

DIRITTO E SOCIETÀ

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

III serie - 2/2019

### **Comitato di direzione**

Maria Alessandra Sandulli  
*Direttore responsabile*

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

### **Comitato scientifico**

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

### **Comitato di Redazione**

Daniele Chinni  
Tatiana Guarnier  
*Coordinatori*

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

## SOMMARIO 2/2019

### saggi

- Paolo Carnevale, *Guerra, Costituzione e legge. Qualche riflessione sul trattamento costituzionale della guerra anche alla luce della recente legge sulle missioni internazionali* 149
- Fabio Saitta, *La «nuova» direzione delle aziende sanitarie: piccoli passi verso un'autentica meritocrazia?* 191
- Elisa Olivito, *L'eccezione che conferma la regola. Le azioni di mero accertamento di diritti costituzionali e l'incidentalità costituzionale come misura* 221
- Giancarlo Caporali, *Alla ricerca dell'archetipo dello Stato sociale. Lo Stato industriale di Claude Henry de Saint-Simon: la funzione sociale del bilancio per l'assistenza ai proletari e ai poveri* 251

### osservatorio

- Rosario Ferrara, *Ambiente e salute. Brevi note su due "concetti giuridici indeterminati" in via di determinazione: il ruolo giocato dal "patto globale per l'ambiente"* 281

### attualità

- Marco Parisi, *Enti religiosi e 'Codice del Terzo Settore': verso il superamento della specialità patrizia delle persone giuridiche ecclesiastiche* 305



## SAGGI

*Paolo Carnevale*

### GUERRA, COSTITUZIONE E LEGGE QUALCHE RIFLESSIONE SUL TRATTAMENTO COSTITUZIONALE DELLA GUERRA ANCHE ALLA LUCE DELLA RECENTE LEGGE SULLE MISSIONI INTERNAZIONALI\*

SOMMARIO: 1. Costituzione, diritto e guerra. – 2. La guerra nella Costituzione italiana: un quadro generale. – 3. Alla luce dell'esperienza: la lettura evolutiva dell'art. 11 Cost. – 4. Alla luce dell'esperienza: il mancato ricorso all'art. 78 Cost. – 5. La decisione sulla guerra senza deliberazione dello stato di guerra: la legge n. 25 del 1997. – 6. La nuova legge sulle missioni militari all'estero: finalmente una normativa organica. 6.1. *Segue*. La delimitazione del suo oggetto. – 6.2. *Segue*. Il nuovo processo decisionale fra continuità e discontinuità col passato. – 6.3. *Segue*. La deliberazione del Governo e l'intervento del Presidente della Repubblica. – 6.4. *Segue*. Il contenuto necessario delle deliberazioni governative. – 6.5. *Segue*. L'autorizzazione delle Camere. – 7. Il problema della forma dell'autorizzazione parlamentare: la scelta in favore dell'atto di indirizzo. – 7.1. *Segue*. Le ragioni della pretesa preferibilità della legge. Un primo esame – 7.2. *Segue*. L'argomento dei presidi garantistici. – 7.3. *Segue*. La non preferibilità della legge. – 8. Uno stimolo...

#### 1. *Costituzione, diritto e guerra*

Quello tra la nostra Costituzione e la guerra è un rapporto complesso, segnato da una certa preoccupata diffidenza della prima nei riguardi della seconda che, senza risolversi in una opzione irenica di espulsione di quest'ultima dal panorama costituzionale, si traduce – come noto – in una operazione di *reductio* della sfera del costituzionalmente ammissibile del fenomeno bellico. Peraltro, a complicare ulteriormente le cose è

\* Lo scritto – che sarà prossimamente pubblicato nella collana “Lezioni del Corso di Alta formazione in Diritto costituzionale” – è frutto della rielaborazione del testo della lezione tenuta a Novara, il 14 settembre 2018, presso il Corso di Alta formazione in Diritto costituzionale dell'Università del Piemonte orientale-Dipartimento di studi per l'economia e l'impresa, diretto dal prof. Massimo Cavino, che ringrazio per l'autorizzazione alla pubblicazione.

stata, da una parte, la prolungata situazione di *inoperatività* che ha contraddistinto le disposizioni costituzionali *in subiecta materia*, inizialmente ascritta a (perdurante) carenza di “materia prima” e poi proseguita anche laddove quella medesima “materia prima” si è (ahimè) affacciata all’orizzonte della nostra storia; dall’altra, la ricorrente accusa di obsolescenza e inadeguatezza mossa da una parte della nostra dottrina alla disciplina costituzionale della guerra<sup>1</sup>.

Del resto, si può dire che una simile complessità ben riflette la natura problematica della relazione fra guerra e diritto che, esemplata dall’antico motto ciceroniano “*silent leges inter arma*”, riceve una testimonianza anche sul piano linguistico dall’etimologia del primo termine che, a stare ad una consolidata opinione, troverebbe radice nel vocabolo germanico, di matrice longobarda, *wërra*, che significa mischia, disordine ed è indicativo della modalità sregolata di condurre le operazioni belliche da parte delle popolazioni barbariche, la quale, oltre a contrapporsi direttamente al *bellum* come esercizio, per l’appunto, disciplinato della guerra<sup>2</sup>, finisce per opporsi più in generale all’idea stessa del diritto come istanza regolatoria. Il fatto che la nostra lingua abbia accolto la matrice tedesca in luogo di quella latina – che pure è in vario modo penetrata nel nostro vocabolario<sup>3</sup> – è verosimilmente il segno della vittoria del disordine sull’ordine consegnataci dalla storia con la caduta dell’Impero romano sotto la spinta delle pressioni barbariche<sup>4</sup>, ma rivela al contempo anche il carattere giuridicamente sfuggente del fenomeno bellico. Il che potrebbe trovare conferma nell’analogo processo che si registra nelle lingue romanze ed *e contrario* nel fatto del mancato accoglimento del termine proprio in quella che avrebbe dovuto costituire la sede elettiva – vale a dire la lingua tedesca – che gli ha preferito il vocabolo *Krieg*<sup>5</sup>.

Non che però quella sconfitta (storico-) linguistica abbia rappresentato un tramonto assoluto delle esigenze – per dir così – del *bellum* che, anzi, si sono via via riprese spazi di interlocuzione, rivitalizzando una relazione fra diritto e guerra che, in realtà, non s’era mai del tutto interrotta,

<sup>1</sup> Sul punto, v. per tutti G. DE VERGOTTINI, *Profili costituzionali della gestione delle emergenze*, in *Rass. parl.*, 2001, 275 ss.

<sup>2</sup> Cfr. B. MIGLIORINI, *Storia della lingua italiana*, Firenze 1960, 78.

<sup>3</sup> Oltre che nelle varie forme derivate *bellico*, *bellicoso*, *ribelle* etc., anche nel termine duello che derivando dal latino *duellum* parrebbe tradire la discendenza dallo stesso lesema originario della parola *bellum*.

<sup>4</sup> Lo ipotizza F. ARMAO, voce *Guerra*, in *Società internazionale. Enciclopedia tematica aperta*, Milano 1997, 266.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

dando fiato e poi sfociando nel grande dibattito sulla guerra giusta che, una volta affrancato dal dominio dei teologi, ha condotto progressivamente – in parallelo all’affermarsi dell’entità statale – ad un significativo ritorno in gioco del diritto, chiamato, con alterne fortune, a fare, in vario modo e sotto diversi profili, del fenomeno bellico un fatto disciplinato<sup>6</sup>.

Certo, quella sconfitta linguistica non ha mancato di proiettare la sua ombra lunga anche in tempi recenti ove, trascorso il tempo dell’annichilimento incarnato dal dramma vissuto nel secolo breve, si registra una sorta di obliterazione dell’uso del termine guerra nelle relazioni internazionali e nel linguaggio della diplomazia, in favore dell’utilizzo di formule perifrastiche più tranquillizzanti, che si prestano, però, ad utilizzi mimetici<sup>7</sup>; obliterazione che nel secondo dopoguerra si traduce, con varie modalità, nel sotterraneo affermarsi, accanto ai tradizionali profili dello *ius ad bellum* e *in bello*, di una terza dimensione oppositiva dello *ius contra bellum*<sup>8</sup>. Quasi ad (illusoriamente) immaginare che l’espulsione dal vocabolario si traduca naturalmente in una scomparsa dall’orizzonte del diritto e della storia.

Centrale, in tutto questo, il ruolo delle Carte e delle Costituzioni del secondo Novecento che rappresentano il terminale ultimo di questo lungo e controverso processo di (ri)declinazione della relazione in esame, riflettendosi in esse – nella più generale istanza conformativa che le anima – la suprema e titanica ambizione di porsi a strumenti di addomesticamento della guerra<sup>9</sup>.

## 2. *La guerra nella Costituzione italiana: un quadro generale*

Il mio compito è quello di condurre una riflessione sulla nostra Costituzione e sul suo rapporto con il fenomeno bellico, anche alla luce

<sup>6</sup> V. l’efficace rassegna di questa complessa parabola tracciata nel volume di M. FIORILLO, *Guerra e diritto*, Bari 2009, 10 ss.

<sup>7</sup> Di guerra “fatta” senza “dirla”, discorre, ad esempio, C. DE FIORES, *L’Italia ripudia la guerra? La Costituzione di fronte al nuovo ordine globale*, Roma 2002, 18 ss., mentre G. AZZARITI, *La guerra in Libia e la Costituzione*, in *Costituzionalismo.it.*, 2011 rammenta che non potrà essere l’«ipocrisia del linguaggio (chiamare l’uso della forza contro una potenza straniera “azione di polizia internazionale” ovvero negare che l’Italia si trovi in “guerra”) o la diversa qualificazione data alla guerra (“umanitaria”, “giusta”, “legittima”) a rendere meno drammatica la vera questione che la storia ci propone. L’uso della guerra torna ad essere uno strumento della politica».

<sup>8</sup> Cfr. M. FIORILLO, *Guerra e diritto*, cit., VIII.

<sup>9</sup> Mutuo l’espressione ancora da M. FIORILLO, *op. cit.*, cit., 19 ss.

dell'importante fatto nuovo rappresentato dall'entrata in vigore della legge n. 145 del 2016: prima legge-quadro sulle missioni internazionali di epoca repubblicana.

Per far questo non posso che partire tracciando un quadro di sintesi delle disposizioni di riferimento che nella nostra Carta si occupano o sono in qualche modo lambite dal nostro *thema*. A tal fine può essere utile distinguere fra disposizioni che: *a)* trattano il fenomeno bellico in quanto tale, *b)* definiscono le conseguenze legate a quel trattamento.

All'interno di quelle *sub a)*, va poi operata un'ulteriore differenziazione fra previsioni *sostantive* e *procedurali*.

Tra le prime, bisogna annoverare gli articoli 11 e 52 che perimetrano l'area di legittimità costituzionale della guerra, l'uno ripudiandone il ricorso «come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli» e in funzione della «risoluzione delle controversie internazionali»; l'altro, indicando la «difesa della Patria [...] come] sacro dovere del cittadino».

Tra le seconde, dobbiamo contemplare l'art. 78 e l'art. 87, nono comma, che delineano il percorso decisionale dello stato di guerra, rispettivamente, assegnando alle Camere la deliberazione sul punto (e sull'eventuale attribuzione al Governo dei poteri necessari) e conferendo al Presidente della Repubblica il compito di dichiarare quel medesimo stato.

Fra le previsioni di cui alla lettera *b)*, vanno senz'altro annoverati gli artt. 103, terzo comma – «I tribunali militari in tempo di guerra hanno la giurisdizione stabilita dalla legge» – 111, settimo comma – «Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra» – e 60, secondo comma – «La durata di ciascuna Camera non può essere prorogata se non per legge e soltanto in caso di guerra». Non vi fa più parte invece l'art. 27, ultimo comma, che fino alla modifica del 2007 che lo ha *in parte qua* abrogato, prevedeva che al divieto della pena di morte, sancito nel medesimo articolo, potesse prestarsi deroga ad opera della legge militare in tempo di guerra.

Si tratta – si osservi bene – di un complesso dispositivo volto ad evidenziare già a livello costituzionale (e quindi al netto di quanto eventualmente previsto ad opera della legislazione ordinaria) una serie di effetti conseguenti alla deliberazione dello stato di guerra che, tuttavia, ad onta di quanto talvolta affermato, non si configurano come degli *automatismi*, imposti dalla Costituzione, ma al più come conseguenze da quella



prefigurate. Ciò in quanto, da un lato, si registra la prospettazione di semplici possibilità, il cui positivo tradursi in atto appare il frutto di decisioni ulteriori, consentite al legislatore dall'autorizzazione a derogare alle *regole* costituzionali disposte per l'ordinario "tempo di pace" – art. 60 cpv. e art. 111, comma settimo – dall'altro, si è in presenza di meri rinvii alla legislazione ordinaria – art. 103, terzo comma. Tutto resta, insomma, nell'area del *legislativamente disponibile* piuttosto che del *costituzionalmente dovuto*<sup>10</sup>.

Quel che si può senz'altro asserire è che si tratti di altrettante spie o sintomi di quello stato di eccezione cui l'ordinamento si apre laddove venga deliberato lo stato di guerra che, certificando la massima delle emergenze possibili, produce l'effetto di render cedevoli, perché sospensibili, le previsioni costituzionali, consentendo al legislatore ordinario di disporre, nella misura in cui ciò risulti funzionale ad assicurare allo stesso ordinamento la sua salvaguardia, nell'ossequio al principio del *primum vivere!* E questo anche al netto – sia ben chiaro – del conferimento al Governo dei poteri necessari, che pure evidentemente comporta l'assegnazione di non preventivamente individuati poteri straordinari, che egualmente evocano lo spettro della torsione costituzionale.

Il quadro complessivo che ne esce è abbastanza articolato e complesso. Per lungo tempo l'analisi si è mossa in una dimensione statica, ancorata al dato testuale e alla *intentio* dei Padri costituenti, i cui approdi sono stati tuttavia sottoposti ad un processo di robusta rivisitazione dalle prassi applicative seguite in occasione di conflitti internazionali che, a partire dall'inizio degli anni novanta dello scorso secolo, hanno coinvolto il nostro Paese.

Ora, se è affermazione abbastanza diffusa (e corrispondente al vero) che nella sfera dei rapporti di cui si occupa il diritto costituzionale un ruolo del tutto "speciale" va riconosciuto al c.d. diritto costituzionale materiale e in particolare «alla prassi, ai precedenti, alle convenzioni, agli usi, ai comportamenti tenuti dai soggetti politici in genere e dai titolari degli organi costituzionali in specie»<sup>11</sup>, nondimeno nel campo di indagine qui in esame, se possibile, quella rilevanza risulta oltremodo enfatizzata. E questo, sia in astratto, per il valore assolutamente decisivo assunto dalla

<sup>10</sup> Per una migliore dimostrazione dell'assunto sia consentito il rinvio a P. CARNEVALE, *La Costituzione va alla guerra?*, Napoli 2013, 86 ss.

<sup>11</sup> Così L. PALADIN, *La questione del metodo nella storia costituzionale*, in *Quaderni fiorentini*, 1997, 244.

fattualità nella dimensione emergenziale, sia in concreto per il ruolo conformativo del dettato costituzionale avuto dalla esperienza.

Si impone, insomma, sia pur per sommi capi, una rilettura dinamica delle previsioni costituzionale che faccia della prassi la filigrana alla cui stregua guardare e ricomporre il quadro costituzionale sopra rappresentato.

È quanto cercherò di fare in questa prima parte della mia riflessione.

### 3. *Alla luce dell'esperienza: la lettura evolutiva dell'art. 11 Cost.*

A lungo dominante, la lettura del primo periodo dell'art. 11 della Costituzione come legittimante solo l'ipotesi di *guerra difensiva*, quale risposta all'aggressione militare esterna, ha cominciato a vacillare soprattutto in occasione del primo conflitto iracheno di inizio anni '90 del secolo scorso.

Infatti, in quella circostanza, la posizione favorevole all'intervento militare assunta dal Governo, e poi accolta dalla maggioranza parlamentare, fece leva sulla valorizzazione del nesso esistente fra primo e secondo periodo dell'art. 11, di modo da interpretare il ripudio della guerra, sancito dall'uno, alla luce dell'apertura internazionalistica caratterizzante l'altro, in forza del quale l'Italia «consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni». Ordinamento che, anche sulla scorta dell'originaria *intentio* del Costituente, non può non essere identificato, quantomeno in prima battuta, con quello della Organizzazione delle Nazioni Unite.

Sulla base di questa lettura combinata, fu elaborata la tesi – da allora mai più (almeno in sede politica) rimessa in discussione – per cui la legittimazione sul piano internazionale del conflitto internazionale, sostanziatesi in una diretta copertura in una decisione assunta dalle Nazioni unite, esclude che si possa versare in una ipotesi di guerra quale mezzo risolutivo delle controversie fra stati, vietata dal primo periodo dell'art. 11, rifluendo il caso in un'eventualità di uso della forza per il ripristino della pace e della sicurezza violate, previsto dalla carta dell'ONU, ed in quanto tale legittimato, a fini interni, proprio dal secondo periodo del medesimo art. 11<sup>12</sup>. Condizione che, nel caso di specie, ricorreva, atteso

<sup>12</sup> Cfr., a riguardo, G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, Bologna 2004, 42 ss.,

il fatto che la missione Golfo2 (poi *Desert storm*) trovava specifico fondamento (quantomeno secondo un indirizzo interpretativo abbastanza diffuso) nella nota risoluzione n. 678/1990 del Consiglio di sicurezza<sup>13</sup>.

Tale impostazione di fondo deve ritenersi confermata anche nelle successive occasioni di conflitto armato che han visto coinvolto il nostro Paese, come si evince implicitamente dal fatto che nei dibattiti parlamentari che le hanno accompagnate, a fronte di uno sforzo di dimostrazione della copertura internazionale degli interventi armati, si registra una complessiva minore attenzione (se non proprio una disattenzione) al profilo della loro fedeltà a Costituzione. E ciò anche qualora, di volta in volta, quella copertura non abbia trovato un fondamento esplicito e diretto in risoluzione del Consiglio di sicurezza dell'Onu<sup>14</sup>.

Il che ha portato i governi *pro tempore*, ad esempio, o ad evocare improbabili limitazioni di sovranità derivanti dalla semplice adesione del nostro paese ad accordi internazionali<sup>15</sup> oppure ad ancorare la legittimità dell'intervento al principio di autotutela individuale e collettiva *ex art.* 51 dello Statuto ONU, mediato, nel caso del conflitto afgano, dall'art. 5 del Trattato Nato e dall'ivi sancito principio del mutuo soccorso militare

cui si rinvia per ulteriori riferimenti Tale impostazione, risultata vincente nella prassi, ha trovato tuttavia opposizione in dottrina. V., a riguardo, la riflessione svolta, di recente, da M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli 2010, 115 ss.

<sup>13</sup> Per richiami al dibattito dell'epoca sia consentito il rinvio a P. CARNEVALE, *La Costituzione va alla guerra?*, cit., 62.

<sup>14</sup> Se, infatti, ciò risulta in modo eclatante nel caso dell'intervento militare contro la ex-Iugoslavia del 1999, originato come noto dall'adesione all'ordine di attivazione adottato dal Consiglio atlantico della Nato nell'ottobre del 1998, in quello in Afghanistan l'esame del contenuto delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza n. 1368 del 12 settembre 2001 e n. 1373 del 28 settembre 2001 [cui *adde* ris. n. 1377 del 12 novembre 2001] risulta foriero di non poche incertezze circa la copertura offerta all'azione militare, al pari del principio di autotutela *ex art.* 51 dello Statuto Onu (per una approfondita analisi a ridosso degli eventi v. U. VILLANI, *Riflessioni sul ruolo dell'ONU per il mantenimento della pace e la lotta al terrorismo nella crisi afgana*, in *Volontari e Terzo mondo*, 4/2001, 9 ss.). Nella vicenda, poi, della guerra di Libia del 2011, la vaghezza e genericità della risoluzione 1973/2011 dell'Onu, più che specificamente autorizzare l'intervento militare, parrebbe aver lasciato aperte una serie di modalità di azione anche alternative al conflitto armato in senso proprio, giacché il testo della risoluzione n. 1973/2011 appare talmente evanescente da non consentire di individuare agevolmente, in assenza di un solido ancoraggio costituzionale, il perimetro delle azioni legali da quelle invece non consentite» (M. BENVENUTI, *L'Italia, la Costituzione e la (seconda) Guerra in Libia*, in *Costituzionalismo.it.*, 1/2011, 3).

<sup>15</sup> Come nel caso dell'intervento del Presidente del Consiglio D'Alema al Senato nella seduta del 26 maggio 1999, con riguardo all'intervento nella ex-Iugoslavia.

fra gli stati membri<sup>16</sup>; ovvero a far leva su una (pretesa) norma di diritto internazionale generale in caso di violazione dei diritti umani, nel caso del conflitto in Kosovo e in quello più recente in Libia<sup>17</sup>.

La qual cosa, al di là di ogni altra considerazione, avrebbe richiesto, quantomeno, una verifica circa la tenuta della prospettata “lettura sincopata” del disposto dell’art. 11 Cost., in termini di “autorottura” operata all’interno del medesimo articolo dal secondo periodo ai “danni” del primo.

Ad ogni modo, sia come sia di ciò, quel che rileva è il sopradescritto orientamento che accomoda il ripudio della guerra sancito dalla Costituzione *tutto al riparo della garanzia della legittimità internazionale del conflitto*<sup>18</sup>. Indirizzo, quest’ultimo, che pare ricevere ulteriore conferma, sia pur per converso, anche nella vicenda della seconda guerra irachena (2003)<sup>19</sup>.

In quel caso infatti, al di là delle argomentazioni utilizzate dall’allora Presidente del Consiglio Berlusconi nel dibattito alla Camera ed al Senato – improntate a considerazioni pragmatiche connesse al già ingente impegno delle forze armate italiane in molteplici operazioni internazionali di *peace-making, building, enforcing*, tuttavia chiaramente smentite dalle dichiarazioni di disponibilità a partecipare con le nostre forze armate ad operazioni post-belliche di mantenimento della pace – la posizione di non belligeranza decisa in quell’occasione trova la sua vera giustificazione, più ancora che in un sussulto di autonoma prescrittività dell’art. 11 Cost. – come farebbe pensare, questa volta, il dibattito parlamentare e la posizione assunta dal Consiglio Supremo di difesa<sup>20</sup> – nell’inconsistenza

<sup>16</sup> P. CARNEVALE, *op. ult. cit.*, 64-65.

<sup>17</sup> G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, cit., 135 ss.

<sup>18</sup> Secondo il principio della «perfetta concordanza tra ordinamento internazionale e ordinamento interno» (N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 2006, p. 101).

<sup>19</sup> Riprendo qui quanto osservato in P. CARNEVALE, *La Costituzione va alla guerra?*, cit., 137 ss.

<sup>20</sup> «Dopo una introduzione del Capo dello Stato e dopo le relazioni svolte dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dai Ministri degli affari esteri, della difesa e dell’interno, alle quali è seguito un ampio e approfondito dibattito, il Consiglio Supremo di Difesa ha preso atto delle seguenti proposte che il Governo, a conferma della posizione assunta fin dall’inizio della crisi, intende sottoporre al Parlamento per le valutazioni di carattere politico e costituzionale che competono al Parlamento medesimo:

1. esclusione della partecipazione alle azioni di guerra di militari italiani;
2. esclusione della fornitura e della messa a disposizione di armamenti e mezzi militari di qualsiasi tipo;

della copertura offerta all'intervento armato anglo-americano dalle Nazioni unite<sup>21</sup>.

Ciò che semmai può sottolinearsi nel caso di specie è che la riesumazione del ruolo prescrittivo-preclusivo della previsione dell'art. 11 avrebbe dovuto coerentemente portare a negare legittimità alla stessa decisione di non diretta belligeranza, ma di supporto soltanto logistico (sia pur limitato ad operazioni che non comportassero "attacco diretto ad obiettivi iracheni") e soprattutto di sostegno politico all'intervento militare anglo-americano, giacché – a ben guardare – il ripudio della guerra non ammette una posizione di neutralità, ma impone una necessità di inequivoca disapprovazione; non semplicemente, quindi, esclusione dell'impegno militare (od anche del sostegno logistico) diretto, bensì esplicita condanna di una guerra siffatta, pur senza esserne immediati protagonisti.

3. esclusione dell'uso di strutture militari quali basi di attacco diretto ad obiettivi iracheni;

4. qualificazione della posizione italiana – conformemente alle statuizioni che precedono – come non belligerante;

5. mantenimento dell'uso delle basi per le esigenze di transito, di rifornimento e di manutenzione dei mezzi, nonché dell'autorizzazione al sorvolo dello spazio aereo nazionale;

6. rafforzamento degli apparati di protezione delle basi medesime. Nel corso della discussione è stato unanimemente riconosciuto che, stante il carattere fondamentale parlamentare dell'ordinamento disegnato dalla nostra Costituzione, la determinazione dell'indirizzo politico, compreso l'impiego delle Forze Armate e delle loro strutture, spetta al Governo e al Parlamento collegati tra loro dal rapporto di fiducia, anche per quanto riguarda i profili costituzionali» (comunicato del Presidente della Repubblica Ciampi del 19 marzo 2003).

<sup>21</sup> In ragione dell'assenza di una presa di posizione del Consiglio di sicurezza dell'Onu a sostegno dell'intervento armato. La risoluzione 1441 del 2002 del Consiglio di sicurezza dell'Onu – con la quale si dichiarava l'Iraq responsabile della perdurante violazione degli obblighi di cui alla risoluzione 687 del 1990 che aveva legittimato la missione internazionale in occasione della prima guerra irachena e si forniva allo stesso un'ultima opportunità di disarmo – ritenuta dagli Stati Uniti in grado di giustificare l'azione militare contro l'Iraq, avrebbe in realtà richiesto un nuovo passaggio in Consiglio di sicurezza per la valutazione. Cosa, peraltro, che gli stessi Stati Uniti, assieme alla Gran Bretagna e alla Spagna, tentarono, predisponendo un progetto di risoluzione in cui si sosteneva l'uso della forza contro l'Iraq in ragione del fatto che aveva omesso di cogliere l'opportunità offerta, al quale successivamente rinunciarono per l'opposizione di altri membri del Consiglio, come ad esempio, la Francia, la Russia e la Germania. Ciò che portò gli Stati Uniti, assieme a Gran Bretagna e Spagna, a procedere ad un'azione militare unilaterale, ritenuta dalla dottrina per lo più contraria alla Carta Onu, tanto più a seguito della dimostrazione dell'infondatezza dell'accusa, rivolta allo stato iracheno, di essere in possesso di armi di distruzione di massa. In questo senso v. in particolare, P. PICONE, *La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 2, 2003, 329 ss. e in special modo 374, nt. (109) per una panoramica degli orientamenti dottrinari.

sti. Ciò in quanto, quello che esprime la previsione dell'art. 11 non è un *principio di estraneazione soggettiva* dalla guerra, bensì un *giudizio di (dis) valore sul fenomeno bellico obiettivamente considerato*<sup>22</sup>.

#### 4. *Alla luce dell'esperienza: il mancato ricorso all'art. 78 Cost.*

Vengo a questo punto all'altra previsione costituzionale, quella dell'art. 78.

Si può dire che il disposto in parola si sia distinto soprattutto per la sua assenza, per non dire latitanza. Difatti, come è tutti noto, in nessuna delle circostanze che han visto coinvolte le nostre forze armate in operazioni militari internazionali, comprese le ipotesi di veri e propri conflitti armati, né le Camere, né il Governo del nostro paese hanno inteso ricorressero le condizioni per l'attivazione del meccanismo decisionale delineato dall'art. 78 della Costituzione. La cosa assume un indubbio rilievo, non foss'altro per il fatto di aver dato nuova linfa e fornito ulteriore sostegno alle critiche, da tempo formulate, di obsolescenza e inadeguatezza della predetta disciplina costituzionale a fronteggiare emergenze internazionali. Critiche, in parte appuntate sulla stessa concettualità su cui si è basata la "Costituzione della difesa", in parte basate sulla mancanza del riferimento a situazioni di emergenza diverse dalla guerra in senso proprio<sup>23</sup>.

L'accusa di trovarsi dinanzi ad una sorta di relitto storico, di ramo secco ormai irreversibilmente travolto dai profondi mutamenti che negli scorsi decenni hanno interessato, sotto vari e diversi profili, il fenomeno bellico, sia *ab intra* che *ab extra*, parrebbe aver trovato, così, un (definitivo?) suggello.

Senonché, se si procede ad un'indagine circa le ragioni specifiche che – a torto o ragione – stanno dietro al mancato ricorso alla deliberazione dello stato di guerra, ci si accorge che le cose stanno un po' diversamente. Fornisco qui un quadro sintetico e comprensivo del complesso di queste ragioni.

a) Una prima è data dalla asserita mancata ricorrenza del "fatto" idoneo ad integrare la fattispecie della previsione dell'art. 78 che, riferendosi

<sup>22</sup> P. CARNEVALE, *Op. ult. cit.*, 146.

<sup>23</sup> Cfr., in proposito, G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, cit., 215 ss.

indubitatibilmente alla nozione tradizionale di guerra quale presupposto della deliberazione parlamentare, sarebbe risultato inservibile in ipotesi di operazioni qualificabili in termini di polizia internazionale o, comunque, di *peace-enforcing*, ascrivibili semmai al diverso concetto di conflitto armato.

Ritengo che possano farsi, in proposito, due brevi osservazioni.

Per un verso, stupisce un simile approccio ermeneutico di stampo “originalista” nei confronti dell’art. 78 della Costituzione e sin troppo scopertamente nominalistico, tanto più se esso viene posto in relazione alla grande operazione di esegesi evolutiva contemporaneamente condotta nei confronti dell’art 11 della Carta e che ha portato – come s’è visto – ad un risultato ai limiti della riscrittura.

*Un caso di singolare strabismo esegetico!*

Peraltro, se la principale accusa mossa nei confronti della disposizione costituzionale *de qua* è quella di essersi fondata su di una nozione – la guerra internazionale – largamente superata dai tempi, dall’atteggiarsi dei rapporti fra gli stati e dall’evoluzione tecnologica, proprio una simile presa d’atto dovrebbe spingere l’interprete a percorrere la strada di una lettura evolutiva, secondo un indirizzo che nel caso dell’esegesi di precetti costituzionali parrebbe quasi ineludibile, piuttosto che sancire l’irrimediabile *cessante ratione legis, cessat et ipsa lex*.

Non solo, se è vero, da un lato, che l’emersione del fenomeno terroristico abbia in questi ultimi anni rimesso in discussione molte nozioni appartenenti al tradizionale armamentario concettuale, marcando un evidente profilo di irriducibilità fra guerra al terrorismo e guerra internazionale, nondimeno la sostanziale identificazione della figura del nemico-terrorista con quella dello Stato-canaglia, sia nella vicenda del conflitto afgano del 2002 che iracheno del 2003, ha finito per attenuare sensibilmente, quantomeno ai fini della presente indagine, le ragioni di quella medesima irriducibilità.

Ma c’è soprattutto una – a mio avviso decisiva – considerazione da fare: e cioè che, come è stato autorevolmente e da più parti rilevato, mentre l’esperienza di questi anni ha mostrato il carattere non di rado pretestuoso dell’uso di etichette come operazioni di polizia internazionale o di *peace-enforcing*, chiamate a qualificare realtà fenomeniche che un tempo sarebbero state tranquillamente appellate col termine guerra, sul piano più squisitamente normativo, in questi anni, è dato registrare nel nostro ordinamento un processo di progressiva assimilazione fra guerra e situazioni di conflittualità internazionale apparentabili a quelle realtà

fenomeniche, mercé una tendenziale assimilazione dei rispettivi regimi giuridici<sup>24</sup>.

b) Un altro aspetto che ha finito per svolgere una funzione giustificatoria della mancata attivazione del meccanismo previsto dall'art. 78 è stato quello che ha fatto leva sul nesso – a mio parere del tutto malinteso – fra la prescrizione dell'art. 11 e quella dell'art. 78.

S'è già detto della tesi della sostanziale equiparazione fra guerra internazionalmente ammessa e guerra costituzionalmente legittima, propugnata in occasione del primo conflitto iracheno. Ora, proprio in quella evenienza viene fatta un'altra importante asserzione, secondo la quale, data per risolta la questione della legittimità internazionale-costituzionale del conflitto, doveva considerarsi correlativamente risolta, in quanto in essa assorbita, la questione dell'attivabilità o meno della procedura *ex art. 78 Cost.*<sup>25</sup>

Ebbene, reputo cosa abbastanza evidente che, l'esclusione dell'ammissibilità di azioni militari in considerazione del divieto discendente dal primo periodo dell'art. 11 della Carta costituzionale non sia fatto *di per sé* decisivo per scartare la necessità del ricorso alla previsione dell'art. 78 Cost.

Tutt'altro.

Invero, le due riferite disposizioni costituzionali, se pur accomunate *ratione materiae*, hanno ambiti di applicazione *reciprocamente estranei*:

<sup>24</sup> Mi pare interessante rilevare la modificazione dell'art. 165 del cpmg ad opera della l. n. 6 del 2003, secondo cui: (Applicazione della legge penale militare di guerra in relazione ai conflitti armati) – “*Le disposizioni del presente titolo si applicano in ogni caso di conflitto armato, indipendentemente dalla dichiarazione dello stato di guerra*”. Modifica cui si aggiunge una definizione legislativa abbastanza ampia di conflitto armato, come conflitto «in cui almeno una delle due parti fa uso militarmente organizzato delle armi nei confronti di un'altra per lo svolgimento di operazioni belliche» (art. 2, l. n. 15 del 2002).

In questa medesima prospettiva merita, altresì, di essere ricordata anche l'assimilazione fra situazione conseguente alla deliberazione dello stato di guerra e situazione di grave crisi internazionale che veda coinvolto il nostro paese e che implichi un aumento della consistenza delle forze armate, disposta dalla legge n. 331 del 2000 ai fini della deroga alla regola generale del regime di coscrizione volontaria introdotto da quella medesima legge.

In senso conforme v., da ultimo, G. DE VERGOTTINI, *Guerra, difesa e sicurezza nella Costituzione e nella prassi*, in P. CARNEVALE, G. M. SALERNO, *Missioni militari all'estero e principi costituzionali*, ne *Il Filangieri. Quaderno 2017*, Napoli 2017, 11 ss.

<sup>25</sup> Cfr., Camera dei deputati, X Legislatura, res. sten. seduta 16 gennaio 1991, 761 e Senato della Repubblica, X Legislatura, res. sten. seduta del 16 gennaio 1991, 17, rispettivamente in [http://legislature.camera.it/\\_dati/leg10/lavori/stenografici/sed0574/sed0574.pdf](http://legislature.camera.it/_dati/leg10/lavori/stenografici/sed0574/sed0574.pdf) e <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/318079.pdf>.



giacché, per un verso, il ricorrere della fattispecie oggetto del divieto dell'art. 11 impedisce che si possa legittimamente arrivare a deliberare lo stato di guerra; per altro verso, l'indeclinabilità del conflitto nei termini di una guerra offensiva della libertà dei popoli o condotta per la risoluzione di controversie internazionali apre la strada all'eventuale applicazione del disposto dell'art. 78, *ma nulla ci dice di risolutivo circa quest'ultimo punto*.

Indebita, perciò, appare l'operazione volta a legare indissolubilmente i destini delle due disposizioni, quasi ad immaginare che esse *simul cadent*, ancorché *non simul stabunt*.

c) Ma v'è pure un altro aspetto di cui tener conto ai nostri fini: quello cioè della corretta interpretazione del senso proprio della decisione parlamentare richiesta dall'art. 78 della Carta costituzionale.

Deve ritenersi che il *proprium* di quella decisione vada ricondotto, piuttosto che alla scelta sull'*an* della partecipazione alla guerra (c.d. scelta sulla guerra), *alla opzione circa la necessità di provocare*, a seguito del coinvolgimento nel conflitto, *quelle modificazioni ed alterazioni dell'ordinamento interno previste in occasione dell'instaurarsi del tempo di guerra* (c.d. scelta sullo stato di guerra)<sup>26</sup>.

In sostanza, ciò che la Costituzione intende riservare all'apprezzamento parlamentare è, prima d'ogni cosa, la determinazione relativa al "prezzo" da pagare al coinvolgimento in guerra, inteso in termini – come si sa – di sospensione del regime ordinamentale ordinario a seguito dell'entrata in vigore di quel complesso normativo che dà corpo al regime d'eccezione bellico e che si ritiene, anche per induzione dai disposti degli artt. 60, u.c., 103, u.c., 111, penultimo comma, Cost., cui *adde* ovviamente lo stesso art. 78, comporti l'eventualità di una temporanea alterazione della "dinamica costituzionale", sia sotto il profilo istituzionale e dei rapporti di competenza fra organi costituzionali, sia riguardo allo stesso sistema delle garanzie costituzionali in tema di diritti fondamentali.

Orbene, se una simile ricostruzione appare decisamente coerente con la concezione dominante fra i costituenti di ritenere ammessa solo la guerra strettamente difensiva, onde la decisione sulla guerra non poteva essere neppure contemplata, immaginandosi il ricorrere del presupposto fattuale della deliberazione dello stato di guerra solo in ipotesi di una

<sup>26</sup> In questo senso v. specialmente A. BARONE, *La difesa nazionale nella Costituzione*, parte II, in *Dir. e soc.*, 1988, 36 ss., come pure A. GIARDINA, *Art. 78*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1978, 99-100.

*guerra subìta*, quindi scelta da altri e, perciò, di un *conflitto di reazione all'altrui aggressione*.

Cionondimeno nel passaggio dalla guerra subìta a quella scelta, non ritengo che la *ratio* originaria della previsione dell'art. 78 debba necessariamente perdersi.

Nel senso che, l'ammettersi della possibilità di una guerra positivamente opzionata, se fa sì, da un lato, che nel mutato contesto la deliberazione parlamentare, in assenza di ogni altra decisione assunta dalle Camere, acquisirebbe il significato *anche* di un pronunciamento *sulla* guerra; dall'altro, comporta che si possa altresì decidere la guerra, senza tuttavia ritenere di dover attivare il meccanismo instaurativo dello stato di guerra: fine quest'ultimo cui risulta comunque indirizzata la decisione parlamentare di cui all'art. 78 Cost.

Ed è appunto ciò che si è venuto a determinare nella prassi di questi anni, ove, almeno nei casi più rilevanti, vi è stato, quantomeno formalmente, un tendenziale rispetto del ruolo delle Camere in funzione di autorizzazione al coinvolgimento nel conflitto e di dominio operativo del Governo, secondo lo schema dell'approvazione previa (o quasi), ad opera delle prime, di atti di indirizzo politico (mozioni o risoluzioni) di sostegno dell'azione del secondo.

In definitiva, si può concludere osservando che, per un verso, al mancato ricorso alla previsione dell'art. 78 come *regula*, abbia corrisposto il suo rispetto, sia pur quale norma principio e che, quindi, lo spirito abbia *quodammodo* riscattato il (preteso) *vulnus* arrecato alla lettera della Costituzione.

##### 5. *La decisione sulla guerra senza deliberazione dello stato di guerra: la legge n. 25 del 1997*

Quanto osservato da ultimo ha già evidentemente posto all'attenzione il problema della regolamentazione del processo decisionale relativo alla partecipazione delle nostre forze armate a conflitti armati, per i quali non si ponga la necessità della deliberazione dello stato di guerra. Situazione dimostratasi, come s'è avuto modo di vedere, tutt'altro che eccentrica.

Ebbene, se in una prima fase la soluzione è stata rilasciata al libero atteggiarsi della prassi, da tempo oramai il nostro ordinamento si è dotato di una specifica disciplina legislativa.

A tale proposito, prima di esaminare la nuova normativa in tema di missioni internazionali recata dalla recente legge n. 145 del 2016, è opportuno prestare attenzione a quello che potremmo considerare il suo immediato antecedente costituito dalla legge n. 25 del 1997 che, nel più generale compito di riordino della normativa in tema “Attribuzioni del Ministro della difesa, ristrutturazione dei vertici delle Forze armate e dell’Amministrazione della difesa”, si è occupata di definire incidentalmente anche l’*iter* procedimentale per l’assunzione delle decisioni in materia di difesa e sicurezza nazionale, fra cui senz’altro rientrano anche quelle in punto di partecipazione a missioni internazionali operanti in teatri di guerra.

L’art. 1, comma 1, lett. a) – ora riprodotto senza modificazioni dall’art. 10 del “Codice dell’ordinamento militare” (d. lgs. n. 66 del 2010) – prevede a riguardo che: «[Il Ministro della difesa...] attua le deliberazioni in materia di difesa e sicurezza adottate dal Governo, sottoposte all’esame del Consiglio Supremo di difesa e approvate dal Parlamento». Pur se formulata nell’ottica dell’individuazione delle attribuzioni proprie del ministro preposto all’amministrazione della difesa, la richiamata normativa delinea un percorso decisionale articolato intorno alla imputazione di un potere di *codecisione* a Governo e Parlamento, congiuntamente ad una potestà di *osservazione* assegnata al Consiglio supremo di difesa.

Si può dire così – come sopra osservato – che la disciplina in parola, pur essendo alternativa alla previsione dell’art. 78 della Costituzione, riproduca tuttavia la logica complessiva della disciplina costituzionale in materia, in quanto, da un verso, assicura il rispetto del duplice principio di «una *primazia in posizione* del Parlamento e una *primazia in funzione attiva* (operativa) del Governo»<sup>27</sup> che ispira il medesimo art. 78; dall’altro, si colloca nel solco della medesima “filosofia istituzionale” che ha guidato la redazione degli artt. 78 e 87, comma nono, segnatamente con riferimento alla necessità di coinvolgimento sia dei titolari dell’indirizzo politico, sia del Capo dello Stato in qualità di soggetto esercente la suprema istanza di garanzia dell’ordinamento costituzionale.

Molte le questioni aperte dalla normativa in questione, su di esse tuttavia non ritengo opportuno intrattenermi, sia perché alcune di esse appaiono irrimediabilmente datate, stante il fatto che, ai nostri fini, quella previsione risulta, come si vedrà, in buona misura sostituita dalla nuova

<sup>27</sup> Secondo la felice espressione utilizzata da F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell’ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano 1988, 538.

regolamentazione introdotta dalla legge n. 145 del 2016, sia perché talune altre saranno riprese in sede di esame proprio di quest'ultima disciplina.

Forse una (rapida) riflessione che in questa sede può svolgersi riguarda il rendimento complessivo da riconoscersi alla legge n. 25 nel corso dei quasi vent'anni di vigenza, durante i quali – come s'è visto – non sono mancate, per quanto qui interessa più direttamente, crisi internazionali che hanno portato ad un coinvolgimento delle nostre forze armate in conflitti armati.

La disciplina *ex art. 1, primo comma, lett. a)* – come dicevo – rappresenta il primo lodevole tentativo operato dal nostro legislatore, in epoca repubblicana, di fissare un *iter* decisionale sin lì affidato agli indirizzi della prassi. Asserire, tuttavia, che con essa si sia definitivamente segnato il passaggio dalla autodeterminazione alla eterodeterminazione – come testimoniato da un noto intervento parlamentare (c.d. risoluzione Ruffino ed altri n. 7-01007 del 16 dicembre 2001, adottata dalla Commissione Difesa della Camera) – sarebbe eccessivo. O meglio, andrebbe qui distinto l'itinerario applicativo della disciplina in questione – soprattutto riguardo al nodo cruciale del rapporto Parlamento-Governo – a seconda che si tratti di missioni militari non sostanziantesi in conflitti armati o invece comportanti il coinvolgimento in operazioni belliche. Mentre, infatti, per le prime si registrano ancora casi di assenso parlamentare implicito in sede di approvazione di provvedimenti legislativi adottati per assicurare copertura finanziaria e amministrativa alle missioni; per le seconde è dato rilevare nel complesso una buona tenuta, con l'unica rilevante eccezione rappresentata dall'intervento in Kosovo nel 1999.

Quel che però colpisce è che, anche quando sostanzialmente ossequiata, la previsione della legge n. 25 risulta rimanere abbastanza nell'ombra, privata di significativi richiami sia nelle prese di posizione governative sia nei dibattiti parlamentari che hanno preceduto l'impiego delle nostre forze armate in operazioni belliche. Una sorta di legge fantasma, della cui esistenza gli attori dell'indirizzo politico sembrano avere scarsa consapevolezza, non mancando persino letture volte a considerare l'acquisizione del consenso parlamentare in merito all'invio delle nostre Forze armate in missioni militari fuori confine, piuttosto che oggetto di un obbligo giuridicamente fondato in una norma di diritto positivo, come l'*esito* di una *scelta* di corretto atteggiarsi dei rapporti fra Esecutivo e Camere<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Come, ad esempio, nell'intervento sulle "comunicazioni del Governo sull'impiego di contingenti militari italiani all'estero in relazione alla crisi internazionale in atto" del Ministro degli esteri on. Martino, tenuto in occasione delle sedute delle Camere del 7 no-

Tali posizioni hanno forse trovato alimento nel fatto che, durante il periodo di vigenza della legge, il consenso nei riguardi di missioni militari impegnate in conflitti armati sia stato espresso in sede parlamentare attraverso l'approvazione non di leggi ma di atti di indirizzo politico – risoluzioni o mozioni – così risolvendo (peraltro nel modo più coerente, a mio giudizio, con il dettato legislativo<sup>29</sup>) la questione della forma della decisione delle Camere, lasciata aperta dal tenore letterale della previsione dell'art. 1, comma 1, lett. a) della legge n. 25 che, parlando genericamente di approvazione parlamentare, ha finito per riprodurre la medesima indeterminazione che – come noto – contrassegna *in parte qua* anche la previsione dell'art. 78 della Costituzione.

L'opzione in favore dell'utilizzo dello strumento della risoluzione o mozione parlamentare poteva, infatti, essere interpretata come un tentativo di riconsegnare il ruolo parlamentare alle mutevoli evoluzioni della prassi, facendo rifluire la decisione delle Camere nel ventre molle delle dinamiche flessibili della relazione fiduciaria, privandola sostanzialmente di portata prescrittiva in favore del riconoscimento di mera condizionalità politica<sup>30</sup>. Quasi ad immaginare una sorta di neutralizzazione di quello

vembre 2001. Camera dei deputati, XIV legisl., seduta del 7 novembre 2001, res. sten., 7 e Senato della Repubblica, XIV legisl., seduta del 7 novembre 2001, res. sten., 18 in <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=14&id=8995>, ove si allude al coinvolgimento delle Camere da parte dell'Esecutivo come il frutto semplicemente di una scelta di corretto atteggiarsi dei rapporti fra Esecutivo e Camere, rispondente «ad un ben chiaro indirizzo politico», espressione di «una linea di massima trasparenza nei confronti del Parlamento e dell'opinione pubblica». Ad una medesima logica sembra pure improntato, invero, l'intervento dell'on. Schifani nella seduta della Camera del 28 ottobre, là ove esordisce ringraziando l'Esecutivo per aver tenuto informato costantemente il Parlamento sull'evoluzione della crisi, asserendo di credere che, «ove necessario e ove i tempi lo consentiranno, sicuramente il Governo avrà la sensibilità di informare il Parlamento allorquando verrà richiesta dalla NATO una presenza militare in azioni di guerra», (cfr. il dossier del Servizio studi della Camera dei deputati, *La crisi internazionale dopo gli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001. L'intervento del Parlamento*, Schede di sintesi, n. 16, II ed., 19 dicembre 2001, 244).

Per una identica critica nei confronti delle predette prese di posizione v. M. FRANCHINI, *Le risoluzioni parlamentari sulla lotta al terrorismo internazionale*, cit., 322 ed ivi ulteriori richiami.

<sup>29</sup> Per una dimostrazione dell'assunto rinvio a P. CARNEVALE, *La Costituzione va alla guerra?*, cit., 30 ss.

<sup>30</sup> Opinione ripetuta anche di recente da S. RIONDATO, *Missioni militari internazionali italiane c.d. di pace all'estero. novità giuspenalistiche nella legge di riforma 21 luglio 2016, n. 145*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5/2017, secondo cui l'«approvazione del Parlamento si inquadra nel ruolo di indirizzo politico dell'azione di Governo, configurabile come una forma di specificazione di integrazione se non di «correzione» del pro-

che, in definitiva, è stato lo scopo fondamentale della disciplina in esame: predisporre un percorso decisionale eteronomo sottratto, in quanto tale, al libero apprezzamento degli attori del rapporto fiduciario.

Si tratta, tuttavia, di una lettura erronea e fuorviante.

Essa, infatti, è frutto di un evidente vizio logico che confonde la *natura* dello strumento – la risoluzione o la mozione in quanto atti di indirizzo politico – con la *funzione* assegnata alle Camere, cui spetta l'approvazione delle determinazioni governative in assenza della quale quest'ultime non possono trovare attuazione (e se la trovassero sarebbero viziato). Ne consegue che, senza nulla togliere alla valenza politica dell'assenso parlamentare e alla sua sicura allocazione nel novero delle decisioni di indirizzo politico, la forma espressiva dell'atto di indirizzo si carica in questo caso di un indubbio *quid pluris* discendente dalla sua giuridificazione *quoad effectum*.

Né, del resto, si deve far prevalere il carattere monocamerale dell'atto sulla *necessaria* bicameralità del consenso, che, ad onta di minimalizzanti interpretazioni parlamentari (cfr. la già richiamata risoluzione Ruffino<sup>31</sup>), è inderogabilmente richiesta dalla legge – che parla di approvazione delle Camere – onde la scelta in favore dell'atto di indirizzo impone la deliberazione concorde di Camera e Senato, ottenuta mediante la soggezione ad una procedura collegata di approvazione, secondo la nota prospettazione dell'*atto complesso bicamerale* a suo tempo delineata da autorevole

gramma che costituisce la base del rapporto fiduciario con la maggioranza parlamentare, quindi costituiva attività “non legislativa” che le Assemblee sono chiamate a svolgere in attuazione dei compiti di indirizzo e di controllo sulle azioni amministrative, utilizzando gli strumenti predisposti dai regolamenti parlamentari. Teleologicamente orientata a suscitare il voto delle Camere, la funzione di indirizzo politico del Parlamento, che si avvale di mozioni, risoluzioni, direttive e ordini del giorno, in Assemblea e in Commissione, tende ad ottenere l'adempimento del Governo rispetto al “petitum”. Tale adempimento, tuttavia, non potrà avere il valore di un vincolo assoluto, né l'inadempimento parziale o totale da parte del Governo potrà dar vita ad una sanzione giuridica. Gli atti di “indirizzo politico” sono privi della forza cogente tipica delle norme aventi forza di legge, sicché, in caso di disapplicazione da parte dell'Esecutivo, sono “destinati a rappresentare un mero esercizio di retorica parlamentare”<sup>14</sup>: il Governo non dovrà sottostare ad alcun obbligo, ma, in caso di inadempienza, accettare la “responsabilità politica” del suo atteggiamento elusivo».

<sup>31</sup> La quale, al punto 4, della parte dispositiva asseriva che “il Parlamento – entrambe le Camere o anche una sola di esse, oppure le competenti Commissioni parlamentari, nel regime di autonomia costituzionale previsto dalla Costituzione per gli organi parlamentari – sulla base delle comunicazioni del Governo sull'andamento della crisi e sulle iniziative intraprese, approva, in tempi compatibili con l'adempimento dei previsti impegni internazionali, le determinazioni da questi assunte”.

dottrina per la stessa (e per certi versi congenere) deliberazione dello stato di guerra *ex art. 78 Cost.*<sup>32</sup>

Simili considerazioni mi spingono, a questo punto, a non indugiare oltre e a passare all'esame della nuova normativa recata dalla legge n. 145 del 2016 che, peraltro, proprio nella determinazione autoritativa della forma della decisione parlamentare di autorizzazione alle missioni internazionali ha uno dei suoi punti più qualificanti.

6. *La nuova legge sulle missioni militari all'estero: finalmente una normativa organica*

Se l'art. 1, comma 1, lett. *a*), l. n. 25 (ora art. 10, comma 1, lett. *a*) d. lgs. n. 66 del 2010) rappresenta il primo tentativo operato dal nostro legislatore per definire il procedimento di formazione della decisione sulla partecipazione delle nostre forze armate a missioni internazionali non richiedenti la deliberazione dello stato di guerra, la legge 21 luglio 2016, n. 145 ("Disposizioni concernenti la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali") costituisce il primo esempio di legge organica della materia che, ad una nuova disciplina relativa al processo decisionale in sostituzione di quella appena richiamata, fa seguire un ampio corpo unitario di regole volto a garantire alle missioni quella copertura amministrativa e finanziaria sin lì assicurata volta per volta da una serie infinita di decreti-legge, il cui succedersi iterativamente nel tempo ha dato vita ad un singolare concentrato normativo di stratificazione, episodicità e disorganicità<sup>33</sup>. Insomma, una legge quadro lungamente auspicata, di cui si attendeva il varo da decenni<sup>34</sup>.

Di questa legge, che presenta molteplici aspetti da indagare, vorrei qui esaminare i profili più squisitamente costituzionalistici, anche alla luce delle considerazioni sinora svolte. Di essa, del resto, s'è detto che abbia una natura materialmente costituzionale, sia per via della disciplina dei rapporti fra organi costituzionali, sia per il fatto che si atteggia a

<sup>32</sup> Come noto L. ELIA, *Gli atti bicamerali non legislativi*, in Aa.Vv., *Raccolta di studi sulla Costituzione*, II, Milano 1958, 421 ss. e 431 ss.

<sup>33</sup> Un'efficace mappatura di tale processo può ora leggersi in M. BENVENUTI, *Luci ed ombre*, cit., 2-4.

<sup>34</sup> Lo sottolinea D. CABRAS, *I poteri di indirizzo e controllo del Parlamento sulle missioni internazionali dopo la legge 21 luglio 2016, n. 145*, in P. CARNEVALE, G. M. SALERNO, *Missioni militari all'estero*, cit., 73.

fondamento di un minisistema caratterizzato da specifici atti normativi, amministrativi e persino giudiziari<sup>35</sup>.

### 6.1. Segue. *La delimitazione del suo oggetto*

Un primo ordine di problemi riguarda la definizione dell'ambito applicativo, che attiene alle missioni internazionali, ivi comprese quelle militari, con esclusione di quelle rientranti nelle ipotesi di cui agli artt. 78 e 87, nono comma, della Costituzione. Ad esse le nostre Forze armate (per quanto qui più direttamente interessa) possono partecipare «nel rispetto dei principi di cui all'articolo 11 della Costituzione, del diritto internazionale generale, del diritto internazionale dei diritti umani, del diritto internazionale umanitario e del diritto penale internazionale». Si precisa, altresì, che «rientra nell'ambito di applicazione della presente legge l'invio di personale e di assetti, civili e militari, fuori del territorio nazionale, che avvenga secondo i termini della legalità internazionale, delle disposizioni e delle finalità costituzionali, in ottemperanza agli obblighi di alleanze o ad accordi internazionali o intergovernativi, o per eccezionali interventi umanitari» (art. 1).

Per prima cosa, bisogna soffermarsi sul significato dell'esclusione relativa ai «casi di cui agli artt. 78 e 87 della Costituzione». Essa è stata per lo più interpretata in termini di non applicabilità a missioni militari comportanti il coinvolgimento in operazioni di guerra o in conflitti armati<sup>36</sup>.

Questa conclusione, nella sua assolutezza, non mi pare per nulla convincente.

Innanzitutto, perché una simile limitazione *ratione obiecti* finirebbe per far perdere di senso al richiamo al «rispetto dei principi di cui all'art. 11 Cost.», il quale – stante la riconosciuta unitarietà di quel medesimo articolo – sta e cade con l'eventualità di un coinvolgimento in una guerra, e sarebbe peraltro in palese contraddizione con la possibilità, altrove pre-

<sup>35</sup> Si esprime in questi termini G. U. RESCIGNO, *Gli interventi militari all'estero tra Governo, Presidente della Repubblica e Consiglio supremo di difesa*, in P. CARNEVALE, G. M. SALERNO, *Missioni militari all'estero*, cit., 40.

<sup>36</sup> Così, ad esempio, S. RIONDATO, *Missioni militari internazionali italiane c.d. di pace all'estero*, cit., 4, secondo cui la «Novella si rivela inapplicabile ogniqualvolta si tratti di difendere in armi con la guerra il territorio nazionale o di impegnarsi in una guerra, non importa se di fatto o di diritto, legittima o no, secondo il diritto internazionale». Nel senso che, nel quadro della nuova legge, «le missioni internazionali sono missioni di pace in tutti i sensi possibili» v. M. BENVENUTI, *Luci ed ombre*, cit., 10.



vista, che il Governo deliberi l'applicazione a singole missioni del codice penale militare di guerra (art. 19, comma 2).

Ma, ancor più per la ragione che essa si fonda sull'affermazione dell'esistenza di un legame biunivoco fra guerra e deliberazione dello stato di guerra che, come abbiamo avuto modo di vedere<sup>37</sup>, è invece da respingere. Se, infatti, l'assenza della deliberazione in questione non comporta di per sé l'impedimento della qualificazione bellica dell'operazione militare, ma più semplicemente è frutto della valutazione della non necessità, a fronte di quell'operazione, di instaurare lo stato di eccezione che ne deriverebbe, allora è evidente che ben possono rientrare fra le missioni internazionali cui va applicata la legge in questione anche quelle militari comportanti il coinvolgimento in veri e propri conflitti armati. Insomma, quella prefigurata dall'art. 1 della legge non è una esclusione *ratione obiecti*, bensì in forza di una valutazione *quoad effectum*, il che reca con sé la diversa demarcazione fra operazioni militari di natura bellica che richiedono la deliberazione dello stato di guerra, che rimangono evidentemente sotto l'impero degli artt. 78 e 87 Cost., e operazioni militari che, condividendo quella natura, tuttavia non esigano la torsione costituzionale che quella deliberazione comporta, le quali sono sottoposte alla nuova normativa legislativa.

Sul medesimo piano, resta poi da delineare anche il rapporto con la disciplina di cui all'art. 1 della legge n. 25 che – come avremo modo di vedere di qui a poco – risulta antinomica rispetto a quella dettata dalla nuova legge in tema di processo decisionale relativo alla partecipazione alle missioni militari e che, purtuttavia, non è oggetto di specifica abrogazione espressa, ancorché nel testo della legge non manchino clausole abrogative di questo tipo.

A questo proposito, va per prima cosa osservato che si tratta di antinomia – e quindi di abrogazione – asseribile con riferimento alla fattispecie delle missioni internazionali, ma non anche con riguardo a decisioni in tema di difesa e sicurezza che non comportino il coinvolgimento in missioni internazionali<sup>38</sup>. Secondariamente che, trattandosi di missioni

<sup>37</sup> V. quanto osservato *supra*, § 4 lett. c).

<sup>38</sup> In questo senso, M. BENVENUTI, *Luci ed ombre*, cit., 19, che aggiunge «così come, per altro verso, alcune di esse – quali, ad esempio, quelle consistenti in “eccezionali interventi umanitari” o svolte da “civili” ex art. 1, co. 1 e 2, l. n. 145/2016 [...] possono non afferire *uti sic* alla materia della difesa e sicurezza». Questo A. peraltro ritiene possibile una lettura combinata dei due enunciati, su cui criticamente G. U. RESCIGNO, *Gli interventi militari*, cit., 43, sulla scorta dell'argomento per cui l'art. 10, comma primo, lett. a) del codice dell'ordinamento militare «si occupa del Ministro della difesa e dei suoi doveri,

comportanti l'invio di personale e di assetti, civili e militari, e tenendo conto della predominanza dell'elemento personale, sembrerebbe restare fuori dall'applicazione della legge la cessione di soli assetti, come la fornitura di armamenti e l'autorizzazione all'uso delle basi nel nostro territorio e dello spazio aereo alle forze armate di altri paesi<sup>39</sup>. Con la conseguenza che, anche opzioni che da un punto di vista militare assumono una rilevanza assolutamente significativa – si pensi alla vicenda della seconda guerra in Iraq – e importano, a giudizio del sottoscritto, una qualificazione bellica, finiscono per restare, salva ovviamente l'ipotesi *ex art. 78 Cost.*, nell'alveo della normativa *ex lege* 25 o, meglio, dell'art. 10 del codice dell'ordinamento militare.

Resta, infine, da considerare che, anche a concedere una interpretazione estensiva dell'art. 1 della legge n. 145 che possa portare ad inserire nel suo ambito applicativo, non solo missioni internazionali ma anche quelle nazionali che comportino l'invio di personale militare fuori del territorio nazionale, a rimanere estranee alla nuova disciplina sono le missioni che non implicino il varcare la frontiera.

#### 6.2. Segue. *Il nuovo processo decisionale fra continuità e discontinuità col passato*

Vengo ora a quello che è uno dei punti qualificanti e di maggiore consistenza costituzionale della nuova normativa: la ridefinizione del processo decisionale che mette capo alla nostra partecipazione a missioni internazionali, anche di natura militare per ciò che qui più direttamente rileva.

Dico: ridefinizione perché, pur rimanendo per certi aspetti nel solco di quanto previsto dalla legge del 1997, l'attuale procedimentalizzazione in altra misura se ne distacca, ponendo invero nuovi interrogativi.

Il primo comma dell'art. 2 della legge prevede: «La partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali è deliberata dal Consiglio dei ministri, previa comunicazione al Presidente della Repubblica. Ove se ne ravvisi la necessità, può essere convocato, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del codice dell'ordinamento militare, di cui al decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66, il Consiglio supremo di difesa». Il comma successivo aggiunge: «Le deliberazioni di cui al comma 1 sono trasmesse dal Governo alle Camere, che tempestivamente le discutono e, con appositi

non dei modi mediante i quali i soggetti a lui sovraordinati adottano le deliberazioni che successivamente il Ministro della difesa dovrà attuare».

<sup>39</sup> Cfr. D. CABRAS, *I poteri di indirizzo e controllo*, cit., 93-94.

atti di indirizzo, secondo le norme dei rispettivi regolamenti, autorizzano per ciascun anno la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali, eventualmente definendo impegni per il Governo, ovvero ne negano l'autorizzazione».

La nuova scansione procedimentale prevede l'invio preventivo al Presidente della Repubblica delle deliberazioni governative in materia, le quali, una volta assunte dal Consiglio dei ministri, vanno immediatamente trasmesse alle Camere perché queste possano autorizzare o meno la missione attraverso il voto su atti di indirizzo. Viene derubricato come meramente eventuale l'intervento del Consiglio supremo di difesa.

Il primo e più importante dato è che siamo in presenza di una riconferma del ruolo centrale assegnato alle Camere, cui spetta, come già nella legge n. 25, la decisione ultima in tema di partecipazione alle missioni militari; riconferma che suona però anche a reazione ad una prassi precedente che, pur in costanza di vigenza di quest'ultima legge, non aveva mancato di fornire esempi di eccessivo protagonismo governativo.

L'altra e più immediata osservazione è che, pur con i mutamenti intervenuti, l'*iter* decisionale vede riprodotta quella triplice interazione fra Presidente, Governo e Parlamento e quella duplicità di primazie – in funzione attiva e posizione – degli ultimi due che, già presenti nella legge n. 25, appare, come già rilevato, frutto del delicato equilibrio fra poteri che emerge dalla normativa costituzionale in materia e in definitiva dalla stessa forma di governo<sup>40</sup>.

Ciò detto, è necessario entrare più nel dettaglio per affrontare alcuni importanti nodi problematici.

### 6.3. Segue. *La deliberazione del Governo e l'intervento del Presidente della Repubblica*

All'origine c'è una proposta di deliberazione, formulata verosimilmente dal Presidente del Consiglio o dal Ministro della Difesa o degli Affari esteri, la quale va previamente sottoposta all'esame del Capo dello Stato che, nella nuova disciplina, assume un ruolo di maggiore protagonismo assicuratogli, sia dall'intervento in prima persona e non più in seno al Consiglio supremo di difesa, sia dal carattere preventivo dello stesso, sia infine dalla possibilità di veder raddoppiate le occasioni di in-

<sup>40</sup> Di consuetudine costituzionale, da tempo formatasi nel nostro ordinamento, richiedente l'intervento parlamentare in funzione approvativa discorrono V. DI CIULO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano 2013, 708.

terlocuzione. Del resto, si potrebbe rilevare che tutto questo rappresenti niente altro che il plastico riflesso di quel *trend* di crescita del ruolo del Capo dello Stato *in subiecta materia* – così come, d'altronde, più in generale sul piano delle relazioni internazionali e sovranazionali – che è dato registrare negli ultimi decenni, nei quali l'atteggiamento dialettico del Presidente nei confronti degli attori del circuito dell'indirizzo politico è sensibilmente aumentato, sia a fini di opposizione che in funzione di promozione della partecipazione alle missioni internazionali<sup>41</sup>. Si pensi qui, per un verso, al già rammentato episodio del mancato intervento delle nostre forze armate nella seconda guerra irachena del 2003<sup>42</sup> e, per l'altro, alla più recente vicenda del conflitto in Libia del 2011<sup>43</sup>.

È, infatti, evidente che la chiamata in causa del Presidente in una fase antecedente all'assunzione della decisione da parte del Governo, oltre a rispondere ad un'esigenza conoscitiva direttamente discendente dalla necessità di partecipazione che si trae dall'impianto degli artt. 78 e 87, nono comma, Cost., risulta funzionale a stimolare una possibile attività di persuasione finalizzata a garantire il rispetto, innanzitutto, dei parametri costituzionali invocati come limite dalla normativa in esame e poi anche delle stesse previsioni di legge. Il tutto favorito dal clima di riservatezza ed informalità che in questa fase prodromica circonda il rapporto con l'Esecutivo e che di quel potere di persuasione costituisce, come si sa, l'*habitat* ideale<sup>44</sup>.

Ma c'è forse qualcosa in più.

<sup>41</sup> Cfr., fra i molti, G. DE VERGOTTINI, *Guerra, difesa e sicurezza nella Costituzione e nella prassi*, in P. CARNEVALE, G. M. SALERNO (a cura di), *Missioni militari all'estero*, cit., 26 ss. e 32 ss. e più diffusamente ID., *Sicurezza internazionale: un correttivo presidenziale*, in *Consultaonline*, 2012.

<sup>42</sup> Di vicenda in cui «il Presidente ha utilizzato il Consiglio come reale *sede decisionale* in cui si è formato l'indirizzo poi seguito dagli altri organi costituzionali» parla da ultimo G. DE VERGOTTINI, *op. ult. cit.*, 34.

<sup>43</sup> Per considerazioni critiche sull'attivismo personale del Presidente Napolitano a favore della partecipazione italiana all'intervento militare v., fra tanti, M. BENVENUTI, *L'Italia, la Costituzione e la (seconda) guerra di Libia*, in *Costituzionalismo.it*, 2011, fasc. I, pp. 15-16.

<sup>44</sup> Cfr., come è noto, Corte cost., sentenza n. 1/2013, ove si definisce la discrezione, e quindi la riservatezza, coesenziali al ruolo del Presidente della Repubblica nell'ordinamento costituzionale, costituendo “modalità imprescindibili di esercizio della funzione di equilibrio costituzionale – derivanti direttamente dalla Costituzione e non da altre fonti normative – dal cui mantenimento dipende la concreta possibilità di tutelare gli stessi diritti fondamentali, che in quell'equilibrio trovano la loro garanzia generale e preliminare [... le quali si pongono] non in rapporto ad una specifica funzione, ma per l'efficace esercizio di tutte”.

Il coinvolgimento previo può in realtà tradursi per il Presidente nella possibilità di lucrare uno spazio in certo qual senso di partecipazione alla decisione e di finire attratto in una occulta dinamica codecisionale. Mi viene, in proposito, in mente l'assai dubbia prassi dell'invio preventivo al Capo dello Stato del testo dei decreti-legge da adottarsi da parte del Consiglio dei Ministri. Certo, si dirà, in quest'ultimo caso la torsione del ruolo presidenziale si realizza in presenza di un potere di interdizione (in sede di emanazione dell'atto) che in questo caso non c'è, rendendo la posizione del Presidente decisamente più debole sul piano della capacità di condizionamento. Non bisogna, tuttavia, trascurare il fatto che nella nuova disciplina il Capo dello Stato può avere una nuova *chance* di intervento convocando il Consiglio supremo di difesa per cercare di risolvere il contrasto con il Governo, in modo da proiettare la vicenda conflittuale al di fuori delle riparate stanze della interlocuzione informale.

Quanto appena detto, peraltro, apre la strada per risolvere la questione del *quando* della entrata in scena del Consiglio supremo di difesa, lasciata aperta dalla nuova legge che si limita a prospettare il carattere eventuale («... ove occorra...»). A contendersi il campo le due ipotesi di una convocazione che *preceda* la riunione del Consiglio dei Ministri in cui assumere la deliberazione o che *succeda* a quest'ultima.

Questa seconda eventualità è stata preferita dai primi commentatori sulla scorta dell'argomento per cui altrimenti opinando si rischierebbe di far assumere ad un organo sicuramente estraneo al circuito dell'indirizzo politico la veste del co-decisore in ordine ad una determinazione politicamente così significativa da necessariamente riservare alla responsabilità propria del connubio Parlamento-Governo<sup>45</sup>.

A riguardo, tuttavia, viene facile osservare che un simile rischio sia già insito nella scelta compiuta dal legislatore (e di cui s'è appena detto) di assicurare comunicazione preventiva al Presidente della Repubblica della proposta di deliberazione del Consiglio dei ministri, onde quella medesima opzione suonerebbe a smentita della opportunità di mantenere il Consiglio supremo di difesa in una posizione esterna, specie laddove ciò sia motivato dalla opportunità di garantire quella condizione proprio al Presidente della Repubblica.

Non solo, se il ricorso al Consiglio supremo di difesa viene inteso

<sup>45</sup> Di indebita associazione «nella formulazione (della proposta) della deliberazione governativa circa la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali, con seria confusione delle rispettive e alternative funzioni di indirizzo politico di maggioranza e di garanzia» discorre M. BENVENUTI, *Luci ed ombre*, cit., 26-27.

come strumento per garantire maggiore approfondimento e ponderazione della decisione od anche come opportunità di una nuova sede per assicurare al Presidente l'espressione di un diverso avviso rispetto al Governo che non abbia inteso dargli ascolto, è molto meglio che tutto questo avvenga in una fase che precede la decisione da assumere e non dinanzi a deliberazioni già adottate dall'Esecutivo. In questo secondo caso, infatti, sia qualora in Consiglio supremo il Presidente riuscisse a prevalere, magari agitando lo spettro di un messaggio alle Camere *ex art. 87*, comma secondo, Cost., sia nell'ipotesi opposta in cui il Governo decidesse comunque di tirar dritto, l'effetto che si produrrebbe sarebbe quello di una enfattizzazione e drammatizzazione dello scontro ben maggiori e assai più destabilizzanti<sup>46</sup>.

#### 6.4. Segue. *Il contenuto necessario delle deliberazioni governative.*

La legge impone anche un contenuto necessario alle deliberazioni governative, là ove prescrive che, nel «trasmettere alle Camere le deliberazioni di cui al comma 1, il Governo indica, per ciascuna missione, l'area geografica di intervento, gli obiettivi, la base giuridica di riferimento, la composizione degli assetti da inviare, compreso il numero massimo delle unità di personale coinvolte, nonché la durata programmata e il fabbisogno finanziario per l'anno in corso» (art. 2, comma secondo). Quel che colpisce è la mancata menzione delle c.d. regole d'ingaggio<sup>47</sup>, che si identificano in sostanza nelle determinazioni dell'autorità militare volte a garantire l'adempimento dei compiti ed il conseguimento degli obiettivi assegnati alle forze armate anche con riguardo all'uso della forza, il cui rilievo evidentemente è tanto maggiore laddove si tratti di conflitti armati.

Vero è che si registra in materia una certa resistenza nutrita dagli ese-

<sup>46</sup> In questo senso D. CABRAS, *I poteri di indirizzo e controllo*, cit., 100. Secondo G. U. RESCIGNO, *Gli interventi militari*, cit., 52-53, nella «logica della legge 145 la riunione del CSD ha senso se e soltanto se avviene prima di quella del CdM che deve deliberare», ancorché non possa escludersi che il Presidente della Repubblica, in base alle sue prerogative e quindi a prescindere da quanto previsto dalla legge n. 145, proceda ad una convocazione (e se ce n'è già stata una ad una riconvocazione) del Consiglio supremo di difesa successivamente alla riunione del Consiglio dei Ministri, con un atto che «acquista un significato politico, più o meno acuto, secondo le circostanze, in base agli avvenimenti politici successivi alla riunione del CdM».

<sup>47</sup> «Nulla viene detto sulle c.d. regole d'ingaggio (e cioè i casi e modi per l'uso delle armi), che pure costituiscono il dato cruciale che caratterizza una missione militare» (G. U. RESCIGNO, *Gli interventi militari all'estero*, cit., 49). Che si tratti di lacuna considerevole è affermato da M. BENVENUTI, *Luci ed ombre*, cit., 42.

cutivi a render note queste regole di comportamento, anche in funzione di salvaguardia del personale impegnato; ed è pure vero che non sempre la catena di comando è pienamente nella disponibilità dei nostri poteri pubblici, specie in occasione di missioni internazionali a guida straniera. Tuttavia, si tratta di una lacuna talmente significativa da ritenere ragionevole che essa debba essere in parte colmata dal Governo, fornendo al Presidente della Repubblica e alle Camere almeno informazioni di carattere generale idonee a chiarire l'effettivo mandato delle nostre forze armate<sup>48</sup>. E questo, sia al fine di poter verificare il grado di compatibilità delle missioni con i principi costituzionali cui le stesse sono chiamate a conformarsi, sia per consentire una adeguata consapevolezza in sede di autorizzazione alla missione, posto che quest'ultima comporta anche l'approvazione implicita delle regole in questione<sup>49</sup>.

Ad accentuare la delicatezza del problema sta anche la considerazione del ruolo assunto dalle regole di ingaggio sul piano penale, sul quale operano ormai – come confermato anche dall'art. 19, comma terzo, della legge: «non è punibile il personale di cui al comma 1 che, nel corso delle missioni internazionali, in conformità alle direttive, alle regole di ingaggio ovvero agli ordini legittimamente impartiti, fa uso ovvero ordina di fare uso delle armi, della forza o di altro mezzo di coazione fisica, per le necessità delle operazioni militari» – come una sorta di causa di non punibilità, tanto da rappresentare una singolare forma di integrazione *per via amministrativa* della norma penale di favore che fa ad esse rinvio<sup>50</sup>.

Un'ultima notazione riguarda l'obbligo, per il Governo, di corredare la deliberazione di avvio di una nuova missione internazionale con una relazione tecnica sulla quantificazione degli oneri finanziari comportati, verificata dalla Ragioneria generale dello Stato. Si tratta di un elemento aggiunto dall'art. 6 del d.l. n. 148 del 2017 (“Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili”) che ha introdotto un nuovo comma 2-*bis* all'art. 2 della legge in esame.

Vale la pena di osservare, a questo proposito, che le diverse modifiche apportate al testo della legge n. 145, ad opera sia del decreto-legge appena richiamato che della legge n. 167 del 2017 (“Legge europea 2017”), hanno finito per offrire una buona conferma della sua natura della legge-quadro. Tutti i mutamenti apportati alla disciplina in questione sono

<sup>48</sup> D. CABRAS, *I poteri di indirizzo e controllo*, 102-103.

<sup>49</sup> Lo ricorda da ultimo, G. DE VERGOTTINI, *Guerra, difesa e sicurezza*, cit., 32.

<sup>50</sup> Sul punto specificamente M. BENVENUTI, *Luci ed ombre*, cit., 42-43, cui si rinvia per i molti richiami di dottrina, il quale parla in proposito di *liason dangereuse*.

stati compiuti con interventi legislativi di modificazione testuale espressa e soprattutto hanno dato luogo a trasformazioni a regime e non a deroghe puntuali, come invece accaduto assai spesso in passato.

### 6.5. Segue. *L'autorizzazione delle Camere*

Una volta adottata dal Consiglio dei Ministri, la deliberazione relativa alla missione è inviata alle Camere. In particolare l'art. 2, secondo comma, prescrive che le «deliberazioni di cui al comma 1 sono trasmesse dal Governo alle Camere, che tempestivamente le discutono e, con appositi atti di indirizzo, secondo le norme dei rispettivi regolamenti, autorizzano per ciascun anno la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali, eventualmente definendo impegni per il Governo, ovvero ne negano l'autorizzazione». Si apre così la fase decisiva dell'esame e dell'approvazione parlamentare della missione.

Qualche rapida notazione preliminare.

Si osservi inizialmente l'utilizzo, da parte del legislatore, dell'espressione "trasmesse", riferita alle deliberazioni governative, in luogo di "comunicate" alle Camere: la qual cosa fa pensare ad una maggiore formalizzazione e, in particolare, alla necessità della forma scritta, in reazione alla prassi di inserire le determinazioni in parola nelle comunicazioni rese dal Governo sull'andamento della crisi e sulle iniziative intraprese<sup>51</sup>. Quanto, poi, all'avverbio "tempestivamente" riferito all'esame parlamentare, esso offre un'indicazione che, seppur indeterminata nella sua dimensione effettiva, esprime un'esigenza di celerità nella presa in considerazione che, peraltro, suppone un'analogia prontezza anche nella trasmissione.

Di maggior rilievo, per le sue implicazioni, è il fatto che il legislatore qualifichi l'intervento parlamentare in termini di autorizzazione della partecipazione alla missione internazionale, piuttosto che di approvazione. Cosa ne discende?

Sul piano degli effetti, non molto. Nel senso che ambo le formulazioni indicano inequivocabilmente che sono le Camere, con il loro *placet* (o *non placet*), a consentire (o negare) alle nostre forze armate di prender parte alla missione. Non credo quindi che la scelta del termine autorizzazione possa intendersi come produttiva di un esito di rafforzamento del ruolo del Parlamento.

Quel che se ne può ricavare, semmai, è che l'approvazione suppone il

<sup>51</sup> La notazione è di M. BENVENUTI, *Luci ed ombre*, cit., 35.



far propria la determinazione approvata, ove proveniente da un soggetto terzo; mentre l'autorizzazione ha natura concessiva, rivolta com'è – nella radice amministrativistica della figura – a consentire l'esercizio di un altrui diritto o di una potestà pubblica, mercé la rimozione di un ostacolo che lo impediva, senza tuttavia che si realizzi alcuna acquisizione da parte dell'autorizzante rispetto all'*obiectum* autorizzato.

Il che ovviamente non sta certamente qui ad escludere che quella delle Camere sia una scelta di compartecipazione piena ed indiscutibile alla determinazione governativa, con conseguente assunzione di responsabilità rispetto alla missione autorizzata, quanto più semplicemente a definire i reciproci apporti funzionali di Governo e Camere alla decisione in parola.

Orbene, quanto appena rilevato offre qualche elemento utile a rispondere alla questione della possibilità di modificare i termini della missione – e quindi la deliberazione governativa che la riguarda – ad opera delle Camere in sede di autorizzazione della stessa.

Non è tanto, a mio parere, la *natura* in sé dell'atto di autorizzazione ad essere determinante, giacché l'atto di indirizzo ha una tale libertà contenutistica che può ammettere approvazioni con modifica ed in quel caso la missione autorizzata non potrà che essere attuata nella misura di quanto autorizzato dalle Camere. E si tratterebbe – si osservi bene – di un preciso obbligo giuridicamente sanzionato per il Governo e non già un vincolo di natura politica verso le Camere: qui infatti a venire in considerazione è la funzione costitutiva dell'atto parlamentare, piuttosto che quella propriamente di indirizzo politico, che la legge stessa prevede come eventuale laddove afferma la possibilità di aggiungere all'autorizzazione la definizione di «impegni per il Governo». Né sarebbe stato troppo diverso, a mio parere, se la forma approvativa prescelta fosse stata quella legislativa<sup>52</sup>, che, seppur in astratto consente l'approvazione di emendamenti, proprio laddove si presenti nella veste esclusiva di atto di autorizzazione conosce su questo piano significative limitazioni. Si pensi, a riguardo, al caso della legge di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Come ritenuto da G. U. RESCIGNO, *Gli interventi militari all'estero*, cit., 64.

<sup>53</sup> V., in proposito, V. LIPPOLIS, *Parlamento e potere estero*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Il Parlamento repubblicano (1948-1998)*, Milano 1999, 551 sulla scorta della tradizionale configurazione della legge in questione come atto di controllo. Per una rassegna delle diverse posizioni dottrinali e per riferimenti alla prassi v. F. GHERA, *Art. 80*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006, 80-81, nonché

In effetti, a dover venire in considerazione, in luogo della forma dell'atto espressivo del consenso parlamentare, è proprio la funzione autorizzatoria assegnata alle Camere che, in ragione della rammentata estraneità obiettiva fra atto di autorizzazione e atto autorizzato, spinge verso la soluzione dell'alternativa secca del "prendere" o "lasciare".

Del resto, che la modifica dei termini delle missioni sia attribuita all'iniziativa del Governo si evince anche dalla previsione dell'art. 3, primo comma, della legge che nel prescrivere l'obbligo annuale per l'Esecutivo di presentare alle Camere «una relazione analitica sulle missioni in corso, anche ai fini della loro prosecuzione per l'anno successivo, ivi inclusa la proroga della loro durata come definita ai sensi dell'articolo 2», vi aggiunge l'ulteriore finalità di pervenire ad un'«eventuale modifica di uno o più caratteri delle singole missioni, nell'ambito delle risorse finanziarie disponibili nel fondo di cui all'articolo 4, comma 1».

Il che ovviamente non significa che nel corso del dibattito parlamentare per l'autorizzazione della missione non possano emergere esigenze di revisione della stessa, nel qual caso il Governo – ove lo riterrà opportuno – potrà farle proprie attraverso una nuova deliberazione del Consiglio dei Ministri<sup>54</sup>.

Si tratta, infine, di autorizzazione annuale, imposta sia per le nuove missioni che per la proroga delle precedenti già autorizzate, ognuna dovendo essere "per ciascun anno" supportata da uno specifico *placet* parlamentare, se evidentemente a durata ultraannuale. Che si tratti poi di "anno solare" risulta chiarito dal combinato disposto degli artt. 2, comma sesto, e 3, comma primo, che rispettivamente prevedono che per «gli anni successivi a quello in corso alla data di autorizzazione delle missioni di cui al comma 2, ai fini del finanziamento e della prosecuzione delle missioni stesse, ivi inclusa la proroga della loro durata [...] si provvede» nell'ambito di una specifica «sessione parlamentare sull'andamento delle missioni autorizzate» aperta dalla presentazione alle Camere entro «il 31 dicembre di ogni anno» di «una relazione analitica sulle missioni in corso» ad opera del Governo<sup>55</sup>.

pure, G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova 2008, 208 ss.

<sup>54</sup> Come esattamente precisato da G. U. RESCIGNO, *Gli interventi*, cit., 59.

<sup>55</sup> Cfr. M. BENVENUTI, *Luci ed ombre*, cit., 44.

7. *Il problema della forma dell'autorizzazione parlamentare: la scelta in favore dell'atto di indirizzo.*

Resta, a questo punto, da affrontare la questione cruciale della veste formale dell'autorizzazione parlamentare alle missioni internazionali.

L'opzione operata dal legislatore è, come visto, per l'approvazione di "appositi" atti di indirizzo politico, la cui definizione in concreto rimane tuttavia riservata alla valutazione interna di ciascuna Camera («secondo le norme dei rispettivi regolamenti»). Il termine "appositi" sta ad indicare "specifiche" e "dedicate" espressioni della volontà parlamentare, secondo quella logica della esplicita e diretta assunzione di responsabilità dell'organo rappresentativo – corrispondente al minimo di solennità che simili scelte esigono, specie nel caso delle missioni militari comportanti il coinvolgimento in conflitti armati – che troppe volte in passato è stata frustrata dalla prassi del *consenso obliquo*, ricavato per deduzione, ad esempio, dall'approvazione di leggi di conversione di decreti-legge di copertura finanziaria ed amministrativa delle singole missioni.

La dizione "atti di indirizzo" è ampia e comprende una serie di atti forgiati dal diritto parlamentare, come le mozioni, le risoluzioni, gli ordini del giorno, le cui specificità e la cui virtualità particolare debbono fare i conti con un impiego spesso improntato ad un certo grado di promiscuità e con una natura un po' anfibia. La scelta che, ad ogni modo, sembra da preferire per il nostro caso (ed anzi in concreto è stata sin qui preferita) è quella della *risoluzione parlamentare*, sulla scorta della considerazione per cui, da un verso, si tratta di un atto vocato a chiudere e non aprire il dibattito come invece la mozione e, dall'altro, in possesso di una propria autonomia funzionale a differenza dell'ordine del giorno. Non solo, la risoluzione presenta anche il vantaggio dell'utilizzo sia in sede di Commissione parlamentare che in sede di Assemblea<sup>56</sup>.

<sup>56</sup> Così condivisibilmente M. BENVENUTI, *Luci ed ombre*, cit., 41.

A quest'ultimo proposito, vale forse la pena di rilevare che, in occasione delle prime applicazioni della legge, si è registrato in sede parlamentare l'orientamento favorevole alla discussione e approvazione in Assemblea. Per la delibera del Consiglio dei ministri del 14 gennaio del 2017, concernente la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali ed alle iniziative di cooperazione allo sviluppo per il sostegno dei processi di pace e di stabilizzazione per l'intero anno 2017, l'esame delle Camere si è concluso con le risoluzioni approvate dalla Camera dei deputati (n. 6-00290 e n. 6-00292) e dal Senato della Repubblica (Doc. XXIV, n. 71) l'8 marzo 2017, con le quali è stata autorizzata la partecipazione alle missioni e alle attività previste nella deliberazione governativa; mentre per la delibera del Consiglio dei ministri del 28 luglio del 2017, concernente la partecipazione dell'Italia

Quanto, poi, alla scelta più generale dell'autorizzazione parlamentare alle missioni internazionali resa attraverso l'approvazione di atti di indirizzo, in luogo del ricorso alla legge, sappiamo che essa si muove nel solco di una prassi sviluppatasi già in corso di vigenza della legge n. 25 del 1997. Certo ciò che l'art. 1, primo comma, lett. *a*) di quella legge lasciava come una questione (se non altro apparentemente) aperta e per lo più risolta nel modo anzidetto nella prassi parlamentare, ora viene deciso direttamente dal legislatore che impone quantomeno la tipologia dell'atto espressivo della volontà parlamentare, escludendo recisamente l'alternativa della veste legislativa. Non solo, rispetto al sistema "misto" cui aveva dato luogo l'applicazione della legge del 1997 – secondo il quale all'approvazione della missione militare internazionale con atti di indirizzo delle Camere seguiva l'autorizzazione alla proroga fornita implicitamente in sede di conversione dei decreti-legge necessari al suo rifinanziamento – ora l'atto di indirizzo è lo strumento *esclusivo* sia per l'autorizzazione originaria che per quelle successive.

Peraltro, com'è noto, non mancano ipotesi nelle quali la legge abbia affidato un simile compito proprio ad atti di indirizzo votati dalle Came-

alla missione internazionale in supporto alla guardia costiera libica l'esame parlamentare si è concluso con l'adozione delle risoluzioni approvate dalla Camera dei deputati (n. 6-00338, riformulata) e dal Senato della Repubblica (Doc. XXIV n. 78 e Doc. XXIV n. 80) il 2 agosto 2017.

Successivamente, tale orientamento è stato mantenuto alla Camera dei deputati, ove la Relazione analitica del Consiglio dei ministri in merito alla partecipazione dell'Italia a missioni internazionali da avviare nell'anno 2018, adottata il 28 dicembre 2017 e la deliberazione del Consiglio dei ministri in merito alla partecipazione dell'Italia a missioni internazionali da avviare nell'anno 2018, adottate il 28 dicembre 2017, sono state approvate dall'Aula nel corso della seduta del 17 gennaio 2018 (cfr. risoluzioni Garofani, Cicchitto, Santerini, Locatelli, Quintarelli ed altri n. 6-00382); laddove al Senato sono state le Commissioni riunite esteri e difesa ad approvare le corrispondenti risoluzioni (Doc. XXIV, n. 93 e Doc. XXIV, n. 94). Analogamente, con la risoluzione n. (6-00039) l'Aula della Camera, nel corso della seduta del 19 dicembre 2018, ha approvato la relazione delle Commissioni III (Affari esteri) e IV (Difesa), autorizzando la partecipazione alle missioni e alle attività previste nella deliberazione del Consiglio dei Ministri del 28 novembre 2018. Al Senato, invece, sono state di nuovo le Commissioni riunite esteri e difesa ad approvare nella seduta del 13 dicembre 2018 le risoluzioni (Doc. XXIV n. 2 e Doc. XXIV n. 3) riferite alla prosecuzione delle missioni previste nella deliberazione del Consiglio dei Ministri del 28 novembre 2018. Per quanto concerne l'autorizzazione e proroga delle missioni deliberate dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 23 aprile 2019, alla Camera si registra l'adozione della risoluzione in Assemblea n. 6-00081 nella seduta del 3 luglio 2019 (Doc. XXV, n. 2 e XXVI n. 2) e al Senato l'approvazione della risoluzione (doc. XXIV n. 9) da parte delle Commissioni riunite Esteri e Difesa nella seduta del 6 giugno 2019, cui è seguita l'approvazione in Aula nella seduta del 9 luglio 2019.

re, regolandone gli effetti giuridici: il caso sicuramente più noto è quello del Documento di programmazione e finanza (e della relativa Nota di aggiornamento) predisposto dal Governo e presentato entro il 10 aprile di ogni anno alle Camere che devono pronunciarsi adottando «le conseguenti deliberazioni parlamentari». Ma altri se ne potrebbero fare.

Il fatto è però che nella progettazione legislativa in materia che contrassegna le legislature che hanno preceduto quella di approvazione della legge n. 145, l'orientamento è stato tutt'altro che incontrovertibile, non mancando diverse proposte e disegni di legge che, nel più generale indirizzo di valorizzazione della legge formale che l'ha complessivamente pervasa, hanno inteso riproporre la legge come mezzo di approvazione parlamentare delle missioni militari all'estero. Non solo, sappiamo pure che in questa direzione si sia mossa una parte significativa della nostra dottrina, sin a partire dalla nota *querelle* sulla forma legislativa o meno della deliberazione parlamentare sullo stato di guerra *ex art. 78* della Costituzione, di cui, in buona misura, quella qui in considerazione può considerarsi – per le molteplici assonanze – una sorta di erede legittimo.

#### 7.1. Segue. *Le ragioni della pretesa preferibilità della legge. Un primo esame*

Ebbene, al fine di saggiare la bontà della scelta operata dalla legge in esame, la cosa migliore è sottoporre a scrutinio le asserite ragioni di preferibilità dello strumento legislativo onde parametarle con le virtualità proprie dell'atto di indirizzo.

È quanto intendo fare, a partire dall'argomento per cui la necessaria inscindibile consonanza delle decisioni delle due Camere, non garantita dal carattere monocamerale dell'atto di indirizzo, potrebbe essere assicurata soltanto dallo strumento legislativo, così come a suo tempo affermato con riferimento alla deliberazione dello stato di guerra<sup>57</sup>. Del resto, a corroborare tale preoccupazione poteva richiamarsi quanto asserito nella già citata risoluzione Ruffino et al. della Commissione Difesa della Camera del 2001, là ove si ipotizza la eventualità di una approvazione delle determinazioni governative anche ad opera di una sola Camera o di una Commissione, cui poi doveva seguire l'adozione di uno specifico e distin-

<sup>57</sup> Così, ad esempio, C. DE FIORES, *L'Italia ripudia la guerra?*, cit., Roma 2002, 25.

to provvedimento legislativo di copertura finanziaria ed amministrativa della missione<sup>58</sup>.

L'argomento, però, non mi sembra davvero persuasivo.

Come già durante la vigenza della legge n. 25 del 1997, anche alla stregua della nuova disciplina mi pare non possano nutrirsi dubbi sul fatto che l'autorizzazione parlamentare alla missione sia fornita solo laddove gli atti (monocamerali) di indirizzo separatamente approvati dalle Camere siano ambo convergenti sul punto. Di modo che, se è certo che l'approvazione con legge garantirebbe il concorso conforme della volontà dei due rami del Parlamento, nondimeno l'adozione di una forma non legislativa non la compromette, in quanto ciò che sarebbe salvaguardato, nel primo caso, dalla natura costituzionale dell'atto, risulta assicurato, nel secondo, *ope legis*, in forza di un obbligo il cui corretto adempimento la legge n. 145 assume a premessa necessaria della operatività delle deliberazioni governative.

Non credo, poi, che a favore della legge possano essere adottati motivi di celerità della decisione. Se, infatti, è vero – come per tempo s'è detto a proposito della deliberazione *ex art. 78 Cost.*<sup>59</sup> – che non mancano esempi di leggi approvate assai rapidamente (che, anzi, l'esperienza più recente non cessa di fornire), tuttavia è abbastanza evidente che, ovviamente in presenza di una volontà politica della maggioranza sufficientemente coesa, con l'autorizzazione mediante approvazione di atti di indirizzo si avrebbe un processo decisionale perlomeno altrettanto rapido, ugualmente trasparente e conoscibile e sicuramente con minori rigidità procedurali rispetto al più strutturato procedimento legislativo.

A rappresentare un obiettivo elemento di differenza resterebbe, invece, nelle due ipotesi, il diverso regime di pubblicità dell'atto parlamentare di approvazione, data la mancata pubblicazione sul foglio legale di Stato degli atti camerale di indirizzo. Anche se non può trascurarsi del tutto, da un verso, il regime di conoscibilità degli atti parlamentari oggi assicurato

<sup>58</sup> Il «Parlamento – entrambe le Camere o anche una sola di esse, oppure le competenti Commissioni parlamentari se a tal fine delegate, nel regime di autonomia costituzionale previsto dalla Costituzione per gli organi parlamentari – sulla base delle comunicazioni del Governo sull'andamento della crisi e sulle iniziative intraprese, approva, in tempi compatibili con l'adempimento dei previsti impegni internazionali, le determinazioni da questi assunte» (punto 4 del testo della risoluzione). Per un esame anche alla luce della prassi v., fra molti, R. SOMMA, *La partecipazione italiana a missioni internazionali*, cit., 9 ss. Sulla risoluzione v., in tempi più di recenti, G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, cit., 322.

<sup>59</sup> G. FERRARI, voce *Guerra*, cit., 836.

dai siti istituzionali di Camera e Senato e, dall'altro, il supporto assicurato dai mezzi di informazione, quantomeno con riferimento alle vicende di maggiore rilevanza di cui qui ci stiamo occupando, cui va riconosciuta la capacità di ridurre il *deficit*.

## 7.2. Segue. *L'argomento dei presidi garantistici*

Ma ove la legge parrebbe, a tutta prima, esibire un punto a proprio favore è sul piano del *regime dei controlli* e dei *presidi di garanzia* che l'assunzione della forma legislativa sarebbe in grado di assicurare segnatamente in ordine alla possibilità di intervento del Capo dello Stato e della Corte costituzionale. Argomento, questo, già ricorrente nella *querelle* sulla veste formale della deliberazione dello stato di guerra, ancorché – verrebbe da dire – con valenza duplice e contrapposta. Nel senso che proprio l'eventualità del coinvolgimento del Presidente della Repubblica e del giudice costituzionale ha rappresentato, al contempo, sia un fattore contrario che favorevole alla opzione legislativa: contrario, nella discussione più risalente, perché proprio l'irrealtà e il timore di simili interventi, a guerra già in atto, aveva costituito una delle ragioni della preferibilità del ricorso alla deliberazione non legislativa<sup>60</sup> e poi, per singolare palinogenesi, trasformatosi più di recente in argomento a sostegno, nel clima della conflittualità bellica internazionale di questi nostri anni<sup>61</sup>.

Si tratta pertanto di chiedersi: nel caso e sotto il profilo qui in esame, la legge offrirebbe davvero qualcosa in più rispetto alla deliberazione non legislativa?

Comincio dal ruolo del Presidente della Repubblica.

Se pensiamo, in parallelo con quanto sostenuto per la deliberazione *ex art. 78 Cost.*, che la legge di autorizzazione dovrebbe *naturalmente* avere origine da un atto di iniziativa del Governo, il coinvolgimento sarebbe doppio: in sede di autorizzazione del disegno di legge e in occasione della promulgazione della legge approvata. Ebbene, non v'è dubbio che, in "prima" e soprattutto in "seconda battuta", l'intervento del Pre-

<sup>60</sup> V. L. ELIA, *Gli atti bicamerali non legislativi*, cit., 425 e ss. La forma di legge, oltre a non garantire la rapidità della decisione delle due Camere, risulterebbe, secondo l'Autore, insufficiente al fine di tutelare l'esigenza che alle assemblee sia riservata l'«ultima parola». *Contra* G. FERRARI, *op. ult. cit.*, 837, il quale risponde che così argomentando si riserva alle Camere «non già solo l'ultima parola, ma anche la prima, e perciò l'unica, e che tale conclusione turba gravemente ed irrimediabilmente l'equilibrio dei poteri».

<sup>61</sup> Così, ad esempio, G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino 2000, 252-254.

sidente potrebbe effettivamente assicurare la soddisfazione dell'esigenza di salvaguardia del corredo dei principi costituzionali, oltre che di diritto internazionale, che delimitano la cornice di legittimità delle missioni internazionali ai sensi della legge n. 145. Di talché, la eventualità di un rinvio della legge alle Camere o anche la sola minaccia di ricorrervi, consentirebbe l'esercizio di un controllo preventivo, oltretutto privato dalla cornice di drammaticità della guerra già guerreggiata, che invece sarebbe precluso nel caso in cui l'azione militare fosse dalle Camere autorizzata in forma diversa dalla legge<sup>62</sup>.

Se però volgiamo lo sguardo all'attuale normativa, ci accorgiamo che – secondo quanto s'è già avuto modo di vedere – anch'essa assicura uno spazio non secondario all'azione del Presidente della Repubblica e quindi all'esercizio di un potere di controllo sulle deliberazioni governative, benché l'autorizzazione alle missioni oggetto di quest'ultime non abbia la forma di legge. Il Presidente, infatti, è innanzitutto destinatario della proposta di deliberazione governativa ancor prima che il Consiglio dei Ministri deliberi formalmente. E in questa fase egli è nelle condizioni di porre in essere un'attività di persuasione sul Governo – complice il clima di informalità e riservatezza che in questa fase avvolge il rapporto con quest'ultimo – a fini soprattutto di garanzia di quei principi costituzionali cui la partecipazione dei nostri militari a missioni internazionali deve conformarsi.

Non solo, la capacità di influenza e condizionamento risulta ulteriormente accresciuta dalla possibilità di successiva convocazione del Consiglio supremo di difesa, che rappresenta così un luogo aggiuntivo per interloquire con l'Esecutivo e, se del caso, spiegare nei suoi confronti la propria forza persuasiva.

Senza poi dire che, trattandosi comunque di interventi che precedono l'autorizzazione parlamentare della missione, e che avrebbero perciò il compito di influenzare *ex ante* non solo la posizione del Governo, ma anche la decisione delle Camere, essi finiscono per depurare l'eventuale divergenza fra maggioranza parlamentare e Presidente di quella enfasi un po' drammatizzante propria del contrasto insorgente fra Capo dello Stato e Camere in occasione del rinvio della legge autorizzatoria.

A confermare tutto questo, del resto (e comunque la si pensi sul punto), vale il processo incrementale di crescita del ruolo del Presidente della Repubblica, in occasione di crisi internazionali che han richiesto la par-

<sup>62</sup> Ancora G. FERRARA, *op. ult. cit.*, 253.



tecipazione delle nostre forze armate a missioni internazionali durante la vigenza della legge n. 25 del 1997, di cui s'è già detto.

Vengo, a questo punto, all'altro presidio di garanzia rappresentato dal rimedio del giudizio di legittimità costituzionale che la forma legislativa dell'autorizzazione della missione internazionale consentirebbe<sup>63</sup>.

Invero, al pari di quanto affermato per l'ipotesi del ricorso alla Corte costituzionale nei riguardi della deliberazione dello stato di guerra<sup>64</sup>, anche nel nostro caso il rilievo di eccessiva astrattezza dell'eventualità sembra riproponibile, nel senso che immaginare la possibilità di una declaratoria di incostituzionalità nei riguardi di una legge che abbia autorizzato una missione già in corso, magari anche da diversi mesi, non è facile. A questo andrebbe aggiunto il fatto che il carattere annuale dell'autorizzazione medesima potrebbe comportare un giudizio su di una legge ormai esaurita nella sua efficacia, il cui venir meno verrebbe a privare la missione del suo fondamento originario, ma non di quello attuale, salvo che il giudice costituzionale non ricorra alla illegittimità consequenziale anche della legge vigente.

Ma, al di là di tutto questo, forse il principale argomento utile a fortemente ridimensionare il valore effettivo dell'appello alla Corte costituzionale nel nostro caso è quello che fa leva sul carattere meramente provvedimentale e sulla natura di norma di azione che avrebbe la legge di autorizzazione che, non incidendo direttamente su rapporti intersoggettivi, ma regolando le relazioni fra i pubblici poteri, sarebbe insuscettibile di applicazione giudiziaria e, conseguentemente, scarsamente idonea a divenire oggetto dello scrutinio della Corte, stante il meccanismo dell'incidentalità.

Laddove, invece, si volesse immaginare il conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato come via per adire il giudizio della Corte costituzionale<sup>65</sup>, ove naturalmente ce ne siano i margini, è evidente che essa sarebbe *a fortiori* esperibile anche nell'ipotesi in cui l'autorizzazione parlamentare non avvenga con legge.

Insomma, anche in questo caso i vantaggi o le migliori prestazioni offerti dalla forma legislativa rispetto a quella non legislativa, parrebbero più pretesi che reali.

<sup>63</sup> V. G. U. RESCIGNO, *Gli interventi*, cit., 64-65.

<sup>64</sup> Da G. FERRARI, voce *Guerra*, cit., 838, che rileva l'evidente incapacità di una sentenza del giudice costituzionale di produrre «alcun effetto sulla guerra».

<sup>65</sup> Cfr. G. U. RESCIGNO, *Gli interventi militari*, cit., 66-67.

Un'ultima notazione riguarda un ultimo presidio, rappresentato dalla possibilità dell'appello al corpo elettorale attraverso la presentazione di una richiesta di *referendum* abrogativo della legge di autorizzazione<sup>66</sup>.

Vale, innanzitutto, osservare che avverso questa eventualità non sembra spendibile l'argomento, già utilizzato per escludere analoga conseguenza per la deliberazione *ex art. 78 Cost.*, secondo il quale dall'inammissibilità espressamente prevista dall'art. 75 cpv. della Costituzione per le leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali dovrebbe discendere anche l'inammissibilità per l'atto che "dà inizio alla guerra". Questo perché – si sa – è attraverso trattati internazionali che si pone tradizionalmente fine alle guerre, onde non avrebbe senso sottrarre al giudizio popolare la legge che ne autorizzasse la ratifica e poi, invece, ammetterlo per quella che fosse all'origine del conflitto, la quale altro non è che la sua «immagine rovesciata»<sup>67</sup>.

Vero è che simili simmetrie logiche, ancorché severamente criticate<sup>68</sup>, non sono estranee alla giurisprudenza costituzionale in tema di ammissibilità del *referendum* abrogativo<sup>69</sup>, tuttavia mi sembra che in questo caso la costruzione argomentativa sarebbe davvero debolissima: basterebbe all'uopo tener conto dell'autorevole insegnamento kantiano<sup>70</sup> circa l'assoluta differenza di senso per la collettività nazionale, fra decidere di "dare inizio" e di "concludere" le ostilità per comprendere che, nella prospettiva garantistica in cui è evocato il ricorso al *referendum*, la prima decisione avrebbe un significato assolutamente incommensurabile rispetto alla seconda. Come potrebbero essere messe sullo stesso piano, infatti, l'opposizione alla guerra e quella alla pace?

Ciò posto, non sarebbe del tutto dissipata l'incertezza circa l'utilizzabilità dello strumento referendario per l'abrogazione della legge di autorizzazione alle missioni militari.

<sup>66</sup> Ne parla ancora G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, cit., 253, con riguardo alla deliberazione dello stato di guerra, a sostegno della tesi della preferibilità della forma legislativa.

<sup>67</sup> G. FERRARI, *op. ult. cit.*, 839.

<sup>68</sup> Da L. CARLASSARE, *Adattamento ordinario a referendum abrogativo*, in *Giur. Cost.*, 1981, fasc. 2-4, 464-465.

<sup>69</sup> Penso al caso della assimilazione fra la classe delle leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali – esplicitamente sottratta al *referendum* dal secondo comma dell'art. 75 Cost. – e quella delle leggi di esecuzione degli stessi, operata sin a partire dalla sentenza n. 16 del 1978.

<sup>70</sup> Il riferimento è al celebre libretto di I. KANT, *Per la pace perpetua*, [intr. di M. Roncoroni, trad. di M. Cicero], Milano, 1997, 73.

Invero, il riferimento alla classe delle leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali contenuto nel capoverso dell'art. 75 Cost., potrebbe tornare in campo nella versione datane dalla Corte costituzionale che l'ha (ri)definito come comprensivo anche del complesso delle leggi attuative di obblighi internazionali, il cui venir meno *ope referendi* determini un pregiudizio a quella attuazione<sup>71</sup>. In questa prospettiva, il limite in parola potrebbe essere invocato ogniqualvolta la decisione di invio delle nostre forze armate in missioni internazionali si configurasse in adempimento (o strumentale all'attuazione) di obblighi contratti sulla base di accordi internazionali. Si tratterebbe, quindi, di un'ammissibilità non predicabile in astratto, ma da valutare caso per caso.

Nondimeno, bisognerebbe pure tener conto della compatibilità *ratione temporis* con l'abrogazione popolare. Considerando, infatti, che in base alla tempistica disegnata dalla legge n. 352 del 1970, il procedimento referendario copre un arco temporale abbastanza lungo – quasi certamente eccedente l'anno – e avendo presente che l'autorizzazione alle missioni militari ha cadenza periodica annuale, ne discende l'impossibilità che il *referendum* possa celebrarsi in tempo utile, cioè a legge ancora vigente. Onde, il venir meno di quest'ultima dovrebbe comportare la cessazione delle operazioni referendarie *ex art. 39* della legge n. 352, secondo cui – come è noto – l'intervenuta abrogazione delle leggi oggetto di iniziative referendarie ne determina il blocco.

Insomma, una evidente circostanza di *referendum* promosso *inutiliter*.

Per ovviare a questo problema, si potrebbe forse far leva sul fatto che, a stare alla notissima riscrittura della richiamata disposizione, operata dalla sentenza n. 68 del 1978 della Corte costituzionale, la cessazione di vigenza della legge proposta all'abrogazione popolare non arresta il procedimento referendario, ogniqualvolta la legge che l'abbia sostituita, abrogandola, non sia stata in grado di operare una modifica *funditus* della relativa disciplina. Con la conseguenza che il *referendum* proposto originariamente sulla prima legge, si trasferirebbe sulla seconda. Ebbene, nel nostro caso potremmo trovarci dinanzi proprio ad un'ipotesi simile, giacché il *referendum*, proposto sulla legge di prima autorizzazione alla

<sup>71</sup> Prefigura problematicamente la questione, sia pur sempre con riferimento alla deliberazione dello stato di guerra, ancora G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, cit., 253. Analoga prospettazione è fatta da M. LUCIANI, *Art. 75*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e proseguito da A. Pizzorusso, Bologna-Roma 2005, 385. Sulla giurisprudenza costituzionale in materia v. la ricostruzione di sintesi operata da A. PERTICI, *Il Giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino 2010, 141 ss.

missione militare, verrebbe poi a trasferirsi sulla legge di seconda autorizzazione (o proroga) riproduttiva della prima<sup>72</sup>.

Il fatto è, però, che la lunghezza dei tempi del procedimento referendario e, quindi, la distanza temporale fra decisione parlamentare e consultazione popolare, mi sembra che facciano nella specie del *referendum* un'arma un po' spuntata.

In definitiva, mi pare che si possa dire che i vantaggi assicurati dalla forma legislativa dell'autorizzazione parlamentare alle missioni internazionali, ove attentamente saggiati, finiscano per avere ben scarsa consistenza.

### 7.3. Segue. *La non preferibilità della legge*

Ma il bilancio, a riguardo, sarebbe incompleto laddove si trascurasse quella che invece è, a mio parere, una vera e propria controindicazione che la scelta in favore della veste di legge presenta.

In astratto, l'adozione del modulo legislativo reca con sé il rischio di consentire l'intervento anche ad atti legislativi e, in particolare, la possibilità che l'Esecutivo possa ricorrere alla decretazione d'urgenza, così che la *ratio* garantistica del ruolo centrale delle Camere che, in genere, anima la scelta in favore della legge, finirebbe del tutto travolta da quella che si prefigurerebbe invece – secondo quanto già accaduto in passato – come un'operazione di sostanziale espropriazione del Parlamento da parte del Governo<sup>73</sup>.

Il fatto che, anche a fronte di una simile eventualità, le Camere non sarebbero messe fuori gioco, data la necessità del loro intervento nei sessanta giorni, ai fini della conversione in legge, non consente in alcun modo di ritenere parzialmente ridimensionato l'evocato pericolo di marginalizzazione del Parlamento. Questo, sol che si consideri che l'intervento di quest'ultimo avverrebbe *ex post facto*, cioè a dire a missio-

<sup>72</sup> Certo, non si tratterebbe propriamente di sopravvenuta carenza di oggetto per abrogazione, ma di cessazione di efficacia per mero esaurimento, non quindi ad opera dello *ius superveniens* sostanzialmente identico, e soprattutto già certa all'atto della promozione dell'iniziativa referendaria. Tuttavia, a tener presente l'atteggiamento della giurisprudenza nell'interpretazione del disposto in parola, che ha portato ad equiparare l'annullamento della legge alla sua abrogazione ai fini della determinazione del blocco delle operazioni referendarie (secondo un orientamento della giurisprudenza dell'Ufficio centrale per il *referendum* formatosi già a metà degli anni '70), non dovrebbero esserci difficoltà a riportare anche la vicenda in esame nell'alveo applicativo dell'art. 39.

<sup>73</sup> Rilievi critici sul punto possono ora vedersi in M. BENVENUTI, *Luci ed ombre*, cit., 38 ss.

ne ormai già autorizzata e verosimilmente iniziata, e quindi la decisione di convertire il decreto risulterebbe fortemente condizionata. Insomma, sarebbe una scelta – quella delle Camere – compiuta sotto il ricatto del “fatto compiuto”<sup>74</sup>.

Senonché, a disinnescare la minaccia potrebbe tornare utile – come accade oggi nella legge n. 145 – la previsione di una riserva di decisione in capo alle Camere che nel nostro caso si traduce in una riserva di legge formale: in questo modo, infatti, il livello legislativo della prescrizione non consentirebbe il promiscuo utilizzo di legge parlamentare ed atto legislativo. Vero è che il fondamento legislativo di quest’ultima non potrebbe impedire del tutto l’intervento del Governo con decreti-legge in deroga<sup>75</sup>. Questa però sarebbe un’obiezione che – come s’usa dire – proverebbe troppo, dato che anche l’autorizzazione disposta con l’approvazione di atti di indirizzo potrebbe andare incontro alla stessa fine.

Ma il vero problema che scaturirebbe dalla opzione in favore della forma legislativa è, a mio parere, un altro e riguarda semmai la tenuta della normativa-quadro in tema di missioni internazionali. Ciò in quanto, l’autorizzazione resa con legge aprirebbe la strada alla contestuale (possibilità di) deroga o modifica della disciplina di carattere generale oggi recata dalla legge in esame, facendo così ripiombare il sistema in quella condizione di regolazione rapsodica, stratificata e discontinua, che lo ha sin troppo a lungo caratterizzato e il cui abbandono ha rappresentato uno dei più significativi (e lodati) obiettivi perseguiti dalla legge n. 145.

In tal modo, la scelta legislativa potrebbe avere il sapore acre e un po’ sgradevole del ritorno indietro per il nostro ordinamento.

Non solo, il rischio del *déjà-vu* increscioso non si fermerebbe qui.

Penso a quella prassi dell’assorbimento della decisione parlamentare sulla partecipazione alle missioni militari nel contesto di un intervento legislativo di ridisciplina della singola missione che, come detto, in passato ha reso poco visibile, anzi talvolta implicito, il *placet* delle Camere, dato in sede di approvazione della legge di conversione del decreto-legge di copertura amministrativa e finanziaria della stessa missione. Prassi che, per l’appunto, potrebbe essere *quodammodo* rievocata da un’autorizzazione legislativa contestuale alla ridefinizione del corredo normativo della missione, la cui

<sup>74</sup> Così si esprime P. BONETTI, *Ordinamento della difesa nazionale e Costituzione italiana*, Milano 2000, 131. Sul punto, in senso critico, anche F. VARI, *Note sulla decretazione d’urgenza in materia di politica estera militare*, in *Quad. cost.*, 2000, 360.

<sup>75</sup> Segnala, peraltro, la permeabilità conosciuta anche da riserve di legge formale previste in Costituzione, come quella di cui all’art. 80 Cost., M. BENVENUTI, *op. e loc. ult. cit.*

immissione in un contesto normativo ampio finirebbe per rendere meno visibile ed evidente l'appoggio parlamentare alla missione. E questo, non soltanto in sede di prima autorizzazione, ma anche di rinnovi successivi.

In conclusione, se da un verso l'opzione *pro lege* non mi sembra proprio possa recare dalla propria qualche effettivo "valore aggiunto", dall'altro, la scelta di affidare alla approvazione di mozioni e risoluzioni il *consenso* delle Camere alle missioni militari sembra davvero più garantista della *esigenza di preservare il carattere parlamentare della decisione di autorizzazione all'impiego delle nostre forze armate in conflitti o missioni internazionali*<sup>76</sup>.

Ne ricavo che gli estremi per intravedere una violazione o un'elusione della Costituzione – di cui pure s'è parlato in dottrina – mi paiono alla prova dei fatti tutti da dimostrare<sup>77</sup>.

## 8. *Uno stimolo...*

Come ho cercato di mostrare, quella della partecipazione a conflitti internazionali è una grande questione di diritto costituzionale e, ove si convenisse sull'esistenza della categoria delle leggi (ordinarie) materialmente costituzionali, la legge n. 145 del 2016 ne farebbe parte sicuramente, costituendone anzi una sorta di caso paradigmatico<sup>78</sup>. Del resto, come è stato puntualmente osservato<sup>79</sup>, essa simbolizza e certifica, formalizzandolo, un dato oramai inconfutabile: che le missioni internazionali e quindi, in buona misura, il coinvolgimento delle nostre forze armate in operazioni militari all'estero costituisce per il nostro Paese un fatto permanente ed istituzionalizzato. La stessa previsione di una significativa posta in bilancio di natura strutturale, da mettere a disposizione ogni anno delle eventuali missioni, sta lì a dimostrarlo.

Sorprende, quindi, il (a mio parere) non adeguato interesse che la nostra dottrina costituzionalistica le ha riservato. Spero, pertanto, che queste mie considerazioni possano fungere da stimolo idoneo a sollecitare un'attenzione rivelatasi fin qui sin troppo timida.

<sup>76</sup> Si «può concludere, sul punto, che la prospettazione di atti parlamentari di indirizzo, anziché della legge, non solo nulla toglie, ma probabilmente, anzi, aggiunge qualcosa a un procedimento approvativo imperniato su quest'ultima» (così M. BENVENUTI, *Luci ed ombre*, cit., 39).

<sup>77</sup> G. U. RESCIGNO, *Gli interventi militari all'estero*, cit., 63 ss.

<sup>78</sup> Ancora G. U. RESCIGNO, *Op. cit.*, 40.

<sup>79</sup> *Op. ult. cit.*, 71.

## SAGGI

*Fabio Saitta*

### LA «NUOVA» DIREZIONE DELLE AZIENDE SANITARIE: PICCOLI PASSI VERSO UN'AUTENTICA MERITOCRAZIA?\*

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. – 2. La nomina del direttore generale tra fiduciarietà e professionalità. – 3. Direttore amministrativo e direttore sanitario: una scelta che resta prettamente fiduciaria, ma diventa più trasparente ed imparziale. – 4. Gli incarichi di direzione di struttura complessa: dalla procedura selettiva al vero e proprio concorso? – 5. Politica e amministrazione nella giurisprudenza costituzionale in materia di avvicendamento negli incarichi dirigenziali in sanità. – 6. Quali prospettive?

#### 1. *Premessa introduttiva*

È noto ai più come, dopo il sostanziale fallimento della legge n. 833 del 1978, dovuto anche all'eccessiva politicizzazione delle unità sanitarie locali<sup>1</sup>, il legislatore avesse inteso voltare pagina, passando da un'organizzazione improntata su modelli prevalentemente politico-rappresentativi ad una struttura ispirata a criteri tecnico-aziendalistici, incentrata sostanzialmente su un solo organo di gestione, volutamente monocratico: il direttore generale<sup>2</sup>. La scelta, di totale rottura con il precedente assetto in quanto chiaramente intesa a dare una caratterizzazione più tecnica al governo locale della sanità, basato adesso su un'azienda pubblica di servizio gestita non più da pseudo esperti di partito, ma da *managers*, che, ancorché collegati al mondo politico, fossero responsabilizzati in base ai

\* Contributo destinato ai volumi *Diritto amministrativo e società civile. Muovendo dalle opere di Fabio A. Roversi Monaco* (collana Spisa – Studi e ricerche, Bononia University Press).

<sup>1</sup> Per indicazioni sulle ulteriori criticità della legge istitutiva del S.S.N., cfr., se vuoi, F. SAITTA, *L'organizzazione della salute: uno sguardo al (recente) passato per costruire il futuro*, in *Munus*, 2015, 359 ss.

<sup>2</sup> G. CILIONE, *Diritto sanitario*, Rimini, 2003, 167.

principi di efficienza, produttività ed economicità, in un regime di competitività imprenditoriale<sup>3</sup>, comportava certamente una netta diminuzione del tasso di democraticità nel governo della materia<sup>4</sup>, ma appariva, almeno in astratto, coerente. Ciò, soprattutto, in quanto il legislatore, sia nel 1992 che, forse in misura ancora maggiore, nel 1999, aveva avuto cura di dotare l'organo di vertice della riordinata u.s.l. di una gamma di poteri così estesa da renderlo *dominus* assoluto<sup>5</sup>, come un vero e proprio capo azienda<sup>6</sup>. Si pensi, in particolare:

a) all'atto aziendale di diritto privato, che in sostanza consente al direttore generale di organizzare autonomamente l'intero funzionamento delle proprie strutture operative ed ha la particolarità di riassumere in capo ad un unico protagonista sia i compiti di natura politico-governativa che quelli più tipicamente gestionali<sup>7</sup>;

b) alla natura, prettamente fiduciaria, del rapporto del direttore generale con i suoi diretti coadiutori, il direttore amministrativo ed il direttore sanitario<sup>8</sup>;

c) all'analogia, amplissima discrezionalità di cui lo stesso direttore generale godeva, fino a qualche anno fa, quando era chiamato a conferire e revocare gli incarichi di direzione delle strutture, semplici e complesse<sup>9</sup>.

Senonché, pur godendo di così ampi poteri di gestione<sup>10</sup>, raramente

<sup>3</sup> A. CAPPUCCI, *La configurazione giuridica delle aziende sanitarie locali e loro profili autonomistici*, in *San. pubbl.*, 2001, 1249-1250.

<sup>4</sup> Sul punto, Corte cost., 24 giugno 2003, n. 220, in *Ragiusan*, 2003, 233-234, 77. Sulla necessità che i cittadini partecipino alla determinazione delle scelte di salute, concorrendo all'individuazione degli obiettivi del S.S.N., M. TALLACCHINI, *Democrazia come terapia: la governance tra medicina e società*, in *Politeia*, 2006, n. 81, 23.

<sup>5</sup> C.E. GALLO, *La dirigenza e il personale del servizio sanitario nazionale*, in *San. pubbl.*, 1999, 213.

<sup>6</sup> Così lo definisce G. REBORA, *Profili dei direttori generali nelle aziende sanitarie*, in *San. pubbl.*, 2005, 35, evidenziando come esso rivesta il ruolo di massimo responsabile nel corrispondente assetto istituzionale, con piena sovraordinazione rispetto a tutte le altre figure interne e pieni poteri in ordine all'impostazione ed al coordinamento delle principali scelte strategiche ed operative. Sui vertici aziendali, con alcune proposte per rendere più collegiale la gestione, anche G. CARPANI, *La sanità*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di F. Merloni e L. Vandelli, Firenze 2010, 451.

<sup>7</sup> E. JORIO, *L'atto aziendale e i suoi contenuti*, in *San. pubbl.*, 2006, 13.

<sup>8</sup> V. *infra*, § 3.

<sup>9</sup> V. *infra*, § 4.

<sup>10</sup> Nel senso che, in base all'attuale sistema, il direttore generale è responsabile della gestione complessiva dell'a.s.l., Cons. St., Sez. III, 2 aprile 2016, n. 1631 e 16 dicembre 2015, n. 5693, in *giustizia-amministrativa.it*. Ha rilevato, peraltro, A. PIOGGIA, *Direzione e dirigenza nelle aziende sanitarie. Una analisi della distribuzione del potere decisionale alla luce degli atti aziendali*, in *San. pubbl. e priv.*, 2008, 5, che l'art. 3 d.lgs. n. 502/1992



il direttore generale è stato in grado di governare in totale autonomia, sfruttando appieno le proprie potenzialità. Ciò per ragioni non soltanto, per così dire, fisiologiche in quanto legate a previsioni normative che, più o meno consapevolmente, ne circoscrivevano i margini d'intervento, ma anche, in certa misura, patologiche, ossia derivanti – come in passato abbiamo tentato di dimostrare<sup>11</sup> – dal persistente controllo esercitato su di esso dai partiti politici.

Questi ultimi, innanzitutto, finiscono inevitabilmente per influenzare le scelte regionali in ordine alla valutazione dell'operato del direttore generale ed alla sua eventuale conferma nell'incarico<sup>12</sup>: l'ampia discrezionalità che permea tale procedimento<sup>13</sup> ha fatto sì che la decisione costituisca uno strumento per esercitare pressioni sull'organo di vertice dell'azienda, che può essere costretto a... guadagnarsi la conferma attraverso comportamenti non del tutto lineari.

Ma non bisogna sempre pensare al direttore generale come vittima incolpevole di politici interessati: in molti casi, in realtà, è egli stesso a portarsi appresso, durante tutto il mandato, il pesante fardello di un debito di riconoscenza nei confronti dei politici, da onorare nel momento in cui questi ultimi lo ritengano opportuno. Si allude alla circostanza, ben nota a tutti gli operatori del settore, che gran parte delle nomine dei direttori generali sono state operate in modo tutt'altro che obiettivo ed imparziale, allo scopo non già di scegliere il *manager* migliore, bensì di mettere... la persona giusta al posto giusto. Ciò ha fatto sì che molti direttori generali (ovviamente, ci saranno state delle eccezioni) si siano insediati rilasciando una sorta di «cambiale in bianco» in favore dei politici di turno che ne hanno favorito la nomina, risultandone così fortemente limitata la loro autonomia decisionale<sup>14</sup>: la successiva adozione dell'atto

dev'essere letto in combinato disposto con le previsioni del medesimo decreto che stabiliscono riserve implicite ed esplicite di poteri ad altre figure dirigenziali e con l'autonomia imprenditoriale dell'azienda sanitaria, collegata alla capacità organizzativa di diritto privato del direttore.

<sup>11</sup> F. SAIITA, *Governo della sanità e falsa "tecnocrazia": cronaca di un fallimento annunciato*, in *San. pubbl. e priv.*, 2007, 5 ss.; in linea con la nostra impostazione sembrano essere S. TUCCILLO, *Il ruolo del dirigente medico tra politica e amministrazione*, in *La sanità flessibile*, a cura di F. Liguori e A. Zoppoli, Napoli, 2012, 151, e M.S. BONOMI, *La dirigenza sanitaria*, in *federalismi.it*, luglio 2014, 6.

<sup>12</sup> Art. 3-bis, comma 6, d.lgs. n. 502/1992, inserito dal d.lgs. n. 229/1999.

<sup>13</sup> Cons. St., Sez. V, 3 ottobre 2003, n. 5746, in *Risorse umane*, 2003, 836.

<sup>14</sup> Sul punto, in modo eloquente, G. CARPANI, *op. cit.*, 457: «La fiduciarità del rapporto [...] può essere terreno fertile per un'utilizzazione degli ampi poteri del direttore non rispettosa delle regole della imparzialità e della buona amministrazione, nonché per

aziendale, la scelta dei direttori sanitario ed amministrativo e financo i singoli conferimenti degli incarichi di direzione di struttura, semplice e complessa, hanno finito, infatti, per rappresentare la migliore occasione per ricambiare precedenti favori (e, per i politici che li avevano sponsorizzati, per... riscuotere!). Tecnici, quindi, spesso saldamente nelle mani dei politici, che non hanno potuto dare l'auspicata svolta al governo della sanità; nel complesso, il quadro, sotto certi aspetti davvero desolante, di un governo «tecnocratico» sostanzialmente falsato da un persistente eccesso di politicizzazione e – ciò che è ancor più grave – senza che ne riceva un qualche beneficio la politica nel significato più nobile del termine; il che avrebbe quantomeno comportato una maggiore partecipazione dei cittadini alle scelte aziendali, quindi una maggiore democraticità.

L'assenza di reali forme di procedimentalizzazione del potere di nomina è stata, pertanto, ritenuta nel tempo una concausa del crescente livello di politicizzazione, anche al livello della media dirigenza aziendale, tanto da indurre il legislatore ad apportare dei correttivi, intesi ad individuare un «rinnovato punto di equilibrio tra fiduciarità ed imparzialità»<sup>15</sup>.

Con il decreto legge n. 158 del 2012, convertito, con modificazioni, nella legge n. 189 del 2012, è stato sostituito il comma 3 dell'art. 3-*bis* del decreto legislativo n. 502 del 1992, prevedendosi che, per nominare il direttore generale, la regione attinga da un elenco di candidati idonei, i cui requisiti sono stati, peraltro, più volte rivisti al fine di garantire trasparenza e professionalità sempre maggiori<sup>16</sup>.

Con il medesimo decreto, è stato anche sostituito il comma 5 del medesimo art. 3-*bis*, stabilendosi che, per garantire omogeneità nella valutazione dell'attività dei direttori generali, le regioni concordino, in sede di Conferenza delle regioni e delle province autonome, criteri e sistemi di valutazione e verifica.

È stato, infine, inserito nell'art. 15 dello stesso decreto legislativo n. 502 del 1992 il comma 7-*bis*, che dispone che le regioni disciplinino i criteri e le procedure per il conferimento degli incarichi di direzione di struttura complessa, prevedendo che si svolga a tal fine una «selezione»

la formulazione, da parte dei preposti agli organi regionali, di richieste al *management* aziendale tese a compiere scelte o tenere comportamenti gestionali contrari alla legge».

<sup>15</sup> E.N. FRAGALE, *La dirigenza delle aziende sanitarie dopo la c.d. riforma Balduzzi*, in *Ist. fed.*, 2013, 552-553.

<sup>16</sup> A. CICHETTI, *La dirigenza nella sanità tra obiettivi di risultato e principi costituzionali*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2015, 491.

effettuata da un'apposita commissione, la quale presenti poi al direttore generale una terna di candidati idonei nel cui ambito individuare il candidato da nominare.

Più recentemente, la c.d. «riforma Madia» ha previsto, con riguardo al conferimento dell'incarico di direttore generale, che la regione attinga da un elenco nazionale di candidati idonei, predisposto da una commissione nazionale ed aggiornato con cadenza biennale; analoghi elenchi regionali degli idonei, formati da commissioni regionali al termine di selezioni per titoli e colloquio, sono stati previsti per la nomina dei direttori amministrativo e sanitario da parte del direttore generale<sup>17</sup>.

Con decreto legislativo n. 171 del 2016, modificato – anche per effetto di una pronuncia costituzionale<sup>18</sup> – con decreto legislativo n. 126 del 2017<sup>19</sup>, sono stati, quindi, istituiti gli anzidetti elenchi e sono stati disciplinati sia la formazione degli elenchi medesimi che i procedimenti di conferimento degli incarichi, chiaramente intesi a rafforzare ulteriormente la trasparenza dell'operato delle regioni e dei direttori generali e le garanzie di professionalità dei soggetti dagli stessi prescelti<sup>20</sup>.

V'è ora da chiedersi se le più recenti riforme abbiano limitato i profili di fiduciarità nel conferimento degli incarichi dirigenziali in misura tale da conferire una caratterizzazione più tecnica al governo locale della sanità, obiettivo dichiarato – ma, come si è detto, non raggiunto – del riordino del S.S.N. operato nel 1992/1999.

## 2. *La nomina del direttore generale tra fiduciarità e professionalità*

A consentire che gran parte delle nomine dei direttori generali siano state operate in modo tutt'altro che obiettivo ed imparziale hanno con-

<sup>17</sup> Art. 11, comma 1, lett. p), l. n. 124/2015.

<sup>18</sup> Sent. 25 novembre 2016, n. 251.

<sup>19</sup> Con il quale – preso atto della sostanziale incapacità di attuare correttamente il modello dimostrata dalle regioni, che «nella gran parte dei casi non hanno inteso la procedura come effettivamente selettiva, e non hanno previsto, salvo rare eccezioni, alcun criterio o modalità di selezione ai fini di iscrizione nell'elenco di coloro che possedevano i requisiti richiesti» (A. PIOGGIA, *Le nomine dei vertici della sanità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 737) – è stato previsto che l'elenco degli idonei alla nomina non abbia più carattere regionale, bensì nazionale, e sia istituito presso il Ministero della Salute e che parimenti nazionale sia la commissione che provvede a selezionare i candidati da inserire nell'elenco medesimo.

<sup>20</sup> Artt. 1, 2 e 3, su cui v. I. RAIOLA, *La riforma della dirigenza sanitaria*, in *Libro dell'anno del diritto 2017*, Roma, 2017, 262 ss.

tribuito – è doveroso dirlo – non soltanto le disposizioni normative che regolavano la materia<sup>21</sup>, ma anche la giurisprudenza amministrativa, che ha costantemente affermato che, stante la loro natura prettamente fiduciaria, i provvedimenti di nomina dei direttori generali hanno carattere di elevata discrezionalità, tanto da inquadrarsi tra gli atti di alta amministrazione, e non presuppongono alcuna valutazione comparativa tra i vari candidati<sup>22</sup>.

A tali conclusioni, già rinvenibili nelle pronunce meno recenti<sup>23</sup>, la giurisprudenza è pervenuta anche da ultimo, alla luce della nuova procedura disegnata dalla riforma del 2016/2017. È stato, infatti, affermato che le novità introdotte dal decreto legislativo n. 171 del 2016, che ha individuato in maniera minuziosa i titoli e l'esperienza valutabile ed introdotto una soglia minima di settanta punti per l'inclusione nell'elenco, non hanno fatto altro che vincolare ancora di più l'attività valutativa della commissione e, «lungi dall'avvicinare la procedura ad una selezione concorsuale», hanno soltanto rafforzato la necessità che i titoli e l'esperienza raggiungano una soglia di sufficienza: in conclusione, «[l]a procedura introdotta nel 2016 manca di qualsiasi connotato proprio del pubblico concorso, non essendo prevista una comparazione tra candidati né un numero massimo di ammessi all'iscrizione, tanto che non si forma alcuna graduatoria tra gli inclusi. Il comma 7 dell'art. 1 precisa, infatti, che l'elenco nazionale è pubblicato secondo l'ordine alfabetico dei candidati senza l'indicazione del punteggio conseguito nella selezione»<sup>24</sup>.

Trattasi, dunque, di una procedura avente carattere idoneativo, e non già concorsuale, in quanto, a fronte dei reiterati interventi del legislatore volti a migliorare la trasparenza e l'obiettività delle nomine, queste restano in definitiva «fiduciarie», posto che la commissione preposta non formula alcuna graduatoria, limitandosi a stilare un elenco di idonei, nel cui ambito è individuato, con atto motivato, un direttore generale: in sostanza, a dispetto dei ripetuti tentativi legislativi di procedimentalizzare e

<sup>21</sup> Si pensi al succitato art. 3-bis, comma 1, che precisava che i predetti provvedimenti «sono adottati esclusivamente con riferimento ai requisiti di cui al comma 3».

<sup>22</sup> In tal senso, tra le più recenti, T.A.R. Basilicata, Sez. I, 15 febbraio 2019, n. 173, in *giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Valle d'Aosta, 14 febbraio 2018, n. 14, *ibidem*.

<sup>23</sup> *Ex plurimis*, T.A.R. Campania-Napoli, Sez. V, 9 ottobre 2003, n. 12580 e 13 giugno 2002, n. 3448, in *giustizia-amministrativa.it* e in *Foro amm.* – TAR, 2002, 2151; Cons. St., Sez. IV, 3 luglio 2000, n. 3649, in *Ragiusan*, 2000, 197, 37. In dottrina, per tutti, E. BARILÀ, *La nomina ed il rapporto di lavoro del direttore generale delle aziende sanitarie ospedaliere nella riforma del servizio sanitario nazionale*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, 565 ss.

<sup>24</sup> Cons. St., Sez. III, 27 maggio 2019, n. 3438, in *giustamm.it*, n. 6/2019.

rendere maggiormente controllabile la nomina, essa continua a non avere le forme e le modalità di un concorso pubblico, mantenendo le caratteristiche di una scelta fiduciaria, ancorchè procedimentalizzata, senza la formazione di una graduatoria<sup>25</sup>.

La valorizzazione del merito e delle capacità dei nominati attraverso l'introduzione, ad opera prima del c.d. «decreto Balduzzi» e dopo delle suddescritte riforme del 2016/2017, di «misure di pubblicità dei bandi, delle nomine e dei *curricula*, nonché di trasparenza nella valutazione degli aspiranti alla dirigenza sanitaria»<sup>26</sup>, costituisce, quindi, un'operazione sicuramente apprezzabile, sulla quale si è favorevolmente espressa anche la Corte costituzionale<sup>27</sup>, ma non pare aver intaccato il binomio della «logica managerialistica sottesa alla fiduciarità delle nomine»<sup>28</sup> accettato dalla giurisprudenza, risultato dell'ampia discrezionalità riconosciuta dalla legge alla regione nella scelta dei dirigenti<sup>29</sup>. Ed è evidente che la persistente fiduciarità del rapporto, oltre a poter essere terreno fertile per un utilizzo degli ampi poteri del direttore non rispettoso dei principi di imparzialità e buona amministrazione<sup>30</sup>, certo non contribuisce a fornire un'immagine di imparzialità del direttore generale, che pure non dovrebbe essere visto dagli utenti del S.S.N. come «uomo evidentemente legato ad una parte politica»<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> T.A.R. Piemonte, Sez. I, 18 settembre 2018, n. 1035, in *giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Valle d'Aosta, 14 febbraio 2018, n. 14, *ibidem*. Nel senso che si tratta di procedura vincolata, essendo l'amministrazione tenuta a formare l'elenco e ad inserirvi tutti gli aspiranti in possesso dei titoli indicati dalla legge, tra cui il superamento del corso di formazione manageriale in materia di organizzazione e gestione sanitaria, previsto dall'art. 1, comma 4, d.lgs. n. 171/2016 (T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III *quater*, 26 aprile 2019, n. 5242 e 8 maggio 2018, n. 5099, *ibidem*), T.A.R. Umbria, Sez. I, 2 gennaio 2018, n. 3, *ibidem*.

<sup>26</sup> Così P. FALLETTA, *La disciplina della dirigenza sanitaria*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, 300.

<sup>27</sup> Sent. 17 luglio 2018, n. 159.

<sup>28</sup> L'espressione è di E.N. FRAGALE, *op. cit.*, 552.

<sup>29</sup> A. CICCETTI, *op. cit.*, 485. In linea con il Consiglio di Stato (Comm. spec., 5 maggio 2016, n. 1113, in *giustizia-amministrativa.it*), anche P. DESOGUS, M. MIANO, *Il processo di innovazione del management sanitario della Riforma Madia: la selezione orientata alla responsabilità e alla trasparenza*, in *amministrazioneincammino.luiss.it* (maggio 2016), 8-9, ravvisano un fattore di criticità nel problematico rapporto tra l'elenco nazionale dei direttori generali e la valutazione da parte della commissione, da un lato, e la delicatezza della scelta del direttore, che resta di natura fiduciaria, dall'altro.

<sup>30</sup> G. CARPANI, *La sanità*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010, 457.

<sup>31</sup> F. MERLONI, *Gli incarichi dirigenziali nelle Asl tra fiduciarità politica e competenze professionali*, in A. PIOGGIA, M. DUGATO, G. RACCA, S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, Milano, 2008, 104.

Ora, non v'è dubbio che, nel complesso, la scelta legislativa di prevedere una selezione degli aspiranti all'incarico di direttore generale abbia il pregio di elevare il livello delle professionalità che governeranno la sanità ed al contempo di attenuare il peso della politica nel conferimento dell'incarico stesso<sup>32</sup>, così come la «scelta accentratrice» operata nel 2017 con la sottrazione della selezione dei candidati da inserire nelle liste alle regioni per affidarla ad una commissione nazionale che dovrà procedere alla valutazione in base a criteri stabiliti dallo stesso decreto legislativo n. 171 del 2016 garantisca maggiore uniformità di trattamento sull'intero territorio nazionale.

Non convince affatto, però, la nuova previsione secondo cui, nell'elenco nazionale, non si potranno indicare i punteggi conseguiti dai candidati al termine della selezione, con la conseguenza che la successiva procedura locale «non dovrà più in alcun modo rendere conto del perché intenda privilegiare, nella composizione della rosa dei candidati prima e nell'attribuzione dell'incarico poi, un idoneo che possieda un punteggio decisamente inferiore rispetto a quello degli altri candidati con cui si accompagna nella composizione della rosa o ancor prima della lista»<sup>33</sup>.

Così come appaiono del tutto inappropriate le scelte legislative del 2017 di prevedere che la commissione regionale sia nominata dal presidente della regione secondo modalità e criteri definiti dalle regioni ed eliminare il limite numerico nella composizione della rosa dei candidati da proporre al presidente medesimo – non inferiore a tre e non superiore a cinque – previsto dal decreto legislativo n. 171 del 2016; scelte che – com'è ben stato notato – «sembrano avvicinare il provvedimento di riforma a quelle logiche politiche particolaristiche che si sarebbero volute scongiurare a favore di ben più pregnanti criteri meritocratici»<sup>34</sup> e che non a caso il Consiglio di Stato aveva avvertito in entrambi i pareri resi sugli schemi di decreto legislativo<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> A. PIOGGIA, *op. ult. cit.*

<sup>33</sup> In tal senso, del tutto condivisibilmente, M.P. MONACO, *La dirigenza sanitaria: il "correttivo" rende effettiva la riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 704.

<sup>34</sup> M.P. MONACO, *op. cit.*, 704-705.

<sup>35</sup> Comm. spec., n. 1113/2016, cit., e 11 aprile 2017, n. 898, in *giustizia-amministrativa.it*, nei quali si osservava che «una modifica di queste previsioni con un nuovo sbilanciamento verso la fiduciarità della nomina rischierebbe di attenuare la concreta portata della riforma e il suo impatto sull'organizzazione del servizio sanitario».

3. *Direttore amministrativo e direttore sanitario: una scelta che resta prettamente fiduciaria, ma diventa più trasparente ed imparziale*

Pacifica – come si diceva – è anche la natura, prettamente fiduciaria, del rapporto del direttore generale con i suoi diretti coadiutori, il direttore amministrativo ed il direttore sanitario, che insieme al primo danno vita alla direzione strategica, anello di congiunzione tra il livello politico regionale ed il nucleo operativo dell'azienda<sup>36</sup>. La giurisprudenza, infatti, era sempre stata del tutto unanime nell'affermare che l'art. 3, comma 7, del decreto legislativo n. 502 del 1992, come modificato dall'art. 4 del decreto legislativo n. 517 del 1993, affidava al direttore generale una scelta di carattere discrezionale ed essenzialmente fiduciario in ordine alla nomina dei suoi stretti collaboratori<sup>37</sup>, con il solo onere di motivare in ordine al possesso, da parte del prescelto, dei requisiti di professionalità e col limite dell'età massima del nominando, che non può essere superiore ai sessantacinque anni<sup>38</sup>.

Tale potere fiduciario tendenzialmente illimitato<sup>39</sup>, che stranamente non era stato intaccato dal c.d. «decreto Balduzzi»<sup>40</sup>, è stato parzialmente circoscritto dal decreto legislativo n. 171 del 2016, che ha previsto che la nomina dei due direttori venga effettuata «attingendo obbligatoriamente agli elenchi regionali di idonei, anche di altre regioni, appositamente costituiti, previo avviso pubblico e selezione per titoli e colloquio, effettuati da una commissione nominata dalla regione [...] e composta da esperti di qualificate istituzioni scientifiche indipendenti che non si trovino in situazioni di conflitto d'interessi, di comprovata professionalità e competenza nelle materie oggetto degli incarichi, di cui uno designato dalla regione»<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> G. CARPANI, *op. cit.*, 461, nota 19.

<sup>37</sup> Cass., Sez. lav., 21 aprile 2015, n. 8080, in *CED Cassazione*, 2015.

<sup>38</sup> *Ex multis*, Cass., Sez. lav., 3 agosto 2005, n. 16281, in *CED Cassazione*, 2005; già prima, T.A.R. Puglia-Bari, Sez. II, 28 settembre 1998, n. 775, in *Trib. amm. reg.*, 1998, I, 4232.

<sup>39</sup> P. DEGOSUS, M. MIANO, *Il processo di innovazione del management sanitario: profili politico-amministrativi*, in S. NERI, A. VENANZONI (a cura di), *La Riforma Madia alla prova dei decreti attuativi*, Roma, 2017, 146.

<sup>40</sup> Critico, a tal riguardo, E.N. FRAGALE, *op. cit.*, 576-577, che si era detto sorpreso del fatto che nessuna particolare disposizione fosse stata dettata in riferimento a delle nomine che continuavano ad essere affidate all'esclusiva responsabilità del direttore generale, senza alcuna previa verifica oggettiva ed imparziale di professionalità; nello stesso senso, M.S. BONOMI, *op. cit.*, 21.

<sup>41</sup> Art. 3.

La scelta operata dal direttore generale resta, quindi, prettamente fiduciaria, com'è giusto che sia nella misura in cui essa mira a garantire «la consonanza di impostazione gestionale fra il direttore generale e i direttori amministrativi e sanitari delle stesse aziende da lui nominati»<sup>42</sup>, ma s'ispira adesso ai principi di trasparenza ed imparzialità, perseguiti dalla legge di delega<sup>43</sup>.

4. *Gli incarichi di direzione di struttura complessa: dalla procedura selettiva al vero e proprio concorso?*

Amplissima – come già accennato – era la discrezionalità di cui il direttore generale godeva, fino a qualche anno fa, quando era chiamato a conferire e revocare gli incarichi di direzione delle strutture, semplici e complesse<sup>44</sup>.

Ed infatti, i nuovi dirigenti medici – che non sono più responsabili esclusivamente della gestione dell'atto medico, ma amministrano anche il *budget* per il raggiungimento dell'obiettivo loro assegnato<sup>45</sup> – venivano, in primo luogo, nominati dal direttore generale al di fuori di una procedura di valutazione comparativa, avendo la giurisprudenza da tempo univocamente affermato, in contrasto con certa dottrina<sup>46</sup>, che l'art. 15-ter del decreto legislativo n. 502 del 1992, introdotto dal decreto legislativo n. 229 del 1999, nella sua originaria versione, configurava il provvedimento di conferimento del predetto incarico come atto negoziale, basato su valutazioni fiduciarie e non già su procedura concorsuale<sup>47</sup>. In sostanza, il direttore generale poteva scegliere liberamente attingendo dall'elenco di candidati idonei predisposto (senza attribuzione di punteggi e senza formazione di graduatoria) da un'apposita commissione, conferendo,

<sup>42</sup> Corte cost., 16 giugno 2006, n. 233.

<sup>43</sup> Cons. St., Comm. spec., n. 1113/2016, cit.

<sup>44</sup> M. MONTINI, *Gli incarichi di direzione di struttura complessa dei dirigenti medici: questione di giurisdizione e natura degli atti della relativa procedura*, in *Foro amm. – CdS*, 2004, 157.

<sup>45</sup> P. LAMBERTUCCI, *Dirigenza sanitaria, responsabilità dirigenziale e gestione delle risorse umane: brevi appunti*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, 825; O. MAZZOTTA, *Attribuzioni e poteri del dirigente sanitario*, *ivi*, 2003, 471.

<sup>46</sup> R. FERRARA, *Organizzazione e principio di aziendalizzazione nel servizio sanitario nazionale: spunti problematici*, in *Foro amm. – TAR*, 2003, 2509; C.E. GALLO, *op. cit.*, 219.

<sup>47</sup> T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III, 31 gennaio 2006, n. 677, in *giustizia-amministrativa.it*.



quindi, l'incarico con scelta di carattere fiduciario affidata alla propria responsabilità manageriale<sup>48</sup>. Se a ciò si aggiunge che, a norma del succitato art. 15-ter, comma 2, l'anzidetta commissione chiamata a predisporre la rosa dei papabili era nominata dallo stesso direttore generale ed era composta dal direttore sanitario (quindi, un suo strettissimo collaboratore), che la presiedeva, e da due dirigenti dei ruoli del personale del Servizio sanitario nazionale, preposti ad una struttura complessa della disciplina oggetto dell'incarico, di cui uno individuato, ancora una volta, dal direttore generale ed uno dal Collegio di direzione, a cui partecipavano anche i direttori sanitario ed amministrativo<sup>49</sup>, ci si rende conto dello smisurato potere che era attribuito in materia al direttore generale. Anche la revoca dei predetti incarichi di direzione di struttura, pur nel silenzio della legge, deve ritenersi spettante al direttore generale<sup>50</sup>, il quale, pertanto, finiva per decidere in totale libertà a chi conferire e revocare incarichi dirigenziali che comportano, oltre che notevoli poteri e prestigio professionale, l'erogazione di cospicue indennità. Non era certo campata in aria, pertanto, l'idea che la linea di contatto tra organo politico e dirigenza si ponesse, più che tra regione e direttore generale, tra quest'ultimo e la dirigenza sanitaria<sup>51</sup>.

La giurisprudenza formatasi, sostanzialmente a partire dai primi anni di questo secolo, prima della novella del 2012, non era del tutto univoca circa la natura delle procedure per il conferimento degli incarichi di direzione di struttura complessa.

Come documentato in recenti e dettagliate rassegne<sup>52</sup>, alle quali rin-

<sup>48</sup> Cass., Sez. un., ord. 8 novembre 2005, n. 21593, in *CED Cassazione*, 2005; Cons. St., Sez. V, 29 novembre 2004, n. 7747 e 10 giugno 2002, n. 3199, in *Foro amm. - CdS*, 2004, 3246 e 2002, 1454; Trib. Avellino, 19 aprile 2004, in *Ragiusan*, 2004, 248, 490; T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, 30 ottobre 2002, n. 1511, in *Foro amm. - TAR*, 2002, 3398; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. V, 13 giugno 2002, n. 3448, *ibidem*, 2151.

<sup>49</sup> Art. 17 d.lgs. n. 502/1992, come sostituito dall'art. 15 d.lgs. n. 229/1999.

<sup>50</sup> F. SAITTA, *Prime considerazioni sull'ultima riforma del servizio sanitario nazionale: la dirigenza*, in *San. pubbl.*, 1999, 953.

<sup>51</sup> Così O. MAZZOTTA, *op. cit.*, 483; adesivamente, S. TUCCILLO, *op. cit.*, 156.

<sup>52</sup> A. D'ANDREA, *La dirigenza medica. Profili di specialità*, Roma, 2013, 71-92; M. NICOLOSI, *Incarichi di direzione di struttura sanitaria complessa e tutela risarcitoria prima della l. n. 189 del 2012 ("riforma Balduzzi")*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 1066 ss., spec. 1070-1078. *Adde*, nel senso della natura concorsuale, T.A.R. Liguria, Sez. II, 10 maggio 2006, n. 460, in *giustizia-amministrativa.it*; in senso opposto, Cass., Sez. lav., 15 settembre 2015, n. 18091 e 26 marzo 2014, n. 7107, in *CED Cassazione*, 2014; Sez. un., 12 marzo 2013, n. 6075, *ivi*, 2013; Cons. St., Sez. III, 6 dicembre 2011, n. 6412, in *Foro amm. - CdS*, 2011, 3646; T.A.R. Puglia-Bari, Sez. II, 20 aprile 2007, n. 1139, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., Sez. V, 29 agosto 2005, n. 4402 e 10 giugno 2002, n. 3199, in *Giorn. dir. amm.*,

viamo per ragioni di spazio, nei primi anni, la giurisprudenza amministrativa di primo grado non era stata uniforme: mentre alcune sentenze avevano affermato che la procedura in parola presentava tutti gli estremi della valutazione comparativa concorsuale, altre pronunce ritenevano che essa, non concludendosi con la formazione di una vera e propria graduatoria di merito vincolante, non avesse natura concorsuale, ma fosse tutt'al più riconducibile alle preselezioni tipiche del lavoro privato.

Presso il Consiglio di Stato ed il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana era, invece, diffuso il convincimento che non si trattasse di un concorso né di una procedura ad esso assimilabile, in quanto la commissione non assegnava punteggi, non operava valutazioni comparative dei singoli candidati e non stilava graduatorie di merito, ma esprimeva soltanto un giudizio complessivo sull'idoneità o meno di ciascun candidato, individualmente considerato, a ricoprire l'incarico, restando la relativa nomina riservata all'ampia discrezionalità del direttore generale.

Tale orientamento era stato condiviso dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, che – oltre a non ravvisare alcun elemento idoneo a ricondurre la selezione ad una procedura concorsuale, ancorché atipica – avevano distinto tra la fase propriamente selettiva, che si concludeva con il giudizio di idoneità formulato dalla commissione all'esito del colloquio con ciascun candidato e della valutazione del relativo *curriculum*, ed il conferimento dell'incarico da parte del direttore generale, che, pur implicando una scelta tra più idonei, veniva considerato un atto privatistico di costituzione del rapporto.

In definitiva, la tesi che riconduceva l'attribuzione di incarico di direzione di struttura complessa nell'alveo delle procedure selettive finalizzate all'assunzione era rimasta del tutto minoritaria.

Il surriferito inserimento, ad opera del c.d. «decreto Balduzzi», del comma 7-*bis* dell'art. 15 del decreto legislativo n. 502 del 1992, chiaramente finalizzato a limitare, mediante un aumento dei profili di concorsualità, la discrezionalità del direttore generale – che, oltre a non poter più incidere sulla composizione della commissione, è adesso tenuto a scegliere il candidato da nominare esclusivamente nell'ambito della terna predisposta dalla commissione stessa – e, quindi, inevitabilmente in controtendenza rispetto all'aziendalizzazione a tutto tondo perseguita a suo

tempo dalla legge Bindi<sup>53</sup>, ha riaperto potenzialmente il dibattito sulla natura della procedura selettiva: l'interprete, in sostanza, deve oggi chiedersi se il prevalente orientamento giurisprudenziale che aveva escluso la natura concorsuale del procedimento conservi tuttora una solida base normativa ovvero sia da rivedere alla luce delle nuove previsioni legislative.

Le prime pronunce in materia del Consiglio di Stato sono state invero poco significative in quanto hanno riguardato una fattispecie peculiare – non a caso definita «caso limite» dagli stessi Giudici di Palazzo Spada – nella quale il direttore generale, in applicazione del regolamento aziendale, non aveva fatto altro che recepire pedissequamente una graduatoria predisposta da altri sulla base della valutazione comparativa dei *curricula* degli aspiranti, affidando l'incarico al primo in graduatoria: erano, quindi, «innegabili i connotati di una procedura concorsuale»<sup>54</sup>.

Hanno subito fatto seguito alcune pronunce di primo grado.

Mentre una di esse ha escluso semplicisticamente che la procedura di che trattasi abbia natura concorsuale senza nemmeno porsi il dubbio che la «riforma Balduzzi» possa aver cambiato i termini della questione<sup>55</sup>, un'altra sentenza è pervenuta alla medesima conclusione attraverso un argomentato ragionamento, sintetizzato nel seguente brano della motivazione: «la circostanza che il direttore generale, nell'individuazione del soggetto cui conferire l'incarico, non sia assolutamente vincolato agli esiti delle precedenti valutazioni esperite dalla commissione tecnica e che possa, anzi, discostarsene e nominare, col solo vincolo di puntuale motivazione, uno dei due candidati che non hanno conseguito il migliore punteggio, appalesa, invero, che la scelta del soggetto cui conferire l'incarico rimane pur sempre una scelta di carattere fiduciario. [...]. Trattasi, in definitiva, solo di un “correttivo” all'esercizio del potere di nomina fiduciaria imposto dall'esigenza di arginare fenomeni di nepotismo e pre-

<sup>53</sup> A. TUZZA, *La governance degli Enti del Servizio Sanitario Nazionale. Dalla legge n. 833 del 23 dicembre 1978, alla riforma Balduzzi*, in *lexitalia.it*, n. 11/2012, § 3.3; M. NICOLOSI, *Incarichi di direzione di struttura sanitaria complessa e tutela risarcitoria prima della l. n. 189 del 2012 («riforma Balduzzi»)*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 1086, secondo la quale l'impostazione della «riforma Balduzzi», volta a sottrarre ampi spazi di discrezionalità al vertice aziendale vincolandolo a più stringenti parametri legislativi, risente della sfiducia nei confronti della privatizzazione già manifestata dal d.lgs. n. 150/2009 con riferimento alle altre amministrazioni pubbliche.

<sup>54</sup> Sez. III, 12 settembre 2014, n. 4658 e 5 giugno 2015, n. 2790, in *giustizia-amministrativa.it* e in *Ragiusan*, 2016, 387-389, 272.

<sup>55</sup> Così T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. III, 28 agosto 2015, n. 1910, in *giustizia-amministrativa.it*, che nemmeno menziona l'art. 15, comma 7-bis, d.lgs. n. 502/1992.

ordinato ad assicurare la piena soddisfazione dell'interesse istituzionale dell'Amministrazione pubblica nella quale il soggetto prescelto viene ad essere incardinato per effetto della nomina stessa. In nessun caso può, però, parlarsi di procedura concorsuale e/o di formazione di una graduatoria. Prova ne è che, in caso di successiva sostituzione del candidato prescelto divenuto dimissionario o decaduto, «si procede alla sostituzione conferendo l'incarico ad uno dei due professionisti facenti parte della terna iniziale» e non – si badi bene – a colui che nell'elenco formato alla commissione tecnica ha conseguito il miglior punteggio<sup>56</sup>.

A conclusioni opposte è pervenuta, pochi mesi dopo, un'argomentata ordinanza cautelare, che, muovendo dal presupposto che la procedura di conferimento dell'incarico non può che essere interamente fiduciaria o, «viceversa, interamente pubblicistica, atto finale di nomina compreso», ha optato per quest'ultima ipotesi, osservando, da un lato, che la novella del 2012 «ha talmente aggravato la procedura in questione [...] da apparire ontologicamente incompatibile con il carattere della fiduciarità» e, dall'altro, che «il Direttore generale non fa neppure parte della Commissione che esamina i candidati e, dunque, non assiste al loro colloquio, dal che si desume che la sua fiducia dovrebbe originare *ab externo* della procedura con evidenti ripercussioni sul senso e sull'utilità della stessa»: da qui il convincimento che «l'esito finale dei lavori della Commissione vada considerato equivalente al parere obbligatorio e non vincolante di un organo consultivo, dal quale – dunque e secondo consolidata giurisprudenza *in subiecta materia* – il D.G. può sì discostarsi, ma congruamente motivando»<sup>57</sup>.

In argomento è poi tornato, a più riprese, il Consiglio di Stato, affermando che, «sebbene la legge qualifichi come concorso il procedimento di cui si discute<sup>58</sup> la prova comparativa costituisce solo un elemento della scelta. Quest'ultima, infatti, spetta al direttore generale il quale è vincolato dall'operato della commissione solo nella predisposizione della terna dei candidati più meritevoli, ma è legittimato ad operare proprie valutazioni, svincolate da quelle della commissione, sull'individuazione del candidato da nominare»<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 23 giugno 2015, n. 297, in *Ragiusan*, 2016, 387-389, 275.

<sup>57</sup> T.A.R. Lombardia-Brescia, Sez. II, ord. 2 settembre 2015, n. 1617, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>58</sup> In verità, l'art. 15, comma 7-*bis*, d.lgs. n. 502/1992 parla di «selezione».

<sup>59</sup> Sez. III, 30 giugno 2016, n. 2940, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui non si

Dopo che quest'ultima argomentazione è stata fatta propria dalla giurisprudenza di primo grado<sup>60</sup>, il Consiglio di Stato si è nuovamente occupato della questione: dapprima, ribadendo come lo scopo della procedura in esame non sia scremare il migliore tra i candidati a conclusione di una serie di prove con cui verificare e comparare conoscenze, abilità e capacità, ma semplicemente approdare ad una rosa di idonei, *id est* ad un elenco di soggetti tutti egualmente all'altezza di espletare l'incarico dirigenziale<sup>61</sup>; successivamente, sostenendo che occorra accertare, caso per caso, come la procedura di affidamento dell'incarico dirigenziale si sia concretamente articolata, ovvero se la stessa «viene organizzata in concreto secondo caratteristiche “concorsuali”, tali da limitare significativamente la scelta finale spettante all'azienda»<sup>62</sup>.

Commentando queste prime pronunce, avevamo osservato che la procedura in parola presenta pressoché tutti gli elementi tipici delle procedure concorsuali, ad eccezione della circostanza, di indubbio rilievo, che il direttore generale può motivatamente discostarsi dalle risultanze della graduatoria (o terna che dir si voglia) e nominare un candidato diverso da quello che ha conseguito il miglior punteggio<sup>63</sup>. Ed infatti, la circostanza che la maggiore idoneità attestata dal conseguimento del «migliore punteggio» sia di per sé insufficiente ad assicurare il conferimento dell'incarico<sup>64</sup> rappresenta un robusto – per non dire decisivo – argomento a sostegno della tesi della fiduciarità della scelta operata dal direttore generale – la cui discrezionalità risulta, «quindi, compressa ma non eliminata» dalla riforma Balduzzi – e della conseguente impossibi-

potrebbe pervenire a diversa conclusione nemmeno qualora il direttore generale accettasse l'impostazione della commissione e nominasse il candidato classificato al primo posto della graduatoria di merito, atteso che una siffatta nomina sarebbe comunque imputabile alla sua volontà e non sarebbe la conseguenza di un vincolo imposto dalla legge.

<sup>60</sup> T.A.R. Campania-Napoli, Sez. V, 16 settembre 2016, n. 4339, in *giustamm.it*, n. 9/2016.

<sup>61</sup> Sez. III, 3 ottobre 2016, n. 4054, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>62</sup> Sez. III, 10 ottobre 2016, n. 4172, in *giustizia-amministrativa.it*, che ha poi escluso la presenza di elementi di «concorsualità» in una procedura «retta da un sintetico avviso che menziona la redazione di una graduatoria sulla base della quale sarebbe stato conferito l'incarico, ma si limita a chiedere la presentazione di un *curriculum* scientifico e professionale entro il termine di quindici giorni».

<sup>63</sup> F. SAITTA, *Incarichi di direzione di struttura complessa nelle aziende sanitarie: una giurisprudizione... case by case?*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2016, 205 ss., spec. 221-225. In tema, di recente, anche F. FIGORILLI, *Competenza del giudice ordinario sugli incarichi di direzione di strutture complesse nelle aziende sanitarie: fu vera gloria?*, in *Diritto amministrativo e società civile. I. Studi introduttivi*, Bologna 2018, 663 ss.

<sup>64</sup> In questi termini, E.N. FRAGALE, *op. cit.*, 569.

lità di ricondurre la selezione in discorso alla categoria delle procedure concorsuali<sup>65</sup>.

Sotto altro profilo, era stato notato come l'art. 15, comma 7-*bis*, del decreto legislativo n. 502 del 1992 si sia limitato a dettare dei principi in base ai quali le regioni, nell'esercizio della loro potestà legislativa concorrente in materia di tutela della salute *ex art.* 117, comma 3, della Costituzione<sup>66</sup>, avrebbero dovuto disciplinare «i criteri e le procedure per il conferimento degli incarichi di direzione di struttura complessa»<sup>67</sup>. Ed allora, pur ammettendo che, in difetto di un'espressa attribuzione di potestà pubblicistiche al direttore generale<sup>68</sup>, il potere di stabilire le scansioni del procedimento di conferimento dell'incarico in discussione possa astrattamente ricondursi all'atto aziendale, cui compete, tra l'altro, l'individuazione delle strutture aziendali<sup>69</sup>, v'è comunque una riserva di legge regionale che denota chiaramente la volontà del legislatore statale del 2012 di evitare che l'individuazione della «dose di concorsualità» che deve connotare la procedura in questione venga rimessa ai singoli atti e/o regolamenti aziendali, con soluzioni conseguentemente differenziate tra un'azienda e l'altra pur all'interno della medesima regione. Ne consegue che i ritardi e le inerzie delle regioni, pur non paralizzando del tutto i procedimenti di nomina in quanto già disciplinati «con sufficiente grado di precisione» dal legislatore statale<sup>70</sup>, hanno determinato una diversificazione delle scansioni dei procedimenti medesimi potenzialmente idonea ad incidere financo sull'individuazione del giudice chiamato ad erogare

<sup>65</sup> A. RICCARDI, *Gli incarichi di direzione di struttura complessa. Quale giurisdizione?*, in *giustiziacivile.com*, n. 3/2016, 7 e 9, laddove si afferma che «lo stesso concetto di «concorso» è *ex se* incompatibile con il concetto di «scelta»».

<sup>66</sup> Su cui, per tutte, Corte cost., 5 maggio 2006, n. 181, che ha ritenuto costituzionalmente legittimo l'art. 8, comma 3, l.r. Emilia Romagna n. 29/2004, che, laddove stabilisce che l'attribuzione dell'incarico di direzione di struttura complessa ai dirigenti sanitari è effettuata dal direttore generale sulla base di una rosa di tre candidati, non contrastava con l'art. 15-*ter* d.lgs. n. 502/1992, che non limitava il numero degli aspiranti.

<sup>67</sup> A. TUZZA, *op. cit.*, § 3.3. Nel senso che, nel rispetto del principio fondamentale dell'istituzione di un'azienda sanitaria quale modulo obbligatorio attraverso il quale la regione assicura la gestione e l'erogazione dei servizi, gli aspetti organizzativi appartengono all'autonoma determinazione delle regioni, già G. CILIONE, *Brevi note sulle prospettive della disciplina della tutela della salute dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001*, in *giust. it.*, n. 12/2001.

<sup>68</sup> Come nota P. CERBO, *L'affidamento degli incarichi per la dirigenza sanitaria* (Relazione al Convegno su: «La gestione del Servizio sanitario nazionale dopo il Patto per la salute 2014-2016» – Osimo, 12-13 giugno 2015), 4 del *paper*.

<sup>69</sup> Art. 3, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 502/1992.

<sup>70</sup> M.S. BONOMI, *op. cit.*, 18.

tutela. Si consideri che i primi commentatori della «riforma Balduzzi» avevano ritenuto problematica già la scelta del legislatore statale di attribuire alle regioni il compito di determinare i criteri e le modalità di espletamento della selezione – ritenendo che ciò avrebbe potuto «determinare una disomogeneità, non uniformità e disparità di trattamento da Regione a Regione», *ergo* «pregiudicare il buon andamento delle procedure nonché l'impossibilità di giustificare e motivare a livello nazionale la presenza di diverse modalità e differenti criteri nell'effettuazione delle selezioni»<sup>71</sup> – e che alcuni anni fa la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ha tentato di evitare l'eccessiva eterogeneità delle procedure dettando dei criteri generali che tutte le aziende sanitarie dovrebbero osservare<sup>72</sup>.

Tutto ciò considerato, la scelta riformistica del 2012 presentava, forse, più luci che ombre: dopo oltre un ventennio di esperienza, durante il quale i direttori generali non hanno dato buona prova di sé nel nominare i dirigenti di struttura complessa, la c.d. «riforma Balduzzi» avrebbe probabilmente fatto meglio a compiere una scelta più netta, azzerando del tutto qualsiasi residuo profilo di fiduciarità nella procedura di conferimento dell'incarico equiparandola del tutto ad un vero e proprio concorso<sup>73</sup>. Del resto, alla luce dell'ormai consolidata giurisprudenza costituzionale in materia di conferimento di incarichi dirigenziali, non sembra proprio che i nuovi dirigenti medici – pur essendo oggi tenuti ad occuparsi, oltre che della gestione dell'atto medico, dell'amministrazione del *budget* loro assegnato – possano annoverarsi, al pari della dirigenza di vertice dell'azienda (cioè, dei direttori amministrativo e sanitario), nell'ambito della dirigenza c.d. fiduciaria<sup>74</sup> ed essere, quindi, sottratti alla logica meritocratica che permea ormai l'intero regime di conferimento

<sup>71</sup> N. NIGLIO, *La procedura di nomina dei direttori generali presso le ASL alla luce delle novità introdotte dalla legge n. 189 dell'8 novembre 2012 (Un primo commento all'articolo 4 della legge n. 189/2012)*, in *lexitalia.it*, n. 11/2012, § 3.

<sup>72</sup> Linee guida 13 marzo 2013, in *regioni.it*.

<sup>73</sup> Nel senso che i principi introdotti nel 2012 attenuano significativamente la discrezionalità nella scelta dei collaboratori sanitari senza escluderla del tutto e rappresentano comunque un primo passo in avanti nella direzione di una gestione imparziale delle a.s.l., E.N. FRAGALE, *op. cit.*, 580; D. MORANA, *I decreti del 2012 tra le riforme della Riforma sanitaria*, in *Corti supreme e salute*, n. 3/2018, 17.

<sup>74</sup> Per alcune indicazioni sui criteri di differenziazione tra dirigenza fiduciaria, e non, cfr., se vuoi, F. SAITTA, *Burocrazia e indirizzo politico: il modello della Corte costituzionale (Relazione al Convegno su: «Il diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale» – Bologna, 27-28 settembre 2007)*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 299-303.

degli incarichi dirigenziali che non siano di diretta collaborazione all'organo politico<sup>75</sup>.

Mentre la giurisprudenza si è ormai consolidata nel senso che la selezione prevista dal succitato art. 15, comma 7-*bis*, non integra un concorso in senso tecnico, ma un mero giudizio idoneativo destinato a concludersi con una scelta essenzialmente fiduciaria del direttore generale<sup>76</sup>, il legislatore del 2016/2017 si è astenuto dall'intervenire, come pure sarebbe stato opportuno fare, per irrobustire ulteriormente la procedimentalizzazione della nomina.

##### 5. *Politica e amministrazione nella giurisprudenza costituzionale in materia di avvicendamento negli incarichi dirigenziali in sanità*

Come riferito, l'ampia discrezionalità che permea i procedimenti di valutazione dell'operato del direttore generale e dei suoi coadiutori ha fatto sì che le relative decisioni costituiscano uno strumento per esercitare pressioni sui vertici aziendali, che possono essere costretti a... guadagnarsi la conferma attraverso comportamenti non del tutto lineari. Tecnici, quindi, spesso saldamente nelle mani dei politici, che non hanno potuto dare l'auspicata svolta al governo della sanità e che nemmeno la giurisprudenza sul c.d. *spoils system*, dichiaratamente volta a garantire una certa stabilità ed autonomia al loro rapporto di

<sup>75</sup> Sul punto, L. IEVA, *Gli incarichi dirigenziali nel lavoro pubblico*, in *Foro amm.*, 2016, 1702.

<sup>76</sup> Cons. St., Sez. III, 7 maggio 2019, n. 2929, 18 aprile 2019, n. 2531, 20 marzo 2019, n. 1850, 10 luglio 2018, n. 4217, 13 giugno 2018, n. 3648 e 7 luglio 2017, n. 3358, in *giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Umbria, Sez. I, 28 febbraio 2019, n. 115 e 26 settembre 2018, n. 499, *ibidem*; T.A.R. Lombardia-Brescia, Sez. I, 13 febbraio 2019, n. 142 e 11 giugno 2018, n. 562, *ibidem*; T.R.G.A. Trentino Alto Adige-Bolzano, 8 novembre 2018, n. 321, *ibidem*; T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. II, 26 settembre 2018, n. 1354, *ibidem*; T.A.R. Campania-Salerno, Sez. I, 24 settembre 2018, n. 1320, *ibidem*; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. V, 24 settembre 2018, n. 5573, 5 settembre 2018, n. 5383, 20 giugno 2018, n. 4074 e 8 gennaio 2018, n. 113, *ibidem*; T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. III, 18 settembre 2018, n. 2090, *ibidem*; T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. II, 13 settembre 2018, n. 1566 e 14 giugno 2018, n. 1222, *ibidem*; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III *quater*, 5 luglio 2018, n. 7467, *ibidem*; T.A.R. Molise, Sez. I, 21 maggio 2018, n. 292, *ibidem*; T.A.R. Puglia-Bari, Sez. III, 9 maggio 2018, n. 684, *ibidem*; T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, 2 maggio 2018, n. 234, *ibidem*; T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. IV, 22 febbraio 2018, n. 403, *ibidem*; T.A.R. Toscana, Sez. I, 2 gennaio 2018, n. 6, *ibidem*; T.A.R. Veneto, Sez. III, 2 novembre 2017, n. 978, *ibidem*; Trib. S. Maria Capua Vetere, Sez. lav., 25 gennaio 2018, ined.; Cass. civ., Sez. un., ord. 17 febbraio 2017, n. 4227 e 9 maggio 2016, n. 9281, in *CED Cassazione*, 2017 e 2016.



lavoro<sup>77</sup>, era riuscita a rendere davvero liberi di allocare le risorse e gestirle in modo tale da perseguire al meglio gli obiettivi nel rispetto dei vincoli assegnati.

La questione non può essere elusa, in quanto – com'è stato ribadito anche di recente – sull'equilibrio tra fiduciarità ed autonomia si fonda la possibilità di realizzare un modello conforme ai canoni costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità<sup>78</sup>.

Nel 2006, la Consulta, posta di fronte alla questione di legittimità costituzionale di alcune disposizioni delle leggi regionali calabresi nn. 12 e 13 del 2005 e della legge regionale abruzzese n. 27 del 2005, in tema di nomine ed incarichi dirigenziali all'interno delle due regioni, aveva affermato che, «trattandosi di nomine conferite *intuitu personae* dagli organi politici della Regione, [...] la regola per cui esse cessano all'atto dell'insediamento di nuovi organi politici mira a consentire a questi ultimi la possibilità di rinnovarle, scegliendo (ancora su base eminentemente personale) soggetti idonei a garantire proprio l'efficienza e il buon andamento dell'azione della nuova Giunta, per evitare che essa risulti condizionata dalle nomine effettuate nella parte finale della legislatura precedente. Quindi, la previsione di un meccanismo di valutazione tecnica della professionalità e competenza dei nominati, prospettata nel ricorso come necessaria a tutelare l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione, non si configura, nella specie, come misura costituzionalmente vincolata; e del resto nemmeno si addice alla natura personale del rapporto sotteso alla nomina»<sup>79</sup>. Con riguardo, poi, alle disposizioni che sanciscono la decadenza automatica di incarichi dirigenziali al momento della proclamazione del presidente della giunta regionale, la Corte, sulla base di un'interpretazione sistematica, era pervenuta alla conclusione che esse non si riferissero anche agli incarichi dirigenziali di livello non generale, dovendosi conseguentemente escludere che in esse potesse ravvisarsi «un'estensione dello *spoils system* tanto rilevante da risolversi in lesione dei principi di ragionevolezza e di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione garantiti dagli artt. 3 e 97 Cost.». Conforme

<sup>77</sup> G. CERESSETTI, *Spoil system in ambito sanitario tra fiduciarità ed imparzialità*, in *Foro amm.* – *CdS*, 2009, 1655 ss.

<sup>78</sup> M. INTERLANDI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione: una "storia difficile"*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2018, 9. Sul tema, di recente, anche V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione e il potere politico (principi e problemi)*, in V. CERULLI IRELLI, D. COLAROSSO, *L'amministrazione e il potere politico (ordinamenti a confronto)*, Torino 2018, 1 ss.

<sup>79</sup> Sent. n. 233/2006, cit.

a Costituzione era stata, altresì, ritenuta la disposizione che regolava gli effetti della nomina di un nuovo direttore generale delle aziende sanitarie locali o ospedaliere sugli incarichi di direttore sanitario e amministrativo: tale disposizione, secondo la Corte, «non riguarda[va] un'ipotesi di *spoils system* in senso tecnico», in quanto «non regola[va] un rapporto fondato sull'*intuitus personae* tra l'organo politico che conferisce un incarico ed il soggetto che lo riceve ed è responsabile verso il primo dell'efficienza dell'amministrazione; ma concerne[va] l'organizzazione della struttura amministrativa regionale in materia sanitaria e mira[va] a garantire, all'interno di essa, la consonanza di impostazione gestionale fra il direttore generale e i direttori amministrativi e sanitari delle stesse aziende da lui nominati. In questa prospettiva, la norma impugnata tende[va] ad assicurare il buon andamento dell'amministrazione, e quindi non viola[va] l'art. 97 Cost.».

Di tenore contrastante i primi commenti a tale pronuncia.

V'è stato, in primo luogo, chi ha ravvisato, nel riferimento ad una conformità costituzionale della «consonanza» tra la dirigenza pubblica (di vertice) e gli organi politici, un vero e proprio superamento di fatto, da parte della Consulta, dell'art. 98 della Costituzione, a norma del quale «i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione», traendone il convincimento che la pronuncia è talmente preoccupata dall'intento di salvare la logica dello *spoils system* da giungere a ritenere costituzionalmente legittime le norme regionali in materia senza nemmeno diffondersi sulle ragioni per cui si dovrebbe rafforzare la coesione tra organi politici e dirigenza onde consentire il perseguimento del buon andamento dell'attività di direzione<sup>80</sup>.

Sotto altro profilo, si è osservato che l'*intuitus personae* e la coesione sono criteri diametralmente opposti ed inconciliabili con le esigenze di professionalità che dovrebbero presiedere ad una corretta gestione dello *spoils system*, anche perché, se l'organo di governo non ritiene le proposte formulategli dal dirigente di vertice adeguate, non deve far altro che respingerle, potendo arrivare financo alla valutazione negativa della sua capacità professionale attraverso gli ordinari strumenti<sup>81</sup>.

V'era stato, ancora, chi, con analoghi accenti critici, aveva parlato

<sup>80</sup> Così L. OLIVERI, *Legittimità costituzionale della dirigenza politicizzata*, in *lexitalia.it*, n. 6/2006, che ritiene quest'ultima affermazione sostanzialmente apodittica ed in contraddizione con gli artt. 97 e 98 Cost.; adesivamente, L. CAPILUPI, *Lo spoils system tra dubbi di costituzionalità ed incertezze sulla giurisdizione*, *ivi*, n. 9/2006.

<sup>81</sup> L. OLIVERI, *op. cit.*

senza mezzi termini di «morte del principio di distinzione tra politica ed amministrazione»<sup>82</sup>.

Ma v'era stato anche chi, al contrario, aveva rinvenuto in tale sentenza un'ulteriore precisazione del principio stesso in linea con la traiettoria metodologica da tempo seguita dalla Corte, ritenendo che la stessa avesse aggiunto un altro elemento prezioso per definire con maggiore precisione la portata del principio di distinzione tra politica ed amministrazione all'interno del quadro costituzionale e che l'indicazione della Consulta in ordine all'esigenza di coesione tra organi politici e dirigenza di vertice obbedisse alla logica di continuità tra indirizzo politico ed azione amministrativa di cui all'art. 95 della Costituzione, che, pur in presenza dell'autonomia decisionale della dirigenza, continua a prevedere la responsabilità ministeriale per l'attività del dicastero<sup>83</sup>. Coerentemente con quanto esposto in precedenti scritti in ordine alla necessità di limitare la fiduciarità alle sole nomine dei dirigenti che, essendo chiamati a compiere scelte discrezionali, devono poter essere assoggettati ad un controllo politico, tale dottrina aveva aggiunto che, a seguito dell'anzidetta sentenza costituzionale, diventava decisivo individuare le posizioni dirigenziali che, svolgendo effettivamente un ruolo di cerniera tra il livello politico e quello amministrativo, vanno sottoposte a regime fiduciario, perché sarebbe irragionevole porre sotto l'ombrello della fiducia anche rapporti che si fondano esclusivamente su caratteristiche tecniche e professionali dell'incaricato, rispetto ai quali non v'è, quindi, alcuna necessità di garantire consonanza di vedute tra nominante e nominato<sup>84</sup>.

Era proprio questo, tuttavia, il punto cruciale del ragionamento svolto dalla Consulta, che si traduceva in definitiva nel limite, forse inevitabile, dell'anzidetta sentenza costituzionale: la giusta misura di fiduciarità da introdurre nelle nomine dirigenziali.

Di ciò si erano avveduti anche coloro che avevano commentato favorevolmente tale pronuncia, i quali, consapevoli, da un lato, delle scarse indicazioni contenute in proposito nella pronuncia stessa, che si limitava ad ammettere lo *spoils system* per le posizioni dirigenziali genericamente

<sup>82</sup> Così S. BATTINI, *In morte del principio di distinzione fra politica e amministrazione: la Corte preferisce lo spoils system*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 911 ss.

<sup>83</sup> G. GARDINI, *Lo spoils system al primo vaglio di costituzionalità: le nomine fiduciarie delle Regioni sono legittime, ma la querelle resta aperta*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, 687.

<sup>84</sup> G. GARDINI, *op. cit.*, 688-689. Sembra aderire a quest'impostazione anche F. MERLONI, *Primi incerti tentativi di arginare lo spoils system nelle Regioni*, in *Forum Quad. cost.*, § 3.1.

definite «apicali», e, dall'altro, dell'impossibilità di procedere ad applicazione analogica di principi enunciati con riguardo a situazioni diverse, restavano in attesa di ulteriori indicazioni della Corte sul *quantum* di fiducia tollerato dal sistema<sup>85</sup>.

Non mancava, peraltro, chi riteneva la sentenza costituzionale, sotto quest'aspetto, deludente, e che la Consulta avesse perso l'occasione per operare una più netta distinzione tra area fiduciaria ed area dirigenziale amministrativa, delimitando chiaramente la prima onde evitare che essa si estenda indiscriminatamente: il criterio del livello dirigenziale (tutti gli incarichi dirigenziali di livello generale sono fiduciari) non appare sufficientemente attendibile in quanto in molti casi all'incarico dirigenziale generale si accompagnano compiti di amministrazione e gestione ovvero poteri di intromissione nell'amministrazione e gestione dei dirigenti non generali<sup>86</sup>.

Alcuni mesi dopo, la Corte aveva preso in esame le questioni di legittimità costituzionale di svariate norme delle leggi regionali laziali nn. 1 del 2004, 9 del 2005 e 4 del 2006, che avevano introdotto, quale regime permanente, la decadenza automatica del direttore generale delle aziende sanitarie locali e ospedaliere allo scadere del novantesimo giorno dall'insediamento del Consiglio regionale, ed aveva affermato che «[t]ale decadenza automatica non soddisfa[ceva] l'esigenza di preservare un rapporto diretto fra organo politico e direttore generale e, quindi, la “coesione tra l'organo politico regionale [...] e gli organi di vertice dell'apparato burocratico [...]” (sentenza n. 233 del 2006). Infatti, essa interv[eniva] anche nel caso in cui la compagine di governo regionale ven[isse] confermata dal risultato elettorale che [aveva] portato all'elezione del nuovo Consiglio. Né alla menzionata esigenza suppli[va] l'eventuale conferma del direttore generale, non essendo previsto che essa [fosse] preceduta da un'apposita valutazione, né che [fosse] motivata»<sup>87</sup>. La Consulta aveva, poi, aggiunto che «nell'assetto organizzativo regionale vi è una molteplicità di livelli intermedi lungo la linea di collegamento che unisce l'organo politico ai direttori generali delle Asl», nel senso che, essendovi la mediazione di strutture dipendenti dalla Giunta, «non vi è un rapporto istituzionale diretto e immediato fra organo politico e direttori generali. Infine, la decadenza automatica del direttore generale è collegata al veri-

<sup>85</sup> G. GARDINI, *op. cit.*, 690-691.

<sup>86</sup> F. MERLONI, *op. ult. cit.*, § 3.3, che pure auspicava a tal proposito ulteriori interventi dei Giudici costituzionali.

<sup>87</sup> Sent. 23 marzo 2007, n. 104.

ficarsi di un evento – il decorso di novanta giorni dall’insediamento del Consiglio regionale – che è indipendente dal rapporto tra organo politico e direttori generali di Asl. Dunque, il direttore generale viene fatto cessare dal rapporto (di ufficio e di lavoro) con la Regione per una causa estranea alle vicende del rapporto stesso, e non sulla base di valutazioni concernenti i risultati aziendali o il raggiungimento degli obiettivi di tutela della salute e di funzionamento dei servizi, o – ancora – per una delle altre cause che legittimerebbero la risoluzione per inadempimento del rapporto». Da qui la conclusione, che ha rappresentato poi il presupposto per dichiarare costituzionalmente illegittime le norme impugnate, che «l’imparzialità e il buon andamento dell’amministrazione esigono che la posizione del direttore generale sia circondata da garanzie; in particolare, che la decisione dell’organo politico relativa alla cessazione anticipata dall’incarico del direttore generale di Asl rispetti il principio del giusto procedimento. La dipendenza funzionale del dirigente non può diventare dipendenza politica. Il dirigente è sottoposto alle direttive del vertice politico e al suo giudizio, ed in seguito a questo può essere allontanato. Ma non può essere messo in condizioni di precarietà che consentano la decadenza senza la garanzia del giusto procedimento».

Anche quest’ultima sentenza aveva formato oggetto di difformi letture da parte dei primi commentatori.

Alcuni avevano parlato senza mezzi termini, con entusiasmo misto ad enfasi, di «*de profundis* per lo *spoils system*»<sup>88</sup>, affermando, innanzitutto, che, con le anzidette pronunce, è definitivamente venuta meno la distinzione (presente nella sentenza n. 233 del 2006) tra gli incarichi dirigenziali cc.dd. apicali, per i quali lo *spoils system* era stato ritenuto legittimo, e gli altri incarichi dirigenziali, per i quali, invece, tale sistema era stato ritenuto illegittimo, sicché è stato compiuto un grande passo verso il ripristino dell’attuale sistema costituzionale<sup>89</sup>.

Altri avevano affermato che «la Corte costituzionale, pur facendo mostra di continuità con la sentenza del 2006, in realtà cambia decisamente rotta», nella misura in cui «le argomentazioni della sentenza 104 pongono dubbi sulla legittimità delle norme del 2006 che hanno esteso lo *spoils system* ai direttori generali delle aziende statali»<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> Così intitolava la pubblicazione della sent. n. 103/2007 la rivista telematica *LexItalia.it*, in linea del resto con i commenti in calce alla sentenza stessa (in *lexitalia.it*, n. 3/2007).

<sup>89</sup> G. VIRGA, *Breve storia di un trapianto con crisi finale di rigetto*, in *lexitalia.it*, n. 3/2007.

<sup>90</sup> C. D’ORTA, *Uno stop allo spoils system*, in *astrid-online.it* (maggio 2007).

Accanto a quelli sinteticamente menzionati si erano registrati commenti meno entusiastici, ma al contempo – a nostro avviso – più equilibrati e meditati.

Così v'era stato chi, pur parlando in apertura di «rivincita della dirigenza pubblica nei confronti dello strapotere della politica a garanzia dell'imparzialità della pubblica amministrazione», aveva poi chiarito meglio che, in realtà, «la Corte ha voluto porre alcuni paletti»: «[i]l principio della primazia della politica, rettammente inteso, non è in discussione. Ciò che si vuole evitare, come chiarisce la sentenza n. 104, citando gli atti dell'Assemblea costituente, è soltanto che all'interno di una Costituzione democratica in base alla quale al potere si alternano i partiti politici l'amministrazione si trasformi in "un'amministrazione di partiti"»<sup>91</sup>.

Era parso più corretto, insomma, parlare semmai di «ridimensionamento dello *spoils system*»<sup>92</sup> e leggere la sentenza in modo, in certo senso, «costruttivo», ossia tentando di ben individuare la «strada indicata dalla Corte per ricondurre nell'alveo della legalità costituzionale lo *spoils system* nazionale»: ed infatti, lungi dal decretare l'espunzione dell'istituto dal nostro ordinamento, «il che francamente sarebbe significato spostare gli equilibri in modo eccessivo verso uno dei poli del rapporto intercorrente fra quelle esigenze costituzionali in perenne conflitto, per le quali è davvero ardua la quadratura del cerchio», i Giudici costituzionali non avevano fatto altro che indicare al legislatore come operare una mediazione senza sacrificare irragionevolmente l'uno o l'altro dei valori in campo<sup>93</sup>. Secondo questa condivisibile impostazione, la Consulta, muovendo dalla piena consapevolezza dell'impossibilità di operare una rigida separazione tra burocrazia ed indirizzo politico, *ergo* dalla necessità di individuare dei criteri oggettivi idonei a contemperare fiduciarità ed imparzialità, ha avuto il merito di aver preservato, con l'innesto di qualche contrappeso, un margine di autonomia all'istituto dello *spoils system* nel nostro Paese<sup>94</sup>.

Del resto, solo in apparenza la sentenza n. 104 si poneva in contraddizione con la precedente sentenza n. 233 del 2006: a ben guardare, le diverse conclusioni cui era giunta nei due casi la Corte – nello stabilire

<sup>91</sup> M. CLARICH, *Corte Costituzionale e spoils system, ovvero il ripristino di un rapporto più corretto tra politica e amministrazione*, in *astrid-online.it* (marzo 2007).

<sup>92</sup> F. JORIO, *Lo Spoils system viene nuovamente ridisegnato dal Giudice delle leggi con le sentenze nn. 103 e 104 del 2007: stabilizzazione della dirigenza e giusto procedimento*, in *federalismi.it* (aprile 2007).

<sup>93</sup> Così G. CORSO, G. FARES, *Quale spoils system dopo la sentenza 103 della Corte costituzionale?*, in *giurcost.org* (marzo 2007).

<sup>94</sup> G. CORSO, G. FARES, *ibidem*.

che identiche figure professionali dapprima, nel caso della legge regionale calabrese, fossero sottoponibili all'anticipata cessazione automatica dell'incarico e dopo, nel caso della legge regionale laziale, invece non lo fossero – erano giustificate dalle diverse modalità con cui avvenivano le relative nomine nelle due regioni, ragion per cui, constatato che nella Regione Lazio la nomina del direttore generale dell'a.s.l., pur essendo fatta dall'organo politico, non era fiduciaria, i Giudici costituzionali non avevano potuto far a meno di concludere che il relativo incarico poteva cessare anticipatamente solo in caso di motivata valutazione negativa<sup>95</sup>.

La Consulta è poi tornata sul punto, ancorché indirettamente, qualche anno dopo, allorquando, chiamata a stabilire, a fronte della previsione contenuta nella legge regionale laziale n. 18 del 1994, se anche il direttore amministrativo ed il direttore sanitario debbano considerarsi meritevoli, rispetto al direttore generale, delle stesse garanzie di stabilità dell'incarico riconosciute a quest'ultimo nei confronti dell'organo politico, ha precisato come «non sussista un rapporto di stretta simmetria tra le modalità di conferimento dell'incarico dirigenziale e le cause di cessazione di esso»<sup>96</sup>, per cui ad una nomina ampiamente discrezionale e connotata dall'*intuitu personae* non corrisponde necessariamente una decadenza automatica o discendente da considerazioni che non siano strettamente relative alla valutazione dei risultati conseguiti<sup>97</sup>.

L'accento posto da quest'ultima pronuncia sulla necessità di un «accertamento oggettivo dei risultati conseguiti» e, in particolare, di una «fase procedurale che faccia dipendere la decadenza da pregressa responsabilità del dirigente» ha determinato una completa sovrapposizione fra responsabilità dirigenziale e *spoils system*, il quale non ha più un'identità autonoma, e consente di neutralizzare il duplice rischio di subordinazione politica e di eccessi di autonomia del dirigente<sup>98</sup>.

Questi concetti sono stati ribaditi un anno dopo, nel dichiarare incostituzionale un'analogia disposizione della legge regionale abruzzese n. 20 del 2006, che stabiliva che gli incarichi di direttore amministrativo e di

<sup>95</sup> L. ORSINI, A. PICCIO, *Politica e Dirigenza alla luce di recenti sentenze della Corte Costituzionale. Un rapporto non compiutamente definito*, in *astrid-online.it* (maggio 2007). Nel senso che la sentenza n. 104/2007 è ampiamente confermativa della precedente sentenza n. 233/2006, tanto da rappresentare quasi un *unicum* decisionale, F. JORIO, *ibidem*.

<sup>96</sup> Sent. 24 giugno 2010, n. 224.

<sup>97</sup> F. MERLONI, *Spoil system, il timore dell'overruling impedisce alla Corte di fare chiarezza*, in *Reg.*, 2010, 1136.

<sup>98</sup> G. FARES, *Rafforzate ancora le garanzie per i burocrati della sanità: eclissi dello spoil system*, in *giurcost.org* (giugno 2010), 5.

direttore sanitario non conferiti dai direttori generali in carica cessassero, ove non confermati, entro tre mesi dalla data d'insediamento del nuovo direttore generale<sup>99</sup>.

Da ultimo, circa un anno fa, nel dichiarare costituzionalmente illegittima la disciplina transitoria contenuta nella legge regionale siciliana n. 4 del 2017, volta a «congelare» gli incarichi di direzione generale delle aziende sanitarie (o, in mancanza, ad attribuirne la direzione a commissari straordinari), in deroga al nuovo regime di selezione e di nomina dei dirigenti sanitari delineato a livello nazionale dalla legge n. 124 del 2015 e dal decreto legislativo n. 171 del 2016, la Corte ha osservato come già dal c.d. «decreto Balduzzi» potesse desumersi l'intento del legislatore nazionale «di affrancare la dirigenza sanitaria da condizionamenti di carattere politico e di privilegiare criteri di selezione che assicurino effettive capacità gestionali e un'elevata qualità manageriale del direttore generale»<sup>100</sup>.

Contestualizzando quest'ultima pronuncia all'interno della più recente giurisprudenza costituzionale, sembra delinearci, in contrapposizione al criticato modello dello *spoils system*, che privilegia la consonanza personale ed il rapporto diretto tra l'organo politico e chi è chiamato a dar attuazione alle sue direttive, il modello del *merit system*, nel quale, al contrario, si privilegia la professionalità tecnica del candidato<sup>101</sup>. Il che non significa – ripetesi – escludere *tout court* la natura fiduciaria della nomina del dirigente da parte dell'organo politico, ma quantomeno ridimensionarla<sup>102</sup>, a conferma di un chiaro mutamento di sensibilità<sup>103</sup>.

Come si è potuto notare, il legislatore ha sinora tentato di comporre la tensione tra le esigenze di controllo politico dell'amministrazione e le coesistenti istanze di imparzialità sul piano procedimentale, prevedendo per l'assegnazione degli incarichi dirigenziali un meccanismo di tipo pubblicistico<sup>104</sup>.

<sup>99</sup> Corte cost., 22 luglio 2011, n. 228.

<sup>100</sup> Sent. n. 159/2018, cit.

<sup>101</sup> Cfr. P. RACCA, *Spoils system e dirigenza pubblica (nota a sentenza della Corte costituzionale n. 52 del 2017)*, in *Riv. A.I.C.*, n. 3/2018, 242 e 247-250.

<sup>102</sup> G. BERGONZINI, *La selezione della dirigenza sanitaria: oltre lo spoils system?*, in *Corti supreme e salute*, n. 3/2018, 11-12.

<sup>103</sup> Nel senso che, in generale, «il nostro ordinamento giuridico lascia intravedere già ora, per effetto di approssimazioni e stratificazioni successive, un nuovo modello di distinzione, in cui appare risolutamente superata e rigettata l'idea di affidare la cinghia di trasmissione dell'indirizzo politico all'edificazione di robuste relazioni personalistiche e fiduciarie», E.N. FRAGALE, *La distinzione tra politica e amministrazione: un modello da perfezionare?*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 854.

<sup>104</sup> G. PASTORI, M. SGROI, *Dirigenti pubblici*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, 369.



A sua volta, nelle ultime pronunce, la Corte costituzionale ha individuato dei «contrappesi» allo *spoils system* nelle garanzie procedurali da assicurare al dirigente.

Si tratta di indicazioni, peraltro coerenti con la generale tendenza del periodo alla «erezione del procedimento a tecnica legittimante fondamentale delle decisioni dei pubblici poteri»<sup>105</sup>, da cui occorre muovere, traendone le necessarie implicazioni, per intervenire sulle nomine e sulle revoche, rendendo più obiettivi e trasparenti i relativi procedimenti.

L'area della dirigenza fiduciaria, poi, dev'essere qualitativamente limitata e bilanciata dal rafforzamento delle garanzie della dirigenza «altra», per la quale, a garanzia dell'imparzialità dell'amministrazione<sup>106</sup>, dev'essere introdotto un regime molto forte di *merit system*<sup>107</sup>.

## 6. Quali prospettive?

L'incarico di direttore generale di un'azienda sanitaria è un incarico amministrativo e non politico<sup>108</sup>: il direttore dev'essere considerato un funzionario neutrale, in quanto non viene nominato in base a criteri prettamente fiduciari, essendo il conferimento dell'incarico subordinato al possesso di specifici requisiti di competenza e professionalità e non richiedendosi al direttore la fedeltà personale al politico che lo nomina, bensì la corretta e leale esecuzione delle direttive impartite dall'organo politico, chiunque sia il titolare *pro tempore*<sup>109</sup>. Trattasi, dunque, di una figura tecnico-professionale, che ha il compito di perseguire, nell'adempimento di un'obbligazione di risultato (oggetto di un contratto di lavoro autonomo), gli obiettivi gestionali ed organizzativi definiti dal piano sanitario regionale, dagli indirizzi della giunta, dal provvedimento di nomina e dal contratto di lavoro con la regione.

Lo stretto legame intercorrente tra risultati complessivi di gestione ed obiettivi della politica sanitaria regionale giustifica, tuttavia, la possibilità di una scelta del soggetto da incaricare che si basi anche su profili e carat-

<sup>105</sup> A. ROMANO TASSONE, *Sui rapporti tra legittimazione politica e regime giuridico degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, 108.

<sup>106</sup> Tema sul quale si è recentemente soffermato A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Torino, 2018.

<sup>107</sup> E.N. FRAGALE, *op. ult. cit.*, 870.

<sup>108</sup> M. GERARDO, *Il direttore generale degli Enti del Servizio Sanitario. Compiti, natura giuridica del rapporto e relative vicende*, in *Rass. Adv. Stato*, 2018, 2, 9 e 13.

<sup>109</sup> Corte cost., 5 febbraio 2010, n. 34.

teristiche difficilmente desumibili da una selezione concorsuale: occorre, quindi, coniugare l'ineliminabile discrezionalità della scelta e la qualità e solidità del prescelto<sup>110</sup>.

Parimenti, la particolare posizione di affiancamento al direttore generale dei direttori amministrativo e sanitario è alla base della fiduciarità della loro nomina e dell'ampiezza del potere di revoca dei relativi incarichi attribuito al direttore generale. Gli ampi margini di apprezzamento di cui gode quest'ultimo non devono, però, tradursi in un'occasione di lottizzazione politica delle nomine – com'è sovente accaduto in passato – ed in tal senso la costituzione degli elenchi di aspiranti a tali incarichi dovrebbe poter assicurare al direttore generale un effettivo esercizio del potere di scelta, al riparo da indebite pressioni politiche<sup>111</sup>.

Del tutto privo di fiduciarità dovrebbe essere, invece, il conferimento dell'incarico di direzione di struttura complessa, che dovrebbe basarsi esclusivamente sulla qualità del soggetto da incaricare, chiamato a svolgere funzioni che investono, al contempo, aspetti gestionali e di elevata professionalità medica<sup>112</sup>. Alla luce dell'ormai consolidata giurisprudenza costituzionale in materia di conferimento di incarichi dirigenziali, infatti, non sembra proprio che i dirigenti medici possano annoverarsi, come i direttori amministrativo e sanitario, nell'ambito della dirigenza c.d. fiduciaria ed essere, quindi, sottratti alla logica meritocratica che permea ormai l'intero regime di conferimento degli incarichi dirigenziali che non siano di diretta collaborazione all'organo politico.

Non si comprende, pertanto, per quale ragione il legislatore non abbia ancora azzerato del tutto qualsiasi residuo profilo di fiduciarità nella procedura di conferimento di siffatti incarichi, equiparandola del tutto ad un vero e proprio concorso e garantendo così che la successione nella direzione delle strutture avvenga secondo una logica di pura meritocrazia<sup>113</sup>.

Nel complesso, allo stato non è ancora possibile dire se siamo in presenza di una riforma che rischia di rimanere a metà del guado o di un vero e proprio processo di privatizzazione della dirigenza di vertice della

<sup>110</sup> A. PIOGGIA, *Le procedure di affidamento degli incarichi dirigenziali nelle aziende sanitarie*, in *anticorruzione.it* (luglio 2015), 20.

<sup>111</sup> A. PIOGGIA, *op. ult. cit.*, 22-24.

<sup>112</sup> Ivi, 24.

<sup>113</sup> Un auspicio in tal senso è formulato da L. IEVA, *ibidem* e da M. CAMELLI, *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme*, in *Dir. amm.*, 2016, 22. In argomento, già prima, A.L. TARASCO, *Diventare direttori generali al tempo di Brunetta: mito e merito del d.lgs. n. 150/2009*, in *Foro amm. – CdS*, 2011, 2157 ss.

sanità che punta su una depoliticizzazione del potere di nomina<sup>114</sup>. Va pure considerato, peraltro, che la situazione è in divenire, nella misura in cui, nell'ambito dell'attuale compagine di governo, non manca la tentazione di sottrarre completamente l'individuazione dei vertici aziendali ai *desiderata* dei politici regionali<sup>115</sup>.

In attesa dei successivi sviluppi, non possiamo che auspicare che le nuove modalità di selezione della dirigenza sanitaria, pur combinando elementi del modello meritocratico/concorsuale e di quello politico/fiduciario, evolvano in direzione del primo<sup>116</sup>.

<sup>114</sup> L. ZAPPALÀ, *La proceduralizzazione bifasica delle nomine dei manager della sanità: problemi applicativi del nuovo dosaggio di fonti regolative dopo la riforma Madia*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2019, 39-40.

<sup>115</sup> E. JORIO, *Al via l'estromissione della politica dalle nomine dei manager aziendali della sanità. Ma non basta*, in *astrid-online.it*, n. 9/2019, secondo cui si dovrebbe quantomeno far in modo che la regione debba attingere a graduatorie prodotte ad esito di un concorso pubblico, che offrono maggiori garanzie rispetto agli attuali elenchi.

<sup>116</sup> G. BERGONZINI, *op. cit.*, 14.



L'ECCEZIONE CHE CONFERMA LA REGOLA.  
LE AZIONI DI MERO ACCERTAMENTO  
DI DIRITTI COSTITUZIONALI E L'INCIDENTALITÀ  
COSTITUZIONALE COME MISURA

SOMMARIO: 1. Nel breve termine: casi e modi di accesso alla Corte costituzionale per via di mero accertamento. – 1.1. Azioni di mero accertamento e controllo della Corte sull'ammissibilità della *quaestio legitimitatis*, ovvero dell'incidentalità costituzionale. – 2. Nel lungo termine: l'oggettivizzazione del controllo di legittimità costituzionale. – 2.1. Di possibili, inaspettate, estensioni della *ratio* sottesa alle azioni di mero accertamento: art. 24 Cost. e processo penale. – 3. La Corte costituzionale a un bivio: *cui prodest?*

1. *Nel breve termine: casi e modi di accesso alla Corte costituzionale per via di mero accertamento*

In occasione di un convegno su alcune recenti tendenze della giustizia costituzionale ci si è interrogati sulla possibilità di contestare direttamente la costituzionalità di una legge davanti al giudice comune, per il tramite di questioni di legittimità costituzionale sollevate nel corso di azioni di mero accertamento di diritti costituzionali<sup>1</sup>.

Nel cercare di rispondere all'interrogativo, è necessario innanzitutto rimarcare che le considerazioni di chi scrive su tale modalità di accesso alla Corte costituzionale muovono da una prospettiva costituzionalistica, ma non di stretto diritto processuale costituzionale. Ciò non tanto nella consapevolezza delle divergenze dottrinali sull'esistenza, sulla consistenza e sulla vincolatività del diritto processuale costituzionale<sup>2</sup> e neppure

<sup>1</sup> Il presente saggio costituisce una versione estesa e rielaborata della relazione tenuta al convegno "Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?", Università degli Studi di Padova, 17 maggio 2019, Treviso.

<sup>2</sup> A tal proposito sia sufficiente ricordare le differenti opinioni espresse sul punto in *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989, Milano 1990.

in virtù di una concezione sostanzialistica della giustizia costituzionale, quanto piuttosto nella convinzione che l'incidentalità costituzionale e la preservazione degli equilibri a essa sottesi attengano al diritto costituzionale sostanziale, per come su di esso si riverberano gli svolgimenti del processo (anche) costituzionale.

La prospettiva latamente costituzionalistica postula, innanzitutto, che il tema sia affrontato con il pensiero volto non soltanto alle conseguenze di breve periodo dell'apertura di tale "fronte", ma anche e soprattutto alle ripercussioni di lungo periodo sulla giustizia costituzionale.

Nel breve termine è innegabile che il dibattito sull'ammissibilità delle azioni di mero accertamento di diritti costituzionali ai fini del promovimento di una questione di legittimità costituzionale è stato innescato – o almeno rinverdito – dall'ordinanza di rinvio n. 12060/2013 della Corte di cassazione e dalla successiva sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale. Sebbene al riguardo vi fossero le autorevolissime riflessioni anche della dottrina più recente<sup>3</sup> e nella giurisprudenza costituzionale vi fossero elementi, seppur non lineari, per ritenere ammissibili *quaestiones* sollevate nel corso di azioni di accertamento, non soltanto la vicenda concernente le leggi elettorali politiche<sup>4</sup> ha finito immancabilmente per catalizzare la discussione, ma soprattutto le specificità processuali<sup>5</sup>, costituzionali e

<sup>3</sup> Penso innanzitutto a A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano 2012, 152 s., il quale si rifà alle tesi del "processo espediente" ovvero del "giudizio cavia". Si tratta del giudizio instaurato o per il tramite di azioni di mero accertamento positivo di diritti pregiudicati da leggi c.d. auto-applicative o auto-esecutive – come le leggi elettorali – che creano o modificano immediatamente uno status, oppure per via di accertamento di diritti, di cui si chiede al giudice di dichiarare la persistenza, nonostante la vigenza di leggi (in ipotesi) incostituzionali, che incidono su rapporti interindividuali di diritto privato: cfr. M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano 1955, 11 ss.; P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria* (1956), in *Opere giuridiche*, III, Napoli 1968, 617.

Escludeva, invece, la possibilità di azioni di mero accertamento "negativo", al solo fine di veder dichiarata l'inefficacia di leggi incostituzionali. C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, 280.

<sup>4</sup> Dapprima la legge n. 270/2005 e poi la legge n. 52/2015.

<sup>5</sup> Sul punto, giova ricordare le osservazioni di M. CAPPELLETTI, *Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale*, in *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, cit., 32. Dopo l'entusiasmo giovanile per il ricorso diretto, egli si era andato convincendo che «il sistema incidentale rende possibile un controllo di costituzionalità privo di sostanziali lacune; abbiamo visto che anche laddove più lacune possono esserci – come nel caso della legge penale più favorevole – la Corte ha saputo trovare il modo di intervenire. *Un caso limite* può essere quello della legge elettorale, il cui controllo in via incidentale può arrivare troppo tardi per essere efficace; ma si tratta di casi estremamente

ordinamentali proprie di quella vicenda hanno prodotto una sorta di pre-comprensione sulla pensabilità e – aggiungerei – sull'opportunità di un siffatto modo di accesso alla Corte costituzionale<sup>6</sup>.

Ci si domanda, dunque, *i.* se l'azione di mero accertamento di diritti costituzionali possa ritenersi valido tramite per l'instaurazione del giudizio di costituzionalità e se lo sia anche quando si tratta di un'azione *lato sensu* preventiva<sup>7</sup> (ossia promossa per la mera vigenza di una legge

*rari e sporadici, sulla base dei quali non credo sia consigliabile costruire oggi una nuova via di ricorso che potrebbe mettere a rischio l'efficienza dell'intero sistema» (ibidem, corsivi miei).*

<sup>6</sup> Tale precomprensione dovrebbe, nondimeno, agire non nel senso di trasformare l'eccezione in regola, ma nel senso di riconoscere che, nel caso delle leggi elettorali politiche, la Corte si è mossa avendo a disposizione uno di quegli indici, sulla base dei quali essa talvolta decide, a prescindere dal contraddittorio che si svolge nell'udienza pubblica. Su tali indici si veda N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivistaic.it*, 4/2017, 14.

In dottrina, infatti, era non soltanto risalente, ma anche ricorrente la constatazione che le leggi elettorali politiche rappresentavano un punto debole dell'accesso al giudizio di costituzionalità: P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, cit., 618 s.; più di recente, per tutti, M. SICLARI, *Il procedimento in via incidentale*, in R. BALDUZZI, P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino 2007, 26 s.

A ciò si aggiunga non soltanto che la Corte in più occasioni aveva rilevato gli aspetti problematici della legge n. 270/2005 (sentenze n. 15 e n. 16 del 2008, sentenza n. 13/2012) – essendo in ciò ancora una volta corroborata dalla dottrina – ma che, già in sede di ammissibilità del referendum abrogativo, alle leggi elettorali degli organi costituzionali o di rilievo costituzionale era stato assegnato un particolare statuto.

<sup>7</sup> Di azioni di mero accertamento preventivo qui si parla in senso atecnico e non *stricto sensu* nel significato di azioni di mero accertamento "in prevenzione", ossia quelle azioni puramente dichiarative che prescindono da un corrispondente diritto soggettivo dell'attore, poiché all'inesistenza del diritto altrui non corrisponde l'esistenza o la maggiore pienezza di un diritto dell'attore: cfr. L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino 1994, 116 ss.; E. MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio: casi e riflessioni*, in *Studi in onore di Luigi Montesano*, II, Padova 1997, 473 ss., ma si veda anche A.A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli 2006, 268 ss.

Criticamente sulla costruzione di un concetto di azione preventiva S. SATTA, *A proposito dell'accertamento preventivo* (1960), in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova 1968, 263, il quale invitava a non far prevalere il piano sistematico sul problema pratico della tutela giurisdizionale, «che deve provvedere, e nel modo più acconcio, agli infiniti interessi che sorgono nella vita del diritto, in relazione alle più svariate circostanze (che poi non sono altro che il diritto stesso nelle sue concrete manifestazioni)» (*ibidem*).

Su come il pensiero di Giuseppe Chiovenda e la sua nozione estremamente lata della tutela di mero accertamento abbia influito sulla configurazione di azioni munite di funzione "preventiva" cfr. L. MONTESANO, *Accertamento giudiziale*, in *Enciclopedia giuridica*, I, Roma 1988, 3 ss.; B. SASSANI, *Interesse ad agire (diritto processuale civile)*, *ivi*, XIX, 1990,

applicabile anche solo in astratto, ancorché non ancora applicata ovvero a prescindere da un atto attuativo); *ii.* se ciò non determini una messa in discussione o quantomeno un'attenuazione dell'incidentalità costituzionale; *iii.* se, infine, una risposta positiva alla prima domanda non abbia ripercussioni anche al di fuori del processo civile e, più in generale, al di là di considerazioni meramente processuali.

Anticipando le mie conclusioni, ritengo che agli ultimi due interrogativi debba risponderci affermativamente (ma in senso critico), poiché una risposta *tout court* positiva alla prima domanda – che non tenga cioè fermo il rapporto tra regola e ponderate eccezioni – sarebbe il segno di una visione oltremodo astratta della giustizia costituzionale, prima che del solo controllo di costituzionalità.

Quanto ai casi e ai modi di accesso alla Corte per via di mero accertamento, si tratta non delle ipotesi in cui l'attore chiede direttamente al giudice comune di accertare la legittimità di una legge ovvero di sollevare una questione di legittimità costituzionale<sup>8</sup>, bensì di quelle in cui l'attore propone un'azione di solo accertamento di un diritto fondamentale<sup>9</sup>, in senso positivo (per l'affermazione dell'esistenza o dell'ampiezza dello stesso, in presenza della contestazione altrui) o negativo (per la negazione dell'esistenza di quello altrui, quando vi sia stata espressione di un vanto che rende incerto quel diritto), previa rimessione della *quaestio* alla Corte costituzionale. Di talché la tutela meramente dichiarativa chiesta con l'a-

9 ss.; C. CARIGLIA, *L'interesse ad agire e l'abuso del processo*, in *Diritto processuale civile*, II, *Processo di cognizione*, diretto da L. DITTRICH, Milano 2019, 837 ss.

Contrario all'ammissibilità di un accertamento con carattere preventivo, perché segno di una dottrina che «porta a fare della certezza giuridica (conseguibile attraverso il giudizio) un bene per se stesso, svincolato dal diritto sostanziale», S. SATTA, *Trattatello di procedura civile*, Milano 2015, 216. Per interessanti riflessioni sul *declaratory judgment* anglosassone come rimedio preventivo per la tutela dei diritti fondamentali, in particolare modo nel rapporto tra normativa nazionale e diritto dell'Unione europea, si veda E. MERLIN, *Il «declaratory judgment» del diritto inglese e il punto di vista del giurista continentale (a proposito del classico studio di Itzhak Zamir)*, in *Rivista di diritto processuale*, 6/2012, 1600 ss.

Ai nostri fini, l'azione di mero accertamento è declinata in senso lato come “preventiva” non perché prescinda da un diritto della parte attrice – che anzi essa scaturisce proprio dalla supposta lesione diretta di diritti costituzionali da parte della legge – ma perché è promossa a prescindere da un atto applicativo della legge, per l'oggettiva e attuale incertezza della portata del diritto e in funzione del promovimento di una questione di legittimità costituzionale della legge, da cui quell'incertezza deriva.

<sup>8</sup> In tali casi la *quaestio* sarebbe senza dubbio inammissibile per mancanza di un *petitum* distinto ovvero di un autonomo giudizio in corso (ma si veda *infra* § 2.1).

<sup>9</sup> Ma sulla “fondamentalità” del diritto in accertamento si veda *infra* § 3.



zione di accertamento è volta a consentire alla parte attrice di riacquistare giuridica certezza del suo diritto nei confronti di chi lo ha contestato o lo ha vantato<sup>10</sup> e la questione di legittimità costituzionale è già inclusa nell'atto introduttivo, anziché essere proposta in un secondo momento su istanza di parte o d'ufficio. La certezza giuridica, cui l'attore mira proponendo l'azione di mero accertamento, farebbe così tutt'uno con «il preminente interesse pubblico della certezza del diritto (che i dubbi di costituzionalità insidierebbero), insieme con l'altro dell'osservanza della Costituzione»<sup>11</sup>.

Secondo alcuni, a tali ipotesi dovrebbero aggiungersi anche quelle azioni – alle quali sono per lo più rivolte le mie riflessioni – in cui manchi uno specifico atto di contestazione o di vanto altrui, ossia le azioni di accertamento preventivo contro la mera vigenza di leggi immediatamente lesive di diritti fondamentali<sup>12</sup>, nonché le azioni di accertamento preventivo nel caso di leggi conformative, ma non direttamente lesive di diritti fondamentali, da cui in ogni caso derivi un'incertezza sul contenuto del diritto regolato<sup>13</sup>. Queste due ultime tipologie di azioni di accertamento attirano in particolar modo l'attenzione del costituzionalista, per le problematiche che ne discendono in ordine a incidentalità, pregiudizialità e rilevanza.

Chi scrive in passato aveva sostenuto che, nel caso dell'ordinanza n. 12063/2013, l'azione di sedicente “accertamento-costitutivo” – per come allora configurata dalla Cassazione – sottendeva una *fictio litis*<sup>14</sup>, costruita strategicamente per arrivare alla Corte costituzionale. Si era, pertanto, ritenuto – e tuttora si ritiene, specie alla luce della successiva

<sup>10</sup> Cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli 1933, 191 ss.; da ultimo, G. BASILICO, *La tutela civile preventiva*, Milano 2013, 157 ss.

<sup>11</sup> Corte cost., sentenza n. 129/1957.

<sup>12</sup> Sempre che la legge lesiva di un diritto non sia di per sé considerata un atto di contestazione del diritto stesso.

<sup>13</sup> In questi termini cfr. C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali. Il pre-enforcement constitutional challenge contro le leggi negli Stati Uniti e le questioni incidentali “astratte” in Italia*, Torino 2018, 134 ss. cui si rinvia anche per alcuni esempi; *contra*, ma solo in parte, G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Napoli 2018, 136 s.

<sup>14</sup> Cfr. E. OLIVITO, *Fictio litis e sindacato di costituzionalità della legge elettorale. Può una finzione processuale aprire un varco nelle zone d'ombra della giustizia costituzionale?*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2013, 5 ss. In termini analoghi anche F. RIMOLI, *Intervento al “Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2014, 685 s.; R. ROMBOLI, *ivi*, 692 ss.

sentenza n. 8878/2014 – non che le parti attrici avessero finto una lite in merito all’esistenza o alla consistenza di un diritto fondamentale, ma che le argomentazioni dell’autorità rimettente svelassero una finzione in ordine alla sussistenza del “provvedimento ulteriore”, che nella giurisprudenza costituzionale è ritenuto sintomo (ovvero prova) della non coincidenza dei *petita* tra giudizio *a quo* e giudizio costituzionale<sup>15</sup>. Ciò, tuttavia, non avrebbe dovuto necessariamente portare all’inammissibilità della *quaestio*, potendo semmai la Corte farsene carico con la formula dei “limitati fini” ed eccezionalmente “accettare” la *fictio*, in ragione della carenza di rimedi giurisdizionali nella tutela del diritto di voto. Con l’auspicato risultato di non incidere in via del tutto pretoria sull’accesso in via incidentale.

Nondimeno, nel decidere di voler decidere la *quaestio*, nel 2013 il giudice costituzionale ha avvalorato la scelta di pronunciarsi nel merito ricorrendo ad argomentazioni sia processuali sia sostanziali, che indirettamente segnalavano la peculiarità di quella vicenda. Esse tenevano insieme: *i.* la distinzione dei *petita*, *ii.* la necessità di rimuovere una zona franca, *iii.* la peculiarità e il rilievo costituzionale del diritto oggetto di accertamento<sup>16</sup>. Ciò ha avuto il significato di creare non tanto uno spartiacque nella giurisprudenza costituzionale<sup>17</sup>, quanto piuttosto delle porte battenti, in forza delle quali ancora oggi si discute se si sia aperta una nuova stagione creativa in ordine alle modalità di accesso al giudizio di costituzionalità e se, quindi, si sia affermato un più diffuso orientamento verso l’attenuazione dell’incidentalità<sup>18</sup>.

Con tutta probabilità, l’indicazione di molteplici e variegate *rationes* a sostegno dell’ammissibilità delle *quaestiones* concernenti la legge n. 270/2005 voleva essere, nelle intenzioni della Corte, un modo per delimitare l’ambito di operatività dell’eccezione, scongiurando il rischio che dalla sentenza n. 1/2014 potessero trarsi conseguenze più impegnative in termini di accesso<sup>19</sup>. Nondimeno, per un singolare contrappasso, proprio

<sup>15</sup> Come peraltro rilevato da G.U. RESCIGNO, *Il diritto costituzionale di voto secondo la Corte di cassazione e la Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2014, 29 e da G. ZAGREBELSKY, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2014, 2968 s.

<sup>16</sup> Corte cost., sentenza n. 1/2014.

<sup>17</sup> Si è, difatti, parlato di una Corte costituzionale che ha innovato, fingendo al contempo di confermare (sé stessa): cfr. G. ZAGREBELSKY, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, cit., 2969.

<sup>18</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, cit., 2961.

<sup>19</sup> Come condivisibilmente evidenziato da S. BARTOLE, *Intervento al “Dibattito sulla*

quella sovrabbondanza di *rationes* ha ingenerato nella dottrina molteplici dubbi ricostruttivi, che la successiva giurisprudenza sulle leggi elettorali ha per certi versi alimentato, invece di sciogliere<sup>20</sup>. In tale contesto ha, quindi, preso piede l'idea che le esigenze di "prevedibilità" dei giudizi di costituzionalità in termini di ammissibilità delle *quaestiones* sollevate potessero essere soddisfatte non già grazie all'indicazione unitaria e all'applicazione coerente della *ratio* giustificatrice di quell'eccezione (*id est*, la zona franca), ma attraverso una preventiva e astratta indicazione delle condizioni di ammissibilità delle questioni promosse attraverso il *medium* di azioni di mero accertamento (anche preventivo) di diritti costituzionali.

In una visione iper-chiovendiana dell'azione, innestata sul processo costituzionale<sup>21</sup>, si è così sostenuto che non fosse più tempo di lasciare la decisione sull'ammissibilità di siffatte *quaestiones* a valutazioni compiute caso per caso dalla Corte costituzionale, ma che se ne dovesse ormai riconoscere la generale ammissibilità<sup>22</sup>. Si imporrebbe allora una scelta: o la Corte si avvia esplicitamente verso una diversa e meno rigida nozione di incidentalità, tale da superare l'art. 23, comma 2, della legge n. 87/1953 ovvero sia l'interpretazione di tale disposizione in termini di eterogeneità dei *petita*<sup>23</sup> oppure il giudice costituzionale deve essere disposto a indicare *generaliter* le ragioni sostanziali e oggettive, in presenza delle quali

*sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005*", cit., 637 s.

<sup>20</sup> Corte cost., sentenze n. 110/2015 e n. 193/2015.

<sup>21</sup> Sulla dottrina chiovendiana dell'azione di mero accertamento e su quella post-chiovendiana contraria alla configurazione dell'azione di accertamento quale figura generale si veda L. LANFRANCHI, *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, Milano 1969, *passim*.

<sup>22</sup> Così C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali*, cit., *passim*; G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, cit., 65; T. GROPPI, *La Corte e 'la gente': uno sguardo 'dal basso' all'accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, in *Rivista Aic*, 2/2019, 435 ss.

<sup>23</sup> A mio avviso, infatti, le azioni di mero accertamento di diritti costituzionali sono tali da sottoporre il giudizio incidentale – per come finora si è configurato – a una forte tensione, ancor più qualora esse divenissero una modalità frequente di attivazione del controllo di costituzionalità.

Dopo la sentenza n. 1/2014 non sono, invero, mancate decisioni con cui la Corte si è pronunciata su *quaestiones* promosse per via di mero accertamento, alcune delle quali sono state ritenute ammissibili. Si pensi, ad esempio, alla sentenza n. 96/2016. Ma se finora tali azioni non sono arrivate alla Corte in un numero così alto, è proprio perché la richiesta distinzione dei *petita* ha messo i giudici comuni nella condizione di poterle "filtrare", non sollevando le sottese questioni di legittimità costituzionale. Basti infatti pensare che, se è vero che la richiesta distinzione dei *petita* non tocca l'iniziativa delle

possa/debba superarsi il “requisito” della distinzione dei *petita*<sup>24</sup> (e non, dunque, secondo valutazioni discrezionali e *ad hoc* sul rilievo del bene costituzionale in questione).

Nel primo caso, il rischio di produrre per via pretoria un surrogato di ricorso individuale alla Corte costituzionale – e un implicito snaturamento dell’incidentalità – sarebbe *in re ipsa*. A mio avviso, un’apertura generalizzata alle azioni di mero accertamento di diritti costituzionali come tramite del giudizio di costituzionalità avrebbe l’effetto di convalidare una sorta di accesso diretto al giudice delle leggi, poiché, per evitare una “dispersione di garanzie”, la *ratio* a esse sottesa sarebbe in ipotesi estensibile a tutte le leggi che tocchino diritti costituzionali<sup>25</sup>.

Nel secondo caso, invece, tale esito dipenderebbe dalla capacità della Corte di elaborare un test, sulla cui base circoscrivere le ipotesi in cui l’esigenza di tutela di (quali?) diritti costituzionali consenta di sorvolare sulle carenze dell’ordinanza di rinvio in termini di incidentalità. Ciò vorrebbe dire, però, chiedere alla Corte un esercizio di razionalizzazione niente affatto semplice (e non è chiaro fino a che punto esigibile), che non la sottrarrebbe a rischi di strumentalizzazione e di delegittimazione.

Attenzione, dunque, a sancire o a prefigurare con troppa fretta il compimento di una svolta nel giudizio di costituzionalità<sup>26</sup>, nell’idea di

parti, il problema della *factio litis* ricade pur sempre sugli apprezzamenti rimessi al giudice *a quo*: G. ZAGREBELSKY, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, cit., 2970 s.

L’idoneità della distinzione dei *petita* a fungere da schermo rispetto ad azioni di accertamento pretestuose, perché promosse al solo fine di arrivare alla Corte costituzionale, trova in qualche modo conferma nel fatto che le azioni di accertamento del diritto sono spesso accompagnate dall’impugnazione del provvedimento di diniego di una data prestazione ovvero da un *petitum* condannatorio.

Si pensi, al riguardo, alla sentenza n. 236/2017 sulla riduzione degli onorari spettanti agli avvocati dello Stato. Qui l’azione era volta all’accertamento del diritto alla corresponsione dei compensi professionali senza le decurtazioni e le limitazioni apportate dalla norma censurata (art. 9 del decreto-legge n. 90/2014), con conseguente “richiesta di condanna” delle amministrazioni resistenti al pagamento delle somme dovute. La Corte costituzionale ha così potuto escludere la sovrapposibilità dei *petita*, osservando che la *quaestio* era pregiudiziale rispetto all’accertamento della pretesa economica prospettata nei giudizi *a quibus* e alla decisione della domanda di condanna delle amministrazioni resistenti.

<sup>24</sup> Di tale avviso sembra essere S. LIETO, «*Strettoie*» del controllo di costituzionalità per via incidentale e adeguamenti del sistema, in *www.forumcostituzionale.it* (8 aprile 2017), 6.

<sup>25</sup> Come implicitamente riconosciuto da N. ZANON, *Il controllo di costituzionalità sulle leggi elettorali politiche in Italia. Aspetti processuali (sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017)*, in *www.cortecostituzionale.it*, 8.

<sup>26</sup> Ha invitato, del resto, a mostrare cautela nel parlare di svolta, pur sottolineando

assicurare così al processo costituzionale un grado di certezza, dei cui benefici si gioverebbero anche i giudici, la dottrina e i singoli. Si ha, difatti, l'impressione che una siffatta svolta sia in fondo surrettiziamente promossa sia da coloro che – a mio avviso formalisticamente – riconducono le azioni di mero accertamento anche preventivo di diritti costituzionali nelle maglie dell'accesso incidentale (quasi a dire “*much ado about nothing*”) sia da coloro che – guidati dalle sirene dell'accesso diretto – premono per una trasformazione dell'eccezione processuale in regola sostanziale (quasi a dire “*Hic Rhodus, hic salta*”).

### 1.1. Azioni di mero accertamento e controllo della Corte sull'ammissibilità della *quaestio legitimitatis*, ovvero dell'incidentalità costituzionale

Si è già detto che nel caso di azioni di mero accertamento promosse al fine di veder rimossa un'incertezza giuridica sull'esistenza, sul contenuto o sull'ampiezza di diritti costituzionali e implicanti la necessaria rimessione di una *quaestio* alla Corte, il fatto di trovarsi di fronte a una *lis ficta* dipende non già da una finzione delle parti attrici sulla titolarità del diritto da accertare e neppure dall'inesistenza di un interesse giuridicamente apprezzabile a conseguire un “bene della vita”<sup>27</sup>, bensì dall'assenza di due *petita* (non formalisticamente) distinti ovvero sia dalla mancanza, in capo al giudice rimettente, di un margine decisorio autonomo all'esito del giudizio di legittimità costituzionale. D'altronde, in senso ampio – e con riferimento al giudizio di costituzionalità – l'espressione *lis ficta* indica non la lite in cui difetti l'interesse soggettivo dell'attore, ma quella che, «pur coinvolgendo autentiche situazioni soggettive dei singoli, ha per oggetto soltanto il dubbio di costituzionalità, sì che l'apertura del giudizio principale non vale che da mero espediente per ottenere l'accesso alla Corte, precluso a chi agisse in via diretta»<sup>28</sup>.

come talvolta il *distinguishing* prelude silenziosamente all'*overruling*, A. CERRI, *Intervento al “Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005”*, cit., 659 s.

<sup>27</sup> Sul punto concorda A. TEDOLDI, *Interesse ad agire, leggi elettorali e pregiudizialità costituzionale*, in *Rivista di diritto processuale*, 4-5/2017, 971 s.; contra F. SORRENTINO, *Intervento al “Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005”*, cit., 705; C. CONSOLO, *Giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi e suoi presupposti: in particolare, la “rilevanza” delle questioni di legittimità*, in *www.giustizia-tributaria.it*, 9; G.U. RESCIGNO, *Il diritto costituzionale di voto secondo la Corte di cassazione e la Corte costituzionale*, cit., 30.

<sup>28</sup> M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*.

Per cogliere come, nell'ipotesi di un giudizio di costituzionalità instaurato per via di mero accertamento di diritti costituzionali, la *fictio* attenga alla (in)sussistenza di un margine decisorio residuo, può essere utile affidarsi all'*argumentum a contrario*.

Se, ad esempio, con la sentenza n. 1/2014 la Corte avesse rigettato le *quaestiones* sollevate dalla Cassazione (o le avesse dichiarate inammissibili), rimanendo il giudice soggetto alla legge (in ipotesi ritenuta incostituzionale e perciò) lesiva del diritto in accertamento, nel riassumere il processo la Suprema Corte avrebbe dovuto rigettare l'azione del ricorrente, senza che vi fosse altro da accertare. In questo caso, in cosa sarebbe mai consistita la statuizione ulteriore del giudice *a quo*? Stante – preme ancora ribadirlo – la giurisprudenza costituzionale sui *petita* distinti, tale statuizione si richiede a prescindere dall'esito del giudizio costituzionale, dovendovi essere a monte l'autonoma necessità del giudizio *a quo* e non potendo esso esaurirsi nell'accertamento dell'esistenza in capo all'attore dei presupposti di godimento del diritto in accertamento<sup>29</sup>. Posto che il giudice *a quo* “anticipa” la delibazione sui presupposti di godimento del diritto rispetto al momento della rimessione della *quaestio*, onde saggiare l'interesse ad agire e, dunque, la rilevanza della *quaestio*, mi sembra che ciò sia una riprova del sostanziale assorbimento del giudizio *a quo* nella decisione della questione di legittimità costituzionale.

Se anche possono darsi casi in cui il giudice rimettente è nelle condizioni di decidere della domanda di accertamento a prescindere dalla soluzione della *quaestio*<sup>30</sup>, ciò non è la conferma di una generalizzata alterità

le, Padova 1984, 112 n59; diversamente M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano 1957, 67, secondo il quale non si ha *lis ficta* quando una vera e propria lite sia promossa al solo scopo di poter poi adire la Corte costituzionale.

<sup>29</sup> Che la verifica dell'esistenza, in capo all'attore, dei presupposti di godimento del diritto in accertamento non sia sufficiente a differenziare i *petita* lo si coglie, ad esempio, nell'ipotesi in cui il dubbio di legittimità costituzionale ricada proprio sui presupposti stabiliti dalla legge per il godimento del diritto stesso. Ciò, infatti, non denoterebbe *a fortiori* la coincidenza dei *petita*, posto che, nel caso di rigetto della *quaestio*, non vi sarebbe null'altro da accertare oltre a quanto già preliminarmente accertato in punto di rilevanza?

Più in generale, il difetto dell'accertamento “ulteriore” rischia di ridurre la statuizione successiva del giudice *a quo* a mera interpretazione della portata ovvero del significato della pronuncia della Corte costituzionale.

<sup>30</sup> Per alcuni esempi si veda C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali*, cit., 180 ss. L'A. riconosce peraltro che, nel caso di accertamento preventivo, «è la questione di costituzionalità la *ragion d'essere* del processo, che viene *instaurato* (seppur con un proprio oggetto) al fine di far arrivare la questione di costituzionalità di una legge alla Corte» (*ivi*, 187 n176, corsivi miei).

dei due *petita* ogniquale volta vi sia un'azione di mero accertamento, ma dimostra semmai la mancanza di pregiudizialità costituzionale. Dimostra cioè che si è di fronte a una sorta di pregiudizialità “rovesciata”, in cui la prova dell'accertamento (in ipotesi ulteriore) in capo al giudice *a quo* diviene pregiudiziale per la valida instaurazione del giudizio costituzionale. Si ricordi inoltre che, nella vicenda processuale relativa alla legge n. 270/2005, il rigetto delle eccezioni di legittimità costituzionale nei primi due gradi di giudizio aveva avuto come implicita conseguenza il rigetto della domanda attrice, perché infondata nel merito.

Peraltro, l'accostamento – suggerito da alcuni – tra giudizi di costituzionalità derivanti da azioni di mero accertamento di diritti costituzionali e giudizi di costituzionalità concernenti leggi-provvedimento auto-applicative (come i decreti di esproprio)<sup>31</sup> può ammettersi per l'ipotesi in cui anche i primi giudizi ricadano su zone franche, perché manca un “ulteriore” provvedimento applicativo della legge ricorribile in un giudizio comune oppure il suo annullamento è condizionato dalla previa declaratoria di incostituzionalità della legge. Il raffronto non regge, invece, se è inteso nel senso che in entrambi i casi vi sarebbero *petita* distinti e un autonomo svolgimento del giudizio *a quo*.

Si consideri, in primo luogo, che nei giudizi sui decreti di esproprio l'illegittimità costituzionale per eccesso di delega è stata talvolta dichiarata con l'impiego della formula “in quanto”, mediante la quale le conseguenze dell'accoglimento della *quaestio* sono state condizionate alla permanenza dei presupposti di fatto accertati dal *giudice a quo* e da riaccertarsi dopo la riassunzione del giudizio da parte di quest'ultimo<sup>32</sup>. Inoltre, quand'anche si propendesse per la tesi secondo cui nei giudizi di costituzionalità sulle leggi-provvedimento farebbe difetto l'autonomia del giudizio *a quo* rispetto a quello di costituzionalità, per mancanza di contenuto dispositivo nella pronuncia che chiude il giudizio di merito<sup>33</sup>,

<sup>31</sup> Cfr. A. CERRI, *Intervento al “Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005”*, cit., 661 n9; F. SORRENTINO, *Intervento al “Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005”*, cit., 705 s.

Per la distinzione dei *petita* nelle ipotesi di giudizi di costituzionalità vertenti su leggi-provvedimento cfr. M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, cit., 17 ss.

<sup>32</sup> Sul punto e per i relativi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali sia consentito il rinvio a E. OLIVITO, *Il fatto nel giudizio sulle leggi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017, 28 s.

<sup>33</sup> Così C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano 1968, 161 s.

rimane fermo che in questi casi la Corte ritiene di potersi pronunciare sulla *quaestio* al fine di non creare una zona franca del controllo di legittimità costituzionale<sup>34</sup> e al di là, quindi, della distinzione dei *petita*<sup>35</sup>.

Del resto, per superare il rilievo circa l'insussistenza della statuizione ulteriore, non si può semplicemente constatare che le azioni di mero accertamento di diritti costituzionali potrebbero essere accompagnate da una domanda di risarcimento<sup>36</sup> oppure dalla richiesta di ordinare al convenuto la non applicazione *de futuro* delle legge ritenuta lesiva<sup>37</sup>. Secondo

Ciò emerge, in special modo, quando l'espropriato non chieda la restituzione dei fondi e dei frutti, ma la sua domanda abbia per oggetto esclusivo l'accertamento del suo titolo dominicale, poiché in tal caso la tutela cui l'attore aspira è l'accertamento dell'incostituzionalità del decreto di esproprio; cfr. V. ANDRIOLI, *Note sulle sentenze della Corte costituzionale in tema di riforma fondiaria*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1959, 640.

<sup>34</sup> Corte cost., sentenza n. 59/1957: «si può rilevare che la insostenibilità della tesi della Avvocatura generale dello Stato è dimostrata anche dalle conseguenze a cui porterebbe il suo accoglimento, *determinando la esclusione di ogni garanzia e di ogni controllo sui provvedimenti di esproprio, che i giudici di merito non potrebbero sindacare a causa della loro natura legislativa e che la Corte costituzionale non potrebbe neppure essa esaminare senza convertirsi, secondo la tesi che si confuta, in giudice di merito*. Al contrario, si deve dire che gli eventuali vizi di legittimità costituzionale di quei provvedimenti sono demandati alla competenza della Corte, mentre ogni altra questione, e le attività di applicazione delle premesse poste dalla decisione della Corte, resteranno riservate alla autorità giurisdizionale» (corsivi miei).

<sup>35</sup> Ciò è, del resto, indirettamente confermato anche nel caso di leggi-provvedimento non auto-applicative, il cui controllo di costituzionalità è ammesso per non precludere l'annullamento dei connessi provvedimenti applicativi. Si veda, ad esempio, la sentenza n. 16/2017, con cui la Corte costituzionale, giudicando della legittimità costituzionale di una legge-provvedimento (decreto-legge n. 91/2014, c.d. Spalma incentivi), ha rigettato l'eccezione di inammissibilità delle questioni sollevate dal Tar Lazio per difetto di incidentalità. Nell'opinione dell'Avvocatura dello Stato esse sarebbero state prospettate attraverso «una *lis ficta*», in quanto «*sub specie* di impugnazione di provvedimenti amministrativi» i ricorrenti avrebbero attivato, in realtà, «un giudizio di impugnazione, «in via immediata e diretta», dell'art. 26, commi 2 e 3, del d.l. n. 91 del 2014»». Il giudice costituzionale ha, invero, affermato (e ribadito) che l'incidentalità sussiste quando «*le doglianze mosse contro provvedimenti o norme secondarie non potrebbero altrimenti essere accolte che a seguito dell'eventuale accoglimento della questione di legittimità proposta nei confronti della disposizione di legge da quei provvedimenti applicata*» (corsivi miei).

In tal caso, peraltro, la coincidenza di *petita* era scongiurata dall'ulteriore rilievo che la domanda dei ricorrenti davanti al Tar Lazio era duplice, essendo volta all'annullamento dei provvedimenti impugnati e all'accertamento del conseguente loro diritto.

<sup>36</sup> Così F. SORRENTINO, *Intervento al "Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005"*, cit., 706.

<sup>37</sup> Cfr. C. CONSOLO, *L'antefatto della sentenza della Consulta: l'azione di accertamento della 'qualità' ed 'effettività' del diritto elettorale*, in *Corriere giuridico*, 1/2014, 11, secondo il quale, nel caso di azioni di accertamento del diritto di voto *ex art. 48 Cost.*,



tale opinione, siffatte domande sarebbero di per sé sufficienti a differenziare l'oggetto del giudizio *a quo* dalla *quaestio*, a prescindere dalla loro fondatezza e in considerazione del fatto che tali strumenti rimediali consentirebbero altresì di bypassare il filtro dell'interesse ad agire. Fermo restando che l'alterità tra l'uno (l'oggetto del giudizio *a quo*) e l'altra (la *quaestio*) continuerebbe a difettare ogniqualvolta l'azione di accertamento non fosse accompagnata da tali domande, chi scrive ritiene che con tale accorgimento si correrebbe il rischio di aprire ad azioni risarcitorie utilizzate come mero espediente per contestare leggi della cui costituzionalità si dubita<sup>38</sup>.

## 2. *Nel lungo termine: l'oggettivizzazione del controllo di legittimità costituzionale*

La questione, ad ogni modo, non è di ordine meramente processuale e di sola tenuta – pur importante – delle regole processuali. Essendovi pronunce nell'uno e nell'altro senso, non si tratta soltanto di stabilire se sia processualmente ammissibile accedere alla Corte per via di mero accertamento anche preventivo e se per far sorgere l'interesse ad agire sia sufficiente la mera vigenza e l'applicabilità in astratto di una legge anche solo potenzialmente<sup>39</sup> lesiva di un diritto costituzionale. Occorre semmai interrogarsi sul perché la Corte abbia aperto degli spiragli in tale direzione e sulle conseguenze che ne discendono sul piano sistematico-ordinamentale.

Al di là delle formule e degli *obiter dicta* impiegati dalla Corte per dimostrare di non aver travalicato le usuali coordinate dell'incidentalità costituzionale, per capire se sia in atto un *revirement* giurisprudenziale sull'incidentalità e se le pronunce più dirompenti tengano sul piano logi-

la coincidenza dei *petita* sarebbe scongiurata da un accertamento costruito «in termini di condanna inibitoria, con richiesta di comando conformativo verso lo Stato-Governo, affinché più non si costringano gli attori (e di riflesso tutti i *cives*) a votare con le modalità deteriori ma con altre fra le varie possibili, frutto dell'intervento della Consulta di riemersione e/o di manipolazione a rime obbligate».

<sup>38</sup> Come prefigurato, seppur criticamente, da C. CONSOLO, *Dopo la Consulta la Casazione chiude sulla vecchia legge elettorale, ma quanto davvero?*, in *Corriere giuridico*, 12/2014, 1556, con riferimento a quelle azioni con cui si chieda di accertare la violazione passata del diritto.

<sup>39</sup> Si ricordi, infatti, che nella sentenza n. 35/2017 la Corte si è espressa in termini di attualità della "potenzialità lesiva", «sebbene destinata a manifestarsi in futuro».

co-sistematico, la questione non deve essere affrontata guardando isolatamente alle decisioni precedenti alla sentenza n. 1/2014 oppure alle contraddizioni tra questa pronuncia e le sentenze sulle leggi elettorali diverse da quelle del Parlamento<sup>40</sup>. Al fine di tentare la quadratura del cerchio, non avrebbe neppure molto senso uno sforzo di razionalizzazione o di sistematizzazione della giurisprudenza costituzionale scaturente da azioni di mero accertamento di diritti lesi dalla legge. Un siffatto sforzo non sarebbe proficuo innanzitutto perché il processo costituzionale non è il luogo privilegiato delle coerenze processuali, sebbene tale “incoerenza” non derivi brutalmente dal fatto che «in esso si celebra una vicenda che riguarda l’effettività del sistema di governo nel suo complesso»<sup>41</sup>.

Se oggi discutiamo delle pronunce sulle leggi elettorali politiche come di una giurisprudenza a tal punto creativa – almeno in potenza – da preludere a una modalità di contestazione diretta delle leggi nel corso di un giudizio civile (o amministrativo<sup>42</sup>), è perché la sentenza n. 1/2014

<sup>40</sup> Per il richiamo a un’autonoma elaborazione culturale dell’organizzazione della giustizia costituzionale da parte della dottrina, la quale può aversi solo «a patto di avere una disciplina della giustizia costituzionale indipendente dai singoli comportamenti o singoli pronunciamenti giurisprudenziali della Corte», si veda V. ANGIOLINI, *La «manifesta infondatezza» nei giudizi costituzionali*, Padova 1988, 121.

<sup>41</sup> Come invece ritenuto da C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, cit., 69, il quale d’altronde sosteneva – con eccessiva enfasi – che le categorie processuali utilizzate dalla Corte sono sempre anche categorie sostanziali (perché proprie delle istanze provenienti dalla forma di governo) e che la legittimazione del giudice delle leggi non può mai ritenersi assicurata una volta per tutte (*ivi*, 68).

Pur non dovendosi «perseguire un’astratta coerenza logica o tentare di adeguare il processo costituzionale ad un presupposto modello ideal-tipico (quello del processo “comune”)», le categorie e le regole del processo costituzionale sono valutabili, più che alla stregua delle istanze provenienti dalla forma di governo, alla luce «della razionalità e della concretezza che impone la Costituzione alla Corte»: G. AZZARITI, *I principi generali del processo costituzionale e le loro discordanze dalle esperienze della giustizia comune*, in E. BINDI, M. PETRINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino 2008, 258.

<sup>42</sup> Nel processo amministrativo le azioni di mero accertamento, pur non essendo tipizzate dal codice, sono senz’altro ammesse come azioni autonome per garantire la piena e completa protezione dell’interesse legittimo (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza n. 15/2011). In tal caso, infatti, esse sono volte all’accertamento non di un diritto (come invece quelle del processo civile), bensì del silenzio, delle nullità o dell’illegittimità dell’atto.

Sono, peraltro, ritenute esperibili anche azioni di accertamento del diritto: cfr. TAR Lazio, sez. III-Ter, sentenza 23 giugno 2015, n. 8614.

Per un’azione di accertamento in materia elettorale si veda Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 6002/2012, su cui cfr. A. CARBONE, *Pluralità di azioni e tutela di mero accerta-*

ha aperto sì un varco nell'incidentalità, ma in via di eccezione<sup>43</sup> e ponendosi nell'alveo di una preesistente dottrina e di una giurisprudenza sulle "zone franche elettorali". Quella breccia è stata, infatti, resa possibile dal rilievo "oggettivo" delle questioni di legittimità costituzionale allora affrontate<sup>44</sup>, dai precedenti moniti della Corte e – non meno importante – dagli allora diffusi dubbi della dottrina sui profili di incostituzionalità della legge e sulla difficoltà di farne decidere alla Corte<sup>45</sup>. Se la pronuncia fu subito letta da alcuni come una potenziale rottura del sistema<sup>46</sup>, tale allarmante previsione fu condizionata dalla portata delle questioni da decidere nel merito e dalla consapevolezza che, data la zona franca creata in virtù di una consolidata interpretazione dell'art. 66 Cost. e di una certa pervicacia del legislatore in materia elettorale, quella strada era destinata a essere nuovamente percorsa – come difatti è stato – per le leggi elettorali politiche (e in astratto non solo per esse).

In sostanza, se nel 2013 (e ancor più nel 2017) l'azione di mero accertamento promossa dinanzi al giudice *a quo* avesse veicolato una *quaestio* di "tono costituzionale" minore, non sono sicura che essa avrebbe fatto scorrere così tanti fiumi di inchiostro e che con altrettanta forza si sarebbe paventato il rischio di una generalizzata compromissione dell'incidentalità.

Si può anche sostenere che già prima della sentenza n. 1/2014 la Corte ha talvolta ritenuto ammissibili *quaestiones* sollevate per via di mero accertamento. Rimane, tuttavia, il fatto che gli scossoni prodotti dalle

*mento nel nuovo processo amministrativo*, in *Rivista di diritto processuale amministrativo*, 3/2013, 864 ss.

<sup>43</sup> Tale sentenza non può, dunque, ritenersi un precedente a tal punto innovativo, da determinare di per sé (e, dunque, indipendentemente dalla specificità della vicenda) il superamento del modello giurisdizionale del controllo di costituzionalità e l'introduzione di un ricorso sostanzialmente diretto, indipendentemente dalla "sedimentazione" che ne seguirà: così M. DOGLIANI, *Intervento al "Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005"*, cit., 668; R. ROMBOLI, *ivi*, 695.

<sup>44</sup> Come rilevato, prim'ancora del deposito della sent. n. 1/2014, da G. AZZARITI, *Lo spazio teorico e l'opportunità politica per un mutamento di giurisprudenza*, in *Nomos*, 1/2013, 2.

<sup>45</sup> Come ricordato da F. LANCHESTER, *Intervento al "Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005"*, cit., 675.

<sup>46</sup> Cfr. A. ANZON, *Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento "creativo" della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2014, 36 ss.; S. STAIANO, *Intervento al "Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005"*, cit., 710 ss.

pronunce sulle leggi elettorali politiche sono derivati da circostanze e condizioni peculiari, che rendono quelle decisioni un *unicum* anche sotto il profilo processuale. Ad avviso di chi scrive è, pertanto, difficile e non è neppure auspicabile trarne la conclusione che a partire dal 2013 si sia avviata una nuova stagione dell'incidentalità. Altrimenti, considerate le oscillazioni giurisprudenziali sulle questioni promosse in sede di mero accertamento, ci si dovrebbe limitare a sostenere che la giurisprudenza costituzionale sull'ammissibilità di siffatte *quaestiones* è solo l'ennesimo strumento di selezione dei casi da decidere e, quindi, di politica giudiziaria oppure un modo per la Corte di non smentire sé stessa rispetto a precedenti "eclatanti"<sup>47</sup>.

Pertanto, nel fare i conti con due precedenti così di peso<sup>48</sup>, chi scrive ritiene che l'accesso per via di mero accertamento (specie se preventivo) di diritti costituzionali non possa dirsi ormai ammesso in via generale, ossia anche al di là dell'ipotesi delle zone franche ovvero anche quando all'accertamento non si accompagna un *petitum* condannatorio. Ciò in ragione del fatto che il filtro nei confronti di pretestuose azioni di mero accertamento, costituito dal controllo del giudice rimettente sull'interesse ad agire, rischia di essere ben poca cosa nello scongiurare l'abuso di tali azioni al fine esclusivo di adire la Corte.

Se, invece, tale filtro fosse ritenuto sufficiente ai fini dell'ammissibilità non solo dell'azione di accertamento, bensì anche e per ciò stesso della sottostante questione di legittimità costituzionale e se esso fosse tale da far superare l'ostacolo della distinzione dei *petita*, si dovrebbe far fronte a uno spostamento del giudizio incidentale verso un controllo oggettivo, a prescindere dal fatto-finzione che il giudice *a quo* si occuperebbe formalisticamente di una situazione specifica nel caso concreto e che la legge che produce l'incertezza giuridica sia assunta dal giudice rimettente come un fatto. Pur nella consapevolezza che nel giudizio di costituzionalità non vi è una divergenza assoluta tra garanzia oggettiva della legalità costituzionale e tutela delle situazioni giuridiche soggettive<sup>49</sup> e che tra i

<sup>47</sup> Ciò, del resto, troverebbe conferma nel fatto che in alcune pronunce il giudice costituzionale si sofferma, motivando, sulla sussistenza dell'interesse ad agire e della pregiudizialità, al fine di corroborare ovvero superare eventuali rilievi critici sul punto.

<sup>48</sup> Il riferimento è naturalmente a Corte cost., sentenze n. 1/2014 e n. 35/2017.

<sup>49</sup> Semmai proprio le azioni di mero accertamento come tramite del giudizio incidentale sono lì a smentire tale supposta divergenza e a dare testimonianza della contaminazione dei modelli e delle diverse concezioni del processo costituzionale.

Criticamente sull'idea pregiudiziale secondo cui la tutela dei diritti del cittadino e la salvaguardia dell'ordine costituzionale obbediscano a esigenze potenzialmente divergenti

due “modelli” non può tracciarsi una linea netta, penso che, nel lungo termine, una generalizzata propensione a ritenere ammissibili *quaestiones* scaturenti in particolare da azioni di mero accertamento preventivo (per la mera vigenza di leggi limitative di diritti costituzionali) avrebbe il paradossale effetto di spostare il pendolo del giudizio incidentale – e in definitiva della Corte – verso una garanzia oggettiva e oggettivizzata della legalità costituzionale.

Potrebbe, invero, sostenersi che l'ammissibilità di siffatte *quaestiones* varrebbe ad arginare il rischio di intemperività o di tortuosità della tutela giurisdizionale, qualora quest'ultima richiedesse la previa pronuncia della Corte costituzionale. Così che, ad esempio, l'ammissibilità di *quaestiones* promosse per via di mero accertamento *lato sensu* preventivo consentirebbe all'attore di non dover attendere l'atto applicativo della legge per costruire su di esso un *petitum* condannatorio<sup>50</sup>.

Ma se di per sé nulla impedisce, almeno processualmente, che la Corte viri verso una diversa nozione di incidentalità, abbandonando la distinzione dei *petita* e la richiesta di un residuo di verifica in capo al giudice *a quo*, un siffatto riposizionamento contribuirebbe alla rarefazione della concretezza del controllo di costituzionalità e sarebbe, quindi, la premessa per una sua troppo sbilanciata e, perciò, non desiderabile oggettivizzazione. Ciò discenderebbe dal fatto che, quanto più il giudizio *a quo* fa astrazione da una situazione concreta<sup>51</sup>, perché esso muove da una lite costruita ad arte, tanto più sfumano i contorni della vicenda processuale a monte, il suo essere “tramite” della *quaestio* e «cerniera tra le esigenze di giustizia richieste dai casi concreti della vita e il giudizio sulle leggi della Corte»<sup>52</sup>. Lo scolorimento dell'esemplarità del caso concreto attenua, in definitiva, la possibilità della Corte di far passare attraverso di esso la sua lettura del reale<sup>53</sup> e di mettere a fuoco il problema di interesse

si veda, peraltro, C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, Napoli 2014, 77 ss.

<sup>50</sup> Ciò non toglie, tuttavia, che l'argomento dell'intemperività rischia di ritorcersi contro, posto che la sospensione del giudizio *a quo* in conseguenza del rinvio alla Corte costituzionale frustrerebbe le esigenze di tutela tempestiva sottese all'azione di mero accertamento.

<sup>51</sup> Per situazione concreta qui si intende uno specifico atto di contestazione o di vanto del diritto, la già avvenuta lesione dello stesso ovvero l'applicazione della legge.

<sup>52</sup> G. VOLPE, *Relazione*, in *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Annuario Aic 2002, Padova 2004, 176.

<sup>53</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Considerazioni sul tema*, in *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, cit., 292.

generale in relazione a esso<sup>54</sup>, ossia «per l'esempio di caso della vita e di vigenza, di applicazione delle norme impugnate che indiscutibilmente fornisce»<sup>55</sup>. Inoltre, dato l'assorbimento del giudizio *a quo* nella *quaestio*, il venir meno della delibazione del giudice *a quo* sulla distinzione dei *petita* determinerebbe il rafforzamento delle parti processuali in una posizione non di mero impulso, così come specularmente comporterebbe la diluizione della delibazione in ordine alla non manifesta infondatezza della *quaestio* e, dunque, l'allentamento del filtro<sup>56</sup>.

E se dal punto di vista processualcivilistico quell'astrazione non è tale da incidere negativamente sulla sussistenza dell'interesse ad agire in accertamento, quando ci si pone nella prospettiva del processo (e del diritto) costituzionale ed entra, quindi, in gioco un diverso ordine di considerazioni, essa deve essere valutata in termini di complessiva "sostenibilità".

### 2.1. Di possibili, inaspettate, estensioni della ratio sottesa alle azioni di mero accertamento: art. 24 Cost. e processo penale

Le riflessioni sulle azioni di mero accertamento suscitano, peraltro, perplessità che trascendono il piano del giudizio civile (e amministrativo) e che, anziché essere un fuor d'opera, ai fini di un discorso di lungo periodo devono essere attentamente soppesate.

In particolar modo il ragionamento sotteso al *favor* per le azioni di mero accertamento preventivo pare avere implicite ma significative ricadute su altre ipotesi, in cui il giudizio *a quo* potrebbe non avere un autonomo e più ampio svolgimento rispetto al giudizio costituzionale. *Mutatis mutandis*, si tratta di ipotesi in cui, venendo in gioco la garanzia di diritti fondamentali, non dovrebbero esservi preclusioni alla definizione delle *quaestiones* così sollevate, onde evitare una dispersione di garanzie<sup>57</sup>.

Il pensiero va a una pronuncia della Cassazione civile, in cui si è affermato che «[s]e un bene della vita viene negato alla stregua di una norma

<sup>54</sup> Così O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano 2014, 252.

<sup>55</sup> A. CERRI, *Il profilo fra argomento e termine della questione di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1978, 356, ma si veda anche ID., *La «dialettica» del giudizio incidentale: rimediazioni sul tema*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano 1988, 120.

<sup>56</sup> Lo rileva incidentalmente anche S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale: adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Napoli 2018, 127.

<sup>57</sup> Così A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., 152.

che il soccombente reputa incostituzionale egli ha diritto di impugnare la decisione per contestare quel risultato previa caducazione della norma che lo pregiudica. E, *al limite, il ricorso per cassazione potrebbe esaurirsi nell'affermazione che la fattispecie non può restare disciplinata dalla norma incostituzionale, che vulnera il diritto del ricorrente. In tale ipotesi, la questione non sarebbe fine a se stessa, ma mezzo al fine di rimuovere la sentenza sfavorevole fondata sulla norma incostituzionale»*<sup>58</sup>.

Possono, invero, darsi casi in cui la *quaestio* arriva dinanzi alla Corte costituzionale per il tramite della sola impugnazione (in appello o in Cassazione) della reiezione dell'eccezione di costituzionalità, essendovi a monte un atto applicativo della legge contestata (ovverosia la pronuncia di primo o di secondo grado). Se, pertanto, si ritiene che, pur quando vi siano strumenti alternativi di tutela<sup>59</sup>, precludere l'accesso alla Corte per via di mero accertamento preventivo vorrebbe dire limitare indebitamente il diritto di azione e la possibilità di tutela dei diritti fondamentali, in violazione dell'art. 24 Cost., che dire dell'ipotesi in cui, essendosi nell'ambito penale e dato il diritto del condannato alla propria libertà personale (così come conseguente dal pieno esercizio del diritto di difesa), contro la pronuncia di condanna non si invochi altro se non «il futuro e diverso regolamento giuridico che possa eventualmente risultare dalla soluzione della questione di legittimità costituzionale»<sup>60</sup>? Sostenere che le *quaestiones* pervenute alla Corte per via di mero accertamento preventivo sono ammissibili ogniqualevolta interessino diritti fondamentali, perché ciò sarebbe una forma di garanzia dell'art. 24 Cost., non porta forse, *a fortiori*, a ritenere che, quando siano in gioco il diritto di difesa dell'imputato (condannato in primo o in secondo grado) e la protezione della sua libertà personale, possa impugnarsi anche la sola reiezione dell'eccezione di costituzionalità, così che il giudice dell'impugnazione sia adito solo per ribadire la *quaestio*?

A questo proposito, si pensi alla sentenza n. 211 del 2018, concernente la detenzione domiciliare. Non essendovi tempo per soffermarsi in questa sede sulle modalità attraverso cui la *quaestio* decisa in quell'occasione è pervenuta alla Corte<sup>61</sup>, potrebbe invero sostenersi quanto segue:

<sup>58</sup> Cassazione, sez. I Civile, sentenza n. 1667/1978.

<sup>59</sup> Diversamente, quindi, da quanto sostenuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 110/2015.

<sup>60</sup> Corte cost., sentenza n. 65/1964.

<sup>61</sup> Ovverosia tramite l'impugnazione della reiezione dell'eccezione di costituzionalità – per come rigettata nei primi due gradi di giudizio – e un'anomala pronuncia della

quando l'impugnazione di una sentenza penale di condanna si sostanzia nella sola formulazione di una non generica e non manifestamente infondata questione di legittimità costituzionale e l'eventuale declaratoria di incostituzionalità della norma censurata sia tale da determinare la non punibilità di fatti commessi sotto la sua vigenza, una siffatta modalità di instaurazione del giudizio in via incidentale sarebbe una strada percorribile, potendone conseguire il rinvio al giudice costituzionale. In tal modo, il ricorrente lamenterebbe non l'erronea applicazione della legge, ma il fatto che, dovendosi applicare proprio la norma della cui costituzionalità si dubita, l'annullamento di questa sarebbe pregiudiziale alla riforma della sentenza di condanna.

In tutti questi casi, in modo speculare a quanto constatato per le norme penali di favore, la rilevanza della *quaestio* sarebbe *in re ipsa* ovvero auto-evidente, risolvendosi nella concreta influenza della pronuncia della Corte sull'esito del giudizio *a quo*. Ciò perché, essendo in gioco la libertà personale dell'imputato – ovvero, pregiudizialmente, il suo diritto di difesa – in conseguenza dell'accoglimento della questione avente a oggetto quella norma verrebbe meno la rilevanza penale del fatto e di ciò il giudice rimettente dovrebbe poi necessariamente tener conto anche d'ufficio per la definizione del giudizio *a quo*, secondo quanto disposto dall'art. 129 c.p.p.

Peraltro, qualora il giudizio *a quo* si traducesse nella esclusiva impugnazione della decisione reiettiva dell'eccezione di legittimità costituzionale e i *petita* coincidessero, ciò si rifletterebbe sull'incidentalità, attenuandone i contorni. Non vi sarebbe, invero, alcuna alterità tra giudizio *a quo* e incidente di costituzionalità, poiché la *quaestio legitimitatis* esaurirebbe immediatamente il *petitum* del giudizio principale e la pronuncia della Corte costituzionale verrebbe «a consumare *ex se* la tutela richiesta al giudice remittente, nella residua parte del processo principale»<sup>62</sup>. Si sarebbe allora di fronte a un'impugnazione, quantunque indiretta (perché “di secondo grado”), della pronuncia reiettiva della medesima eccezione di costituzionalità, ritenuta da alcuni praticabile sia quando l'appellante indichi nel mancato accoglimento dell'eccezione uno dei motivi espliciti

Cassazione “con e senza rinvio”, che ha messo il giudice del rinvio nella condizione di sollevare una (parzialmente) diversa questione di legittimità costituzionale.

Per un commento a tale pronuncia sia consentito il rinvio a E. OLIVITO, *Incidentalità e reiezione dell'eccezione di costituzionalità in un giudizio di eguaglianza sulla detenzione domiciliare*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2018, 2522 ss.

<sup>62</sup> Corte cost., sentenza n. 38/2009.



del gravame<sup>63</sup> sia allorché tale omesso accoglimento costituisca il solo e unico motivo dell'impugnazione della pronuncia di merito, ritenuta "errata" conseguenza dell'omesso accoglimento della *quaestio*<sup>64</sup>.

Qui tuttavia, diversamente dalle azioni di mero accertamento preventivo, l'attenuazione dell'incidentalità non va a discapito della concretezza del giudizio di costituzionalità, ma la sublima. Si è, difatti, dinanzi a una di quelle ipotesi di massima concretezza del giudizio in via incidentale, in cui la mancata distinzione *ab origine* dei *petita* – ovverosia la loro sostanziale identificazione – segnala che, anziché essere carente, «la rilevanza dell'eccezione di costituzionalità [...] si esprime al massimo grado, la concretezza del giudizio di costituzionalità risulta enfatizzata in modo assoluto, essendo nella specie assicurata in modo palmare proprio dalla sostanziale immedesimazione»<sup>65</sup>.

Quando ci si muove in ambito penale, tale opzione sarebbe percorribile, poiché l'eccezione alla distinzione dei *petita* opererebbe nel campo di un principio costituzionale di primo rilievo come il *favor rei* e la garanzia così assicurata a tale principio costituirebbe la *ratio* che orienta l'eccezione. Sarebbe, infatti, in discussione un bene della vita – la libertà personale – per tutelare il quale si rende necessario impugnare la decisione di reiezione dell'eccezione di costituzionalità e contestare così la sentenza di condanna, previa caducazione della norma che lo pregiudica. Un'ipotesi, dunque, in cui il pieno esercizio del diritto di difesa dell'imputato, pregiudiziale rispetto alla tutela della sua libertà personale, potrebbe esplicarsi «solo *attraverso* la previa rimessione della questione di legittimità costituzionale e la previa sentenza di accoglimento della Corte»<sup>66</sup>.

Peraltro, in un caso come quello che ha dato vita alla sentenza n. 211/2018, tre elementi hanno fatto sì che il giudice costituzionale deci-

<sup>63</sup> Come, d'altro canto, è avvenuto – *mutatis mutandis* – nella vicenda processuale concernente la legge n. 270/2005, dal momento che uno dei motivi di ricorso per Cassazione era costituito dal rilievo che la Corte di merito aveva erroneamente rigettato l'eccezione di legittimità costituzionale di norme nelle quali, «secondo una diffusa opinione dottrinarica», erano ritenuti presenti diversi profili problematici e intrinsecamente irrazionali (ordinanza n. 12060/2013).

<sup>64</sup> In questo senso, sulla scorta dell'ambigua formulazione dell'art. 24, comma 2, l. n. 87/1953, cfr. A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli 186 e, prim'ancora, P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, cit., 642.

<sup>65</sup> P. CARNEVALE, *La Cassazione all'attacco della legge elettorale. Riflessioni a prima lettura alla luce di una recente ordinanza di rimessione della Suprema Corte*, in *Nomos*, 1/2013, 3.

<sup>66</sup> C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali*, cit., 147 (corsivo dell'A.).

desse la questione, sorvolando sulla (in)consistenza dell'incidentalità: *i.* il Presidente del Consiglio dei Ministri non aveva spiegato alcun intervento davanti alla Corte, così che non vi sono state eccezioni di inammissibilità da parte dell'Avvocatura dello Stato; *ii.* la delibazione del rimettente sulla non manifesta infondatezza della *quaestio* escludeva l'intento meramente defatigatorio della rinnovata eccezione di costituzionalità; *iii.* vi era una precedente e "affine" declaratoria di illegittimità costituzionale (sentenza n. 177/2009), sicché l'esito del giudizio costituzionale poteva reputarsi scontato e alla Corte mancava soltanto l'occasione per pronunciarsi nel merito.

### 3. *La Corte costituzionale a un bivio: cui prodest?*

Le considerazioni finora svolte in ordine all'ammissibilità delle questioni incidentali sollevate nel corso di azioni di mero accertamento inducono, nondimeno, a più ponderate riflessioni sul contenzioso costituzionale e sui termini attuali del *favor* per l'incidente di legittimità costituzionale, essendo «opportuno che il pur necessario controllo esercitato sui requisiti di ammissibilità delle questioni incidentali non tramodi in un improprio strumento deflattivo del contenzioso, ma cerchi piuttosto di favorire il giudizio costituzionale»<sup>67</sup>.

Da più parti si è sottolineato, del resto, che «una diffusa percezione, presso i giudici ordinari, della difficoltà d'accesso al giudizio incidentale di costituzionalità, può sortire un fenomeno che potremmo ribattezzare di "fuga dalla giurisdizione costituzionale", ed il naturale rifluire delle questioni pregiudiziali verso la giurisdizione comunitaria, che *a meno che* il processo nazionale *a quo* non paia manifestamente celebrato a bella posta per far dichiarare questa o quella legge nazionale contraria al diritto comunitario (*lis ficta*), ha un approccio assai più permissivo e liberale quanto alla valutazione di rilevanza delle questioni»<sup>68</sup>.

Sembra, d'altra parte, che di una "fuga dalla giurisdizione costituzionale" si possa ancora parlare, se si tiene conto che nel 2018 si è registrata una diminuzione anche degli atti di promovimento del giudizio in via

<sup>67</sup> *Relazione del Presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi sulla giurisprudenza costituzionale del 2018*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 8.

<sup>68</sup> C. CONSOLO, *Giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi e suoi presupposti: in particolare, la "rilevanza" delle questioni di legittimità*, cit., 6 (corsivi miei).

incidentale e tale giudizio ha fatto sì registrare il dato più rilevante del contenzioso costituzionale, così confermandosi l'inversione di tendenza rispetto agli anni in cui quello in via principale era risultato prevalente (2012-2013), ma è altresì vero che – ormai dal 2011 a oggi – il totale delle pronunce adottate nella sede incidentale è risultato inferiore a duecento, non raggiungendo il 60% delle decisioni del 2018<sup>69</sup>.

Sul punto deve evidenziarsi che negli ultimi anni la Corte costituzionale ha inteso mettere un argine al prosciugamento del giudizio di costituzionalità in via incidentale, cui in passato essa aveva in parte contribuito. La Corte lo ha fatto, per un verso, attenuando l'obbligo di previa interpretazione conforme a Costituzione e la rigidità del controllo su di esso<sup>70</sup> e, per l'altro verso, cercando di porre rimedio alla sempre più diffusa tendenza dei giudici comuni alla non applicazione della legge contrastante con il diritto dell'Unione europea non direttamente applicabile (in particolare con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE<sup>71</sup>) ovvero con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>72</sup>, in luogo dell'incidente di costituzionalità e, in definitiva, dell'applicazione della Costituzione.

Potrebbe, pertanto, ritenersi che l'apertura alle azioni di mero accertamento anche preventivo dei diritti costituzionali rappresenti in fondo un ulteriore rimedio alla fuga dalla giurisdizione costituzionale, in piena consonanza con lo "spirito" del giudizio in via incidentale e in attuazione dell'art. 24 Cost., non tanto allo scopo di liberare i giudici dalla soggezione a leggi incostituzionali, ma soprattutto al fine di non lasciare i privati soli con il «dilemma se prestare osservanza alla legge (ritenuta) incostituzionale o violarla rischiando la sanzione»<sup>73</sup>.

Ciononostante, è bene in primo luogo non sottovalutare che il giudice costituzionale considera con favore il mantenimento del contenzioso costituzionale in via incidentale entro tassi accettabili, «sia perché ciò ha consentito alla Corte di ridurre i tempi del giudizio (oramai di poco superiori all'anno, se si prende a raffronto la data di pubblicazione dell'ordinanza di rimessione nella Gazzetta ufficiale), sia perché [...] il costante e generalizzato riferimento alla Costituzione permett[e] ai giudici comuni

<sup>69</sup> Cfr. *Dati quantitativi e di analisi sulla giurisprudenza costituzionale del 2018*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 6.

<sup>70</sup> Cfr. sentenze n. 42/2017, n. 15 e n. 77 del 2018.

<sup>71</sup> Cfr. sentenze n. 269/2017, n. 20/2019, ordinanza n. 117/2019.

<sup>72</sup> A partire dalle note sentenze n. 348 e n. 349 del 2007.

<sup>73</sup> C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali*, cit. 199.

di conformare ad essa le leggi, quando ciò sia consentito dall'esercizio dei comuni canoni ermeneutici»<sup>74</sup>.

Credo, quindi, che sarebbe se non condivisibile, date le indecisioni argomentative rispetto ad alcuni precedenti, quanto meno comprensibile<sup>75</sup>, se la Corte provasse a chiudere il cerchio sull'ammissibilità delle azioni di mero accertamento preventivo come tramite del giudizio di costituzionalità, non tanto sforzandosi di tenere ferma la distinzione dei *petita*<sup>76</sup>, bensì valutando se l'incertezza sul diritto azionato sia insuperabile – per mancanza di strumenti alternativi di tutela – e se si sia, pertanto, nell'ambito di una c.d. zona franca del controllo di costituzionalità<sup>77</sup>.

A oggi, peraltro, il controllo della Corte sull'ammissibilità di *quaestiones* promosse per via di mero accertamento di diritti costituzionali (per come incisi dalla legge e pur in assenza di un atto di contestazione o di vanto) sembrerebbe meno severo in presenza, oltre che di una zona franca, di alcune condizioni supplementari, quali: *i.* il comportamento processuale del Presidente del Consiglio dei Ministri, che non interviene in giudizio ovvero non eccepisce l'inammissibilità delle *quaestiones* sotto il profilo della sovrapponibilità dei *petita* (sentenza n. 1/2014)<sup>78</sup>; *ii.* i mo-

<sup>74</sup> *Relazione del Presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi sulla giurisprudenza costituzionale del 2018*, cit., 7.

<sup>75</sup> Diversamente ritiene, invece, F. SORRENTINO, *La Corte e i suoi precedenti: overruling o continuità?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2015, 888 s.

<sup>76</sup> Uno sforzo talora vanificato da alcune oscillazioni giurisprudenziali, tali da smascherare o un implicito avallo alla  *fictio litis* sottesa ad alcune questioni oppure la riduzione di quella distinzione a mera clausola di stile: cfr. G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli 2017, 55.

<sup>77</sup> Cfr. sentenze n. 110/2015 e n. 165/2016, ordinanza n. 63/2018.

È, peraltro, interessante notare come chi esclude che l'ammissibilità delle azioni di accertamento preventivo possa essere limitata alle ipotesi in cui vi sia anche una zona franca, al contempo finisce per configurare l'esclusione dell'ammissibilità generalizzata di tali azioni, in mancanza di un concreto atto applicativo della legge, come un'implicita creazione di una zona franca per il giudice *a quo*: C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali*, cit., 187 ss.

<sup>78</sup> Per quanto attiene alla condizione *sub i)*, corre l'obbligo di fare alcune osservazioni in merito alla scelta del Governo di far trapelare la sua opinione in merito alla (il)legittimità costituzionale della legge oggetto della *quaestio*, lasciandola al suo destino e non spiegando alcun intervento dinanzi alla Corte. Sebbene il mancato intervento del Presidente del Consiglio dei Ministri possa essere un elemento che consente alla Corte di sorvolare su eventuali profili di inammissibilità dell'ordinanza di rinvio (*mutatis mutandis*, si pensi anche alla sentenza n. 286/2016), tale comportamento passivo deve comunque essere stigmatizzato. Esso non tanto è il segno di un Governo che si pone dalla parte della Costituzione e al quale, quindi, non potrebbe chiedersi di difendere a ogni costo una legge incostituzionale (così, invece, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia*

niti precedentemente espressi dalla Corte, anche in altre sedi, sui profili di dubbia costituzionalità della legge (sentenze n. 15 e n. 16 del 2008, n. 13/2012 rispetto alla sentenza n. 1/2014); *iii*. un precedente proceduralmente dirompente, da cui la Corte ritiene di non potersi smarcare e che si sforza progressivamente di “normalizzare” (sentenza n. 1/2014 rispetto alla sentenza n. 35/2017; *a contrario*, sentenza n. 110/2015 per come confermata dalla sentenza n. 239/2018).

A questo proposito, deve in ogni caso osservarsi che, data la distinzione tra zone franche e zone d'ombra della giustizia costituzionale<sup>79</sup>, il fatto che la Corte si adoperi (là dove possibile) per eliminare o circoscrivere

*costituzionale*, Torino 2019, 272), ma è semmai la riprova di un'azione politico-legislativa che, anziché porsi nell'orizzonte della Costituzione e abrogare o modificare le leggi incostituzionali, preferisce accondiscendere surrettiziamente alla declaratoria di incostituzionalità e quindi, in definitiva, al ruolo di supplenza del giudice delle leggi.

A oggi, mi sembra che tale atteggiamento sia confermato dal mancato seguito parlamentare dell'ordinanza n. 207/2018.

Così facendo, inoltre, il Governo si sottrae a una più ampia dialettica processuale, nel cui ambito l'Avvocatura dello Stato avrebbe invece modo di portare argomenti soprattutto in relazione alla prospettazione offerta dal giudice nell'ordinanza di rinvio: cfr. F. CERRONE, *L'intervento del Presidente del Consiglio e del Presidente della Giunta regionale*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino 1998, 149 s.

A tal proposito, spunti interessanti possono ora trarsi *mutatis mutandis* anche dalla sentenza n. 138/2019: «Si aggiunga che, come nella fattispecie di cui alla predetta sentenza n. 196 del 2018, *le questioni in esame si collocano in una zona d'ombra della sindacabilità costituzionale, che ne determina indubbiamente analoga peculiarità*. A favore di tale conclusione concorrono *due distinte ma complementari concause*: a) gli interessi erariali alla corretta spendita delle risorse pubbliche – salvo quanto si dirà appresso per il Governo – non hanno, di regola, uno specifico portatore in grado di farli valere processualmente in modo diretto; b) *le disposizioni contestate non sono state impugnate nei termini dal Governo*, unico soggetto abilitato a far valere direttamente l'invasione di materie di competenza legislativa statale, divenendo intangibili per effetto della decorrenza dei predetti termini e della decadenza conseguentemente maturata» (corsivi miei).

Criticamente su tale pronuncia, in merito all'ulteriore ampliamento per via pretoria dei parametri sindacabili in sede di controllo di costituzionalità delle leggi di spesa, si veda F.S. MARINI, *La disomogeneità dei controlli e la legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni di costituzionalità: una giurisprudenza in espansione*, in *Federalismi.it*, 13/2019, 13 s.

<sup>79</sup> A tal proposito, assumo la distinzione proposta da Paolo Carnevale: «la formula linguistica zona franca implica l'idea del disvalore costituzionale di una situazione di esenzione dal controllo di costituzionalità della Corte costituzionale, che non discende da una scelta imputabile al sistema costituzionale ed ai suoi principi informativi – sia essa o meno filtrata o distillata dalla Corte medesima – quanto semmai da un difetto di quest'ultimo, in buona misura ascrivibile allo stesso meccanismo del controllo, che in quanto tale richiede di essere superato [...]. È ciò che distingue – per dirla in breve – “immunità” da “impunità” costituzionale»: P. CARNEVALE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato fra legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale*

le prime, non implica necessariamente un intervento pretorio volto a rimuovere anche le seconde, attraverso una generalizzata flessibilizzazione dei limiti all'ingresso delle *quaestiones*, anche per come essi sono intesi dalla Corte.

Ciò può dirsi soprattutto nell'ipotesi in cui le zone d'ombra rispondano a una *ratio*<sup>80</sup>.

Nel caso del mero accertamento preventivo dei diritti costituzionali, la *ratio* della connessa zona d'ombra può rinvenirsi nella necessità di non snaturare il canale incidentale attraverso l'ammissibilità di azioni, che avrebbero almeno *in nuce* il significato e la portata di un'*actio popularis*, tale da determinare uno slabbramento (non sul piano meramente quantitativo<sup>81</sup>) dell'accesso incidentale e una sovraesposizione della Corte<sup>82</sup>. L'ammissibilità, più o meno indiscriminata, di tali azioni e il pregiudizia-

*ed evocazione della "zona franca". Prmissime considerazioni alla luce della ordinanza di revocazione del 3 maggio 2018 dell'AGCM*, in *Federalismi.it*, 17/2018, 12.

In senso diverso si veda, invece, A. PIZZORUSSO, "Zone d'ombra" e "zone franche" della giustizia costituzionale italiana, in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano 2012, 1022, secondo il quale l'espressione "zone franche" si riferisce «ad una serie di precise chiusure che escludono il controllo giurisdizionale (anche di costituzionalità) di una serie di attività qualificate da un tasso di "politicità" che le renderebbero insindacabili in sede giudiziaria (talora anche a costo del sacrificio dei diritti, pur costituzionalmente riconosciuti ai cittadini) e che risultano pertanto coperte da "immunità" dei titolari di pubblici poteri».

La Corte costituzionale, pur avendo in passato impiegato le due espressioni indifferentemente, parrebbe nondimeno ora accedere alla distinzione di quest'ultimo A., per cui l'espressione "zona franca" indicherebbe quella in cui il controllo di costituzionalità è escluso, mentre quella di "zona d'ombra" segnalerebbe che il controllo è estremamente difficile: cfr. sentenze n. 13/2019 e n. 138/2019.

<sup>80</sup> Una *ratio* che potrebbe, ad esempio, ritenersi sussistente, sotto certi aspetti, per quella zona d'ombra costituita dalle leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali e, ancor di più, dagli accordi in forma semplificata, su cui sia permesso rinviare a E. OLIVITO, *Il cul-de-sac costituzionale degli accordi in forma semplificata: iniziativa legislativa parlamentare ed esternalizzazione delle politiche migratorie*, in *Diritto pubblico*, 2/2018, 445 ss.

<sup>81</sup> Sul piano meramente quantitativo, va evidenziato che «a tutt'oggi la magistratura ordinaria mostra una forte resistenza all'impiego dell'azione di accertamento come canale di accesso alla Corte, muovendo proprio da un sindacato particolarmente stretto sulla sussistenza dell'interesse ad agire in questo genere di azione [...] e] nel timore del giudice ordinario, ancor prima che della Corte, di trovarsi a gestire un numero spropositato di azioni miranti a raggiungere l'accesso alla tutela erogata dalla Corte»: A. MANGIA, *L'azione di accertamento come surrogato del ricorso diretto*, in *www.forumcostituzionale.it* (17 giugno 2018), 5.

<sup>82</sup> Così M. DOGLIANI, *Intervento al "Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005"*, cit., 670.

le superamento della distinzione dei *petita* avrebbero, infatti, l'effetto di aprire nuovi spazi per il giudizio di costituzionalità, ma ciò avrebbe un costo: l'approdo verso un controllo di costituzionalità preventivo, perché in buona sostanza – e al di là delle apparenze – del tutto astratto.

In presenza di *quaestiones* promosse in particolare per il tramite di azioni di mero accertamento preventivo, che – per la portata dei diritti in gioco – la Corte vorrebbe decidere, potrebbe ad esempio comprendersi se un domani il giudice costituzionale cominciasse a declinare quel riferimento alla “peculiarità” e al “rilievo costituzionale” del diritto oggetto di accertamento<sup>83</sup> non in termini di sola fondamentale del diritto in gioco<sup>84</sup>, ma semmai nel senso del problema di carattere ordinamentale<sup>85</sup>, che deriverebbe dalla sottrazione al controllo di costituzionalità della normativa direttamente incidente su quel diritto<sup>86</sup>.

Così facendo, però, essa si porrebbe in un'ottica di selezione dei casi, tale da esaltare i caratteri di astrattezza e di oggettività del giudizio<sup>87</sup>, poiché presupposto logico e/o conseguenza dell'attenzione alla dimensione ordinamentale del controllo incidentale di costituzionalità sarebbe il trascendimento della sua dimensione soggettiva e concreta<sup>88</sup>. Inoltre,

<sup>83</sup> Il riferimento è alle sentenze n. 1/2014 e n. 35/2017.

<sup>84</sup> Perché in tal caso dovrebbe, ad esempio, ritenersi ammissibile una *quaestio* avente a oggetto il decreto-legge n. 113/2018 e promossa per via di mero accertamento preventivo, qualora il richiedente la protezione internazionale (non il sindaco) chiedesse al giudice di accertare preventivamente – ossia prim'ancora del diniego della domanda da parte della competente commissione – se il contenuto del suo diritto all'asilo costituzionale sia quello risultante da tale decreto ovvero quello risultante dall'articolo 10 Cost.

Così come pure dovrebbero ammettersi *quaestiones* promosse per via di mero accertamento preventivo del diritto a un trattamento pensionistico proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro, *ex art.* 36 Cost., per come leso dal c.d. contributo di solidarietà di cui all'art. 1, comma 261, l. n. 145/2018 (legge per il bilancio 2019), anche quando l'azione fosse promossa prim'ancora del provvedimento di decurtazione della prestazione pensionistica.

<sup>85</sup> A questo riguardo, c'è chi ha parlato di «ragioni sistemiche»: G.U. RESCIGNO, *Il diritto costituzionale di voto secondo la Corte di cassazione e la Corte costituzionale*, cit., 29.

<sup>86</sup> Cfr. P. CARNEVALE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato fra legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale ed evocazione della “zona franca”*. *Prmissime considerazioni alla luce della ordinanza di remissione del 3 maggio 2018 dell'AGCM*, cit., 16.

<sup>87</sup> Cfr. G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, cit., 57, il quale peraltro rileva come una vocazione all'astrattezza-oggettività del giudizio di costituzionalità sia sottesa anche a quelle pronunce con cui la Corte – a partire dalla sent. n. 10/2015 – ha fatto un uso “disinvolto” del potere di modulazione degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento (*ivi*, 311 ss.).

<sup>88</sup> Lo evidenzia S. BARTOLE, *Intervento al “Dibattito sulla sentenza della Corte costi-*

un siffatto equilibrismo costituirebbe un rischio innanzitutto per la legittimazione dell'organo di giustizia costituzionale, perché la Corte condannerebbe sé stessa sia a compiere imprevedibili valutazioni “sostanzialistiche” sul funzionamento delle istituzioni sia, in una prospettiva di lungo periodo, a rompere del tutto gli argini del ruolo di mera supplenza, divenendo così facile preda del circuito politico<sup>89</sup>.

La giustizia costituzionale ha, d'altronde, ormai superato quelle fasi di assestamento, dovute prima all'avviamento del controllo di costituzionalità e poi all'assorbimento dell'arretrato, in cui si era sostenuto che «l'esigenza di esaminare le questioni nel loro contenuto sostanziale [doveva], specialmente nel giudizio costituzionale, prevalere sui profili di natura meramente formale»<sup>90</sup>, liberando all'occorrenza la Corte dai laciuoli formalistici di regole processuali troppo rigide.

Sono altri gli strumenti che il giudice costituzionale ha oggi a disposizione – e che sta dimostrando di voler coltivare – per ovviare all'inaridimento del giudizio incidentale e arginare così una pericolosa disaffezione, in primo luogo ma non solo del legislatore, verso la Costituzione.

Quanto alle azioni di mero accertamento (soprattutto se preventivo) e al consolidamento del relativo filone giurisprudenziale, se all'occasione verrà nuovamente confermata l'indicazione secondo cui, perché la Corte possa decidere delle *quaestiones* sollevate per tale via, in mancanza di *petita* distinti si deve essere (*melius*, è sufficiente che si sia)<sup>91</sup> in una zona franca<sup>92</sup>, mi pare che ciò possa essere un “assestamento compensativo”

*tuzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005*”, cit., 636.

<sup>89</sup> Così R. BIN, *Intervento al “Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005”*, cit., 643; ID., *Chi è responsabile delle «zone franche»? Note sulle leggi elettorali davanti alla Corte*, in *www.forumcostituzionale.it* (9 giugno 2017), 4 ss.

<sup>90</sup> *Conferenza stampa del Presidente della Corte costituzionale Francesco Saja sulla giustizia costituzionale nel 1988*, in *www.cortecostituzionale.it*, 4.

<sup>91</sup> Tale conferma, ad avviso di chi scrive, non ha soltanto il significato di conciliare le soluzioni cui la Corte è pervenuta con le sentenze n. 1/2014 e n. 110/2015 e neppure ha l'intenzione di restringere l'ambito di accesso al giudizio di costituzionalità – come invece ritenuto da M. ARMANNI, *Il voto degli italiani all'estero e la riduzione degli spazi di accesso al giudizio di costituzionalità in materia elettorale*, in *www.forumcostituzionale.it* (1 ottobre 2018), 2 – ma ha semmai il fine di preservare gli equilibri negli spazi di accesso esistenti.

<sup>92</sup> Peraltro, quando già vi sia l'argomento della zona franca, un ulteriore stringente controllo della Corte sull'“ammissibilità” dell'azione di accertamento ovvero sull'interesse ad agire diviene superfluo. La Corte, nondimeno, continua a effettuarlo: cfr. ordinanza n. 63/2018.



accettabile, perché preordinato a scongiurare una sovraesposizione della Corte. Un assestamento di cui nondimeno – non resta per ora che prenderne atto – la Corte vuol rimanere in definitiva *domina*<sup>93</sup> essendo rimesso alla sua *prudentia*<sup>94</sup>.

Peraltro, una siffatta conferma dell'eccezione (e, quindi, specularmente della regola<sup>95</sup>) non avrebbe il significato soltanto di conciliare le soluzioni cui la Corte è pervenuta con le sentenze n. 1/2014 e n. 110/2015 e neppure comporterebbe una restrizione dell'ambito di accesso al giudizio di costituzionalità. Essa avrebbe, invece, il fine di preservare gli equilibri degli spazi di accesso esistenti e, in senso più ampio, gli equilibri

A tal proposito, potrebbe affermarsi che tale controllo si intreccia in qualche misura con quello concernente la sussistenza di una zona franca, in forza dell'idea che l'azione di mero accertamento non debba essere ammessa «quando la parte può conseguire la certezza giuridica *per altra via*, e precisamente in giudizio di condanna», poiché tale possibilità escluderebbe l'interesse ad agire per il mero accertamento: G. CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento* (1933), ora in *Saggi di diritto processuale civile*, III, Milano 1993, 28 (corsivi miei). Ma per l'opinione meno restrittiva si vedano ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., 210; B. SASSANI, *Interesse ad agire (diritto processuale civile)*, cit., 8.

Sulla sussistenza di un siffatto limite generale all'ammissibilità della tutela di mero accertamento cfr. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1979, 631 ss., secondo il quale tale limite è utile a contrastare un'interpretazione del principio della domanda, fondata su «una concezione liberal-individualistica del processo che, rispetto alle esigenze derivanti dalla sua natura pubblicistica, privilegia invece al massimo l'esigenza di tutela della autonomia della parte» (*ivi*, 632). L'A., peraltro, rileva come vi sia «un notevole salto logico tra l'affermazione contenuta nell'art. 100 [c.p.c.] e la deduzione che l'interesse (soggettivo) ad una forma di tutela imporrebbe automaticamente l'ammissibilità in via generale di quella tutela nel nostro ordinamento» (*ivi*, 624).

<sup>93</sup> Come, d'altronde, rilevato in termini più ampi – in relazione alla “gestione” pretoria delle modalità di accesso alla Corte – da S. STAIANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull'accesso ai giudizi costituzionali*, in *Federalismi.it*, 13/2019, 12.

<sup>94</sup> Ritiene, invece, necessario un intervento del legislatore, al fine di fissare le deroghe al modello incidentale di accesso, S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale: adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, cit., 125, 130 s., 154.

<sup>95</sup> La “regola” della richiesta distinzione dei *petita* sembra da ultimo aver trovato conferma nella sentenza n. 33/2019, relativa a un'azione volta all'annullamento di una circolare ministeriale e a una domanda di accertamento negativo dell'obbligo dei Comuni ricorrenti di stipulare una convenzione per l'esercizio in forma associata o tramite unione delle funzioni fondamentali. Sollecitata a pronunciarsi sull'ammissibilità, la Corte ha, infatti, riconosciuto la rilevanza delle questioni sollevate, «in quanto il rimettente è chiamato a pronunciarsi su un *petitum* consistente nell'annullamento del provvedimento impugnato». Una conferma della “regola” rilevata anche da M. COLLEVECCHIO, *Gli enti locali innanzi a leggi lesive della loro autonomia ed attribuzioni. Utili spunti della sentenza della Corte Costituzionale n. 33 del 2019 per l'accesso in Corte e valutazioni sulla effettività della tutela degli enti locali*, in *Federalismi.it*, 13/2019, 10.

costituzionali tra i poteri, in ipotesi pregiudicati da un uso qualitativamente significativo di liti strategicamente costruite per veder sindacata la costituzionalità delle leggi<sup>96</sup>. Spingere, infatti, la Corte costituzionale ad allentare la «gabbia dell'incidentalità»<sup>97</sup> e ad essere sempre più Corte dei diritti fondamentali – per il tramite di *quaestiones* avulse dal caso concreto, perché promosse per mezzo di azioni di mero accertamento preventivo – potrebbe voler dire farle assumere una solitaria funzione oppositiva, in cui l'irresistibile polisemanticità delle formule costituzionali che esprimono diritti nel lungo tempo si ripercuoterebbe negativamente in primo luogo sulla sua legittimazione.

<sup>96</sup> Così anche S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale: adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, cit., 155 s.

<sup>97</sup> M. PATRONO, *Corte costituzionale, giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale (note in margine al ricorso diretto alla Corte)*, in *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, cit., 14.

## SAGGI

*Giancarlo Caporali*

### ALLA RICERCA DELL'ARCHETIPO DELLO STATO SOCIALE. LO STATO INDUSTRIALE DI CLAUDE HENRY DE SAINT-SIMON: LA FUNZIONE SOCIALE DEL BILANCIO PER L'ASSISTENZA AI PROLETARI E AI POVERI

SOMMARIO: Introduzione. – 1. La struttura della società e l'interesse generale. – 2. La concezione sansimoniana intorno alla Costituzione. – 3. Lo Stato industriale archetipo dell'idea di Stato sociale.

#### *Introduzione*

Questo lavoro, che costituisce parte di un più ampio progetto di ricerca, si propone di offrire un angolo di visuale del tutto nuovo nella lettura degli scritti sansimoniani, mettendone in evidenza un aspetto mai prima sottolineato, ossia l'essere dello Stato industriale archetipo di quello che modernamente è divenuto lo Stato sociale, tra l'altro individuando la "naturale destinazione" della decisione del bilancio in quella di aiutare e sollevare le parti più povere e disagiate della popolazione, così come la massa dei proletari, all'epoca viventi in condizioni davvero difficili. Saint Simon è andato oltre l'avvertita esigenza, peraltro da sempre sottolineata da coloro che ne hanno approfondito e diffuso il pensiero, di aiutare i poveri e il ceto lavoratore, delineando una forma di Stato, ossia lo Stato industriale, in cui produzione e benessere diffuso vengono delineati come la sostanza del nuovo Stato che dovrà apparire e trionfare sulla scena della storia.

Ragione per la quale il richiamo al precedente dibattito dottrinale sarà in questa sede ridotto all'essenziale, sebbene molto vasta e variegata sia la produzione scientifica che concerne il pensiero e l'opera di Saint-Simon e che ha messo in luce i diversi aspetti della sua ventennale riflessione. Gli studi critici possono essere ricondotti ad almeno tre filoni principali, pur se esiste una certa confusione tra il pensiero sansimoniano e gli sviluppi politico-filosofici che esso ha avuto nella scuola che da lui ha preso il

nome<sup>1</sup> e in quegli autori che ne hanno sviluppato alcune suggestioni. Il primo filone, che ha storicizzato in chiave socialista il pensiero politico di Saint Simon<sup>2</sup>, per vero anche con esiti antitetici, ove, ad esempio si metta a confronto il giudizio dato da Engels di “socialista utopico”<sup>3</sup> e quello del sociologo francese Emile Durkheim che ne ha fatto l’autentico

<sup>1</sup> Sui rapporti fra il pensiero sansimoniano e quello dei suoi discepoli illuminante è il lavoro di P. JANET, *Saint-Simon et le saint-simonisme*, Paris 1878, 3 che sottolinea come «il bagliore della sua scuola» abbia gettato nell’ombra Saint-Simon «e i discepoli abbiano fatto dimenticare il maestro». Sugli sviluppi della scuola sansimoniana si vedano inoltre le interessanti considerazioni svolte da E. DURKHEIM, *Socialism and Saint-Simon* (1928), trad. C. Sattler, London 1959, 205-240 e da C. PROCHASSON, *Saint-Simon ou l’anti-Marx*, Saint Amand Montrond 2005, 126-173.

<sup>2</sup> Il primo che ha definito Saint-Simon socialista, insieme a Fourier e Owen, è stato M. L. Reybaud quando questo termine non indicava ancora una dottrina politica, ma era piuttosto sinonimo di riformatore o anche *novateur* (innovatore), volendosi con esso designare degli autori le cui teorie erano caratterizzate da una qualche vena di utopia e da un «instinct de tendresse pour la partie la plus malheureuse et la plus déshéritée des générations humaines» (“istinto di tenerezza per la parte più sfortunata e diseredata delle generazioni umane”). Cfr.: M. L. REYBAUD, *Études sur les réformateurs ou socialistes modernes*, 4<sup>a</sup> ed., Parigi 1844, vol. 1, 293. La prima edizione di quest’opera è del 1839. Come recita la *vulgata* la parola socialista venne usata per la prima volta nel 1835 nelle riunioni di un gruppo associativo fondato sotto gli auspici di R. Owen ed enfaticamente denominato “Association of all classes of all Nations”, parola che quindi a distanza di soli quattro anni, quando la usò Reybaud, non si era ancora caricata delle implicazioni politiche che storicamente le sono diventate proprie. Sulla genesi delle parole socialismo e socialista si veda in senso conforme, E. DURKHEIM, *Socialism and Saint-Simon*, cit., 30. In tema si possono ancora citare, senza alcuna pretesa di completezza, a partire dall’opera di ENGELS, *Socialisme utopique et Socialisme scientifique*, Paris 1851; M.A., LICHTENBERGER, *Le socialisme au XVIII<sup>e</sup> siècle* (1895), Osnabrück 1970; E. LEVASSEUR, *Les études sociales sous la restauration*, Paris 1902; C. THIEBAUX, *Le féminisme et les socialistes depuis Saint-Simon jusqu’à nos jours*, Paris 1906; H. GOUHIER, *Saint-Simon jusqu’à la Restauration*, Paris 1936, vol. 2; H. GOUHIER, *Saint-Simon de 1814 à 1825*, Paris 1941, vol. 3.

<sup>3</sup> Il riferimento è alla nota distinzione avanzata da Engels fra socialismo utopico e socialismo scientifico, sviluppando la quale, lo studioso tedesco, nel contrapporre al vecchio socialismo, che si era diffuso fino agli anni cinquanta del 1800, giudicato metafisico, moralista e religioso, quello nuovo, capace, nella sua sistematicità, di definire, attraverso un percorso logico necessario e scientificamente dimostrato, la strada per procedere ad una rivoluzione sociale il cui punto di arrivo fosse il pieno soddisfacimento degli interessi materiali del proletariato, indicava come massimi esponenti del socialismo utopico Saint-Simon, Pierre Leroux, Sismondi e Louis Blanc. In Francia l’opera di Engels, *Socialisme utopique et Socialisme scientifique*, apparve nel 1851 in una *Brochure* in ottavi, presso *Derveaux*, costituendo peraltro una traduzione parziale dell’originale tedesco effettuata da Paul Laforgue e rivista direttamente dallo stesso Engels. Tale opuscolo si componeva di tre capitoli rimeditati e rimaneggiati dallo stesso Engels, tratti da *Il rovesciamento della scienza del signor Eugen Dühring*, Leipzig 1878, pubblicati separatamente ne *La revue socialiste* nn. 3, 4 e 5 del 20 Aprile e 5 Maggio 1880 e poi raccolti in un unico testo sotto il titolo più sopra ricordato.

iniziatore del socialismo<sup>4</sup>; il secondo che ha approfondito le concezioni del filosofo francese in chiave di organizzazione sociale<sup>5</sup>, il terzo che ha riflettuto sulle molteplici e differenziate implicazioni politiche della filosofia saint-simoniana<sup>6</sup>. In quest'ultima prospettiva si colloca anche il recente volume di Christof Prochasson, che ha il merito di offrire una completa e obiettiva ricostruzione storica delle molteplici interpretazioni sulla natura politica del pensiero di Saint-Simon, dimostrando come le idee di questo filosofo abbiano viaggiato «da sinistra a destra e anche dall'estrema sinistra all'estrema destra»<sup>7</sup>.

Rispetto a questi studi autorevoli, il presente saggio non ha pertanto come obiettivo una revisione critica del giudizio storico dato su Saint-Simon, benché la lettura completa e approfondita delle sue opere induca a mettere in dubbio il fatto che il nuovo ordine preconizzato da quest'autore possa spiegarsi in chiave socialista<sup>8</sup>, ma si prefigge il più limitato scopo di fornire, come detto, una nuova chiave di lettura, per tutti gli studiosi di teoria generale, del suo pensiero sulla “destinazione dello Stato”, ponendosi dal punto di vista della genesi dell'idea dello Stato sociale di

<sup>4</sup> E. DURKHEIM, *Socialism and Saint-Simon*, cit., 1 ss.

<sup>5</sup> F. HAYEK, *The Counter-Revolution of Science*, Glencoe 1952; M. M. DONDO, *The French Faust, Henri de Saint-Simon*, New York 1955; E. M. FRANK, *The New World of Henri Saint-Simon*, Cambridge 1956; E. VIDAL, *Saint-Simon e la scienza politica*, Milano 1959; F. GENTILE, *Dalla concezione illuministica alla concezione storicistica della vita sociale. Saggio sul concetto di società nel pensiero di C. H. de Saint-Simon*, Padova 1960; G. Gurvitch, *Saint-Simon Sociologue*, Paris 1961; G. Salomon-Delatur (a cura di), *Die Lehre Saint-Simons*, Politica Bd.7, Neuwied 1962.

<sup>6</sup> In proposito: F. GENTILE, *Saint-Simon in Italia. Emozioni e risonanze sansimoniane nell'Ottocento italiano*, Napoli 1969; Id., *Che cosa ha veramente detto Saint-Simon*, Roma 1973; Id., *Socialismo*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1990, vol. 42, 798-814; G. IONESCU, *The political Thought of Saint-Simon*, London 1976; A. EMGE, *Saint-Simon, Einführung in ein Leben und Werk. Eine Schule, Sekte und Wirkungsgeschichte*, München-Wien 1987; P. Baraldi (a cura di), *La riorganizzazione della società europea di Claude-Henri de Saint-Simon*, A. Thierry, Bari 1996; H.-C. Schmidt am Busch, L. SIEP, H.U. THAMER, N. WASZEK (a cura di), *Hegelianismus und Saint-Simonismus*, Paderborn 2007; L. SCUCCIMARRA, *Una costituzione per l'Europa. Saint-Simon e la réorganisation de la société européenne*, in *Historia Constitucional*, n. 12, 2011.

<sup>7</sup> C. PROCHASSON, *Saint-Simon ou l'antiMarx*, cit., 323.

<sup>8</sup> È la nota tesi di E. DURKHEIM, *Socialism and Saint-Simon*, cit., 21, 140-141 e 194 per il quale, dovendosi definire socialiste «quelle teorie che richiedono una maggior o minor connessione di tutte le funzioni economiche o di alcune di queste che sono attualmente diffuse, con i centri direttivi e coscienti della società», ad esse dovrebbe ricondursi l'industrialismo sansimoniano perché, essendo un suo aspetto fondamentale l'aver stabilito che «l'attività economica è la sola normale manifestazione dell'attività sociale», esso postulerebbe «la socializzazione delle forze economiche», con l'assoggettamento della vita economica «ad un organizzato controllo collettivo».

cui il filosofo francese sembra essere stato idealmente un antesignano ad esso potendosi accostare lo Stato industriale da lui tratteggiato.

Il filo conduttore del pensiero saintsimoniano è, infatti, quello di un'ampia riforma dello Stato, che si fonda su una Costituzione che è orientata principalmente ad individuare "lo scopo dell'attività" di tutta la società e della stessa organizzazione pubblica, sul presupposto di una trasformazione dell'assetto sociale culminante nell'attribuzione di tutti i poteri alla classe industriale, anche al precipuo scopo di sovvenire ai disagi delle classi povere e proletarie, aumentandone il benessere e l'istruzione. Pertanto in questo lavoro si proporrà un'analisi dettagliata del suo pensiero a partire da una lettura critica delle sue opere, focalizzando nella prima parte la sua concezione di società, nella seconda quella di Costituzione, nella terza quella di Stato industriale, sottolineandone gli aspetti che in concreto anticipano l'idea di Stato sociale.

### 1. *La struttura della società e l'interesse generale*

Nelle sue opere, Saint-Simon non si è particolarmente soffermato sulla genesi storica delle umane società, a differenza di altri filosofi a lui coevi, come ad esempio Condorcet. Questo perché Saint-Simon più che al problema dell'ipotetica genesi delle primordiali società, appare interessato a quello dei mutamenti sociali, soprattutto di quelli che avevano investito e che avrebbero continuato a investire la società del suo tempo. Nell'opera *l'Industrie*, Saint-Simon affermava che «La prima generazione dell'umanità è stata quella nella quale vi è stato il massimo dell'egoismo personale perché gli individui non combinavano affatto i loro interessi»<sup>9</sup>. La società o meglio i popoli e le nazioni nascono solo quando i gruppi sociali si rendono conto di avere degli interessi comuni. Nondimeno molto

<sup>9</sup> C.H. DE SAINT-SIMON, *Lettres d'un habitant de Genève à ses contemporains* (1803), in *Oeuvres de Saint-Simon*, vol. I (che contiene i volumi I e II delle "Opere di Sant-Simon" pubblicate da E. Dentu fra il 1868-1878), Ginevra 1977, vol. I ed. 1868, 44 in nota. Questa complessa citazione è necessaria perché il numero delle pagine della ristampa anastatica non è progressivo dalla prima all'ultima pagina, ma ricomincia seguendo la paginazione originaria propria di ciascuno dei volumi editi da E. Dentu fra il 1868-1878. Precisazione che peraltro vale solo per i primi cinque volumi della ristampa anastatica, ma non per il sesto che contiene scritti non pubblicati nell'edizione di E. Dentu; si veda ancora per l'identificazione fra filosofia e scienza generale, C.H. DE SAINT-SIMON, *Sa vie écrite par lui même. Préface aux Lettres au Bureau des Longitudes* (1808), in *Oeuvres*, cit., vol. I, vol. I ed. 1868, 80.

di quel che si ritrova su quest'argomento nel primo volume dell'*Industrie* lo si deve alla penna di A. Thierry<sup>10</sup>, che in molte pubblicazioni viene anche indicato come una sorta di "figlio adottivo"<sup>11</sup>.

L'interesse tuttavia non è l'unica chiave utilizzata da questo studioso per descrivere il fenomeno unitivo ed evolutivo dei gruppi umani, essendosi modificato il suo approccio a questo tema nella fase più matura del suo pensiero. Ad ogni modo in molti suoi scritti è sicuramente la logica degli interessi, l'interesse *bien compris*, il punto di vista da cui egli si pone per interpretare le dinamiche e per indagare le trasformazioni dell'organizzazione sociale. Gli interessi infatti se è vero che uniscono è altrettanto vero che dividono.

Le lotte intestine, le rivoluzioni, le guerre sono il frutto della contrapposizione degli interessi. Gli interessi personali, quelli particolari e persino *le patriotisme*, che altro non sarebbe se non *l'égoïsme National*, non si possono distruggere, l'unico modo per superarli è «ouvrir une route qui soit commune à l'intérêt particulier et à l'intérêt général»<sup>12</sup>.

Strada che per questo studioso non sarebbe stata ancora aperta non avendo, sino a quel momento, l'umanità tracciato una «linea di demarcazione sufficientemente esatta fra le cose di una utilità momentanea e quelle di un'utilità duratura, fra quelle d'interesse locale e quelle d'interesse generale, fra quelle che procurano vantaggi a una piccola parte dell'umanità a spese della parte maggioritaria e quelle che aumentano il benessere di tutta l'umanità»<sup>13</sup>.

Per Saint Simon non può esserci vera società, né autentico sviluppo industriale e sociale se non si fa dell'interesse generale il motore dell'azione collettiva.

Interesse che, come accennato, in una fase più avanzata della sua riflessione, quella della profetizzata trasformazione delle società umane in società compiutamente industriali, per individuare ciò che trasforma dei gruppi sociali in contrapposizione fra loro in una vera società, viene declinato in termini di *but d'activité*, ossia lo scopo dell'azione dell'intero gruppo sociale.

<sup>10</sup> Così A. THIERRY, *L'Industrie ou discussions politiques, morales et philosophiques dans l'intérêt de tous les hommes livrés à des travaux utiles et indépendants* (1817), [vol. I (vol. I, *seconde partie, politique*)], in *Oeuvres*, cit., vol. I, vol. II ed. 1868, 19-22.

<sup>11</sup> Si veda a questo proposito, ad esempio, proprio il frontespizio del primo volume dell'*Industria*: ID., *L'Industrie* [vol. I (vol. I, *seconde partie, politique*)], cit., in op. ult. cit., 17.

<sup>12</sup> ID., loc. ult. cit., 44 in nota; "... aprire una strada che sia comune all'interesse particolare e a quello generale".

<sup>13</sup> ID., op. ult. cit., 43.

Per lo studioso francese infatti nessuna società potrebbe dirsi realmente tale senza un *but commun d'activité*<sup>14</sup>.

Punto di vista estremamente interessante, anche se sostanzialmente piegato alla logica politica dell'autore, visto che, a suo avviso, gli scopi d'attività che l'uomo in società potrebbe perseguire sarebbero in realtà soltanto due. Il progresso della civiltà avrebbe infatti mostrato che non potrebbero esistere per una qualsiasi associazione umana, come per un solo uomo, *que deux buts d'activité possible ... ou la conquête ou le travail*. Sarebbero infatti questi i due soli mezzi dati all'uomo per acquisire nuova ricchezza. Con la conseguenza che «ogni associazione d'uomini che abbia un carattere determinato, dalla più semplice alla più complessa», non potrebbe che essere *ou militaire ou industrielle*<sup>15</sup>.

Mentre «ogni nazione – veniva affermato – che non è nettamente organizzata per l'uno o per l'altro di questi due scopi non forma assolutamente una vera associazione politica; essa non è che un'aggregazione di individui che non ha che un carattere bastardo»<sup>16</sup>.

*But d'activité* la cui scelta peraltro non dipenderebbe neppure dalla volontà o dalla libera determinazione dei consociati, quanto piuttosto dall'inarrestabile progresso della civiltà, per cui di fatto tale «choix est déterminé par l'état de la civilisation de chaque nation et de celles qui l'entourent»<sup>17</sup>.

## 2. La concezione sansimoniana intorno alla Costituzione

Lo studioso francese quando pensa alla Costituzione non pensa mai in modo diretto e immediato alla Carta fondamentale dello Stato, perché, per lui, per Costituzione deve intendersi piuttosto *un système quelconque d'ordre social tendant au bien commun*<sup>18</sup>. Saint-Simon rifiuta radicalmente

<sup>14</sup> Per la citazione ID., *Du système industriel* (vol., II), cit., in *Oeuvres*, cit., vol. III, vol. VI ed. 1869, 184.

<sup>15</sup> ID., loc. ult. cit., 184; "... che due possibili scopi d'attività ... o la conquista o il lavoro".

<sup>16</sup> ID., loc. ult. cit., 184.

<sup>17</sup> ID., loc. ult. cit., 184; "... scelta è determinata dallo stato di civilizzazione di ciascuna nazione e di quelle che la circondano".

<sup>18</sup> ID., *De la réorganisation de la société européenne ou de la nécessité et des moyens de rassembler les peuples de l'Europe en un seul corps politique en conservant à chacun son indépendance nationale*, in *Oeuvres*, cit., vol. I, vol. I ed. 1868, 188; "... un qualunque sistema di ordine sociale tendente al bene comune".



l'idea di un organo investito del supremo potere costituente a cui affidare la creazione e la redazione della legge fondamentale dello Stato. «Non deve stupire – egli osserva – che le pretese Costituzioni inventate dalle Assemblee legislative francesi e l'imitazione di una fra quelle in Spagna, non abbiano in realtà costituito un bel niente»<sup>19</sup>.

Anzi, spingendosi più oltre, si può affermare che è la stessa idea di potere costituente a non convincere il francese, perché la Costituzione è già nell'ordine sociale costituito. *Sire* – egli diceva – *une constitution réelle ne peut jamais être inventée, elle ne peut être qu'observée*<sup>20</sup> e continuava «il vero potere costituente non può essere, né un re, né un'assemblea; è il filosofo che studia la marcia dei progressi delle civiltà e che riassume tutte le osservazioni in una legge generale la quale diviene principio costituente quando essa è stata verificata da tutti gli uomini illuminati. In una parola la ricerca delle basi di una costituzione è, per sua natura, una funzione del potere spirituale, che non può, in alcuna maniera, essere assolta dal potere temporale»<sup>21</sup>.

Una Carta fondamentale (che con terminologia attuale si potrebbe definire come Costituzione in senso formale), per essere veramente una Costituzione deve riflettere la Costituzione reale. Se una Carta non riflette la Costituzione reale «non può acquistare solidità» e perciò non può durare<sup>22</sup>.

Costituzione reale che per Saint-Simon altro non sarebbe stata che la «*légitimation des forces prépondérantes qui existent dans une société à chacune des époques importantes de la civilisation*», con la conseguenza che qualsiasi Carta che non avesse contenuto *cette reconnaissance* (“questo riconoscimento”) sarebbe stata *purement une rêverie métaphysique*<sup>23</sup>.

Questo perché «una forza politica non si crea, si registra nel numero delle forze dirigenti quando ha acquistato uno sviluppo civile sufficiente, o meglio ella allora si registra da se stessa»<sup>24</sup>.

La legittimazione a governare delle forze politiche e sociali che sono

<sup>19</sup> ID., *Du système industriel* (vol. II 1821), in *Oeuvres*, cit., vol. III (che contiene i volumi V, VI e VII), vol. VI ed. 1869, 189.

<sup>20</sup> ID., op. ult. cit., 188; “... Maestà una costituzione reale non può mai essere inventata, può soltanto essere osservata”.

<sup>21</sup> ID., op. ult. cit., 188-189.

<sup>22</sup> ID., op. ult. cit., 188.

<sup>23</sup> ID., op. ult. cit., 197; “... legittimazione delle forze politiche preponderanti che esistono in una società in ciascuna delle epoche importanti del suo cammino di civiltà”; “... puramente una fantasia metafisica”.

<sup>24</sup> ID., loc. ult. cit., 197.

preponderanti nel gruppo sociale è dunque la Costituzione reale della società, inglobando quelli che sono i principii e gli scopi propri di quelle medesime forze politiche. Da qui l'affermazione che una Costituzione non si inventa, ma si osserva, che essa è insita nell'ordine sociale e che è rispetto ad essa che deve valutarsi "la resistenza" della Carta fondamentale.

Una Carta fondamentale che non è coerente con la Costituzione reale, non è una vera Costituzione, non è una Costituzione definitiva, essa è soltanto una Costituzione transitoria.

Peraltro è assai difficile che a un costituzionalista italiano sfugga l'esistenza di una certa affinità fra la nozione di Costituzione reale elaborata da Saint-Simon e quella di Costituzione materiale avanzata da Mortati nell'omonimo scritto<sup>25</sup>, con essa facendo «riferimento agli interessi ideali, ai valori ed ai fini politici cui le forze dominanti ispirano l'azione statale sino al punto di imporli come fondamentali e caratterizzanti la struttura del corpo sociale», dando «così luogo ai cosiddetti "principii di regime"», ossia dei principii normativizzati e immodificabili idonei sia a integrare la Costituzione scritta sia a derogarla, disponendo «anche *contra constitutionem*»<sup>26</sup>.

Ambedue infatti da un lato individuano la vera Costituzione in una Costituzione che non è quella scritta, ma corrisponde alla legittimazione delle forze politico-sociali preponderanti a stabilire i fini e i principii della società e dello Stato, dall'altro attribuiscono la prevalenza alla Costituzione reale o materiale su quella scritta. Vi è tuttavia una grande differenza di prospettiva: in Mortati la Costituzione materiale ha effettività (e sostanza giuridica) e coesiste con la Costituzione scritta, prevalendo su di essa, in Saint-Simon invece la Costituzione reale non ha sostanza giuridica, ma è la ragione della debolezza e della provvisorietà della Costituzione scritta, destinata a perire e ad essere sostituita da quella reale. (Anche se Saint-Simon per giungere alla trasformazione dello Stato in Stato industriale propone, come si vedrà, una sorta di superamento dell'assetto costituzionale vigente, da operarsi dal Re con proprie ordinanze, che pur senza revocare o modificare la Carta fondamentale nondimeno muterebbero radicalmente la sostanza politica del governo, idoneo a prefigurare

<sup>25</sup> C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, con premessa di G. Zagrebelsky, Milano, (Giuffrè), 1998.

<sup>26</sup> Si veda in particolare C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., 53-114 e 182-200. La citazione è tratta da M. MAZZIOTTI DI CELSO, G.M. SALERNO, *Manuale di Diritto Costituzionale*, 4<sup>a</sup> ed., Padova 2007, 100-101.

una situazione dell'ordinamento costituzionale non dissimile da quella che sarebbe inverteata dalla compresenza di una Costituzione in senso formale, ormai di fatto derogata dalla Costituzione in senso materiale).

Senza dilungarsi, tornando a Saint-Simon, la sua concezione della Costituzione come Costituzione reale ha delle importanti conseguenze sia sull'individuazione del soggetto chiamato a verificare se la Costituzione reale si trovi davvero dentro la nuova Costituzione scritta, sia sull'individuazione dell'oggetto fondamentale e correlativamente dei contenuti propri di detta nuova Costituzione.

«In una società – egli affermava – organizzata al fine positivo di lavorare per la sua prosperità per mezzo delle scienze, delle arti e della tecnica, l'atto politico più importante, quello che consiste nello stabilire la direzione nella quale la società deve camminare, non appartiene più agli uomini investiti delle funzioni sociali, ma è esercitato dal corpo sociale medesimo; è in questo modo che la società, presa collettivamente, può realmente esercitare la sovranità, sovranità che non consiste affatto in una opinione arbitraria eretta in legge dalla massa, ma in un principio derivato dalla natura stessa delle cose, e di cui gli uomini non hanno fatto che riconoscere la giustezza e proclamare la necessità. In tale ordine di cose, i cittadini incaricati delle differenti funzioni sociali, anche le più elevate, non assolvono, sotto un certo punto di vista, che dei ruoli subalterni, poiché le loro funzioni, qualsiasi importanza esse abbiano, non consistono in nulla di più che marciare in una direzione che essi non hanno scelto»<sup>27</sup>.

Concetto ribadito identicamente sia laddove lo studioso francese ipotizza che il progetto dei lavori da eseguire per migliorare la Nazione, inverando i principii e lo scopo proprio di una società in cui predominante sarebbe risultata la classe industriale, avrebbe dovuto essere presentato a tutti i francesi e, se avesse *obtenu l'approbation de la majorité des sociétaires*, sarebbe dovuto diventare *le premier article de la constitution*<sup>28</sup>, sia ancora laddove viene affermato che è alla Nazione che spetta sia «di stabilire i rapporti fondamentali dello Stato con i suoi membri» sia «di fissare i rapporti fondamentali dello Stato con gli altri Stati», vale a dire non solo la Costituzione interna, ma anche *la Constitution extérieure*<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> ID., *L'organisateur* (1819-1820), in *Oeuvres*, cit., vol. II, vol. IV ed. 1869, 197-198.

<sup>28</sup> ID., *Des Bourbons et des Stuarts* (1822), in *Oeuvres*, cit., vol. VI, 524; "... ottenuto l'approvazione della maggioranza dei consociati"; "... il primo articolo della Costituzione".

<sup>29</sup> C.H. DE SAINT-SIMON, A. THIERRY, *Opinion sur les mesures à prendre contre la coalition de 1815* (1815), in *Oeuvres*, cit., vol. VI, 363.

Per Saint-Simon dunque la Costituzione scritta, corrispondendo ai principii e allo scopo delle forze sociali assolutamente predominanti, avrebbe dovuto essere presentata alla società e dalla società avrebbe dovuto essere approvata, proprio perché in essa la società avrebbe dovuto riconoscere riflessa la sua stessa natura.

Sebbene debba per completezza osservarsi come in quest'autore non manchi un punto di vista antitetico a quello appena illustrato, laddove proclama con passione: «la concezione del nuovo sistema deve essere unitaria, vale a dire questa concezione deve essere formata da una sola testa. Non è un'assemblea che gli Ateniesi hanno incaricato per farsi fare una Costituzione, è Licurgo da solo che ha combinato l'organizzazione sociale degli Spartani»<sup>30</sup>.

In proposito tuttavia, senza nulla voler togliere al rilievo che hanno le non poche contraddizioni che costellano le riflessioni sansimoniane, può tuttavia osservarsi che quella appena evidenziata può probabilmente spiegarsi con il fatto che, a un certo punto, Saint-Simon si era convinto o aveva sperato che il Re potesse essere il motore della rivoluzione industriale, ciò che lo induceva a presentare il Re come il nuovo Solone o come il nuovo Licurgo, il legislatore illuminato che avrebbe dato alla Francia la Costituzione reale, adottando una nuova Costituzione scritta, o comunque, come si vedrà, trasformando l'organizzazione dello Stato, sarebbe stato in grado di “mettere in azione” la Costituzione reale.

Si potrebbe anche ipotizzare che in fin dei conti al francese poco importasse stabilire chi dovesse dare sostanza giuridica alla Costituzione reale, purché la Costituzione reale divenisse veramente la Costituzione dello Stato e tuttavia chi scrive non dubita che nel suo intimo, come dimostra l'esempio da lui fatto dei conduttori e della carovana, egli fosse convinto che l'approvazione della Costituzione dovesse essere un atto collettivo del popolo.

Egli infatti, paragonando le società ad una carovana, contrapponeva le società più antiche, nelle quali i viaggiatori dicevano *à ses conducteurs*: *Menez nous où nous serons le mieux*, a quelle moderne in cui i viaggiatori, ben diversamente, rivolgendosi *à ses conducteurs*, gli direbbero: *vous savez le chemin de La Mecque, menez-nous-y*. Nelle prime infatti «i conduttori sarebbero stati tutto e la carovana niente», avendo la carova-

<sup>30</sup> C.H. DE Saint-Simon, *Du système industriel* (vol. II), cit., in *Oeuvres*, cit., vol. III, vol. VI ed. 1869, 249.

na accordato ai suoi capi una fiducia illimitata, mentre nella seconda «i conduttori non *sarebbero stati* più dei capi, ma delle guide»<sup>31</sup>.

Esempio che dimostra come questo studioso pensasse che la Costituzione, vale a dire il comando rivolto ai conduttori, non potesse che procedere dalla carovana, cioè dalla società.

Ma è rispetto all'oggetto e ai contenuti che devono ritenersi propri della Costituzione che la sua concezione presenta aspetti di assoluta originalità.

Per Saint-Simon infatti una Costituzione per potersi realmente qualificare come tale dovrebbe innanzitutto proclamare la direzione di marcia dello Stato, vale a dire determinare *le but d'activité* e i principii che devono reggere un determinato ordinamento.

Si è già visto, trattando della concezione sansimoniana della società, come per questo studioso la bussola dell'azione collettiva avrebbe dovuto essere l'interesse generale, *sub specie* di scopo unificante della società: *il faut un but d'activité à une société, sans quoi il n'y a point de système politique*<sup>32</sup>.

«L'Inghilterra – egli osservava – non ha affatto una Costituzione, perché una Costituzione è una combinazione d'organizzazione sociale, per mezzo della quale tutte le istituzioni politiche di una nazione derivano da un solo principio, e dirigono le forze nazionali verso uno stesso scopo, mentre le istituzioni sociali inglesi sono di due nature differenti e dirigono le forze nazionali di questo popolo verso due scopi opposti»<sup>33</sup>.

*But d'activité* che non poteva essere alcuno di quelli fino ad allora proposti da studiosi e politici. In questo senso egli osservava, criticando aspramente Rousseau, che *légiférer n'est point un but, ce ne peut être qu'un moyen*<sup>34</sup> e che sarebbe stato davvero strano pensare che gli uomini si fossero riuniti in società per darsi l'un l'altro delle leggi<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> ID., *L'organisateur*, cit., in *Oeuvres*, cit., vol. II, vol. IV ed. 1869, 195-196; "... ai suoi conduttori: portateci dove staremo meglio"; "... ai suoi conduttori: voi conoscete la strada per La Mecca, conduceteci lì".

<sup>32</sup> ID., *Du système industriel* (vol. I), cit., in *Oeuvres*, cit., vol. III, vol. V ed. 1869, 14; "... per una società ci vuole uno scopo d'attività, senza di che non c'è alcun sistema politico".

<sup>33</sup> ID., *Catéchisme des industriels* (1824), in *Oeuvres*, cit., vol. IV (che contiene i volumi VIII e IX ed. 1868-1878), vol. VIII ed. 1875, 91.

<sup>34</sup> ID., *Du système industriel* (vol. I), cit., in *Oeuvres*, cit., vol. III, vol. V ed. 1869, 14; "... fare le leggi non è un fine, non può che essere un mezzo".

<sup>35</sup> ID., op. ult. cit., 15.

Allo stesso modo escludeva che il fine del contratto sociale, in sostanza della Costituzione, avrebbe potuto essere *le maintien de la liberté*. L'individuazione di questo, come fine dello Stato infatti se poteva avere un senso e un significato al tempo dei sistemi feudali e teologici, non ne aveva alcuno all'epoca dell'affermarsi del sistema industriale e scientifico. Pur essendo necessario precisare che comunque «in nessun caso il mantenimento delle libertà individuali *avrebbe potuto* essere il fine del contratto sociale», perché «la libertà, considerata sotto il suo vero punto di vista, è una conseguenza della civiltà, progressiva come questa», ma non può esserne il fine. Non ci si associa per essere liberi. Ci si associa «per cacciare, per fare la guerra, ma non certo per procurarsi la libertà», dato che, «sotto questo rapporto», gli uomini farebbero meglio a restare isolati. Soprattutto poi la libertà non sarebbe un fine, perché essa non esisterebbe senza il vero *but d'activité* per cui ci si associa, anzi è proprio questo a fondare la vera libertà che consiste, nella sua essenza, «a sviluppare, senza ostacoli e in tutta l'estensione possibile, una capacità temporale o spirituale utile all'associazione»<sup>36</sup>.

Per questa stessa ragione Saint-Simon riteneva pure che anche la divisione dei poteri non potesse essere se non un oggetto del tutto secondario della Costituzione.

*La loi qui établit la division des pouvoirs* – affermava – *et qui en règle l'exercice, n'est qu'une loi secondaire*<sup>37</sup> sia perché il benessere dei popoli non dipenderebbe dalla forma di governo, come sarebbe dimostrato dall'esempio di Danimarca e Turchia, due Paesi in cui il benessere dei cittadini sarebbe diversissimo, altissimo in Danimarca, secondo solo a quello degli inglesi, modestissimo in Turchia, pur essendo basati sulla stessa identica forma di governo, ossia *le pouvoir absolu d'un seul*<sup>38</sup>, sia perché non sarebbe la divisione dei poteri a fare la differenza fra un sistema politico e l'altro, ma sarebbe «la différence dans la nature et dans la quantité des pouvoirs exercés par les gouvernants sur les gouvernés. Toutes les formes de gouvernement sont applicables à tous les systèmes politiques»<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> ID., op. ult. cit., 15 e 16 in nota.

<sup>37</sup> ID., *L'industrie* (vol. II), cit., in *Oeuvres*, cit., vol. II, vol. III ed. 1869, 43; «... la legge che stabilisce la divisione dei poteri e ne regola l'esercizio non è che una legge secondaria».

<sup>38</sup> ID., op. ult. cit., 81-83.

<sup>39</sup> ID., *L'organisateur*, cit., in *Oeuvres*, cit., vol. II, vol. IV ed. 1869, 39-40; «... la differenza nella natura e nella quantità dei poteri esercitati dai governanti sui governati. Tutte le forme di governo sono applicabili a tutti i sistemi politici».

Ed è proprio perché solo in un sistema in cui sono precisati *le but d'activité* e i principii dell'azione collettiva, ossia l'interesse generale che diviene scopo della società, conforme alla natura delle forze politiche dominanti, che si verifica che le funzioni dei governanti risultano «ridotte ad essere della stessa natura di quelle dei sorveglianti nei collegi»<sup>40</sup>, che il detto scopo e i detti principii devono ritenersi costituire l'oggetto fondamentale della Costituzione.

«Essere governati il meno possibile e nel modo meno costoso»<sup>41</sup>, è questa la grande differenza che esiste fra un sistema politico e l'altro e questa differenza dipende proprio dalla scelta dello scopo dell'attività sociale e dei principii che formano l'oggetto essenziale e necessario della Costituzione.

In sostanza la Costituzione per essere una vera Costituzione dovrebbe principalmente incorporare *le but d'activité* che unifica la società e che individua la direzione che lo Stato deve seguire.

Rimane a questo punto da dire quale fosse questo scopo d'attività comune che la Costituzione avrebbe dovuto incorporare, senza di che la stessa avrebbe mancato la sua funzione di tradurre in norme la Costituzione reale e che non è, come forse qualcuno si sarebbe potuto attendere, né la tavola dei valori fondanti la società, né l'elenco delle generali e astratte finalità che lo Stato si prefiggerebbe di perseguire, quanto piuttosto lo scopo ultimo della società, ossia, come sopra accennato, o lo scopo militare o quello industriale. Per Saint-Simon ci si associa per svolgere insieme delle attività concrete, attività che possono essere o militari o industriali e che devono costituire il vero contenuto della Costituzione. L'incorporazione del *but d'activité* in Costituzione non va infatti effettuata in astratto, ma in concreto, individuandosi le specifiche attività che si intendono fare insieme.

In particolare, con specifico riguardo alla società industriale di cui pronosticava l'avvento, *le but d'activité* che il pensatore francese aveva in mente era, in questa prospettiva, il complesso di azioni che lo Stato, direttamente o a mezzo dei privati, avrebbe dovuto attivare «per migliorare, in maniera generale la sorte dei francesi sotto il rapporto fisico e sotto il rapporto morale»<sup>42</sup>, definendosi per tale via l'azione statale in tema di opere pubbliche e d'istruzione, allo scopo di trasformare l'azione di governo in quella che deve essere un'azione prevalentemente amministrativa.

<sup>40</sup> ID., op. ult. cit., 42.

<sup>41</sup> ID., *Des Bourbons*, cit., in *Oeuvres*, cit., vol. VI, 521.

<sup>42</sup> ID., *Des Bourbons*, cit., in *Oeuvres*, cit., vol. VI, 524.

La Costituzione avrebbe cioè dovuto contenere sia le norme sull'istruzione pubblica sia *le tableau général des travaux industriels*, perché *le nouveau régime*, che la stessa avrebbe dovuto costituire «ne peut consister que dans l'organisation des moyens ... donnés pour rendre la production la plus active possible»<sup>43</sup>.

Quando – egli osservava – «la massa di un popolo si trova in stato di condursi da sé negli affari ordinari della sua vita, secondo le sue proprie conoscenze», quando, «essendo divenuta proprietaria, ha acquisito poco a poco tutte le abitudini dell'amore per l'ordine e per il lavoro, tutte quelle di previdenza e di rispetto della proprietà», «l'azione del governare deve essere ridotta a ciò che è indispensabile per stabilire una successione dei lavori prioritari nell'azione generale degli uomini per mezzo della natura, che è lo scopo finale del sistema»<sup>44</sup>.

Lavori che per Saint-Simon «in meno di dieci anni» avrebbero fatto raddoppiare «il valore del territorio» e che sarebbero dovuti consistere nel «dissodare le terre incolte, disseccare quelle paludose, aprire nuove strade, migliorare quelle esistenti, costruire tutti i ponti necessari per accorciare i trasporti e fare tutti i canali che fossero utili tanto alla navigazione, quanto all'irrigazione»<sup>45</sup>.

Una volta che sia i principii sull'istruzione pubblica, consistenti nell'affidare «l'istruzione della gioventù e del popolo ai sapienti le cui conoscenze sono le più utili dal punto di vista positivo», sia *le bon projet des travaux les plus importants à exécuter*, avessero «ottenuto l'approvazione della maggioranza dei consociati», sarebbero dovuti diventare *le premier article de la constitution*.

Col che la Costituzione avrebbe potuto dirsi praticamente conclusa, visto che «dopo che il primo articolo del nostro contratto sociale fosse stato chiaramente stipulato ... tutti gli altri articoli sarebbero stati dedotti dal primo come conseguenze necessarie»<sup>46</sup>.

Prospettiva questa in cui al Governo non sarebbe rimasto che di predisporre «un progetto d'organizzazione dell'amministrazione pubblica,

<sup>43</sup> ID., *Du système industriel* (vol. III), cit., in *Oeuvres*, cit., vol. III, vol. VII ed. 1869, 73; «... tavola generale dei lavori industriali»; «... non può che consistere nell'organizzazione dei mezzi ... dati per rendere la produzione il più possibile attiva».

<sup>44</sup> ID., *L'organisateur*, cit., in *Oeuvres*, cit., vol. II, vol. IV ed. 1869, 145-147.

<sup>45</sup> ID., *Lettre de Henry Saint-Simon à messieurs les ouvriers. Extrait du système industriel* (1821), in *Oeuvres*, cit., vol. VI, 438-439.

<sup>46</sup> ID., *Des Bourbons*, cit., in *Oeuvres*, cit., vol. VI, 520 e 524; «... il progetto ben fatto dei lavori più importanti da eseguire».



per dirigere questi lavori e per impedire ai fannulloni di turbare la tranquillità dei lavoratori»<sup>47</sup>.

Detto ciò sembra doveroso aggiungere un'altra sola cosa rispetto ai contenuti che secondo Saint-Simon avrebbero dovuto essere propri della Costituzione.

Sebbene non ne parli più in tutti gli altri suoi scritti, nell'*Industrie* egli definisce «la legge che costituisce la proprietà [...] la più importante di tutte», servendo «di base all'edificio sociale» ed essendo quella che esercita la maggior «influenza sul benessere delle nazioni»,<sup>48</sup> molto più della scelta della forma di governo.

Si tratta di un'affermazione molto impegnativa che induce a ipotizzare, pur senza un sostegno testuale, che, nella logica sansimoniana, anche la legge sulla proprietà avrebbe dovuto essere allocata nella Costituzione, essendo connessa al più generale fine del miglioramento della produzione, considerato che la stessa avrebbe dovuto essere «costituita in maniera tale che il possessore sia stimolato a renderla produttiva il più possibile»<sup>49</sup>.

La Costituzione industriale di Saint-Simon, ossia quella Costituzione che incorpora integralmente i fini dell'industria e i cui membri sono tutti «uniti dagli interessi generali della produzione»<sup>50</sup>, è dunque, una Costituzione che si risolve nel materializzare le *but d'activité* della società, inteso non astrattamente, ma come atti concreti, come specifiche attività da svolgere per il benessere generale, con depotenziamento dell'azione di governo trasformata in un'azione essenzialmente amministrativa, individuandosi le azioni e le opere da mettere in esercizio e ponendo in questa prospettiva un vincolo stringente per la futura azione dei governi le cui funzioni avrebbero infatti ormai dovuto assimilarsi a quelle di un direttore dell'industria, essendo ridotte a quelle d'indirizzare e sorvegliare l'andamento dei lavori e di impedire che alcuno possa turbare il libero svolgersi delle attività produttive.

<sup>47</sup> Id., op. ult. cit., 524; in questo stesso senso si vedano anche Id., *L'organisateur*, cit., in *Oeuvres*, cit., vol. II, vol. IV ed. 1869, 43; Id., *L'industrie* (vol. I), cit., in *Oeuvres*, cit., vol. I, vol. II ed. 1868, 130, in cui viene affermato che «l'ozio è la materia del governo; quando la sua azione si esercita fuori da tale ambito diviene arbitraria»; Id., *De l'organisation sociale, fragments d'un ouvrage inédit* (1825), in *Oeuvres*, cit., vol. V, vol. X ed. 1879, 130-131, in cui viene parimenti sostenuto che le funzioni del governo sono limitate a garantire la tranquillità pubblica.

<sup>48</sup> Id., *L'industrie* (vol. II), cit., in *Oeuvres*, cit., vol. II, vol. III ed. 1869, 43 e 82.

<sup>49</sup> Id., op. ult. cit., 43.

<sup>50</sup> Id., op. ult. cit., 48.

Difatti mentre nell'*ancien système* il popolo «était enrégimenté par rapport à ses chefs», in quello industriale *il est combiné avec eux*. Nel primo vi era *commandement*, nel secondo solo e soltanto *direction*<sup>51</sup>.

Molte considerazioni potrebbero farsi su questa originalissima concezione della Costituzione, qui può bastarne una sola: non diversamente da altri pensatori anche lui vede nella Costituzione un limite al potere dei governanti non, però, come conseguenza della rigida divisione dei poteri o della realizzazione di un sistema di pesi e contrappesi, ma come naturale conseguenza dell'evoluzione della società, come effetto della trasformazione dell'attività di governo in un'attività essenzialmente amministrativa. Per corrispondere al bene generale la Costituzione deve essere allineata alla volontà dei cittadini che nelle società illuminate intendono essere governati il meno possibile, nel modo più conveniente, vogliono cioè che le Costituzioni diano ai governanti la minor quantità di poteri possibili (nel contempo diminuendosi progressivamente i costi della burocrazia e le spese militari). Come già notato, per lui era *la différence dans la nature et dans la quantité des pouvoirs exercés par les gouvernants sur les gouvernés*<sup>52</sup> il vero *discrimen* fra una Costituzione e l'altra. Più una Costituzione risultava orientata a ridurre i poteri dei governanti, più in linea di principio avrebbe potuto ritenersi in armonia con i progressi della civiltà e con il bene generale. La Costituzione sansimoniana è una Costituzione che toglie poteri, non che li dà.

### 3. *Lo Stato industriale archetipo dell'idea di Stato sociale*

Per Saint-Simon perché potesse crearsi uno Stato nuovo, un nuovo regime sociale sarebbe stato necessario innanzitutto stabilire un nuovo sistema filosofico al quale quel regime avrebbe dovuto corrispondere. Infatti per questo filosofo tutti i sistemi religiosi, di politica generale, di morale, d'istruzione pubblica altro non sarebbero stati che delle applicazioni del sistema delle idee. «La confezione di un nuovo sistema scientifico» sarebbe stata pertanto il necessario e indefettibile presupposto per la riorganizzazione di tutti i sistemi applicativi<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> ID., *L'organisateur*, cit., in *Oeuvres*, cit., vol. II, vol. IV ed. 1869, 150; "... era irrégimentato con riguardo ai suoi capi (nel nuovo) è combinato con loro".

<sup>52</sup> ID., op. ult. cit., 39-40; "... la differenza nella natura e nella quantità dei poteri esercitati dai governanti sui governati".

<sup>53</sup> ID., *Mémoire sur la science de l'homme* (1813), in *Oeuvres*, cit., vol. V, vol. XI ed. 1876, 18.

Ovvio pertanto che nella mente di Saint-Simon fondare il nuovo Stato industriale, passare dal vecchio al nuovo regime, avesse come previa necessità quella di trovare un nuovo sistema filosofico, realmente adeguato allo stato delle conoscenze e della civiltà.

Solo se lo Stato industriale fosse stato basato su un nuovo sistema di idee avrebbe potuto per davvero inaugurare un regime sociale del tutto nuovo.

Novità la cui essenza veniva ravvisata da un lato nel rifiuto di tutte le idee rivelate che non potendo essere osservate sarebbero state delle pure fantasie metafisiche, in sostanza nel rifiuto di tutte le religioni rivelate, in primo luogo di quella cristiana, dall'altro soprattutto nell'elaborazione di una nuova teoria dell'universo basata su *une loi unique*, su *une seule loi immuable*, sperimentabile, capace di ricondurre all'unità e riorganizzare tanto *le système scientifique*, quanto *le système d'application*, vale a dire una concezione dell'universo compiutamente fisicista (e materialista)<sup>54</sup>.

Tuttavia secondo il francese l'avvento dello Stato industriale non avrebbe coinciso con il perfezionarsi di questa teoria, ma l'avrebbe accompagnato, poiché dagli studiosi europei *cette opération* non sarebbe stata *point encore faite, elle appartient à l'avenir*<sup>55</sup>.

In altre parole lo Stato industriale sarebbe stato o comunque avrebbe dovuto essere il laboratorio, la fucina del completo superamento delle religioni rivelate, superamento che sarebbe perciò stato il suo compito futuro, il suo culmine<sup>56</sup>.

Il primo fondamentale tratto dello Stato industriale è dunque quello di essere uno Stato ateo e materialista, o, più esattamente, uno Stato in cui le *élite* dominanti, culturali e industriali-finanziarie, si adoperano incessantemente e costantemente, pur mantenendo un formale ossequio verso la fede in Dio, per sostituire alle religioni rivelate, in special modo al cristianesimo, una teoria dell'universo, della società e della morale completamente materialista.

Connotazione fisicista e materialista dello Stato industriale che nella riflessione sansimoniana, in armonia con la sua concezione dell'interesse

<sup>54</sup> Id., op. ult. cit., 172-173.

<sup>55</sup> Id., op. ult. cit., 172; "... questa operazione ... ancora fatta, essa appartiene all'avvenire".

<sup>56</sup> Sarebbe questo per Saint-Simon, una volta realizzato, quello che egli chiama *le douzième terme*, il termine finale dell'evoluzione degli ordinamenti sociali, lo stadio più alto del progresso dello spirito umano (prima del suo declino, perché è da notare che per il francese il progresso umano non avrebbe dovuto considerarsi, come per Condorcet, indefinito). Id., op. ult. cit., 172-173.

generale e della Costituzione, risulta peraltro appoggiata ad un forte interventismo sociale che, collegato all'introduzione di una vera e propria "religione" atea del bene pubblico, tende a fare dell'azione a vantaggio della classe più povera, il culmine dell'organizzazione statale. Ciò che per vero costituisce il secondo fondamentale tratto dello Stato industriale.

Per Saint-Simon infatti il venir meno delle idee rivelate non avrebbe minimamente comportato il venir meno della morale che anzi avrebbe dovuto essere positivamente e correttamente intesa come «teoria scientifica dell'organizzazione sociale», il cui oggetto avrebbe dovuto individuarsi nell'organizzare «la specie umana in società, in una maniera tale che ciascun uomo trovi il più grande vantaggio possibile a impiegare le sue forze morali e fisiche nel modo che sia più utile a lui e alla maggioranza dei suoi simili»<sup>57</sup>.

La morale sansimoniana è una morale materialista, o, come egli dice, puramente positiva.

«Io credo – affermava lo studioso francese – che la morale abbia per oggetto generale in campo fisico, il miglioramento della condizione fisica della specie umana, e in campo morale, il perfezionamento dell'intelligenza». Compito essenziale della morale sarebbe dunque quello di *instaurer le bonheur des hommes*<sup>58</sup>.

Morale il cui sommo principio, dapprima individuato nel dovere di ogni uomo di lavorare per il proprio utile e per quello dei suoi simili, avrebbe dovuto più correttamente rinvenirsi nel precetto cristiano dell'amore vicendevole: *tous les hommes doivent se conduire en frères à l'égard les uns des autres*. Precetto il cui corollario, a livello sociale, sarebbe stato quello di imporre a tutti gli uomini di organizzarsi in modo che «toute la société doit travailler à l'amélioration de l'existence morale et physique de la classe la plus pauvre», strutturandosi *de la manière la plus convenable pour lui faire atteindre ce grand but*<sup>59</sup>.

Saint-Simon infatti fin dai suoi primi scritti, era apparso profondamente convinto che la morale positiva se non avesse rivestito forme religiose non facilmente avrebbe potuto attecchire fra il popolo.

<sup>57</sup> ID., *Travaux philosophiques, scientifiques et poétiques ayant pour objet de faciliter la réorganisation de la société européenne*, in *Extraits du système industriel, troisième partie* (1822), in *Oeuvres*, cit., vol. VI, 464.

<sup>58</sup> ID., op. ult. cit., 469; "... di realizzare il benessere degli uomini".

<sup>59</sup> ID., *Nouveau christianisme* (1825), in *Oeuvres*, cit., vol. III, vol. VII ed. 1869, 173; "... tutti gli uomini devono comportarsi come fratelli gli uni con gli altri"; "... la società intera deve lavorare allo scopo di migliorare l'esistenza morale e fisica della classe più povera... nel modo più conveniente per raggiungere questo grande scopo".

I suoi tentativi, peraltro per certi versi onirici, di abbozzare una religione fisicista erano andati a vuoto. Fondata sul precetto cristiano dell'amore fraterno la morale sansimoniana veniva finalmente a tingersi di religiosità, anche se rimaneva una morale nella sua essenza intrinsecamente atea, perché separata da qualsiasi prospettiva ultramondana, esclusivamente legata al perseguimento del benessere materiale.

Desumere la superiorità morale di uno Stato sugli altri, per un verso dal fatto che in esso «gli uomini sono i meglio nutriti, i meglio alloggiati, i meglio vestiti e dove possono viaggiare più comodamente» e per l'altro dal fatto che in esso l'intelligenza della maggioranza della popolazione si è a tal punto sviluppata da far apprezzare a ogni uomo le belle arti, da consentirgli di conoscere «le leggi che reggono i fenomeni materiali così come i procedimenti per mezzo dei quali tali fenomeni possono essere modificati», inducendo tutti ad uno spirito di reciproca benevolenza, fa infatti capire, oltre ogni dubbio, quale fosse il vero orizzonte di questo studioso<sup>60</sup>.

D'altronde Saint-Simon da sempre era stato convinto che i governanti dovessero «lavorare per il benessere dei governati»<sup>61</sup>, che i governi avrebbero dovuto occuparsi principalmente «della classe che non ha altri mezzi per vivere che il lavoro delle proprie braccia»<sup>62</sup>, che la «miglior organizzazione sociale sarebbe stata quella capace di rendere la condizione degli uomini che ne costituiscono la maggioranza la più felice possibile, procurando a detta maggioranza quanto più possibile mezzi e facilitazioni per soddisfare i propri fondamentali bisogni»<sup>63</sup>, sicché in effetti il Nuovo cristianesimo non aggiunge nulla al suo pensiero: l'affermazione contenuta in questo scritto che tutte le istituzioni avrebbero dovuto avere «ad oggetto il miglioramento dell'esistenza della classe più povera» altro non è se non il riassunto delle convinzioni di una vita. Piuttosto ad esse veniva dato un diverso fondamento: l'amore fraterno, ma nella sostanza rimanevano sempre le stesse<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> Id., *Extraits du système industriel*, cit., in *Oeuvres*, cit., vol. VI, 469.

<sup>61</sup> Id., *L'industrie* (vol. II), cit., in *Oeuvres*, cit., vol. II, vol. III ed. 1869, 35.

<sup>62</sup> Id., *Du système industriel* (vol. II), cit., in *Oeuvres*, cit., vol. III, vol. VI ed. 1869, 81.

<sup>63</sup> Id., *Quelques opinions philosophiques à l'usage du XIX siècle*, in *Oeuvres*, cit., vol. V, vol. X ed. 1875, 56.

<sup>64</sup> Id., *Nouveau christianisme*, cit., in *Oeuvres*, cit., vol. III, vol. VII ed. 1869, 113. In proposito si deve peraltro osservare che, come in precedenza notato, l'idea di fondare la morale positiva sul precetto dell'amore fraterno era già emersa nel secondo volume *Du système industriel* in cui Saint-Simon aveva testualmente affermato che le «nuove basi

È comunque indubbio che lo Stato industriale risulti pervaso da un forte interventismo sociale a vantaggio delle classi più povere, specialmente di quelle lavoratrici.

Quanto a coloro che avrebbero dovuto guidare lo Stato industriale, ciò che costituisce un ulteriore tratto fondamentale di questa preconizzata forma di Stato, fino all'estenuazione da Saint-Simon viene ripetuto che avrebbero dovuto essere da un lato i sapienti e gli artisti, a cui avrebbe dovuto essere affidato il potere spirituale, e dall'altro i capi dell'industria e i banchieri a cui avrebbe dovuto essere attribuito il potere temporale.

Ancora nello scritto intitolato *De l'organization sociale*, come pure nel *Nouveau christianisme*, che sono le sue ultime pubblicazioni, viene puntualmente ribadito questo concetto. In questo senso nel primo si trova riaffermato che «la direzione del potere temporale deve essere conferita, ai coltivatori, ai produttori di beni, ai commercianti e ai banchieri più importanti»,<sup>65</sup> mentre nel secondo il pensatore francese chiarisce di essersi dovuto necessariamente rivolgere agli artisti, ai sapienti e ai capi dei lavori industriali, insistendo molto con loro per fargli capire «che i loro interessi erano gli stessi di quelli della massa del popolo, che essi appartenevano alla classe dei lavoratori, essendone nel contempo i capi naturali», perché «solo così si sarebbero potute dare alle nazioni delle guide capaci di meritarse veramente la fiducia, di dirigerne le opinioni, ponendole nella miglior situazione per giudicare in modo avveduto le misure politiche che risultino favorevoli o contrarie agli interessi del più grande numero». Questo perché sarebbe stato altrimenti impossibile migliorare l'esistenza della classe povera, non potendosi usare, per ottenere questo scopo, mezzi diversi da quelli con cui si sarebbero nel contempo accresciute le gioie della classe ricca<sup>66</sup>.

dell'organizzazione sociale, per essere direttamente conformi agli interessi dell'immensa maggioranza della popolazione *avrebbero dovuto* essere considerate come una conseguenza politica generale dedotta dal principio proprio della morale divina: tutti gli uomini devono comportarsi come fratelli; devono amarsi e soccorrere gli uni agli altri». Il Nuovo cristianesimo si presenta dunque, rispetto alla precedente riflessione sansimoniana come uno scritto assai meno rivoluzionario di quanto non si sarebbe potuto pensare, costituendo piuttosto il punto di maturazione di una lunga e faticosa elaborazione teorica. In proposito Id., *Du système industriel* (vol. II), cit., in *Oeuvres*, cit., vol. VIII, vol. VI ed. 1869, 116-117.

<sup>65</sup> Id., *De l'organisation sociale*, cit., in *Oeuvres*, vol. V, vol. X ed. 1879, 166.

<sup>66</sup> Id., *Nouveau christianisme*, cit., in *Oeuvres*, cit., vol. III, vol. VII ed. 1869, 180 e 179.

Insomma non vi è dubbio che lo Stato industriale sia, ci si passi l'espressione, una plutocrazia produttiva a forte vocazione sociale, vale a dire un sistema che, guidato dalla più ricca classe produttiva, allo scopo di realizzare un'organizzazione sociale pacifica e in grado di accrescere il proprio sviluppo e il proprio benessere, mira ad accrescere le gioie dei ricchi, preoccupandosi seriamente dei bisogni dei poveri.

Quanto sin qui detto peraltro non delinea compiutamente i tratti dello Stato industriale per definire i quali è necessario esaminarne altri due aspetti: il primo che concerne la forma di governo, il secondo, assai più interessante ai fini del presente lavoro, che riguarda ancora l'intervento statale in campo sociale, occorrendo precisare il modo in cui viene concepita dallo studioso francese la natura di questo intervento a vantaggio della classe lavoratrice e degli indigenti.

Quanto alla forma di governo si può dire che in Saint-Simon ne esistono due formulazioni: l'una diretta a descriverne l'architettura come se si dovesse procedere *ex novo* alla fondazione dello Stato, l'altra indirizzata a dimostrare la fattibilità dell'introduzione del sistema industriale, per così dire, utilizzando una formula attuale, a Costituzione invariata.

Dal punto di vista del risultato finale, come si vedrà, fra questi due progetti dell'organizzazione del governo non ci sono grandi differenze, anche se, com'era logico attendersi, il primo rivela meglio dell'altro le convinzioni del suo autore.

Per Saint-Simon la forma di governo ideale dello Stato industriale, quella che sarebbe stata idonea a rendere presente tutta la novità che il sistema industriale avrebbe recato con sé, avrebbe dovuto essere un regime parlamentare *amélioré*, imperniato su un *Parlement nouveau*, composto da *trois chambres, investi du pouvoir souverain, tant constitutionnel que législatif*<sup>67</sup>.

La prima Camera, ossia la *Chambre d'invention*, avrebbe dovuto essere composta da trecento membri, essere divisa in tre sezioni che avrebbero potuto riunirsi anche separatamente, ma, in questo caso, senza alcun potere decisionale. Tuttavia ciascuna sezione avrebbe potuto richiedere di riunire in Assemblea le tre sezioni, spettando esclusivamente a quest'ultima il potere deliberante.

La prima sezione avrebbe dovuto essere «composta di duecento ingegneri civili, la seconda di cinquanta poeti, scrittori e letterati, la terza di

<sup>67</sup> ID., *L'organisateur*, cit., in *Oeuvres*, cit., vol. II, vol. IV ed. 1869, 58; "...tre Camere ...investito del potere sovrano, tanto costituzionale, quanto legislativo".

venticinque scultori o architetti, quindici pittori e dieci musicisti». Questa Camera avrebbe avuto la prerogativa tanto di stabilire da se stessa le condizioni che avrebbero dovuto sussistere sia per essere elettori sia per essere eletti, quanto di associare all'assemblea cento membri nazionali e cinquanta stranieri, ma con voto esclusivamente consultivo, inoltre ciascuno dei suoi membri avrebbe dovuto godere di un'indennità annuale di diecimila franchi. A questa Camera avrebbe dovuto attribuirsi la funzione di formare «un progetto di legge da aggiornarsi ogni anno, dei lavori pubblici da intraprendere per accrescere le ricchezze della Francia e per migliorare la sorte dei suoi abitanti» e comprendente «la bonifica delle aree paludose, il dissodamento delle terre incolte, l'apertura di nuove strade e la realizzazione di canali», in modo da facilitare il trasporto e i viaggi di piacere.

Non è inutile sottolineare come da tutti gli scritti sansimoniani emerga la decisiva importanza data dal francese a questo progetto di opere pubbliche che nella sua riflessione, come si è visto, viene altresì indicato, per la sua concreta idoneità ad improntare tutta l'azione del gruppo sociale, quale contenuto essenziale del primo articolo della Costituzione. Inoltre ad essa avrebbe dovuto assegnarsi il compito sia di favorire «le invenzioni giudicate più utili», sia di predisporre un progetto per istituire «les fêtes d'esperance, et les fêtes de souvenir», nelle quali gli oratori incaricati avrebbero dovuto nelle prime esporre al popolo i progetti di lavori pubblici licenziati dal Parlamento e nelle seconde mostrargli quanto la sua attuale situazione fosse migliore di quella goduta in precedenza. Infine *le noyau* (letteralmente il nucleo, da intendere forse come l'ufficio direttivo) *de la chambre d'invention* avrebbe dovuto essere composto da ottantasei ingegneri-capo, incaricati per i ponti e gli argini e operanti nei Dipartimenti; di quaranta membri dell'Accademia di Francia; dei pittori, scrittori e musicisti facenti parte dell'Istituto» di Francia<sup>68</sup>.

La seconda Camera, ossia la *Chambre d'examen*, avrebbe dovuto essere «composta di trecento membri: cento fisici impegnati nello studio della fisica dei corpi organizzati, cento impegnati nella fisica dei solidi, e cento matematici».

Anche questa Camera avrebbe dovuto avere la prerogativa sia di fissare autonomamente i requisiti di elettorato attivo e passivo, sia di associare ai propri lavori cento membri nazionali e cinquanta stranieri, con voto consultivo, anche tutti i suoi membri avrebbero dovuto godere di

<sup>68</sup> ID., op. ult. cit., 51-55.



un'indennità di diecimila franchi e il suo *noyau* sarebbe dovuto provenire «dalla classe delle scienze fisiche e matematiche dell'Istituto» di Francia.

Ad essa avrebbero dovuto essere assegnate tre funzioni: quella di esaminare i progetti di legge presentati dalla *chambre d'invention*; quella di fare «un progetto di legge d'educazione pubblica generale», dividendo l'insegnamento in tre gradi, ad esclusione dello studio della religione, fermo restando il diritto dei cittadini di allevare i propri figli secondo i principii religiosi da ciascuno professati, ad essa dovendo essere altresì affidata, una volta che il detto progetto fosse stato trasformato in legge, la vigilanza per la sua corretta esecuzione; quella di amministrare le somme occorrenti per sostenere le spese necessarie per le scuole pubbliche e per finanziare quanto risultasse utile per far progredire le scienze fisiche e matematiche<sup>69</sup>.

La terza Camera, ossia la *Chambre d'exécution*, avrebbe dovuto essere composta di «un numero di membri proporzionati alla sua importanza», scelti fra *les principaux chefs des maisons d'industrie*, i quali non avrebbero dovuto godere di alcuna indennità, dovendo «tutti essere ricchi». Ad essa avrebbe dovuto essere inoltre conferita la funzione «di dirigere l'esecuzione di tutte le leggi approvate».

La complessità della struttura non avrebbe peraltro dovuto incidere sull'esercizio della funzione legislativa che sarebbe dovuta spettare collettivamente alle tre Camere, per cui nessuna legge sarebbe potuta entrare in vigore senza l'approvazione di ciascuna di esse, fatta salva la legge di bilancio, spettando esclusivamente alla *Chambre d'exécution* «di stabilire l'imposta e di curarne la riscossione». Infine per accrescere l'efficienza del Parlamento avrebbe dovuto prevedersi che qualsiasi progetto di legge già respinto dalla seconda Camera, non avrebbe dovuto essere trasmesso alla terza, ma essere immediatamente rinviato alla prima<sup>70</sup>.

A prima vista questa forma di governo potrebbe sembrare assai strana, se non addirittura stravagante, semplificando eccessivamente l'azione di governo la cui complessità è invece tale da non potersi certo ridurre all'elaborazione di un grande programma di opere pubbliche e alla legge sull'istruzione.

Vale tuttavia la pena di osservare che l'ossessiva insistenza di Saint-Simon sulla centralità di questi aspetti nell'azione di governo dipende dal fatto che nella sua riflessione l'introduzione del sistema industriale

<sup>69</sup> ID., op. ult. cit., 57.

<sup>70</sup> ID., op. ult. cit., 57-58; «... principali capi delle grandi imprese industriali».

nell'organizzazione statale ruotava attorno ad un'unica idea dominante e chiarificatrice: *superposer le pouvoir administratif au pouvoir gouvernemental*, dove per *haute administration* egli intendeva *l'invention, l'examen et l'exécution des projets utiles à la masse*, attraverso un sistema decisionale in tutto simile a quello di un consiglio d'amministrazione di una grande banca la cui azione sarebbe stata diretta «a far prosperare quanto più possibile il capitale della società e a ottenere l'approvazione e l'appoggio della maggioranza dei soci», la cui opera *ne coute rien* (all'epoca i membri del *conseil des regents* delle banche non erano retribuiti), essendo tutta la gestione sociale improntata a una stretta *économie dans les frais de gestion*<sup>71</sup>, mentre il potere governativo veniva identificato nell'apparato burocratico-militare dello Stato, imperniato sul mantenimento di *un grand appareil de force gouvernementale* che avrebbe costretto *à tirer de la nation le plus d'argent possible*, attraverso un sistema decisionale che «pour maintenir la subordination des gouvernés» sarebbe obbligato a *multiplier les fonctionnaires publics*, appoggiando le proprie operazioni sopra *la force physique et la ruse, l'armée soldée et la police*<sup>72</sup>. Ove non si fosse realizzata *la superposition de l'action administrative à l'action gouvernementale* non si sarebbe mai potuto passare dal vecchio regime teologico-feudale, ancora esistente, al nuovo regime industriale<sup>73</sup>.

Ora molti legittimi dubbi si possono avanzare su questa duplice definizione di potere amministrativo e governativo anche se sembra che la stessa faccia perno sull'idea che il potere amministrativo solo marginalmente fonderebbe la sua azione sull'uso della forza, essendo il tratto caratteristico degli amministratori quello di utilizzare, «pour former una majorité qui approuve leur gestion, ... la persuasion et la démonstration du fait que leurs opérations sont les plus fructueuses possibles pour la société»<sup>74</sup>.

In certo modo scontato è dunque che la sovrapposizione dell'azione

<sup>71</sup> Id., *De l'organisation sociale*, cit., in *Oeuvres*, cit., vol. V, vol. X ed. 1875, 136 e 142-143; "...sovrapporre il potere amministrativo al potere governativo"; "... alta amministrazione ... la creazione, l'esame e l'esecuzione di progetti utili alla massa"; "... (il consiglio dei regenti) non costa niente"; "... economia nelle spese di gestione".

<sup>72</sup> Id., op. ult. cit., 139 e 144; "... un grande apparato di forza governativa"; "... per mantenere i governati in soggezione"; "... moltiplicare i funzionari pubblici"; "... la forza fisica e l'astuzia, l'esercito di professione e la polizia".

<sup>73</sup> Id., op. ult. cit., 145-146, la citazione è a p. 146.

<sup>74</sup> Id., op. ult. cit., 143; "... per formare una maggioranza che approvi la loro gestione ... la persuasione e la dimostrazione del fatto che le operazioni da loro compiute sono le più fruttuose per la società".

e della capacità amministrativa all'azione e alla capacità governativa sia l'aspetto saliente anche dei progetti sansimoniani di modifica della forma di governo a Costituzione invariata.

Secondo lo studioso francese il Re, per conseguire lo scopo di “mettere in esperienza” in Francia il governo industriale, senza modificare la Costituzione vigente da poco concessa, avrebbe dovuto adottare talune misure essenziali: in primo luogo «stabilire un Consiglio d'amministrazione generale degli affari pubblici, con il nome di Consiglio reale e nazionale supremo», Consiglio che avrebbe dovuto essere *le Conseil intime du Roi*, una sorta di *Privy Council* francese; secondariamente nominare in questo Consiglio «des fabricants d'objets de culture, d'objets ouvragés, des negociants et des banquiers les plus importants, dans la proportion de 25 à 30 personnes»; in terzo luogo ordinare che questo Consiglio si riunisse ogni anno il tempo necessario per redigere il progetto di legge di bilancio; in quarto luogo disporre che fosse questo Consiglio a rendergli conto «del buono o cattivo uso che i ministri avevano fatto dei fondi a loro accordati dal bilancio precedente», facendo in tal modo divenire tutti i ministri *les agents de ce Conseil*<sup>75</sup>.

Idee queste che si trovano variamente ripetute ogniquale volta lo studioso francese affronta quest'argomento, come, ad esempio, nel primo libro *Du système industriel* in cui, dopo aver affermato che «il solo mezzo per terminare la rivoluzione consiste nello stabilire l'amministrazione degli affari pubblici più favorevolmente che si può alla cultura, al commercio e alla produzione», conferendone la «direzione ... nelle mani dei coltivatori, dei commercianti e degli imprenditori manifatturieri» e dopo aver sviluppato una lunga argomentazione per dimostrare che tutte le misure necessarie a tale scopo altro non sarebbero che «delle disposizioni regolamentari che fissano le modalità di amministrazione» che il Re avrebbe potuto far entrare in vigore a mezzo di una semplice ordinanza, visto che «il potere amministrativo appartiene esclusivamente al Re» e visto che nessun ostacolo alla loro adozione sarebbe stato frapposto dalla Costituzione e dalle leggi<sup>76</sup> propone un progetto di regolamento il cui nucleo essenziale è molto simile a quello più sopra esposto<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> ID., *Du système industriel* (vol. III), cit., in *Oeuvres*, cit., vol. III, vol. VII ed. 1869, 94-95; “... dei produttori d'opere di cultura, di oggetti squisitamente lavorati, dei commercianti e dei banchieri più importanti, nel numero da 25 a 30 membri”.

<sup>76</sup> ID., *Du système industriel* (vol. I), cit., in *Oeuvres*, cit., vol. III, vol. V ed. 1869, 119 e 111-112.

<sup>77</sup> ID., op. ult. cit., 106-109.

Il *focus* della riforma sansimoniana è costantemente costituito dalla diversa allocazione del potere di predisporre il bilancio che sarebbe dovuto passare dal raccordo Parlamento-Governo a degli organi amministrativi, la cui superiorità sugli organi “politici” sarebbe data dal fatto *que les industriels sont les administrateurs les plus capables, et surtout les plus économes*, gli unici in grado di esercitare *une influence suffisante pour assurer la prospérité de la culture, du commerce et de la fabrication*<sup>78</sup>.

Molto più affine alla sua forma di governo ideale è invece il progetto di riforma dell’organizzazione statale, anche in questo caso a Costituzione invariata, che si rinviene in altri due suoi scritti.

Anche in questi progetti avrebbe dovuto essere il Re a prendere l’iniziativa innanzitutto dividendo i più capaci tra i sapienti in due classi e istituendo due Accademie separate: quella delle scienze fisiche e matematiche e quella delle belle arti, ed attribuendo alla prima «di fare il miglior *code des intérêts*» e alla seconda «*le code des sentiments* di cui il celebre Platone ha stabilito i principii».

Queste due Accademie dei ragionamenti e dei sentimenti avrebbero poi dovuto, riunite in assemblea, nominare un’accademia filosofica, denominata Accademia suprema. Ad essa avrebbe dovuto essere affidata la funzione di stabilire e perfezionare la dottrina generale su cui basare l’istruzione pubblica. A queste tre accademie, prese nel loro complesso, avrebbe dovuto conferirsi il potere spirituale, mentre il potere temporale avrebbe dovuto essere affidato ad un *Conseil des industriels*. All’Accademia suprema, che avrebbe dovuto essere eretta in *Conseil initiatif de Sa Majesté*, avrebbe dovuto quindi attribuirsi la funzione di deliberare tutti i progetti di legge da inviare alle altre due Accademie che, a loro volta, avrebbero dovuto esaminarli e presentarli al Consiglio degli industriali a cui sarebbe spettato di approvarli. Il detto Consiglio sarebbe stato inoltre competente a predisporre ogni anno il progetto di legge di bilancio, verificando altresì a consuntivo la regolarità delle spese effettuate da ciascun ministro, progetto che avrebbe poi dovuto essere presentato al Consiglio dei ministri che, a sua volta, su ordine del Re, avrebbe dovuto trasmetterlo alle Camere, dovendo poi curarne l’esecuzione in caso di approvazione<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> Id., op. ult. cit., 117 e 119-120; “... che gli industriali sono gli amministratori, quelli più capaci e soprattutto quelli più economi”; “... un’influenza sufficiente per assicurare la prosperità della cultura, del commercio e della produzione di beni”.

<sup>79</sup> In proposito si vedano rispettivamente Id., *Catéchisme des industriels (quatrième cahier)*, cit., in *Oeuvres*, cit., vol. V, vol. X ed. 1875, 26 (da cui è presa la citazione), 30-33 e 35-37; Id., *De l’organisation sociale*, cit., in op. ult. cit., 164-168. Nel testo si è operata

Anche in questo caso è peraltro abbastanza evidente come la riflessione sansimoniana risulti interamente assorbita dalla necessità di trovare una strada per *superposer* l'azione amministrativa a quella governativa, affidando alla classe industriale la redazione del bilancio, sebbene non sia inutile osservare come in tutti i progetti finora richiamati ed esposti rimanga assolutamente in ombra il punto capitale per giudicare dell'efficacia di tutte le cennate proposte di riforma della macchina statale, vale a dire il ruolo delle Camere nell'approvazione del bilancio predisposto dal Consiglio degli industriali, perché è evidente che se alle Camere fosse stato mantenuto, come avrebbe dovuto opinarsi in assenza di una modifica della Costituzione, il potere di mutare, anche radicalmente, il progetto di legge di bilancio, così come licenziato dal Consiglio degli industriali, ben scarso peso avrebbero avuto le innovazioni appassionatamente e reiteratamente sostenute dallo studioso francese.

Questione su cui ben poca luce viene gettata dallo stesso Saint-Simon quando afferma che il *budget* approvato dal Consiglio degli industriali si sarebbe ridotto *à une simple intercalation entre le pouvoir du roi et celui des Chambres*<sup>80</sup>.

In realtà la risposta a questa osservazione critica si trova in un ulteriore progetto di riforma indirizzato da Saint-Simon al Re, articolato su sei bozze di ordinanze – la cui adozione avrebbe garantito la realizzazione, il più celermente possibile, del sistema industriale e scientifico – che è forse il più chiaro e dettagliato fra quelli prospettati da questo studioso, ed in cui, nella sesta ordinanza, allo scopo «di assicurare ai capi dei lavori industriali ... la preponderanza che essi devono esercitare sulla formazione delle leggi», viene espressamente prospettato: a) che sarebbe stato necessario sciogliere il Parlamento eletto, dovendosi nel più breve tempo possibile indire nuove elezioni; b) che la scelta dei deputati avrebbe dovuto essere fatta con i modi stabiliti dalla legge 5 febbraio 1817 (ossia una legge ormai abrogata, ma più favorevole di quella all'epoca vigente all'eventuale elezione dei deputati provenienti dalla classe industriale); c) che gli elettori avrebbero dovuto essere «invitati a scegliere i deputati fra i soggetti paganti l'imposta diretta locale gravante sugli artigiani e sugli industriali o almeno fra i cittadini partigiani del regime industriale»; d) che nella successiva sessione parlamentare

la sintesi di questi due scritti, attingendo indistintamente dall'uno e dall'altro, stante la sostanziale identità di contenuto.

<sup>80</sup> Id., op.ult.cit., 168; "... ad una semplice interpolazione fra il potere del Re e quello delle Camere.

avrebbe dovuto essere presentata una nuova legge elettorale, ovviamente assai favorevole all'elezione di rappresentanti del ceto industriale. Lo scioglimento della Camera elettiva e la riforma della legge elettorale in senso marcatamente favorevole alla classe industriale appaiono dunque essere gli elementi di tenuta delle varie proposte sansimoniane di riforma del sistema di predisposizione del bilancio, anche se poi, come si è visto, risultano generalmente "dimenticati" dallo studioso francese quando perora la causa industriale.

Si tralascia qui di esaminare nel dettaglio i contenuti anche di questo progetto di riforma, essendo sotto molti profili largamente simile a quelli già esposti. Tuttavia talune delle proposte ordinarie mostrano una certa peculiarità che non è inutile evidenziare. Così nella prima e seconda ordinanza viene avanzata l'idea che l'Istituto di Francia avrebbe dovuto elaborare un catechismo nazionale contenente tanto i nuovi principi dell'organizzazione sociale, quanto «la conoscenza sommaria delle principali leggi che reggono il mondo materiale». Catechismo che avrebbe dovuto costituire l'oggetto dell'istruzione elementare da impartirsi a tutti i piccoli francesi.

Nulla avrebbe potuto essere insegnato nelle scuole che fosse in contrasto con il catechismo nazionale, con la conseguenza che «i ministri dei diversi culti», nella loro attività di insegnamento, avrebbero dovuto essere sottoposti alla sorveglianza dell'Istituto. Inoltre viene previsto che nessun francese avrebbe potuto esercitare i diritti di cittadinanza senza aver superato un esame sul catechismo nazionale. Così nella quinta ordinanza viene delineata una riforma delle forze armate i cui membri nella loro totalità avrebbero dovuto essere incorporati nelle truppe di confine, mentre la sicurezza della persona del Re avrebbe dovuto essere garantita esclusivamente dalla guardia nazionale i cui ufficiali avrebbero dovuto essere scelti esclusivamente fra i *patentés*, ossia fra i cittadini tenuti al pagamento dell'imposta diretta locale gravante su artigiani, commercianti e industriali. Così ancora nella quarta ordinanza viene proposta la soppressione dell'antica e della nuova nobiltà e l'abolizione dei titoli nobiliari<sup>81</sup>.

L'importanza di quale avrebbe dovuto essere la forma organizzativa dello Stato industriale emerge con evidenza esaminando come questa fosse funzionale alla maniera in cui da Saint-Simon veniva concepito l'intervento sociale dello Stato.

<sup>81</sup> ID., *Du système industriel* (vol. II), cit., in *Oeuvres*, cit., vol. III, vol. VI ed. 1869, 236-246.

Illuminante su questo punto è quanto egli dice precisando quali avrebbero dovuto essere i contenuti della legge di bilancio. «Il primo articolo del bilancio della spesa – egli osservava – dovrà avere per oggetto di assicurare l'esistenza in vita dei proletari, procurando lavoro ai proletari validi e soccorsi a quelli invalidi»<sup>82</sup>.

Concetto successivamente ribadito e precisato, sottolineandosi che il progetto di bilancio avrebbe dovuto essere «concepito nell'interesse della maggioranza della nazione», che avrebbe dovuto «tendere il più direttamente possibile a migliorare l'esistenza del popolo, favorendo i progressi e lo sviluppo dell'industria», che i primi due articoli del bilancio della spesa avrebbero dovuto essere «quello relativo all'istruzione del popolo e quello avente ad oggetto di assicurare il lavoro a tutti quelli che non hanno altro mezzo per vivere»<sup>83</sup>.

Si tratta delle decisioni di bilancio che per Saint-Simon assumevano la più grande rilevanza, in accordo con la finalità che egli attribuiva al bilancio dello Stato, ossia quella di migliorare sia le generali condizioni di vita sia la produzione.

Prospettiva questa che fa dello studioso francese il primo pensatore a fare dell'intervento sociale dello Stato la decisione fondamentale della legge di bilancio, mentre l'utilizzo del bilancio statale ai fini redistributivi, chiaramente enunciato, induce a indicare nello Stato industriale l'archetipo dello Stato sociale moderno e contemporaneo.

Anche se non si può fare a meno di notare come nell'affermare che il Governo debba procurare il lavoro ai poveri validi, l'assistenza agli invalidi e a tutti l'istruzione Saint-Simon dimostri di aver attinto copiosamente agli atti e ai dibattiti delle assemblee rivoluzionarie.

Le sue parole riecheggiano in modo impressionante gli artt. 21 e 22 della Dichiarazione Giacobina del 24 giugno 1791: «La società deve la sussistenza ai cittadini disgraziati, sia procurando loro il lavoro, sia assicurando i mezzi per vivere a quelli che non sono in grado di lavorare»; «L'istruzione è un bisogno di tutti. La società deve ... mettere l'istruzione alla portata di tutti i cittadini». Evidente in questo ambito il legame con la tradizione rivoluzionaria.

D'altronde da tutti i suoi scritti emerge potente l'idea che lo Stato debba prendere tutte le misure necessarie «per assicurare il lavoro alla

<sup>82</sup> ID., *Du système industriel* (vol. I), cit., in *Oeuvres*, cit., vol. III, vol. V ed. 1869, 107.

<sup>83</sup> ID., *Du système industriel* (vol. II), cit., in *Oeuvres*, cit., vol. III, vol. VI ed. 1869, 240-241.

numerosa classe per la quale il lavoro manuale è il solo mezzo per vivere»<sup>84</sup>.

Quanto poi al modo di procurarglielo, la soluzione da lui offerta è, come si è già visto, chiara e semplice: «per migliorare il più rapidamente possibile l'esistenza della classe povera» si sarebbe dovuto programmare «una grande quantità di opere pubbliche da eseguire», specialmente quelle che avrebbero richiesto «il più grande sviluppo dell'intelligenza umana», una «masse immenses de travaux» in modo che «i ricchi, lungi dall'impovertire a causa di sacrifici pecuniari si arricchirebbero anch'essi allo stesso tempo che i poveri»<sup>85</sup>.

In Saint-Simon l'intervento sociale dello Stato ruota dunque attorno a due perni: un vasto programma di opere pubbliche a cui avrebbe dovuto attribuirsi un rilievo addirittura costituzionale; il fare della decisione sulle spese sociali la decisione fondamentale del bilancio, privilegiando, rispetto a qualsiasi altro tipo di spesa statale, quella per finanziare da un lato le grandi opere per accrescere la produzione e dare lavoro ai proletari validi, dall'altro l'assistenza agli invalidi e l'istruzione pubblica impartita a tutti.

Conclusivamente si può dunque affermare che l'analisi approfondita delle opere di Saint Simon rivela in che misura il suo pensiero debba essere rivalutato come fonte dimenticata di politiche pubbliche che dovevano andare ad alimentare un'ampia riforma sociale. Infatti le sue riflessioni, alla luce di una lettura che focalizza l'attenzione per le categorie più deboli, mettono in evidenza una nuova idea di organizzazione statale in base alla quale si può rintracciare un'affinità ideale fra lo Stato industriale e lo Stato sociale contemporaneo, dovendosi in proposito ribadire come l'intuizione sansimoniana di dare al bilancio una valenza redistributiva, addirittura prefigurandosi la determinazione del livello della spesa sociale quale decisione fondamentale da cui sarebbero dovute dipendere tutte le altre scelte di bilancio, è tutt'ora uno dei *topoi* della moderna concezione dello Stato sociale.

<sup>84</sup> ID., *Du système industriel* (vol. I), cit., in *Oeuvres*, cit., vol. III, vol. VI ed. 1869, 82.

<sup>85</sup> ID., *Nouveau christianisme*, cit., in *Oeuvres*, cit., vol. III, vol. VII ed. 1869, 182-183; «... massa immensa di lavori».



Rosario Ferrara

AMBIENTE E SALUTE.  
BREVI NOTE SU DUE “CONCETTI GIURIDICI  
INDETERMINATI” IN VIA DI DETERMINAZIONE: IL  
RUOLO GIOCATO  
DAL “PATTO GLOBALE PER L’AMBIENTE”

SOMMARIO: 1. Un’introduzione: dall’ambiente come “concetto giuridico indeterminato” al riscaldamento globale. – 2. Il patto Globale per l’ambiente come evento strategico e punto di non ritorno delle politiche ambientali. – 3. Spunti conclusivi.

1. *Un’introduzione: dall’ambiente come “concetto giuridico indeterminato” al riscaldamento globale*

Il diritto – e pertanto anche il diritto dell’ambiente – non può manifestarsi in tutta la sua straordinaria importanza e, soprattutto giocare il ruolo che gli è proprio (di regolazione e di gestione degli interessi *ne cives ad arma ruant*, secondo quanto recita un noto adagio) qualora non possa fare leva su concetti e nozioni tecnicamente evoluti e in qualche misura solidi<sup>1</sup>, ossia certi e determinati o comunque determinabili.

In altre parole, non essendo possibile addentrarci in una problematica di teoria generale del diritto, si può forse quantomeno ricordare che il diritto tende a farsi ‘sistema’, quasi per una sorta di vocazione profonda e non rinunciabile, e che tale sua qualità, per così dire scontata e naturale, deve oggi tuttavia misurarsi con la liquidità, e dunque con la progressiva liquefazione, dei modelli e dei concetti giuridici tradizionali<sup>2</sup>. La liquidità, per l’appunto – e dunque l’incertezza sistemica del diritto, contro ogni sua più radicata e risalente vocazione – sembra essere pertanto il punto

<sup>1</sup> Il riferimento è, ovviamente, a Z. BAUMAN, del quale può essere visto, *ex multis*, *Modernità liquida*, Roma-Bari 2011.

<sup>2</sup> Ancora, sul piano sociologico, Z. BAUMAN, *op. cit.*, *passim* nonché, dal punto di vista del diritto, se si vuole, R. FERRARA, *L’incertezza delle regole tra indirizzo politico e “funzione definitoria” della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2014, 651 ss.

d'arrivo (forse provvisorio e comunque non irreversibile) di processi lunghi e conformativi che caratterizzano le società complesse del capitalismo maturo, processi che debbono essere opportunamente intercettati e in qualche modo interpretati anche da parte del giurista<sup>3</sup>.

E, da un certo punto di vista, sembrerebbe addirittura possibile supporre che il diritto pubblico, e segnatamente il diritto amministrativo, abbia persino colto con largo anticipo il primo manifestarsi di siffatta tendenza alla liquefazione, o comunque alla relativizzazione dei concetti giuridici, in sintonia con l'evoluzione storica, e dunque materiale, delle società industriali della seconda metà dell'ottocento e dei sistemi giuridici di quel tempo.

È sufficiente infatti pensare, soprattutto nell'esperienza degli studiosi di lingua tedesca, alle dottrine dei concetti giuridici indeterminati e delle norme in bianco oppure delle clausole generali<sup>4</sup> per toccare con mano come e perché, ragionando attorno al potere (alla sua nozione teorica ma anche in relazione alle forme del suo esercizio in concreto), il rapporto fra legge, regolamento ed attività amministrativa fosse già sapientemente costruito secondo criteri che evidenziavano la mobilità e la relatività dei valori e dei problemi in campo e delle soluzioni che potevano essere escogitate. È sufficiente infatti pensare, sotto questo riguardo, senza che siano necessari particolari commenti, alla costruzione, davvero mirabile e di perdurante attualità, della nozione di discrezionalità amministrativa, e anzi meglio di potere discrezionale *tout court*, il cui "spazio di gioco" (lo *Spielraum*) sarà tanto maggiore quanto minore sia la capacità ordinante della legge, e cioè quanto più debole ne appaia la capacità definitoria (la *defining Function*), nel suo rapporto, variabile e indeterminato, con il potere esecutivo, sia nella sua funzione di governo che di amministrazione<sup>5</sup>.

Perché queste osservazioni, certo soltanto generali e quasi interlocutorie, possono rivelarsi tuttavia di una qualche utilità quando si affronta-

<sup>3</sup> Ancora Z. BAUMAN, *op. cit.* nonché, nella dimensione della 'società del rischio', U. BECK, *La società del rischio*, Roma 2000, *passim*.

<sup>4</sup> Cfr. già F. TETZNER, *Zur Lehre von den freien Ermessen der Verwaltungsbehörden (als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte)*, Vienna 1888 nonché VON LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Lipsia 1910. Per una visione di sintesi, oltre che per maggiori riferimenti bibliografici, sia consentito rinviare a R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari 2014, *passim* ma spec. 37 ss.; E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 3, 760 ss.

<sup>5</sup> Cfr. *supra*, i contributi appena riportati, alla nota immediatamente precedente.

no le tematiche (sicuramente integrate e connesse) dell'ambiente, e quindi della sua definizione in senso giuridico, e della salute, ancora una volta dal punto di vista tecnico? E va da sé, ovviamente, che il quesito appare davvero significativo ed importante perché si connette con le tante (e mai pienamente risolte) problematiche e domande che attengono al rilievo ed allo spessore delle situazioni giuridiche soggettive, sia individuali che collettive e/o diffuse, che si materializzano come pretese eventualmente giustiziabili a tutela del diritto alla salute e del diritto all'ambiente (salubre e/o sano). Sembra essere infatti del tutto evidente, sotto questo riguardo, che quanto più un concetto giuridico (e così un valore assunto come fondamentale dall'ordinamento) sia tecnicamente strutturato, e soprattutto declinato da una norma a carattere precettivo, tanto maggiori, e migliori, saranno le forme e i modi della sua tutela giudiziale, anche a prescindere dalla messa in campo di altre norme positive che a quella più generale e di principio (eventualmente di rango costituzionale) diano concreta attuazione<sup>6</sup>.

Ora, se questo è vero, l'ambiente e la salute, il primo come valore declinato, pur tardivamente, nel contesto delle società postindustriali, e il secondo già manifestatosi nel corso del processo di formazione dei primi modelli di Stato sociale<sup>7</sup>, hanno in qualche modo condiviso un destino comune, nonostante la diversa ambientazione temporale: si sono presentati, in tempi e in forme diverse, come concetti giuridici indeterminati, o comunque di non agevole determinazione, con tutto quanto ne consegue in punto di *chances* di tutela, sia per quel concerne l'accesso alla tutela medesima che la sua effettività nel concreto<sup>8</sup>. Il che risulta soprattutto evidente quando ci si riferisca all'ambiente in senso stretto, il quale si manifesta davvero come un 'nuovo' diritto, tipico e proprio delle società postindustriali, "diritto" che, in ogni caso, non è immediatamente percepito in tutta la sua drammatica rilevanza, ossia per il suo impatto sulla

<sup>6</sup> Principio, e conseguenze, che non paiono soffrire eccezioni di rilievo, secondo quanto disvelano anche le riflessioni della dottrina tedesca (*supra*, alla nota n. 4, cui *adde*, più recentemente, P. MARBUGER, *Die Regeln der Technik im Recht*, Colonia-Berlino 1979) la quale ha sempre messo in relazione il tema dei concetti giuridici indeterminati con quello del potere discrezionale, e segnatamente del controllo giudiziale delle forme concrete di esercizio della 'discrezionalità libera' (*freie Ermessen*).

<sup>7</sup> Sia consentito rinviare, per tali tematiche, a R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino 2007, e *ivi* un più ampio corredo di riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

<sup>8</sup> Su di ciò, per tutti, C.E. GALLO, *La configurazione delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti*, in *Salute e sanità*, Trattato di biodiritto, diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, Milano 2010, 381 ss.

salute dei singoli come delle collettività, a differenza di quanto avviene per il diritto alla salute nella sua più tradizionale accezione<sup>9</sup>.

Si può, forse, a questo punto, sbizzare una prima linea di ragionamento, alla luce sia dei dati di diritto positivo che ragionando sui modelli politico-sociali del recente passato come del tempo presente: il diritto alla salute, come pretesa a poter godere di una condizione di benessere complessivo capace di spingersi fino ad assumere la forma concreta del “diritto” ad un ambiente salubre, si afferma certamente nel lungo periodo ma con relativa facilità. L’art. 32 della nostra Costituzione è infatti, in questo senso, una norma esemplare che dà conto della natura di Giano bifronte del diritto alla salute<sup>10</sup>, e cioè del suo simultaneo materializzarsi, modernamente, come situazione giuridica soggettiva della persona (ed interesse della collettività) e come tema, problema, e addirittura come dovere, ossia come funzione di polizia sanitaria per la gestione della sicurezza pubblica, sia sullo scenario internazionale che nell’ordinamento nazionale. L’art. 32 della nostra Costituzione non definisce il diritto alla salute, ma questo è, in quanto tale, tutto sommato agevolmente decifrabile ed individualizzabile, quasi alla luce della comune esperienza umana, sia degli individui che delle società, nel senso che il lavoro della dottrina e della giurisprudenza si rivelerà sì importante – e anzi risolutivo – per delinearne i contorni più suggestivi e, soprattutto, i tratti di più evidente originalità e innovatività ma cogliendo, a ben vedere, quanto il mondo reale, quello di tutti i giorni, rappresentava alla loro attenzione. Quasi un lavoro di aggiornamento e di semplice *maquillage*, verrebbe da constatare, in quanto il diritto appariva già sufficientemente costruito e strutturato nei suoi fondamentali elementi costitutivi. E ciò sembra essere pienamente confermato e provato dal valore ordinante della giurisprudenza in materia di responsabilità medica per danno alla salute, nelle sue diversificate forme ed accezioni, con il ricorso ai principi della responsabilità extracontrattuale oltre che di quella contrattuale, anche a prescindere da quello che diverrà, al di là di ogni possibile dubbio, il passaggio di più

<sup>9</sup> Il che è pacificamente confermato dalla mancanza di qualsivoglia norma relativa all’ambiente, in ogni sua possibile accezione, nelle costituzioni del secondo dopoguerra, laddove esse già riconoscono come fondamentale e irrinunciabile il diritto alla salute (così l’art. 32 della nostra Costituzione). Cfr. sul punto, del tutto esaustivamente, N. OLIVETTI RASON, *La disciplina dell’ambiente nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, in AA.VV., *Introduzione al diritto dell’ambiente*, Roma-Bari 2018, 3, ss.

<sup>10</sup> L’espressione è di A. VIGNUDELLI, *Il rapporto di consumo. Profili di rilievo costituzionale*, Rimini 1984, alla luce – ovviamente – dell’art. 32 Cost.

alta definizione tecnica determinato dall'ancoraggio del diritto alla salute al diritto ad un ambiente salubre<sup>11</sup>.

In conclusione, il diritto alla salute ha un suo terreno solido che forse neppure la 'modernità liquida' di cui ci parla magistralmente Z. Bauman riesce davvero a corrodere e scalfire, oltre una certa misura.

Non così per il diritto all'ambiente, a quel che pare.

Il diritto all'ambiente, senza privilegiarne per ora alcuna più specifica attribuzione, si manifesta infatti abbastanza in ritardo nelle società complesse del capitalismo maturo, sostanziosamente, a tutti gli effetti, come il 'nuovo' diritto per eccellenza, finendo così col divenire non soltanto una pretesa a carattere intergenerazionale<sup>12</sup> ma anche una specie di cartina di tornasole grazie alla quale misurare progetti e programmi culturali e politici, testandone in questo modo la serietà, l'importanza e, principalmente, ogni più reale, e credibile, capacità innovativa nel segno della modernizzazione, e dunque dell'umanizzazione delle società contemporanee.

Dal punto di vista del diritto, è ben noto che i paesi che uscirono distrutti, materialmente e spiritualmente, dall'epocale disastro della seconda guerra mondiale (Dio era morto e l'effetto Auschwitz marchiava a fuoco le coscienze individuali e collettive dell'uomo europeo di quel tempo!) non ebbero né il tempo né l'intenzione di porsi il problema 'ambiente'.

E anzi, per meglio dire, non avevano la cultura per poterselo porre!

Senza che sia possibile trattare a fondo tale problema si può sinteticamente osservare quanto segue.

È certamente vero che le norme del codice civile sui beni del demanio e del patrimonio indisponibile elencano una pluralità di beni di sicuro rilievo e interesse ambientale, in sintonia del resto con la tradizione ro-

<sup>11</sup> Sulla responsabilità medica, nel quadro di una giurisprudenza ormai quasi alluvionale, cfr., fra le tante, Cass. Penale, sez. unite, 22 febbraio 2018, n. 8770, in *www.giustamm.it*, il cui percorso motivazionale si focalizza intorno al grado della colpa. Di rilievo sono, come è ben noto, le decisioni della Corte di cassazione che hanno qualificato come primario, assoluto e irrefragabile il diritto alla salute: Cass., sez. unite, 9 marzo 1979, n. 1463 e Cass., sezioni unite, 6 ottobre 1979, n. 5172, al sito *www.cortedicassazione.it*, cui *adde* Cass., sezioni unite, 12 marzo 1992, n. 8946, reperibile al medesimo sito. Il punto di riferimento obbligato circa la responsabilità medica è ormai ovviamente rappresentato dalla l. 8 marzo 2017, n. 24 e s.m.i.

<sup>12</sup> Nel senso che, come è del resto ben messo in luce dal progetto di Patto globale per l'ambiente (*infra*, ai paragrafi seguenti), la pretesa ad un ambiente salubre, e soprattutto il dovere di operare per la protezione dell'ambiente, sono in funzione del fondamentale adempimento di un'obbligazione di solidarietà intergenerazionale, in quanto ogni generazione dovrebbe lasciare la Madre Terra nelle stesse condizioni in cui l'ha presa in consegna, così trasmettendola alle generazioni future, se non addirittura migliorandola.

manistica, disponendo per essi uno speciale regime di tutela differenziata rispetto a quello che si applica alla proprietà di diritto comune, ma non sembra meno evidente che fondamentale preoccupazione del legislatore sia sempre stata quella di amministrare in chiave di risparmio e di gestione economicamente vantaggiosa quei beni che si trovano molto spesso in condizione di scarsità (dall'acqua al legname), e di cui ci si deve pertanto assicurare una fruizione durevole e pertanto economicamente sostenibile in quanto assolutamente necessari per la stessa sopravvivenza della specie umana<sup>13</sup>. E, di ciò, fanno piena prova sia le costituzioni del secondo dopoguerra (nessuna esclusa) che gli stessi trattati istitutivi delle Comunità europee (anche quando ci si occupava di carbone e di energia atomica!), testi fondamentali ma nei quali 'l'ambiente' è totalmente assente, anche come espressione semantica, a differenza del "paesaggio", il quale rimanda, tuttavia, almeno secondo la lettura tradizionale che ne viene fatta<sup>14</sup>, ad una concezione meramente estetica e/o estetizzante degli *habitat* naturali.

Il che conferma, a tutti gli effetti, che il diritto alla salute in senso stretto, anche nella sua forma evoluta di diritto ad un ambiente salubre, consuma, molto prima di qualsivoglia situazione giuridica soggettiva connessa con l'ambiente, il suo passaggio da concetto giuridico indeterminato (oppure di non agevole determinazione) allo stadio più avanzato di nozione tecnicamente affidabile (o comunque di più facile determinazione), verosimilmente per il suo intrinseco carattere che gli consente, del tutto naturalmente, di sostanziare in modo forte il processo che porta a evolvere il tradizionale modello dello Stato di diritto verso la forma contemporanea dello Stato sociale di diritto.

Ciò che spinge il legislatore, o per meglio dire il diritto, e segnatamente il diritto internazionale e quello dell'Unione europea, a rivolgere una crescente attenzione nei riguardi dell'ambiente, e dei suoi problemi, sono (ancora una volta!) le 'dure repliche della Storia', ossia una serie, ampia, variegata, e soprattutto drammatica, di eventi seriali e concatenati che disvelano il pessimo stato di salute del nostro pianeta, dell'unico pianeta a nostra disposizione: gli inquinamenti di ogni tipo, il consumo di suolo, il problema energetico, il rischio di estinzione per molte specie animali e vegetali, ecc., e, soprattutto, il riscaldamento globale della terra.

<sup>13</sup> Importanti, e condivisibili, riflessioni in questa direzione sono quelle di N. OLIVETTI RASON, *op. loc. cit.*, alle quali si rinvia.

<sup>14</sup> Ancora N. OLIVETTI RASON, *op. loc. cit.*. Sia anche consentito rinviare a R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in *Trattato di biodiritto, Salute e sanità*, cit., 3 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

È, invero, il riscaldamento globale del pianeta ad essere oggi al centro delle più generali riflessioni della comunità scientifica in quanto è da esso che parrebbero derivare le più rilevanti ed esiziali conseguenze per l'ambiente.

L'attenzione che viene ormai generalmente riservata alla problematica del *Global Warming* è di tale profondità e rilevanza che sembra aver addirittura consentito (o comunque almeno avviato) il superamento di un'antinomia culturale, e quasi filosofica, dura a morire: quella fra la protezione dell'ambiente, e cioè del nostro pianeta, e le politiche per l'occupazione, ossia per lo sviluppo, certo sostenibile e tuttavia in funzione del mantenimento degli attuali livelli di occupazione se non della piena occupazione *tout court*.

Gli Accordi di Parigi, COP 21, per contrastare il riscaldamento globale, hanno infatti sicuramente messo a nudo la suddetta antinomia, determinandone, quantomeno sul piano culturale, il superamento: “non ci sono posti di lavoro in un pianeta morto”, secondo la bella e pregnante constatazione di un esponente di spicco del mondo della politica<sup>15</sup>.

Ora i citati Accordi di Parigi, in uno con il Patto globale per l'ambiente attualmente in discussione presso l'ONU, rappresentano verosimilmente una tappa importante – e, anzi, un vero e proprio punto di non ritorno – del processo di qualificazione e definizione dell'ambiente in senso giuridico, senza che tale *work in progress* possa essere tuttavia considerato come perfettamente e definitivamente concluso.

Gli accordi di Parigi, e soprattutto il Patto globale per l'ambiente, come meglio si vedrà nel corso del lavoro, sembrano infatti costituire il momento nevralgico e centrale di un processo di lungo corso che, prendendo le mosse dalle denunce del ‘Club di Roma’, e con al centro importanti conferenze e trattati internazionali (dalla Conferenza di Stoccolma a quella di Rio de Janeiro fino alla Convenzione di Aarhus, ecc.)<sup>16</sup>, conduce in qualche modo – privilegiandosi a questo punto la dimensione sì

<sup>15</sup> Per informazioni generali è sufficiente il corredo di notizie reperibili al sito istituzionale di Wikipedia ([wikipedia.org/wiki/XXI\\_Conferenza\\_delle\\_Parti\\_dell'UNFCCC](http://wikipedia.org/wiki/XXI_Conferenza_delle_Parti_dell'UNFCCC)). È proprio nel contributo leggibile su Wikipedia, *Conferenza delle parti dell'UNFCCC* che viene riportato il pensiero di S. BURROW, segretario generale della Confederazione sindacale internazionale: “non ci sono posti di lavoro su un pianeta morto”. Da questo sito possono essere tratte ulteriori notizie circa tale importantissimo *summit* internazionale sul clima, e sulla situazione di stallo nella quale si trova l'accordo medesimo secondo quanto si ritrae dalla recente COP 24 tenutasi a Nairobi nei giorni 20-22 maggio 2019 (informazioni esaustive anche al sito [www.globalpactenvironment.org](http://www.globalpactenvironment.org)).

<sup>16</sup> Per la ricostruzione in dettaglio di tale processo evolutivo che porta al Progetto

“domestica” e “regionale” ma comunque significativa dell’Unione europea – al Trattato di Lisbona ed a quello sul funzionamento dell’Unione medesima (TFUE).

Sotto questo riguardo, si deve in verità considerare che proprio la Convenzione di Aarhus, sull’accesso alle informazioni ambientali, ecc., appena rammentata, aveva già, per così dire, scosso fortemente le acque, contribuendo a far emergere dalla palude dei concetti inespressi valori, obiettivi e definizioni di una certa maturità e persino di sorprendente e inattesa precisione.

E già a partire dalle Premesse, se si considera che viene richiamata la Carta europea sull’ambiente e la salute, adottata a Francoforte sul Meno l’8 dicembre 1989, riconoscendosi, conseguentemente, “la necessità di salvaguardare, tutelare e migliorare lo stato dell’ambiente e di assicurare uno sviluppo sostenibile e senza rischi per l’ambiente”, in quanto che “un’adeguata tutela dell’ambiente è indispensabile per il benessere umano e per il godimento dei diritti fondamentali, compreso il diritto alla vita”. E, cioè, sempre nelle Premesse alla Convenzione di Aarhus, “ogni persona ha il diritto di vivere in un ambiente atto ad assicurare la sua salute e il suo benessere e il dovere di tutelare e migliorare l’ambiente, individualmente e collettivamente, nell’interesse delle generazioni presenti e future”.

Si tratta, ovviamente, in sintonia con i caratteri strutturali del diritto internazionale, della declinazione di principi non immediatamente precettivi, e tuttavia la saldatura, e dunque l’integrazione valoriale e concettuale, fra il diritto alla salute, nella sua proiezione evoluta di diritto ad un ambiente salubre, e la cura dell’ambiente, come dovere nei riguardi delle generazioni presenti e future, è per così dire *in re ipsa*, e cioè nella narrazione positiva dei fini e degli obiettivi che le *policies* nel campo dell’ambiente debbono cercare di realizzare.

Fa difetto, a ben vedere, il preciso e puntuale richiamo all’ambiente sano in senso proprio, e pertanto la visione del mondo da cui si parte (ed alla quale si ritorna) è sicuramente di marca antropocentrica, nel senso che l’*habitat* in quanto tale – e pertanto i diritti dei “popoli muti”<sup>17</sup> (ossia delle specie vegetali e di quelle animali, oltre l’uomo, signore e padro-

preliminare di Patto globale per l’ambiente, cfr. nuovamente N. OLIVETTI RASON, *op. loc. cit.*

<sup>17</sup> Espressione mutuata da una delle nostre maggiori scrittrici contemporanee, A. ORTESE, *Alonso e i visionari*, in relazione ai diritti degli animali, in quanto esseri senzienti (cfr. ora l’art. 13 del TFUE), e delle stesse specie vegetali, verrebbe da soggiungere.



ne del Creato) – non viene fatto oggetto di autonoma considerazione, a parte il fugace richiamo ai “rischi per l’ambiente” che debbono essere positivamente contrastati.

Per quel che concerne poi il contesto “domestico”, rappresentato dal diritto originale dell’Unione europea, valga la segnalazione di una sola norma, ossia dell’art. 191 del TFUE là, ove, al primo paragrafo, vengono definiti gli obiettivi delle *policies* dell’Unione europea nel settore dell’ambiente:

- Salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell’ambiente;
- protezione della salute umana;
- utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali;
- promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell’ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici”.

A parte l’espresso e diretto riferimento al riscaldamento globale, forse troppo eufemisticamente identificato con i “cambiamenti climatici”, due sono, soprattutto, i fattori qualificanti che la norma della UE propone in modo sufficientemente forte alla nostra attenzione:

a) l’integrazione fra l’ambiente salubre, perché implicato con la salute umana ed anzi con la protezione di questa stessa sostanzialmente coincidente, e l’ambiente c.d. sano con il quale si vuole affermare il “diritto” della madre terra d’essere a sua volta considerata e tutelata, in ogni sua componente e matrice ambientale, nel senso che si tratterà di un diritto che in realtà si manifesta fondamentalmente in quanto dovere delle generazioni presenti, sia nei confronti del pianeta che delle generazioni prossime future<sup>18</sup>;

b) l’espresso riferimento all’utilizzazione ‘accorta e razionale delle risorse naturali’ ci introduce poi, forse non del tutto deliberatamente e consapevolmente, al tema dell’economia circolare che sembra essere, nel momento attuale, il punto focale di ogni più avanzata *policy* nel settore dell’ambiente<sup>19</sup>.

Le norme appena riportate, in uno con i noti principi declinati al

<sup>18</sup> Nel senso più volte illustrato nel corso del lavoro, e per il quale cfr. comunque più diffusamente *infra*, a commento delle norme del Patto.

<sup>19</sup> L’economia circolare è certamente il tema di maggior rilievo e significato strutturale, costitutivo delle più recenti politiche ambientali dell’Unione europea, a cominciare dal settore dei rifiuti, e oltre: cfr., recentemente, *Il pacchetto economia circolare*, con *Prefazione* di S. BONAFÈ, Milano 2018. Fra i contributi scientifici, cfr. anzitutto gli Atti del convegno di Macerata del 30 maggio 2017, *Diritto dell’ambiente ed economia circolare*, in corso di pubblicazione. Per ulteriori riferimenti, *infra*, alla nota n. 28.

secondo paragrafo dello stesso art. 191 del TFUE (precauzione, prevenzione, ecc.), segnano un passaggio importante nel senso della determinazione di quell'oggetto polisemico e di non agevole determinazione (e financo misterioso) che pare essere l'ambiente. E per tutte le motivazioni appena accennate.

È sicuramente importante, sul piano sistemico, e principalmente dei valori che sostanziano un ordinamento positivo, che venga sciolta quella ricorrente quanto pretestuosa antinomia che quasi contrappone il diritto ad un ambiente salubre alla doverosa presa in considerazione, e quindi alla protezione attiva, dell'ambiente c.d. sano, antinomia per l'appunto ricorrente sebbene già in qualche modo superata nei testi costituzionali più recenti ed evoluti<sup>20</sup>.

L'ambiente è infatti un *quid unicum* complesso quanto integrato nel quale la salute dell'uomo è non solo condizionata ma addirittura fortemente determinata dallo stato di salute dell'*habitat* nel quale si opera e si vive, dall'ambiente interno di lavoro come dall'ambiente esterno nel quale spendiamo la nostra vita quotidiana. E di ciò fanno piena prova i più rilevanti procedimenti amministrativi nel campo ambientale (ossia le valutazioni di impatto ambientale), ove, alla luce del diritto della Ue, è necessario farsi carico anche di valutare l'impatto sanitario, sui c.d. ricettori sensibili (ma non solo), che sarà verosimilmente prodotto da un progetto sottoposto a valutazione quando sia poi effettivamente realizzato<sup>21</sup>.

Sicché, ogni antinomia o conflitto fra il (tradizionale e ormai quasi scontato) diritto ad un ambiente salubre, versione evoluta e paradigmatica del diritto alla salute a 360 gradi, *à tous azimuts*, e l'ambiente sano in quanto dovere, individuale e collettivo, che impegna noi tutti nei confronti della Madre Terra, e pertanto delle future generazioni destinate a vivere nel "giardino del Creato", sembra ormai quasi privo di senso, anche alla luce del diritto positivo.

<sup>20</sup> E, in primo luogo, dalla Costituzione del Belgio che, nella versione del 1994, riconosce all'art. 23 il diritto a un *environnement sain* (cfr., sul tema, C. SARTORETTI, *Riforma federale e tutela dell'ambiente nell'ordinamento federale belga: spunti e riflessioni*, in *Dir. pub. comparato ed europeo*, 2000, 1739 ss.). Molto importante, a questo riguardo, la *Charte de l'environnement*, approvata in Francia con l. costituzionale 1° marzo 2005, n. 205, che rappresenta, verosimilmente, il testo costituzionale più evoluto in merito alla costituzionalizzazione del dovere di protezione dell'ambiente.

<sup>21</sup> Cfr., infatti, l'art. 9 della l. 28 dicembre 2015, n. 221 con cui si aggiunge il comma 5-*bis* all'art. 26 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 nel quale viene previsto, in relazione a progetti di particolare importanza, l'obbligo di effettuare una previa valutazione di impatto sanitario (VIS) che si integra e salda nella più generale procedura di VIA.

E' questo il terreno di coltura – e cioè le acquisizioni consolidate ed il 'maturato' culturale al quale il diritto internazionale e quello dell'Unione europea sono ormai pervenuti, abituandoci ad una concettuologia e ad un lessico decisamente più evoluti sul piano del diritto – in cui si innesta il "Progetto di patto globale per l'ambiente" che pare costituire il prodotto finale del processo di più elevata definitivizzazione, e dunque di giuridicizzazione, del concetto stesso di ambiente e di ogni altra nozione da esso per così dire derivata o con esso comunque direttamente connessa.

## 2. *Il patto Globale per l'ambiente come evento strategico e punto di non ritorno delle politiche ambientali*

Non sembra necessario ripercorrere le tappe ed i momenti salienti di questo importante *work in progress*, su iniziativa del *Club des juristes* in Francia, ma con il coinvolgimento di esperti e specialisti provenienti da ogni angolo del pianeta, o quasi. E così non sembra neppure necessario ricordare i passaggi che ne hanno segnato fin qui il percorso (discussione innanzi al Parlamento della UE, all'Assemblea dell'ONU, ecc.)<sup>22</sup>, in vista della sua definitiva approvazione da parte delle Nazioni unite.

Se ne deve invece sottolineare il taglio, la cifra stilistica, prima ancora di metterne in luce i dati e fattori di più significativa qualificazione sul piano tecnico-giuridico. E qui può in qualche modo sorprendere, ma l'approccio è inaspettatamente *soft*, leggero (l'articolato è soltanto di 26 articoli), in qualche misura persino meramente ricognitivo di principi e regole già ampiamente consolidati nel diritto internazionale, oltre che in quello della UE e degli Stati membri dell'Unione medesima, salvo poi proporre definizioni e regole positive nel segno dell'innovazione e, soprattutto, di elevata caratura dal punto di vista tecnico.

Vale anche la pena di ricordare, secondo quanto si evince dal Preambolo del Patto, che 'l'urgenza' di affrontare il cambiamento climatico è affermata con particolare forza nel quadro degli obiettivi e delle finalità generali che debbono essere raggiunti con le *policies*, sovranazionali e nazionali, volte a proteggere l'ambiente.

La domanda, tuttavia, di maggior rilievo, nel contesto del discorso che si sta impostando, è se il progetto di Patto in questione contribuisca,

<sup>22</sup> Per ogni informazione relativa alle vicende costitutive del Patto nonché ai momenti e passaggi fin qui consumatisi, in vista della sua approvazione, può essere reperita ogni più ampia informazione al sito [www.globalpactenvironment.org](http://www.globalpactenvironment.org).

e in quale misura, a far definitivamente uscire dalla secche della nebulosità e dell'indeterminatezza la nozione di ambiente, ed i concetti con essa correlati e connessi, e quale integrazione venga proposta, o comunque suggerita, fra la tutela dell'ambiente salubre, in quanto evoluzione positiva del diritto alla salute, e l'ambiente in senso per così dire oggettivo la cui cura e protezione finisce col materializzare un dovere, e pertanto quasi una situazione di soggezione (non meramente passiva, tuttavia!) piuttosto che una pretesa di cui si postulano il riconoscimento e la soddisfazione<sup>23</sup>.

A ciò si aggiunga un ulteriore (e non secondario) criterio selettivo e di valutazione che dovrebbe verosimilmente orientare ogni indagine volta a testare il ruolo che il Patto potrebbe giocare, se approvato in via definitiva dalle Nazioni Unite (ed applicato dai principali attori, nazionali e sovranazionali): ma davvero le norme che vengono declinate nel progetto normativo in discussione hanno una carattere meramente ricognitivo, ossia di 'recupero' di principi e regole fondative già profondamente radicati nella tradizionale narrazione del diritto internazionale e dei diritti nazionali dei più importanti paesi del globo? Oppure è anche possibile intravedere l'emersione di una sorta di *ius novum*, talora quasi semplici varianti frutto della sapiente 'manipolazione' di istituti e/o di obiettivi di qualità di più antico insediamento nel contesto del diritto internazionale e dell'UE, oltre che degli Stati membri dell'Unione stessa?

In verità, il Patto globale per l'ambiente è tutte e due queste cose: un importante momento di definizione di regole e principi già noti, che vengono rimodulati facendoli spesso uscire da quel 'porto delle nebbie' nel quale parevano confinati, e dei quali vengono pertanto meglio delineati i contorni e gli elementi costitutivi; la ricerca di nuovi "valori", e soprattutto di nuovi e diversificati paradigmi grazie ai quali implementare le *chances* di tutela, reale e obiettiva, della Madre Terra (e dei suoi diversificati abitanti).

Importanti, sul piano definitorio e per i valori e gli obiettivi che vengono declinati, sono già i primi articoli del Patto, e, segnatamente, gli artt. 1 e 2.

L'art. 1 afferma il 'diritto ad un ambiente ecologicamente sano', nel senso che 'Ogni persona ha diritto a vivere in un ambiente ecologicamente sano e favorevole alla propria salute, al proprio benessere, alla propria dignità, alla propria cultura, ed alla propria realizzazione'.

<sup>23</sup> Per questo profilo, ossia per l'ambiente in quanto dovere, individuale e collettivo, cfr., per tutti, F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile*, Napoli 2010, *passim*.

Dal suo canto, il successivo art. 2, significativamente dedicato ai ‘doveri di tutela ambientale’, dispone quanto segue: ‘Ogni Stato o istituzione internazionale, ogni persona, fisica, giuridica, pubblica o privata ha il dovere di tutelare l’ambiente. A tale scopo ciascuno contribuisce, secondo le proprie capacità, alla conservazione, protezione e ripristino dell’integrità dell’ecosistema della Terra’.

Le due norme paiono essere davvero esemplari e contribuiscono a sciogliere alcuni nodi problematici di alto profilo, a carattere sistemico e quasi di caratura etico-filosofica, secondo quanto già accennato.

Un conto è sicuramente l’ambiente sano, al confronto di quello invece definito come salubre, nel senso che nella prima qualificazione è maggiormente evidente un approccio in forte chiave ecocentrica ed oggettivistica, laddove il diritto ad un ambiente salubre allude al diritto alla salute nel suo formante più aggiornato ed evoluto, disvelandosi in questo modo un approccio più scopertamente antropocentrico, e pertanto soggettivistico.

Solo che – la constatazione è addirittura banale e, tuttavia, necessaria – le norme sono fatte dagli uomini, e per gli uomini innanzi tutto, senza che ciò debba stupirci o peggio scandalizzarci. Sicché, l’integrazione funzionale fra l’ambiente sano e quello salubre, che l’art. 1 del Patto sostanzialmente propone, rappresenta un importante contributo di verità, nel segno del massimo realismo possibile.

Il che introduce ‘semi di verità’ nel dibattito in corso, in quanto da un lato ci ricorda, al di là di ogni possibile dubbio, che il diritto alla salute delle persone è strettamente e direttamente condizionato dallo stato di salute dell’*habitat* nel quale si opera e si vive, essendo anzi l’ambiente “sano” il presupposto necessario e irrinunciabile onde poter godere di soddisfacenti condizioni di salute sul piano fisico e mentale. Dall’altro lato, anche in funzione delle finalità di equità intergenerazionale, di cui al successivo art. 4 del Patto, l’ambiente si configura come un dovere in senso tecnico, come un dovere di solidarietà intra/intergenerazionale, quasi nel solco dell’art. 2 della nostra Costituzione, dovere al cui adempimento sono chiamati sia gli attori pubblici che quelli privati, ossia i soggetti istituzionali e i *player* che operano sui mercati globali, i gruppi organizzati come i singoli individui.

Si realizza, in questo modo, e con il ricorso a formule giuridiche di apprezzabile nitore, la saldatura fra il concetto di ambiente salubre e quello di ambiente sano, fra ciò che tecnicamente pare essere la variante maggiormente originale e innovativa del diritto alla salute e l’affermazio-

ne, di nuovo conio, per cui la cura e la protezione dell'ambiente innervano una situazione di soggezione (non passiva, come già detto!), e cioè di dovere, e non il diritto, con le conseguenze già messe in luce.

Siamo, ovviamente, su un terreno già noto, e sul quale il Patto si muove con spirito e finalità in primo luogo ricognitive, e dunque con ambizioni e finalità di ordine sistematico: obiettivo sicuramente centrato, soprattutto per il buon livello di precisione semantica e di organizzazione concettuale delle proposizioni normative che vengono messe in campo.

Considerazioni analoghe possono essere fatte per quelle disposizioni del Patto che ripropongono i principi più generali (e rilevanti) del diritto dell'ambiente, così come sinteticamente già declinati dall'art. 191 del TFUE: prevenzione, precauzione e danno ambientale (cfr. gli artt. da 5 a 8 del Patto).

Anche in questo caso l'aspirazione più immediatamente ricognitiva del Patto si coniuga con la positiva tendenza alla sistematizzazione dei concetti, pur noti e persino tradizionali, che vengono proposti.

Sembra tuttavia opportuno mettere in evidenza quanto l'art. 5 del Patto chiaramente afferma, al secondo comma, relativamente al principio di prevenzione: le Parti ' adottano le misure necessarie per assicurare che, prima che sia presa qualsiasi decisione diretta ad autorizzare o realizzare un progetto, un'attività, un piano, o un programma suscettibile di avere un rilevante impatto sull'ambiente, sia svolta una valutazione di impatto ambientale'.

Ora, senza che sia ovviamente possibile costruire sulla base di questa (pur rilevante) affermazione una sorta di teorema argomentativo, e prescrittivo, troppo 'ideologico', certa ne appare tuttavia l'indicazione di principio: l'attività volta al controllo in senso lato delle attività umane suscettibili di impattare significativamente sull'ambiente è conformata dal principio di prevenzione, nel senso che il controllo (e segnatamente quello conformativo del diritto d'impresa) deve essere attivato *ex ante* onde impedire il verificarsi di eventi dannosi per l'ambiente. E con ciò ogni possibile dubbio circa il ruolo, e soprattutto la collocazione procedimentale che deve essere assegnata ai procedimenti di valutazione di impatto ambientale (la VIA quanto la VAS), può essere tranquillamente archiviato. È del tutto ovvio, infatti, che si mette a segno, in questo modo (soprattutto con i provvedimenti di VIA), un'attività di controllo in senso lato che si deve svolgere a monte, in sintonia con il principio di prevenzione (e della stessa regola precauzionale che postula l'apposizione di misure "effettive e proporzionate", alla luce dell'art. 6 del Patto), in

quanto che il ristoro del danno all'ambiente, nonostante ogni contraria ricostruzione che voglia metterne in luce una certa valenza preventiva, è pur sempre destinato ad operare, per così dire oggettivamente, *ex post*<sup>24</sup>.

Vale la pena di considerare quantomeno ancora due aspetti del problema.

In primo luogo, il principio di prevenzione, corroborato e sostanziato dal principio precauzionale di cui sono correttamente delineati i contorni<sup>25</sup>, si raccorda a quelle norme del Patto nelle quali vengono declinate le situazioni giuridiche soggettive degli attori, soprattutto degli attori individuali, relativamente alle *policies* nel campo dell'ambiente (artt. 9, 10 e 11), nel senso che tali pretese debbono essere effettivamente riconosciute e garantite, sicché debbono potersi dispiegare in una 'fase adeguata', e cioè "prima della conclusione del procedimento". In questo modo, il principio di prevenzione sembra dare corpo e sostanza al più generale (e fondamentale) principio di responsabilità che permea profondamente tutto il preambolo del Patto trovando radicamento stabile e rilevante nelle norme di testa del Patto medesimo (artt. 2, 3 e 4), là ove la tutela dell'ambiente è costruita come un dovere, in vista del raggiungimento di obiettivi di sviluppo sostenibile e di equità intragenerazionale e intergenerazionale<sup>26</sup>.

In secondo luogo, pur affermandosi in modo forte il principio di prevenzione, in piena sintonia con il diritto internazionale e con l'art. 191 del TFUE, questo stesso sembra porre, in qualche modo, una mera "obbligazione di risultato". E cioè non viene prefigurato un modello obbligatorio di riferimento, e di comportamento amministrativo, quale potrebbe esse-

<sup>24</sup> Il che, senza che il tema possa essere qui affrontato in tutta la sua complessità, sembra essere già confermato (se le parole hanno un senso!) dalla stessa formulazione del cit. art. 191, secondo paragrafo, del TFUE, ove il risarcimento del danno all'ambiente, come principio e come regola operativa delle politiche ambientali, pare essere confinato in un cono d'ombra: 'nonché chi inquina paga' quando non si possa ottenere di meglio, alla luce dei principi di prevenzione e precauzione!

<sup>25</sup> Principi sui quali esiste ormai una letteratura sterminata e relativamente ai quali possono essere consultati i contributi riportati in R. FERRARA- M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, Milano 2014, e segnatamente, di L. PINESCHI, *I principi di diritto internazionale dell'ambiente*, ecc., 93 ss., e di O. PORCHIA, *Le politiche dell'Unione europea in materia ambientale*, 153 ss. Importante il contributo di P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano 2004.

<sup>26</sup> Sull'ambiente come dovere, individuale, e collettivo, ancora F. FRACCHIA, *op. cit.*, *passim*. Di interesse, sulla tematica della responsabilità, il *Rapport public 2005*, del *Conseil d'Etat*, Parigi 2005, su *Responsabilité et socialisation du risque*, e *ivi spec.* J.B. AUBY, *Le droit administratif dans la société du risque*, 351 ss.

re (ed in effetti è!) quello del c.d. *command and control*, secondo la classica forma del controllo amministrativo preventivo, essendo pensabili altre strumentazioni, anche eventualmente con la penetrazione di elementi di consensualità e di confronto pattizio e ‘negoziato’ degli interessi in gioco, giacché indefettibili e irrinunciabili appaiono soltanto gli obiettivi di qualità e risultato che il rispetto del principio di prevenzione presuppone, ed anzi impone.

È agevole constatare che, in relazione a tutti i principi fin qui ricordati, e fortemente ribaditi dal progetto di Patto, l’approccio è, per così dire, ricognitivo/ricostruttivo: il diritto non è mai un prodotto di fantasia, in quanto è piuttosto chiamato ad intercettare problemi reali ai quali fornire risposte nel segno della concretezza e del realismo. E soprattutto nel campo del diritto dell’ambiente, vista l’urgenza dei problemi sul tappeto, a cominciare da quello che è causa ed effetto di ogni più grave e drammatica complicazione: il riscaldamento globale del pianeta con i conseguenti cambiamenti climatici.

Sicché, è del tutto ovvio che il Patto abbia ribadito regole, principi e valori (soprattutto valori!) già profondamente radicati nella grammatica e nella sintassi del diritto internazionale, di quello della UE e nella tradizione giuridica di tutti i paesi occidentali. Il punto di svolta, ossia il profilo ricostruttivo – e dunque anche innovativo – è semmai rappresentato, su questo terreno, dal maggior livello di dettaglio e di precisione sul piano tecnico, ossia dal passaggio, certo non conclusivo, e tuttavia sensibile, dalla nebulosità romantica dei concetti giuridici indeterminati alla plastica effettività delle definizioni giuridiche, quando pure si tratti di principi assolutamente generali.

Il Patto, ad ogni buon conto, si segnala anche per la formale codificazione di principi e valori già presenti, in qualche misura forse soltanto sotto traccia, nel dibattito culturale e scientifico, ed in alcuni casi addirittura già evocati e passati meticolosamente in rassegna, sia dagli studiosi di scienze sociali che dagli specialisti delle scienze c.d. dure, principi e valori di cui mancava tuttavia il pieno e definitivo riconoscimento dal punto di vista del diritto.

Si tratta in qualche modo di principi di nuovo conio, grazie ai quali il diritto dell’ambiente viene quasi a collocarsi in una nuova dimensione, uscendo definitivamente dalla secche di un diritto ‘speciale’ (o minore) per conquistare sino in fondo il ruolo che gli è proprio di diritto-sonda<sup>27</sup>

<sup>27</sup> E ciò è ben evidente quando solo si pensi al principio di precauzione (a voler limi-



in quanto capace di anticipare percorsi e soluzioni concrete suscettibili di andare oltre i limiti ed i confini disciplinari della materia per diventare di più generale impiego e applicazione.

In qualche caso, si tratta persino di addizioni e specificazioni nel contesto di principi (di valori e di obiettivi) ben noti che sono per così implementati *ad colorandum*, con formule in qualche modo innovative, anche se (forse) sarebbe stato più opportuno rimarcare con una più forte declinazione il fattore di novità, ossia il principio originale e di nuovo conio, del quale viene postulata l'introduzione nel sistema del diritto ambientale.

Così deve essere inteso e interpretato, a quel che pare, il (forse troppo debole) riferimento al tema della economia circolare, della *blue Economy*<sup>28</sup>, alla quale si accenna, per implicito, nell'art. 3 del Patto, relativamente a 'integrazione e sviluppo sostenibile', là ove si afferma che le Parti, debbono, a questo fine, impegnarsi a "... promuovere politiche di sostegno pubblico, modelli di produzione e consumo sostenibili e rispettosi dell'ambiente".

Siamo certamente oltre la formula di cui all'art. 191, primo paragrafo, del TFUE, relativamente all'obiettivo che deve essere perseguito dalle politiche dell'Unione europea circa 'l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse', ma ci si colloca su di una posizione forse più 'arretrata' (o comunque meno chiara) rispetto alle più recenti e inequivoche posizioni della stessa Unione che ha ormai addirittura varato il terzo 'pacchetto' sull'economia circolare, con una particolare attenzione per il settore dei rifiuti<sup>29</sup>.

Il cit. art. 3 del Patto è sicuramente più avanzato in quanto esattamente coglie il passaggio dalla società e dalla democrazia dei produttori

tare il discorso soltanto a questo pur relevantissimo aspetto) il quale, pensato e costruito per l'ambiente, dilaga ormai per ogni dove: dalla disciplina degli alimenti a quella dei farmaci, ecc. Si veda in argomento P. DELL'ANNO, *op. cit.* nonché, se si vuole, R. FERRARA, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit., 19 ss.

<sup>28</sup> Si vedano gli Atti del cit. convegno di Macerata (*supra*, alla nota n. 19) e comunque, F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici: verso uno Stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, 163 ss. e R. FERRARA, *Brown Economy, green Economy, blue Economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, 801 ss., relazioni tenute al cit. convegno di Macerata, al quale si rinvia. Cfr. egualmente P. LOMBARDI, *La mitigazione del rischio idrogeologico tra scienza e diritto*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 58 ss.

<sup>29</sup> Cfr. nuovamente il cit. volume *Il pacchetto economia circolare* e la cit. *Prefazione* di S. BONAFÈ.

a quella dei consumatori<sup>30</sup>, nel senso che sia la produzione responsabile (l'ecoprogettazione, per esempio) che il consumo sostenibile si palesano come le componenti essenziali dei processi circolari nel campo economico. Soprattutto, la produzione ed il consumo responsabili si evidenziano, a tutti gli effetti, come il volano capace di riorganizzare i processi economici in funzione di una migliore sostenibilità ambientale.

Due sono i principi positivizzati dal Patto che paiono essere di maggior interesse, principi nuovi, come or ora detto, e tuttavia in qualche misura già profondamente presenti, e anzi radicati, nel dibattito culturale (anche in quello dei giuristi) relativo alle problematiche dell'ambiente e delle sue criticità.

Si tratta della resilienza e del principio di non regressione, di cui rispettivamente all'art. 16 e all'art. 17 del Patto.

La resilienza, per il verificarsi della quale tutti i soggetti responsabili sono chiamati a cooperare, è esattamente così definita: 'Le Parti adotteranno le misure necessarie per mantenere e ripristinare la diversità e la capacità degli ecosistemi e delle comunità umane di resistere alle alterazioni e al deterioramento ambientale e di ricostituirsi e ad adattarsi agli stessi'.

Si tratta, secondo quanto gli stessi giuristi osservano<sup>31</sup>, della capacità di autocostruzione dei modelli, ossia della loro capacità di resistere agli eventi avversi recuperando e ritornando alle conformazioni originarie oppure, quando ciò non sia praticabile, di adattarsi, con intelligenza e razionalità, pena la loro definitiva scomparsa, a ciò che si manifesta come nuovo e anzitutto irreversibile, e dunque foriero di alterazioni e/o deterioramenti radicali ed essi stessi non reversibili.

Se la definizione proposta nel Patto sembra essere puntuale, e certamente idonea a descrivere il fenomeno della resilienza in ogni suo più rilevante aspetto, è tuttavia soprattutto un altro il profilo che davvero stupisce, e del tutto positivamente: le comunità di uomini sono alla pari degli ecosistemi oggetto di aggressione ed entrambi debbono essere messi nelle condizioni di poter contrastare le alterazioni e il deterioramento dell'ambiente, di quello stesso *habitat* nel quale un certo gruppo umano opera e vive. Il che, in verità, non è soltanto affermato relativamente al

<sup>30</sup> Passaggio, questo stesso, ben noto e sicuramente di fondamentale importanza nel contesto delle società opulente post-industriali, alla luce dell'acuta analisi - ancora un volta! - di Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, cit., *passim*.

<sup>31</sup> Per tutti, M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Torino 2007, *passim*, ma spec. 163 ss.

principio di resilienza, ma rappresenta invece una sorta di costante sistemica e valoriale del Patto, a cominciare dallo stesso preambolo, là ove si mette in evidenza la necessità di incrociare e coniugare la protezione dell'ambiente con quella dei "diritti umani", del diritto alla salute e con i diritti e le conoscenze delle popolazioni indigene, delle comunità locali, ecc., come meglio si vedrà.

In questo senso, il superamento di ogni antinomia fra scenari e visioni del mondo in chiave antropocentrica oppure, a contrario, di tipo ecocentrico è, per così dire, *in re ispa*, ossia nella natura stessa delle cose, finalmente ecologia ed economia ci si rappresentano come le due facce di una stessa medaglia, oltre ad avere la stessa radice semantica! Finalmente, l'uomo, in quanto uomo politico ed *oeconomicus* naturalmente portato alla vita associata, cessa d'essere (a quel che pare) il signore assoluto del Creato, operando e vivendo in sistemi e sottosistemi ambientali che è chiamato a preservare e difendere perché la loro scomparsa sarebbe foriera della stessa estinzione di quelle comunità umane che di un ecosistema a rischio, oppure definitivamente compromesso, sono importante (ma non unica) componente<sup>32</sup>.

Non meno rilevante, e innovativo certamente, e anzi forse tanto più originale ed autenticamente di nuovo conio quanto meglio riesca a dare corpo e sostanza concreta al valore-obiettivo dell'equità intergenerazionale di cui al precedente art. 4, è il divieto di regressione, ossia il principio di non regressione di cui all'art. 17 del Patto.

Indietro non si torna, questo, ovviamente il senso preciso e puntuale del principio, così formulato: 'Le Parti e i loro enti sub-statali si astengono dall'autorizzare attività o adottare norme che abbiano l'effetto di ridurre il livello globale di protezione ambientale garantito dal diritto vigente'.

Il principio così declinato è tanto impegnativo quanto scivoloso e dal futuro – ahimè – incerto! E, tuttavia, in uno con quanto affermato dall'art. 15 del Patto, in merito al connesso principio di effettività, sembra annunciare un vero e proprio cambio di passo, e cioè l'ambizione del diritto internazionale di voler giocare un ruolo non meramente enunciativo e descrittivo, ma piuttosto precettivo e conformativo, con scelte di campo capaci di vincolare, o comunque di fortemente orientare, i sotto-

<sup>32</sup> Sia ancora consentito rinviare per tale problematica, ovviamente comune e trasversale a tutte le scienze sociali (ed anche a quelle c.d. dure), a R. FERRARA, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, cit., anche per maggiori riferimenti bibliografici.

scrittori di un patto, di una convenzione, ecc. nonché ogni altro soggetto comunque coinvolto.

E sembra anche opportuno ricordare, a proposito del principio di non regressione, che, nel contesto “domestico” e “regionale” dell’Unione europea, l’art. 191 del TFUE prescrive, al secondo paragrafo, che “La politica dell’Unione in materia ambientale mira ad un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell’Unione”.

Sicché, almeno nell’ambito della UE, il principio di non regressione, positivamente conformato da quello di effettività, sembrerebbe potersi palesare come una regola di evidente, stringente severità.

### 3. *Spunti conclusivi*

A conclusione della rassegna problematica fin qui condotta, sembra possibile cogliere alcuni punti fermi o, se si preferisce, mettere in campo alcune suggestioni in conseguenza della lettura delle principali norme del Patto.

Ci si deve ovviamente limitare ai profili che paiono essere di maggior rilievo, a cominciare da un aspetto fin qui appena sfiorato.

I soggetti, futuri sottoscrittori del Patto, o comunque suoi diretti destinatari, sono naturalmente gli Stati sovrani e sono essi le Parti in senso tecnico alle quali si fa riferimento. Ad esse Parti si aggiungono, ai sensi dell’art. 14, ‘gli attori non statali, fra i quali debbono essere annoverati, oltre ai soggetti del governo locale, la stessa ‘società civile’, in sintonia con quanto già affermato nel preambolo<sup>33</sup>.

A ciò si aggiunge il ruolo che il Patto riconosce alle ‘comunità locali’ (nel cit. preambolo) ed alle ‘comunità umane’, relativamente al principio di resilienza, secondo quanto già visto.

Ora, senza che possa essere sottovalutato il carattere di evidente genericità (e quindi di conseguente indeterminatezza) dei concetti messi in campo, a partire dalla categoria tanto suggestiva quanto polisemica di

<sup>33</sup> Elementi di novità efficacemente già colti e messi in luce nei primi commenti del Patto: Y. AGUILA, *L'adozione di un Patto internazionale per la protezione dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2016, 563 ss. e T. SCOVAZZI, *Il progetto di Patto globale per l'ambiente*, *ivi*, 2017, 375 ss. Recentemente, cfr., esaustivamente, S. DOMAINE, *Verso un patto globale per l'ambiente: problemi e prospettive*, in *Diritti umani e Dir. internazionale*, n. 2/19.

‘società civile’, si introduce tuttavia un rilevante profilo argomentativo che, sebbene quasi sotto traccia, si impone alla nostra attenzione.

E cioè l’ambiente, e segnatamente l’ambiente ‘ecologicamente sano’ (ex art. 1 del Patto), è un bene comune<sup>34</sup>, o comunque tale può essere ritenuto secondo una formula di nuovo conio ormai entrata nell’uso comune della dottrina, e, in quanto bene comune, la sua preservazione e tutela postulano l’intervento attivo e cooperativo di tutti: dei soggetti pubblici come degli operatori privati, delle comunità locali come degli enti territoriali, e cioè della società civile nel suo complesso.

Secondo un profilo di etica dell’ambiente, si tratta certamente di un importante elemento di identificazione e di qualificazione (anche in senso giuridico) del progetto di Patto in via di discussione e di approvazione innanzi alle competenti sedi internazionali. E tale aspetto del Patto è senza dubbio di particolare interesse, sebbene in una prospettiva più etico-filosofica che di stretto diritto positivo.

Veniamo adesso a quello che è forse l’interrogativo di maggior peso e valore, nel contesto del discorso fin qui fatto: ma in che modo il Patto riesce davvero, e con quali risultati quali-quantitativi, a far uscire alcuni fondamentali concetti e principi del diritto dell’ambiente dal limbo, pur suggestivo, dei concetti giuridici indeterminati facendoli entrare nel mondo finito delle certezze, o anche solo delle certezze per così dire ancora relative e/o non compiutamente ‘solide’ e definite?

Il Patto fa decisamente leva sulla necessaria integrazione fra il concetto di ambiente, nella sua duplice declinazione di ambiente sano e di ambiente salubre, e quello di salute in senso proprio, in quanto condizione esistenziale, globale e complessa, di benessere che può maturare e persistere soltanto in un ambiente ecologicamente sano (art.1 del Patto).

Ed è in questo senso, e quindi in codesta dimensione di integrazione (in primo luogo culturale), che ogni antinomia viene pacificamente a cessare, anche sul piano del diritto, secondo quanto si è cercato di argomentare.

Il passaggio poi da definizioni euristicamente e tecnicamente troppo spesso deboli, perché indeterminate, a concetti connotati da una maggiore caratterizzazione tecnico-giuridica è del pari evidente e, segnatamente, in quelle norme del Patto che definiscono il diritto ad un ambiente

<sup>34</sup> Vasta, e importante, è ormai la letteratura sui beni comuni: U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari 2012; A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari 2013; R. LOMBARDI, *Ambiente e mercato: note minime per una nuova prospettiva d’indagine sui beni comuni*, in *Trattato di diritto dell’ambiente*, cit., 67 ss.

ecologicamente sano e, del tutto, simmetricamente, il dovere di tutelare l'ambiente medesimo.

E si tratta, anche sotto questo riguardo, come già visto, di una transizione importante, certo non ancora perfettamente compiuta ma verosimilmente avviata verso un più elevato livello di perfezionamento e consolidamento.

Tutto bene dunque? Oppure sarà possibile, e magari addirittura indispensabile, intercettare profili di criticità nei processi di elaborazione concettuale di alcune norme del Patto?

Non vale neppure la pena di rammentare che il Patto in quanto tale partecipa della più generale condizione di esistenziale debolezza strutturale del diritto internazionale, il quale non riesce a vincolare in modo pieno i soggetti ai quali si rivolge; oltre tutto, l'art. 15 del Patto introduce coraggiosamente il principio di 'effettività delle norme ambientali' cercando di rimediare, almeno per le discipline nazionali sull'ambiente, alla suddetta condizione di originaria "debolezza" delle disposizioni di diritto internazionale *tout court*.

Sicché, non è su questo terreno che possono essere avanzate critiche o manifestate perplessità nei confronti dell'articolato di norme del progetto di Patto.

Semmai, e sempre considerandosi che tanto più le *policies* nel settore dell'ambiente avranno la concreta possibilità di risultare importanti e soprattutto incisive quanto più elevato sia il grado di determinatezza e di precisione dei concetti e degli istituti e principi giuridici che possono essere messi in campo per essere concretamente utilizzati, due paiono essere le constatazioni critiche che, in questa direzione, e ai fini limitati appena esposti, possono essere prospettate.

In primo luogo, il fine dello sviluppo sostenibile, di cui all'art. 3 del Patto, sembra essere ormai soprattutto uno "slogan fortunato"<sup>35</sup>: prova troppo, o troppo poco, ed appare tutto sommato indeterminato, oppure di non agevole determinazione. Non sarebbe forse preferibile focalizzare le politiche di protezione dell'ambiente attorno al concetto (ed al valore) del futuro sostenibile<sup>36</sup>?

<sup>35</sup> Così, efficacemente, J. MORAND-DEVILLER, *Le juste et l'utile en droit de l'environnement*, in *Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Parigi 2006 (oppure, in traduzione italiana, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit., 1 ss.).

<sup>36</sup> Per questa (parzialmente) diversa chiave di lettura, sia ancora consentito il rinvio a R. FERRARA, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, cit.

Oltre tutto, la nozione di sviluppo disvela un profilo in qualche modo programmatico e 'ideologico' laddove il futuro è il futuro, il domani indefinito, sembrando un concetto (in parte indeterminato) ma sicuramente oggettivo e neutro, o quasi.

Da ultimo – e il punto è già stato sfiorato- l'economia circolare è ormai, in qualche misura, un concetto positivizzato, sia nel campo della scienza economica che dal punto vista del diritto, e sembra infatti essere decisamente più dettagliato e determinato del pur significativo accenno ai 'modelli di produzione e consumo sostenibili' (art. 3 del Patto).

E, allora, perché non parlare direttamente di economia circolare, di *blue Economy*, tout court?





## ATTUALITÀ

### *Enti religiosi e 'Codice del Terzo Settore': verso il superamento della specialità pattizia delle persone giuridiche ecclesiastiche*

Marco Parisi

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Diritto (speciale) negoziato con i culti e diritto comune: due direttrici per la disciplina degli enti ecclesiastici? – 3. Attività di religione o di culto e attività diverse: indicazioni normative e tendenze interpretative. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione.* – Con l'adozione del Decreto legislativo n. 117 del 3 luglio 2017 è stato compiuto un ulteriore passo significativo nel percorso (ormai intrapreso da decenni) della valorizzazione a livello ordinamentale del contributo offerto dall'associazionismo genericamente inteso ai fini della protezione e dell'inveramento dei valori costituzionali del pluralismo, della partecipazione, dell'eguaglianza e della solidarietà<sup>1</sup>. Ciò, come è ormai chiaro, per consentire a tutti gli attori istituzionali e sociali di arrecare il proprio apporto fattivo alla concreta rimozione degli ostacoli che si pongono ad impedimento della piena realizzazione della persona umana (art. 3 Cost.).

Grazie all'entrata in vigore della legge-delega n. 106 del 6 giugno 2016, a mezzo della quale si è conferito al Governo il compito di provvedere al riordino e alla ridefinizione della disciplina generale e particolare relativa ai soggetti solidaristicamente impegnati e alla regolamentazione tributaria ad essi applicabile, si è giunti alla formulazione di un vero e proprio 'Codice del Terzo Settore' avente l'obiettivo di razionalizzare e di conferire sistematicità ad un importante segmento dell'azione sociale dei privati (anche idealmente caratterizzati<sup>2</sup>).

<sup>1</sup> Conformemente all'autonomo punto di vista del giurista (che prescinde dalla visione di matrice spirituale o di stampo laico), la solidarietà va intesa come un dovere normativo disciplinato dall'art. 2 della Carta costituzionale, secondo una formula il cui contenuto precettivo vincolante minimo ed essenziale (ovvero, l'adempimento di un dovere) è incontestabile. L'interprete è, dunque, al cospetto di un dovere inderogabile che conforma l'agire nelle sfere – non facilmente delimitabili e distinguibili – della politica, del sociale e dell'economia; un dovere che vincola alla sua osservanza persone, formazioni sociali, categorie, istituzioni di ogni tipo e livello, in contrapposizione a qualsivoglia concezione individualista o corporativa della società. Cfr. G. CASUSCELLI, *Enti ecclesiastici e doveri di solidarietà*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 7/2014, 24 febbraio 2014, 5.

<sup>2</sup> La *ratio* della riforma si caratterizza per la previsione di un regime fiscale uniforme per tutti

La definizione degli intenti riformistici nella materia del solidarismo sociale non poteva non interessare anche gli studiosi della disciplina giuridica civile del fenomeno religioso, stante, da un lato, la significativa varietà di modelli e di organizzazioni a mezzo dei quali le Chiese e lo Stato (sia a livello centrale che periferico) supportano l'associazionismo sociale d'impronta solidale e, dall'altro, l'esplicita considerazione degli 'enti religiosi civilmente riconosciuti' nel novero delle figure operative del 'Terzo Settore'<sup>3</sup>. Un'attenzione che, del resto, non deve destare meraviglia dato che, storicamente, sia la Chiesa cattolica che alcune organizzazioni confessionali di matrice protestantica cristiana (e di risalente presenza nel territorio italiano), nella loro dimensione istituzionale e comunitaria, hanno sempre cercato di offrire risposte alle esigenze di conforto spirituale e di benessere materiale socialmente avvertite<sup>4</sup>. Soprattutto la Chiesa di Roma, prima di qualsiasi altra istituzione religiosa, si è impegnata nella realizzazione di azioni caritatevoli ed assistenziali, continuando a vivere questa dimensione di interventismo sociale nella logica tipica del messaggio evangelico<sup>5</sup>, sia nel momento in cui lo Stato democratico-sociale contemporaneo ha gettato le basi per la creazione di un *welfare* universalistico ed autonomo rispetto all'operato dei

gli enti *no profit* di utilità sociale, in base all'avvertita consapevolezza che essi agiscono con criteri di economicità alla ricerca di strumenti di autofinanziamento. Si è realizzata, così, una sorta di 'neutralità fiscale' che ha assunto la fisionomia di un vero e proprio 'premio' per quegli organismi che esplicano importanti funzioni sociali. Tra questi, ovviamente, gli enti ecclesiastici occupano una posizione primaria, come testimoniato dalle attività di natura assistenziale svolte dalle organizzazioni con finalità religiose, tenendo ben presente come per alcuni organismi (si pensi, ad esempio, alle confraternite) le funzioni di sollievo sociale – pur se unite al perseguimento di scopi spirituali – rivestono un rilievo prevalente. In proposito A. FUCILLO, *Le forme organizzative religiose tra normativa "pattizia", diritto comune e diritto vivente*, in A. FUCILLO, *Diritto religioni culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, seconda edizione, Torino 2018, 140.

<sup>3</sup> In dottrina P. CONSORTI, *Il nuovo "Codice del terzo settore", con particolare attenzione alla disciplina degli enti ecclesiastici (o religiosi?)*, in G. D'ANGELO e G. FAUCEGLIA (a cura di), *Rigore e curiosità. Scritti in memoria di Maria Cristina Folliero*, vol. I, Torino 2018, 285, esprime alcune riserve sulla scelta del legislatore riformatore, ritenendo che la formula 'enti religiosi civilmente riconosciuti' costituisca un improprio impoverimento concettuale, potenzialmente foriero di confusione, giudicandolo come frutto di una colpevole disattenzione degli estensori dei provvedimenti varati nel 2016 e nel 2017.

<sup>4</sup> M. PARISI, *Gli enti religiosi nella trasformazione dello Stato sociale*, Napoli 2004, 103-104.

<sup>5</sup> Di recente, con l'enciclica *Deus Caritas est*, proposta da Benedetto XVI nel 2005, si è chiarito il punto di vista della dottrina sociale della Chiesa per l'affermazione di un giusto ordine sociale, fondato sulla centralità del servizio della carità come un elemento intrinseco della missione e della stessa natura dell'istituzione ecclesiastica, precisandone i profili specifici e le peculiari modalità di azione. Così, ben può dirsi che la carità nell'ordinamento canonico ricomprenda tutte le iniziative di aiuto al prossimo, da quelle in campo educativo e sanitario-assistenziale fino ai nuovi bisogni e alle nuove forme di povertà ("opere di carità sia spirituale sia temporale", per indicazione del canone 114, § 2). In proposito P. CAVANA, *Enti ecclesiastici e riforma del Terzo settore. Profili canonistici*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 22/2017, 3-4. Sulla concezione cattolica della 'vita economica' (naturalmente tendente ad una sua umanizzazione nella misura in cui essa è tenuta a realizzarsi secondo leggi e metodi propri del 'profitto', ma nell'ambito di un preciso ordine morale rispondente al complessivo disegno di Dio sulla persona umana), si veda F. SORVILLO, *Economie & Religioni. L'agire per fede alla prova dei mercati*, Cosenza 2016, 37-60.

privati, che nella fase attuale di difficoltà della formula politico-giuridica sottostante all'intervento pubblico per il soddisfacimento delle esigenze collettive<sup>6</sup>. Il che, come è stato inevitabile, ha finito per determinare delle conseguenze in termini di rapporti bilaterali tra lo Stato e le confessioni religiose e di definizione della legislazione negoziata<sup>7</sup>.

Peraltro, l'interesse manifestato dagli ecclesiastici per questi temi, collocandosi a complemento e ad integrazione necessaria delle riflessioni offerte dagli studiosi di altre branche del diritto e dell'economia, è tale da produrre esiti speculativi di carattere originale ed innovativo<sup>8</sup>, tenuto conto del vigente assetto costituzionale italiano, proiettato a tutelare e sostenere il contributo delle Chiese e dei gruppi spirituali per l'attuazione delle istanze pluralistiche e per l'implementazione della democrazia politica<sup>9</sup>. Sotto questo profilo, può essere

<sup>6</sup> Non può negarsi come, nell'epoca contemporanea, si assista ad un'attenuazione del nesso esistente tra i diritti sociali e la democrazia, che aveva assicurato – per un discreto lasso di tempo – la tenuta del *welfare State*, fondantesi sull'idea socialdemocratica di una possibile sinergia tra crescita economica e riduzione delle disuguaglianze. Purtroppo, sia i servizi sociali che la linea di pensiero posta a loro sostegno ideale non sembrano, al giorno d'oggi, godere di buona salute, non solo per la situazione di sofferenza della finanza pubblica, ma anche perché l'uguaglianza e la giustizia sociale, quali principi di vertice dell'ordine dei valori e delle priorità dell'ordinamento, sono stati affiancati (se non scavalcati) da altri valori e forze propulsive operanti in modo sinergico. Ovvero, è verosimile ritenere che sia in atto un significativo protagonismo di gruppi e forze sociali che hanno collocato al centro del loro disegno di sviluppo un modello di *welfare* corretto e modificato rispetto all'originario *format* universalistico (ritenuto essere in forte difficoltà). In dottrina si veda M.C. FOLLIERO, «A costo zero»: il costo del *solidarismo*. *Enti religiosi e non profit tra crisi delle risorse e giustiziabilità del principio di sussidiarietà*, in G. CIMBALO e J.I. ALONSO PÉREZ (a cura di), *Federalismo, regionalismo e principio di sussidiarietà orizzontale. Le azioni, le strutture, le regole della collaborazione con enti confessionali*, Torino 2005, 275-276.

Identiche riflessioni anche in G. RIVETTI, *Enti senza scopo di lucro. Terzo settore e impresa sociale. Profili di specialità tributaria tra attività no profit o for profit*, Milano 2017, 29-30, per il quale la progressiva affermazione delle organizzazioni del Terzo Settore sarebbe la naturale conseguenza di un duplice fallimento: quello dei pubblici poteri (*Government Failure*) e quello del mondo privato (*Contract Failure*). Infatti, un apparato pubblico più attento e più efficiente nella erogazione dei servizi di interesse collettivo confinerebbe le soggettività del privato-sociale all'esplicazione di un ruolo di mera promozione di alcune prestazioni. Analogamente, un mercato organizzato secondo regole trasparenti e con ridotte asimmetrie potrebbe ridurre gli spazi di intervento delle organizzazioni *no profit*.

<sup>7</sup> Il riferimento è alla legge n. 222 del 20 maggio 1985, negoziata con la Chiesa cattolica e poi estesa – in termini di contenuti e nel rispetto delle specificità confessionali – ad altre organizzazioni religiose, con l'obiettivo di creare le condizioni normative ideali, da un lato, per il riconoscimento dell'autonomia istituzionale ed organizzativa degli enti religiosi e, dall'altro, per l'allentamento di regole e controlli statali nei confronti degli stessi. Cfr. M.C. FOLLIERO, *Enti ecclesiastici tra continuismo e ristrutturazioni: statuto giuridico, visioni e narrazioni*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2014, 2, 354.

<sup>8</sup> L'attenzione degli ecclesiastici per questi temi è imputabile all'ormai risalente connessione tra gli enti religiosi e quelli *no profit*, dovuta anche alle norme tributarie che equiparano i fini di religione o di culto, come pure le attività dirette a tali scopi, a quelli di beneficenza o di istruzione. Da qui può dirsi essere stato originato il naturale interesse per gli enti religiosi da parte delle leggi premiali sul *no profit*, coinvolgendo le competenze degli studiosi della disciplina giuridica del fenomeno religioso e stimolandone i loro contributi dottrinali. In merito A. FUCILLO, *Il diritto ecclesiastico come "diritto vivente" nella esperienza giuridica contemporanea*, in M. TEDESCHI (a cura di), *Il riformismo legislativo in diritto ecclesiastico e canonico*, Cosenza 2011, 409-419.

<sup>9</sup> Va rilevato che il riconoscimento costituzionale del pluralismo sociale è primariamente fina-

importante chiarire che l'apporto solidale per lo sviluppo della convivenza collettiva offerto dalle associazioni spirituali e dagli enti religiosi dovrebbe essere inquadrato non in una logica di concorrenza o di alternatività rispetto a quello fornito dalle istituzioni pubbliche o dall'associazionismo di diverso segno ideale (o laico), ma nelle forme prefigurate dall'ultimo comma dell'art. 38 della Carta costituzionale<sup>10</sup>.

Ovvero, come si avrà modo di argomentare, sarebbero tuttora diverse le perplessità concernenti la continua definizione di disposizioni normative (anche non bilateralmente convenute) tese a fornire una protezione speciale agli enti e alle associazioni con connotazione spirituale, pur impegnati nel perseguimento di obiettivi solidaristici e nella realizzazione di attività socialmente meritevoli, ma posti in una situazione di maggior favore conseguente alla peculiare disciplina solo per essi apprestata<sup>11</sup>.

2. *Diritto (speciale) negoziato con i culti e diritto comune: due direttrici per la disciplina degli enti ecclesiastici?* – Lo spirito riformistico che ha animato l'approvazione del Decreto legislativo n. 117 del 2017, nella prospettiva della valorizzazione ordinamentale dei soggetti e delle attività solidali, si presta a favorire una riflessione sull'opportunità dell'armonizzazione degli enti religiosi rispetto al modo di essere di tutti gli altri organismi impegnati nella promozione della persona umana e dei suoi diritti fondamentali.

Invero, l'ipotesi di uno stemperamento della natura particolare degli enti

lizzato a favorire la socialità della persona umana e il suo inserimento nella società attraverso una rete di relazioni atta a favorirne la partecipazione alla vita collettiva e – con essa – la sua più completa realizzazione. Questo obiettivo va considerato in sistema con un altro, ed individuabile nell'apporto offerto dai soggetti collettivi (come i gruppi spirituali e le confessioni religiose) alla definizione dell'interesse generale, che può essere anche l'esito di aspettative e di volontà mediate da livelli interposti di sintesi e di rappresentanza. Cfr. E. ROSSI, *Lo statuto costituzionale del Terzo settore*, in P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, Bologna 2018, 39.

<sup>10</sup> Con l'approvazione dell'art. 38 nella redazione della Carta repubblicana, l'Assemblea Costituente compiva una concreta operazione di 'sdoganamento' della società civile, di cui riconosceva il valore autonomo e antecedente alla stessa struttura statale, collocandola in una posizione di assoluta centralità, ribadita poi, nel corso degli anni, dalla costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale. Cfr. M. SANTILLO, *Il Terzo settore tra tradizione e innovazione*, in *Rivista economica del Mezzogiorno*, 2013, 3, 652.

<sup>11</sup> V. TOZZI, *Istituzioni ecclesiastiche, caritative e non profit, loro rapporti con la Chiesa, lo Stato, la società civile ed il mercato*, in *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, Padova 2000, 1648 e ss., esprimendo alcuni dubbi rispetto al continuo proliferare di norme particolari, evidenza come l'interesse alla tutela della specialità del regime degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti sia particolarmente avvertito dalla Chiesa cattolica. Un interesse che involgerebbe anche la disciplina delle loro attività non caratterizzanti (che gli enti cattolici – come già sottolineato – hanno, da sempre, tradizionalmente espletato), con l'obiettivo di soddisfare l'esigenza delle gerarchie cattoliche di tenere sotto il loro stretto controllo sia gli enti appartenenti alla costituzione gerarchica della Chiesa che le espressioni organizzative del dinamismo della base sociale religiosamente ispirata, così da inquadrare forzatamente queste ultime nella figura dell'ente ecclesiastico.

ecclesiastici ha iniziato ad avere una certa diffusione già nell'immediatezza dell'approvazione degli Accordi di Villa Madama del 1984, allorché, con l'adozione della legge n. 222 del 20 maggio 1985, veniva a farsi strada l'opinione secondo cui il varo delle nuove norme sarebbe stato tale da indurre una riconsiderazione della legislazione concernente gli enti non commerciali e con finalità solidaristiche. L'introduzione, proprio a mezzo della legge n. 222 del 1985, di istituti – poi riproposti anche nelle intese con le confessioni acattoliche – come l'otto per mille Irpef, la deducibilità fiscale delle erogazioni liberali a sostentamento delle esigenze economiche confessionali, il regime della pubblicità nella procedura per il riconoscimento degli enti religiosi, la disciplina di favore delle attività direttamente riconducibili alla finalità di religione o di culto, si è prestata alla definizione a livello normativo di agevolazioni di tale tenore per tutto il vasto insieme dell'associazionismo di matrice solidaristica. Proprio il 'Codice del Terzo Settore' e le previsioni contenute nei decreti attuativi della legge n. 106 del 2016 stanno a testimoniare il ricorso ad alcuni degli istituti e delle procedure definiti nella legislazione bilateralmente convenuta, nella logica di applicare un trattamento di favore a beneficio di tutti gli organismi non lucrativi<sup>12</sup>.

Sotto questo profilo, tali tendenze del diritto negoziale e della legislazione generale sembrano suggerire, altresì, una differente considerazione dell'art. 20 della Carta costituzionale che, come è ben noto, contribuisce, insieme ad altre disposizioni, a definire la fisionomia del principio di laicità dello Stato<sup>13</sup>. Per

<sup>12</sup> A. FUCILLO, *Gli enti religiosi nel «terzo settore» tra la nuova impresa sociale e le società di benefit*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2018, 2, 342-346.

<sup>13</sup> Ben può dirsi che, grazie alla definizione dell'art. 20, i Padri costituenti abbiano posto a fondamento della Carta fondamentale una nuova concezione della persona umana e degli enti sociali nei quali essa si integra e si espande. Così, la norma, sulla scia dell'art. 2 Cost., tutela e promuove – in una logica di laicità e di neutralità – le formazioni sociali che siano in grado di favorire lo sviluppo della persona umana, ovvero di quei diritti ad essa intimamente connessi. Sotto questo profilo, l'art. 20 si colloca in linea con il progetto costituzionale, assumendo un'autonoma carica propulsiva in quanto con esso il legislatore costituente ha inteso assicurare protezione e promozione a quelle formazioni sociali nelle quali si concreta il libero sviluppo della religiosità individuale. L'anamnesi della norma induce a ritenere che la finalità degli estensori nella nuova Carta fondamentale fosse quella di ricomprendere nell'alveo di protezione costituzionale un'articolazione flessibile della fenomenologia sociale religiosa, così da favorire il progresso spirituale della società e da rilevare una piena apertura culturale e giuridica, insieme alla proteiformità del fenomeno religioso e alle sue possibili molteplici manifestazioni. Cfr. L. DECIMO, *La funzione nomopoietica dell'art. 20 della Costituzione*, in P. CONSORTI (a cura di), *Costituzione, religione e cambiamenti nel diritto e nella società*, Pisa 2019, 392-395; M. RICCA, *Art. 20 della Costituzione ed enti religiosi: anamnesi e prognosi di una norma «non inutile»*, in *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, vol. II, cit., 1538 e ss.

In questo stesso senso già V. TOZZI, *Religiosità umana, fenomeno religioso collettivo e Costituzione italiana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), marzo 2008, 16, per il quale la categoria di «(...) destinatari delle tutele garantite dall'articolo 20 appare assai più ampia o meno delimitata rispetto alle confessioni religiose di cui agli articoli 8 e 7. Qualsiasi entità collettiva, dotata di una minima evidenza statutaria e di un'organizzazione intelligibile dall'esterno, tanto da potere essere oggetto dell'attenzione della potestà impositiva statale, ovvero dei poteri di vigilanza e controllo su enti e persone giuridiche, ovvero da ricadere nell'attenzione dei poteri legislativi, può – almeno in astratto – avvalersi della tutela precettiva di questa norma, con

essere più chiari, l'obiettivo da perseguire dovrebbe essere un'interpretazione di questa specifica norma fondamentale ben al di là della sua tradizionale valenza antidiscriminatoria, finalizzata a tutelare gli enti religiosi rispetto a particolari limitazioni legislative o speciali gravami fiscali in relazione alla loro genesi, capacità giuridica e a qualsivoglia attività da essi posta in essere. Ovvero, appare fondata non solo l'esigenza di ripermizione dell'ambito oggettivo degli effetti di garanzia implicati dal divieto di discriminazione che l'art. 20 della Carta pone al legislatore<sup>14</sup>, ma la considerazione di questa norma come concreta piattaforma concettuale per affrontare le sfide poste dal sovrapporsi e dal confrontarsi in ambito sociale di una pluralità sempre più diversificata di bisogni religiosi e materiali<sup>15</sup>.

Una lettura sistematica delle disposizioni costituzionali, con particolare riferimento all'art. 20 dovrebbe indurre all'individuazione di un nucleo concettuale più ampio rispetto al solo divieto di discriminazione *in peius* specificamente contemplato dalla norma<sup>16</sup>. Così, gli enti religiosi non dovrebbero soltanto essere fatti oggetto di forme d'interventismo legislativo di natura antidiscriminatoria, ma la loro attività ben potrebbe essere promossa dall'ordinamento giuridico a mezzo di particolari disposizioni normative e dell'apprestamento di tutti gli strumenti giuridici che possano favorire l'espletamento delle loro attività, direttamente o indirettamente connesse al perseguimento delle finalità di religione o di culto. Sotto quest'angolo visuale, nel particolare contesto storico-sociale contemporaneo (contrassegnato – come si è detto – da forti difficoltà operative dei sistemi di *welfare* e di benessere delle popolazioni creati nel secolo scorso), una corretta valutazione dell'art. 20 della Carta fondamentale andrebbe effettuata non solo in riferimento ai suoi indubbi legami strutturali con la libertà religiosa (artt. 19, 8 e 7 Cost.) e con la libertà di associazione (art. 18 Cost.), ma anche con le libertà in materia di rapporti economici (artt. 35-47 Cost.), dato che le associazioni e gli enti religiosi contribuiscono, insieme e distintamente, alla realizzazione del progresso materiale e spirituale della Nazione (art. 4 Cost.) e all'inveramento del principio condiviso della promozione dell'Uomo e del bene del Paese<sup>17</sup> (richiamato, in un'ottica solidale, nella legislazione negoziata tra Sta-

conseguenze sulla legittimità tanto di eventuali atti normativi, che di semplici atti di amministrazione e governo, che ne integrassero la violazione. La tutela costituzionale, pensata e proposta dagli esponenti cattolici, non è limitata solo alle organizzazioni collettive di quella religione, ma dovrebbe estendersi, in maniera precettiva, a tutte le forme organizzative del fenomeno religioso che non giungano ai livelli delle confessioni religiose, a qualsiasi fede siano ispirate».

<sup>14</sup> G. D'ANGELO, *Sul significato e le implicazioni ecclesiasticistico-canonistiche del Codice del Terzo settore. Questioni problematiche e considerazioni prospettive a partire dalle prime riflessioni della dottrina*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2018, 3, 661.

<sup>15</sup> M. RICCA, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Palermo 2012, 300.

<sup>16</sup> L. DECIMO, *Le organizzazioni religiose nel prisma costituzionale dell'art. 20*, Napoli 2017, 100.

<sup>17</sup> L'art. 20 della Carta costituzionale, pur postulando in modo chiaro la promozione delle finalità religiose perseguite dall'associazionismo spiritualmente qualificato, fissa per il giurista, accanto al compito di una corretta applicazione della norma, il dovere di una sua obiettiva interpretazione.

to e confessioni religiose<sup>18</sup>). Una lettura che dovrebbe promuovere – a mezzo di una equilibrata attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale<sup>19</sup> – un maggiore investimento nel capitale umano e nell'economia civile, con un equilibrato coinvolgimento di tutti gli attori del Terzo Settore, nel cui novero rientrano – a pieno titolo – gli enti ecclesiastici<sup>20</sup>.

La prospettiva suggerita sembra essere stata fatta propria dal Decreto legislativo n. 117 del 2017, che, per i soggetti beneficiari della qualifica di 'enti del Terzo Settore', ha optato per l'applicazione di buona parte delle norme del codice civile in materia di enti lucrativi e di società di capitale. Ciò è chiaramente deducibile dalla lettura delle disposizioni relative ai compiti dell'assemblea (con il richiamo degli artt. 2373-2540 c.c.), all'attività dell'organo di amministrazione (con il rinvio all'art. 2382 c.c.), all'estinzione e allo scioglimento dell'ente del Terzo Settore (con un riferimento esplicito agli artt. 11 e seguenti c.c.), alle funzioni dell'organo di controllo (con il richiamo dell'art. 2399 c.c.). Tali constatazioni preludono, con maggiore fondatezza rispetto al passato, ad una considerazione

Così, l'interprete è chiamato a riempire di contenuti l'espressione 'fine di religione o di culto', che cambia ed adegua i suoi significati corrispondentemente all'evoluzione culturale della società. La norma costituzionale sembra, pertanto, suggerire un percorso che il legislatore e gli operatori del diritto dovranno seguire, individuando norme e prassi interpretative atte a sostenere, nel concreto, l'azione dell'ampio insieme delle formazioni sociali religiose e ad indirizzarle, in conformità con il progetto di politica ecclesiastica della Carta fondamentale, alla valorizzazione della persona umana e al progresso della convivenza comunitaria. Cfr. A. FUCILLO, *Le proiezioni collettive della libertà religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 18/2019, 15.

<sup>18</sup> M. PARISI, *Enti religiosi, no profit ed economia solidale. Sull'interventismo sociale dell'associazionismo di tendenza etico-religiosa nelle attuali tensioni riformistiche*, in *Dir. Eccl.*, 2016, 1-2, 58.

<sup>19</sup> Un uso costituzionalmente conforme del principio di sussidiarietà orizzontale, di cui al comma IV dell'art. 118 Cost., dovrebbe tener sicuramente conto delle complesse dinamiche di trasformazione dello Stato e dei nuovi rapporti intercorrenti tra i pubblici poteri e la società civile. Ma nel fare ciò, ovvero nel non negare la legittimità costituzionale del diffuso coinvolgimento dei soggetti privati (e, ovviamente, degli organismi privati-religiosi) nella realizzazione di attività tese a soddisfare precisi bisogni sociali (così erogando prestazioni pubbliche), sarà opportuno non trascurare il necessario rispetto dell'art. 97 della Carta. Norma che, sottolineando l'importanza del principio di imparzialità della Pubblica Amministrazione, imporrebbe la necessaria declinatura in senso ideologicamente neutro dei pubblici servizi e, allo stesso tempo, si presterebbe a destare ben più di una perplessità in ordine all'effettiva idoneità degli enti ecclesiastici quali diretti erogatori di servizi e di attività di interesse generale. Infatti, la caratterizzazione identitaria degli enti religiosi, in quanto legata a specifici sistemi valoriali ed a particolari principi etico-religiosi, dovrebbe portare ad escludere una loro così ampia cooptazione, quale quella osservata da circa vent'anni a questa parte, nello svolgimento di funzioni proprie del servizio pubblico. In proposito M. PARISI, *In tema di principio di sussidiarietà orizzontale ed interventismo sociale delle organizzazioni religiose*, in *Dir. Eccl.*, 2005, 2-3, 623-642.

<sup>20</sup> In questo senso, anche le istituzioni ecclesiastiche e le loro diramazioni periferiche (associazioni e persone giuridiche) sono tenute a contribuire al risanamento delle finanze pubbliche. Il dettato dell'art. 53 Cost. e il rilievo costituzionale del principio di uguaglianza e del dovere di solidarietà (da adempersi sia nelle situazioni 'ordinarie' che in quelle 'eccezionali', quali sono le contingenze di crisi economica) stanno a confermare una simile valutazione. Cfr. G. CASUSCELLI, *La crisi economica e la reciproca collaborazione tra le Chiese e lo Stato per "il bene del Paese"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), ottobre 2011, 3.

degli enti religiosi come veri e propri protagonisti del mondo dell'economia e ad una reinterpretazione dell'art. 20 della Carta. Ne deriva, in conseguenza, che le associazioni e le istituzioni aventi carattere ecclesiastico e finalità di religione o di culto, pur continuando a giovare di un assetto normativo di carattere promozionale (assistito dalle indicazioni dei richiamati artt. 19, 8 e 7 Cost.), verrebbero ad essere sottoposti alle garanzie e ai vincoli predisposti per tutti gli altri soggetti economici dagli artt. 41-45 della Carta costituzionale.

Come è agevole ipotizzare, ci si riferisce a tutele e limiti che, pur se applicati a qualsiasi soggetto impegnato nella realizzazione di attività economiche, non sembrano essere distonici con la natura propria dei soggetti del Terzo Settore e, per quanto di nostro interesse, degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti. In forza delle previsioni contenute nel citato Decreto legislativo n. 117 del 2017, gli uni e gli altri potranno perseguire il fine dell'utilità sociale (o, più in generale, fini sociali) per garantire la sicurezza, la libertà e la piena realizzazione della dignità umana (art. 41 Cost.), saranno tenuti alla libera fruizione della proprietà privata con l'obiettivo di assicurarne la funzione sociale (art. 42 Cost.), saranno impegnati al perseguimento del fine dell'utilità sociale nell'eventuale erogazione di servizi di interesse generale (art. 43 Cost.), e a riconoscere la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità nella logica dell'esclusione di qualsiasi obiettivo di natura speculativa privata (art. 45 Cost.).

Sulla base di queste considerazioni, ben può affermarsi che i criteri dell'utilità sociale, dell'interesse collettivo e della funzione sociale delle attività esplicitate e degli obiettivi perseguiti vengono a proporsi, complessivamente e singolarmente considerati, come i parametri ineludibili rispetto ai quali qualsiasi attività dovrebbe attenersi, indipendentemente dalla natura (pubblica, privata o privata-sociale) del soggetto che la pone in essere<sup>21</sup>. In conseguenza, come si avrà modo di argomentare meglio, la realizzata riforma del Terzo Settore si presta ad amplificare non solo la tendenza (già in atto) degli enti religiosi ad ispirare a criteri di economicità ogni attività 'profana' esercitata in funzione strumentale alla realizzazione dei loro scopi istituzionali di religione e di culto<sup>22</sup> (destinati ad essere sempre costitutivi ed essenziali, pena la perdita degli acquisiti caratteri di ecclesiasticità), ma anche a favorire la progressiva attrazione della loro disciplina nel diritto comune. Una tendenza che, pur determinando una progressiva atte-

<sup>21</sup> Sotto questo profilo, dovrebbe ritenersi che la partecipazione dei soggetti pubblici e privati all'erogazione dei servizi sociali, oltre ad essere ispirata all'obiettivo del massimo soddisfacimento dei bisogni rilevati o rilevabili, dovrebbe anche essere attenta all'effettiva attuazione dei fondamentali principi costituzionali di uguaglianza e solidarietà, nonché manifestare sensibilità per il rispetto della giustizia sociale e dei diritti della persona. Cfr. V. TOZZI, *Spunti di perplessità sul principio di sussidiarietà*, in G. CIMBALO e J.I. ALONSO PÉREZ (a cura di), *Federalismo, regionalismo e principio di sussidiarietà orizzontale. Le azioni, le strutture, le regole della collaborazione con enti confessionali*, cit., 364-365.

<sup>22</sup> F. FRENI, *Enti ecclesiastici e associazioni etico-religiose in una «new economy» di comunione solidale. Per un'economia dal volto più umano*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2015, 3, 898.



nuazione dei regimi di specialità conseguenti al diritto pattizio, si presta anche a mettere in luce l'attenzione confessionale per l'occupazione di ambiti d'azione squisitamente temporali<sup>23</sup>.

3. *Attività di religione o di culto e attività diverse: indicazioni normative e tendenze interpretative.* – L'analisi della legislazione bilateralmente convenuta nei rapporti tra Stato e Chiese, prodottasi dal 1984 ad oggi, ben evidenzia il ruolo e la preminenza sociale conferita agli enti ecclesiastici, non solo a causa dello svolgimento delle attività di religione o di culto, ma anche delle attività diverse, pur esse meritorie perché rientranti fra quelle di interesse collettivo ed indipendentemente dalla natura commerciale di esse. A sostenere la fondatezza di questa conclusione starebbe, peraltro, la stessa confezione della normativa di *default* in materia, costituita dalla legge n. 121 del 25 marzo 1985 che, all'art. 2, ha chiaramente fissato l'impegno statale a che la Chiesa cattolica possa svolgere, in piena libertà, la sua missione pastorale, educativa e caritativa, di evangelizzazione e di santificazione. Con ciò facendo, si è riconosciuta la piena autonomia dell'istituzione ecclesiastica cattolica e, di seguito (a mezzo di norme analoghe presenti nelle intese), anche delle altre organizzazioni confessionali, nella realizzazione dei propri obiettivi, attraverso la concretizzazione di qualsiasi tipo di attività, pure non religiosamente qualificate<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> La forte presenza delle organizzazioni religiose in settori teoricamente estranei alle loro finalità primarie (o, comunque, ai margini di esse), pur se destinata a realizzarsi sulla base di criteri ispiratori coerenti con la loro peculiarità ideale e a mezzo di metodiche compatibili con il loro specifico modo di essere, potrebbe prestarsi a rendere concreto il rischio di nuove forme di potere temporale delle Chiese. Un rischio al quale si potrebbe ovviare, da un lato, garantendo una diffusa ed effettiva protezione dei valori del pluralismo democratico all'interno delle istituzioni pubbliche e sociali e, dall'altro, offrendo concreta tutela alle minoranze e alle diversità ideali. Invece, la realtà di un mercato privo di regole, governato da dinamiche affidate alla forza dei diversi protagonisti sociali in campo, insensibile alle indicazioni della politica pubblica potrebbe costituire il terreno ideale per la realizzazione di penalizzazioni e di discriminazioni ai danni delle minoranze. Con la conseguenza di una loro esclusione dalle dinamiche partecipative e la richiesta di applicazione della clausola della 'religione più favorita', implicante l'aspettativa del miglior trattamento possibile e l'intervento in una logica premiale dei pubblici poteri (caricati, quindi, da un compito non facile nell'assunzione delle decisioni politico-legislative). In proposito G. CASUSCELLI, *Stati e religioni in Europa: problemi e prospettive*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), giugno 2009, 12.

<sup>24</sup> In generale, tutta la legislazione contrattata con le confessioni religiose si caratterizza per un forte riconoscimento di autonomia e di indipendenza delle Chiese dallo Stato, evidenziando la decisa volontà delle autorità spirituali di assoggettare tutti i fenomeni associativi religiosamente ispirati al loro controllo, con l'intento di limitare al massimo le ingerenze degli organi statali. Tuttavia, va anche detto che «(...) la limitazione della giurisdizione statale nelle dinamiche interne di questi enti, se da un lato potrebbe manifestare un regime di maggiore libertà per le autonome organizzazioni confessionali, può anche rivelarsi una pericolosa attenuazione delle garanzie di imparzialità e uguaglianza che l'ordinamento dello Stato offre a tutti, quindi, non solo agli organi di governo delle confessioni religiose, ma anche alla base sociale che anima tali raggruppamenti. Attenuazione che si ritorcerebbe in danno della base sociale nei possibili conflitti con le autorità confessionali». Così L. MUSSELLI e

Proprio in riferimento a questa situazione normativa e di fatto, sia per gli enti religiosi cattolici che per le persone giuridiche ecclesiastiche di altre confessioni, si è ravvisata una certa difficoltà nel differenziare, in modo inequivoco, le attività di religione e di culto da quelle 'diverse'. Come è ampiamente noto, la distinzione stabilita dall'art. 16 della legge n. 222 del 1985 (mutuata poi, solo con lievi varianti terminologiche, anche nelle intese finora varate) non ha escluso che gli enti ecclesiastici possano svolgere sia le attività riconducibili direttamente alla dimensione della spiritualità che attività profane in senso lato. Ne è derivata, paradossalmente, una incerta applicazione agli enti religiosi della disciplina speciale ad essi riservata e dei *benefits* conseguenti, a causa della (legislativamente prevista) ipotesi di fusione tra divergenti tipologie di attività e della complicazione nel poter distinguere, efficacemente, tra attività principali ed accessorie poste in essere<sup>25</sup>.

Si è, quindi, di fronte ad evidenti lacune quanto alla chiarezza generale del quadro normativo, come attestato anche dall'esame delle norme bilateralmente convenute con le Chiese acattoliche, nelle quali alla finalità di religione o di culto, individuata come prevalente ai fini del riconoscimento della personalità giuridica civile, è accostata quella di istruzione o di beneficenza<sup>26</sup>.

V. TOZZI, *Manuale di diritto ecclesiastico. La disciplina giuridica del fenomeno religioso*, Roma-Bari 2000, 214-215.

<sup>25</sup> Ben lo evidenzia, in dottrina, P. PICOZZA, *Gli enti ecclesiastici: dinamiche concordatarie tra innovazioni normative e disarmonie del sistema*, in *Quad. dir. pol. ecl.*, 2014, 1, 181, il quale pone in evidenza la rilevazione di difficoltà di coordinazione tra la normativa unilaterale statuale e quella concordataria-pattizia, da cui sarebbero derivate incongruenze tra le teorizzazioni di principio e le concrete attuazioni delle previsioni normative, con inevitabili tensioni tra le autorità civili e quelle ecclesiastiche. Ciò sarebbe riconducibile, per un verso, alle insufficienze del quadro legislativo bilateralmente convenuto e, per un altro, alla naturale evoluzione della normativa statuale, contraddistinta dall'introduzione di nuovi modelli di disciplina che ha determinato problemi di armonizzazione con le indicazioni pattizie. Va anche detto che è da ritenersi illusoria la pretesa di poter prevedere e regolare tutto a mezzo di accordi, nel momento in cui si è in presenza di applicazioni che interessano trasversalmente ordinamenti tra loro alternativi e tenuto conto del costante mutare del diritto generale.

<sup>26</sup> Come è ben noto, l'attribuzione della qualifica di 'non commerciale' all'ente ecclesiastico civilmente riconosciuto, cattolico o non cattolico, si basa sul fatto che esso eserciti un'attività diretta a perseguire il fine di religione o di culto, che è requisito costitutivo ed essenziale ai sensi della citata legge n. 222 del 1985 e delle intese finora concluse. Si è precisato prima che il nostro ordinamento giuridico distingue le attività di religione o di culto dalle attività 'diverse', cioè da quelle di assistenza e beneficenza, di istruzione, di educazione e cultura e, in ogni caso, dalle attività commerciali o a scopo di lucro, che l'ente ecclesiastico potrebbe liberamente svolgere. Sicché, le incertezze e i problemi verrebbero a porsi nell'eventualità in cui la persona giuridica ecclesiastica perdesse qualsiasi riferimento al fine di religione o di culto, con il dubbio conseguente di non poter più essere considerato ente non commerciale, in ragione del venir meno dei presupposti per la sua qualificazione come ente ecclesiastico. In realtà, pure nel caso in cui l'ente, ferma l'essenzialità dello scopo di culto, svolgesse attività 'diverse' (persino attività commerciali) in modo quantitativamente prevalente, non perderebbe mai la qualifica di ente ecclesiastico (e, quindi, di ente non commerciale). Infatti, tenuto conto che per gli enti ecclesiastici vige la presunzione di 'non commercialità' (assunta in base alla presunzione che essi non dovrebbero avere per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali), il non perseguimento del fine lucrativo è diventato uno degli elementi strutturali di tali enti, i quali, pertanto, pur non potendo perseguire il lucro soggettivo, hanno la facoltà di conseguire

Lo studio della disciplina pattizia, da quella risalente agli anni ottanta a quella che è stata approvata più recentemente, consente di constatare come (almeno nella maggior parte delle intese raggiunte con le organizzazioni confessionali acattoliche) sia stata utilizzata una formula 'aperta', non rigidamente legata al fine religioso in senso stretto e rispettosamente in linea con i canoni propri degli enti cattolici. Così, si è stabilito che, come requisiti di legge perché gli enti religiosi ottengano il riconoscimento civile, accanto al fine di culto (e presenti con la stessa rilevanza) siano comprese finalità di segno diverso. Anzi, l'equiparazione bilateralmente condivisa fra attività di religione o di culto e altre attività (ad esempio, di beneficenza e d'istruzione) sembra essere andata oltre, dato che, soprattutto negli ultimi accordi conclusi, compiti e funzioni che avrebbero dovuto rilevare solo dal punto di vista sociale sono stati poi ritenuti essere costitutivi della identità confessionale dell'ente richiedente la personalità giuridica civile.

Come 'apripista' di una simile tendenza si è proposto l'art. 12 della legge n. 449 dell'11 agosto 1984, relativa all'intesa valdese, che, nello stabilire la procedura amministrativa di riconoscimento degli enti del culto valdese, ha subordinato il conferimento della personalità giuridica protetta al possesso dei fini di culto, istruzione e beneficenza. In questo caso, come è evidente, è stata attribuita rilevanza alla presenza delle suddette finalità che congiuntamente debbono essere previste, perseguite e concretamente svolte dagli enti valdesi. Nella stessa scia anche l'art. 21 della legge n. 101 dell'8 marzo 1989, concernente l'intesa ebraica, che, pur fissando il fine di religione o di culto come primo criterio ordinatore per il riconoscimento della personalità giuridica in favore degli enti ebraici, ha rinviato alle indicazioni dell'art. 25 della stessa intesa, ove si precisa come, per la tradizione ebraica, le esigenze religiose sono tali da ricomprendere anche quelle di carattere assistenziale e culturale. Analogamente, pur nella diversità lessicale e terminologica delle formule adottate, può dirsi per gli enti evangelici, luterani, ortodossi, buddisti ed induisti, nelle intese concluse tra lo Stato e le relative rappresentanze confessionali. Si è di fronte, nella sostanziale generalità dei casi, ad enti che presentano come propri obiettivi di struttura, contemporaneamente, non solo la finalità di religione o di culto ma anche quella di assistenza e di istruzione, con la conseguenza della difficoltà nel distinguere, anche dal punto

quello oggettivo. Ciò perché solo quest'ultimo non si pone in contrasto con la natura degli enti non commerciali, anzi ne è il denominatore comune. Ne deriva che l'ente ecclesiastico può esercitare attività avente finalità lucrative a condizione, però, che non si preveda la distribuzione dei relativi utili. In dottrina A. FUCILLO, *Le nuove frontiere dell'ecclesiasticità degli enti. Struttura e funzione delle associazioni ecclesiastiche*, Napoli 1999, 50-51; A. MANTINEO, *Enti ecclesiastici ed enti non profit. Specialità e convergenze*, Torino 2001, 30-31; A. PEREGO, *Gli «enti religiosi civilmente riconosciuti» nel codice del terzo settore. Prime considerazioni su una categoria soggettiva dai confini incerti*, in *Jus*, 2017, 3, 501-503; P. PICCOLO, *Gli obblighi contabili degli enti ecclesiastici tra attività non profit e for profit*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 17 giugno 2013, 3-6.

di vista soggettivo, le attività istituzionali da quelle connesse, così da applicare le diverse agevolazioni legislativamente previste<sup>27</sup>.

Sembra chiaro che, con l'attivazione dello strumento pattizio, l'elemento religioso sia stato concepito in termini più estensivi rispetto alla stretta accezione di confessionalità delle attività realizzabili, al punto da includere aspetti non necessariamente comprimibili nella sola religiosità confessionalmente orientata<sup>28</sup>. Ovvero, in termini di maggiore accentuazione rispetto al tenore della legge n. 222 del 1985, è evidente la tendenza a proporre una forte connessione tra le attività direttamente strumentali al perseguimento della finalità di religione o di culto e le attività diverse<sup>29</sup>. Sostanzialmente, nell'accedere alla negoziazione bilaterale, le realtà confessionali di volta in volta interessate alla conclusione di un accordo con lo Stato hanno acconsentito alla sottoposizione dei propri enti al vaglio dell'ordinamento quanto all'effettiva sussistenza della finalità di religione o di culto, e, allo stesso tempo, hanno convenuto sulla soggezione al diritto comune delle attività 'extraecclesiastiche' realizzate dagli enti medesimi, pur se nel rispetto della struttura e delle finalità caratterizzanti l'ecclesiasticità degli organismi religiosi. Con la conseguenza per cui l'applicazione della legislazione speciale pattizia è venuta sempre più ad integrarsi con quella generale, impostasi in ragione dello svolgimento di attività di chiara impronta solidaristica e prefigurando una sempre più accentuata tendenza all'applicazione del diritto comune in luogo di quello speciale.

Un contributo in questa direzione è stato offerto anche dalla normativa di riforma del Terzo Settore, che, seppur disciplinando una realtà fattuale diversa e più ampia (quale risulta essere quella del mondo *no profit*), ha favorito l'abbandono della tradizionale distinzione tra attività ecclesiastiche ed attività secolari degli enti religiosi. Un risultato che è l'esito del superamento della «(...) diffidenza dell'ordinamento statale nei confronti delle attività degli enti ecclesiastici non strettamente rientranti nella religione e nel culto, nel contesto della più generale caduta della diffidenza – o quantomeno della

<sup>27</sup> A. MANTINEO, *Enti ecclesiastici ed enti non profit. Specificità e convergenze*, cit., 47.

<sup>28</sup> In dottrina si veda P. CONSORTI, *Il nuovo Codice del Terzo settore e la disciplina degli «enti religiosi»*, in G. DAMMACCO e C. VENTRELLA (a cura di), *Religioni, diritto e regole dell'economia*, Bari 2018, 209, per il quale, a testimonianza di tale tendenza interpretativa, starebbe la normativa europea attuale (ad esempio, l'art. 17 Tfu), che punta all'accorpamento dei soggetti religiosi/confessionali e di quelli filosofici/umanisti in un unico insieme concettuale.

<sup>29</sup> Secondo P. CONSORTI, *L'impatto del nuovo Codice del Terzo settore sulla disciplina degli «enti religiosi»*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 4/2018, 16, «(...) si propone ancora una volta la necessità di sciogliere il nodo gordiano prodotto dall'intreccio apparentemente inestricabile fra "finalità" e "attività" dell'ente ecclesiastico civilmente riconosciuto, che in termini pattizi è certamente spostato su una prevalente valutazione del profilo soggettivo, mentre la legge unilaterale privilegia la valutazione di aspetti oggettivi. Che hanno ad esempio condotto la giurisprudenza ad ammettere la soggezione degli enti ecclesiastici "oggettivamente imprenditori" alla disciplina dell'impresa (...)».

indifferenza – dell'ordinamento stesso nei confronti delle entità non aventi finalità *for-profit*<sup>30</sup>».

In realtà, pure al netto delle evoluzioni interpretative che potranno essere realizzate assecondando l'accennata tensione verso la legislazione generale, al fine di consentire agli organismi ecclesiali presenti nel territorio nazionale di far riferimento ad una disciplina più congruente con le specifiche attività da essi poste in essere di volta in volta, in ogni caso, per l'ordinamento civile l'espressione 'fine di religione o di culto' perseguito dagli enti ecclesiastici dovrà continuare ad essere necessaria. Ciò per soddisfare l'esigenza (attuale e non venuta meno) di riconoscere e garantire meglio la tutela particolare di tali enti, ancorandola a buone ragioni. L'ordinamento statale non dovrebbe mai spingersi fino al punto di conferire un preciso ed univoco significato normativo alla finalità di religione o di culto, cosicché l'espressione che le richiama «(...) non potrà che riflettere la (e adattarsi alla) esperienza/tradizione di ciascuna religione. Lo Stato, dal canto suo, può procedere essenzialmente per sottrazione, se così può dirsi, cioè operando una delimitazione al negativo di quell'espressione e di quei fini, indicando gli ambiti e le attività che ne restano fuori 'agli effetti civili', perché comunque ricompresi nei compiti e nelle competenze dei soggetti istituzionali della Repubblica<sup>31</sup>».

4. *Conclusioni.* – Ciò detto, è comunque un dato di fatto che l'evoluzione della legislazione bilateralmente convenuta sia stata tale, nel partire dall'ovvia valorizzazione degli enti con finalità spirituali, da spingere la disciplina speciale disegnata per le persone giuridiche ecclesiastiche verso il diritto comune, con l'applicazione anche ad esse delle disposizioni relative alle associazioni con finalità di utilità sociale e di matrice solidaristica. Ovvero, all'iniziale richiesta di una regolamentazione particolare a beneficio degli enti ecclesiastici, motivata dalla necessità di «(...) godere all'interno dell'ordinamento di tanta libertà e di tanto potere quanti ne occorre per perseguire le proprie finalità e provvedere al pieno soddisfacimento degli interessi che sono alla base della propria esistenza<sup>32</sup>», ha fatto seguito – pur nella conservazione degli elementi principali della disciplina pattizia – la consapevolezza dell'attrattività della legislazione generale. Ciò appare confermato oltre che dai provvedimenti normativi in tema di volontariato (legge n. 266 dell'11 agosto 1991), di cooperative sociali (legge n. 381 dell'8

<sup>30</sup> Così G. DALLA TORRE, *Enti ecclesiastici e Terzo settore. Annotazioni prospettiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 16/2018, 10.

<sup>31</sup> Si esprime in questi termini P. FLORIS, *Associazioni ed enti nell'agire solidale. Le risposte del diritto canonico e del diritto ecclesiastico*, in G. BONI, E. CAMASSA, P. CAVANA, P. LILLO, V. TURCHI (a cura di), *Recte sapere. Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, vol. II, Torino 2014, 940.

<sup>32</sup> Così M.C. FOLLIERO, *Enti religiosi e non profit tra welfare State e welfare community. La transizione*, Torino 2002, 142.

novembre 1991), di organizzazioni non lucrative di utilità sociale (Decreto legislativo n. 460 del 4 dicembre 1997), di associazioni di promozione sociale (legge n. 383 del 7 dicembre 2000), di impresa sociale (Decreto legislativo n. 155 del 24 marzo 2006), intervenuti in un arco di tempo ben definito<sup>33</sup>, anche dalle più recenti scelte di merito nella disciplina del ‘Terzo Settore’ effettuate con l’adozione della citata legge-delega n. 106 del 2016 e, poi, del successivo Decreto legislativo n. 117 del 2017.

Siamo di fronte, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, ad una disciplina generale che ha consentito alle Chiese di eludere la regolamentazione speciale sugli enti religiosi riconosciuti, così da permettere alle loro diramazioni periferiche e alle loro strutture associative di muoversi agevolmente nella società e nel mercato, avvalendosi del diritto comune, soprattutto di quello intervenuto per disciplinare gli organismi solidaristici<sup>34</sup>. Peraltro, l’attrazione degli enti ecclesiastici nel mondo del ‘Terzo Settore’ può ben dirsi essere la naturale conseguenza del venir meno del disfavore manifestato nei confronti delle formazioni sociali intermedie in epoca liberale e durante il regime fascista, sostenendo, da un lato, l’introduzione a livello ordinamentale delle segnalate nuove figure associative di matrice solidaristica (di cui si sono avvalse anche le Chiese per la realizzazione delle loro attività extraecclesiastiche)<sup>35</sup> e, dall’altro, un generale ripensamento delle esigenze fondanti il particolare riconoscimento civile degli enti ecclesiastici<sup>36</sup>.

Sembra emergere, in modo abbastanza netto, il progressivo superamento della considerazione della legislazione speciale come mezzo di disciplina della particolare condizione degli enti religiosi, dato che il diritto comune è venuto a proporsi in una prospettiva di maggiore garantismo e di più ampie possibilità operative per l’azione sociale degli organismi periferici confessionali<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> L’introduzione di questa varietà di modelli, seppur importanti per lo sviluppo dell’economia sociale e per l’implementazione delle attività solidali degli enti ecclesiastici, potrebbe essere tale da determinare un proliferare di forme associative di riferimento, con una molteplicità di implicazioni giuridiche e con un possibile, ed a volte inevitabile, disorientamento normativo ed ermeneutico. Di conseguenza, come già detto in precedenza, la categoria giuridica dell’ente ecclesiastico civilmente riconosciuto, pur costituendo il presupposto per la realizzazione di nuovi modelli, potrebbe esporsi ad una crisi di identità, con il rischio di una destrutturazione normativa della fattispecie. Cfr. G. RIVETTI, *Enti ecclesiastici e ammissibilità alle procedure concorsuali: profili interordinamentali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 32/2014, 20 ottobre 2014, 14-15.

<sup>34</sup> A. MANTINEO, *Il Codice del terzo settore: punto di arrivo o di partenza per la palingenesi degli enti religiosi?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 27/2018, 18.

<sup>35</sup> G. RIVETTI, *Enti no-profit religiosi e ordinamento tributario. Proliferazione di nuovi modelli associativi e disorientamento ermeneutico*, in *Dir. Eccl.*, 2006, 1-2, 187.

<sup>36</sup> G. D’ANGELO, *Enti ecclesiastici-confessionali e religiosi tra «fine di religione e di culto» ed «attività di interesse generale». A proposito di un rapporto in continua tensione*, in M.L. TACELLI e V. TURCHI (a cura di), *Studi in onore di Piero Pellegrino. Scritti di diritto canonico ed ecclesiastico*, vol. I, Napoli 2009, 465.

<sup>37</sup> R. BENIGNI, *L’ente ecclesiastico tra specialità e diritto comune. Affrancamento della disciplina*

Si pensi, ad esempio, all'evoluzione positiva che ha riguardato la disciplina degli oratori, teoricamente suscettibili di inquadramento tra gli enti ecclesiastici, ma mai oggetto di una loro specifica considerazione da parte della legislazione concordataria. Per essi, con la legge n. 206 del 1° agosto 2003, si è operata l'attrazione nell'ordine dello Stato di un fenomeno associativo essenzialmente spirituale, constatando l'avvenuta secolarizzazione degli oratori quale conseguenza del perseguimento di fatto di finalità ricreativo-assistenziali (sport, tempo libero, solidarietà, promozione sociale, disagio minorile, ecc., come previsto dall'art. 1, cpv., della legge n. 206/2003) rientranti ormai nei compiti dello Stato sociale e, quindi, meritevoli della disciplina e della tutela unilaterale prestata a realtà analoghe<sup>38</sup>.

Sotto questo profilo, si può far riferimento anche alle c.d. *società benefit*, previste dalla legge di stabilità per il 2016 (legge n. 208 del 28 dicembre 2015, commi 376-384), con l'intento di introdurre nel nostro ordinamento giuridico una nuova disciplina volta a favorire la diffusione di modelli imprenditoriali che uniscono lo scopo di lucro con l'obiettivo di migliorare il contesto ambientale e sociale nel quale operano. Una disciplina che incide sul modello economico e imprenditoriale tipico delle società – rappresentato dalla finalità di creare valore nell'interesse esclusivo dei soci – coniugando la necessità di perseguire risultati economici con quella di soddisfare finalità diverse, attraverso un impiego responsabile e sostenibile delle risorse necessarie allo svolgimento del processo produttivo. In questo senso, la legge non crea un nuovo tipo societario, potendo la *società benefit* assumere la veste giuridica di una qualsiasi società prevista dal codice civile, ma delinea un quadro normativo in cui la duplice finalità del profitto e del beneficio comune si declina nell'oggetto sociale, nella *governance* dell'impresa e nell'implementazione delle sue attività. Viene così identificato un soggetto imprenditoriale che svolge un'azione teleologicamente orientata oltre al mero profitto, nella misura in cui essa è anche indirizzata a scopi umanitari, sociali ed ambientali<sup>39</sup>.

Con le *società benefit*, si è di fronte a strutture societarie, disciplinate dal diritto comune, che ben potrebbero valorizzare le appartenenze confessionali, dato che in esse la libertà religiosa potrebbe fornire un valido criterio di valutazione in ordine alla definizione di 'beneficio comune' e alla ricorrenza in esse del correlativo requisito. Peraltro, con la proposta di questo nuovo contenitore societario, ad opera dalla legislazione generale, si conferisce agli enti delle confes-

*giuridica dell'ente dal suo connotato teleologico-soggettivo: conseguenze pratiche e profili di legittimità*, in *Dir. Eccl.*, 1998, 1, 633-634.

<sup>38</sup> N. COLAIANNI, *Laicità e prevalenza delle fonti di diritto unilaterale sugli accordi con la Chiesa cattolica*, in *Pol. dir.*, 2010, 2, 189.

<sup>39</sup> A. FUCILLO, *La Koinè giuridica tra economia, diritto e funzione nomopoietica delle religioni*, in G. DAMMACCO e C. VENTRELLA (a cura di), *Religioni, diritto e regole dell'economia*, cit., 40.

sioni religiose prive di accordo con lo Stato una ulteriore possibilità di presenza sociale, estendendone le opportunità operative concrete<sup>40</sup>.

Queste riflessioni suggeriscono di non trascurare come, a seguito della riforma del Terzo Settore, le norme di diritto comune, oltre a svolgere una funzione integrativa rispetto alle indicazioni offerte dalla legislazione pattizia, abbiano anche favorito l'emersione delle attività secolari degli enti ecclesiastici, ponendo un freno alla pregressa tendenza al mimetismo di esse all'interno delle attività culturali *tout court*, giustificato dall'esigenza di fruizione delle norme tributarie più favorevoli. Ovvero, si è prodotto il risultato positivo di una maggiore trasparenza nella gestione degli enti religiosi, che, messi in grado di utilizzare i benefici offerti dalla legislazione generale, hanno avuto un disincentivo nel proporsi in forme non corrispondenti alla loro identità spirituale e alla loro concreta azione sociale<sup>41</sup>.

Ciò detto, va conclusivamente evidenziato come l'avvenuta affermazione del diritto comune risulti essere in linea con il modello complessivo di relazioni tra lo Stato e le confessioni religiose disegnato dalla Carta costituzionale. Un modello basato sulla legge unilaterale (laica ed egualitaria) temperata da accordi, in una logica per cui l'individuazione e la costruzione della specialità può determinarsi anche, e soprattutto, a mezzo del diritto generale, ovvero attraverso norme che tutelano e promuovono l'associazionismo sociale (pur se spiritualmente caratterizzato) impegnato nella promozione della persona umana, nell'adempimento dei doveri di solidarietà economica e sociale, nella determinazione del progresso materiale e spirituale della convivenza giuridicamente organizzata.

<sup>40</sup> A. FUCILLO, *Superare la sola eguaglianza formale: verso la libertà religiosa delle opportunità*, in A. FUCILLO (a cura di), *Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità. Modelli di disciplina giuridica*, Napoli 2017, 70.

<sup>41</sup> La preoccupazione evocata può dirsi reale, dato che, nel loro proporsi come protagonisti centrali della società civile, gli enti ecclesiastici, nel momento in cui operano come soggetti del 'Terzo Settore' erogando prestazioni riconducibili a finalità diverse da quelle di religione o di culto, potrebbero esporsi ad uno snaturamento dei motivi giustificanti la loro diversità. Ovvero, si potrebbe ipotizzare una mitigazione di fatto della loro dimensione religiosa, a vantaggio del perseguimento di finalità secolari, anche distanti da quelle caratterizzanti l'ecclesiasticità degli enti. In realtà, questa preoccupazione non avrebbe fondamento nel momento in cui la tendenza all'applicazione del diritto comune diviene sempre più forte e, parallelamente ad essa, l'emersione delle forme organizzative e delle attività esplicite si presenta essere sempre più nitida.



## ABSTRACT

**Paolo Carnevale**, *Guerra, Costituzione e legge. Qualche riflessione sul trattamento costituzionale della guerra anche alla luce della recente legge sulle missioni internazionali*

Lo scritto si propone di esaminare la recente legge n. 145 del 2016 sulle missioni internazionali, con particolare riferimento a quelle militari, cercando di affrontare i tanti profili di più diretto interesse costituzionalistico della nuova disciplina. Lo fa inquadrando l'analisi nell'orizzonte più generale dei rapporti fra guerra, Costituzione e legge, la cui complessiva ricostruzione è fortemente influenzata dal ruolo conformativo della prassi.

Della legge in questione vengono esaminati i diversi nodi critici riguardanti il ruolo assunto nel processo decisionale relativo alla partecipazione a missioni militari internazionali dai diversi organi costituzionali coinvolti – Governo, Presidente della Repubblica (e Consiglio supremo di difesa) e Parlamento – e il modo di atteggiarsi dei reciproci rapporti. Particolare attenzione è data al problema della forma dell'autorizzazione parlamentare, già in origine affrontato in dottrina con riferimento al disposto dell'art. 78 della Costituzione, sottoponendo a serrata indagine la soluzione oggi prescelta dal legislatore.

Ne emerge, nel complesso, l'alta densità costituzionalistica del nuovo testo legislativo, cui forse gli studiosi della materia han sin qui riservato minore attenzione di quella che essa avrebbe richiesto.

*War, Constitution and Law. Some Reflections on the Constitutional Treatment of War, also in Light of the Recent Law on International Missions*

The paper aims to examine the recent law no. 145 of 2016 on international missions, with particular reference to military ones, trying to address the many profiles of more direct constitutional interest of the new discipline. It does so by contextualizing the analysis within the more general framework of the relations between war, Constitution and law, whose overall reconstruction is strongly influenced by the conforming role of practice.

Of the law in question, we examine the various critical issues regarding the

role played in the decision-making process concerning participation in international military missions by the various constitutional bodies involved – Government, President of the Republic (and Supreme Defence Council) and Parliament – and their mutual relations. Particular attention is given to the problem of the form of parliamentary authorization, which was originally dealt with by doctrine with reference to the provisions of Art. 78 of the Constitution, subjecting the solution chosen today by the legislator to close scrutiny.

Overall, what emerges is the high constitutional density of the new legislative text, to which scholars of the subject have so far paid perhaps less attention than it would have required.

**Fabio Saitta**, *La «nuova» direzione delle aziende sanitarie: piccoli passi verso un'autentica meritocrazia?*

Muovendo dalla premessa che, pur godendo di amplissimi poteri di gestione, raramente il direttore generale è stato in grado di governare in totale autonomia, anche a causa del persistente controllo esercitato su di esso dai partiti politici, l'A. analizza i procedimenti di nomina dei vertici aziendali e di conferimento degli incarichi di direzione di struttura complessa per valutare se i recenti correttivi apportati dal legislatore siano stati sufficienti per individuare un rinnovato punto di equilibrio tra fiduciarità ed imparzialità delle varie nomine.

La conclusione a cui si perviene al termine dell'indagine è che le nuove modalità di selezione della dirigenza sanitaria debbano evolvere ulteriormente verso un modello nettamente meritocratico/concorsuale, a discapito del vigente modello tendenzialmente politico/fiduciario, inadatto a garantire che il potere di scelta venga esercitato al riparo da indebite pressioni politiche.

*The "New" Management of Healthcare Companies: Small Steps Towards Authentic Meritocracy?*

Starting from the premise that, while enjoying very broad management powers, the general manager has rarely been able to govern in total autonomy, partly because of the persistent control exercised over him/her by political parties, the Author analyzes the complex structure of the procedures for the appointment of top management positions and the assignment of management roles in order to assess whether the recent corrective measures introduced by the legislator have been sufficient to identify a renewed point of balance between trust and impartiality of the various appointments.

The conclusion reached at the end of the investigation is that the new methods of selecting healthcare management professionals must evolve further towards a clearly merit-based / competition model, to the detriment of the current tendentially political / fiduciary model, which is unsuitable for guaranteeing that the power of choice be exercised away from undue political pressure.

**Elisa Olivito**, *L'eccezione che conferma la regola. Le azioni di mero accertamento di diritti costituzionali e l'incidentalità costituzionale come misura*

Il saggio si interroga sulla possibilità di contestare direttamente la costituzionalità di una legge, per il tramite di questioni di legittimità costituzionale sollevate nel corso di azioni di mero accertamento preventivo di diritti costituzionali. Auspicando la necessaria prudenza della Corte costituzionale nell'ammettere le questioni sollevate tramite tali azioni, l'Autrice sottolinea i costi che si avrebbero nel lungo termine, se tali questioni fossero ammesse al di fuori dell'ipotesi delle cosiddette zone franche: l'approdo verso un controllo di costituzionalità preventivo e astratto e la sovraesposizione del giudice costituzionale.

*The Exception that Proves the Rule. Declaratory Judgment Actions of Constitutional Rights and the Incidental Constitutional Review as a Measure*

The essay investigates the possibility of directly challenging the constitutionality of a law, through questions of constitutionality raised in the course of declaratory judgements concerning constitutional rights. In calling for the Constitutional Court's necessary caution in accepting questions raised through these actions, the Author points out the long-term costs that would be expected, if these questions were accepted outside the so-called *zone franche* hypothesis: the movement towards a pre-emptive and abstract control of constitutionality and the overexposure of the Constitutional Court.

**Giancarlo Caporali**, *Alla ricerca dell'archetipo dello Stato sociale. Lo Stato industriale di Claude Henry de Saint-Simon: la funzione sociale del bilancio per l'assistenza ai proletari e ai poveri*

Questo saggio si propone di offrire un'analisi critica di alcuni aspetti salienti della concezione filosofica di Claude Henry de Saint-Simon mai lumeggiati in precedenza dalla dottrina filosofica e giuridica. Prendendo in considerazione la relazione fra i tre concetti fondamentali di società, Costituzione e assistenza ai poveri e ai proletari, esso dimostra come lo Stato industriale sansimoniano possa considerarsi una sorta di archetipo dello Stato sociale. Questa strategia di indagine mette in luce come già all'inizio dell'Ottocento, di fronte ai problemi sociali, sull'onda delle concezioni eudemonistiche dell'Illuminismo, si pensava che lo Stato dovesse intervenire a favore delle categorie sociali più deboli mettendo al primo posto, nella decisione annuale di bilancio, le spese in favore dei poveri e dei proletari, anche ponendo come chiave di volta dello sviluppo sociale un gigantesco piano di opere pubbliche, da introdurre come primo articolo della Costituzione. Muovendo da un concetto originalissimo di Costituzione, emerge la formulazione teorica di un sistema assistenziale destinato a rigenerare la Nazione francese.

*In Search of the Archetype of the Welfare State. The Industrial State of Claude Henry de Saint-Simon: the Social Function of the Budget for Assisting the Proletarians and the Poor*

This essay aims at offering a critical analysis of some salient aspects of the philosophical conception of Claude Henry de Saint-Simon never highlighted before by the philosophical and juridical doctrine. Taking into consideration the relationship between the three fundamental concepts of society, Constitution and assistance to the poor and the working class, it demonstrates how the Sansimonian industrialized State can be considered a sort of archetype of the welfare State. The strategy of investigation highlights how at the beginning of the nineteenth century, in the face of social problems and on the wave of the eudemonistic concepts of the Enlightenment, it was thought that the State should intervene in favour of the weaker social categories by giving priority in the annual budget decision to the expenses in aid of the poor and the workers, in particular by creating a colossal plan for public works as the keystone of social development, to be introduced as the first article of the Constitution. Building on a very original concept of Constitution, the theoretical formulation emerges for a welfare system destined to regenerate the French nation.

**Rosario Ferrara**, *Ambiente e salute. Brevi note su due “concetti giuridici indeterminati” in via di determinazione: il ruolo giocato dal “patto globale per l’ambiente”*

Il lavoro esamina i concetti di “salute e ambiente” cercando di coglierne le affinità e le diversità. Il diritto alla salute è certo di più antico insediamento e, pertanto, di più agevole determinazione laddove il concetto-valore di ambiente evidenzia un “nuovo” diritto, rivelandosi molto spesso indeterminato. Il che rende meno incisive le politiche volte a tutelarlo e più ardua la tutela giudiziale dei soggetti soprattutto dinanzi all’emergenza dei cambiamenti climatici. In questo senso, è stata certamente la proiezione del diritto alla salute nella forma di un diritto ad un ambiente salubre ad implementare le chances di tutela dell’ambiente. A questo fine viene esaminato il progetto di “patto globale per l’ambiente” onde metterne in luce gli elementi di maggior novità e la sua capacità di meglio definire, sul piano tecnico-giuridico, concetti e valori suggestivi ma non sempre caratterizzati da un’adeguata qualificazione sul piano del diritto positivo.

*Environment and Health. Brief Remarks on Two “Indeterminate Juridical Concepts” in the Process of Being Determined: the Role Played by the “Global Environmental Pact”*

The essay considers the concepts of health and environment, trying to grasp the affinities and the differences between them. The right to health was one of the first to be established and is consequently more easily definable, whereas the concept-value of environment highlights a new right, revealing itself as an imprecise and undetermined concept. The indeterminacy of the concept-value of en-

vironment makes the protection policies less effective and the legal protection of individuals more difficult, especially in the face of the great emergency of climate change. In this regard, it has been the extension of the right to health to include the right to a healthy environment which has implemented the environmental protection. To this end, the global environmental pact project is examined in order to clarify its most innovative elements and, above all, its ability to better define on a technical-juridical level the concepts and values which are fascinating but not always appropriately qualified in terms of positive law.

**Marco Parisi**, *Enti religiosi e 'Codice del Terzo Settore': verso il superamento della specialità pattizia delle persone giuridiche ecclesiastiche*

L'avvenuta emanazione del 'Codice del Terzo Settore' costituisce un ulteriore passaggio cui si è giunti nel nostro ordinamento per valorizzare l'apporto offerto dalle formazioni sociali nella garanzia e nell'attuazione di alcuni fondamentali principi costituzionali. A mezzo delle più recenti riforme legislative, si è determinato il definitivo venir meno dei pregressi ostacoli normativi al contributo delle comunità spirituali e degli enti religiosi nelle attività assistenziali e di utilità sociale. Tuttavia, proprio nella riformulazione legislativa del 'Terzo Settore', si sono definite diverse deroghe al rispetto della normativa speciale che, dal 1984 ad oggi, è stata bilateralmente convenuta tra Stato e Chiese per la disciplina degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti. Si è di fronte, quindi, ad una vera e propria tendenza al superamento del trattamento particolare degli enti religiosi che, grazie alle nuove indicazioni legislative, sono in condizione di fruire di maggiori possibilità operative e di una più soddisfacente presenza in settori connessi ai propri tradizionali ambiti d'azione.

*Religious Bodies and the 'Third Sector Code': Towards the Overcoming of the Special Treatment of Ecclesiastical Juridical Persons*

The enactment of the 'Third Sector Code' constitutes a further step which has been reached in our system to enhance the contribution offered by social organizations in guaranteeing and implementing some fundamental constitutional principles. By means of the most recent legislative reforms, the definitive disappearance of previous regulatory obstacles to the contribution of spiritual communities and religious bodies in welfare and social utility activities has been resolved. However, precisely in the legislative reformulation of the 'Third Sector', various derogations have been defined with respect to the special legislation that, from 1984 to the present, has been bilaterally agreed between the State and the Churches for the discipline of civilly recognized ecclesiastical bodies. We are, therefore, faced with a real tendency to overcome the particular treatment of religious bodies which, thanks to the new legislative indications, are in a position to benefit from greater operational possibilities and a more satisfying presence in sectors connected to their traditional areas of action.



## NOTIZIE SUGLI AUTORI

PAOLO CARNEVALE, Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi Roma Tre

FABIO SAITTA, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università “Magna Graecia” di Catanzaro

ELISA OLIVITO, Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico, “Sapienza” Università di Roma

GIANCARLO CAPORALI, Ricercatore confermato di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Macerata

ROSARIO FERRARA, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Torino

MARCO PARISI, Professore associato di Diritto ecclesiastico e canonico, Università degli Studi del Molise

La Rivista «Diritto e Società» – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansone e da Cedam.

«Diritto e Società» è dotata di un Codice etico e di un Regolamento, pubblicati sul sito web della Editoriale Scientifica all'indirizzo:

<http://www.editorialescientifica.com/diritto-e-societa.html>.

*Estratto dal Regolamento della Rivista*

ARTICOLO 2

(Tipologia dei contributi)

1. I contributi sono proposti per la pubblicazione dai componenti del Comitato di Direzione e del Comitato Scientifico. Il proponente ne accerta previamente la scientificità e la pertinenza con l'area tematica della Rivista.
2. «Diritto e Società» non accetta contributi già pubblicati su altre Riviste, anche telematiche. Gli Autori, sottoponendo il contributo a «Diritto e Società», si impegnano a non proporlo o pubblicarlo su altre Riviste, anche telematiche.
3. Possono essere proposti per la pubblicazione, sulla quale decide il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, contributi in corso di stampa in volumi collettanei.
4. I contributi inviati alla Rivista dall'Autore di sua iniziativa sono vagliati dal Direttore responsabile, il quale può anche sottoporli a uno o più componenti del Comitato di Direzione.
5. Tutti i contributi, tranne le *Recensioni*, sono sottoposti al procedimento di revisione di cui all'art. 3. Il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, può eccezionalmente decidere di non sottoporre a revisione un contributo; della circostanza è dato conto nella prima nota a pie' di pagina.

ARTICOLO 3

(Procedimento di revisione)

1. I contributi proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono sottoposti a un procedimento di revisione tra pari, almeno a singolo cieco (*single blind*).
2. Essi, dopo essere stati resi eventualmente anonimi, sono inviati dal Direttore responsabile a due *referee* scelti nell'ambito di un elenco, periodicamente aggiornato, di professori di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica. L'elenco dei valutatori impegnati nell'ultimo triennio è annualmente pubblicato assieme all'ultimo fascicolo della Rivista.
3. In casi eccezionali, il Direttore responsabile può individuare uno dei due *referee* anche tra i componenti del Comitato Scientifico.
4. Il *referee* valuta l'ampiezza e l'originalità della trattazione, la chiarezza dell'analisi critica, la familiarità con la letteratura, anche straniera, più rilevante sul tema, la correttezza dell'uso delle fonti e del metodo. A tal fine, a ciascun *referee* è inviata, assieme al contributo, una Scheda per la valutazione.



5. Il *referee* esprime la propria valutazione inviando la Scheda compilata all'indirizzo *e-mail* del Comitato di Direzione, entro il termine indicato dal Direttore responsabile.
6. Nel caso di dichiarata indisponibilità del *referee* o di mancato rispetto del termine per la revisione, il Direttore responsabile provvede a sostituire il *referee*.
7. Il *referee* può ritenere il contributo pubblicabile, non pubblicabile, pubblicabile con modifiche, pubblicabile con suggerimenti. Le modifiche o i suggerimenti sono inviati dal Direttore responsabile all'Autore, il quale resta libero di seguire o meno i suggerimenti.
8. Nel caso uno solo dei due *referee* ritenga il contributo non pubblicabile, la decisione sulla pubblicazione è presa dal Direttore responsabile, anche sentito uno o più componenti del Comitato di Direzione.
9. Il Direttore responsabile custodisce, in formato elettronico, copia di tutte le Schede di valutazione e delle *e-mail* con cui sono state ricevute.

---

Il Comitato di Direzione e il Comitato di Redazione hanno sede in Roma presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

e-mail del Comitato di Direzione: [dirittoesocieta@gmail.com](mailto:dirittoesocieta@gmail.com)

e-mail del Comitato di Redazione: [dirittoesocieta.red@gmail.com](mailto:dirittoesocieta.red@gmail.com)

#### AMMINISTRAZIONE

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. 081 5800459

[www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com)

#### DIRETTORE RESPONSABILE

Maria Alessandra Sandulli

#### ABBONAMENTI

All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.

email: [editoriale.abbonamenti@gmail.com](mailto:editoriale.abbonamenti@gmail.com)

Abbonamento 2020: Italia euro 120,00, estero euro 300,00

#### REGISTRAZIONE

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di ottobre 2019  
da *La Buona Stampa* – Napoli