva di un vuoto incolmabile fra politiche economiche e

monetarie e politiche sociali nel processo decisionale europeo, alle preoccupazioni per i rischi di *dumping* sociale e alle connesse tentazioni di un ripiegamento protezionistico, l'A. contrappone soluzioni, necessariamente coraggiose, in grado di spingere più avanti l'integrazione delle tutele e dei relativi strumenti a partire dalla contrattazione collettiva.

L'assetto delle relazioni fra le parti sociali, il ruolo delle istituzioni politiche dell'Unione, gli indirizzi della Corte del Lussemburgo e la formazione di circuiti transnazionali, giurisdizionali e non, sono gli scenari su cui si sofferma il libro, partitamente e nelle reciproche interazioni.

Prima di disegnare la mappa l'A. fa il punto sulle innovazioni del Trattato di Lisbona, che oltre ad annoverare per la prima volta gli obiettivi della piena occupazione e del progresso sociale fra gli elementi essenziali della "economia sociale di mercato", istituisce un "vertice

sociale trilaterale per la crescita e l'occupazione" con cadenza biennale (art. 152 TFUE), che configura "un ruolo quasi pubblico delle organizzazioni che rappresentano i lavoratori e i datori di lavoro a livello europeo", malgrado "l'enfasi posta sulla diversità dei sistemi nazionali e sull'autonomia delle parti sociali, nel rispetto del principio di sussidiarietà" (12).

Questo contrasto è in effetti latente anche in altre disposizioni. Penso alla predizione, sopravvissuta dal Trattato di Roma (art. 117 TCE) a quello di Lisbona (art. 151 TFUE), secondo cui "l'Unione e gli Stati membri... *ritengono*" che dal funzionamento del mercato interno, dalle procedure previste dai trattati e dal ravvicinamento delle disposizioni nazionali "*risulterà*" una "*evoluzione*", che nel Trattato di Roma consisteva solo ne "il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della mano d'opera che consenta la loro parificazione nel progresso", e a cui il Trattato di Lisbona aggiunge "la promozione dell'occupazione...una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale adeguato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione".

Cosa c'entra una predizione con un testo normativo? Se lo è chiesto giustamente Florian Roedl (2009), il quale ha ricavato dai lavori preparatori del Trattato di Roma

e dalle culture che lo sostennero una corrispondenza sul punto con la versione neoclassica della teoria del commercio internazionale, secondo cui in un mercato comune i differenziali salariali interstatali non avrebbero costituito un fattore di competizione, per cui la riserva esclusiva delle retribuzioni e del trattamento giuridico dei lavoratori in capo agli ordinamenti nazionali avrebbe trovato conferma, in termini effettuali, nella circostanza che l'integrazione avrebbe lasciato invariati gli equilibri di potere fra lavoro e capitale. Una predizione di teoria economica che aveva forti radici in Germania fin dall'epoca di Weimar fu così riversata nel Trattato, dove il rischio di *social dumping* sarà avvertito solo nell'affermazione del principio di pari trattamento retributivo fra uomini e donne, richiesto come è noto dalla Francia nel timore che l'apertura del mercato a Paesi come l'Olanda e l'Italia avrebbe danneggiato le imprese francesi.

È difficile immaginare come l'automatismo insito in quella resistente predizione si concili da un lato col principio di sussidiarietà, cui inerisce l'onere di provare che i livelli statali di governo siano in grado di provvedere autonomamente nei settori di loro competenza, dall'altro coi già richiamati riferimenti al "dialogo sociale europeo" lanciato a suo tempo da Jacques Delors nonché con le "ampie consultazioni

con le parti interessate” da parte della Commissione di cui parla l'art. 11 TUE nell'enunciare i principi democratici su cui si fonda l'Unione.

La tensione fra due visioni lontane, se non opposte, degli effetti del mercato europeo sullo sviluppo delle politiche sociali traspare dunque dallo stesso testo del Trattato di Lisbona. Eppure non si può dimenticare che più volte previsioni all'apparenza modeste, come quelle sul dialogo sociale, si sono prestate a sviluppi impensati. Piero Calamandrei aveva subito intravisto nelle disposizioni internazionalistiche della nostra Costituzione delle “ammorature”, pietre sporgenti lasciate dagli architetti per servire d'appoggio ad ampliamenti di un edificio. E la metafora si può riferire a più forte ragione ai trattati europei.

Lo stesso pragmatismo fiducioso si respira nelle pagine di una giurista che tiene a mente la lunga storia dell'integrazione anche quando si trova alle prese con gli inediti ostacoli costituiti, più ancora che dalla crisi, dalle mancate risposte ad essa da parte dell'Unione. I richiami del Consiglio europeo alle tradizioni nazionali e all'autonomia della contrattazione collettiva le appaiono ad esempio insufficienti se non compensati “da altre e più visibili misure di sostegno alle azioni delle parti sociali” (15). E ancora, “L'attenzione rivolta alle politiche sociali, spesso percepita come strumen-

tale rispetto alle politiche di bilancio e di controllo della spesa pubblica, dovrebbe acquistare una sua dimensione progettuale nella definizione di piani di crescita e di sviluppo occupazionale, soprattutto ai livelli sub-nazionali, dove più forte dovrebbe essere l'afflusso di nuovi finanziamenti”, con una opportuna valorizzazione delle clausole sociali orizzontali previste nel TFUE (21).

Ad ostacolare questi sviluppi è in primo luogo il fatto che i controlli sulla spesa e le conformazioni dei bilanci nazionali non sono più compensate, al di là del linguaggio burocratico di rito, dalla fiducia nella crescita di un mercato europeo che infatti anch'esso langue, come dimostra il Rapporto Monti del 2010 da cui il libro prende le mosse. Fino a che punto le sempre più insistenti e imperiose raccomandazioni rivolte agli Stati membri indebitati a “fare i compiti a casa” riflettono quel forte credo nel libero commercio che ancora si legge nella predizione dell'art. 151 TFUE? E siamo sicuri, come pure hanno sostenuto alcuni, che le difficoltà del modello sociale europeo sarebbero dovute alle politiche neoliberaliste della Commissione Barroso, che non avrebbero utilizzato il suo potenziale integrativo, composto da *hard law*, *soft law* e Metodo aperto di coordinamento?

L'ipotesi che il volto sociale dell'Unione sarebbe appannato per ragioni politiche contingenti so-

pravaluta il ruolo della Commissione fino ad assimilarla a un governo nazionale, mentre è nota la perdita del suo peso nel processo decisionale anche prima della esplosione della crisi, che essa ha casomai aggravato determinando quella che è stata definita “la preoccupante inevitabilità” del metodo intergovernativo (O.Cramme). Questo è un secondo ostacolo inedito. La Commissione era sempre stata l’interlocutrice fondamentale delle parti sociali, e così la configurano ancora i trattati. Ora le condizioni sono molto diverse da entrambe le parti. Se il dialogo sociale è stato dequotato, è anche perché la “filosofia delle regole” che traspare dalle misure anticrisi assegna alla Commissione un ruolo significativo ma in un quadro nel quale i suoi poteri anche informali di iniziativa, impulso e sostegno dei processi decisionali appaiono, se non paralizzati, quantomeno fortemente indeboliti.

D’altra parte, il fatto che la Commissione insista nel suo approccio sperimentale alle politiche occupazionali, spesso tramite monitoraggio sull’andamento dei mercati del lavoro nazionali affidati a esperti, contribuisce “a de-politicizzare i processi deliberativi e, nel lungo periodo a sottrarre autorità al metodo legislativo”, senza “avviare rapidi processi di riforma” (39).

Questo stallo non è soltanto dovuto al carattere emergenziale insito

in ogni grande crisi finanziaria. Agiscono fattori di più lungo periodo iscritti nell’assetto istituzionale, che già nel funzionamento effettivo del Metodo aperto di coordinamento avevano trovato modo di dispiegarsi compiutamente. Il forte interesse teorico che il Mac aveva risvegliato fra i cultori della democrazia deliberativa all’indomani della pubblicazione del Libro bianco del 2001 non toglie, come osserva l’A., che esso poggiasse su un impianto intergovernativo (29). Il che, aggiungerei, è stato a sua volta decisivo nel lasciare i governi nazionali arbitri di spostare risorse dai comparti tradizionali a quelli su cui si giocava l’ambiziosa scommessa della Strategia di Lisbona, col risultato che i più se ne sono guardati per timore di perdere consenso elettorale. Più ancora di “un’impostazione marcatamente tecnocratica nella gestione delle politiche occupazionali e di inclusione sociale” (46), la retorica della *governance* sembra aver coperto il gioco degli Stati. Proprio perché affidati al “coordinamento”, i parametri di Lisbona non hanno mai avuto la forza di quelli di Maastricht, e le politiche occupazionali, oltretutto prive di una propria giustiziabilità, hanno continuato a muoversi “su un terreno istituzionalmente debole, tenuto insieme da flebili vincoli intergovernativi” (32). Ha trionfato, insomma, la “veduta corta” di cui ha parlato Tommaso Padoa-Schioppa, a

condizione di aggiungere che essa era già prevalsa a Lisbona. C'è poco da fare: quando Ulisse non si lega all'albero della nave, c'è sempre un canto delle sirene a tentarlo.

Che nel libro di Silvana Sciarra l'analisi dei punti di crisi sia affiancata dalla ricerca delle vie di uscita, è dimostrato soprattutto dall'attenzione alle prospettive di una contrattazione collettiva transnazionale, vista "in controtendenza rispetto alle tecniche regolative propugnate dai fautori della *governance* europea" (46). Si tratta di accordi quadro stipulati fra grandi imprese, Comitati aziendali europei e sindacati internazionali su "misure insolite di tutela dei lavoratori, combinate con soluzioni flessibili nell'organizzazione del lavoro, essenziali a garantire rapidità nelle trasformazioni delle imprese", dove "La legittimazione dei soggetti collettivi oltre lo Stato corre parallela alla definizione di nuove finalità della contrattazione collettiva, da intendersi quale sede privilegiata per la fissazione di standard e per la definizione di tutele" (48-49).

La vicenda è sicuramente parte di una più ampia, ove solo si consideri che da qualche tempo le Nazioni Unite assegnano alle ONG un ruolo complementare o addirittura surrogatorio degli Stati nella attuazione di risoluzioni o accordi internazionali, con una connessa legittimazione informale delle stesse. Il dibattito teorico sul tema ha trova-

to un catalizzatore nella formula del "costituzionalismo sociale" dovuta a Gunther Teubner, anche se già negli anni Trenta l'internazionalista Georges Scelle ragionava di "società internazionali" e di embrioni di federazioni prodotte da scambi interindividuali di prodotti, servizi, idee e capitali, che passavano inosservate solo per l'abitudine a ridurre all'organizzazione statale ogni fenomeno associativo realizzato in ambito internazionale. Oltretutto Scelle, che non a caso riservava un posto importante alla Carta istituita dell'OIL del 1919, veniva criticato per la genericità e scarsa efficacia del diritto prodotto da quelle formazioni, che sono esattamente i limiti che oggi vengono addebitati agli standard della contrattazione transnazionale.

L'A. è tanto consapevole di quei limiti, quanto dell'urgenza, di fronte al crescente ricorso delle imprese al *dumping* sociale, di rinvenire sedi negoziali di compensazione delle differenze fra regimi di solidarietà (57). E riporta allo scopo tutta una serie di nuove soluzioni, diffuse nei Paesi dell'Europa settentrionale, che tendono "quasi a voler inseguire la mobilità dei lavoratori e delle imprese, per poi cristallizzarne alcuni effetti e tradurli in norme" (60). Sciarra spiega queste tendenze col fatto che la competitività su scala globale induce le imprese tenute insieme da vincoli di lunga durata, specie nel perdurare della

crisi, a raggiungere soluzioni comuni in materia di formazione, organizzazione del lavoro e mobilità dei lavoratori che possono creare condizioni di maggiore stabilità e diversificare le opportunità di lavoro. Ciò vale tuttavia per le grandi imprese transnazionali, non per le piccole (diffuse come è noto soprattutto da noi), per le quali si rende indispensabile una legislazione di sostegno (61). Diventa così possibile fare del doppio movimento dei gruppi organizzati generato dalla globalizzazione, che è centrifugo ma anche centripeto, verso assetti territoriali degli interessi collettivi, una opportunità per il mondo del lavoro, che trova riscontri anche giuridici nel programma *Global compact* delle Nazioni Unite, nelle Convenzioni OIL, nella Carta dei diritti fondamentali e in recenti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Non poteva mancare a questo punto un capitolo sulla nota giurisprudenza della Corte di giustizia. Ma anch'essa è trattata sullo sfondo di conflitti transnazionali. Mentre *Viking* e *Laval* sono ancora al centro delle preoccupazioni dell'opinione pubblica per quel che dicono, Sciarra ne mostra in maniera originale i concreti esiti istituzionali, che riflettono i nuovi termini in cui si pongono i dilemmi fra solidarietà e concorrenza a livello transnazionale, compreso il raggiungimento, nel caso *Viking*, di accordi

fra le organizzazioni europee del settore ispirati alla Convenzione OIL sul lavoro marittimo.

Il caso *Balpa* induce poi a spostare l'attenzione dal conflitto sul mare al conflitto nei cieli. A seguito dello sciopero del sindacato inglese dei piloti aerei (*Balpa*) contro la decisione di *British Airways* di aprire una filiale destinata a gestire le rotte verso gli USA senza valutarne l'impatto sull'occupazione nel Regno Unito, la compagnia aerea si dice pronta a intentare contro il sindacato un'azione per danni davanti alla Corte di giustizia, che una Commissione di esperti OIL considera però una "minaccia" tale da impedire il ricorso al conflitto ai sensi della Convenzione OIL n. 87. Al di là della soluzione, questa e altre controversie insorte nei cieli concorrono sicuramente a dimostrare l'apertura di un altro inedito tavolo transnazionale.

A sua volta, la giurisprudenza di Strasburgo supera una lettura della libertà di associazione sindacale quale mera libertà individuale di non associarsi valorizzandone la "dimensione collettiva, che lambisce il diritto di sciopero" (105). A parte le implicazioni sulle complesse relazioni fra le due Corti europee, è un ulteriore sintomo di una dilatazione dell'ambiente entro il quale collocare il discorso sul diritto del lavoro in Europa.

L'A. si guarda dal compiere predizioni su tutti questi sviluppi del di-

ritto e delle relazioni transnazionali. La mappa è piuttosto disegnata in chiaroscuro, dà conto dei limiti come delle opportunità, e rimane dunque necessariamente interlocutoria. Il merito è di averla intanto disegnata. Oltre ad aggiornare l'arsenale degli strumenti a disposizione di chi deve misurarsi sul campo, essa consente di riassetare le riflessioni dei giuslavoristi sulle fonti dopo gli entusiasmi per i processi informali di produzione normativa diffusi nell'Unione: non a caso si parla di "un ricorso disordinato alla *soft law* nel coordinamento delle politiche occupazionali", che vista l'assenza di sanzioni verso gli Stati inadempienti "contribuisce a deresponsabilizzare le amministrazioni nazionali e dunque ad affondare la tecnica del coordinamento aperto" (113).

Qualche parola, infine, sulla tensione propositiva che si avverte nel libro, su quella ricerca di "una regia coerente" capace di guidare tutti gli attori (12), che mira a recuperare il senso di interventi, iniziative e processi altrimenti inintelligibili. Ve ne è sicuramente bisogno, non per appagare un'esigenza me-

ramente concettuale di ordine da parte del giurista, ma per ritrovare una direzione di marcia. Non è che, dopo l'epoca del "Smith abroad, Keynes at home", abbia vinto Smith anche negli Stati membri. Questa facile narrativa potrà tentare qualcuno, ma è fuorviante. Si è avuta casomai una politica priva di bussola anche negli ambiti nazionali, e perciò facile preda delle locuste della finanza globale di cui ha parlato Tony Judt, le quali con Smith hanno ben poco a che vedere.

Eppure la perdita di senso della politica europea è andata di pari passo con la tendenza a una progressiva costituzionalizzazione dell'Unione, e con essa all'individuazione di principi destinati a ispirarne le azioni. È solo uno dei tanti paradossi cui il *mainstream* accademico europeo ama ricorrere per descrivere i percorsi dell'integrazione? Non credo. Mi pare piuttosto il paradosso finale di tutta l'impresa, che sbocca in un dilemma intrattabile coi soliti strumenti concettuali. È su di esso che occorre prendere posizione. E quella di Silvana Sciarra è una posizione limpida.

ABSTRACT

Paolo Caretti, *Globalizzazione e diritti fondamentali*

Il saggio affronta il tema dei riflessi che il processo di globalizzazione in atto è in grado di produrre sulla sovranità degli Stati nazionali e, più in particolare, sulla tutela dei diritti fondamentali, così come essa è venuta sviluppandosi grazie agli apporti del moderno costituzionalismo. In generale, non può non condividersi l'idea che la globalizzazione, premiando soprattutto le libertà economiche, comporta dei rischi gravi per la tutela degli altri diritti (quelli civili, ma soprattutto quelli sociali). Tuttavia, questa conseguenza negativa non costituisce un esito sempre obbligato e inevitabile di ogni manifestazione riconducibile al generale fenomeno di globalizzazione. Una conferma di questo assunto sembra venirci dall'osservazione del processo di integrazione europea. Se lo intendiamo come una particolare manifestazione della globalizzazione, sia pure di scala ridotta, non è difficile notare come esso abbia portato ad un ampliamento della tutela dei diritti (quanto meno di quelli civili) e non ad una sua restrizione. Certo la convivenza nell'area europea di tre diversi sistemi di tutela (nazionali, internazionali, sovranazionali) non è stata e non è priva di problemi, ma certo non può essere letta come un danno o un elemento negativo. A questo processo ha contribuito con un ruolo da protagonista il giudice (sia nazionale, che internazionale e sovranazionale), il che pone all'attenzione dello studioso un elemento che sta producendo una progressiva trasformazione dei tradizionali equilibri nei rapporti tra diritto legale e diritto giurisprudenziale in materia di diritti.

Globalization and Fundamental Rights

This essay examines the effects of economic globalization on State's sovereignty and in particular on the protection of fundamental rights. From a general point of view, we can agree with the widespread opinion according to which globalization aims mainly to protect and to implement economic liberties, negatively affecting the protection of civil and social rights. However, these consequences are not always inevitable. The developments of the European integration process, at least partially, corroborate the following hypothesis. If we look to the European integration as a specific expression of the more general phenomenon of globalization, albeit of small-scale, we can see how it enforces rather than undermines the protection of rights (mainly civil rights). As well known, in the European region we have three different systems operating on this ground: national systems (based on national Constitutions), an international system (based on ECHR) and the system operating in the EU (based on the so

called Nice Charter). This “cohabitation” is complex and has brought problems not easy to solve, but we cannot dispute that we are living in a phase significantly focused on the protection of rights. To get this result a leading role has been played by judges, at the different levels. This issue urges scholars to strike a new balance between powers of judges and legislators in the field of rights.

Alessandro Pace, *Il diritto all'istruzione in tempo di crisi*

L'a. sostiene che nei tempi di crisi gli investimenti finanziari in favore dell'istruzione pubblica rappresentano un impegno nei confronti delle generazioni future a cui lo Stato non può rinunciare a nessun costo. Sulla base di questa premessa l'a. individua il contenuto del diritto all'istruzione sottolineando la centralità della scuola pubblica come fattore di eguaglianza e di sviluppo democratico. Nella parte finale l'a. critica le tesi riduttive del precetto costituzionale secondo il quale le scuole private dovrebbero essere istituite e gestite senza oneri per lo Stato.

The Right to the Public Education in Time of Crisis

The preliminary statement of the author is that, even in time of crisis, financial investments in favour of public education are a duty of the State toward the future generations. An obligation that the State is obliged to honour at all costs. Then the author depicts the content of the right to public education emphasizing the importance of the public school as a factor of equality among citizens and democratic development. In the last part of the essay the author criticizes the too “generous” (but erroneous) interpretation which stretches the constitutional provision (art. 33 paragraph 3), according to which private citizens and corporations are entitled to institute (and to manage) schools but «without any charge of the State».

Carlo Calvieri, *Luci ed ombre sulla prima attuazione del nuovo articolo 119 della Costituzione*

Il saggio si prefigge di analizzare i plurimi tentativi del legislatore italiano volti a dare piena attuazione alla revisione del Titolo V della Costituzione italiana. Senza un'adeguata autonomia finanziaria è, infatti, impensabile una piena capacità di autodeterminazione delle realtà regionali e locali.

Ma quanto attuato si scontra oltre che con la scarsità di risorse dovute ad una congiuntura economico-finanziaria senza precedenti con i condizionamenti sovranazionali e con scelte sul piano politico legislative non sempre coerenti e sin qui del tutto non definitive.

Lights and shadows on the first implementation of art. 119 of the Constitution

The review aims to analyze the multiple attempts by the Italian legislature directed towards implementing the revision of Title V of the Italian Constitution.

Fully realized self-determination on the regional and local level is in fact inconceivable without an adequate financial budget.

Nevertheless, implementation is at odds with the scarcity of necessary resources, due to an unprecedented juncture of economic-financial conditions along with the supranational influences and legislative-political choices, which are not always consistent, and hitherto not entirely defined.

Ricardo Perlingeiro, *Il libero accesso all'informazione, le innovazioni tecnologiche e la pubblicità processuale in Brasile*

Il testo si interroga sul sistema giuridico brasiliano il quale, fondato su una concezione "estrema" del principio di pubblicità nel diritto processuale, non è in grado di stabilire una distinzione tra gli atti giudiziari e i documenti prodotti dalle parti (come gli scritti), ai fini dell'accesso all'informazione processuale, cosa che, nella pratica, mette a repentaglio la protezione dei dati personali e dei dati relativi alla sicurezza della società e dello Stato, allorché vengano sottoposti al vaglio del Potere Giudiziario.

Free Access to Information, Technological Innovations and the Disclosure of Documents Concerning Legal Cases in Brazil

This paper raises questions about the Brazilian legal system, which takes to an "extreme" the constitutional principle (the Publicity Principle) requiring publication of legal cases, and is unable to properly distinguish between the need to publish judicial decisions, and the publication of documents and texts produced by the parties, thus endangering the protection of personal data, and representing a possible security risk to the State and society as a whole.

Giovanni Leone, *Attualità del pensiero scientifico di Roberto Marrama*

L'oggetto del lavoro concerne istituti – la rinuncia all'impugnazione e l'acquiescenza al provvedimento amministrativo lesivo – i quali non sono stati affrontati sistematicamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza con particolare attenzione, sebbene i riflessi e le fattispecie di attuazione siano davvero interessanti.

Questi istituti sono stati apparenti pretesti per Roberto Marrama per voler affrontare la complessa problematica che ha coinvolto, per oltre un secolo, la (sola) dottrina amministrativistica italiana: l'interesse legittimo.

Actual Relevance of the Scientific Thought of Roberto Marrama

The object of the work pertains to legal institutes – such as the renouncement to the appeal and the acquiescence to a detrimental administrative provision – that have not been faced by the doctrine and case-law systematically and carefully, although their reflexes and implementations are interesting indeed.

These legal institutes have been used as a chance by Roberto Marrama to deal with the complex issue that has involved, for over one century, the (sole) administrative Italian doctrine: the legitimate interest.

Stefano Rossi, *Il diritto in equilibrio: il mestiere dei giudici e le ‘scelte tragiche’ di ogni giorno*

C’era un tempo in cui al diritto si chiedeva di offrire certezze, oggi si assiste, a volte senza averne piena coscienza, ad un mutamento di paradigma che esprime essenzialmente un’esigenza di equilibrio. Un «diritto in equilibrio» quindi che si può raccontare nel suo aspetto sostanziale notando come, in un ordinamento complesso e multilivello, ‘ogni principio venga predicato assieme al suo limite, ad ogni regola sia posta un’eccezione ed ogni potere sia attribuito assieme al suo contropotere’. A ciò si accompagna un aspetto funzionale la cui forma di manifestazione consiste nel bilanciamento tra principi, affidato al saggio e ragionevole ufficio del giudice. Ed è proprio laddove il diritto entra in rapporto con aree come quelle dei diritti individuali, in particolare di quelli che conformano la persona come ‘soggetto morale’, che tale esigenza di equilibrio trova concreta risposta solo attraverso l’azione dell’autorità giudiziaria. L’espansione del potere giudiziario è peraltro il frutto di una crescente domanda sociale di norme che, non trovando una risposta ed una rappresentanza di interessi adeguata nel momento della legislazione, viene dirottata verso la giurisdizione. In questi ultimi anni, sempre più spesso, sono stati i giudici a farsi carico di compiere ‘scelte tragiche’ (dal caso ‘Welby’ a quello ‘Englaro’), ma, al di là delle vicende esemplari, è nella minuta attività quotidiana di applicazione del diritto che si sviluppa – pur in modo carsico – quel processo di riequilibrio capace di indicare i confini di giustizia. Entro questo quadro di riferimento l’a. si propone di analizzare, nei suoi profili costituzionali, la giurisprudenza formatasi attorno all’istituto dell’amministrazione di sostegno, quale strumento di concretizzazione del diritto di autodeterminazione del singolo nelle scelte esistenziali.

The Balanced Right: the Judge’s Job and Daily ‘Tragic Choices’

Once the right had the purpose to give certainties. Nowadays, sometimes without having a complete awareness, we are facing a change which is essentially expression of a balance requirement. It is worth noticing that, in a complex and multilevel system, a «balanced right» could be defined in its substantial dimension

as a framework in which 'any principle is explained taking into account its limit, at least an exception is found for every rule and each power is assigned with its counterpower'.

In order to understand all the picture we need also to consider a functional aspect, constituted by the principles balancing that is delegated to the sage and reasonable judge work. When the right enters in relationship with areas like those of the individual rights, above all with the ones that model the person as 'moral subject', in that moment the balance requirement finds concrete answers through the judicial authority action. Moreover the judicial power expansion is the consequence of an incrising social request of regulation that has not been answered yet in satisfying way by the legislative power. In fact it should be noticed that in the last years, more and more often, the responsibility of 'tragic choices' (from the 'Welby' case to the 'Englaro' one) have been taken by the judges. However, looking beyond these leading cases, the rebalancing process, which is able to show the justice borders, spreads from the daily activity of the right application, even if in a long and slow way. Within this scenario, this paper analyses, in its constitutional profiles, the case law related to the Caretaking with residual capacity for the ward (in italian 'amministrazione di sostegno') as instrument able to concretize the self-determination right of the individual in their existential choices.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

PAOLO CARETTI, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli studi di Firenze

ALESSANDRO PACE, Professore emerito di Diritto costituzionale, “Sapienza” Università di Roma

CARLO CALVIERI, Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Perugia

RICARDO PERLINGEIRO, Professore ordinario nella Università Federale Fluminense (UFF), Giudice Federale della Sezione Giudiziaria dello Stato di Rio de Janeiro

GIOVANNI LEONE, Professore ordinario di Diritto processuale amministrativo, Università degli studi di Napoli “Federico II”

STEFANO ROSSI, Dottorando di ricerca in Diritto pubblico e tributario nella dimensione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Bergamo

CESARE PINELLI, Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, “Sapienza” Università di Roma

Il sommario e gli *abstracts* dei contributi pubblicati in ciascun fascicolo sono reperibili anche in **www.editorialescientifica.com**, nella apposita pagina web dedicata a «Diritto e società».

La direzione e la redazione di «Diritto e società» hanno sede in Roma, presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

La Rivista “Diritto e Società” – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansoni e da Cedam.

La Rivista è dotata di un Comitato di direzione che ha il compito di curarne la gestione, con specifico riguardo al programma editoriale. A tale fine la direzione si avvale della collaborazione del Comitato scientifico.

I lavori proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono vagliati dal Comitato di direzione e successivamente sottoposti ad almeno due esperti esterni al predetto Comitato. I contributi sono inviati ai *referees* in forma anonima e dopo aver eliminato anche i riferimenti, non solo bibliografici, che possano determinarne la riconoscibilità. Allo stesso modo, rimangono anonimi per l'autore del contributo gli esperti esterni che procedono alla valutazione.

I *referees* cui sottoporre i contributi sono scelti dal Comitato di direzione da un elenco approvato e periodicamente aggiornato dal predetto Comitato. Tale elenco è composto da professori ordinari di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica, in numero non inferiore a quindici.

Il parere degli esperti, che deve attenersi ai criteri definiti in via generale dal Comitato di direzione, è comunicato in via riservata al predetto Comitato. In caso di parere non unanime dei *referees*, il Comitato di direzione decide a maggioranza sulla pubblicazione.

In casi particolari, quali ad esempio la pubblicazione di relazioni svolte a Convegni, il Comitato di direzione può decidere di non sottoporre il lavoro alla valutazione di esperti esterni alla Rivista. Ad ogni modo, a detta valutazione sono soggetti almeno il 60% dei lavori pubblicati in ciascun fascicolo.

Per questo fascicolo sono stati sottoposti a valutazione di esperti esterni alla Rivista i contributi di Pace, Calvieri, Perlingeiro, Leone, Rossi.

La revisione del contributo di Matthias Hartwig pubblicato nel fasc. 4/2012, scritto in lingua italiana dall'Autore, è stata curata dal dott. Federico Savastano e dalla redazione della Rivista.

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel./fax 081 5800459

info@editorialescientifica.com

www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile

Maria Alessandra Sandulli

Abbonamenti

All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.

Abbonamento 2012: Italia euro 120,00, estero euro 250,00

Registrazione

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di luglio 2013
dalle *Arti Grafiche Solimene* - Napoli

