

DIRITTO E SOCIETÀ

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

III serie - 2/2012

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli
Beniamino Caravita di Toritto
Antonio D'Atena
Massimo Luciani
Franco Modugno
Giuseppe Morbidelli
Marco Ruotolo
Federico Sorrentino

Comitato scientifico

Marino Breganze
Piero Alberto Capotosti
Paolo Carnevale
Marta Cartabia
Giuseppe de Vergottini
Pietro Giuseppe Grasso
Natalino Irti
Anne-Marie Le Pourhiet
Stelio Mangiameli
Leopoldo Mazzarolli
Manlio Mazziotti
Jorge Miranda
Giovanni Sartori
Dian Schefold
Franco Gaetano Scoca

Redazione

Francesco Crisafulli
Daniele Chinni
Tatiana Guarnier

SOMMARIO 2/2012

saggi

- Stefania Mabellini, *La "valorizzazione" come limite costituzionale alla dismissione dei beni culturali pubblici e come "funzione" della proprietà pubblica del patrimonio storico-artistico* 203
- Giovanna Perniciaro, *Il (mancato) seguito delle decisioni giurisprudenziali in materia di cumulo dei mandati da parte degli organi parlamentari* 233
- Eleonora Rinaldi, *Riflessioni sulla ragionevole applicazione della insindacabilità parlamentare* 251
- Luca Vespignani, *Leale collaborazione intersoggettiva: una regina senza terra?* 291

osservatorio

- Pietro Giuseppe Grasso, *Sulle controversie istituzionali* 315
- Paolo Maddalena, *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni* 337

attualità

- Maria Alessandra Sandulli, *Riflessioni sulla responsabilità civile per le violazioni di legge commesse dagli organi giudiziari* 385

recensioni

- Riccardo Guastini, *Alessandro Pizzorusso sulle fonti e l'interpretazione* 413

LA “VALORIZZAZIONE” COME LIMITE COSTITUZIONALE ALLA DISMISSIONE DEI BENI CULTURALI PUBBLICI E COME “FUNZIONE” DELLA PROPRIETÀ PUBBLICA DEL PATRIMONIO STORICO-ARTISTICO

SOMMARIO: 1. Proprietà e Costituzione – 2. Il problematico inquadramento dei beni culturali pubblici – 3. Le prime aperture normative alla privatizzazione del patrimonio culturale pubblico – 4. La condizione giuridica del bene culturale privatizzato – 5. La questione dei limiti costituzionali alla dismissione del patrimonio culturale pubblico – 6. La “valorizzazione” come funzione del patrimonio culturale pubblico – 7. Il versante regionale della privatizzazione – 8. “Federalismo demaniale” e “valorizzazione”.

1. *Proprietà e Costituzione*

La via della privatizzazione del patrimonio immobiliare pubblico, perseguita come ordinario strumento di risanamento della finanza, ha rappresentato, come noto, specie nell’ultimo ventennio, una costante, condivisa trasversalmente dalle maggioranze di diverso colore politico, mentre ad avvicinarsi sono state, tutt’al più, le concrete modalità di realizzazione (dalla vendita diretta a quella indiretta tramite società veicolo, passando per i fondi d’investimento immobiliare¹), preferite, di volta in volta, in ragione della ritenuta capacità di conseguire tempestivi e soddisfacenti obiettivi economici.

Né sembra che questo processo sia destinato ad arrestarsi, permanendo, fors’anche aggravate, le condizioni che ne hanno propiziato il “successo”².

¹ Cfr., V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici*, in *Enc. giur.*, Roma 2004, 13.

² Si consideri la recente approvazione del d.l. 27 giugno 2012, n. 87, recante “Misure urgenti in materia di efficientamento, valorizzazione e dismissione del patrimonio pubblico, di razionalizzazione dell’amministrazione economico-finanziaria, nonché misure di rafforzamento del patrimonio delle imprese del settore bancario”, il cui art. 2 apporta

Tuttavia, se la cura della finanza pubblica passa attraverso il dimagrimento del patrimonio immobiliare³, è quanto mai agevole constatare come, dalla medicina, scaturiscano non pochi nodi problematici. I quali possono efficacemente riassumersi nell'antagonismo tra lo statuto pubblico della proprietà e quello privato.

Che non si tratti, semplicemente, di due declinazioni dello stesso, unitario, concetto di proprietà, soggettivamente imputato ora ad un ente pubblico, ora ad un privato, è stato opportunamente rilevato dalla dottrina⁴ e recentemente ribadito dalla stessa giurisprudenza⁵.

modificazioni all'art. 33 (in materia di valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico) del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, "Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria", convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, pur mantenendone immutato il comma 5 (avente ad oggetto gli immobili sottoposti alle norme di tutela di cui al d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, in ordine ai quali, comunque, conferma l'applicazione degli artt. 12 e 112 dello stesso Codice dei beni culturali e del paesaggio, nonché dell'art. 5, comma 5, del d.lgs. 28 maggio 2010, n. 85). Da notare, peraltro, che, con un'operazione di dubbia legittimità costituzionale, il contenuto del d.l. n. 87 è confluito nel d.l. 6 luglio 2012, n. 95, recante "Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini (la c.d. *spending review*)", mediante la presentazione, in sede di approvazione del d.d.l. di conversione di quest'ultimo (la c.d. "*spending review*"), di un maxi emendamento interamente sostitutivo dell'art. 1, con cui è stato inserito un nuovo Titolo V-bis (artt. 23-bis ss.), comprendente, appunto, il testo del d.l. n. 87 (c.d. "*dismissioni*"). La legge di conversione del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, la n. 135 del 7 agosto 2012, è stata pubblicata nella G.U. n. 189 del 14 agosto 2012.

³ Cfr., F. FRANCIARIO, *Privatizzazioni, dismissioni e destinazione "naturale" dei beni pubblici*, in *Ann. ass. it. prof. dir. amm.* 2003, Milano, 2004, 209, il quale osserva condivisibilmente che, a differenza della disciplina della privatizzazione di enti ed imprese, «quella relativa al patrimonio pubblico non viene dettata sulla scorta della normativa comunitaria che impone la liberalizzazione dei mercati, ma nasce proprio ed unicamente al fine di rispondere all'esigenza di ridurre il disavanzo del bilancio pubblico».

⁴ V., F. SANTORO-PASSARELLI, *Proprietà*, in *Enc. del Novecento*, (1980) [http://www.treccani.it/enciclopedia/proprietà_\(Enciclopedia-Novecento\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/proprietà_(Enciclopedia-Novecento)/). In senso diverso, v., M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma 1963, 125, il quale afferma che «tra le proprietà individuali pubblica e privata le differenze sono minime, così come lo sono tra le proprietà collettiva o divisa, pubblica e privata», mentre la nozione di "proprietà pubblica" «si [rivelerebbe] poco più che un espediente verbale» (pag. 28). Anzi, lo stesso A. (ID., *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971) afferma che l'espressione "proprietà pubblica" fu introdotta «per spiegare la natura (o la struttura) dei poteri dominicali sui beni demaniali, ma coloro che la introdussero, in ultima risultanza, non riuscirono a spiegare proprio nulla», in quanto l'espressione è «non normativa ma dottrinarica, carica di oscurità e riserve» (pag. 452).

⁵ V., sent. Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2011, n. 3811, ove si evidenzia che «l'art. 42 Cost., pur essendo centrato prevalentemente sulla proprietà privata, esordisce sulla significativa affermazione secondo cui la proprietà "è pubblica o privata", il che costituisce un implicito riconoscimento di una diversità di fondo tra i due tipi di proprietà».

Se è vero, infatti, che la proprietà pubblica, pur nelle diverse sfumature del regime giuridico⁶, deve essere strutturalmente orientata alla destinazione pubblica, può concludersi che quest'ultima ne compenetri dall'interno il contenuto, il quale non può tradursi in termini di diritto soggettivo, ma, piuttosto, di funzione⁷.

Un contenuto, questo, che, al contrario, sembrerebbe non attagliarsi alla proprietà privata.

Non che manchino, in verità, letture di segno contrario. Come noto, infatti, la Carta costituzionale rimette, tra l'altro, alla legge il compito di assicurarne la funzione sociale⁸. La quale, secondo una teoria proposta in dottrina, identificherebbe, di fatto, il contenuto stesso della proprietà privata⁹.

⁶ Cfr., S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1964, 152 ss.

⁷ Cfr., in questo senso, F. SANTORO-PASSARELLI, *Proprietà*, cit., che rileva che «la proprietà pubblica è per sé funzione pubblica, in quanto vincolata alla soddisfazione dell'interesse pubblico, di cui l'ente titolare è curatore. (...) Sotto il nome di proprietà vanno dunque, anche nel linguaggio giuridico, istituzioni diverse nella più intima essenza: rispetto al bene, la proprietà privata è diritto soggettivo e libertà, la proprietà pubblica è funzione e vincolo»; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici*, cit., 2, il quale osserva che «è proprio la loro appartenenza allo Stato e agli altri enti» a caratterizzare il regime giuridico dei beni pubblici «in misura preponderante nel senso del *dovere* anziché in quello del *diritto*». In argomento, cfr., inoltre, A. ROMANO, *Demianità e patrimonialità: a proposito dei beni culturali*, in V. CAPUTI JAMBRENGHI (a cura di), *La cultura e i suoi beni giuridici*, Milano 1999, 407 ss.; A. POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, in F.G. COCA, (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino 2008, 639 ss.; da ultimo, v., F. PEDRINI, *Note preliminari ad uno studio sui diritti costituzionali economici*, nel *Forum di Quaderni costituzionali*, 7 ss.

⁸ In argomento, v., M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 126, per il quale l'espressione «funzione sociale della proprietà» avrebbe carattere descrittivo: «i proponenti di questa formula in realtà [avrebbero] inteso attribuirle un significato enfatico: funzione sociale della proprietà individuale privata in correlazione o in contrapposizione alla funzione individuale che le era tradizionale». Diversamente, per S. RODOTÀ, *Art. 42*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1982, 111, non sarebbe possibile «ridurre il riferimento alla funzione sociale ad una innocua variazione lessicale».

⁹ V., S. RODOTÀ, *Proprietà (diritto vigente)*, in *Nss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 139 ss., che afferma che la funzione sociale «non [potrebbe] essere identificata con una specie di fascia *esterna* della proprietà, riservata alla collettività: essa si [presenterebbe] come espressione ellittica, unificatrice dei presupposti della qualificazione giuridica, tale da identificare il contenuto stesso della situazione considerata» (pag. 139); nel contempo, tuttavia, secondo l'A. (ID., *Art. 42*, cit., 111 ss.), non vi sarebbe opposizione insuperabile tra la nozione di funzione sociale e il carattere di diritto soggettivo assoluto rinvenibile nella proprietà; P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, 44, per il quale la funzione sociale rappresenterebbe una formula escogitata «col proposito

Come è stato, tuttavia, attentamente rilevato, la funzione sociale rappresenta lo scopo della disciplina limitatrice, non della proprietà¹⁰. Sembrerebbe, quindi, preferibile una ricostruzione della proprietà privata in termini – non di funzione, ma più correttamente – di diritto funzionale¹¹.

Su questa scia si colloca, altresì, la giurisprudenza costituzionale, la quale, in effetti, accoglie, della proprietà privata, la qualificazione in termini di «diritto soggettivo», pur avvertendo che la funzione sociale, «con il solenne riconoscimento avuto dalla Carta fondamentale, non può più essere considerata, come per il passato, quale mera sintesi dei limiti già esistenti nell'ordinamento positivo in base a singole disposizioni; essa rappresenta, invece, l'indirizzo generale a cui dovrà ispirarsi la futura legislazione»¹².

2. *Il problematico inquadramento dei beni culturali pubblici*

La Costituzione, che dedica, alla proprietà privata, un'articolata disciplina, riserva, al contrario, scarsa attenzione alla proprietà pubblica, riconoscendone appena l'esistenza (art. 42, comma 1)¹³.

d'integrare il dovere nella struttura stessa della situazione reale, e di una situazione reale concepita nei termini consacrati dalla tradizione come diritto di escludere gli altri, "negazione del prossimo».

¹⁰ V., ancora, F. SANTORO-PASSARELLI, *Proprietà privata e Costituzione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1972, 959, secondo il quale «da taluni si è pensato che (...) la Costituzione abbia resa la funzione sociale una funzione interna alla proprietà privata, e quindi la stessa uno strumento per servire a tale funzione. Una "funzionalizzazione" della proprietà privata in vista della sua finalità sociale»; ID., *Proprietà*, cit., ove sottolinea che «la proprietà pubblica, cioè la proprietà dei beni pubblici, è tutta dominata dal vincolo di destinazione al servizio pubblico. Essa ha in comune con la proprietà privata soltanto l'appartenenza all'ente pubblico, e forse questo tratto può spiegare l'uso della parola "proprietà" per la forza attrattiva ancora esercitata da questo termine carico di una tradizione millenaria e forse ancora della sua originaria significazione politica, ma (...) null'altro ha in comune la proprietà pubblica con la proprietà privata». Sul punto, v., anche, V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova 1983, 26 ss.; S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, Torino 2001, 143 ss.

¹¹ Cfr., in questo senso, F.S. MARINI, *Il "privato" e la Costituzione. Rapporto tra proprietà ed impresa*, Milano 2000, 14 ss.

¹² In questi termini, la sent. 252 del 1983, punto 9 del *Cons. in dir.* Per una analisi delle prime pronunce della Corte costituzionale in cui si riconosce, in capo al legislatore ordinario, la «potestà di "configurazione" dell'istituto della proprietà in riferimento ai differenti tipi di beni e ai vari interessi sociali», v., A.M. SANDULLI, *I limiti della proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1971, 964.

¹³ Al riguardo, cfr., M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, cit.,

È noto, tuttavia, che, al silenzio della Carta costituzionale in materia, corrisponda una, piuttosto puntuale, disciplina formulata nel Codice civile¹⁴, la quale – verosimilmente non ignorata dall'Assemblea costituente¹⁵ – gradua lo statuto proprietario pubblico in base alla diversa natura dei beni (artt. 822 cod. civ. ss.)¹⁶. È, però, comunemente – e con crescente vigore¹⁷ – osservato che la disciplina codicistica, offrendo, dei beni pubblici, un'articolazione fondata per lo più su criteri formalistici e presuntivi appare tutt'altro che soddisfacente¹⁸.

452, per il quale l'espressione proprietà pubblica sarebbe da intendere «come affermazione di una dignità della proprietà pubblica non diversa da quella della proprietà privata. In tal modo l'affermazione avrebbe un valore politico polemico, nei confronti di quelle concezioni secondo le quali proprietà per eccellenza sarebbe la proprietà privata; e nel contempo avrebbe un valore, sempre politico, ma precettivo, nel senso che alla proprietà pubblica non si potrebbe attribuire un rango minore o marginale rispetto alla proprietà privata. Quanto al contenuto da dare alla proprietà pubblica, si deve intendere che il legislatore costituente abbia rinviato al legislatore ordinario». Cfr., inoltre, F.S. MARINI, *Proprietà pubblica: profili costituzionali*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano 2008, 7 ss.

¹⁴ Rileva, comunque, un «inspiegabile riserbo» del codice civile in materia di diritti reali pubblici, G. PALMA, *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, Torino 1983, 89.

¹⁵ Afferma, anzi, che «il richiamo alla "proprietà pubblica" va posto in relazione ai beni elencati negli artt. 822-830 cod. civ.» S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali*, Milano 1986, 126.

¹⁶ Cfr., V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., 3 ss., per il quale «l'espressione "proprietà pubblica"» possiederebbe un «valore di mero riferimento, per così dire, a temi e problemi, piuttosto che quello di designazione di precisi istituti positivi», tanto che l'affermazione contenuta nel testo costituzionale secondo cui la proprietà è «pubblica o privata», presenterebbe «un significato positivo nei limiti di una mera "costituzionalizzazione" delle varie riserve di categorie di beni alla mano pubblica che erano state disposte nel corso della vicenda dello Stato italiano» (pag. 12); G. PALMA, *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, cit., 89, per il quale «non [esisterebbe] una disciplina unitaria, come non [esisterebbe] una nozione unitaria allo stato attuale di demanio e di patrimonio indisponibile, ma, salvi pochi tratti comuni, tante discipline differenti per ogni singolo tipo di bene incluso nelle rispettive categorie».

¹⁷ Sull'onda di queste riflessioni, nella passata Legislatura, una Commissione appositamente incaricata (la Commissione c.d. Rodotà, nominata con decreto del Ministro della giustizia del 14 giugno 2007) aveva portato a termine l'elaborazione di uno schema di disegno di legge delega per la riforma delle norme del codice civile relative ai beni pubblici, in base al quale, tra l'altro, i beni archeologici e culturali avrebbero trovato collocazione nella categoria "di nuova generazione" dei "beni comuni". V., E. REVIGLIO, *Per una riforma del regime giuridico dei beni pubblici. Le proposte della Commissione Rodotà*, in *Pol. dir.*, 2008, 531 ss.; P. MADDALENA, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *Giur. cost.*, 2011, 2613 ss.

¹⁸ V., A. LOLLI, *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni di interesse pubblico*, in *Dir. amm.*, 1996, 51 s., che rileva un certo «disagio nel trattare della ca-

Tale inadeguatezza, peraltro, contrassegna, con particolare evidenza, proprio quelli, tra i beni pubblici, che presentino un interesse culturale.

Quest'ultimo, infatti, non rappresenta l'esito di un accertamento meramente ricognitivo di qualità intrinseche oggettivamente riscontrabili sulla *res*, ma, piuttosto, consegue ad un giudizio discrezionale, con effetti costitutivi, sulla culturalità del bene¹⁹, che peraltro, non diversamente dal passato, permane, anche all'indomani dell'entrata in vigore della riforma del titolo V Cost., in mano statale²⁰.

In mancanza, tuttavia, di un formale atto di riconoscimento dell'in-

tegoria dei beni pubblici», in considerazione del «superamento, sempre più evidente, delle ragioni che hanno dato luogo al sorgere della stessa categoria dei beni pubblici»; F. FRANCIARI, *Privatizzazioni, dismissioni e destinazione "naturale" dei beni pubblici*, cit., 208, il quale, a sua volta, osserva che «la normativa più recente tende ad annullare la distinzione tra beni pubblici in senso proprio e beni patrimoniali disponibili»; nonché A. POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, cit., 640, che sottolinea come l'intensa evoluzione normativa degli ultimi anni abbia reso «quella codicistica una disciplina quasi residuale dei beni pubblici». Già, G. PALMA, *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, cit., 89, rilevava che la «sistemazione codicistica [appariva] insufficiente e superata, soprattutto in forza delle coordinate di cui all'art. 42 Cost., le quali tendono al superamento dello iato (pure di natura culturale) fra proprietà pubblica e proprietà privata». Cfr., inoltre, M. ARSÌ, *I beni pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Dir. amm. spec.*, II, Milano 2003, 1712 ss.; M. RENNA, *Beni pubblici*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, 722, il quale rileva che «la disciplina trasversale dei beni pubblici vede attualmente spostarsi il proprio baricentro dall'asse del regime molto severo codificato per il demanio a quello del regime giuridico, più elastico e flessibile, ideato dal codice per il patrimonio indisponibile»; S. CASSESE, *Titolarità e gestione dei beni pubblici: una introduzione*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, cit., 3 ss.; M. DUGATO, *Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, cit., 31 ss.

¹⁹ Cfr., F.S. MARINI, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, Milano 2002, 63 ss. Sul punto, v., S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, cit., 49 ss. Diversamente, quanto al demanio naturale, si veda, ad esempio, la sent. Corte cost. n. 370 del 2008, ove si rileva che «il demanio marittimo è demanio cosiddetto naturale derivante direttamente dalle caratteristiche del bene e il provvedimento formale di delimitazione, al contrario di quello di sdemanializzazione, ha solo natura ricognitiva e non costitutiva. Ne consegue che se un bene presenta le caratteristiche naturali del lido del mare o della spiaggia deve considerarsi appartenente al demanio marittimo dello Stato anche senza alcun provvedimento formale di delimitazione». In argomento, v., V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici*, cit., 10 ss.; M. RENNA, *Beni pubblici*, cit., 716 ss., il quale rileva che, poiché per la demanialità dei beni artificiali è richiesto il compimento di scelte discrezionali, il fenomeno delle sdemanializzazioni tacite suscita perplessità, a differenza di quanto accade per i beni naturali per i quali la cessazione della demanialità (conseguente ad atti dichiarativi dell'amministrazione) può derivare da accadimenti materiali.

²⁰ V., sul punto, la pronuncia n. 94 del 2003 della Corte costituzionale.

teresse storico-artistico dei beni in proprietà dello Stato, o comunque di enti pubblici – non prescritto dalla disciplina legislativa, fino all'approvazione del nuovo Codice dei beni culturali e del paesaggio (art. 12)²¹ – la tutela restava, in definitiva, subordinata all'appartenenza pubblica – in aperta contraddizione, peraltro, con il carattere reale del vincolo culturale²² –, con la conseguenza di non garantire adeguatamente il patrimonio storico-artistico al venir meno della titolarità pubblica, ovvero sia in occasione di operazioni di alienazione a privati²³ o di trasformazione dell'ente pubblico in società per azioni²⁴.

Per di più, fino alle più recenti riforme, ulteriori questioni problematiche si sono registrate, rispetto ai beni culturali pubblici, sia in ordine alla esatta collocazione all'interno delle diverse categorie contemplate dal Codice civile, che in relazione all'individuazione del regime giuridico specificamente applicabile.

Quanto alla collocazione, stando alla disciplina contenuta nel Codice civile, i beni culturali non trovano ospitalità in una categoria unitaria, andando a comporre il demanio alla duplice condizione, oggettiva e soggettiva, di essere immobili o mobili costituenti una raccolta, sempre che appartenenti ad enti territoriali (art. 822 cod. civ.). I beni culturali di enti pubblici non territoriali, infatti, anziché nel demanio, vanno ascritti al patrimonio indisponibile dello Stato²⁵, al quale vengono anche ricondot-

²¹ Cfr. A. BARLETTA, *Art. 12*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, II ed., Milano 2012, 135 ss.; M. MARTINELLI, *Art. 54*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, II ed., cit., 475 s. Sulla mancata attuazione del sistema degli elenchi descrittivi, previsto nella legge "Bottai" (art. 4) e ripreso dal Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali (art. 5 del d.lgs. n. 490 del 1999), e sulle ricadute in ordine alla mancata tutela, v. A. SERRA, *Art. 54*, in M. CAMELLI (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna 2007, 257 ss. Che la «rivoluzione» delle procedure di individuazione dei beni culturali in appartenenza pubblica sia da rinvenire nella «necessità di rendere alienabili i beni del patrimonio culturale» pubblico, è opportunamente rilevato da G. CLEMENTE DI SAN LUCA, R. SAVOIA, *Manuale di Diritto dei beni culturali*, Napoli 2008, 203 s.

²² V., F.S. MARINI, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, cit., 31 ss.

²³ In argomento, cfr., F. FRANCIOSI, *Privatizzazioni, dismissioni e destinazione "naturale" dei beni pubblici*, cit., 218 ss.

²⁴ Sul fenomeno, cfr., tra gli altri, F. FRANCIOSI, *Privatizzazioni, dismissioni e destinazione "naturale" dei beni pubblici*, cit., 191 ss.; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna 2005, 152 s.; A. POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, cit. 639 ss.; S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, cit., 83 ss. Sul punto interviene, peraltro, l'art. 12, comma 9, del Codice dei beni culturali, su cui cfr., A. BARLETTA, *Art. 12*, cit., 140 s.

²⁵ Cfr., A. POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, cit., 650 s., che rileva la "arbitrarietà"

te le cose d'interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico e artistico scoperte nel sottosuolo, oggetto di una riserva di appartenenza in capo allo Stato (art. 91, Codice dei beni culturali)²⁶.

Inoltre – e veniamo al secondo profilo problematico –, se è vero che la prerogativa tradizionalmente connessa alla demanialità è l'incommerciabilità²⁷ – e che è su questo punto che si gioca la principale differenza di regime giuridico con il patrimonio indisponibile –, è il caso di rilevare che, rispetto al demanio culturale, nemmeno l'applicazione di tale condizione sia stata incontrovertibile.

Già al momento dell'entrata in vigore, infatti, la disciplina contenuta nel Codice civile ha posto il problema di una difficile convivenza con la, appena più risalente, legge c.d. "Bottai", 1 giugno 1939, n. 1089, "Tutela delle cose di interesse storico e artistico". Mentre, infatti, quest'ultima prevedeva, pure a determinate condizioni, l'alienabilità dei beni culturali (art. 24), la disciplina contenuta nell'art. 823 cod.civ. sembrava escluderla.

La prassi applicativa ha mostrato di preferire, in effetti, un'interpretazione restrittiva, subordinando l'alienazione dei beni pubblici ad una previa "sdemanializzazione"²⁸ e, quindi, riconoscendola soltanto in relazione a beni *non più* demaniali.

Tuttavia, una rigorosa applicazione del criterio di specialità avrebbe ben potuto condurre ad esiti diversi. Infatti, l'art. 823 cod.civ., più che sancire l'inalienabilità assoluta dei beni del demanio, parrebbe ammettere l'eventualità che singole leggi di settore accolgano soluzioni diverse.

della scelta codicistica. Già, in passato, peraltro, V. CERULLI IRELLI, *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. II, Torino 1987, 275, non aveva mancato di sollevare perplessità sulla collocazione dei beni culturali pubblici nell'art. 822 cod. civ. Del resto, A.M. SANDULLI, *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, V, Milano 1959, 280, riconduceva la discriminazione tra beni demaniali e patrimoniali indisponibili a una mera «questione di opportunità, rimessa al criterio politico del legislatore».

²⁶ La norma è derogata, come noto, dallo Statuto speciale della Regione Sicilia (art. 33, comma 1).

²⁷ Cfr., S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1964, 152 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., *passim*, spec. 15 ss. e 82 ss.; G. INGROSSO, *Demanio (diritto moderno)*, in *Nss. dig. it.*, V, Torino 1960, 429 s.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici*, cit., 11. Sulla tendenza della giurisprudenza ad estendere «ai beni del patrimonio indisponibile lo stesso regime giuridico dei beni demaniali, in particolare sotto il profilo della incommerciabilità e della tutela in via amministrativa», v., A. POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, cit., 646.

²⁸ In argomento, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici*, cit., 10 ss.

D'altra parte, in qualche occasione, è stato lo stesso Consiglio di Stato ad evocare il criterio di specialità come strumento di risoluzione dell'antinomia tra l'art. 823 cod. civ. e la l. n. 1089²⁹, finendo, però, contraddittoriamente, col farne applicazione limitatamente all'inciso riferito alla costituzione di diritti a favore dei terzi³⁰, non, invece, per la parte relativa alla dichiarazione di inalienabilità.

La condizione *sui generis*, all'interno del demanio pubblico, di quello culturale, ha, poi, continuato a rappresentare una costante, accompagnando i successivi sviluppi di una legislazione a corrente alternata.

Così, l'alienabilità del patrimonio culturale pubblico, ammessa dapprima nel 1997 (l. 15 maggio 1997, n. 127, "Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo"), in forza di una previsione nella quale si richiamava espressamente all'operatività proprio l'art. 24 della legge "Bottai" (art. 12, comma 3), viene repentinamente rinnegata nel giro di qualche mese (art. 2, comma 24, l. 16 giugno 1998, n. 191 "Modifiche ed integrazioni alle leggi 15 marzo 1997, n. 59, e 15 maggio 1997, n. 127, nonché norme in materia di formazione del personale dipendente e di lavoro a distanza nelle pubbliche amministrazioni. Disposizioni in materia di edilizia scolastica"), ed infine nuovamente sancita l'anno seguente (l. 23 dicembre 1998, n. 448, "Misure di finanza pubblica per la stabilizzazione e lo sviluppo"), attraverso una disposizione emblematicamente contraddittoria. La quale proclama con enfasi l'inalienabilità degli immobili di interesse storico-artistico degli enti territoriali, salvo rimettere ad un successivo regolamento l'individuazione delle ipotesi in deroga al divieto (art. 32). Il tutto a dispetto di un Testo unico dei beni culturali e ambientali (D.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490) appena approvato, il quale, ignorando vistosamente la nuova disciplina, confermava, dal canto suo, la vecchia, ambigua, previsione codicistica (art. 54) ed abrogava espressamente la l. n. 1089 (art. 166, comma 1)³¹.

²⁹ Cons. Stato n. 568 del 7 maggio 1988. Cfr., U. QUAGLIA, *Sull'alienabilità del demanio storico-artistico: ovvero nuove prospettive per la conservazione e valorizzazione dei beni culturali appartenenti agli enti pubblici territoriali*, in *Foro amm.*, 1988, 3689 ss. In argomento, v., M. MARTINELLI, *Art. 53*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano 2006, 410 ss.

³⁰ Cfr., A. SERRA, *Il regime dei beni culturali di proprietà pubblica*, in *Aedon*, 2/1999.

³¹ Cfr., F.S. MARINI, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, cit., 21 ss., che ne riconduce la *ratio* ad «una revoca parziale ed implicita della delega» da parte del Parlamento (pag. 27).

3. *Le prime aperture normative alla privatizzazione del patrimonio culturale pubblico*

Alla fine degli anni '90 del secolo scorso, comunque, il “muro del suono” – come visto, più etico ed ideologico, che giuridico – dell’inalienabilità del patrimonio culturale pubblico risultava definitivamente infranto ed in rapida successione veniva emanato il regolamento c.d. “Melandri”, D.P.R. 7 settembre 2000, n. 283, nonché il Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42), comprendente una innovativa disciplina della privatizzazione.

Difficilmente potrebbe sostenersi l’incostituzionalità *tout court* di tali processi di alienazione.

Che non sia dato rinvenire, nella disciplina costituzionale, elementi in grado di fondare, rispetto alla dismissione del patrimonio culturale pubblico, una generale preclusione e nemmeno un – più flebile – disfavore è già stato messo in luce dalla dottrina³². L’analisi della genesi dell’art. 9 Cost. testimonia, del resto, come, intento dei Costituenti, fosse l’attribuzione, alla Repubblica, di compiti di tutela del patrimonio storico e artistico nazionale³³, indipendentemente dalla proprietà pubblica o privata dello stesso³⁴. Senza contare che il demanio cosiddetto “accidentale” convive per definizione con l’idea della possibile proprietà privata dei beni a quali si riferisce³⁵.

In ogni caso, seppure, quella della dismissione, sia una strada non vietata in termini assoluti al “transito” da parte del legislatore, non mancano, nella Costituzione, prescrizioni in grado di condizionarne o finanche inibirne la concreta percorribilità³⁶.

Su questo aspetto, quello, cioè, dei limiti delle operazioni di dismissione – il quale, non solo monopolizza da sempre il dibattito pubblico, ma ha anche occasionato, in passato, un richiamo del Presidente della Repubblica sul ruolo che i beni culturali ed ambientali sarebbero chiamati ad assolvere, costituendo «identità e patrimonio comune di tutto il Paese»³⁷ –,

³² In questo senso, v., F.S. MARINI, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, cit., 221 ss.

³³ Cfr., ancora, F.S. MARINI, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, cit., 208 s.

³⁴ V., S. SETTIS, *Paesaggio Costituzione Cemento, La battaglia per l’ambiente contro il degrado civile*, Torino 2010, 179 ss.

³⁵ Cfr., S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 155.

³⁶ V., *infra* par. 5.

³⁷ Il riferimento è alla lettera inviata dal Presidente della Repubblica al Presidente

la disciplina normativa – che, pure, non si disinteressa del problema – non è sempre perspicua, ed anzi, è, talora, pervenuta ad esiti quanto meno dubbi.

Il riferimento è al già citato D.P.R. n. 283, il quale, nell'indicare i beni culturali immobili sottratti ad alienazione, comprende anche quelli «riconosciuti, con provvedimento avente forza di legge, monumenti nazionali» (art. 2, comma 1, lett. *a*), con il singolare risultato di istituire una sorta di riserva di legge "in forza" di regolamento. Non sorprende, pertanto, né la constatazione della scarsa precettività della norma – riscontrandosi, nella prassi, dichiarazioni dalle più diverse vesti giuridiche³⁸ – né il fatto che la previsione, pure testualmente ripresa dal Codice dei beni culturali, all'art. 54, comma 1, lett. *b*), sia stata successivamente corretta dal d.lgs. n. 62 del 2008³⁹.

A questa, ad ogni modo, il D.P.R. n. 283 aggiungeva ulteriori, più consistenti garanzie, sia prevedendo categorie di beni in assoluto inalienabili e limitando la possibilità di alienazione a quelli, tra i beni del demanio culturale, che fossero stati inseriti dall'ente proprietario in elenchi appositamente predisposti⁴⁰, sia prescrivendo l'operatività di una clausola risolutiva espressa dell'alienazione, in caso di inadempimento degli obblighi di tutela e valorizzazione (artt. 10 e 11)⁴¹.

del Consiglio dei Ministri contestualmente alla promulgazione della legge n. 112 del 15 giugno 2002 di conversione, con emendamenti, del d.l. n. 63 del 2002, recante "Disposizioni finanziarie e fiscali urgenti in materia di riscossione, razionalizzazione del sistema di formazione del costo dei prodotti farmaceutici, adempimenti ed adeguamenti comunitari, cartolarizzazioni, valorizzazione del patrimonio e finanziamento delle infrastrutture", di cui dà conto S. SETTIS, *Italia S.p.A., L'assalto al patrimonio culturale*, Torino 2002, 136 ss.

³⁸ V., ad esempio, il D.P.R. 2 ottobre 2003, Dichiarazione di monumento nazionale per il cimitero delle vittime del Vajont, in Longarone, nonché i due DD.PP.RR., entrambi del 18 marzo 2008, recanti, rispettivamente, dichiarazione di "Monumento nazionale" dell'antica area di San Pietro e la dichiarazione di "Monumento nazionale" dell'isola di Santo Stefano.

³⁹ Art. 2, comma 1, lett. *ee*), num. 2). V., A. SERRA, *Le modifiche al Codice dei beni culturali e del paesaggio dopo i decreti legislativi 62 e 63 del 2008. Beni culturali. L'alienazione e l'utilizzazione dei beni culturali pubblici: gli artt. 53-64*, in *Aedon*, 3/2008.

⁴⁰ ... cosa che ha consentito, condivisibilmente, di concludere che la disciplina introdotta avesse ammesso l'alienazione subordinatamente all'applicazione di uno «speciale regime autorizzatorio». Così, G. VERDE, S. PAJNO, *I profili pubblicistici del d.p.r. 283/2000*, in *Aedon*, 1/2001; S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, cit., 69 ss.

⁴¹ V., S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, cit., 69 ss.; E. BELLEZZA, *Dalla tutela alla valorizzazione del bene: il "programma" del d.p.r. 283/2000*, in *Aedon*, 1/2001.

4. *La condizione giuridica del bene culturale privatizzato*

Nonostante, alle procedure contemplate nel D.P.R. n. 283, non sia seguita alcuna concreta operazione di dismissione del demanio culturale, è nel solco di questo primo provvedimento che si innestano, per lo più, i successivi interventi in materia, con l'eccezione, invero, del d.l. 15 aprile 2002, n. 63, recante "Disposizioni finanziarie e fiscali urgenti in materia di riscossione, razionalizzazione del sistema di formazione del costo dei prodotti farmaceutici, adempimenti ed adeguamenti comunitari, cartolarizzazioni, valorizzazione del patrimonio e finanziamento delle infrastrutture", convertito, con modificazioni, dalla l. 15 giugno 2002, n. 112.

Tale provvedimento – che prevedeva, tra l'altro, il trasferimento, alla appositamente istituita società "Patrimonio dello Stato S.p.a."⁴², di diritti su beni del demanio culturale, e subordinava l'operazione all'«intesa» con il Ministero per beni e le attività culturali, limitatamente ai «beni di particolare valore artistico e storico»⁴³ – legittimava il sospetto che si intendesse introdurre un generalizzato via libera alla dismissione del patrimonio pubblico di interesse storico-artistico⁴⁴. È il caso, tuttavia, di rilevare che la norma, con una formulazione gravemente contraddittoria, conduceva, sì, al trasferimento⁴⁵, «il passaggio dei beni al patrimonio disponibile», salvo però precisare, contestualmente, che il trasferimento alla "Patrimonio dello Stato S.p.a." dei beni di particolare valore artistico e storico «non [avrebbe modificato] il regime giuridico, previsto dagli articoli 823 e 829, primo comma, del codice civile, dei beni demaniali trasferiti»⁴⁶.

⁴² È il caso di segnalare che proprio della società Patrimonio dello Stato s.p.a. viene disposto lo scioglimento e la liquidazione, in base al comma 8 dell'art. 2 del (sopra citato) d.l. n. 87 del 2012.

⁴³ Criticamente, sul punto, S. BENINI, *La tutela dei beni culturali e ambientali nelle procedure di dismissione del demanio pubblico*, in *Foro it*, 2003, V, 24.; S. SETTIS, *Italia S.p.A., L'assalto al patrimonio culturale*, cit., 121.

⁴⁴ V., F. FRANCIARI, *Privatizzazioni, dismissioni e destinazione "naturale" dei beni pubblici*, cit., 213 ss.; S. SETTIS, *Italia S.p.A., L'assalto al patrimonio culturale*, cit., 123, per il quale «il gioco tra le parti delle due nuove S.p.A. sembra costruito proprio per rendere possibile la vendita di ciò che, secondo la normativa attuale, è inalienabile»; S. FOÀ, *Patrimonio dello Stato Spa: i compiti*, in *Aedon*, 3/2002.

⁴⁵ ... in forza del rinvio al comma 1 dell'art. 3 del d.l. 25 settembre 2001, n. 351, convertito con legge 23 novembre 2001, n. 410, recante "Disposizioni urgenti in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico e di sviluppo dei fondi comuni di investimento immobiliare".

⁴⁶ Sull'«insanabile contrasto nella logica del sistema» così introdotto, v., S. BENINI,

In questo quadro, l'unico effetto ragionevolmente riconducibile alla disposizione sarebbe stato, quindi, una – comunque problematica⁴⁷ – estensione del regime demaniale a beni culturali in proprietà di un ente pubblico non territoriale⁴⁸ – quale appunto, la "Patrimonio dello Stato S.p.a." –, l'appartenenza alla quale avrebbe potuto produrre, pertanto, conseguenze limitate alla gestione e alla valorizzazione⁴⁹.

Chiusa la parentesi della "Patrimonio dello Stato Spa", è con il nuovo Codice dei beni culturali e del paesaggio che si muovono ulteriori, decisi passi in direzione della dismissione dei beni culturali pubblici.

Alla disciplina originaria del 2004 (d.lgs. n. 42) – la più distante dall'ispirazione garantistica del primo provvedimento in materia –, con la quale, qualificandosi la mancata conclusione del procedimento di verifica dell'interesse culturale in termini di silenzio-assenso⁵⁰, si ammetteva, di fatto, una incontrollata possibilità di alienazione, si sostituisce velocemente una disciplina più restrittiva, che, raccogliendo l'eredità del regolamento c.d. "Melandri", consolida l'articolazione, in precedenza elaborata, tra beni culturali in assoluto inalienabili, beni inalienabili provviso-

La tutela dei beni culturali e ambientali nelle procedure di dismissione del demanio pubblico, cit., 22; S. SETTIS, *Italia S.p.A., L'assalto al patrimonio culturale*, cit., 126.

⁴⁷ Cfr., P. PIZZA, *Patrimonio dello Stato Spa: profili di organizzazione e funzionamento*, in *Aedon*, 3/2002; M. ARSI, *I beni pubblici*, cit., 1726 ss.; S. BENINI, *La tutela dei beni culturali e ambientali nelle procedure di dismissione del demanio pubblico*, cit., 22 s.; G. CERRINA FERONI, *Profili di diritto amministrativo delle cartolarizzazioni del patrimonio immobiliare degli enti pubblici*, in *giustamm.it*, 3/2005; A. SERRA, *Scip, Patrimonio spa e Infrastrutture spa: le società per la "valorizzazione" dei beni pubblici. L'impatto sul regime dei beni trasferiti*, in *Aedon*, 2/2005; A. GIUFFRIDA, *Patrimonio dello Stato S.p.A.*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg. III, Torino 2008, 650.

⁴⁸ Sul punto, si è espressa incidentalmente anche la Corte cost. con la sent. n. 320 del 2011, in cui si legge che il «conferimento in proprietà di beni demaniali dello Stato alla "Patrimonio dello Stato S.p.A.", anch'essa società a capitale interamente pubblico, non comporta la modificazione del regime giuridico di tali beni, quale stabilito dagli articoli 823 e 829, primo comma, cod. civ. Tale normativa statale (...) ha introdotto una speciale disciplina del regime proprietario dei soli beni demaniali dello Stato, insuscettibile di applicazione estensiva o analogica».

⁴⁹ Cfr., D. SORACE, *Cartolarizzazione e regime dei beni pubblici*, in *Aedon*, 1/2003; V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni pubblici*, in <http://www.astrid-online.it/>; A. POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, cit., 656 ss.

⁵⁰ Così l'art. 12, comma 10, in forza del rinvio all'art. 27, commi 8, 10, 12, 13 e 13-bis, del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni nella l. 24 novembre 2003, n. 326. Cfr., A. SERRA, *Alienabilità di immobili appartenenti al demanio culturale (art. 55)*, in *Aedon*, 1/2004; G. VESPERINI, *Il silenzio nel regime dei beni culturali*, in *Aedon*, 2/2006. In senso favorevole rispetto alla nuova disciplina si esprime A. GIUFFRIDA, *Patrimonio dello Stato S.p.A.*, cit., 651 s.

riamente e beni residuali⁵¹ – anche compresi nel demanio culturale –, la cui dismissione viene sottoposta a requisiti formali (l'autorizzazione del Ministero, da cui consegue la sdemanializzazione) e (progressivamente più puntuali ed articolati) limiti sostanziali (d.lgs. n. 156 del 2006 e poi, più incisivamente, il d.lgs. n. 82 del 2008 con l'inserimento dell'art. 55-*bis*⁵²).

Alla luce dell'assetto così delineato e nonostante non manchino zone d'ombra – che, peraltro, rispetto alle iniziali “sperimentazioni”, in qualche caso, come visto, più che ridursi, sono sembrate allungarsi –, pare potersi concludere che il passaggio ai privati di beni, già compresi nel demanio culturale⁵³, realizzi, di fatto, una proprietà non solo incisivamente “conformata”, ma la cui stessa stabilità è permanentemente sottoposta al rispetto di condizioni sostanziali, incidenti sul fronte della fruizione pubblica, non meno che della conservazione⁵⁴.

5. *La questione dei limiti costituzionali alla dismissione del patrimonio culturale pubblico*

L'interrogativo che si pone è se, a tale disciplina normativa, corrisponda un fondamento costituzionale. Quello dei limiti è, peraltro, un tema comune alle operazioni di privatizzazione dei beni pubblici avviate da alcuni anni, che pongono, in definitiva, sul tappeto la più generale questione della sopravvivenza della proprietà pubblica⁵⁵.

⁵¹ Cfr., M. MARTINELLI, *Art. 54*, II ed., cit., 472 ss.

⁵² Si veda, in argomento, M. SINISI, *Art. 55bis*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, II ed., cit., 488 ss.

⁵³ ... cui vanno ad aggiungersi, altresì, quelli originariamente appartenenti a persone giuridiche private senza fine di lucro (art. 56 del Codice dei beni culturali, modificato dal d.lgs. n. 62 del 2008).

⁵⁴ Si veda, V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni pubblici*, cit., per il quale, «secondo la nuova impostazione (...) il bene culturale può essere in ogni caso alienato, salve le poche categorie riservate, ma l'alienazione è concepita come un passaggio che non deve mettere in alcun modo in pericolo destinazione pubblica del bene e sua fruizione. Tanto che le garanzie predisposte a tal fine dall'autorità amministrativa, diventano condizioni essenziali dei contratti di trasferimento e la loro mancata soddisfazione da parte del compratore è sanzionata con la risoluzione del contratto stesso». V., inoltre, A. SERRA, *Le modifiche al Codice dei beni culturali e del paesaggio dopo i decreti legislativi 62 e 63 del 2008. Beni culturali. L'alienazione e l'utilizzazione dei beni culturali pubblici: gli artt. 53-64*, cit.

⁵⁵ Afferma che «mentre la legge ordinaria può modificare l'appartenenza dei beni pubblici a favore dei privati, giungendo ad ammettere persino l'ipotesi estrema della

Se è vero che l'argine al processo di erosione della proprietà pubblica non può che essere rinvenuto nella "qualità" del servizio pubblico da garantire⁵⁶, sembra ragionevole ritenere che, analogamente, la proprietà pubblica del patrimonio culturale goda di una garanzia costituzionale ogni qual volta la titolarità del bene non sia ininfluyente per soddisfare la funzione di "tutela", che la Costituzione, all'art. 9, assegna alla Repubblica⁵⁷.

Sulla nozione di "tutela" occorre, peraltro, intendersi. Non si tratta, infatti, come è stato opportunamente rilevato, di una accezione "statica" di tutela, meramente conservativa dell'esistente. Al contrario. In questa, come in altre occasioni, è dato presumere che il Costituente abbia "speso" tale termine intendendo conferirgli una spinta dinamica⁵⁸.

È in questa accezione, d'altra parte, che la nozione era ben presente nella tradizione giuridica coeva ai lavori dell'Assemblea costituente. Tanto è vero che la stessa legge "Bottai", che così fortemente ha condizionato la stesura dell'art. 9 Cost. – tanto da far parlare di una sorta di «costituzionalizzazione» di essa⁵⁹ –, nonostante tradisca, nell'esaltazione dei profili conservativi, l'impronta del contesto culturale che ha condotto alla sua elaborazione⁶⁰, assume, a sua volta, della "tutela", un concet-

scomparsa di ogni forma di "proprietà pubblica", è certo che la Costituzione preclude al legislatore analoghi poteri nei confronti della proprietà privata» S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali*, cit., 132 s. È il caso comunque di osservare che più comunemente si ritiene la proprietà pubblica «proprietà necessaria». Così, S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano 1969, 78, rileva che, in base all'art 42 Cost., «ciò che importa è che sussista quello che in termini economici si chiama un "settore privato" accanto a un settore pubblico. Le dimensioni del settore privato e le dimensioni del settore pubblico sono indifferenti»; F. FRANCIARIO, *Privatizzazioni, dimissioni e destinazione "naturale" dei beni pubblici*, cit., 232 ss.

⁵⁶ Cfr., D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2002, 124; F. FRANCIARIO, *Privatizzazioni, dimissioni e destinazione "naturale" dei beni pubblici*, cit., 202 ss.; M. RENNA, *Beni pubblici*, cit., 724, il quale sottolinea che non tutti i beni pubblici possono essere privatizzati (citandosi, ad esempio, i beni strumentali) e non per tutte le specie di beni demaniali e patrimoniali indisponibili l'appartenenza privata può ritenersi funzionalmente adeguata al soddisfacimento degli interessi pubblici da garantire; F.S. MARINI, *Proprietà pubblica: profili costituzionali*, cit., 7 ss.

⁵⁷ Cfr., M. CECCHETTI, *Art. 9 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione, Banca dati ipertestuale*, Torino 2008; S. SETTIS, *Paesaggio Costituzione Cemento, La battaglia per l'ambiente contro il degrado civile*, cit., 129 ss

⁵⁸ Cfr., F.S. MARINI, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, cit., 278; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano 2002, 15 ss.

⁵⁹ Così, S. CASSESE, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in ID., *L'amministrazione dello Stato. Saggi*, Milano 1976, 170.

⁶⁰ Cfr., S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, cit., 67, evidenza come già la legge 1089

to “onnicomprensivo” ed “assorbente” di varie attività incidenti sui beni culturali⁶¹.

In questa prospettiva, alla nozione costituzionale di “tutela” non sarebbero estranee – nonostante l’improvvido scorporo compiuto, per la ripartizione delle competenze, dal legislatore costituzionale del 2001⁶², la cui portata innovativa è stata, peraltro, ampiamente ridimensionata dalla giurisprudenza costituzionale⁶³ – talune esigenze di valo-

(art. 7) prevedesse «una prima espansione del concetto di tutela, concepita in termini di valorizzazione ed espressione del valore culturale del bene, sia pure solo come garanzia del mantenimento di un livello di fruizione pubblica già raggiunto e non ancora in termini di promozione».

⁶¹ In questi termini, F.S. MARINI, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, cit., 278. V., inoltre, M. CECCHETTI, *Art. 9 Cost.*, cit. Al riguardo, si veda, S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, cit., 60 ss., il quale (pag. 66), alla luce della disciplina contenuta nel Testo unico, afferma che lo Stato «non può essere qualificato come titolare del diritto di proprietà privata (ex art. 832 c.c.) ma piuttosto assume il ruolo di “gestore” pubblico dei beni o titolare dei compiti e funzioni che assicurino la loro migliore fruizione pubblica. Non solo conservazione, dunque, ma gestione del bene in funzione della trasmissione del valore culturale».

⁶² La riforma, infatti, come noto, in linea con il decreto n. 112 del 1998 di riallocazione delle funzioni amministrative, pressoché contemporaneo all’elaborazione del nuovo titolo V, assegna, alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, la “tutela” ed a quella concorrente la “valorizzazione dei beni culturali”. Nella novellata distribuzione costituzionale non compare, quindi, la materia della “gestione dei beni culturali”, compresa, invece, tra le voci del decreto n. 112, potendosene conseguentemente ipotizzare l’attribuzione alle Regioni, a titolo di competenza legislativa residuale. Nella legislazione e nella stessa giurisprudenza si registra, tuttavia, un’armonica convergenza nell’escludere l’autosufficienza della materia. Su questo punto sia consentito rinviare a S. MABELLINI, *L’intreccio di competenze in materia di gestione dei servizi culturali e il tortuoso cammino verso l’esternalizzazione*, in *Rass. parl.*, 2011, 126 ss. V., inoltre, S. SETTIS, *Presentazione*, in G. LEONE, A.L. TARASCO (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Padova 2006, XXXIV, il quale sottolinea che «non funziona, non funzionerà e non può funzionare (...) questo tentativo di segmentare, in modo praticamente inattuabile, quello che dev’essere (ed è in tutto il mondo) un processo unico, conoscenza-tutela-gestione-valorizzazione dei beni culturali».

⁶³ La giurisprudenza costituzionale, infatti, individua «una linea di continuità tra la legislazione degli anni 1997-98, sul conferimento di funzioni alle autonomie locali, e la legge costituzionale n. 3 del 2001» ed evidenzia che il criterio di ripartizione delle competenze, accolto in quest’ultima, «è riferibile a materie-attività, come, nel caso di specie, la tutela, la gestione o anche la valorizzazione di beni culturali, il cui attuale significato è sostanzialmente corrispondente con quello assunto al momento della loro originaria definizione legislativa» (sent. n. 26 del 2004). Cfr., F.S. MARINI, *La “tutela” e la “valorizzazione dei beni culturali” come “materie-attività” nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2004, 197 ss.; A. PAPA, *Valorizzazione e gestione del patrimonio culturale nel nuovo Codice dei beni culturali*, in P. BILANCIA (a cura di), *La valorizza-*

rizzazione⁶⁴ e, fra queste, in particolare, l'interesse alla fruizione collettiva⁶⁵.

zione dei beni culturali tra pubblico e privato. Studio dei modelli di gestione integrata, Milano 2005, 90; A.L. TARASCO, *Art. 115*, in G. LEONE, A.L. TARASCO (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 718 ss. Per questa via, però, nel presupposto che la spettanza dell'attività di valorizzazione (fatta sostanzialmente coincidere con quella di gestione) debba essere determinata, sulla scia della legislazione pre-riforma, in ragione della titolarità del bene, la Corte perviene al risultato di neutralizzare una delle maggiori novità apportate, dalla novella costituzionale, alle competenze culturali delle Regioni. All'assetto costituzionale delle competenze, articolato sul principio di separazione, si sostituisce, infatti, discutibilmente, una diversa ripartizione fondata sul principio dominicale, in forza del quale lo Stato viene ammesso a disciplinare con legge (spingendosi, s'intende, al di là della cornice di principi) – ma anche con regolamento, in deroga al comma 6 dell'art. 117 Cost. – l'attività di valorizzazione e di gestione, oltre che di tutela, dei beni di cui conservi la titolarità. Si veda, la già citata sent. n. 26, al punto 3 del *Cons. in dir.*: «La norma censurata, rinviando all'art. 152 del d. lgs. n. 112 del 1998 il quale stabilisce, sia pure ai fini della definizione delle funzioni e dei compiti di valorizzazione dei beni culturali, che Stato, regioni ed enti locali esercitano le relative attività, "ciascuno nel proprio ambito", presuppone un criterio di ripartizione di competenze, che viene comunemente interpretato nel senso che ciascuno dei predetti enti è competente ad espletare quelle funzioni e quei compiti riguardo ai beni culturali, di cui rispettivamente abbia la titolarità. Tale criterio, pur essendo inserito nel decreto legislativo n. 112 del 1998, anteriore alla modifica del Titolo V della Costituzione, conserva tuttora la sua efficacia interpretativa». Cfr., A. POGGI, *La Corte torna sui beni culturali (brevi osservazioni in margine alla sentenza n. 26/04)*, in *www.federalismi.it*.

⁶⁴ In senso analogo, v. M. SINISI, *Art. 55*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, II ed., cit., 485. A simili conclusioni perviene chi accoglie la «lettura unitaria» dei due commi dell'art. 9 Cost., secondo la quale l'obbligo costituzionale alla tutela del patrimonio storico artistico non andrebbe ricostruito come fine in sé, ma in quanto rivolto a conseguire l'obiettivo sancito nel comma 1, ovvero sia promuovere lo sviluppo della cultura. Così G. ROLLA, *Beni culturali e funzione sociale*, in *Le Regioni*, 1987, 62. Similmente, S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, cit., 124, per il quale «per poter ricondurre la garanzia del godimento pubblico dei beni culturali nell'ambito dei principi costituzionali si rende necessaria un'interpretazione sistematica dell'art. 9 Cost., che rapporti il 2° co. (...) al comma precedente». In questo senso, v., già F. MERUSI, *Art. 9*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 434 ss., che estende al patrimonio artistico la concezione dinamica della tutela, affermando (pag. 446) che «sembra possibile una lettura unitaria, non solo del secondo comma, ma dell'intero articolo, col secondo comma costituente una accentuazione particolare del fine generale di promozione della cultura».

⁶⁵ Che si tratti, del resto, di attività inestricabilmente connesse è ben evidenziato dallo stesso Codice dei beni culturali, che, difatti, prevede espressamente la strumentalità dell'una (la tutela) all'altra (la valorizzazione). V., ad esempio, l'art. 3, comma 1: «La tutela consiste nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette, sulla base di un'adeguata attività conoscitiva, ad individuare i beni costituenti il patrimonio culturale ed a garantirne la protezione e la conservazione per fini di pubblica fruizione».

Non è senza significato che, proprio al fine di garantirne la valorizzazione – ovvero per favorire il pubblico godimento e non la sola conservazione –, possa essere disposta, con percorso inverso, l'espropriazione di un bene culturale privato⁶⁶. *Ratio*, questa, significativamente accolta dalla sistematica che presiedeva al Testo unico, nel quale la disciplina espropriativa dei beni culturali privati era collocata nel titolo dedicato alla valorizzazione. Con conseguenti – e tutt'altro che trascurabili – ricadute sulla tutela giurisdizionale del privato⁶⁷.

Non sembra, pertanto, irragionevole che l'essenzialità della funzione pubblica di "tutela" da garantire, come possa porsi a fondamento della legittimità del provvedimento espropriativo ai danni del privato, così, nel contempo, rappresenti il limite intrinseco alle operazioni di privatizzazione, il quale, ostando ad operazioni di dismissione "generalizzata", dovrebbe essere "tarato", nel rispetto del principio di legalità, sul singolo bene, attraverso una verifica individuale da parte della pubblica amministrazione.

Limite, questo, non ignorato, del resto, dal Codice (nel testo risultante dalle più recenti modifiche), il quale, difatti, prevede che l'autorizzazione ad alienare sia corredata dall'indicazione delle prescrizioni in ordine non alla sola conservazione del bene, ma anche alla fruizione pubblica, nonché dalla determinazione di ulteriori obiettivi di valorizzazione (art. 55, comma 3), elevando, opportunamente, la fruizione pubblica (non meno della conservazione), a condizione (anche, eventualmente, con effetto preclusivo) delle operazioni di alienazione (art. 55, comma 3-*bis*)⁶⁸.

Nel contempo, sul presupposto – già teorizzato, in passato, dalla più

⁶⁶ Si veda, F.S. MARINI, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, cit., 179.

⁶⁷ Tanto che la mancata destinazione al pubblico godimento, potrebbe rappresentare un elemento sintomatico dello sviamento dalle finalità legislativamente imposte al potere di espropriazione culturale, aprendo la strada alla retrocessione del bene culturale espropriato. Cfr., in questo senso, F.S. MARINI, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, cit., 180.

⁶⁸ Cfr. M. SINISI, *Art. 55*, cit., 483 ss. Parla in proposito di «mere privatizzazioni "formali"», M. RENNA, *Beni pubblici*, cit., 716 ss., che individua in tal modo (pag. 720 s.) «quelle in esito alle quali la proprietà [dei beni] diviene formalmente privata (...) pur mantenendo la loro destinazione pubblica e rimanendo quindi sotto l'egida dei poteri di regolazione e di tutela pubblicistica spettanti alle amministrazioni competenti», concludendo che «anche in materia di beni pubblici, dunque, lo stato sta diventando sempre più "regolatore" e sta progressivamente abbandonando le vesti dello "stato gestore", insieme a quelle dello "stato proprietario"»; A. GIUFFRIDA, *Patrimonio dello Stato S.p.A.*, cit., 646.

autorevole dottrina⁶⁹ – che destinazione pubblica e proprietà privata non siano inconciliabili, può ammettersi che la privatizzazione dello statuto proprietario non segua necessariamente l'esaurimento della «rilevanza pubblica» del bene⁷⁰. La quale, piuttosto – prevalendo la destinazione sul profilo dominicale – potrebbe permanere nel nuovo regime proprietario, con l'effetto di gravare il privato dell'onere di garantire l'effettiva funzionalità del bene rispetto gli interessi collettivi⁷¹.

⁶⁹ Il riferimento è alla categoria dei "beni privati di interesse pubblico", elaborata e sistematizzata da A.M. SANDULLI, *Beni pubblici*, cit., 278 s., nonché recentemente riproposta da A. LOLLI, *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni di interesse pubblico*, in *Dir. amm.*, 1996, 81. In argomento, v., inoltre, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici*, cit., 1 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni pubblici*, cit., che afferma che «la nostra dottrina tradizionale da tempo conosce la categoria dei beni privati di interesse pubblico, alcuni dei quali coincidono senz'altro con analoghi beni pubblici. Lo stesso bene, se è di proprietà privata viene sottoposto mediante un determinato regime giuridico alla destinazione pubblica ma resta di proprietà privata; se è di proprietà pubblica, la destinazione ne produce la sottoposizione al regime pubblicistico e perciò all'incommerciabilità. (...) si può senz'altro affermare in principio la compatibilità tra destinazione pubblica e proprietà privata».

⁷⁰ V., A. LOLLI, *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni di interesse pubblico*, cit., 82, per il quale la categoria dei beni pubblici, in quanto beni ad appropriazione "cristallizzata", non sarebbe «ontologicamente necessaria (indispensabile), anche quando gli interessi maggiormente coordinati al bene siano interessi (pubblici) non economici».

⁷¹ Si veda la sent. Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2011, n. 3811, ove si legge che «da tale quadro normativo-costituzionale, e fermo restando il dato "essenziale" della centralità della persona (e dei relativi interessi), da rendere effettiva, oltre che con il riconoscimento di diritti inviolabili, anche mediante "adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale", emerge l'esigenza interpretativa di "guardare" al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria per approdare ad una prospettiva personale-collettivistica. Ciò comporta che, in relazione al tema in esame, più che allo Stato-apparato, quale persona giuridica pubblica individualmente intesa, debba farsi riferimento allo Stato-collettività, quale ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della cittadinanza (collettività) e quale ente preposto alla effettiva realizzazione di questi ultimi; in tal modo disquisire in termine di sola dicotomia beni pubblici (o demaniali)-privati significa, in modo parziale, limitarsi alla mera individuazione della titolarità dei beni, tralasciando l'ineludibile dato della classificazione degli stessi in virtù della relativa funzione e dei relativi interessi a tali beni collegati. Ne deriva quindi che, là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale come sopra delineato, detto bene è da ritenersi, al di fuori dell'ormai datata prospettiva del *dominium* romanistico e della proprietà codicistica, "comune" vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini. (...) Pertanto, il solo aspetto della "demanialità" non appare esaustivo per individuare beni che, per loro intrinseca natura, o sono caratterizzati da un godimento collettivo o, indipendentemente dal titolo di proprietà pubblico o privato, risultano funzionali ad interessi della stessa col-

D'altra parte, poiché, a mente dell'art. 42 Cost., la proprietà privata può essere conformata alla funzione sociale, diminuisce «l'esigenza generale della natura soggettivamente pubblica»⁷². Alla «funzione sociale» è sottesa, del resto, come noto, l'idea della «differenziazione degli statuti proprietari»⁷³, ovverosia della «modulazione» in via legislativa delle

lettività. In tal modo, risultando la collettività costituita da persone fisiche, l'aspetto dominante della tipologia del bene in questione cede il passo alla realizzazione di interessi fondamentali indispensabili per il compiuto svolgimento dell'umana personalità». Cfr., F. FRANCIOSI, *Privatizzazioni, dismissioni e destinazione "naturale" dei beni pubblici*, cit., 223 s.; A. POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, cit., 650 s., il quale rileva che, puntando «su una accezione "funzionale", "dinamica" ovvero "oggettiva" dei beni pubblici, si può ipotizzare una forma alternativa di tutela – sotto forma di vincolo di destinazione o di onere reale – che prescindendo dall'appartenenza al soggetto pubblico». V., S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, cit., 124, per il quale «la garanzia di godimento pubblico deve riguardare non solo i beni demaniali ma anche i beni di proprietà privata che devono essere fruibili dalla collettività, per rispondere alle finalità di cui all'art. 9 Cost.»; M. DUGATO, *Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine*, cit., 33 s., il quale osserva che nella più recente legislazione «la scelta per l'abbandono dell'appartenenza in favore della destinazione vincolata è evidente, così come è evidente che essa non determina affatto una compressione delle garanzie e delle tutele dell'interesse pubblico».

⁷² Così, F.S. MARINI, *Proprietà pubblica: profili costituzionali*, cit., 13. Sul punto, si veda la sent. Corte di Cassazione, sez. un., n. 3665 del 14 febbraio 2011, nella quale, dall'applicazione diretta degli artt. 2, 9 e 42 Cost., si ricava «il principio della tutela della umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale», con riferimento non solo ai beni costituenti il demanio e il patrimonio oggetto della «proprietà» dello Stato, ma anche riguardo a quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per la loro destinazione alla realizzazione dello Stato sociale, dovrebbero ritenersi «comuni», prescindendo dal titolo di proprietà, risultando così recessivo l'aspetto demaniale a fronte di quello della funzionalità del bene rispetto ad interessi della collettività. Cfr., F. CORTESE, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici? (comm. a Corte di cassazione, sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1170 ss., il quale rileva che, nella pronuncia, la Corte fornisce sì la nozione di bene comune, tuttavia, «lo scopo concreto del riferimento ad una nozione di beni comuni è pur sempre, nel caso di specie, la riaffermazione della demanialità di un determinato bene» (pag. 1176). L'A. osserva, tuttavia, al riguardo, che tale ricostruzione ha un punto debole, in quanto, «se è davvero ipotizzabile la definizione interpretativa, *hic et nunc*, di una categoria di "beni comuni", questi dovrebbero ragionevolmente distinguersi da quelli demaniali in senso stretto, poiché, per espressa ricostruzione della Corte, i "beni comuni" non coinvolgono questioni di titolarità dominicale, bensì di *governance* pubblicistica» (pag. 1177); C.M. CASCIONE, *Le Sezioni unite oltre il codice civile. Per un ripensamento della categoria dei beni pubblici*, in *Giur. it.*, 2011, 2506 ss.; S. LIETO, «Beni comuni», *diritti fondamentali e Stato sociale. La Corte di cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, in *Pol. dir.*, 2011, 331 ss.; G. GALEAZZO, *Limiti del pubblico e doveri civici*, in *Aedon*, 2/2011.

⁷³ Si veda, ad esempio, la sent. Corte cost. n. 103 del 1985. Cfr., M.S. GIANNINI, *Basili costituzionali della proprietà privata*, cit., 474, per il quale la normativa costituzionale, «at-

«modalità di utilizzazione» dei beni, proprio «in ragione del diverso atteggiarsi dell’interesse della collettività»⁷⁴. Tanto da potersi suggestivamente descrivere gli effetti del regime vincolistico sulla proprietà in termini di «trasposizione del contenuto della demanialità»⁷⁵.

6. La “valorizzazione” come funzione del patrimonio culturale pubblico

Corrispondentemente, atteso che la “valorizzazione” concorra a connotare il significato della funzione di “tutela”, deve escludersi che i beni del patrimonio culturale pubblico siano idonei ad assolvere la propria funzione a prescindere dalla *concreta* destinazione all’uso pubblico⁷⁶.

Infatti, alla luce del principio di sussidiarietà⁷⁷ – il quale, accolto, con la riforma costituzionale del 2001, anche nella sua declinazione orizzontale (art. 118, ult. comma, Cost.), favorisce una sostanziale regressione delle attività e delle funzioni del pubblico a vantaggio di una corrispondente espansione della partecipazione del privato –, ben difficilmente può sostenersi che la proprietà pubblica si giustifichi in sé, anche indipendentemente dalla concreto beneficio per la collettività.

traverso il principio della funzione sociale, introduce il concetto della pluralità dei tipi (del diritto) di proprietà».

⁷⁴ Così, S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 145 ss.; v., inoltre, G. ROLLA, *Beni culturali e funzione sociale*, cit., 59 ss.; A. BALDASSARRE, *Proprietà, I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma 1991, 3 ss.; F.S. MARINI, *Il “privato” e la Costituzione. Rapporto tra proprietà ed impresa*, cit., 17 ss.

⁷⁵ In questi termini, S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, cit., 98. Cfr., A. SERRA, *Le modifiche al Codice dei beni culturali e del paesaggio dopo i decreti legislativi 62 e 63 del 2008. Beni culturali. L’alienazione e l’utilizzazione dei beni culturali pubblici: gli artt. 53-64*, cit.

⁷⁶ Sul punto, v., M. DUGATO, *Il regime dei beni pubblici: dall’appartenenza al fine*, cit., 35 che mette l’accento sulla valorizzazione della finalità pubblica effettiva del bene, non essendo più ritenuto sufficiente che il bene sia pubblico per appartenenza»; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., 54 ss. e 82 ss. Con specifico riferimento al demanio culturale, cfr., R. COLONNA DAHLMAN, *Alienazione dei beni immobili culturali di proprietà pubblica*, in *Aedon*, 1/2001.

⁷⁷ Mettono in relazione il processo di dismissioni in atto con il principio di sussidiarietà orizzontale ora sancito all’art. 118, comma 4, Cost., M. RENNA, *Beni pubblici*, cit., 723; A. GIUFFRIDA, *Patrimonio dello Stato S.p.A.*, cit., 643 s., il quale rileva anche che la riforma «ha indotto un ripensamento (...) finanche dello stesso lessico giuridico, a cominciare, ad esempio, dalla (ormai superata) nozione *formale* e *soggettiva* di “bene pubblico” – rigorosamente associata alla sola appartenenza pubblica dei beni –, oggi necessariamente sostituita dalla più moderna definizione *sostanziale* ed *oggettiva* di “beni a destinazione pubblica”».

Il mutamento di rotta, già accolto nel Codice dei beni culturali, il quale, significativamente, assegna, ai luoghi ed agli istituti di cultura elencati nel comma 2 dell'art. 101, appartenenti a soggetti pubblici, la qualificazione di pubblico servizio⁷⁸, è attentamente evidenziato dalla più recente giurisprudenza, nella quale si fa propria «l'idea di una necessaria funzionalità dei beni pubblici, con la conseguente convinzione che il bene è pubblico non tanto per la circostanza di rientrare in una delle astratte categorie del codice quanto piuttosto per essere fonte di un beneficio per la collettività»⁷⁹.

7. *Il versante regionale della privatizzazione*

È quanto mai agevole rilevare che la partita della dismissione dei beni del demanio culturale non si giochi solo sul fronte statale, ma chiami in causa anche gli altri enti territoriali, proprietari, a loro volta, di beni culturali.

Su questo fronte, la riforma del titolo V non fa registrare apprezzabili novità.

Vero è che l'art. 119 Cost., nella nuova formulazione – operando, in linea con l'ispirazione di fondo della riforma, una estensione soggettiva delle garanzie costituzionali in favore delle autonomie infraregionali –, riconosce un «proprio patrimonio» non solo alle Regioni, ma anche – a

⁷⁸ Art. 101, comma 3: «Gli istituti ed i luoghi di cui al comma 1 che appartengono a soggetti pubblici sono destinati alla pubblica fruizione ed espletano un servizio pubblico», con estensione, alla valorizzazione, dei principi che presiedono l'erogazione di un servizio pubblico (art. 111, comma 3: «La valorizzazione ad iniziativa pubblica si conforma ai principi di libertà di partecipazione, pluralità dei soggetti, continuità di esercizio, parità di trattamento, economicità e trasparenza della gestione»). V., P. BILANCIA, *Note sui modelli di gestione nella valorizzazione dei beni culturali*, in V. PIERGIGLI, A.L. MACCARI (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi*, Milano, 2006, 153, nt. 6. Sulla configurazione di un'attività di servizio pubblico finalizzata alla fruibilità pubblica dei beni culturali, v. S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, cit., 127 ss. Ad impedire il pieno e completo assorbimento in quest'area, ricorre, però, la qualità culturale del servizio prestato. Basti considerare che sono chiamate a rappresentare un limite immanente alle attività di valorizzazione le esigenze connesse alla tutela dei beni culturali (art. 6, comma 2: «La valorizzazione è attuata in forme compatibili con la tutela e tali da non pregiudicarne le esigenze»). Cfr., G. MORBIDELLI, *Introduzione*, in G. MORBIDELLI-G. CERRINA FERONI (a cura di), *I Musei. Discipline, gestioni, prospettive*, Torino 2010, 11.

⁷⁹ Così, ancora, sent. Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2011, nn. 3811.

differenza di quanto previsto dal testo originario – ai Comuni, alle Province e alle Città metropolitane. All'estensione del profilo soggettivo corrisponde, però, nel contempo, una riduzione dell'oggetto della garanzia, riferendosi, il testo costituzionale, al solo «patrimonio», ed omettendosi ogni riferimento al «demanio»⁸⁰, espressamente evocato, invece, nella vecchia disposizione⁸¹.

Vero è, inoltre, che il nuovo art. 119 Cost. sembrerebbe porre le premesse per un mutamento del regime competenziale sulla proprietà pubblica, limitando la competenza del legislatore statale alla sola definizione dei «principi generali» di *attribuzione* dei beni, cosa che dovrebbe favorire una corrispondente espansione della competenza legislativa regionale sui beni *attribuiti*, mentre, come noto, nel precedente, la Costituzione rinviava alla legge statale, in definitiva, ogni scelta, ponendo le premesse per una degradazione della legislazione regionale ad un ruolo meramente integrativo di quella statale⁸². Tuttavia, non è questa la lettura accolta dalla giurisprudenza costituzionale, ad avviso della quale, al contrario, il «regime giuridico della proprietà pubblica», a prescindere dalla titolari-

⁸⁰ Quale che sia l'esatto significato da attribuire alla "scomparsa" del demanio dal testo costituzionale, non sembra irragionevole considerarla un indizio della crisi della categoria dei beni demaniali, categoria che, come visto, si declina sempre più come un'etichetta priva di un contenuto davvero omogeneo. Si veda, sul punto, M. RENNA, *Beni pubblici*, cit., 723, il quale definisce "non casuale" la scomparsa del demanio dall'art. 119 Cost.

⁸¹ Correlativamente – va osservato per inciso – si apre l'interrogativo sulle ricadute che ne potrebbero scaturire per le Regioni speciali, le quali, invece, nei propri Statuti, con la sola eccezione di quello della Regione Friuli-Venezia Giulia, si vedono riconosciuti diritti demaniali, particolarmente consistenti, come noto, nella Regione Sicilia e nella Valle d'Aosta. Cosa che comunque, stando alla più recente giurisprudenza costituzionale, non le risparmia dall'occupazione da parte dello Stato della disciplina demaniale, ascrivibile, ad avviso del Giudice costituzionale, all' "ordinamento civile". Si veda la sent. n. 114 del 2012, in cui si afferma che: «la prevista possibilità di cessione delle infrastrutture idriche, chiaramente incide sul regime della proprietà di tali beni, che, a prescindere dalla titolarità, rientrano nella disciplina demaniale. (...) si deve ritenere che il settore resti disciplinato dall'art. 143 del d.lgs. n. 152 del 2006, il quale prevede il regime demaniale delle infrastrutture idriche e, quindi, la loro "inalienabilità se non nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge" e dalle norme del codice civile richiamate dal ricorrente. Siffatta disciplina statale impedisce, quindi, di modificare "il regime della proprietà di beni del demanio accidentale degli enti pubblici territoriali, trattandosi di materia ascrivibile all'ordinamento civile, riservata dall'art. 117, secondo comma, lettera l)" (in particolare, sentenza n. 320 del 2011), alla quale non può sottrarsi neppure la Provincia autonoma di Bolzano, non essendo rinvenibile alcun titolo competenziale specifico al riguardo».

⁸² Cfr., L. PALADIN, *Diritto regionale*, Padova 1987, 244.

tà, andrebbe integralmente ricondotto alla competenza statale, trattandosi di materia ascrivibile all'ordinamento civile, riservata dall'art. 117, comma 2, lett. l)⁸³, con la conseguenza, in sostanziale continuità con il vecchio assetto, di riconoscere al legislatore regionale, tutt'al più, il mero compito di «attuazione di una specifica normativa statale»⁸⁴.

Agli enti regionali non spetterebbero, pertanto, poiché ricadenti nell' "ordinamento civile", né l'esercizio di poteri conformativi del regime giuridico delle *res* (che, del resto, per i beni culturali, rappresenterebbe, comunque, esercizio della competenza esclusiva in materia di "tutela", come precisato dalla Corte nella sent. n. 94 del 2003); né la potestà di imposizione e riscossione del canone demaniale⁸⁵; né, infine, il potere di cessione a soggetti di diritto privato dei beni demaniali, di cui, pure, siano titolari⁸⁶.

Per di più, alle operazioni di alienazione e valorizzazione del patrimonio degli enti territoriali, non sono estranei obiettivi di "coordinamento della finanza pubblica", titolo di competenza statale, non a caso, evocato nella sent. n. 340 del 2009⁸⁷, nella quale, peraltro, in relazione

⁸³ V. le sentt. nn. 320 del 2011 e 114 del 2012.

⁸⁴ Così, la sent. n. 320 del 2011, punto 2.1.1. del *Cons. in dir.* Cfr., F. COSTANTINO, *La proprietà delle reti dei servizi pubblici locali – in particolare del servizio idrico (a proposito di Corte cost. 320/2011)*, in *www.rivistaic.it*, 2012.

⁸⁵ La quale, in particolare, in base ad un orientamento non del tutto convincente accolto dalla Corte costituzionale, quando il bene è in proprietà statale, sembrerebbe seguire la titolarità del bene e non, invece, la titolarità di funzioni legislative ed amministrative (sentt. nn. 326 del 1989, 343 del 1995, 150 del 2003, 286 del 2004). Mentre, nell'ipotesi inversa in cui la titolarità del bene non sia statale, resterebbe, comunque, assegnata allo Stato – come nel caso delle infrastrutture idriche di proprietà degli enti locali –, in quanto considerata esercizio dell'autonomia negoziale in tema di concessioni-contratto, e quindi riconducibile alla materia "ordinamento civile" (sent. n. 246 del 2009). In altre parole, l'esclusione di una diretta correlazione tra bene e funzione è dalla Corte, intesa, per lo più, a senso unico, ammettendosi – poco coerentemente – che dalla titolarità (statale) del bene possa farsi discendere la spettanza (statale) delle funzioni ad esso relative, sulla base di un affermato «parallelismo tra titolarità del bene demaniale (e relative pertinenze) ed esercizio delle relative funzioni amministrative di gestione e cura» (sent. n. 302 del 2005, punto 3.2. del *Cons. in dir.*).

⁸⁶ Si veda, ancora, la sent. n. 320 del 2011, punto 2.1.1. del *Cons. in dir.*: «La disposizione regionale censurata prevede, sia pure con riferimento alle sole infrastrutture idriche, un caso di cessione ad un soggetto di diritto privato – la società patrimoniale d'ambito a capitale pubblico incredibile – di beni demaniali e, perciò, incide sul regime giuridico della proprietà pubblica. Essa va, pertanto, ascritta alla materia ordinamento civile, riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost.».

⁸⁷ Così, al punto 8 del *Cons. in dir.*: «Ancorché nella *ratio* dell'art. 58 siano ravvisa-

alla privatizzazione del patrimonio immobiliare di Regioni, Comuni ed altri enti locali, disciplinata nell’art. 58 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, con la l. 6 agosto 2008, n. 133, recante “Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria”⁸⁸, si fa salvo l’effetto di riclassificazione degli immobili inseriti nel piano delle alienazioni come “patrimonio disponibile”⁸⁹.

8. “Federalismo demaniale” e “valorizzazione”

Analoghe esigenze di carattere finanziario sembrerebbero non estranee al d.lgs. 28 maggio 2010, n. 85, sul c.d. “federalismo demaniale”, al quale deve riconoscersi un parziale effetto di “scongelo” della nuova disciplina dell’autonomia finanziaria introdotta dalla riforma costituzionale del 2001⁹⁰.

A ben guardare, però, per quanto lo scopo dichiarato del decreto sul “federalismo demaniale” sia l’“attribuzione a comuni, province, città metropolitane e regioni di un proprio patrimonio, in attuazione dell’articolo 19 della legge 5 maggio 2009, n. 42”, la previsione – in deroga, si badi, alla regola che presiede i trasferimenti tra enti territoriali, che normal-

bili anche profili attinenti al coordinamento della finanza pubblica, in quanto finalizzato alle alienazioni e valorizzazioni del patrimonio immobiliare degli enti, non c’è dubbio che, con riferimento al comma 2 qui censurato, assuma carattere prevalente la materia del governo del territorio, anch’essa rientrante nella competenza ripartita tra lo Stato e le Regioni, avuto riguardo all’effetto di variante allo strumento urbanistico generale, attribuito alla delibera che approva il piano di alienazione e valorizzazione».

⁸⁸ Questa disciplina rinviene, peraltro, un precedente nella l. 27 dicembre 2002, n. 289, “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2003)”, la quale (mediante rinvio al d.l. 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001, n. 410) prevedeva (art. 84) l’estensione alle Regioni e agli enti locali della possibilità di realizzare operazioni di cartolarizzazione dei proventi derivanti dalla dismissione dei rispettivi patrimoni immobiliari, pur precisando, contraddittoriamente, che l’inclusione dei beni nelle delibere dell’organo competente degli enti proprietari non avrebbe modificato il regime giuridico dei beni demaniali trasferiti, previsto negli artt. 823 e 829 cod. civ. Sul punto, v., A. POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, cit., 659.

⁸⁹ V., D. DE PRETIS, *Valorizzazione dei beni pubblici e piani urbanistici: spetta alle Regioni la disciplina delle procedure di variante*, in *Le Regioni*, 2012, 884 ss.

⁹⁰ ... per riprendere le parole di A. D’ATENA, *Diritto regionale*, Torino, 2010, 211, il quale fa osservare il processo di «congelamento» in cui è incorso l’art. 119 Cost.

mente non travolgono il regime giuridico – secondo la quale i beni trasferiti entrino a far parte del «patrimonio disponibile dei Comuni, delle Province, delle Città metropolitane e delle Regioni» (art. 4, comma 3), lascia pochi dubbi sull'esito che si intende perseguire – o quantomeno favorire –, ovvero sia la dismissione da parte dell'ente decentrato⁹¹, esito precluso solo quando quest'ultimo versi «in stato di dissesto finanziario» (art. 2, comma 2)⁹².

La disciplina suscita qualche perplessità, in quanto, sotto le mentite spoglie di un (mero) trasferimento generalizzato di beni agli enti territoriali determina – in assenza di una concreta valutazione sull'attualità della destinazione pubblica – il venir meno del vincolo di destinazione d'uso⁹³. Per questo, la possibilità di applicazione, ai beni culturali, della disciplina sul federalismo demaniale – peraltro, non pacifica – ha dischiuso uno scenario alquanto problematico⁹⁴.

Tanto più in considerazione del fatto che tale normativa si arresta alla mera enunciazione del rispetto dei vincoli storici o artistici (già) presenti sul bene oggetto del trasferimento⁹⁵, accompagnata da alcuni generici

⁹¹ Da notare che, nel quadro dei processi di alienazione e di dismissione, si fa espresso rinvio proprio alle procedure di cui al già citato art. 58 del d.l. n. 112 del 2008.

⁹² Nello stesso senso, v., V.M. SESSA, *Il federalismo demaniale e i suoi effetti sul patrimonio culturale*, in *Aedon*, 1/2011.

⁹³ Si veda, V.M. SESSA, *Il federalismo demaniale e i suoi effetti sul patrimonio culturale*, cit., per la quale, da una parte, «il processo di trasferimento si configura come estremamente generalizzato e quindi suscettibile di eccezioni solo in termini restrittivi, dall'altra (...) il d.lg. 85/2010 rovescia il criterio decisionale chiedendo non di valutare se sussistono i presupposti per la sdemanializzazione bensì, al contrario, consentendo di chiedere, solo per taluni beni, che si mantenga la demanialità». Cfr., in argomento, V., Cfr., L. ANTONINI: *Il federalismo demaniale: aspetti patrimoniali del federalismo fiscale*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Il federalismo demaniale*, Torino 2010, 56 ss.; C. GARBARINO, *Aspetti fiscali del processo di attribuzione a comuni, province, città metropolitane e Regioni di un proprio patrimonio, in attuazione dell'art. 19 della legge 5 maggio 2009, n. 42*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Il federalismo demaniale*, cit., 69 ss.; P. MADDALENA, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione della Repubblica italiana*, cit., 2628 ss., secondo il quale (pag. 2629) i beni del demanio idrico e marittimo sarebbero da considerarsi intrasferibili in quanto appartenenti all'intera collettività nazionale. Pertanto, ci troveremmo di fronte a «provvedimenti legislativi di gravità eccezionale, che [andrebbero] contro la lettera e lo spirito della Costituzione», la quale «mira ad un'equa ripartizione dei beni tra tutti i cittadini ispirandosi al principio di eguaglianza sostanziale ed ai criteri dell'utilità generale e del preminente interesse pubblico».

⁹⁴ Cfr., V.M. SESSA, *Il federalismo demaniale e i suoi effetti sul patrimonio culturale*, cit.

⁹⁵ Art. 4, comma 2: «Il trasferimento ha luogo nello stato di fatto e di diritto in cui i beni si trovano, con contestuale immissione di ciascuna Regione ed ente locale nel pos-

impegni di valorizzazione in capo agli enti beneficiari (artt. 1, comma 2; 2, comma 4)⁹⁶, anche all'atto dell'eventuale alienazione (art. 4, comma 3)⁹⁷.

A dissipare le ambiguità è intervenuta una più recente – ed opportuna – modifica⁹⁸ della normativa sul federalismo demaniale (art. 5, comma 5)⁹⁹, con la quale, per procedere al trasferimento dei beni culturali dallo Stato agli altri enti territoriali, si prevede – non più soltanto in sede di prima applicazione¹⁰⁰ –, il necessario ricorso agli accordi di valorizzazione regolati dal Codice dei beni culturali (art. 112)¹⁰¹, "promuovendo", di

nesso giuridico e subentro in tutti i rapporti attivi e passivi relativi ai beni trasferiti, fermi restando i limiti derivanti dai vincoli storici, artistici e ambientali».

⁹⁶ Art. 1, comma 2: «Gli enti territoriali cui sono attribuiti i beni sono tenuti a garantirne la massima valorizzazione funzionale»; art. 2, comma 4: «4. L'ente territoriale, a seguito del trasferimento, dispone del bene nell'interesse della collettività rappresentata ed è tenuto a favorire la massima valorizzazione funzionale del bene attribuito, a vantaggio diretto o indiretto della medesima collettività territoriale rappresentata».

⁹⁷ Art. 4, comma 3: «I beni trasferiti in attuazione del presente decreto che entrano a far parte del patrimonio disponibile dei Comuni, delle Province, delle Città metropolitane e delle Regioni possono essere alienati solo previa valorizzazione attraverso le procedure per l'adozione delle varianti allo strumento urbanistico, e a seguito di attestazione di congruità rilasciata, entro il termine di trenta giorni dalla relativa richiesta, da parte dell'Agenzia del demanio o dell'Agenzia del territorio, secondo le rispettive competenze».

⁹⁸ D.l. 6 dicembre 2011, n. 201, "Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici", convertito con modificazioni dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214.

⁹⁹ Art. 5, comma 5: «In sede di prima applicazione del presente decreto legislativo, nell'ambito di specifici accordi di valorizzazione e dei conseguenti programmi e piani strategici di sviluppo culturale, definiti ai sensi e con i contenuti di cui all'articolo 112, comma 4, del Codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni, lo Stato provvede, entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente decreto, al trasferimento alle Regioni e agli altri enti territoriali, ai sensi dell'articolo 54, comma 3, del citato Codice, dei beni e delle cose indicati nei suddetti accordi di valorizzazione». Cfr., sul punto, L. ANTONINI: *Il federalismo demaniale: aspetti patrimoniali del federalismo fiscale*, cit., 58, per il quale: «in assenza di un *input* a un trasferimento di maggiore momento che, anche in considerazione del patrimonio storico-artistico presente in tutta la penisola, avrebbe assunto ben diversa rilevanza per le Regioni italiane, residua, in ultima istanza, la sola *chance* della scelta discrezionale già prevista dal Codice dei beni culturali, che, evidentemente, non rappresenta una novità».

¹⁰⁰ Art. 27, comma 8: «All'articolo 5, comma 5 del decreto legislativo 28 maggio 2010, n. 85: sono soppresse le parole "In sede di prima applicazione del presente decreto"; le parole "entrata in vigore del presente decreto" sono sostituite dalle seguenti parole: "presentazione della domanda di trasferimento"».

¹⁰¹ Tali accordi non si limitano, peraltro, a determinare una modalità concertata di esercizio delle funzioni degli enti territoriali, ma si spingono a cercare il coinvolgimento

fatto, l'ispirazione collaborativa delle prime esperienze applicative della disciplina in esame¹⁰².

Il "federalismo demaniale" riportato, in tal modo, sulla via del coinvolgimento e della partecipazione tracciata dal Codice dei beni culturali¹⁰³, ne recupera anche l'approccio garantistico, come emerge dall'analisi degli schemi degli accordi di valorizzazione, nei quali, per un verso, si sente il bisogno di precisare che «una volta trasferiti in proprietà agli enti territoriali, i beni conservano la natura di demanio pubblico (ramo storico, archeologico e artistico) e restano integralmente assoggettati alla disciplina di tutela e salvaguardia di cui al D.Lgs. n. 42/2004», per l'altro, si prevede la possibilità di «risoluzione di diritto dell'atto di trasferimento», in caso di mancato rispetto delle condizioni e degli impegni assunti dagli enti territoriali con gli accordi stessi.

Temperata nei termini sopra esposti, dall'applicazione della normativa, dovrebbero scaturire conseguenze limitate. In particolare, dal trasferimento di beni culturali alle Regioni, operato in applicazione del "fede-

dei privati, non esclusivamente in qualità di proprietari di beni culturali, ma anche nella veste di persone giuridiche *no-profit*, nel cui codice genetico sia prevista l'attività nel settore culturale (art. 112, comma 4). A questi soggetti è, peraltro, riconosciuta la possibilità di entrare a far parte di organismi appositamente costituiti allo scopo di provvedere all'elaborazione dei piani di valorizzazione (art. 112, comma 5), considerati un *pruis* logico rispetto al successivo concreto intervento di gestione e dai quali – si badi – nell'intento di conseguire una più netta separazione tra conservazione e valorizzazione – sono significativamente esclusi quanti rivestano funzioni di tutela dei beni culturali stessi (art. 116).

¹⁰² Si consideri la circolare n. 18 del 18 maggio 2011 del Segretariato Generale del MiBAC, con cui si predisponavano "tavoli tecnici operativi" a livello regionale e una "cabina di regia" nazionale per l'individuazione dei beni trasferendi, cui sono seguiti effettivamente alcuni accordi. V., ad esempio, l'accordo di valorizzazione per il "Castello Masgrà" di Sondrio (7 marzo 2012); l'Accordo per la valorizzazione immobiliare tra Comune di Torino e Agenzia del Demanio (17 febbraio 2012); quello concernente il teatro "La Pergola" dallo Stato al Comune di Firenze (14 dicembre 2011); e il più risalente in relazione all'*ex* Carcere di San Gimignano (29 novembre 2011).

¹⁰³ Definisce, quello concepito nel (testo originario del) Codice, un sistema «tutto improntato al principio di consensualità, come modalità di esercizio congiunto delle funzioni degli enti territoriali e di relazione tra enti pubblici e soggetti privati», P. BILANCIA, *Note sui modelli di gestione nella valorizzazione dei beni culturali*, cit., 153. Si veda, inoltre, A.L. TARASCO, *Art. 112*, in G. LEONE-A.L. TARASCO (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 695 ss. Sulla nuova configurazione della concertazione delineata nell'art. 112, a seguito delle modifiche apportate nel 2006, v., G. SEVERINI, *Art. 112*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 736 ss., il quale tra l'altro rileva (pag. 738) il riposizionamento del ruolo del partenariato istituzionale pubblico-privato, innalzato «da quello operativo e gestorio (...) a quello programmatico e pianificatorio».

ralismo demaniale", potrebbero discendere effetti riflessi in ordine all'articolazione delle competenze, potendo, le Regioni, recuperare le funzioni di valorizzazione – condizionate, secondo la giurisprudenza costituzionale¹⁰⁴, dall'argomento del potere dominicale¹⁰⁵ – dei beni dei quali si vedano formalmente riconosciuta la titolarità¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Emblematica, in questo senso, la pronuncia n. 26 del 2004, in cui la Corte, richiamando il d.lgs. n. 112 del 1998, afferma la spettanza delle attività di gestione e valorizzazione in capo allo Stato, *in quanto* titolare del bene di interesse storico-artistico. Cfr., D. NARDELLA, *Un nuovo indirizzo giurisprudenziale per superare le difficoltà nell'attuazione del Titolo V in materia di beni culturali? (Nota a sentenza 26/2004)*, in *Aedon*, 2/2004, il quale rileva che «la portata innovativa di siffatta sentenza interpretativa di rigetto pone le basi per il consolidamento di un nuovo indirizzo giurisprudenziale (...) che mira ad una sorta di "correzione" del riparto costituzionale di competenze del titolo V, ben distante da una rigorosa interpretazione teoretica dell'art. 117 Cost. e più rispondente al canone della ragionevolezza e della funzionalità, al prezzo di una forte riduzione delle attribuzioni delle regioni nel campo della valorizzazione del patrimonio culturale»; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, R. SAVOIA, *Manuale di Diritto dei beni culturali*, cit., 297 ss. Già nel previgente assetto, la Corte aveva affermato che le attribuzioni costituzionalmente garantite delle Regioni avrebbero potuto subire restrizioni «per i beni pubblici statali (demaniale e patrimoniali indisponibili), il cui uso, secondo la loro natura e finalità, attiene ai compiti dello Stato ed è inteso alla soddisfazione, con modalità varie, di interessi riferibili a tutta la comunità nazionale» (sent. n. 286 del 1985).

¹⁰⁵ È noto, infatti, l'orientamento, in varie occasioni espresso dalla Corte costituzionale, alla stregua del quale, dal passaggio delle funzioni alle Regioni, non possa direttamente trarsi una corrispondente pretesa alla titolarità dei beni, con la conseguenza che «la competenza della Regione nella materia non [possa] incidere sulle facoltà che spettano allo Stato in quanto proprietario» (così, la sent. n. 427 del 2004, punto 2.2. del *Cons. in dir.*). La Corte costituzionale, infatti, rilevando l'esistenza di «un'incoltabile distanza» che impedirebbe di trarre dal principio del buon andamento della pubblica amministrazione «conseguenze dirette e costituzionalmente necessarie» rispetto alla consistenza del patrimonio delle Regioni, afferma, ancora nella sent. n. 427 del 2004, che «la dotazione patrimoniale di un ente pubblico non è predeterminata dalla Costituzione» ed è, pertanto, escluso che essa possa essere stabilita interpretativamente in sede di giudizio di costituzionalità. In precedenza, nella sent. 98 del 1997, la Corte rilevava che «già a prima vista appare che tra i contenuti dei parametri invocati (il buon andamento della pubblica amministrazione e il diritto alla salute) e il contenuto delle norme impugnate (la consistenza del patrimonio delle unità sanitarie) esiste un'incoltabile distanza che impedisce di trarre dai primi conseguenze dirette e costituzionalmente necessarie rispetto al secondo. Per quanto molto i principi della Costituzione siano in grado di esprimere per mezzo dell'interpretazione, in nessun modo si potrebbe dire che la dotazione patrimoniale di un ente pubblico sia già implicitamente contenuta nella Costituzione e possa dunque essere determinata interpretativamente».

¹⁰⁶ È comunque da osservare che il Codice dei beni culturali, "benevolmente", già riconosce alle Regioni compiti di fruizione (art. 102) nonché di valorizzazione anche su beni culturali ancora in proprietà dello Stato, a condizione che questi ne abbia ceduto la disponibilità (art. 112).

Giovanna Perniciaro

IL (MANCATO) SEGUITO
DELLE DECISIONI GIURISPRUDENZIALI
IN MATERIA DI CUMULO DEI MANDATI
DA PARTE DEGLI ORGANI PARLAMENTARI

SOMMARIO: 1. La questione del cumulo dei mandati: le ragioni dell'interesse. – 2. Breve ricostruzione della “giurisprudenza” parlamentare in materia: dalle decisioni di “divieto” a quelle di “compatibilità” dei mandati. – 3. La recente giurisprudenza costituzionale sul cumulo dei mandati. – 4. Il seguito della pronuncia della Corte nelle ultime (difformi) decisioni delle Giunte per le elezioni di Camera e Senato. – 5. Qualche considerazione (critica) sulla decisione della Giunta delle elezioni del Senato ... – 6. ...e uno sguardo (positivo) al futuro.

1. *La questione del cumulo dei mandati: le ragioni dell'interesse*

Negli ultimi anni, il tema del cumulo degli incarichi è più volte tornato nei dibattiti, talvolta di carattere scientifico, talaltra in inchieste giornalistiche o in dibattiti di carattere più generale. A questo interesse hanno probabilmente contribuito la crisi economica ancora in atto e l'acuirsi dell'indignazione da parte della società civile nei confronti di una classe politica accusata di avere troppi privilegi¹.

Ma, dal punto di vista dello studioso, sono anche, e anzitutto, altri i motivi che rendono interessante la questione del cumulo dei mandati:

¹ La valutazione di questo scenario sembra, peraltro, essere rietrata nelle considerazioni della stessa classe politica. Basti a questo proposito richiamare una recente seduta della Giunta delle elezioni della Camera dei deputati, convocata proprio per discutere in merito alla valutazione di compatibilità degli incarichi di sindaco e di presidente di provincia rivestiti da alcuni parlamentari, nella quale il coordinatore del Comitato per i profili attinenti alle incompatibilità, on. Pino Pisicchio, invitava i componenti della Giunta a valutare le «richieste di sobrietà istituzionale che vengono dal Paese», in un momento di «gravissima crisi in cui il fenomeno dei doppi incarichi, al di là delle questioni giuridico-formali, è visto sempre più come una forma di insopportabile abuso e di freno ad un pieno rinnovamento della classe dirigente». Camera dei deputati, Giunta delle elezioni, *Resoconto sommario*, XVI legislatura, 6 dicembre 2011.

anzitutto, la molteplicità di nodi giuridici che vengono in rilievo. Soltanto per citarne alcuni, ad esempio, le problematiche relative alla limitazione del diritto di elettorato passivo. Ma altresì – sul piano regionale – i temi connessi alla ripartizione delle competenze tra legislatore statale e legislatore regionale (soprattutto, alla luce delle modifiche costituzionali del 1999 e del 2001). E, non ultimo, le vicende stimolano alcune riflessioni sul potere affidato alle Giunte delle elezioni di Camera e Senato² di giudicare i titoli di ammissione e le cause sopraggiunte di ineleggibilità e incompatibilità dei parlamentari.

Sul tema del cumulo dell'incarico di parlamentare con quello di presidente di provincia e di sindaco (nonché della carica di assessore in entrambi gli enti locali), invero, la dottrina si è ampiamente soffermata, e tuttavia può forse essere di un qualche interesse riprendere oggi tale questione, se non altro perchè alcune recenti decisioni assunte dalla Giunta delle elezioni del Senato (per di più in difformità rispetto all'omologa Giunta della Camera), se ancora ce ne fosse bisogno, riportano a galla i limiti di un sistema di verifica dei poteri tutto interno alle Camere, inevitabilmente soggetto, nel contesto dell'attuale sistema elettorale, a logiche maggioritarie³.

Sebbene la XVI legislatura sia quasi in conclusione, negli ultimi mesi le Giunte per le elezioni delle due Camere si sono trovate costrette a riaprire l'istruttoria riguardo alla compatibilità degli incarichi di sindaco e di presidente di provincia ricoperti da alcuni parlamentari. Le ragioni di tale scelta sono legate ad una sentenza della Corte costituzionale (la n. 277 del 2011), con la quale è stata sancita l'illegittimità costituzionale della disciplina in materia di ineleggibilità parlamentari (e, in specie, gli

² Per semplicità nel testo si fa genericamente riferimento alle "Giunte delle elezioni", nonostante invero al Senato vi sia un'unica Giunta, denominata "delle elezioni e delle immunità parlamentari", cui sono affidati i compiti svolti alla Camera da due distinti organi, la Giunta "delle elezioni" e quella "per le autorizzazioni".

³ Si veda sul punto, G. RIVOSECCHI, *L'ineleggibilità sopravvenuta alla carica di membro del Parlamento*, in *www.forumcostituzionale.it* 2010, che in occasione dell'audizione informale presso la Camera dei deputati, il 16 giugno 2010, sottolineava la diversità di prospettiva in cui la questione del sistema interno di verifica dei poteri si pone. Perché, mentre in «un sistema proporzionale, il contenzioso elettorale poteva essere in qualche misura attenuato dalle dinamiche interne al sistema politico, per definizione compromissorie»; viceversa, in presenza di un sistema elettorale ad impianto prevalentemente maggioritario, le decisioni della Giunta tendono ad avere valenza esclusivamente politica, fino a rischiare, «quantomeno in certi casi, di frustrare la riserva di legge assoluta di cui all'art. 65 Cost.».

articoli 1, 2, 3 e 4 della legge 15 febbraio 1953, n. 60), nella parte in cui non prevede l'incompatibilità tra la carica di parlamentare e quella di sindaco di comune con più di 20 mila abitanti (considerato invece che l'art. 7, comma 1, lett. c), del d.P.R. n. 361 del 1957, prevede l'ineleggibilità a parlamentare per i sindaci dei grandi comuni⁴). “Vuoto” legislativo, quest'ultimo, invocando il quale la più recente “giurisprudenza” parlamentare⁵ ha avallato, a partire dalla XIV legislatura, il cumulo dei mandati⁶.

2. Breve ricostruzione della “giurisprudenza” parlamentare in materia: dalle decisioni di “divieto” a quelle di “compatibilità” dei mandati

Il tema del cumulo degli incarichi parlamentari con la carica di sindaco di grande comune (e di presidente di provincia) trova origine nella formulazione legislativa, che prevede una ineleggibilità “a senso unico”⁷.

Qualora, dunque, l'elezione a sindaco o a presidente di provincia sopravvenga all'elezione a deputato o senatore – dal momento che non può dare origine ad una ineleggibilità, trattandosi di una carica assunta a legislatura avviata – si pone il problema di quale debba essere il trattamento ad essa destinato.

A fronte di tale (asimmetrica) legislazione, le Giunte per le elezioni delle due Camere, che fino alla XIII legislatura, per “giurisprudenza” consolidata, si erano sempre espresse per il divieto del cumulo, a partire

⁴ Invero, come è già stato evidenziato in dottrina (G.E. VIGEVANI, *Il tramonto del parlamentare-sindaco, tra intervento a effetto differito del legislatore e pronuncia additiva della Corte*, in *Quaderni costituzionali* 2011, 946) il rimettente non ha impugnato come era più ovvio il d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361, ossia il T.U. delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati (il cui art. 7, comma 1, lett. b) e c) prevede l'ineleggibilità a parlamentare per i sindaci e i presidenti di provincia), ma gli artt. 1-4 della legge n. 60 del 1953 in materia di “incompatibilità parlamentari”.

⁵ Sulla nozione di “giurisprudenza” parlamentare, pur nella consapevolezza che si tratti di «orientamenti maturati nelle apposite Giunte» e, soprattutto quando assunte a maggioranza, «frutto di decisioni di tipo politico», sebbene assunte «in esito a procedimenti di tipo simil-contenzioso», N. LUPO, G. RIVISECCHI, *La disciplina delle incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità con il mandato parlamentare*, in *La legislazione elettorale italiana*, a cura di R. D'ALIMONTE, C. FUSARO, Bologna 2008, 276 e ss.

⁶ Nelle ultime legislature le Giunte per le elezioni hanno avallato altresì il cumulo del mandato parlamentare con quello di presidente di provincia, ma su questa fattispecie la Corte costituzionale non si è pronunciata nella sentenza n. 277 del 2011.

⁷ Così in, L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di Diritto parlamentare*, Bologna 2008, 83.

dalla XIV si sono al contrario espresse per la compatibilità dei due mandati⁸.

Mentre, infatti, prima del 2002 le due Giunte delle elezioni avevano ritenuto che le norme sulle ineleggibilità, sia sotto il profilo del conflitto oggettivo che sotto quello dell'inopportunità, «ricomprendono già in sé un giudizio legislativo di incompatibilità», a partire dalla XIV legislatura (a condizioni “esterne” immutate⁹), la Giunta delle elezioni della Camera (seguita poi da quella del Senato) ha inaugurato – con la pronuncia di compatibilità del 2 ottobre 2002 – una nuova “giurisprudenza”.

Essenzialmente due le motivazioni espressamente poste alla base del radicale mutamento: l'asserita insussistenza – qualora la carica di sindaco sia assunta successivamente – del rischio di *captatio benevolentiae*, ovvero della possibile cattura indebita di consenso elettorale in forza della carica pubblica ricoperta¹⁰; e, soprattutto, la convinzione che in assenza di una espressa previsione legislativa, l'estensione in via analogica

⁸ Si veda, in particolare, la seduta della Giunta delle elezioni della Camera del 2 ottobre 2002, nel corso della quale, a condizioni “esterne” immutate, si è inaugurata la una nuova “giurisprudenza”. Camera dei deputati, Giunta delle elezioni, *Resoconto sommario*, XIV legislatura, 2 ottobre, 2002. Per un commento alla deliberazione della Giunta della Camera, G. RIVOCCHI, *Recenti tendenze in tema di verifica dei poteri: prima l'ineleggibilità sopravvenuta veniva tramutata in incompatibilità, ora invece ... scompare!*, in *www.forumcostituzionale.it*, 8 ottobre 2002.

A dimostrazione di come si tratti di un fenomeno “trasversale” agli schieramenti politici, dopo il 2002, tale “giurisprudenza” ha trovato conferma anche nella legislatura successiva, la XV, nel corso della quale, per quanto breve, al Senato la Giunta si è espressa per la compatibilità delle cariche di sindaco e di presidenti di provincia ricoperte rispettivamente dai senatori Azzollini e D'Alì. Senato della Repubblica, Giunta per le elezioni, *Resoconto sommario*, XV legislatura, 4 ottobre 2006.

⁹ Sul nesso tra il mutamento di “giurisprudenza” parlamentare e la questione dei “seggi fantasma”, sorta alla Camera nella XIV legislatura, N. LUPO, G. RIVOCCHI, *La disciplina delle incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità con il mandato parlamentare*, cit., 284-285; N. LUPO, *Incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità: un groviglio inestricabile?*, in *Le leggi elettorali regionali*, a cura di M. RAVERAIRA, Napoli 2009, 67.

¹⁰ Sulle diverse *ratio* rispettivamente a fondamento degli istituti della ineleggibilità e della incompatibilità, V. DI CIOLO, *Incompatibilità ed ineleggibilità parlamentari*, in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano 1971, 41 e ss.; G. LONG, *Incompatibilità e ineleggibilità*, in *Digesto pubblico*, VIII, Torino 1993, 274 e ss.; M. MIDIRI, *Art. 65*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma 1986, 69 e ss. Più di recente, G. RIVOCCHI, *Art. 65*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino 2006, 1254 e ss.; N. LUPO, G. RIVOCCHI, *La disciplina delle ineleggibilità e incompatibilità a livello europeo, nazionale e locale*, in Luiss-Upi, *I sistemi di ineleggibilità e incompatibilità ai differenti livelli rappresentativi: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, a cura di G. MELONI, Roma 2007, 11 e ss.

della previsione di ineleggibilità contrasterebbe con il principio di stretta interpretazione dei limiti al diritto elettorale passivo.

Senza entrare nel merito delle motivazioni addotte, ci si limita in questa sede a constatare che, certamente, in assenza di una espressa previsione legislativa, non si poteva arrivare a dichiarare l'ineleggibilità a sindaco e presidente di provincia per i parlamentari¹¹. Tuttavia, nella vigenza di quel quadro normativo, è pur vero che poteva continuare a trovare applicazione quella "giurisprudenza" "riduttiva" che poggiava sulla tesi secondo la quale «l'incompatibilità rappresenterebbe un *minus* di tutela rispetto alla ineleggibilità, ma non un *aliud*¹²». Ricostruzione, quest'ultima, che fino al 2002 aveva evitato la sostanziale elusione del disposto legislativo, volto essenzialmente ad impedire il sorgere di conflitti di interessi tra le cariche ricoperte¹³.

Anche nella prima parte della legislatura in corso, le Giunte hanno dovuto esprimersi riguardo al cumulo degli incarichi e lo hanno fatto in conformità a quanto deciso nella XIV legislatura, ossia nel senso di consentire ai parlamentari di svolgere al contempo, e qualora assunto successivamente, l'incarico di sindaco o di presidente di provincia¹⁴.

¹¹ A proposito del cumulo tra il mandato parlamentare e quello amministrativo, in dottrina è stato richiamato l'esempio francese, esemplificativo della plausibilità (e della funzionalità) del cumulo, sia con riguardo alla selezione delle candidature al Parlamento nazionale sia per esigenze di formazione del personale politico, sottolineando come però, nel caso italiano, ciò che «desta non poche perplessità è la sostanziale elusione del disposto legislativo rispetto alla configurazione di una inedita fattispecie di ineleggibilità sopravvenuta con il mandato parlamentare» (così, G. RIVOSECCHI, *Incidibilità, ineleggibilità, incompatibilità*, in *Le evoluzioni della legislazione elettorale "di contorno" in Europa*, a cura di G.C. DE MARTIN, Z. WITKOWSKI, E. GRIGLIO, P. GAMBALE, 2011, 149).

¹² Per tutti, L. ELIA, *Incertezza dei concetti e di pronunzie in tema di ineleggibilità nella giurisprudenza più recente della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1972, 1054 e ss.

¹³ Alla base della scelta delle Giunte di «convertire» le cause di ineleggibilità in cause di incompatibilità, la consapevolezza – alla luce del disposto normativo – di non poter far operare le cause di ineleggibilità (che incidono sull'elettorato passivo del candidato) dopo l'elezione e, dunque, la scelta di trattarle come cause di incompatibilità per evitare l'insorgere di conflitti di interesse causati dal cumulo delle cariche; sul punto, in dottrina, M. MIDIRI, *Art. 65*, cit., 69 e ss.; V. LIPPOLIS, *Art. 66*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma 1986, p. 115 e ss.; A. MANZELLA, *Il Parlamento*, III ed., Bologna 2003, 229 e ss.

¹⁴ Si segnalano in particolare, le sedute del 31 marzo e del 16 giugno 2009 della Giunta del Senato e la seduta del 27 gennaio 2010 della Giunta della Camera. Nonché la seduta del 23 novembre 2010 della Giunta del Senato.

Invero, nelle ultime legislature, il cumulo dei mandati sta raggiungendo in Italia li-

La sentenza n. 277 del 2011 della Corte costituzionale si inserisce, dunque, in questo scenario, modificando il quadro legislativo a motivo del quale le Giunte, nelle ultime legislature, avevano ritenuto di non disporre di elementi sufficienti per impedire il cumulo delle cariche. E, così, dopo aver più volte “invitato” il legislatore a colmare il vuoto legislativo – peraltro dalle stesse Giunte criticato – e, in generale, a rendere più coerente la legislazione in materia di limiti all’elettorato passivo¹⁵, e a seguito di alcune decisioni – invero dirette a sanzionare la normativa regionale¹⁶ – che censuravano il cumulo dei mandati, come contrario ai principi costituzionali del buon andamento e dell’imparzialità, con la sentenza n. 277 del 2011 la Corte è intervenuta direttamente sulla disciplina delle incompatibilità parlamentari.

velli “patologici”, fino ad interessare anche il cumulo del mandato parlamentare con quello di consigliere regionale, pure espressamente vietato dalla Costituzione. Esemplicitativa, a questo proposito, è la situazione di incompatibilità in cui versavano le onorevoli Carfagna e Mussolini, le quali, elette entrambe al Consiglio regionale della Campania, hanno esercitato l’opzione (per il mandato parlamentare) soltanto a seguito della dichiarazione di incompatibilità approvata, nella seduta del 3 giugno 2010, dalla Giunta delle elezioni della Camera. Camera dei deputati, Giunta delle elezioni, *Resoconto Sommario*, XVI legislatura, 3 giugno 2010.

¹⁵ Sul punto, per tutte, la sentenza n. 344 del 1993, nella quale – nel dichiarare l’illegittimità costituzionale dell’art. 7, primo comma, lettera *a*), del d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361, che prevedeva l’ineleggibilità a parlamentare dei consiglieri regionali – la Corte auspicava che «una legislazione, come quella attuale, ricca di incongruenze logiche e divenuta ormai anacronistica di fronte ai profondi mutamenti che lo sviluppo tecnologico e sociale ha prodotto nella comunicazione politica, sia presto riformata dal legislatore al fine di realizzare nel modo più pieno e significativo il valore costituzionale della libertà e della genuinità della competizione elettorale e del diritto inviolabile di ciascun cittadino di concorrere all’elezione dei propri rappresentanti politici e di partecipare in condizioni di eguaglianza all’accesso a cariche pubbliche elettive».

¹⁶ In particolare nella sentenza n. 143 del 2010 la Corte costituzionale non solo aveva sottolineato che il principio di “riduzione” ad incompatibilità delle ineleggibilità sopravvenute, enunciato nella legge n. 165 del 2004, altro non è che la “ripetizione” di una previsione già contenuta nella legislazione nazionale; ma – lanciando a nostro avviso un chiaro segnale al legislatore nazionale – aveva reputato la decisione della regione Sicilia, di far venire meno il parallelismo tra cause di ineleggibilità e incompatibilità (giustificato, nei lavori preparatori, con la volontà di «uniformare la disciplina regionale di ineleggibilità e incompatibilità dei deputati regionali a quella dettata per i componenti del Parlamento»), come un allontanamento rispetto ad una «linea di tendenza ben radicata» nell’ordinamento.

3. *La recente giurisprudenza costituzionale sul cumulo dei mandati*

Come si accennava, in più di una occasione la giurisprudenza costituzionale è da ultimo intervenuta sul tema del cumulo degli incarichi. La sentenza n. 277 del 2011 era, in particolare, stata anticipata da un'altra decisione, la n. 143 del 2010, con la quale il giudice delle leggi aveva già sanzionato il cumulo dei mandati, anche se in quel caso con riferimento alla disciplina delle ineleggibilità e incompatibilità dei componenti della Assemblea regionale siciliana¹⁷.

Al di là della diversità della fonte oggetto del giudizio, in entrambi i casi – conseguenti a giudizi sollevati in via incidentale – la Corte costituzionale è intervenuta, con pronunce additive, per sanzionare l'assenza della previsione di una causa di incompatibilità nelle medesime ipotesi, ed entro gli stessi limiti, in cui si configura una causa di ineleggibilità.

Più precisamente, nel primo caso, con la sentenza n. 143 del 2010, la Corte ha dichiarato l'illegittimità della legge 20 marzo 1951, n. 29, della regione Sicilia nella parte in cui non prevedeva l'incompatibilità del deputato regionale che sia anche assessore di un comune di grandi dimensioni¹⁸. Con la sentenza n. 277 del 2011 la censura della Corte si è poi ab-

¹⁷ La legislazione in materia di ineleggibilità e incompatibilità della regione siciliana ha subito nel corso degli ultimi anni significativi cambiamenti. Ricordiamo infatti che, ai sensi dell'articolo 62 della legge regionale siciliana n. 29 del 1951, «Elezione dei deputati all'Assemblea regionale siciliana», il deputato regionale che durante il suo mandato assumeva l'incarico di sindaco o di assessore comunale era obbligato ad esercitare l'opzione tra i due incarichi. Nel 2007, però, con la legge n. 22 il legislatore siciliano ha modificato la disciplina sulle ineleggibilità e incompatibilità in particolare, per quanto di nostro interesse, abrogando l'articolo 62 della disciplina del 1951. Dunque, fino alle modifiche introdotte nel 2007, la legge regionale n. 29 del 1951 prevedeva che fossero ineleggibili alla carica di deputato regionale «i sindaci e gli assessori dei comuni con popolazione superiore ai 40 mila abitanti o che siano capoluoghi di provincia regionali (...) nonché presidenti e assessori di dette amministrazioni» (art. 8, c.1). E, al contempo, la stessa legge prevedeva che «l'ufficio di deputato regionale è incompatibile con gli uffici e con gli impieghi» da ultimo richiamati (art. 62, c. 3). Nel 2007, invece, la previsione della incompatibilità sopravvenuta per i sindaci (e gli assessori) dei comuni con più di 20 mila abitanti è stata abrogata, evidentemente prendendo a modello la disciplina in materia di limiti all'elettorato passivo prevista per i parlamentari.

¹⁸ Sulla disciplina della regione Sicilia in materia di ineleggibilità e incompatibilità dei consiglieri regionali, e sull'ordinanza (23 gennaio 2009 iscritta al n. 185 del registro ordinanze 2009 pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 27, prima serie speciale, dell'anno 2009) con la quale il Tribunale di Palermo ha sollevato la questione di costituzionalità, si veda il commento di M.L. QUATTROCCHI, *Una questione di costituzionalità ad oggi non risolta: l'incerta dimensione dei limiti della potestà legislativa delle Regioni*

battuta sulla disciplina delle incompatibilità parlamentari, di cui alla legge 15 febbraio 1953, n. 60, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità tra la carica di parlamentare e quella di sindaco di comune con più di 20 mila abitanti, in presenza delle condizioni previste dall'articolo 7, comma 1, lett. c), del d.p.r. n. 361 del 1957, che sancisce l'ineleggibilità alla carica di parlamentare per i sindaci di tali comuni nell'intero territorio nazionale¹⁹.

Per quanto di nostro più diretto interesse, e detto altrimenti, in entrambe le pronunce il ragionamento della Corte muove dalla mancata previsione, nelle due discipline censurate, del parallelismo tra cause di incompatibilità e cause di ineleggibilità sopravvenuta. Parallelismo, che, a parere della Corte, è necessario al fine di evitare l'unione nella stessa persona di più cariche, che – altrimenti consentita – rischierebbe di ripercuotersi negativamente “sull'efficienza e l'imparzialità delle funzioni, secondo quella che è la *ratio* delle incompatibilità, riconducibile ai principi indicati in generale nell'art. 97, primo comma, della Costituzione”²⁰.

speciali in riferimento all'ineleggibilità ed incompatibilità dei consiglieri regionali, in *www.forumcostituzionale.it*; per un commento della sentenza, volendo, sia consentito rinviare a G. PERNICIARO, *La censura della Corte sul cumulo dei mandati: un monito anche per il “giudice” parlamentare?*, in *Le Regioni* 2011, 151-168.

¹⁹ La questione di legittimità è stata sollevata dal Tribunale civile di Catania a seguito di un ricorso formulato da un cittadino elettore nei confronti del sindaco del comune di Catania, che all'epoca rivestiva contemporaneamente la carica di senatore della Repubblica italiana. Per un esame approfondito della sentenza n. 277 del 2011 si rinvia ai numerosi commenti: F. FABRIZI, *La Corte costituzionale ed il cumulo dei mandati. Prime osservazioni su una pronuncia (apparentemente?) risolutiva ma (volutamente?) “zoppa”*, in *www.federalismi.it*, 26 ottobre 2011, in particolare riguardo alla competenza della Corte a intervenire su ambiti tradizionalmente propri degli *interna corporis acta*; G.E. VIGEVANI, *Il tramonto del parlamentare-sindaco, tra intervento a effetto differito del legislatore e pronuncia additiva della Corte*, cit., critico sulla scelta della Corte di utilizzare una pronuncia additiva, nonché sul silenzio riguardo alla posizione dei parlamentari-presidenti di provincia; nonché, con una ricostruzione più ampia del fenomeno del cumulo, G. RIVOSACCHI, *La Corte costituzionale garante dell'isonomia democratica e le resistenze del Parlamento sul cumulo dei mandati elettivi*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2011, 395.

²⁰ Così nella sentenza 201 del 2003, con la quale la Corte costituzionale ha censurato la legge della regione Lombardia, 6 marzo 2002, n. 4, che prevedeva l'incompatibilità della carica di consigliere regionale esclusivamente con riguardo alle cariche di sindaco e assessore di comuni capoluogo di provincia e di comuni con popolazione superiore a 100.000 abitanti, perché «tenuto conto della composizione demografica dei 1546 comuni presenti nella regione Lombardia, risulta che l'incompatibilità vale per tre comuni capoluogo di provincia e per un comune non capoluogo di provincia» e, dunque, la differenziazione della disciplina si traduce «in una elusione del principio».

Invero, alle due sentenze appena richiamate ne è poi seguita una terza (la n. 294 del 2011), anch'essa sulla legge 20 marzo 1951, n. 29, della regione Sicilia, con la quale – sulla scorta delle medesime motivazioni – la Corte ha dichiarato l'illegittimità della disciplina siciliana nella parte in cui non prevede l'incompatibilità tra l'ufficio di deputato regionale e la sopravvenuta carica di presidente e assessore di una provincia regionale²¹.

4. *Il seguito della pronuncia della Corte nelle ultime (difformi) decisioni delle Giunte per le elezioni di Camera e Senato*

Tornando alla verifica della compatibilità delle cariche, affidate al giudizio insindacabile degli stessi organi parlamentari, sembrava quasi pacifico immaginare che le Giunte delle elezioni di Camera e Senato sarebbero ritornate sulle decisioni prese, per modificarle alla luce delle sentenze della Corte costituzionale.

Invero, la lettura dei primi resoconti delle Giunte, convocate al preciso fine di verificare il seguito da dare alla sentenza n. 277 del 2011²², da

²¹ A proposito del seguito dato dalla regione siciliana alle decisioni della Corte costituzionale che hanno censurato la legislazione di tale regione in materia di ineleggibilità e incompatibilità, segnaliamo che il Comitato di verifica dei poteri dell'Assemblea siciliana lo scorso 12 gennaio ha assunto la decisione di consentire ad un consigliere che riveste al contempo l'incarico di sindaco di svolgere entrambi i mandati. La decisione, presa a maggioranza, sembra sia giustificata dalla scelta di "attendere" l'iter dei ricorsi giudiziari in corso nei tribunali civili, attesa che (per questioni legate alla "tempistica" delle decisioni) molto probabilmente finirà per consentire a chi versa in tale situazione di continuare a mantenere entrambe le cariche, fine alla fine della legislatura. E così, si è, ad esempio, venuta a creare la paradossale situazione per cui mentre il sindaco del comune di Messina continua a svolgere anche il mandato di consigliere regionale, alcuni mesi fa il vicesindaco dello stesso comune è stato dichiarato decaduto, (solo) perchè proprio la situazione di cumulo in cui egli versava era alla base del ricorso sollevato al Tribunale ordinario di Palermo, a seguito del quale la Corte costituzionale ha pronunciato la sentenza n. 143 del 2010. La vicenda si apprende da fonti giornalistiche, dato che il sito ufficiale della Regione non rende disponibili i resoconti delle sedute del Comitato stesso, di cui non si dà conto nemmeno nei resoconti dell'Assemblea. Si veda, A. FRASCHILLA, *Buzzanca rimane sindaco e deputato*, in *La Repubblica-Ed. Palermo*, 12 gennaio 2012.

²² Si veda, ad esempio, Camera dei deputati, Giunta delle elezioni, *Resoconto sommario*, XVI legislatura, 6 dicembre 2011, nel corso della quale l'on. Pisicchio, coordinatore del Comitato per i profili attinenti alle incompatibilità asserisce che a seguito della sentenza n. 277 del 2011 è stata introdotta nell'ordinamento una «incompatibilità ormai inequivocabile» alla luce della quale «nessun margine di discrezionalità residua, a suo avviso, in capo ai singoli deputati interessati».

un canto, e la recente previsione legislativa approvata dal legislatore²³, che dichiara le cariche di deputato e senatore incompatibili «con qualsiasi altra carica pubblica elettiva di natura monocratica relativa ad organi di governo di enti pubblici territoriali aventi, alla data di indizione delle elezioni o della nomina, popolazione superiore a 5.000 abitanti», dall'altro, lasciavano pensare che i due organi sarebbero tornati ad applicare la precedente "giurisprudenza", che aveva trovato applicazione a partire dalla I legislatura fino alla XIII, e che considerava le ineleggibilità sopravvenute alla stregua di incompatibilità, invitando dunque il parlamentare ad esercitare una opzione.

In effetti, così è stato alla Camera dei deputati dove, dando seguito alla decisione della Giunta delle elezioni di riaprire l'istruttoria, il Comitato per i profili attinenti alle incompatibilità, nella seduta del 14 dicembre 2011, ha riferito alla Giunta stessa l'esito dell'approfondimento svolto e ha proposto di dichiarare il mandato di sindaco di comune con più di 20 mila abitanti incompatibile con quello di parlamentare²⁴.

A parere del Comitato, infatti, la sentenza n. 277 del 2011 «non lascia alcun margine di controvertibilità», dal momento che si tratta di una sentenza additiva, che introduce «direttamente» nella legge n. 60 del 1953 la previsione della incompatibilità tra la carica di parlamentare e quella di sindaco di comune con popolazione superiore a 20 mila abitanti, e che impone pertanto alla Giunta di «prendere semplicemente atto di una incompatibilità ormai inequivocabile e provvista di un indubbio rilievo costituzionale»²⁵.

Pertanto, alla luce dell'istruttoria svolta (e accertato un unico dissenso), la Giunta delle elezioni della Camera nella seduta del 14 dicembre 2011 ha approvato la proposta del Comitato di dichiarare l'incompatibilità con il mandato parlamentare delle cariche di sindaco di comune con popolazione superiore a 20 mila abitanti, ricoperte da alcuni parlamentari²⁶.

²³ La disposizione richiamata, che per espressa previsione legislativa avrà effetti soltanto a partire dalla prossima legislatura, è l'articolo 13 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito in legge 14 settembre 2011, n. 148, recante «Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo».

²⁴ Si veda, G. RIVOSCECHI, *La Corte costituzionale garante dell'isonomia democratica e le resistenze del Parlamento sul cumulo dei mandati elettivi*, cit.

²⁵ Si veda, in particolare, Camera dei deputati, Giunta delle elezioni, *Resoconto sommario*, XVI legislatura, 14 dicembre 2011.

²⁶ Nella fattispecie, si tratta dei deputati Nicolò Cristaldi (PdL), Luciano Dussin (LN), Giulio Marini (PdL), Adriano Paroli (PdL), Michele Traversa (PdL) e Marco Zaccchera (PdL).

E, «considerata la fonte da cui promana l'integrazione della legge n. 60 del 1953», ha ritenuto di poter applicare la procedura per prassi seguita dalla Giunta per l'accertamento delle cause di incompatibilità stabilite dalla Costituzione, ossia quella relative a consiglieri e assessori regionali, secondo cui non si procede a votazioni (bensì ad una mera presa d'atto) sulle proposte di accertamento di incompatibilità fondate su una previsione di rango (o avente rilievo) costituzionale²⁷.

Pur partendo dai medesimi presupposti, invece, lo stesso non è stato al Senato, dove la Giunta delle elezioni e delle immunità, nella seduta del 21 dicembre 2011, ha approvato (a maggioranza) la proposta di non estendere gli effetti della sentenza n. 277 del 2011 della Corte costituzionale alle fattispecie su cui la Giunta stessa si era già pronunciata, consentendo così ad alcuni senatori-sindaci di continuare a mantenere il doppio mandato²⁸.

A giustificazione di tale decisione, in seno alla Giunta del Senato sono state addotte essenzialmente tre motivazioni. Anzitutto, la lesione da parte della Corte costituzionale dell'autonomia del Parlamento (cui, ai sensi dell'art. 66 Cost., è affidata la verifica dei titoli di ammissione della compatibilità dei mandati); inoltre, l'impossibilità per la Corte di intervenire con una pronuncia additiva in una materia coperta da riserva di legge (quale è, stante l'art. 65 Cost., l'individuazione dei casi di inleggibilità e incompatibilità dei parlamentari); ed infine, l'impossibilità

²⁷ Si veda, in proposito il resoconto della seduta dell'Assemblea dello stesso giorno (Camera dei deputati, Assemblea, *Resoconto stenografico*, XVI legislatura, 14 dicembre 2011, p. 125), nel corso della quale il Vicepresidente Bindi, a fronte delle dimissioni presentate dall'onorevole Dussin eletto, nel 2010, sindaco di un comune con più di 20 mila abitanti, annuncia che «trattandosi di un caso di incompatibilità, la Camera prende atto» di tale comunicazione senza procedere a votazioni.

Sulla *ratio* alla base di tali «automatismi», introdotti – con alcune differenziazioni – al Senato nel 1992 e alla Camera nel 1998, A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., 225.

²⁸ Si tratta, in particolare, dei senatori Antonio Azzollini (PdL) e Vincenzo Nespoli (PdL), sulla cui compatibilità del mandato di sindaco con quello di parlamentare si è espressa la Giunta a maggioranza, in una votazione cui non hanno preso parte i senatori dei gruppi Pd e IdV. Alla votazione non ha preso parte nemmeno il presidente della Giunta, Follini, il quale durante la discussione aveva espressamente ribadito che una eventuale decisione di non estendere alle fattispecie su cui la Giunta si era già pronunciata gli effetti della sentenza n. 277 del 2011, «creerebbe una contraddizione fra le posizioni delle due Camere, colpirebbe la sensibilità dell'opinione pubblica, già acuta sul punto, e aprirebbe una ferita istituzionale fra i diversi schieramenti presenti in Giunta».

che la sentenza della Corte abbia effetto retroattivo, andando ad incidere sulle decisioni già prese dalle Giunte e pertanto su diritti acquisiti²⁹.

5. *Qualche considerazione (critica) sulla decisione della Giunta delle elezioni del Senato ...*

Invero, le ragioni giuridico-formali avanzate dalla Giunta delle elezioni del Senato appaiono deboli e poco condivisibili (per i motivi di cui si dirà a breve) e piuttosto volte a coprire decisioni politiche difficilmente difendibili.

Banalmente, potremmo limitarci a constatare che le questioni problematiche sollevate dalla Giunta Senato erano, anzitutto, state smentite dall'opposta decisione assunta (precedentemente) dall'omonima Giunta della Camera, che si è invece ritenuta "obbligata" a dichiarare l'incompatibilità. Ma anche che l'Assemblea del Senato, in data 2 novembre 2011, si era limitata a "prendere atto" delle dimissioni presentate dal senatore Stancanelli, poiché – a seguito della sentenza 21 ottobre 2011, n. 277, della Corte costituzionale – si era di fronte a dimissioni conseguenti a «incompatibilità sopravvenuta» da non sottoporre al voto dell'Assemblea³⁰.

E, del resto, se da un canto la più autorevole dottrina aveva da tempo evidenziato come nel sistema di verifica dei poteri vi sia una «faticosa compresenza» di giurisdizione, diritto e politica³¹; dall'altro, le evoluzioni in senso maggioritario del sistema elettorale hanno spinto altra più recente dottrina a sostenere che il settore della verifica dei poteri è oramai

²⁹ Si veda, in particolare, Senato della Repubblica, Giunta delle elezioni e delle immunità, *Resoconto sommario*, XVI legislatura, 21 dicembre 2011. Sulla vicenda, si veda ora F. BAILO, *Il cumulo dei mandati nella più recente giurisprudenza parlamentare e costituzionale: dallo scontro a una possibile svolta riformatrice?*, in *Rassegna parlamentare*, 2012, 169 ss.

³⁰ Così, il Presidente di turno, Rosi Mauro, nella seduta dell'Assemblea del Senato del 2 novembre 2011. Si confronti, Senato della Repubblica, Assemblea, *Resoconto stenografico*, XVI legislatura, 2 novembre 2011.

A proposito delle dimissioni del senatore Stancanelli, ricordiamo che proprio a seguito del ricorso presentato da un cittadino elettore nei confronti di quest'ultimo (al tempo parlamentare e sindaco del comune di Catania), il Tribunale civile di Catania aveva sollevato la questione di legittimità presso la Corte costituzionale, e che da tale ricorso incidentale nasce la sentenza n. 277 del 2011. Si rinvia sul punto alla nota 19.

³¹ A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., 234.

«completamente assorbito nella contesa politica e quindi oggetto della più schietta ottica maggioritaria»³².

Ma anche volendo ragionare sul piano giuridico-formale, ci sembra che le motivazioni addotte dalla Giunta non siano affatto insuperabili.

Partendo, anzitutto, dai problemi sollevati circa l'impossibilità che la sentenza della Corte abbia effetto retroattivo, perchè andrebbe ad incidere sulle decisioni già prese dalle Giunte e pertanto su diritti acquisiti, sembra di poter obiettare su due diversi profili. Anzitutto, la decisione della Corte, invero, non interviene a rimuovere il cumulo di cariche fin dall'inizio (se così fosse, ci si potrebbe interrogare sulla legittimità delle decisioni prese da organi monocratici, quali sono il sindaco o il presidente di provincia, o da un'assemblea della quale ha fatto parte un componente non legittimato a sedere). E, dall'altro canto, sembra anche azzardato parlare in questo caso di "diritti acquisiti", se si considera che tali sono ritenuti i rapporti definitivamente risolti a livello giudiziario o, comunque, non più azionabili³³.

Riguardo, poi, all'"ampiezza" dell'art. 66 Cost., la dottrina ha, da tempo, evidenziato la necessità di leggere il diritto delle Camere alla verifica della propria composizione tenendo conto di altri parametri³⁴, an-

³² M. CERASE, *Sviluppi e contrasti in materia di verifica dei poteri*, in *Diritto pubblico*, 2004, 666 e ss. (anche per un richiamo delle diverse tesi espresse in dottrina circa la natura dell'attività di verifica dei poteri). Nello stesso senso, G. PICCIRILLI, *Contenzioso elettorale politico e verifica dei poteri: riflessioni sulla effettività delle tutele procedurali*, in *Rassegna parlamentare* 2006, 787 e ss., dove l'A. rimarca la singolarità del caso italiano, anche alla luce di una disamina dei diversi sistemi di verifica dei poteri esistenti nei principali Paesi europei.

³³ Peraltro, in una seduta della Giunta delle elezioni, nel corso della XV legislatura (Senato della Repubblica, Giunta per le elezioni, *Resoconto sommario*, XV legislatura, 25 settembre 2007), il Comitato permanente nel proporre la compatibilità di alcune cariche rivestite dai senatori, specificava di avanzare tale proposta «allo stato degli atti», stante il principio per cui, «qualora dovesse verificarsi qualche fatto nuovo, è consentito al Comitato ed alla Giunta di riprendere in esame la questione».

Sulle prime aspettative della dottrina rispetto al seguito che le Giunte avrebbero dovuto dare alla decisione della Corte, G.E. VIGEVANI, *Il tramonto del parlamentare-sindaco, tra intervento ad effetto differito del legislatore e pronuncia additiva della Corte*, cit., 945 e ss., che, nel commentare la sentenza n. 277 del 2011, scriveva di una Corte che «pone rimedio (...) ad una palese asimmetria» e giustifica quello che ritiene essere il punto meno convincente della decisione (ossia l'aver utilizzato una pronuncia additiva) in virtù della circostanza che probabilmente «i tradizionali strumenti di dialogo tra Corte e giudici (...) avrebbero difficilmente inciso in concreto su quello che la stessa Corte definisce "diritto vivente"».

³⁴ A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., 234; l'A. ritiene che il diritto delle Camere alla

ch'essi costituzionali. Perchè la riserva di decidere riguardo ai titoli di ammissione dei propri componenti e alle cause sopraggiunte di ineleggibilità affidata dalla Costituzione alle Assemblee non si trasformi da mezzo di garanzia a strumento di "onnipotenza", è necessario che le Giunte decidano tenendo conto, ad esempio, del diritto di tutti i cittadini ad «accedere alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza» (art. 51 Cost.); come anche, della necessità che «tutti i provvedimenti giurisdizionali» siano motivati (art. 111 Cost.) e che la «tutela giurisdizionale» non sia esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti (art. 113); nonché il rispetto dell'art. 136 della Costituzione, ai sensi del quale una norma dichiarata incostituzionale «cessa di avere efficacia». E, non ultimo, che tengano conto, sotto il profilo della salvaguardia dei terzi interessati alla decadenza dei sindaci, dell'art. 6 della Cedu, oramai – dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale – norma interposta nel giudizio di costituzionalità delle leggi³⁵.

Quanto, infine, alla possibilità che la Corte adotti una sentenza additiva in una materia coperta da riserva di legge³⁶, ci sembra anzitutto di poter notare che la Corte con la sentenza n. 277 del 2011 non interviene direttamente su un atto parlamentare (in nessun caso facendo riferimento alle pronunce delle Giunte). Inoltre, pur trattandosi di una sentenza

verifica della propria composizione «dovrebbe essere coniugato con altri basilari principi costituzionali. Quello, per esempio, dell'art. 51 Cost, l'altro, ancora, dell'art. 111. E che, anche alla luce del quadro comparato, sia necessaria l'introduzione nel nostro ordinamento del ricorso alla Corte costituzionale contro le decisioni adottate in materia elettorale.

³⁵ In questo senso del resto vanno le indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo che, in particolare, nella sentenza 28 aprile 2009 (*caso Savino e altri c. Italia*) ha stabilito che la normativa sulla giustizia domestica della Camera dei deputati viola l'art. 6, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, perchè non assicura in modo adeguato il principio di imparzialità della giurisdizione. Invero, sebbene la sentenza appena citata sia rivolta a giudicare l'autodichia delle Camere, intesa quale giustizia domestica, in dottrina è stata avanzata la possibilità che gli effetti di tale sentenza "contagino" altri «tradizionali prerogative parlamentari come il monopolio del giudizio sulla verifica dei poteri»; in questo senso, C. FASONE, *Autodichia delle Camere, regolamenti parlamentari e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.osservatoriosullefonti.it, n. 2/2009.

³⁶ Sulla questione se nelle materie coperte da riserva di legge siano ammissibili sentenze "additive", si vedano per tutti, V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *La Corte costituzionale tra norme giuridiche e realtà sociale*, a cura di N. OCCHIOUPO, Bologna 1978, 83; e A. PIZZORUSSO, *Lezioni di Diritto costituzionale*, III ed., Roma 1984, 618.

interpretativa, di tipo additivo “secco” – che dunque colma il vuoto di disciplina, introducendo “direttamente” l’incompatibilità tra la carica di parlamentare (già rivestita) e quella di sindaco³⁷ – sembra rimanga comunque nella discrezionalità del legislatore la possibilità di modificare (in un momento successivo) la disciplina delle ineleggibilità e incompatibilità parlamentari, ad esempio prevedendo che i due mandati (di parlamentare e di sindaco o assessore di comune) siano compatibili, ma purché non si tratti di una compatibilità “a senso unico” e, dunque, quale che sia la carica assunta per prima.

Peraltro, se è vero che in alcune occasioni la Corte costituzionale ha ritenuto di non poter pronunciare sentenze additive in materia di ineleggibilità e incompatibilità, è altrettanto vero che nelle stesse pronunce la Corte aveva evidenziato che tale possibilità gli era preclusa perché spetta al legislatore attuare l’art. 51 della Costituzione «nel ragionevole esercizio della sua discrezionalità»³⁸.

Ed è proprio il «ragionevole esercizio» che sembra sia, invece, mancato al legislatore nella vicenda del cumulo dei mandati. Non solo infatti non è mai intervenuto a colmare la lacuna legislativa da cui le problematiche fin qui richiamate sono sorte; ma, quando la Corte costituzionale – a seguito di vari “moniti” – è intervenuta a colmare il vuoto – invero, più volte lamentato dalle Giunte stesse e addotto come motivazione dell’impossibilità (quasi oggettiva) di dichiarare l’incompatibilità sopravvenuta – ha invocato la lesione della autonomia parlamentare.

³⁷ Sul punto, G. RIVOCCHI, *La Corte costituzionale garante dell’isonomia democratica e le resistenze del Parlamento sul cumulo dei mandati elettivi*, cit., a parere del quale la pronuncia è di tipo “additivo di principio”, e la Corte si limita a sanzionare le lacune della normativa in oggetto, lasciando «impregiudicata la questione relativa alla previsione del cumulo dei mandati elettivi», rimessa in via definitiva al legislatore.

³⁸ Così, nella sentenza n. 160 del 1996, a proposito della legge n. 154 del 1981 (allora coperta da riserva di legge statale); e, di recente, nella sent. n. 240 del 2008. Nella sentenza n. 277 del 2011 la Corte accenna al rapporto tra una eventuale pronuncia additiva nella materia in oggetto e l’articolo 65 della Costituzione; e dichiara che – alla luce della richiesta avanzata dal rimettente – si tratterebbe di dettare una pronuncia additiva limitata a colmare il *vulnus* creato dalla lacuna normativa, senza dunque incidere sul profilo di operatività della nuova causa di incompatibilità. Alcune considerazioni sul fatto che la Corte costituzionale, nella sent. 277 del 2011, sia intervenuta in materia coperta da riserva di legge, R. DICKMANN, *La Corte costituzionale afferma il principio del parallelismo tra cause di incompatibilità e cause di ineleggibilità*, in *Rassegna Parlamentare*, 2012, 202 e ss.

6. ...e uno sguardo (positivo) al futuro

L'avallo da parte delle Giunte per le elezioni di «parlamentari *double-face*»³⁹ non solo ha – di fatto – consentito una elusione della *ratio* alla base della previsione legislativa, ma soprattutto ha finito per creare una situazione di disparità, a tutto vantaggio dei parlamentari che – “complice” la cadenza, del tutto casuale, delle tornate elettorali – hanno negli ultimi anni non solo svolto la campagna elettorale nella privilegiata posizione di membri delle Assemblee parlamentari, ma in caso di elezione alla carica monocratica locale hanno continuato svolgere entrambi i ruoli.

Ad ogni modo, di fronte alla pur inaccettabile decisione della Giunta delle elezioni del Senato, non ci resta, forse, che guardare positivamente al futuro, e pensare, anzitutto, che la pronuncia della Corte ha comunque posto fine alla possibilità che le Giunte continuino a rincorrere il “peggior precedente”⁴⁰; e, dall'altro, che qualora, nell'ultimo scorcio di legislatura (per quanto oramai breve), venga promossa un'azione popolare (ai sensi dell'art. 70 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267) nei confronti di sindaci (forse non anche di presidenti di provincia) che si trovino a cumulare il mandato amministrativo con quello parlamentare, il giudice ordinario – alla luce della censura costituzionale – potrà, forse, pronunciarsi direttamente per l'incompatibilità della carica e, conseguentemente, per la decadenza dalla carica di sindaco di chi già riveste un mandato parlamentare.

Infine, poi, ci sembra anche di poter prefigurare una ulteriore censura della disciplina delle ineleggibilità parlamentari da parte della Corte costituzionale, la quale sebbene nella sentenza n. 277 del 2011 non abbia fatto nessun riferimento alla situazione in cui versano i presidenti di provincia, nella sentenza n. 294 del 2011 (come si diceva, riferita alla disciplina della regione siciliana) non solo ha ribadito ancora che il cumulo delle funzioni incide negativamente sia sul buon andamento che sulla imparzialità, ma ha evidenziato come tali ragioni – già invocate per censurare la compatibilità della carica di deputato regionale con quella di sin-

³⁹ A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., 229.

⁴⁰ L'espressione è di N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, a cura di E. GIANFRANCESCO, N. LUPO, Roma 2007, 41 e ss.

daco – «valgono, *a fortiori*, laddove alla carica di deputato regionale si aggiunga una carica elettiva che attiene ad un livello territoriale più ampio», quale appunto è quello provinciale⁴¹.

⁴¹ Considerazioni queste di cui non ha però tenuto conto il “giudice” parlamentare che sia alla Camera, invero, quanto al Senato ha ritenuto di non poter estendere in via analogica la pronuncia della Corte ad una carica sulla quale questa non si esprime. Alla Camera, invero, nella seduta del 7 dicembre scorso il Comitato permanente ha deciso di avviare – ai sensi dell’art. 16, comma 2, lett. c), del regolamento della Giunta – l’istruttoria in contraddittorio con i deputati che ricoprono la carica di presidente di provincia; e nella seduta del 25 gennaio 2012 ha comunicato alla Giunta di aver concluso l’istruttoria, e di proporre l’accertamento delle compatibilità. Tuttavia, segnaliamo che, poche settimane prima, nella seduta del 21 dicembre 2011, l’Assemblea della Camera ha accettato la richiesta di dimissioni dell’onorevole Pirovano, avanzata dallo stesso parlamentare sulla base delle motivazioni che al contempo si trovava a rivestire il mandato di presidente di provincia. Nello specifico, si legge nel resoconto che il deputato Pirovano ribadisce che l’unico motivo alla base della richiesta da lui avanzata risiede nella libera scelta di avere un unico incarico istituzionale. Aggiunge, inoltre, che a suo avviso, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 277 del 2011, in materia di incompatibilità – la quale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale degli articoli 1, 2, 3 e 4 della legge n. 60 del 1953, nella parte in cui non prevedono l’incompatibilità tra la carica di parlamentare e quella di sindaco di Comune con popolazione superiore ai 20.000 abitanti – i presidenti delle province verranno omologati ai sindaci di comuni con più di 20 mila abitanti. Tali motivazioni hanno portato il presidente protempore, Bindi, a specificare che l’Assemblea era chiamata ad esprimersi sull’accettazione di tali dimissioni, atteso che non è applicabile l’articolo 17-*bis*, comma 2, del Regolamento, a norma del quale la Camera prende atto, senza procedere a votazione, delle dimissioni motivate dall’opzione per una carica incompatibile.

Critici (seppure “comprensivi”) sulla decisione della Corte di non pronunciarsi nella sentenza n. 277 del 2011 sulle cariche di presidente di provincia, G. RIVOCCHI, *La Corte costituzionale garante dell’isonomia democratica e le resistenze del Parlamento sul cumulo dei mandati elettivi*, cit. e G.E. VIGEVANI, *Il tramonto del parlamentare-sindaco, tra intervento a effetto differito del legislatore e pronuncia additiva della Corte*, cit., 948.

RIFLESSIONI SULLA RAGIONEVOLE APPLICAZIONE
DELL'INSINDACABILITÀ PARLAMENTARE

SOMMARIO: 1. La vicenda giudiziaria nazionale alle origini della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 maggio 2011, *Onorato c. Repubblica italiana*. – 2. Insindacabilità parlamentare e restrizione del diritto ad un giudice nel caso concreto: la prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 3. Il fondamento consuetudinario dell'insindacabilità parlamentare... – 4. *Segue*. ... e l'applicazione della prerogativa nell'ordinamento repubblicano. – 5. L'incidenza del procedimento applicativo della regola costituzionale dell'insindacabilità parlamentare sulla riforma dell'articolo 68 della Costituzione. – 6. La giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma in rapporto alla codificazione del procedimento applicativo dell'insindacabilità. – 7. Applicazione dell'insindacabilità parlamentare e tutela del diritto fondamentale al giudice nel caso concreto: tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. – 8. *Segue*. Il problema dell'esecutività delle pronunce di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di insindacabilità parlamentare.

1. *La vicenda giudiziaria nazionale alle origini della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 maggio 2011, Onorato c. Repubblica italiana*

La recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo sul ricorso *Onorato c. Repubblica italiana*¹, costituirà lo spunto per lo svolgimento di qualche riflessione sul controverso rapporto tra prerogative parlamentari, in particolare l'insindacabilità, ed esercizio della giurisdizione, nella consapevolezza che lo stesso involge non soltanto la difficile tenuta dell'assetto dei rapporti tra le diverse sedi di riconoscimento dei

¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 maggio 2011, *Onorato c. Repubblica italiana*.

diritti – soprattutto quando le Corti adite agiscano nell’esercizio di competenze diverse – ma, preliminarmente, l’esigenza di adozione di una ragionevole normazione in materia.

Che una sentenza del giudice europeo dei diritti, lungi dal fornire modelli “pacificatori” del conflitto tra politica e giurisdizione, imponga di rivedere la questione del rapporto tra immunità parlamentari e diritto alla tutela giurisdizionale, è dunque, ancora una volta, dimostrazione delle insufficienze intrinseche al “dialogo tra le Corti”, in mancanza di una decisione politica che adeguatamente contemperi i valori costituzionali sottesi alle prerogative delle istituzioni rappresentative ed i diritti fondamentali dei singoli².

Tanto premesso, pare opportuno ricordare le tappe fondamentali della vicenda giudiziaria nazionale da cui scaturisce la pronuncia ispiratrice di queste riflessioni.

Il giudizio nazionale nasce infatti dalla proposizione di una querela da parte del giudice Onorato nei confronti del sen. Dell’Utri, a causa delle dichiarazioni diffamatorie da questi rese nei confronti del primo³.

² Sul valore della decisione politica rispetto ai «trionfi dei diritti fondamentali grazie alla giurisdizione», cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, *Giur. Cost.* 2006, 1643 ss., specie 1668.

³ L’antefatto della vicenda portata all’attenzione della Corte EDU va individuato in una sentenza della Cassazione penale del 28 ottobre 1999, estensore lo stesso Onorato, di conferma della sentenza di condanna del sen. Dell’Utri alla pena principale patteggiata oltre alle pene accessorie. Tra queste ultime, la sentenza, richiamando l’interdizione dai numerosi pubblici uffici allora ricoperti dal sen. Dell’Utri, espressamente includeva la perdita dell’eleggibilità parlamentare, escludendo che l’esecuzione di tale pena potesse costituire *vulnus* all’articolo 66 Cost. ed al principio di autonomia delle Camere in tema di verifica dei poteri ed indicando al Giudice dell’esecuzione il modo di procedere. Successivamente (17 gennaio 2000), il sen. Dell’Utri presentava alla Procura della Repubblica di Roma una denuncia contro il dott. Onorato, sostenendo che costui aveva dolosamente omesso di pronunciare su una richiesta di indulto avanzata dall’imputato. In data 12 aprile 2002 il Tribunale di Roma proscioglieva il dott. Onorato per insussistenza del fatto (la richiesta di indulto aveva infatti costituito in precedenza oggetto di rinuncia da parte del sen. Dell’Utri). In tale contesto si collocano le dichiarazioni diffamatorie rese alla stampa (in data 5, 6 e 15 marzo 2002), originanti il giudizio davanti alla Corte EDU, dichiarazioni con cui, in sostanza, Dell’Utri accusava Onorato di avere dolosamente omesso di pronunciare sulla richiesta di indulto (quand’anche la medesima fosse stata oggetto di formale rinuncia da parte dell’imputato in conseguenza della richiesta di patteggiamento della pena) usando il potere giudiziario per colpire un avversario politico: il dott. Onorato proponeva pertanto formale querela per diffamazione aggravata col mezzo della stampa, ma lo svolgimento del giudizio davanti ai giudici nazionali veniva bloccato dalla delibera di insindacabilità adottata dal Senato in data 15 ottobre 2003 (in base a quanto disposto dall’art. 3, commi 3 ed 8 della l. n. 140/2003).

La proposizione della querela, cui segue la richiesta di risarcimento del danno da parte del magistrato diffamato è all'origine dell'applicazione dell'articolo 3, commi 3 ed 8 della legge n.140 del 2003, volto a disciplinare l'attuazione dell'articolo 68, comma 1, Cost. secondo il noto meccanismo della "pregiudiziale parlamentare"⁴: con delibera assembleare di insindacabilità, il Senato della Repubblica (approvando le proposte della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari) statuisce, infatti, la riconducibilità delle dichiarazioni diffamatorie oggetto della controversia all'ambito di applicabilità dell'articolo 68, comma 1, Cost. perché concernenti opinioni espresse da un componente del Parlamento nell'esercizio delle proprie funzioni⁵.

L'adozione, ad opera della Camera di appartenenza, della delibera parlamentare di insindacabilità ha, in base a tale disciplina, effetto inibente dell'esercizio della funzione giurisdizionale volta ad accertare l'esistenza di una responsabilità penale, civile od amministrativa⁶ ed origina la proposizione di due conflitti tra poteri finalizzati all'annullamento dell'atto camerale⁷, entrambi dichiarati improcedibili per tardività del deposito dell'atto introduttivo del giudizio da parte dei giudici ricorrenti.

Pur non essendo parte formale del giudizio dinanzi alla Corte costituzionale, il soggetto diffamato subisce gli effetti di una pronuncia di improcedibilità dovuta ad un comportamento negligente a lui non imputa-

⁴ Imputato per il reato di diffamazione (continuata ed aggravata) col mezzo della stampa, il senatore sottopone infatti alla Camera di appartenenza la questione dell'applicabilità al caso di specie dell'art. 68, comma 1, Cost., – secondo cui «i membri del Parlamento non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni» – affinché la stessa deliberi sul punto.

⁵ Anteriormente alle decisione dell'Assemblea del Senato sul ricorrere dell'immunità, in data 26 giugno 2003, il G.U.P. del Tribunale di Milano emetteva il decreto di rinvio a giudizio davanti al giudice monocratico per i reati di cui agli articoli 81, 595 commi 1, 2 e 3, c.p. in relazione ad alcune delle dichiarazioni rese e sentenza di non luogo a procedere per altre. Avverso quest'ultima sentenza la Procura della Repubblica di Milano proponeva appello.

⁶ Cfr. articolo 3, commi 3 ed 8, legge n. 140 del 2003.

⁷ Avverso le delibere parlamentari, tanto il Tribunale (investito del giudizio sui reati di diffamazione a mezzo stampa) che la Corte d'Appello di Milano (adita in seguito al ricorso presentato avverso la sentenza di non luogo a procedere relativamente ad altre dichiarazioni asseritamente diffamatorie) sollevano conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, chiedendone l'annullamento; nel giudizio (dichiarato *in limine* ammissibile) interviene anche il dott. Onorato (parte lesa dai reati di diffamazione) a sostegno dell'accoglimento dei ricorsi presentati.

bile⁸: in seguito a tale decisione, il giudice monocratico del Tribunale di Milano (dinanzi al quale il giudizio comune era incardinato) dichiara infatti il non luogo a procedere, in ragione della definitività della delibera di insindacabilità che obbliga il giudice a prosciogliere l'imputato ai sensi del combinato disposto dell'articolo 3, commi 3 ed 8 della legge n.140 del 2003 (attuativa dell'articolo 68, comma 1 Cost.).

Anche il giudizio d'appello si chiude con la medesima dichiarazione, in applicazione dell'articolo 68, comma 1, Cost..

Senonché, mentre avverso la sentenza dibattimentale del Tribunale di Milano rimane possibile la proposizione del ricorso per cassazione, la sentenza camerale resa dalla Corte d'Appello costituisce per la parte civile pronuncia definitiva, in ragione del peculiare regime impugnatorio previsto dal diritto italiano con riguardo alle sentenze di non luogo a procedere pronunciate all'esito del giudizio preliminare⁹.

Esauriti i mezzi interni, il magistrato diffamato propone pertanto ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando l'avvenuta violazione del diritto ad avere un giudice ed un giudizio garantito dall'articolo 6.1 CEDU; il ricorso è accolto e la Repubblica italiana condannata al risarcimento del danno patrimoniale, ricondotto alle spese di giustizia sostenute dal ricorrente, in ragione del sacrificio "eccessivo" imposto nel caso concreto al diritto di avere un giudice ed un giudizio dal peculiare regime attuativo dell'immunità prevista dall'art. 68, comma 1, Cost.

L'adozione delle misure generali necessarie a garantire l'esecutività

⁸ Ciò in ragione dell'inoppugnabilità delle sentenze costituzionali (art. 137 Cost.) e del consolidato orientamento giurisprudenziale teso ad escludere la riproponibilità del ricorso dichiarato improcedibile, cfr. Corte costituzionale sent. 116/2003 cui *adde* ordd. 217 e 40 del 2004 e 358, 280, 277 e 247 del 2003.

⁹ Tali sentenze (fino all'entrata in vigore della legge n. 46 del 2006, la c.d. legge Pecorella) non sono infatti, in via generale, impugnabili dalla parte civile costituitasi in giudizio; né la novella legislativa del 2006, introducendo la regola della proponibilità del ricorso per cassazione nei confronti della sentenza di non luogo a procedere (al fine di ottenere il rinvio a giudizio dell'imputato nella successiva fase rescissoria, v. art. 428, comma II, c.p.p. nel testo novellato), incide sulla situazione del ricorrente Onorato, dal momento che, alla data di entrata in vigore della legge suddetta, la sentenza camerale della Corte d'Appello di Milano è già definitiva, in quanto non impugnata da alcuno dei soggetti legittimati a farlo. Occorre oltre tutto aggiungere che, quand'anche detta sentenza fosse stata impugnabile tramite il ricorso per cassazione, l'esito del medesimo avrebbe potuto ritenersi segnato in ragione della definitività della delibera assembleare di insindacabilità conseguente alla pronuncia di improcedibilità del conflitto proposto dalla medesima Corte d'Appello.

della pronuncia in relazione a quanto statuito dall'articolo 46 CEDU è invece rinviata alla discrezionalità dello Stato italiano, sotto la sorveglianza del Comitato dei Ministri¹⁰.

2. *Insindacabilità parlamentare e restrizione del diritto ad un giudice nel caso concreto: la prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo*

Il giudice europeo dei diritti restringe dunque gli effetti della propria pronuncia all'accertamento sulla legalità convenzionale dell'applicazione data nel caso singolo all'istituto dell'insindacabilità parlamentare, ribadendo espressamente quanto più volte affermato, sia con riguardo a fattispecie involgenti l'applicazione dell'insindacabilità¹¹ che con riguardo ad altre ipotesi¹², cioè la non spettanza del potere di esprimersi tanto sulla legislazione in astratto pertinente quanto sull'esattezza dell'interpretazione data alla medesima dai pubblici poteri nazionali¹³.

L'astratta ammissibilità di restrizioni all'articolo 6.1 della Convenzione in nome della libertà della funzione parlamentare (cui l'istituto dell'insindacabilità delle opinioni espresse e dei voti dati è da secoli posto a presidio in molti Stati aderenti alla Convenzione europea)¹⁴, non impe-

¹⁰ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Onorato c. Italia*, 24 maggio 2011, punto 61: «En ce qui concerne les mesures générales demandées par le requérant, il appartient en premier lieu à l'Etat en cause, sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyens à mettre en oeuvre dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de son obligation au regard de l'article 46 de la Convention (voir, entre autres, *Öcalan c. Turquie* [GC], no 46221/99, § 210, CEDH 2005-IV)».

¹¹ Come ribadito nella sentenza *Ielo* che, per questa parte, esprime considerazioni analoghe a quelle svolte nelle sentenze *Cordova c. Italia 1 e 2*, 30 gennaio 2003 e *De Jorio c. Italia*, 3 giugno 2004: «è in primo luogo alle autorità nazionali e in particolare alle corti e ai tribunali» che spetta interpretare ed applicare il diritto interno, mentre alla Corte europea rimane il compito «... di verificare la compatibilità con la Convenzione degli effetti di tale interpretazione».

¹² Cfr. *mutatis mutandis*, già *Padovani c. Italia*, 26 febbraio 1993, par. 24.

¹³ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Handsyde v. United Kingdom*, 7 dicembre 1976, su cui, G. REPETTO, *Alle origini del margine di apprezzamento, tra self-restraint e inquadramento del pluralismo: il caso Handsyde*, in www.diritt-cedu.unipg.it.

¹⁴ Cfr. ancora *Onorato c. Italia*, 24 maggio 2011, par.48. La Corte europea ha più volte affermato che «il fatto che gli Stati concedano generalmente un'immunità più o meno ampia ai membri del Parlamento costituisce una prassi consolidata, volta a consentire la libera espressione dei rappresentanti del popolo e ad impedire che azioni giudiziarie faziose possano pregiudicare la funzione parlamentare. In queste condizioni, la Corte ritiene che l'ingerenza in questione, la quale era prevista dall'articolo 68, comma 1

disce tuttavia di verificare che, nel caso specifico, la restrizione apportata al diritto di accesso al giudice manca di proporzionalità¹⁵: la circostanza che successivamente alla sentenza di non luogo a procedere emessa in favore del senatore dell'Utri¹⁶, il soggetto (asseritamente) diffamato non disponga di strumenti di accesso ad un giudice che valuti in concreto il rapporto tra dichiarazioni rese e funzione parlamentare svolta preclude infatti il «giusto equilibrio che dovrebbe regnare in materia tra esigenze di interesse generale della comunità ed imperativi di salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo»¹⁷.

Pur riconducibile ad un "filone" consolidato¹⁸, la pronuncia appare meritevole di interesse: non tanto perché contenente elementi argomentativi nuovi rispetto ad analoghi precedenti in materia, ma perché dal-

della Costituzione, perseguisse scopi legittimi, vale a dire la tutela del libero dibattito parlamentare e il mantenimento della separazione dei poteri legislativo e giudiziario» (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *CGCIL e Cofferati* c. Italia, 6 aprile 2010, par. 44) implicitamente risolvendo in senso favorevole la questione della compatibilità con la Convenzione dell'istituto dell'insindacabilità e della relativa disciplina nazionale.

¹⁵ Così il par. 53 della sentenza *Onorato*: «La Cour estime qu'en l'espece l'aquittement del M. dell'Utri, ayant empêché le requérant d'avoir accès à un Tribunal, n'a pas respecté le juste équilibre qui doit régner en la matière entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu». Come di consueto, almeno con riguardo alle pronunce in cui la Corte europea rinvia al *margin* di apprezzamento degli Stati membri, la valutazione sulla necessità di una misura limitativa di un diritto rispetto agli obiettivi da perseguire rientra nel margine di apprezzamento lasciato allo Stato, ma questo è solo il primo stadio (*initial assessment*) del giudizio. «Proprio perché essa non può limitarsi a giudicare la ragionevolezza e la buona fede dell'agire statale, dovendo anche guardare al merito delle ragioni fatte valere dal ricorrente ... ogni decisione adottata a livello interno deve essere assoggettata anche ad un secondo grado di giudizio, in cui la Corte esercita un controllo particolarmente intenso sulla fondatezza e sulla necessità in concreto della misura restrittiva», cfr. G. REPETTO, *Alle origini del margine di apprezzamento, tra self-restraint e inquadramento del pluralismo: il caso Handsyde*, cit., 2 del dattiloscritto.

¹⁶ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Onorato*, cit., parr. 53 e 54.

¹⁷ Così, approssimativamente, traduco il par. 53 della sentenza *Onorato*.

¹⁸ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Cordova* (nn. 1 e 2), cit.; *De Jorio*, 3 giugno 2004, cit.; *Ielo*, 6 dicembre 2005; *Cofferati*, 6 aprile 2010, cit. In alcune pronunce la condanna dello Stato italiano deriva dalla circostanza che il giudice comune rifiuti di sollevare il conflitto (archiviando il procedimento successivamente alla delibera di insindacabilità): la facoltà di sollevare un'eccezione preliminare non può infatti essere ritenuta equivalente al diritto del ricorrente alla tutela della propria reputazione, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, 3 giugno 2004, *De Jorio*, cui *adde* Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 dicembre 2005, *Ielo*, punto 45: «On ne saurait ... considerer qu'un degré d'accès au juge limité à la faculté de poser une question parlementaire suffisait pour assurer au requérant le *droit au tribunal*».

l'ennesima sentenza di condanna in materia di insindacabilità parlamentare emerge ancora una volta l'urgenza di riflettere sulla possibilità di ricondurre alla stessa effetti ulteriori rispetto a quelli relativi al caso deciso, in particolare guardando all'art. 46 CEDU come strumento di adeguamento del diritto interno al diritto convenzionale, al fine di assicurare la prevalenza del *dictum* della Corte europea rispetto a tutti gli impedimenti legislativi nazionali che variamente si oppongano a tale risultato¹⁹.

Si cercherà pertanto di verificare, da una parte, il rilievo che – in fase di adeguamento agli obblighi nascenti dal diritto internazionale – può essere riconosciuto, oltre che alle norme della Convenzione, alla stabilità dei precedenti fissati a Strasburgo, al grado di rilevanza delle garanzie interessate, alla comparabilità delle circostanze concrete originanti la decisione del giudice europeo rispetto alle fattispecie riconducibili alla situazione normativa nazionale sospetta di ledere la Convenzione²⁰, dall'altra di considerare l'opportunità dell'uso dell'art. 46 CEDU come «trasformatore automatico» del diritto convenzionale in diritto interno

¹⁹ Così recita infatti l'articolo 46: «Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze. 1. Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti. 2. La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne controlla l'esecuzione. 3. Se il Comitato dei Ministri ritiene che il controllo dell'esecuzione di una sentenza definitiva sia ostacolato da una difficoltà di interpretazione di tale sentenza, esso può adire la Corte affinché questa si pronunci su tale questione di interpretazione. La decisione di adire la Corte è presa con un voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato. 4. Se il Comitato dei Ministri ritiene che un'Alta Parte contraente rifiuti di conformarsi a una sentenza definitiva in una controversia cui essa è parte, può, dopo aver messo in mora tale Parte e con una decisione adottata con voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato, adire la Corte sulla questione dell'adempimento degli obblighi assunti dalla Parte ai sensi del paragrafo 1. 5. Se la Corte constata una violazione del paragrafo 1, rinvia il caso al Comitato dei Ministri affinché questo esamini le misure da adottare. Se la Corte constata che non vi è violazione del paragrafo 1, rinvia il caso al Comitato dei Ministri che ne chiude l'esame.»

²⁰ Cfr. le considerazioni di G. REPETTO, *La giusta distanza. La CEDU e l'integrazione provvisoria del parametro costituzionale*, relazione al Seminario di Studi di Perugia, 17 novembre 2011, in www.diritti-cedu.unipg.it, (versione provvisoria), 10 del dattiloscritto, con riguardo alle sentenze nn. 311 e 317 del 2009, nonché, come "esito" di tale giurisprudenza, con riguardo alla sentenza n.113 del 2011 che, "rinnegando" una pronuncia precedente anche piuttosto recente (Corte cost. sent. 129 del 2008), dichiara l'illegittimità costituzionale *in parte qua* dell'articolo 630 c.p.p. in quanto non prevede, tra le ipotesi di revisione straordinaria della sentenza penale, l'adozione di una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che accerti l'avvenuta violazione nel processo dell'articolo 6.1 CEDU.

garantito dalla Costituzione, in relazione ai limiti posti dal testo costituzionale²¹.

3. *Il fondamento consuetudinario dell'insindacabilità parlamentare...*

Il rinvio contenuto in questa, come in precedenti analoghe sentenze, ad una risalente consuetudine di molti Stati aderenti alla Convenzione²², impone anzitutto una breve riconsiderazione del dibattito costituente relativo all'articolo 68 Cost. in quanto tappa imprescindibile di un corretto inquadramento dei problemi sottesi all'istituto dell'insindacabilità²³, in particolare al fine di chiarirne i connotati di «condizione funzionale» riconosciuta ai componenti dell'assemblea rappresentativa in virtù di una connessione essenziale tra funzioni parlamentari e mezzi con cui occorre assicurarne il libero ed indipendente esercizio²⁴.

²¹ Anche in relazione all'eventualità che sia la stessa Corte EDU a percorrere questa strada, cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Kudla c. Polonia*, 26 ottobre 2000, che proprio in tema di diritto ad un ricorso effettivo e previo esaurimento dei rimedi interni, si spinge ad indicare al legislatore nazionale la "nuova" strada della predisposizione di rimedi riparatori atti ad avviare in via successiva alla violazione accertata.

²² Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Onorato*, cit., par. 48: «La Cour a déjà affirmé que le fait pour les États d'accorder une immunité plus ou moins étendue aux membres du Parlement constitue une pratique de longue date, qui vise à permettre la libre expression des représentants du peuple et à empêcher que des poursuites partisans puissent porter atteinte à la fonction parlementaire. Dans ces conditions, la Cour estime que dans la présente affaire l'ingérence en question, qui était prévue par l'art. 68 par. 1 de la Constitution, poursuivait des buts légitimes, à savoir la protection du libre débat parlementaire et le maintien de la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire».

²³ L'esigenza di riconsiderazione delle problematiche sottese al fondamento delle prerogative parlamentari nasce anzitutto dalla circostanza che il dibattito svoltosi in sede costituente (Atti A.C., II Sottocommissione, 19 settembre 1946, 223 ss.) riguardò in massima parte la prerogativa dell'*inviolabilità*, dunque la possibilità riconosciuta all'autorità di pubblica sicurezza di procedere all'arresto di un parlamentare con riguardo alle ipotesi di flagranza di reato od all'esecuzione di sentenza di condanna irreversibile (con o senza autorizzazione della Camera di appartenenza), mentre solo al termine della seduta, in modo assai celere, veniva posta la questione relativa all'estensione dell'*insindacabilità* – e dunque al "se" l'irresponsabilità giuridica per i voti e le opinioni espresse dal parlamentare dovesse intendersi riferita ai soli atti compiuti *intra moenia* – ed ancora in merito all'opportunità di riconoscere l'irresponsabilità anche per opinioni che, espresse in Aula, non potessero ritenersi esercizio di un'attività istituzionale (in quanto semplici dichiarazioni a contenuto diffamatorio riguardanti un privato cittadino). Tali quesiti rimarranno tutti, alla conclusione della seduta, irrisolti.

²⁴ Così già V. MICELI, *Le immunità parlamentari*, in *Enc. Giur. It.* (estratto), Milano 1898, 4.

L'individuazione di una risalente, precisa connessione tra libertà della funzione parlamentare ed insindacabilità costituisce, infatti, l'insuperabile linea di confine tra un ragionevole regime di esenzione dall'applicazione delle regole di diritto comune sulla responsabilità giuridica ed un mero *privilegio* che, pur suscettibile di configurarsi in un dato momento storico come prerogativa necessaria a garantire l'indipendenza di una persona o di un organo, conserva, quale risalente portato dell'autonomia conquistata dai diversi corpi politici in età medioevale²⁵, i connotati di un'«attribuzione sovrana»²⁶, tanto più ampia quanto più esiguo diviene il vincolo politico tra lo Stato ed il gruppo sociale che quella attribuzione si riserva²⁷.

Nate come privilegio di corpo, nel contesto della sostanziale continuità/parità tra re-parlamento-corti giudiziarie tipica dell'ordinamento inglese del basso Medioevo²⁸, le immunità in genere e l'insindacabilità in

²⁵ Nella logica appena descritta le immunità si delineano nell'ordinamento inglese, già in una fase precedente a quella dei veri e propri scontri tra il Parlamento e la Corona, – quando cioè il primo ancora esprime gli interessi della nobiltà fondiaria (sostanzialmente omogenei a quelli del Governo), – e solo in un secondo momento esse concorrono a definire i termini di un vero e proprio scontro di classe tra il Re ed il suo Governo da una parte, il Parlamento dall'altra. Ma anche quando, progressivamente, andrà svincolandosi dal ruolo di cassa di risonanza delle decisioni del Re, gli atti approvati dal Parlamento (la legge in particolare) rimarranno “somma organica” del dominio politico della nobiltà e del potere organizzativo del Monarca, il cui contenuto risulterà contrattato (così G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Milano, 1979, 203). E così durante il regno di Giacomo I, la Camera dei Comuni conquisterà definitivamente il potere di verificare la validità dell'elezione dei propri membri (consolidando il diritto di giudicare dei propri componenti) – G.A. RITTER, *Diritto divino e prerogativa dei re inglesi*, Lo Stato moderno. Accentramento e rivolte, III, Bologna 1974, 99 – riaffermando al tempo stesso di essere titolare dei medesimi per “diritto e dovuta eredità”.

Sul rapporto tra *status* riconosciuto ai parlamentari ed «esigenze pratiche del genere di quelle che hanno segnato l'emergere della Camera rappresentativa nell'organizzazione costituzionale inglese», cfr. G. ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari. Natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Torino, 1979, 30.

²⁶ V. MICELI, *op. cit.*, 8.

²⁷ «Questo appunto avviene in una Confederazione di Stati. I diritti che si riserbano i diversi Stati confederati non sono certo considerati come immunità di fronte alla comune legge della Confederazione, poiché non sono che una conseguenza del grado di sovranità rimasto ai singoli membri e non una concessione del superiore organismo politico», così V. MICELI, *op. cit.*, 9.

²⁸ Cfr., con riguardo all'originario carattere legislativo, amministrativo e giudiziario del parlamento inglese, tale almeno fino al XVIII secolo, G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, cit., 175 ss., specie 193 e G. ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari. Natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Torino 1979, 6.

specie, si consolideranno come «... diritto *superiore* che (*l'Assemblea rappresentativa*) ha alla presenza ed al servizio dei suoi membri»²⁹ soltanto sul finire del XVII secolo, quando – correlativamente all'accresciuta importanza politica del Parlamento quale organo rappresentativo del blocco sociale agrario-mercantile³⁰ – si affermerà una consuetudine avente ad oggetto il bene giuridico dell'indipendenza delle Camere rispetto alla Corona³¹; il tramonto dell'assolutismo e la formazione di una classe emergente impegnata nella produzione di beni per lo scambio origineranno così la rivendicazione, da parte del parlamento, di un ruolo proprio e specifico cui si accompagnerà la teorizzazione di veri e propri diritti del parlamentare in contrapposizione alla prerogativa regia: tra le immunità (complessivamente considerate) quali istituti di garanzia e l'indipendenza delle istituzioni rappresentative si costituirà così un nesso di natura oggettiva e funzionale legittimante una riconduzione alla categoria dei soli congegni esprimenti divieti a carico di altri organi costituzionali³².

Anche negli ordinamenti continentali (la cui evoluzione è fortemente condizionata dalle vicende storiche legate allo svolgersi della rivoluzione francese) le immunità (e tra queste l'insindacabilità) saranno associate al carattere rappresentativo dell'Assemblea Nazionale (oltre che, s'intende, alla posizione sovrana della medesima), ed in tal senso finalizzate a garantire che i componenti del Parlamento possano essere sempre presenti in Assemblea ed in grado di prestarvi liberamente il loro esercizio: le garanzie parlamentari avranno pertanto il duplice connotato di presidio del regolare funzionamento dell'istituto rappresentativo/strumento della sovranità del soggetto rappresentato, e «garanzia *diretta* della posizione personale dei deputati e del gruppo politico di apparte-

²⁹ Così, con riguardo all'ordinamento inglese, T. ERSKINE MAY, *Leggi, privilegi, procedura e consuetudini del Parlamento inglese*, tr. it., in *Bibl. di Sc. Politiche*, IV, pt. I, Torino 1888, V.

³⁰ Così ancora G. SILVESTRI, *La separazione*, cit., 212.

³¹ Cfr. M. DOGLIANI, *Immunità e prerogative parlamentari*, in *Storia d'Italia*, Annali 17. Il Parlamento, Torino 2001, 1010. Sulla base di tale impostazione, gli istituti di garanzia degli organi rappresentativi potranno essere assunti sia come sintomo dell'esistenza del bene garantito (indipendenza delle Camere) che come elementi costitutivi del medesimo, in ragione della loro effettività. Con generale riguardo al carattere costitutivo della garanzia rispetto all'esistenza del bene giuridico garantito, cfr. A. PACE, *La causa delle rigidità costituzionale*, Padova 1998. Il fondamento consuetudinario è chiaramente richiamato anche dalla sentenza *Onorato*, cit. che al par. 48 fa riferimento ad «une pratique de longue date».

nenza»³³, con la variante, rispetto al modello anglosassone originario, di una maggiore importanza riconosciuta alla prerogativa dell'invulnerabilità, intesa essenzialmente come libertà dagli arresti³⁴.

Il richiamato fondamento consuetudinario esprime, dunque, per un verso, una costante oscillazione delle prerogative parlamentari (e dunque dell'insindacabilità) tra i connotati di privilegio di corpo – poi divenuto sottrazione all'eguale vigenza della legge comune in favore di singoli individui o di un ceto politico – e quelli di presidio della libertà della funzione parlamentare quale riflesso della libertà della rappresentanza o della supremazia di un'istituzione sovrana³⁵, per altro aspetto una in-

³² Così M. DOGLIANI, *Immunità*, cit., 1011.

³³ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Le immunità*, cit., 9 ss. La rivendicazione di tali garanzie, unitamente alla spettanza della sovranità ed al principio rappresentativo, inciderà infatti sull'acquisizione di contenuti concreti ulteriori rispetto all'esigenza di garantire il libero svolgimento del dibattito parlamentare, fino a preservare l'intangibilità della persona del deputato. E così, mentre l'Assemblea Nazionale – fin dalla celebre seduta del 28 giugno 1789 – «aveva decretato l'invulnerabilità dei suoi membri ... la Convenzione Nazionale, considerando che l'interesse nazionale, la giustizia dovuta al popolo ed il sacro principio dell'eguaglianza non possono permettere che nella ricerca dei colpevoli e nella punizione dei crimini venga fatta una distinzione ingiusta fra il rappresentante del popolo ed ogni altro cittadino *revocava*, per altro timidamente, alcune forme in garanzia dei convenzionali accusati». Chiusa la tragica fase del Terrore, la Convenzione disciplina, in forma di regolamenti parlamentari, le immunità dei propri membri contro l'arresto e la traduzione in giudizio: il principio di invulnerabilità dei componenti dell'assemblea rappresentativa è nuovamente riconosciuto, ma in via d'eccezione, come *ius singulare*, così V.E. ORLANDO, *Immunità parlamentari ed organi sovrani. A proposito del caso di un giudizio d'interdizione contro un membro del Parlamento*, estratto dalla *Riv. di Diritto Pubblico e La Giustizia Amministrativa*, fasc. I (gennaio 1933), Tivoli 1933, 17.

³⁴ Così G. ZAGREBELSKY, *Le immunità*, cit., 14: «Il 13 novembre 1793, in pieno Terrore, il deputato Barrère affermava infatti che il diritto di un deputato della Convenzione di essere udito dall'Assemblea prima di esser deferito al Tribunale rivoluzionario viola i fondamentali principi della libertà e dell'eguaglianza». Coerente con la progressiva degenerazione degli istituti suddetti nella fase del Terrore, la Costituzione dell'anno III (1795) prevede infatti un sistema di garanzie (estese sia ai componenti attuali che passati dell'assemblea elettiva) il cui risultato pratico è «quello di sottrarre i membri del corpo legislativo alle regole generali dettate in tema di responsabilità», cfr. G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 18: «Un intero Titolo della costituzione dell'anno III (110-123) è così dedicato alle garanzie spettanti (non soltanto) a coloro che fanno parte, ma anche (a quanti) hanno fatto parte dell'assemblea elettiva». Sul punto, cfr. più tardi, L. DUGUIT, *Droit Constitutionnel*, 3ème édition, Paris 1928, par. 114, per cui «la regola dell'invulnerabilità costituisce per i membri del Parlamento un vero privilegio».

³⁵ Ciò avviene tanto nel contesto della concezione più risalente dell'ordinamento inglese, incentrata sul riconoscimento della libertà di parola, discussione ed azione in Parlamento, che in quella continentale, associata al dibattito sviluppatosi successivamente alla rivoluzione francese ed orientata a garantire principalmente l'invulnerabilità della per-

dubbia collocazione interorganica delle stesse quali strumento di garanzia della divisione dei poteri, inizialmente nella prospettiva dualista dei rapporti tra Parlamento e Governo del Re, poi nella sistematica dei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario (ormai indipendente dal potere esecutivo).

Né i termini essenziali del dibattito, talora strumentalmente semplificati in ossequio all'esigenza di offrire all'istituto univoco fondamento teorico³⁶, sembrano mutare in seguito alla torsione di istituti radicati nella tradizione più antica verso finalità nuove: i molteplici tentativi di offrire una rilettura "sistemica" delle prerogative parlamentari³⁷ – che al di fuori della tradizionale logica interorganica connetta le stesse ad istituti quali il divieto di mandato imperativo³⁸ – non comportano infatti l'imporsi di un allargamento di prospettiva, le immunità rimanendo ascrivibili – come comprovato anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti in materia³⁹ – allo svolgersi della dialettica tra parla-

sona dell'eletto (traducendosi essenzialmente nella garanzia dagli arresti). La polemica è così efficacemente riassunta dalle parole di Vittorio Emanuele Orlando – cfr. V.E. ORLANDO, *Immunità parlamentari ed organi sovrani*, cit., 16: «la questione è cioè di sapere se le immunità parlamentari siano da considerarsi come diritto di eccezione o facciano parte invece del diritto comune e quindi si pongano in via di regole generali ed anzi come capisaldi di tutto l'ordinamento giuridico, dato, si intende, lo Stato rappresentativo». Entrambe le *rationes* saranno dunque ben note alla migliore dottrina statutaria, cfr. V.E. ORLANDO, *Immunità parlamentari ed organi sovrani*, cit., 16: «quanto alla prima ... è inutile rilevare in qual grado di rispetto sia tenuta l'istituzione parlamentare, il che contiene in sé, implicitamente il modo di valutarne le garanzie essenziali. Nel continente europeo invece, che quella forma di governo adottò, derivandola con maggiore o minore libertà dal tipo inglese, l'istituto relativo alle immunità parlamentari fu considerato con spirito molto meno favorevole; donde la tendenza ... di attribuirvi i caratteri di un diritto d'eccezione».

³⁶ Ciò avviene soprattutto ad opera della letteratura risorgimentale, come riferisce M. DOGLIANI, *Immunità e prerogative*, cit., 1019 ss.

³⁷ Così, a noi pare, già G. ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari*, op. ult. cit., 37 che pure distingue una sfera di incidenza *diretta* delle garanzie parlamentari, attinente ai rapporti fra «organi parlamentari da un lato e altri soggetti dello Stato-organizzazione (governo e magistratura) dall'altro» e conseguenze *indirette* che «vanno assai al di là del pur importante assetto di reciproca indipendenza degli organi costituzionali», toccando anche i rapporti tra rappresentanza politica e società.

³⁸ Sul rapporto tra articolo 68 Cost. e divieto di mandato imperativo, cfr. N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare*, Milano 1991, 307 ss. che tuttavia non sembra giungere a sostenere la titolarità del diritto all'immunità, come diritto soggettivo, addirittura in capo al singolo parlamentare piuttosto che in favore della camera di appartenenza (308).

³⁹ Cfr. già Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze *Cordova 1 e 2*, 31 gennaio 2003 che subito associa la prerogativa dell'insindacabilità alla tutela della libertà della funzione parlamentare ed alla garanzia del principio di divisione dei poteri.

mento ed altri organi costituzionali dello Stato (in ispecie il potere giudiziario).

4. Segue. ... e l'applicazione della prerogativa nell'ordinamento repubblicano

La codificazione delle prerogative parlamentari nella Costituzione repubblicana origina come noto dai D.L. lgt. n. 539 del 1945 e n. 74 del 1946 che, caduto il regime fascista, ripristinano immediatamente le immunità riconosciute ai componenti delle due Camere dallo Statuto albertino⁴⁰ per i componenti della Consulta nazionale e per quelli dell'Assemblea Costituente; le stesse sono state poi in buona parte trasfuse nella versione definitiva dell'articolo 68 Cost. che prevede, nella formulazione iniziale, tanto l'*insindacabilità/irresponsabilità* per le opinioni espresse e i voti dati tipica della tradizione anglosassone, quanto l'*inviolabilità* (rispetto ai procedimenti penali, agli arresti e ad ogni altra privazione della libertà personale o sottoposizione a perquisizione personale o domiciliare, fatta eccezione per la flagranza di delitto, comportante l'obbligatorietà del mandato o dell'ordine di cattura) di matrice essenzialmente continentale, superabile solo attraverso la concessione dell'autorizzazione a procedere dalla Camera di appartenenza, autorizzazione richiesta anche per trarre in arresto o mantenere in stato di detenzione un parlamentare in esecuzione di una sentenza di condanna irrevocabile⁴¹.

Ma mentre nelle prime legislature repubblicane, le immunità, operando in modo non dissimile rispetto a quanto accadeva nel periodo statutario, assumono come istituto cardine l'autorizzazione a procedere, in funzione di copertura di attività extra-parlamentari dei componenti delle Camere (tra le quali si include anzitutto la commissione di reati collegati alla recente guerra di Liberazione)⁴², dalla III Legislatura la situazione

⁴⁰ Per un riesame della valenza costituzionale delle immunità nel Risorgimento italiano, M. DOGLIANI, *op. ult. cit.*, 1024 ss., che rinvia, per ciò che riguarda i dati della giurisprudenza parlamentare del periodo statutario, a G. CANDELORO, *Storia dell'Italia moderna, IV. Dalla Rivoluzione nazionale all'Unità*, Milano 1972 e D. MACK SMITH, *Il Risorgimento italiano. Storia e testi*, Bari 1968.

⁴¹ Come può agevolmente rilevarsi, i Padri Costituenti recepiscono entrambe le configurazioni delle immunità, quella di istituto di garanzia dello svolgimento del libero dibattito parlamentare e quella di tutela diretta dell'intangibilità della persona del deputato. Cfr. M. DOGLIANI, *op. ult. cit.*, 1034.

⁴² Uso di cui riferisce R. CHIEPPA, *Le prerogative parlamentari*, in I controlli sul po-

muta e l'uso delle stesse si allontana dall'originaria finalizzazione di garanzia dell'irresponsabilità per reati correlati alla guerra di Liberazione, all'asprezza della lotta politica di quegli anni, alle lotte sociali⁴³, devian- do verso la copertura di reati di tutt'altra natura, la cui punibilità rimane preclusa dal perdurante diniego di autorizzazione a procedere delle Camere di appartenenza o dalla prassi di rinviare *sine die* l'esame delle richieste presentate dall'autorità giudiziaria⁴⁴.

Sennonché, mentre nella neo istituita forma di Stato, contraddistinta da una forte legittimazione degli organi rappresentativi, l'orientamento

tere, Firenze 1967, 46 e, in senso adesivo a tale orientamento, P. BARILE, *Corso di diritto costituzionale*, II ed., Padova 1964, 108; A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna 1977, 247; E. CAPALAZZA, *L'autorizzazione a procedere contro i membri del Parlamento*, ora in *Scritti giuridico-penali (1932-1962)*, Padova 1962, 329 ss. L'applicazione delle immunità è così correlata, oltre che alla tutela dell'attività parlamentare svolta *intra-moenia*, a quel complesso di attività che gruppi e partiti politici svolgevano nel Paese, ad impedire che organi esterni al Parlamento dessero di dati comportamenti un'interpretazione traducentesi in invasione di ambiti riservati alla sfera parlamentare, cfr. M. DOGLIANI, *Immunità e prerogative parlamentari*, cit., 1035-1036.

⁴³ Questa deviazione segna una svolta ed alimenta le perplessità già manifestate dalla dottrina costituzionalistica maggioritaria con riguardo ad un uso dell'istituto non strettamente funzionale alla tutela del libero esercizio delle funzioni parlamentari, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Le immunità*, cit., 43 ss.

⁴⁴ Prassi quest'ultima implicitamente avallata anche dalla Corte costituzionale, cfr. sent. n. 9 del 1970, di rigetto della questione di legittimità costituzionale promossa in ragione della mancanza di rimedi avversi i ritardi del procedimento parlamentare di concessione o diniego della richiesta autorizzazione a procedere: «La questione di legittimità del quinto comma dell'art. 15 del codice di procedura penale, che allega la mancanza di rimedi contro i ritardi nel procedimento parlamentare di autorizzazione a procedere è priva del presupposto di base. L'art. 42 del regolamento della Camera dei deputati e l'art. 56 del regolamento del Senato della Repubblica prescrivono che, trascorsi quindici giorni per la Camera e trenta per il Senato, se la commissione referente non ha presentato la sua relazione, rispettivamente, il Presidente della Camera annunzia che la domanda sarà iscritta senz'altro all'ordine del giorno, con precedenza assoluta su qualsiasi altro argomento, dopo le interrogazioni, e il Presidente del Senato dispone, senz'altro, l'iscrizione della domanda all'ordine del giorno con uguale precedenza. L'esistenza di tali norme dimostra che, per la materia di cui si tratta, l'ordinamento contiene già misure di sollecitazione delle deliberazioni parlamentari: e si tratta di misure che, attenendo all'ordine dei lavori delle Camere, trovano sede legittima di previsione nei regolamenti deliberati dalle stesse.//L'applicazione di tali disposizioni non può certo formare oggetto di controllo esterno, e comunque dar ragione ad illegittimità costituzionale della disposizione denunciata»; cui *adde* sent. n. 148 del 1975 che richiama ancora la sentenza n. 9 del 1970, pur dichiarando manifestamente irrilevante, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 del Regolamento della Camera, – per mancata prefissione di un termine perentorio entro cui la Camera debba pronunciarsi sulla richiesta di autorizzazione a procedere, – in ragione della non applicabilità al giudizio *a quo*.

della prima “giurisprudenza parlamentare” teso a negare in modo pressoché sistematico l’autorizzazione a procedere ancora si inserisce senza troppi traumi⁴⁵, l’adozione di un approccio analogo con riguardo a reati *comuni*⁴⁶ – oltre che facilmente stigmatizzabile in nome del principio di eguale soggezione dei cittadini alla legge⁴⁷ – implica un drastico ridimensionamento della percezione delle prerogative parlamentari come strumento di tutela dello Stato rappresentativo, sì da riaccostare le immunità alla risalente logica del privilegio individuale o di ceto, la cui utilità appare smentita dalla concreta evoluzione di un ordinamento in cui la magistratura, anche se talora suscettibile di strumentalizzazione in un contesto sociale dato⁴⁸, è ampiamente indipendente dal potere esecutivo, rispetto al quale l’organo rappresentativo voleva originariamente garantirsi⁴⁹.

⁴⁵ Con riguardo ai reati correlati alla guerra di Liberazione ciò avviene in ragione dell’indubbio, ancorché cruento, carattere politico, cfr. V. E. CAPALOZZA, *op. ult. loco cit.*

⁴⁶ A partire dallo scandalo INGIC (in cui risulta coinvolto un numero notevole di imputati e partiti), la Giunta per le autorizzazioni a procedere della Camera e del Senato negano infatti l’autorizzazione a procedere nei confronti dei deputati coinvolti in ragione del fatto che l’episodio di corruzione, in particolare l’accettazione del denaro offerto dai dirigenti INGIC, avviene ad opera dei parlamentari coinvolti non per profittare personalmente delle somme ricevute ma per versare le somme in discorso ai rispettivi partiti, cfr. *Atti parlamentari*, Camera dei Deputati, III Legislatura, Doc. II, n. 239-A (della vicenda, come *dies a quo* dell’utilizzazione dell’autorizzazione a procedere per “coprire” reati comuni, riferisce M. DOGLIANI, *Immunità e prerogative parlamentari*, cit., 1038).

⁴⁷ Cfr. già, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1967, 402 e poi T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1978, 275 e G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna 1978, XX.

⁴⁸ Cfr., almeno, G. ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari*, cit., 36-37: «Il grande corpo della magistratura è dunque diventato esso stesso un soggetto contro i cui orientamenti ... è necessario organizzare le proprie difese, per quanto in essi vi possa essere di prevaricante e persecutorio (36). ... Insomma, entro certi limiti, l’azione del potere giudiziario può essere strumento o, se si vuole, può essere strumentalizzata per interessi sostanziali esterni alla magistratura ... molte iniziative giudiziarie sono promosse (infatti) dall’esterno a fini di lotta fra gruppi di potere, fra ceti, fra interessi organizzati (37)», e ID., *op. ult. cit.*, 36: «Non è dunque priva di fondamento la supposizione che le garanzie parlamentari mantengano tuttora un proprio significato, come strumento di difesa contro i rischi di interventi perturbatori della libertà ed autonomia delle attività del massimo organo rappresentativo, anche se la loro importanza si può certamente ritenere scemata rispetto al contesto storico e istituzionale in cui sorsero. Ed in ogni caso, esse toccano direttamente solo i rapporti tra rappresentanza politica ed organi parlamentari da un lato, nonché tra questi ed altri soggetti dello Stato-organizzazione dall’altro (Governo e Magistratura)» (37).

⁴⁹ Già V.E. ORLANDO, *Immunità parlamentari ed organi sovrani. A proposito del caso*

Tali vicende, pure foriere di una rilettura dell'istituto, non addiveranno alle implicazioni attese: assumendo come criterio applicativo dell'articolo 68 quello indicato dal comma 1, volto a sancire l'irresponsabilità per le opinioni espresse ed i voti dati nell'esercizio delle funzioni, e limitando l'uso dell'immunità/inviolabilità di cui al comma 2 dell'articolo 68 Cost. all'esigenza di «prevenire le interferenze che si potrebbero determinare indirettamente sulla regolarità delle funzioni parlamentari, sia nel caso che l'iniziativa contro il deputato o il senatore tenda a distorglielo dalle sue funzioni o ad influenzarne l'esercizio, sia quando tale iniziativa sia motivata da precedenti comportamenti tenuti in sede parlamentare, rispetto ai quali possa apparire come indiretta sanzione»⁵⁰, tale rilettura non riuscirà infatti a determinare l'affermarsi nella prassi di una stretta interpretazione delle regole immunitarie⁵¹.

All'opposto, l'interpretazione/applicazione del legame tra i commi 1 e 2 dell'articolo 68 Cost., andrà negli anni ben oltre l'impostazione descritta, condizionando una lettura del vecchio comma 1 che, formalmente collegata al comma 2, determinerà il consolidamento, nella prassi parlamentare, della dottrina della c.d. *insindacabilità indiretta*, in base alla quale la Camera di appartenenza, interpellata sulla concessione di un'autorizzazione a procedere per fatti penalmente rilevanti, si esprimerà nel senso di negare l'autorizzazione medesima accordando al parlamentare la prerogativa dell'insindacabilità assoluta, riferita oltre che al compimento di atti istituzionali (interni od esterni all'Aula) anche a meri comportamenti materiali e, più in generale, a qualunque attività *lato sensu* politica⁵².

Chiamata ad esprimersi sulla concessione o diniego dell'autorizza-

di un giudizio di interdizione contro un membro del Parlamento, estr. dalla *Rivista di diritto pubblico* e *La Giustizia Amministrativa*, fasc. I, Tivoli 1933, rilevava: «importa che si ricerchi se l'istituto di cui si tratta ... venga considerato con favore o con disfavore dall'ordinamento ... al che noi aggiungemmo che tale indagine non deve limitarsi alla *voluntas legis* quale era nel momento iniziale, ma tenere conto delle mutazioni successive del sentimento pubblico, il quale, nei paesi liberi, costituisce la base di sostegno dell'ordinamento dello Stato».

⁵⁰ G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 40.

⁵¹ ID., *op. ult. cit.*, 39.

⁵² Ciò avverrà indipendentemente da qualunque valutazione sul *fumus persecutionis* ascrivibile all'attività inquirente, valutazione secondo alcuni autori impostasi nella prassi ma non discendente dalla Costituzione, neppure in via consuetudinaria, cfr. F. SORRENTINO, *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, in Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali, Atti del Seminario svoltosi in Roma - Palazzo della Consulta, 31 marzo-1° aprile 2000, Milano 2001, 71.

zione a procedere in relazione a comportamenti del parlamentare non concretantisi in atti *tipici*, la Camera interpellata disporrà cioè, nella massima parte dei casi, la restituzione degli atti al giudice richiedente, in ragione della più ampia garanzia dell'insindacabilità, implicitamente chiedendo l'archiviazione del procedimento per l'applicabilità alla fattispecie concreta dell'insindacabilità di cui al comma 1⁵³; obiettivo evidente, la sottrazione definitiva del parlamentare all'azione di accertamento della responsabilità destinata ad avere libero corso in caso di mancata rielezione e comunque libera di svolgersi con riguardo all'accertamento della responsabilità civile⁵⁴: l'irresponsabilità assoluta e definitiva del vecchio comma 1 dell'articolo 68 Cost. verrà così estesa all'attività *lato sensu* politica ad essa non riconducibile, che invece avrebbe dovuto essere limitatamente "protetta" da iniziative giudiziarie palesemente persecutorie grazie al diverso istituto della temporanea *inviolabilità* previsto dal vecchio comma 2⁵⁵.

5. *L'incidenza del procedimento applicativo della regola costituzionale dell'insindacabilità parlamentare sulla riforma dell'articolo 68 della Costituzione*

L'aumento considerevole delle richieste inevase o negate di autorizzazione a procedere, espressione di una crescente tensione tra parlamen-

⁵³ M.C. GRISOLIA, *Immunità parlamentari e Costituzione*, Padova, 2000, 80-81.

⁵⁴ Cfr. M.C. GRISOLIA, *Immunità parl. e Costituzione*, cit., 58, che indica come *leading case* della prassi parlamentare sul punto il caso del sen. Claudio Vitalone in cui la Camera di appartenenza, interpellata sulla concessione dell'autorizzazione e procedere per il reato di diffamazione a mezzo stampa, in relazione al contenuto di dichiarazioni del senatore tese ad *anticipare* i contenuti di un'interpellanza presentata al Ministro di grazia e giustizia, deliberava nel senso di accordare al senatore medesimo la più ampia garanzia dell'insindacabilità, in virtù di una nozione *dinamica* della funzione parlamentare, riferita cioè non ai soli "atti tipici" ma ad un «vero e proprio procedimento, idoneo a contenere la funzione "tipica" e quella che ne (costituisce) inscindibile momento di formazione», (*Atti Senato, IX Legislatura, Doc. IV, n. 7,9*).

⁵⁵ Cfr. A. PACE, *La legge n. 140/2003 e i principi costituzionali violati*, in Studi in onore di Gianni Ferrara, Torino 2005, 26-27: «... la politicità del reato veniva interpretata in maniera scandalosamente estensiva (ricomprendendosi tra gli altri, tra i reati politici, l'emissione di assegni a vuoto, la truffa, il concorso continuato in peculato, la concussione, l'appropriazione indebita, la truffa allo Stato e la ricettazione) e veniva inoltre valutata addirittura disgiuntamente dal *fumus persecutionis*; la scarsa gravità dell'imputazione costituiva un valido motivo per il diniego di autorizzazione a procedere; il diniego talvolta non veniva nemmeno motivato ecc.».

to e magistratura, determinerà la reazione della Corte costituzionale che, sul finire degli anni Ottanta, ammetterà di poter svolgere il proprio sindacato sulla legittimità dell'atto camerale dichiarativo dell'insindacabilità, sebbene limitato ai vizi del procedimento ed all'omessa od erronea valutazione dei presupposti di volta in volta richiesti per il valido esercizio del potere.

La "svolta" si deve alla nota sentenza n. 1150 del 1988 che, a partire dal processo civile finalizzato all'accertamento della responsabilità connessa ad alcune dichiarazioni rese dal sen. Marchio a contenuto diffamatorio, risolve il conflitto originato da una delibera del Senato di insindacabilità delle opinioni espresse collegata ad un precedente diniego di autorizzazione a procedere nei confronti del senatore per il reato di diffamazione a mezzo stampa⁵⁶.

Le contraddizioni sottese all'atteggiamento dei giudici comuni e poi della stessa Corte costituzionale nella vicenda in esame, sono state invero rimarcate molte volte⁵⁷, ma sulle stesse pare opportuno ritornare, almeno limitatamente ai profili che condizioneranno la giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma dell'articolo 68 Cost. e l'approvazione delle relative norme di attuazione, prima contenute in decreti-legge, poi stabilmente codificate dalla legge n.140 del 2003 tuttora vigente.

Per ciò che riguarda l'atteggiamento dei giudici comuni, palese è infatti la contraddittorietà di argomentazioni che, nel promuovere il conflitto interorganico, per un verso negano la spettanza al Senato del potere di decidere sull'insindacabilità delle opinioni espresse da un proprio componente, per altro aspetto riconoscono a tale delibera effetto inibente del proseguimento dell'azione giurisdizionale in sede civile⁵⁸.

Anche la soluzione data dalla Corte costituzionale alla controversia presenta delle peculiarità: ed infatti, pur affermandosi la generale ed esclusiva competenza del Senato in ordine alla dichiarazione di insinda-

⁵⁶ Sulla vicenda processuale da cui il conflitto scaturisce, cfr. F. SORRENTINO, *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, cit., 73.

⁵⁷ Cfr. A. PACE, *Giurisdizione e insindacabilità nei conflitti costituzionali*, in *Immunità e giurisdizione*, cit., 3 ss.; S. BARTOLE, *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, ibidem, 41 ss. e F. SORRENTINO, *op. ult. cit.*, 65 ss.

⁵⁸ A questo deve aggiungersi che, nel caso specifico, il giudice ricorrente assume, con riguardo alla delibera parlamentare, un'efficacia vincolante posta in dubbio dalla stessa difesa del Senato resistente, così F. SORRENTINO, *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, cit., 75, che ritiene tale approccio probabilmente dovuto all'esigenza di giustificare l'interesse a ricorrere.

cabilità, la si nega nel caso di specie, senza che peraltro venga pronunciato l'annullamento dell'atto censurato.

Né può tacersi infine delle contraddizioni sottese al modello procedimentale applicativo dell'(allora) vigente articolo 68 implicitamente avallato da questa sentenza che, anche in assenza di una difforme valutazione giurisdizionale in merito all'insindacabilità di alcune opinioni espresse dal senatore Marchio – assenza in relazione alla quale la stessa difesa del Senato eccepisce l'inammissibilità del conflitto⁵⁹ – si pronuncia sulla legittimità dell'atto camerale dichiarativo dell'insindacabilità⁶⁰.

L'ambiguità di un'impostazione secondo cui la Corte costituzionale, per un verso si dichiara competente a verificare il corretto utilizzo della prerogativa da parte del Parlamento, così da ridimensionare la portata del risalente principio per cui al titolare di una prerogativa spetta la potestà esclusiva di decidere sull'applicazione della medesima⁶¹, per altro aspetto dichiara la generale competenza del Senato a valutare le condizioni di insindacabilità *ex art. 68, comma 1, Cost.*⁶², adottando una linea di *self-restraint* nei confronti delle «supreme manifestazioni del potere politico in ordine alla c.d. connessione funzionale»⁶³, non tarderà tuttavia a manifestare le proprie conseguenze.

La sentenza n.1150 del 1988 inaugura infatti una problematica fase ondivaga della giurisprudenza costituzionale che, da questo momento sospesa tra l'esigenza di un controllo effettivo sulla logicità della motivazione dell'atto camerale dichiarativo dell'insindacabilità e l'aspirazione ad un impraticabile controllo esterno sulle manifestazioni di volontà del potere politico⁶⁴, finirà per avallare la discussa prassi parlamentare sull'insindacabilità indiretta, volta ad associare al diniego di autorizzazione

⁵⁹ Cfr. F. SORRENTINO, *op. ult. loco cit.*

⁶⁰ Tra l'altro, annullando parzialmente l'atto per motivi neppure dedotti nel ricorso, cfr. G. AZZARITI, *Giurisdizione e politica nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. Dir. Cost.* 1997, 146.

⁶¹ In tal senso, già V. MICELI, *Le immunità parlamentari*, cit., 8-9.

⁶² Così F. SORRENTINO, *Immunità*, cit., 74.

⁶³ Ancora F. SORRENTINO, *Immunità*, cit., 75.

⁶⁴ Sulle ambiguità di siffatta giurisprudenza, cfr. G. AZZARITI, *Giurisdizione e politica nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 149-150: «... sottolineare da parte della Corte il limite della verifica esterna senza alcuna necessaria ulteriore argomentazione e specificazione, rischia di appare eccessivamente limitativo: come un tentativo per costringere entro schemi esteriori e formali il controllo della Corte».

a procedere in sede penale le conseguenze più ampie dell'insindacabilità accordata *ex* articolo 68, comma 1, Cost.⁶⁵.

Unitamente alla drammatizzazione del conflitto politico-istituzionale tra parlamento e magistratura ricollegabile alla c.d. "stagione di tangen-topoli"⁶⁶, tale prassi inciderà significativamente sull'approvazione della legge di riforma dell'articolo 68 Cost. che, coerente con l'esigenza di ridurre drasticamente l'operatività delle immunità a copertura di un'attività *lato sensu* politica, sopprimerà l'istituto dell'autorizzazione a procedere, divenuto elemento cardine della tutela accordata all'attività parlamentare non concretantesi nel compimento di atti tipici o a questi strettamente collegati⁶⁷.

La riforma costituzionale in discorso, è noto, per un verso allinea il contenuto dell'articolo 68 a quanto già disposto dall'articolo 122, comma 4, Cost., chiarendo l'irresponsabilità totale ed assoluta dei componenti di ciascuna Camera per opinioni espresse e voti dati, per altro aspetto sopprime il vecchio istituto dell'autorizzazione a procedere che, rilasciata dalla Camera di appartenenza, è preliminare all'esercizio dell'azione penale nei confronti di un deputato o senatore.

Senonché, mentre il precedente testo dell'articolo 68 consentiva di ricondurre l'irresponsabilità giuridica del comma 1 alle sole ipotesi di attività parlamentare in senso stretto od istituzionale⁶⁸ – salva la possibilità di "bloccare", in via temporanea, azioni giurisdizionali pretestuosamente volte a distogliere il parlamentare dall'attività politica *connessa* all'esercizio delle funzioni in senso stretto ed esclusa, almeno in via teorica, la possibilità che le valutazioni della Camera di appartenenza in sede di concessione/diniego dell'autorizzazione a procedere potessero sovrapporsi alle valutazioni giurisdizionali –, la frettolosa abrogazione dell'autorizzazione a procedere e la nuova formulazione dell'articolo 68 Cost.

⁶⁵ Sull'insindacabilità indiretta, cfr. *supra*, 16 e nota 52.

⁶⁶ Cfr. M.C. GRISOLIA, *Immunità*, cit., 12 e M. MIDIRI, *La riforma costituzionale dell'immunità parlamentare*, in *Giur. Cost.* 1994, 2411.

⁶⁷ Così M. DOGLIANI, *Immunità*, cit., 1054 ss. riassume le vicende all'origine dell'approvazione della riforma costituzionale: «Questa perdurante incapacità di reagire ha fatto sì che la riforma sia stata elaborata sotto dettatura degli eventi: l'XI Legislatura ... fu infatti immediatamente, come da una burrasca, investita dal peso delle domande di autorizzazione a procedere ..., il 18 aprile 1993 si tenne il referendum sulla legge elettorale del Senato che segnò, più che la svolta maggioritaria, la svolta antipartitica ...».

⁶⁸ Così G. ZAGREBELSKY, *Le immunità*, cit., 74 ss.; ed in seguito M.C. GRISOLIA, *op. ult. cit.*, 67 ss.

non impediranno che l'attività *lato sensu* politica del parlamentare sia comunque ricondotta all'ambito di operatività dell'immunità sostanziale del nuovo comma 1, a garanzia di un'irresponsabilità giuridica assoluta e definitiva⁶⁹.

La disciplina attuativa dell'articolo 68, comma 1 Cost. è subito dettata, infatti, da decreti-legge sostanzialmente reintroduttivi di "antichi meccanismi"⁷⁰: il D.L. n. 455 del 1993 non solo impone al giudice comune di dichiarare, in ogni stato e grado del processo, l'improcedibilità del giudizio nei casi di evidente applicabilità dell'articolo 68, comma 1 Cost., ma di fare altrettanto – sospendendo il processo e trasmettendo gli atti alla Camera cui il parlamentare appartiene «perché questa deliberi se il fatto per il quale si procede concerna o meno opinioni espresse o voti dati da un membro del Parlamento nell'esercizio delle sue funzioni» – anche in tutti gli altri casi, e quindi anche nelle ipotesi di evidente inapplicabilità della norma⁷¹.

Il meccanismo di pregiudizialità parlamentare introdotto dalle nor-

⁶⁹ Sulla vicenda, cfr. A. PACE, *Il modello di giudizio prefigurato dalla sent. n. 1150 del 1988 per la risoluzione dei conflitti tra poteri ex art. 68, comma 1, Cost. può essere abbandonato o solo migliorato?*, in *Giur. Cost.*, n. 5 del 2006 nonché, con modifiche ed ampliamenti, negli "Scritti per Giovanni Grotanelli de' Santi", Milano 2007, 521 ss. ed ora anche ne *I limiti del potere*, Napoli 2008, 157 ss.

⁷⁰ Reintroduzione oltre tutto inutile, in ragione del fatto che mai, fino a quel momento, vi era stata condanna di un parlamentare in relazione ad opinioni espresse o voti dati nell'esercizio delle funzioni, cfr. A. PACE, *La nuova immunità*, in *La Repubblica* del 4 gennaio 1994, 10.

⁷¹ Il procedimento attuativo dell'articolo 68, comma 1, Cost. attualmente vigente trova dunque il proprio antecedente storico nella "catena" di decreti-legge adottati successivamente alla riforma dell'articolo 68 Cost. (l. cost. 3/1993). Il decreto n.455 (non convertito) è poi reiterato (con modifiche) dal D.L. n. 23/1996, anch'esso reiterato dai DD.LL. nn. 7/1995, 69/1995 e 116/1996, fino al D.L. n. 555/1996 decaduto, in seguito alla sentenza costituzionale n. 360/1996 "limitativa" dei presupposti della reiterazione dei decreti-legge (cfr. A. PACE, *Giurisdizione e insindacabilità parlamentare nei conflitti costituzionali*, in *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, cit., 3 ss.). Le critiche alla disciplina introdotta sono nette – per ciò che riguarda l'uso del decreto-legge quale strumento di regolazione dei rapporti tra organi costituzionali, e la sostanziale reintroduzione della vecchia autorizzazione a procedere -, quanto inascoltate ed anzi il D.L. n. 455, benché non convertito, è reiterato, seppure con alcune varianti, per circa tre anni. Talvolta, invero, le varianti apportate sono leggermente migliorative: nel D.L. n. 23 del 1994, per esempio, si consente la prosecuzione del processo nei casi di manifesta inapplicabilità dell'articolo 68, comma 1 Cost., trasformando l'atto camerale in un *nulla osta* su cui le Camere avrebbero dovuto pronunciarsi entro 90 giorni dalla trasmissione degli atti ad opera del giudice precedente.

me attuative dell'articolo 68⁷² alimenta, così, la già notevole conflittualità tra parlamento e magistratura relativamente alla corretta delimitazione delle sfere di attribuzione rispettive in fase di applicazione dell'immunità sostanziale di cui all'articolo 68, comma 1, Cost.: i decreti-legge di prima attuazione reintroducono, infatti, coerentemente alla risalente logica del conflitto tra "corpi", una normativa disciplinante meccanismi inibitori all'esercizio dell'azione giurisdizionale di accertamento della responsabilità del parlamentare molto simili a quelli previgenti e – certo condizionati dal contesto di aspra contrapposizione tra politica e giurisdizione in cui matura la riforma costituzionale⁷³ – dalla *ratio* della stessa inevitabilmente si allontanano.

Attraverso "le maglie" del nuovo testo dell'articolo 68 Cost. e della delibera di insindacabilità adottata dalla camera di appartenenza in seguito all'esercizio dell'azione penale⁷⁴, non semplicemente «l'interpretazione e l'applicazione di norme attinenti ai presupposti della punibilità e della procedibilità è *sottratta alla* giurisdizione piena dell'autorità giudiziaria»⁷⁵ ma, in ragione di una prassi parlamentare sempre generosa nel definire l'ambito applicativo dell'articolo 68, comma 1 Cost., il riconoscimento ai parlamentari della prerogativa si discosta nettamente dal criterio applicativo del ragionevole nesso funzionale, sostanzialmente rispettato, con specifico riguardo all'insindacabilità, dalle prime legislature repubblicane all'incirca fino agli anni Ottanta⁷⁶.

⁷² Secondo cui, lo si ribadisce, la delibera della Camera di appartenenza sull'insindacabilità delle dichiarazioni rese da un proprio componente preclude il prosieguo dell'esercizio della funzione giurisdizionale.

⁷³ «Le assemblee del Parlamento temono o credono di dover temere ... le ingiustizie del potere giudiziario e si stringono intorno alle immunità come intorno alla migliore arma per respingerne le illegittime azioni»: significativa l'attualità delle parole di V. MICELI, *op. cit.*, 44.

⁷⁴ L'effetto inibente prodotto dalla delibera di insindacabilità rispetto all'esercizio della funzione giurisdizionale è diretto portato della disciplina dettata dai DD.LL. nn. 455 del 1993; 23/1994; 7/1995; 69/1995 e 555/1996 di cui si è già parlato in nota 71.

⁷⁵ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La riforma dell'autorizzazione a procedere*, in *Corr. Giur.* 1994, 284 (il corsivo nel testo è mio).

⁷⁶ Così M. DOGLIANI, *Immunità*, cit., 1057: «fino alla metà della IX Legislatura la giurisprudenza parlamentare risulta rigorosa, nel senso che ricomprende nella prerogativa dell'insindacabilità, oltre all'esercizio delle funzioni tipiche, soltanto la ripetizione-riproduzione all'esterno delle sedi parlamentari di opinioni espresse nell'esercizio della funzione parlamentare».

6. *La giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma in rapporto alla codificazione del procedimento applicativo dell'insindacabilità*

A dispetto delle intenzioni del legislatore costituzionale, l'introduzione, attraverso la decretazione d'urgenza, della c.d. pregiudiziale parlamentare incrementa le occasioni di conflitto tra politica e giurisdizione, rendendo *ordinario* il sindacato della Corte costituzionale sul nesso funzionale affermato dalla delibera di insindacabilità⁷⁷, in ragione dell'effetto inibente da questa esplicito rispetto allo svolgersi dell'azione giurisdizionale: inizia così una fase in cui – impegnato nella ridefinizione delle immunità «nell'ambito della sistematica delle libertà costituzionali» – si ignora ultimo della prerogativa diviene il giudice dei conflitti.

L'adozione della linea interpretativa per cui la dichiarazione di insindacabilità da parte di una delle Camere produce effetto inibitorio assoluto rispetto all'esercizio della giurisdizione penale, civile ed amministrativa, unitamente alla precisazione per cui unica possibile modalità per ovviare a tale effetto è la proposizione del conflitto⁷⁸, consolida infatti in termini di necessità la finora occasionale ed eventuale torsione del giudizio per la dichiarazione delle competenze costituzionali nella direzione di giudizio per la tutela (mediata) dei diritti fondamentali dell'individuo⁷⁹, la garanzia dei quali passa attraverso la definizione del corret-

⁷⁷ E tale rimarrà, a maggior ragione, in mancanza di disciplina attuativa, cfr. G. AZZARITI, *Giurisdizione e politica nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 146.

⁷⁸ Cfr. Corte cost. sent. 129 del 1996: «... quale che sia la dottrina preferibile circa la natura dell'irresponsabilità dei membri del Parlamento per le opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni, è certo che alla deliberazione della Camera di appartenenza che la riconosce è coesistente l'effetto inibitorio dell'inizio o della prosecuzione di qualsiasi giudizio di responsabilità, penale o civile per il risarcimento dei danni. ... A tutela del principio (corrispondente a un interesse generale della comunità politica) di indipendenza e autonomia del potere legislativo nei confronti degli altri organi e poteri dello Stato, l'art. 68 Cost. sacrifica il diritto alla tutela giurisdizionale del cittadino che si ritenga offeso nell'onore o in altri beni della vita da opinioni espresse da un senatore o deputato nell'esercizio delle sue funzioni. Questa prerogativa dei membri del Parlamento, poiché costituisce, sul piano del diritto sostanziale, una causa di irresponsabilità dell'autore delle dichiarazioni contestate, comporta, sul piano processuale, l'obbligo per l'autorità giudiziaria di prendere atto della deliberazione parlamentare e di adottare le pronunce conseguenti.»

⁷⁹ Cfr., con particolare riguardo alle argomentazioni della Corte costituzionale nella sentenza n. 129 del 1996, A. PACE, *Il «nulla osta» parlamentare a che il giudice possa decidere la causa nel merito: una questione ex art. 24 comma 1, 68 comma 1 e 101 comma 2 Cost., ormai da archiviare?*, in *Giur. Cost.* 1996, 1135 e ancora G. AZZARITI, *op. ult. cit.*, 145.

to riparto di attribuzioni tra magistratura e parlamento, previa valutazione dell'effettiva esistenza di un collegamento sostanziale tra opinioni manifestate e funzione svolta dal parlamentare.

La necessarietà/ordinarietà del giudizio della Corte costituzionale sulla ragionevole applicazione dell'immunità sostanziale di cui al comma 1 dell'articolo 68 Cost. si scontra, tuttavia, con la mera eventualità che il conflitto interorganico si svolga, dal momento che la corretta instaurazione dello stesso rimane monopolio del giudice procedente e delle sue "attitudini di avvocato"⁸⁰; né può ignorarsi che la pregiudizialità parlamentare associa al giudizio una finalità decisoria sull'impugnazione dell'atto camerale che, pur successivamente negata dalla giurisprudenza costituzionale – in ossequio al principio per cui oggetto del conflitto è la definizione del rapporto tra poteri – rimane inevitabilmente connessa all'automatico effetto inibente dell'azione giurisdizionale esplicito dalla delibera di insindacabilità, in mancanza della quale appare difficilmente concretizzabile lo stesso interesse a ricorrere del giudice procedente⁸¹.

La perdurante operatività del descritto modello applicativo della prerogativa dell'insindacabilità, oltre a determinare l'assegnazione di discutibili caratteristiche al conflitto tra parlamento e magistratura⁸², si colloca infine in evidente rapporto di continuità, implicitamente legittimandola, con la disciplina attuativa dell'articolo 68 Cost. tuttora vigente (legge n. 140 del 2003) che – oltre ad ampliare il complesso degli atti riconducibili all'ambito applicativo della disposizione costituzionale, includendovi (oltre alla presentazione di disegni o proposte di legge, emendamenti, ordini del giorno, mozioni e risoluzioni, per le interpellanze e le interrogazioni, per gli interventi nelle Assemblee e negli altri organi delle Camere, per qualsiasi espressione di voto comunque formulata, per ogni altro atto parlamentare), ... «ogni altra attività di ispezione, di divulgazione, di critica e di denuncia politica, *connessa alla funzione di parlamentare*, espletata anche fuori del Parlamento»⁸³ – codifica stabilmente

⁸⁰ Cfr. A. PACE, *L'insindacabilità parlamentare e la sent. 1150 del 1988: un modello di risoluzione dei conflitti da ripensare, perché viola la Costituzione e la C.e.d.u.*, in *Scritti per Giovanelli Grottanelli de' Santi*, II, cit., ed ora ne *I limiti del potere*, cit., specie 162.

⁸¹ Così Corte costituzionale sent. n. 329 del 1999.

⁸² Mi riferisco nuovamente alla configurazione del conflitto tra poteri come giudizio impugnatorio dell'atto camerale attuativo dell'insindacabilità, cfr. già Corte costituzionale sentenze nn. 129 del 1996; 265 del 1997; 289 del 1998.

⁸³ Cfr. articolo 3, comma 1, legge n. 140 del 2003.

il risalente modello procedimentale creato con riguardo alla configurazione del giudizio dalla pronuncia del 1988⁸⁴.

Ben può dirsi allora che gli «equivoci di ordine processuale» sottesi alla sentenza n.1150 del 1988 abbiano acquistato uno stabile e fondamentale rilievo con riguardo alla prospettiva sostanziale adottata nell'interpretazione dell'insindacabilità parlamentare anche successivamente alla riforma costituzionale⁸⁵.

La circostanza che nel conflitto deciso dalla sentenza n. 1150 del 1988 il giudice ricorrente avesse posto ad oggetto del giudizio la *vindictio potestatis* in merito all'interpretazione dell'articolo 68 comma 1 Cost. (ed alla dichiarazione di irresponsabilità), piuttosto che la *menomazione* derivante dalla delibera parlamentare; il fatto che questi avesse assunto l'efficacia vincolante della delibera parlamentare (tra l'altro non affermata dal Senato); che, infine, la sentenza in discorso avesse, per un verso affermato la competenza generale del Senato in ordine alle dichiarazioni di insindacabilità, per altro aspetto concretamente negato la medesima nel caso specifico⁸⁶, ha originato infatti un modello applicativo dell'insindacabilità destinato ad approdi incoerenti con la topografia dei valori costituzionali sottesa al novellato articolo 68 Cost. (oltre che foriero di una problematica giurisprudenza europea in materia di legittime restrizioni del diritto di accesso al giudice).

Dalla sentenza n. 1150 del 1988, è bene ricordarlo, deriva una ridefinizione solo parziale delle modalità di sindacato sulla dichiarazione

⁸⁴ Invero sono addirittura introdotte varianti peggiorative del modello originario; basti pensare a quanto previsto dal comma 7 dell'articolo 3, legge n. 140 del 2003: «La questione dell'applicabilità dell'articolo 68, primo comma, della Costituzione può essere sottoposta alla Camera di appartenenza anche *direttamente* da chi assume che il fatto per il quale è in corso un procedimento giurisdizionale di responsabilità nei suoi confronti concerne i casi di cui al comma 1. La Camera può chiedere che il giudice sospenda il procedimento, ai sensi del comma 5» – che va dunque affiancato al comma 4: «Se non ritiene di accogliere l'eccezione concernente l'applicabilità dell'articolo 68, primo comma, della Costituzione, proposta da una delle parti, il giudice provvede senza ritardo con ordinanza non impugnabile, trasmettendo direttamente copia degli atti alla Camera alla quale il membro del Parlamento appartiene o apparteneva al momento del fatto. Se l'eccezione è sollevata in un processo civile dinanzi al giudice istruttore, questi pronuncia detta ordinanza nell'udienza o entro cinque giorni».

⁸⁵ Così F. SORRENTINO, *op. ult. cit.*, 74.

⁸⁶ Ma senza annullare l'atto, in relazione al fatto che la delibera adottata concerneva fatti diversi da quelli per cui il sen. Marchio era stato convenuto in sede civile (tanto che alla ricorrente Corte d'Appello di Roma era consentito di proseguire il giudizio), cfr. A. PACE, *Giurisdizione e insindacabilità parlamentare nei conflitti costituzionali*, in Immunità e giurisdizione, cit., 9.

di insindacabilità, in ragione della configurazione impugnatoria assegnata al giudizio⁸⁷: la politicità della dichiarazione di insindacabilità delle opinioni espresse e/o voti dati impone infatti un sindacato di legittimità della Corte costituzionale meramente estrinseco e fondato sulla necessità di *non assenza* nell'opinione espressa, di «connessione con atti tipici della funzione»⁸⁸ che, solo a distanza di un decennio (tra l'altro in ragione di una prassi parlamentare sempre troppo generosa nella definizione dell'ambito di applicazione dell'istituto), evolverà nel senso di richiedere una sostanziale concordanza di contenuti tra dichiarazioni ed atto parlamentare tipico⁸⁹, sì da definire in positivo la

⁸⁷ Cfr. ancora F. SORRENTINO, *Immunità*, cit., 75 ss.

⁸⁸ Cfr. Corte costituzionale sent. n. 289 del 1998.

⁸⁹ Ancora Corte cost. sent. 10 del 2000: «Nel normale svolgimento della vita democratica e del dibattito politico, le opinioni che il parlamentare esprima fuori dai compiti e dalle attività propri delle assemblee rappresentano piuttosto esercizio della libertà di espressione comune a tutti i consociati: ad esse dunque non può estendersi, senza snaturarla, una immunità che la Costituzione ha voluto, *in deroga al generale principio di legalità e di giustiziabilità dei diritti*, riservare alle opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni. //La linea di confine fra la tutela dell'autonomia e della libertà delle Camere, e, a tal fine, della libertà di espressione dei loro membri, da un lato, e la tutela dei diritti e degli interessi, costituzionalmente protetti, suscettibili di essere lesi dall'espressione di opinioni, dall'altro lato, è fissata dalla Costituzione attraverso la delimitazione funzionale dell'ambito della prerogativa. Senza questa delimitazione, l'applicazione della prerogativa la trasformerebbe in un privilegio personale (cfr. sentenza n. 375 del 1997), finendo per conferire ai parlamentari una sorta di statuto personale di favore quanto all'ambito e ai limiti della loro libertà di manifestazione del pensiero: con possibili distorsioni anche del principio di eguaglianza e di parità di opportunità fra cittadini nella dialettica politica. //Né si può accettare, senza vanificare tale delimitazione, una definizione della "funzione" del parlamentare così generica da ricomprendervi l'attività politica che egli svolga in qualsiasi sede, e nella quale la sua qualità di membro delle Camere sia irrilevante. Nel linguaggio e nel sistema della Costituzione, le "funzioni" riferite agli organi non indicano generiche finalità, ma riguardano ambiti e modi giuridicamente definiti: e questo vale anche per la funzione parlamentare, ancorché essa si connota per il suo carattere non "specializzato" (cfr. sentenze n. 148 del 1983; n. 375 del 1997). //5. Discende da quanto osservato che la semplice comunanza di argomento fra la dichiarazione che si pretende lesiva e le opinioni espresse dal deputato o dal senatore in sede parlamentare non può bastare a fondare l'estensione alla prima della immunità che copre le seconde. Tanto meno può bastare a tal fine la ricorrenza di un contesto genericamente politico in cui la dichiarazione si inserisca. Siffatto tipo di collegamenti non può valere di per sé a conferire carattere di attività parlamentare a manifestazioni di opinioni che siano oggettivamente ad essa estranee. Sarebbe, oltre tutto, contraddittorio da un lato negare – come è inevitabile negare – che di per sé l'espressione di opinioni nelle più diverse sedi pubbliche costituisca esercizio di funzione parlamentare, e dall'altro lato ammettere che essa invece acquisti tale carattere e valore in forza di generici collegamenti contenutistici con attività parlamentari svolte dallo stesso membro delle Camere. //In questo senso va

qualità del nesso funzionale⁹⁰.

Tale conquista, da alcuni autori ricondotta già alla sentenza n. 289 del 1998⁹¹, da altri alla sentenza n.329 del 1999⁹², sarà concordemente ascritta alle note sentenze “gemelle” del 2000 (nn. 10 ed 11) che, prendendo espressamente posizione sulla questione di fondo sottesa alla lettura dell’articolo 68, comma 1 Cost. espliciteranno finalmente la corretta individuazione dell’oggetto del conflitto interorganico⁹³.

precisato il significato del “nesso funzionale” che deve riscontrarsi, per poter ritenere l’insindacabilità, tra la dichiarazione e l’attività parlamentare. Non cioè come semplice collegamento di argomento o di contesto fra attività parlamentare e dichiarazione, ma come identificabilità della dichiarazione stessa quale espressione di attività parlamentare (cfr. sentenza, in pari data, n. 11 del 2000)».

⁹⁰ Cfr. anche Corte cost. sent. n. 137 del 2001.

⁹¹ M. DOGLIANI, *Immunità e prerogative*, cit., 1061, e, a ben vedere, anche F. SORRENTINO, *Immunità e giurisdizione*, cit., 76, che pure riconduce la sentenza n. 289 ad un atteggiamento di *self-restraint* della Corte costituzionale che accoglie il ricorso del giudice solo a causa dell’evidente mancanza del nesso funzionale.

⁹² F. SORRENTINO, *Immunità e giurisdizione*, cit., 77-78: la sentenza n. 329 del 1999 riuisce e decide infatti due ricorsi, il primo proposto dalla Camera dei Deputati successivamente al prosieguo dell’attività giurisdizionale, malgrado l’intervenuta delibera di insindacabilità, il secondo (in ordine di tempo) sollevato dal giudice stesso per l’annullamento della delibera di insindacabilità della Camera. A commento delle due sentenze si rileva infatti che se effettivamente la delibera della Camera avesse avuto l’effetto di precludere in modo assoluto il prosieguo dell’attività giurisdizionale il ricorso della Camera avrebbe dovuto per ciò solo essere esaminato per primo ed accolto, dichiarando il secondo improcedibile successivamente all’accoglimento del primo. Il fatto che la Corte abbia invece riunito i due ricorsi e li abbia decisi congiuntamente denota tutta la difficoltà (della Corte) di conciliare l’esigenza di effettuare un giudizio sul rapporto, (cioè sulla delimitazione delle attribuzioni) e quella di effettuare un giudizio sull’atto quale scaturente dal modello della sentenza n.1150 del 1988.

⁹³ Cfr. Corte cost. sent. n. 10 del 2000: «Il giudizio della Corte verte, ..., sulla tutela delle rispettive sfere di attribuzioni, ed investe la controversia sull’applicazione dell’art. 68, primo comma, della Costituzione, originata dal contrasto tra la valutazione della Camera e quella dell’autorità giurisdizionale procedente. //A tal fine, la Corte non può limitarsi a verificare la validità o la congruità delle motivazioni – ove siano espresse – con le quali la Camera di appartenenza del parlamentare abbia dichiarato insindacabile una determinata opinione. Il giudizio in sede di conflitto fra poteri non si atteggia a giudizio sindacatorio (assimilabile a quello del giudice amministrativo chiamato a valutare un atto cui si imputi il vizio di eccesso di potere) su di una determinazione discrezionale dell’assemblea politica. In questo senso va precisato e in parte corretto quanto affermato nella pregressa giurisprudenza, circa i caratteri del controllo di questa Corte sulle deliberazioni di insindacabilità adottate dalle Camere (cfr. sentenza n. 265 del 1997): la Corte, chiamata a svolgere, in posizione di terzietà, una funzione di garanzia, da un lato dell’autonomia della Camera di appartenenza del parlamentare, dall’altro della sfera di attribuzione dell’autorità giurisdizionale, non può verificare la correttezza, sul piano costituzionale, di una pronuncia di insindacabilità senza verificare se, nella specie, l’insindacabilità sus-

Chiarita la natura di immunità sostanziale dell'insindacabilità, in deroga al principio di eguale soggezione dei cittadini alla legge e di giustiziabilità dei diritti, oggetto del giudizio non potrà essere dunque che la delimitazione delle attribuzioni del potere giudiziario nei confronti del Parlamento (o degli altri organi titolari dell'immunità) «indipendentemente dal soggetto che solleva il conflitto e indipendentemente dall'esistenza o meno di una delibera parlamentare di irresponsabilità ...»⁹⁴ mentre l'esclusione di limiti ai poteri cognitivi della Corte costituzionale, nella specie configurati come limiti al sindacato (che dovrebbe rimanere esterno) di congruità/ragionevolezza della motivazione della delibera di insindacabilità⁹⁵, imporrà alla stessa di accertare «l'esistenza in concreto del nesso funzionale su cui si fonda l'immunità»⁹⁶.

Rispetto a tali pronunce, la costante adesione al procedimento applicativo delle immunità mutuato dalla ormai risalente sentenza n. 1150 del 1988⁹⁷ rimane evidentemente contraddittoria⁹⁸, non tanto perché il rigo-

sista, cioè se l'opinione di cui si discute sia stata espressa nell'esercizio delle funzioni parlamentari, alla luce della nozione di tale esercizio che si desume dalla Costituzione (cfr. sentenza in pari data, n. 11 del 2000)».

⁹⁴ Cfr. F. SORRENTINO, *op. ult. cit.*, 81.

⁹⁵ Cfr. Corte costituzionale sentenze nn. 375/1997; 417/1999; 289/1998.

⁹⁶ Cfr. F. SORRENTINO, *op. ult. cit.*, 80.

⁹⁷ È noto che le disposizioni attuative dell'articolo 68, comma 1, Cost. oggi dettate dalla legge n. 140 del 2003 devono la loro "creazione" proprio alla discussa sentenza della Corte costituzionale, n. 1150 del 1988. A partire dall'assunto per cui «le prerogative parlamentari non possono non implicare un potere dell'organo a tutela del quale sono disposte» tale pronuncia (vigente la regola dell'autorizzazione a procedere onde sottoporre un parlamentare all'esercizio dell'azione penale) ha infatti "legittimato" la sequenza procedimentale per cui se un parlamentare è parte in un giudizio civile o penale in cui si discute dell'esistenza di una responsabilità variamente correlata all'esercizio delle proprie funzioni, la Camera di appartenenza può "bloccare" l'esercizio della funzione giurisdizionale attraverso l'adozione di una delibera di insindacabilità delle opinioni espresse dal parlamentare coinvolto (si legge infatti nella sentenza n. 1150 del 1988: «Le prerogative parlamentari non possono non implicare un potere dell'organo a tutela del quale sono disposte»). A partire da tale statuizione si è argomentata l'esistenza di un potere deliberativo delle Camere con effetto inibitorio dell'esercizio della funzione giurisdizionale. Invero, se già nel 1988, l'esistenza di tale potere poteva dirsi discutibile, in quanto al massimo la delibera di insindacabilità delle opinioni espresse da un parlamentare risultava strumentale alla concessione od al diniego della (poi soppressa) autorizzazione a procedere prodromica all'esercizio dell'azione penale (in base all'articolo 68 comma 1, Cost. nel vecchio testo), a maggior ragione il descritto procedimento attuativo della regola costituzionale dell'insindacabilità risulta oggi opinabile, benché tuttora avallato dalla Corte costituzionale, cfr. sentenza n. 149 del 2007.

⁹⁸ Mentre prevedibile e coerente con questa logica, è la rilettura data nel 2004 (sen-

roso orientamento giurisprudenziale teso a verificare in sede di conflitto interorganico, l'inerenza effettiva delle dichiarazioni rese alla *funzione*⁹⁹ non condizionerà la prassi parlamentare¹⁰⁰, ma in quanto la funzione im-

tenza n. 120) alla disciplina dettata dalla legge n. 140 del 2003 che, oltre a codificare il risalente modello della pregiudiziale parlamentare, sovrappone ad «un criterio oggettivo-istituzionale come quello di *funzione parlamentare* un criterio soggettivo-elettorale come quello di *funzione di (del) parlamentare*», impedendo l'auspicata, precisa associazione della prerogativa dell'insindacabilità alle caratteristiche oggettive, funzionali e rigorose della *funzione parlamentare*, e determinandone la progressiva estensione verso le dimensioni meno determinabili della *funzione di* parlamentare. Ad un anno dall'entrata in vigore della legge, la Corte costituzionale chiarisce pertanto che la prospettata “dilatazione” legislativa, per essere ritenuta conforme a Costituzione, dev'essere comunque letta nel senso di garantire la corrispondenza sostanziale fra atti tipici ed atipici già indicata dalle sentenze nn. 10 ed 11 del 2000, implicitamente ribadendone i connotati di istituto derogatorio del principio di eguale soggezione alla legge e di giustiziabilità dei diritti, come tale di stretta interpretazione: «con la norma in esame *il legislatore non innov(a) affatto alla predetta disposizione costituzionale (l'art. 68 Cost.), ampliandone o restringendone arbitrariamente la portata*, ma si limita invece a rendere esplicito il contenuto della disposizione stessa, specificando, ai fini della immediata applicazione dell'art. 68, primo comma, gli “atti di funzione” tipici, nonché quelli che, pur *non tipici*, debbono comunque essere connessi alla funzione parlamentare, a prescindere da ogni criterio di “localizzazione”, in concordanza, del resto, con le indicazioni ricavabili al riguardo dalla giurisprudenza costituzionale in materia».

⁹⁹ A partire dalla “svolta” posta in essere con le sentenze nn. 10 e 11 del 2000, ribadita nelle sentenze nn. 56, 58, 82, 320 e 321 del 2000, nn. 76, 137 e 289 del 2001, nn. 50, 51, 52, 79, 207 e 509 del 2002, «... è stata infatti coerentemente affermata la necessaria sussistenza di uno stretto nesso funzionale tra l'espressione delle opinioni e l'esercizio delle funzioni parlamentari, le quali non designano generiche finalità, ma *poteri giuridicamente definiti*», cfr. A. PACE, *La legge n.140/2003*, cit., 29. Ciò ovviamente non esclude che anche opinioni espresse *extra-moenia* siano tutelate dall'articolo 68, comma 1, Cost., ma si richiede dalla Corte stessa almeno «una sostanziale corrispondenza di significati tra le dichiarazioni rese al di fuori dell'esercizio delle attività parlamentari tipiche svolte in Parlamento e le opinioni già espresse nell'ambito di queste ultime».

¹⁰⁰ Così S. STAMMATI, *Le immunità costituzionali. Problemi attuali e tendenze di riforma*, in *www.astrid-online.it*, 6 del dattiloscritto. Gli orientamenti estensivi della prassi parlamentare – che, in assenza delle norme di legge citate, poteva muoversi in uno spazio “da riempire” in applicazione dei criteri elaborati dalla giurisprudenza costituzionale (in particolare facendo uso del criterio della corrispondenza sostanziale tra atti “tipici” ed atipici”, secondo le indicazioni fornite dalle sentenze della Corte costituzionale nn. 10 ed 11 del 2000) – sono così espressamente legittimati dalla legislazione ordinaria, a dispetto della natura eccezionale dell'istituto, cfr. ancora S. STAMMATI, *op. ult. loco cit.* In questo senso anche B. RANDAZZO, *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana, 50 anni della Corte costituzionale della repubblica italiana*, V, Napoli 2006, 295 ss., specie 352, che con riguardo al rapporto tra prassi parlamentare in materia di insindacabilità e giurisprudenza europea relativa alla legalità convenzionale delle modalità applicative delle immunità, rileva come «... la c.d. giurisprudenza

plicitamente assegnata al giudizio costituzionale dalle norme di attuazione dell'articolo 68, comma 1, Cost.¹⁰¹ contrasta in modo evidente con la natura giuridica dell'insindacabilità: il modello procedimentale applicativo dell'art. 68, comma 1, Cost. e l'automatica efficacia inibente della dichiarazione camerale di insindacabilità comportano, infatti, il "blocco" immediato ed automatico dell'azione giurisdizionale successivamente all'adozione dell'atto camerale (in termini analoghi a quanto avveniva vigente la "vecchia" immunità processuale dell'autorizzazione a procedere), e la superabilità del medesimo unicamente attraverso l'impugnazione della delibera camerale in sede di conflitto, previo svolgimento del sindacato della Corte costituzionale sull'effettiva esistenza del nesso funzionale tra dichiarazioni rese dal parlamentare e funzione esercitata.

7. *Applicazione dell'insindacabilità parlamentare e tutela del diritto fondamentale al giudice nel caso concreto: tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*

La mera *eventualità* che il conflitto tra poteri dello Stato si svolga rimane all'origine di molteplici ipotesi di illegittimo diniego di tutela giurisdizionale, sia nei confronti del parlamentare che voglia difendere la propria onorabilità affrontando il processo, che riguardo al privato cittadino menomato nell'onore da dichiarazioni solo *lato sensu* politiche.

La violazione del diritto di accesso ad un giudice è infatti fisiologica conseguenza del fatto che la delibera di insindacabilità delle opinioni espresse adottata dalla Camera di appartenenza *ex art. 68, comma 1, Cost.* "blocca" *ex lege* l'esercizio del potere giurisdizionale di accertamento della responsabilità giuridica del parlamentare, sì che il giudice precedente può solo contestarne la legittimità attraverso la promozione

parlamentare sulle prerogative ... anche dopo il 2000 non fa registrare alcun significativo mutamento in linea con l'orientamento più restrittivo inaugurato dal giudice costituzionale. Anzi, con l'art. 3 della legge 140/2003 le Camere tentarono di avvalorare di nuovo una interpretazione più ampia delle immunità «sterilizzata» però dalla Corte nella sentenza sostanzialmente interpretativa, 120/2004».

¹⁰¹ Proprio la giurisprudenza costituzionale tesa al sindacato "interno" sull'esistenza del nesso funzionale tra opinioni espresse ed attività parlamentare (cfr. le sentt. 10 e 11 del 2000 su cui già la nota 35) presuppone la fungibilità del conflitto interorganico rispetto allo svolgersi del giudizio di merito tra il parlamentare ed il cittadino leso nell'onore.

del conflitto tra poteri che, “pensato” per garantire le attribuzioni degli organi costituzionali, consente tuttavia una tutela puramente “mediata” dei diritti del privato cittadino (come dello stesso parlamentare).

Laddove la Corte costituzionale non si pronunci sulla legittimità della dichiarazione di insindacabilità¹⁰² – perché il giudice comune rifiuti di sollevare il conflitto o tardivamente depositi l’atto introduttivo (la declaratoria di improcedibilità del ricorso non è in alcun modo superabile) od ancora, ove questi subisca una declaratoria di inammissibilità per carente specificazione del *petitum* o della *causa petendi*, anch’essa preclusiva della riproposizione del ricorso¹⁰³, – il cittadino è infatti privato della possibilità di ottenere una pronuncia che, attraverso il sindacato sull’effettiva esistenza del nesso funzionale tra dichiarazioni rese ed attività parlamentare, indirettamente garantisca la proporzionalità della restrizione apportata nel caso singolo al diritto fondamentale di agire e difendersi in giudizio¹⁰⁴.

¹⁰² Né la configurazione attuale della suddetta competenza della Corte costituzionale, secondo la logica della *Staatsgerichtsbarkeit* sembra consentire diversa soluzione, sia con riguardo alle ipotesi di tardivo deposito del ricorso, sia con riguardo alle modalità ed ai limiti del diritto di intervento configurabile in favore del terzo offeso dalle dichiarazioni diffamatorie, cfr. Corte costituzionale sentenza n.76 del 2001 (nella sentenza in discorso, un soggetto costituitosi parte civile nel procedimento penale instaurato a carico di un consigliere regionale, per diffamazione aggravata a mezzo stampa, è stato ammesso ad illustrare la propria posizione di fronte alla Corte, chiamata a giudicare sul ricorso promosso dalla Regione Veneto nei confronti di un decreto di rinvio a giudizio emesso nei confronti del consigliere. Non si tratta tuttavia di una vera e propria inversione di tendenza, perché anzi la Corte sottolinea che in linea di principio deve mantenersi l’orientamento di chiusura costantemente affermato).

¹⁰³ Nel caso Onorato, per esempio, la Corte costituzionale dichiara entrambi i ricorsi improcedibili per tardività del deposito dell’atto introduttivo del giudizio da parte dei giudici ricorrenti. Pur non essendo parte formale del conflitto nel giudizio dinanzi alla Corte costituzionale, il soggetto diffamato subisce una pronuncia di improcedibilità dovuta ad un comportamento negligente a lui non imputabile: in seguito alla decisione di improcedibilità, il giudice monocratico del Tribunale di Milano (dinanzi al quale il giudizio comune era incardinato) dichiara infatti la non punibilità dell’imputato ai sensi dell’articolo 68, comma 1, Cost. e dell’art. 3 della legge n. 140/2003. Anche il giudizio d’appello si chiude in modo favorevole al sen. Dell’Utri che si avvantaggia di una sentenza camerale di non luogo a procedere sempre perché non punibile in applicazione dell’articolo 68, comma 1, Cost. Non disponendo di mezzi di impugnazione avverso quest’ultima sentenza, la parte civile (Onorato) propone ricorso per cassazione solo avverso la sentenza dibattimentale del Tribunale di Milano.

¹⁰⁴ Cfr. *ex plurimis*, Corte costituzionale, ord. 217 del 2004, che estende le conseguenze già associate dalla sentenza n. 116 del 2003 alla riproposizione di un conflitto dichiarato inammissibile per inosservanza dei termini di coltivazione del giudizio (declara-

Invero, anche se per “ovviare” almeno in parte a tale situazione, la giurisprudenza costituzionale ha talora ampliato la possibilità per il terzo di intervenire in giudizio, non può negarsi che tale intervento, come quello del singolo parlamentare¹⁰⁵, rimane ragionevolmente confinato ad ipotesi limitate¹⁰⁶, ciò che appare per un verso logico corollario delle caratteristiche assegnate al conflitto tra poteri dal Costituente – “costruito” come giudizio spiccatamente contenzioso, il cui oggetto principale sono competenze ed interessi imputabili a «fattori che partecipano alla vita costituzionale dello Stato»¹⁰⁷ le cui posizioni soggettive siano «direttamente od indirettamente tutelate dalla Costituzione»¹⁰⁸ – per altro aspetto particolarmente pregiudizievole, visto che, chiamata a decidere sul riparto delle competenze tra politica e giurisdizione in merito alla sussistenza di un’esimente da responsabilità giuridica, la Corte costituzionale non può fare uso del criterio di ragionevole bilanciamento di *tutti* gli interessi in gioco¹⁰⁹.

Le argomentazioni del giudice dei diritti sono del resto ben diverse da quelle impiegate dal giudice delle attribuzioni costituzionali¹¹⁰: nel-

toria di improcedibilità), al caso di riproposizione del ricorso già dichiarato inammissibile per carente indicazione del *petitum*.

¹⁰⁵ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n.76 del 2001. La riconosciuta ammissibilità dell’intervento nel conflitto del terzo diffamato, almeno in alcune ipotesi, risponde alle vivaci sollecitazioni di quella parte della dottrina costituzionalistica più volte espressasi in senso favorevole ad un allargamento del contraddittorio nella sede del conflitto, cfr. A. PACE, *Giurisdizione e insindacabilità*, *op. ult. loco cit.*

¹⁰⁶ Cfr. Corte costituzionale, sent. 166 del 2007 dichiarativa dell’inammissibilità dell’atto di intervento del parlamentare Nichi Vendola che non si sentiva adeguatamente difeso dalla posizione assunta dalla Camera di appartenenza.

¹⁰⁷ Cfr. ancora Corte costituzionale, sentenza n. 166 del 2007.

¹⁰⁸ Cfr. M. MAZZIOTTI DI CELSO, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, Milano 1972, II, 6 ss. Tra questi certamente non rientrano, ove si discuta di insindacabilità, né il parlamentare né il terzo offeso. Occorre inoltre che fra le parti del giudizio vi sia un rapporto giuridico di diritto costituzionale e che queste dissentano sulle conseguenze di tale rapporto; è essenziale altresì che vi sia non una mera divergenza di opinioni ma una vera e propria controversia circa la spettanza, i limiti o il contenuto di concrete posizioni soggettive: la «contestazione» delle stesse è essenziale per l’esistenza della controversia e concorre a distinguerla dal controllo sulle norme “attivabile” anche in virtù di un semplice dubbio, cfr. ID., *op. ult. cit.*, 13.

¹⁰⁹ Tra l’altro, il giudizio preliminare sui conflitti si distingue per la mancanza di contraddittorio, particolarmente grave visto che l’oggetto specifico del giudizio preliminare *ex* articolo 37, legge n.87 del 1953 consiste appunto nello stabilire «se esista materia di un conflitto, la cui risoluzione spetti alla sua competenza», cfr. ID., *op. ult. cit.*, 146, dunque risolve una questione attinente al merito della controversia.

¹¹⁰ Un’operazione di bilanciamento che determini i confini tra parlamento e magi-

l'esercizio di una competenza "attivata" dal ricorso di un singolo individuo in relazione ad atto o comportamento per lui concretamente pregiudizievoli, il giudice adotta infatti tecniche decisorie "tipiche", – in particolare il bilanciamento tra diritti o, come in materia di restrizioni del diritto di accesso al giudice, tra diritto e valori od interessi generali della comunità, prendendo in considerazione la portata del nucleo essenziale del diritto in causa rispetto al caso concreto –, mentre le controversie concernenti i rapporti tra organi supremi sono regolate da norme volutamente generiche, talora lacunose, l'ordinamento affidandosi alla prassi, alle convenzioni od alle regole di correttezza costituzionale.

In nessun caso, la decisione sulla spettanza del potere in contestazione presuppone una considerazione dei diritti del singolo cittadino, neppure quando, come nei conflitti involgenti l'attuazione dell'articolo 68, comma 1, Cost., questi risulta certamente pregiudicato dalla decisione della Corte costituzionale perché dal mancato annullamento della delibera di insindacabilità discende l'impossibilità di esercitare il proprio diritto alla tutela giurisdizionale dell'onore o della reputazione¹¹¹; la decisione sul conflitto scaturisce cioè dalla considerazione degli interessi delle parti del giudizio ed il cittadino disonorato (come il parlamentare che voglia difendersi in un processo ordinario) parte non è¹¹².

La perdurante vigenza dell'attuale procedimento applicativo dell'articolo 68, comma 1 Cost., in più occasioni, ed anche di recente, ritenuto non manifestamente irragionevole dalla stessa Corte costituzionale¹¹³,

struttura rischia oltre tutto di essere condizionata dal tenore dei rapporti tra la stessa Corte e la politica, cfr. G. AZZARITI, *Giurisdizione e politica nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 167.

¹¹¹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Ielo v. Repubblica italiana*, cit., che apertamente sconfessa, in ordine all'inesistenza di qualunque nesso tra dichiarazioni rese dal parlamentare ed esercizio della funzione, la sentenza n.417/1999 della Corte costituzionale italiana. Deve invero rilevarsi che la sentenza della Corte costituzionale italiana è stata poi "superata" dalla giurisprudenza inaugurata dalle sentenze nn. 10 ed 11 del 2000 apertamente dirette a sottoporre a scrutinio stretto di legittimità le delibere parlamentari di insindacabilità, onde accertare l'esistenza in concreto del *nesso funzionale* tra dichiarazioni rese e funzione parlamentare; tuttavia, proprio la c.d "svolta del 2000", se per un verso evidenzia la volontà della giudice costituzionale nazionale di non contrapporsi alla giurisprudenza "europea" in materia di immunità parlamentari, per altro aspetto non smentisce le diverse caratteristiche dei due giudizi.

¹¹² Cfr. Corte cost. sent. n. 76 del 2001.

¹¹³ Cfr. la già menzionata sentenza n. 149 del 2007 che dichiara manifestamente inammissibile e manifestamente infondata le questioni di legittimità costituzionale in quella sede sollevate dal Tribunale di Messina con riguardo all'art. 3, commi 3 e 7 della

comporta così che il diritto del terzo alla tutela giurisdizionale rimanga tutelabile – in base al principio di sussidiarietà caratterizzante il sistema di garanzie dei diritti voluto dal Consiglio d'Europa – solo attraverso la proposizione di un ricorso alla Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dopo che l'esaurimento dei *mezzi interni* consente al soggetto privato di lamentare la violazione dell'articolo 6.1 della Convenzione, in relazione allo specifico profilo del diritto ad avere un giudice.

Pur riconosciuta l'ammissibilità, in via di principio, di restrizioni del diritto di accesso al giudice in nome degli scopi legittimi tutelati attraverso la prerogativa dell'insindacabilità parlamentare ed esclusa in più occasioni una valutazione della legislazione in astratto pertinente, nonché dell'interpretazione ed applicazione che della stessa operano gli organi nazionali¹¹⁴, la Corte europea accerta infatti se «le modalità pratiche nelle quali tale principio viene attuato, *come dalle Camere ...*, così *anche dai giudici ...*, comportino una illegittima restrizione (*al diritto di agire e difendersi in giudizio*)», in quanto la limitazione apportata al diritto di accesso al giudice risulti non proporzionata allo scopo, sì da ledere il diritto fondamentale addirittura nel suo nucleo essenziale¹¹⁵: il difetto di proporzionalità in concreto della restrizione, è così costantemente dichiarato quando la verifica sulla legittima applicazione dell'immunità è preclusa al giudice costituzionale per cause imputabili al giudice comune¹¹⁶, alle disattenzioni od omissioni del quale non è possibile ovviare con

legge n. 140 del 2003, rinviando all'ordinanza n. 36 del 2007, per identità di questioni già decise nel senso della manifesta infondatezza. Incidentalmente, la non irragionevolezza del procedimento applicativo dell'articolo 68, comma 1, Cost. è stata ribadita anche dalla sentenza n. 87 del 2012 sul riparto di attribuzioni tra politica e giurisdizione relativamente alla distinta fattispecie dei reati ministeriali.

¹¹⁴ Tale principio può dirsi consolidato, cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Cordova c. Italia*, 30 gennaio 2003; *Di Jorio c. Italia*, 3 giugno 2004; *Ielo c. Italia*, 6 dicembre 2005. Sul punto, v. A. PIZZORUSSO, *Immunità parlamentari e diritto di azione e di difesa*, *Foro It.* 2000, V, 302.

¹¹⁵ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Cordova nn. 1 e 2*, mai smentite sul punto.

¹¹⁶ Cfr. anche Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 aprile 2006, *Patrono, Cascini e Stefanelli c. Italia*, che ribadisce inoltre che la «*natura politica* di una disputa tra privati» non è di per sé ragione sufficiente ad escludere il sindacato giurisdizionale su dichiarazioni non riconducibili ad alcun *atto parlamentare "tipico" precedente*. Sulle caratteristiche del sindacato della Corte europea dei diritti dell'uomo, in quanto riferito alle modalità pratiche di attuazione delle immunità, cfr. A. PACE, *Il modello, loco ult. cit.*

rimedi interni, vista l'indisponibilità del giudizio da parte del singolo cittadino¹¹⁷.

8. *Segue. Il problema dell'esecutività delle pronunce di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di insindacabilità parlamentare*

Accertata la violazione dell'articolo 6.1 della CEDU, la sentenza del giudice europeo accorda al danneggiato la corresponsione di un risarcimento monetario: la procedibilità del ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo presuppone infatti la definitività della sentenza nazionale e, diversamente da quanto accade negli ordinamenti di altri Stati aderenti alla Convenzione, il nostro non prevede meccanismi *ad hoc* di revisione o riapertura del processo; il ricorrente, cioè, non può – successivamente alla sentenza – fruire di una piena *restitutio in integrum* e deve accontentarsi della liquidazione di una somma di denaro riparatoria del torto subito (in applicazione dell'articolo 41 CEDU)¹¹⁸.

Non può ignorarsi tuttavia che, diversamente dai casi di violazione meramente occasionale e/o dipendente da cattiva applicazione del diritto nazionale, in cui l'obbligo di conformazione alla sentenza (art. 46 CEDU) «si esaurisce nella rimozione dell'atto o della condotta dalla quale la violazione è discesa»¹¹⁹, in queste ipotesi l'esigenza di prevenire nuove violazioni acquista connotati peculiari.

¹¹⁷ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 31 gennaio 2003, *Cordova 1 e 2* e Corte europea dei diritti dell'uomo, cit., *De Jorio* c. Repubblica italiana. La codificazione della prassi interna relativamente allo svolgersi dei conflitti di attribuzione si giustifica in relazione alla circostanza che il conflitto, unico rimedio oggi previsto per contestare la delibera di insindacabilità preclusiva dell'esercizio della funzione giurisdizionale, non è strumento a disposizione del privato, ma del giudice a difesa delle proprie attribuzioni, cfr. art. 24, Norme integrative dei giudizi davanti alla Corte costituzionale, delib. 7 ottobre 2008, in G.U. 7 novembre 2008, n. 261. Sul punto, anteriormente alla modifica delle Norme Integrative, cfr. L. PESOLE, *I giudici ordinari e gli altri poteri nella giurisprudenza sui conflitti*, Torino 2002, 183 ss.

¹¹⁸ Così recita infatti l'articolo 41 CEDU: «Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa».

¹¹⁹ Cfr. B. RANDAZZO, *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 293 ss., 308.

Sembra infatti a chi scrive che, pur riconosciuto in materia, il margine di apprezzamento del singolo Stato, la disciplina attuativa dell'insindacabilità si collochi oggi ai limiti di una violazione strutturale della Convenzione che, discendente da disposizioni di diritto interno, dovrebbe imporre allo Stato condannato l'introduzione di norme finalizzate ad evitare un'inaccettabile, generalizzata trasformazione degli obblighi di protezione dei diritti imposti da Strasburgo in obbligazioni pecuniarie¹²⁰.

L'automatica efficacia inibente riconosciuta alla dichiarazione di insindacabilità delle opinioni espresse adottata dalla Camera di appartenenza del parlamentare¹²¹ postula, infatti, a garanzia della proporzionalità della restrizione apportata nel caso concreto al diritto fondamentale al giudice, uno svolgimento sistematico del sindacato del giudice costituzionale sull'esistenza del nesso funzionale tra dichiarazioni rese ed attività parlamentare, mentre la mera eventualità che detto sindacato si svolga, nel rispetto della singolare commistione tra elementi di *Staatsgerichtsbarkeit* e *Verfassungsgerichtsbarkeit* caratterizzante il nostro ordinamento¹²², è suscettibile di ledere l'esigenza di ragionevole equilibrio tra esigenze di interesse generale della comunità ed imperativi di salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo richiesta dalla Corte europea ai fini dell'osservanza dell'art. 6.1 CEDU¹²³.

¹²⁰ È noto che l'articolo 46 («Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze») della Convenzione attribuisce il compito di sorveglianza sull'esecuzione delle sentenze definitive al Comitato dei Ministri, sia per ciò che riguarda l'adozione delle necessarie misure riparatorie, sia per ciò che concerne le condanne dirette ad accordare un'equa soddisfazione. Grava specularmente sullo Stato interessato l'onere di informare il Comitato circa le misure assunte, da quelle individuali (consistenti per es. nella riapertura del processo) a quelle generali volte a prevenire nuove violazioni (per es. l'introduzione di nuove norme di legge modificative di quelle da cui la violazione strutturale scaturisce).

¹²¹ Ora in base all'articolo 3, commi 3 ed 8 della legge n.140 del 2003.

¹²² Sulla commistione, nel nostro ordinamento, tra elementi di *Staatsgerichtsbarkeit* e *Verfassungsgerichtsbarkeit*, cfr. da ultimo, M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti tra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale. Tendenze recenti*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale*, Scritti in onore di Valerio Onida, Milano, 2011, 1151 ss.

¹²³ Pur depurate dall'interpretazione offerta dalla sentenza della Corte costituzionale n. 120 del 2004, le norme della legge n. 140 del 2003 continuano infatti a ledere l'articolo 6.1 CEDU, gli articoli 24, comma 1, 101, 102 comma 1, 111 commi 1 e 2 Cost., in quanto la prerogativa parlamentare comporta una restrizione automatica e sproporzionata del diritto del singolo a che la propria causa sia esaminata da un tribunale indipendente ed imparziale, cfr. A. PACE, *La legge n. 140/2003*, cit., 32, ma già R. ROMBOLI, *La "pregiudiziale parlamentare" per le opinioni espresse ed i voti dati dai membri delle Camere nell'esercizio delle loro funzioni: un istituto nuovo da ripensare (e da abolire)*, in *Foro It.* 1994, I, c. 995 ss.

La finalità di garantire un equilibrato bilanciamento tra diritto di accesso al giudice ed esigenza di proteggere da eventuali abusi l'esercizio delle funzioni attribuite a determinati soggetti e l'integrità di determinati collegi, attraverso la previsione dell'irresponsabilità giuridica limitata ai voti dati ed alle opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni¹²⁴, non risulta infatti soddisfatta da una previsione legislativa diretta ad associare alla dichiarazione camerale di insindacabilità automatica efficacia inibente dell'azione giurisdizionale, carente un sistematico accertamento di proporzionalità in concreto della restrizione apportata al diritto di agire e difendersi in giudizio.

Né lo svolgimento di un sindacato *ordinario* e necessario della Corte costituzionale sull'esistenza del nesso funzionale dichiarato dalla delibera parlamentare è compatibile con l'attuale configurazione del conflitto interorganico nel nostro ordinamento.

Resta a questo punto da chiarire se, non dichiarata espressamente una violazione strutturale e nel rispetto dei limiti coesenziali al bilanciamento tra «imperativi di salvaguardia dei diritti fondamentali ed esigenze di interesse generale della comunità» ove si riconosca l'incidenza del margine di apprezzamento dei singoli Stati, alla giurisprudenza europea in discorso debbano ascriversi effetti ulteriori rispetto a quelli relativi al caso deciso, a tutela dei quali debba ipotizzarsi l'introduzione di rimedi giurisdizionali, «anche di carattere straordinario», finalizzati a garantire l'osservanza delle norme CEDU in tema di garanzie processuali. Tale profilo appare significativo anche in ragione della vicinanza cronologica tra la sentenza da cui muovono queste riflessioni ed una pronuncia della Corte costituzionale (n. 113 del 4 aprile 2011) che avrebbe dovuto fornire parziale risposta all'esigenza di garantire piena *restitutio in integrum* al cittadino privato di fondamentali garanzie nel processo (e beneficiario in tal senso di una sentenza di condanna della Corte europea). Per quanto qui interessa, la declaratoria di incostituzionalità *in parte qua* dell'articolo 630 c.p.p. – («nella parte in cui non prevede» un diverso caso di revisione della sentenza e di riapertura del processo che consenta di rispondere alla violazione dell'art. 46, par.1 CEDU), – «giustificata soltanto dall'inesistenza di altra e più idonea *sedes* dell'intervento additivo», ha tuttavia comportato l'introduzione nel nostro ordinamento di una norma incompatibile con «le finalità interne dell'istituto (*i.e. la revi-*

¹²⁴ Cfr. F. SORRENTINO, *Immunità e giurisdizione*, cit., 67.

sione straordinaria) che dovrà concorrere a disciplinare» (in particolar modo la preordinazione del medesimo alla tutela del soggetto ingiustamente condannato), evidenziando l'insufficienza di un intervento del giudice costituzionale rispetto ad una decisione politica¹²⁵.

Né l'approvazione di una disciplina ad hoc, finalizzata a garantire la riapertura del processo in seguito ad una condanna dello Stato per violazione dell'articolo 6.1 CEDU appare auspicabile dal momento che in materia di insindacabilità, la stessa andrebbe ad incidere sull'inoppugnabilità delle sentenze della Corte costituzionale (art. 137 Cost.).

L'adozione di meccanismi attuativi dell'articolo 68, comma 1, Cost. diversi da quelli finora legittimati¹²⁶, pare allora imposta dalla "ragion

¹²⁵ Con questa sentenza, a ben vedere, non è più la norma CEDU, «ma la regola di giudizio da questa elaborata ad integrare il parametro costituzionale, una regola stabilita ... anche in esito ad un bilanciamento interno al sistema CEDU e ad una valutazione sull'esistenza o meno, in quella certa materia, di un margine di apprezzamento riservato agli Stati» (va ricordato altresì che soltanto nel 2008, con la sent. 129, lo stesso art. 630 c.p.p. era stato ritenuto non incostituzionale in relazione a parametri diversi dall'articolo 117), cfr. G. REPETTO, *La giusta distanza*, cit., 10 del dattiloscritto.

¹²⁶ Entrambi gli organi (parlamento e magistratura) dovrebbero dunque motivare, attraverso i propri atti, l'esistenza od inesistenza di un ragionevole nesso funzionale tra opinioni espresse e voti date da una parte, esercizio della funzione dall'altra. Solo in caso di divergenti valutazioni, uno dei due organi dovrebbe dunque poter sollecitare, attraverso il conflitto interorganico, una valutazione di ultima istanza della Corte sui confini della legittima applicazione dell'immunità, la valutazione di merito della Corte costituzionale presupponendo in ogni caso uno scrutinio di ammissibilità sulla concretezza dell'interesse a ricorrere in capo al soggetto attivo del conflitto (ai fini della valutazione di merito finalizzata a decidere il conflitto, gli atti del giudice o della Camera rispettivamente costituiranno pertanto mero elemento di valutazione, escluso – una volta negata – l'automatica efficacia inibente – che da una dichiarazione di insindacabilità possa *ex se* derivare una concreta lesione delle attribuzioni del potere giudiziario o che ad un qualunque atto giurisdizionale possa associarsi una lesione delle prerogative parlamentari). Così, da tempo, concordemente, A. PACE, *Giurisdizione e insindacabilità parlamentare*, in *Immunità e giurisdizione*, cit., 31 ss., ma ora più decisamente in ID., *La legge n.140*, cit., 32; S. BARTOLE, *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, ivi, 45 e F. SORRENTINO, *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, *ibidem*, 80. Sul punto, condivisibilmente, almeno per ciò che riguarda il richiamo all'esaustiva capacità qualificatoria del diritto parlamentare con riguardo alle opinioni espresse ed ai voti dati nell'esercizio delle funzioni, cfr. Corte costituzionale, sent. 379/1996. L'auspicio è dunque che il legislatore nazionale intervenga a modificare l'articolo 3, della legge 140 del 2003 prima che la Corte EDU, sollecitata dalla proposizione di ricorsi ulteriori, indichi essa stessa i rimedi specifici atti a rimuovere le cause della violazione (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. *Scordino c. Italia*, 29 marzo 2006, par. 235-237) o prima che indichi essa stessa (*Kudla c. Polonia*, 26 ottobre 2000), al legislatore nazionale la nuova strada della predisposizione di rimedi riparatori alla violazione accertata (parr. 157 ss.).

pratica” di contrastare le discutibili conseguenze che in futuro potrebbero derivare dall’esigenza di garantire l’esecutività della giurisprudenza europea in materia di insindacabilità parlamentare¹²⁷.

La priorità logica – a garanzia dell’effettività del diritto convenzionale – dei rimedi atti a rimuovere le cause della violazione accertata rispetto ai rimedi riparatori induce del resto a ritenere che sia l’ostacolo anzitutto culturale, impeditivo del superamento dell’assunto per il quale l’art. 68 Cost., in via generale ed automatica «sacrifica il diritto alla tutela giurisdizionale del cittadino che si ritenga leso nell’onore o in altri beni della vita da opinioni espresse da un senatore o deputato nell’esercizio delle sue funzioni» in nome della protezione della rappresentanza, a dover essere rivisitato, previo ripensamento delle modalità applicative dell’istituto dell’insindacabilità¹²⁸.

Queste, infatti, oltre a degenerare, *rebus sic stantibus*, in una «manifestazione di supremazia assoluta dell’istituzione parlamentare nell’ambito dell’organizzazione dei poteri dello Stato» – traducendosi in un «privilegio di sottrazione all’eguale vigenza della legge comune, riconosciuto a singoli individui ovvero a un ceto politico»¹²⁹ – consentono il perpetuarsi delle condizioni concrete in cui da anni matura il progressivo snaturamento della sede del conflitto tra poteri nella direzione di sede mediata di tutela di diritti fondamentali non altrimenti tutelati.

In questa prospettiva – oltre che in quella, più volte e da più parti, ricordata del significativo allontanamento dei cittadini dalle istituzioni rappresentative – appare dunque urgente una svolta nella disciplina at-

¹²⁷ Sul punto, appaiono condivisibili le affermazioni contenute nella recente sentenza n. 87 del 2012: – «Per certi versi, la condizione di iniziale e paritario concorso di due poteri dello Stato a conoscere del medesimo fatto ricorda l’attuale assetto dei rapporti tra Camere e potere giudiziario riguardo all’applicabilità della prerogativa dell’insindacabilità prevista, per i membri del Parlamento, dall’art. 68, primo comma, Cost. Anche in questo caso, oramai del tutto distante dalla regolazione costituzionale del procedimento per reato ministeriale, si è configurata un’attribuzione tanto dell’ordine giudiziario, nell’esercizio della giurisdizione (sentenze n. 120 del 2004 e n. 265 del 1997), quanto delle Camere, in relazione allo svolgimento della vita parlamentare in condizioni di assoluta libertà ed autonomia (sentenza n. 1150 del 1988), a pronunciarsi sulla sussistenza della prerogativa, per quanto, da ultimo, il legislatore ordinario abbia istituito un meccanismo procedimentale non irragionevole (sentenza n. 149 del 2007) di coordinamento tra le reciproche competenze, per mezzo della legge 20 giugno 2003, n. 140 (Disposizioni per l’attuazione dell’articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato)».

¹²⁸ Così Corte cost. sent. n. 129 del 1996.

¹²⁹ Così G. ZAGREBELSKY, *Le immunità*, cit., 19.

tuativa dell'insindacabilità, che, ormai sul versante dei rapporti con l'ordinamento CEDU, espone la Corte costituzionale, quale garante dei diritti fondamentali, ad un alto rischio di delegittimazione.

La concretezza di tale rischio, quand'anche apparentemente riguardante l'effettività di norme costituzionali di organizzazione, ma ormai collocabile sul crinale della tutela dei principi supremi del nostro ordinamento quale limite assoluto alla revisione costituzionale, è stata del resto già autorevolmente sostenuta¹³⁰ e, fra l'altro, con peculiare riguardo al rapporto tra norme di organizzazione e diritto alla tutela giurisdizionale¹³¹, particolarmente argomentata¹³².

Indirettamente riconducibile ad una fonte sub-costituzionale finora mai espressamente "condannata" dal giudice delle leggi (l.140 del 2003), l'attacco al processo costituzionale come strumento di tutela dei diritti fondamentali ricade dunque in modo troppo significativo sulle attribuzioni della Corte costituzionale e rischiando di consolidarsi quale modifica tacita della Costituzione, al limite della rottura con i principi supremi dell'ordinamento, non sembra poter essere ancora a lungo ignorato.

¹³⁰ Cfr. almeno C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova 1973, 3 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, V ed., II, Padova 1993, 323.

¹³¹ Cfr. Corte costituzionale sentenze nn. 98/1965; 232/1989; 349/2007.

¹³² M LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, Annali, III, Milano 2010, 590.

LEALE COLLABORAZIONE INTERSOGGETTIVA:
UNA REGINA SENZA TERRA?*

SOMMARIO: 1. Precisazioni sull'oggetto dell'analisi. – 2. I riferimenti costituzionali del principio di leale collaborazione intersoggettiva, con particolare riguardo al titolo V dopo la riforma. – 3. Gli argomenti ricavabili dai principi fondamentali a sostegno della rilevanza costituzionale della fattispecie. – 4. Principio di leale collaborazione intersoggettiva ed esercizio delle funzioni pubbliche.

1. *Precisazioni sull'oggetto dell'analisi*

Il concetto della leale collaborazione, sebbene venga sempre più spesso esteso alle interconnessioni tra organi dell'apparato statale¹, sulla falsariga della *Bundestreue* tedesca² trova la propria collocazione più asodata sulla direttrice che collega Stato centrale ed autonomie territoriali (ovvero le autonomie territoriali tra di loro), rappresentando uno degli elementi costitutivi del regionalismo cooperativo, nel quale le varie componenti della Repubblica sono chiamate ad operare congiuntamente, anche in vista di obiettivi di uguaglianza (sostanziale), a differenza di

* Il presente studio verrà pubblicato anche nella raccolta di scritti in onore di Aldo Loiodice.

¹ Sull'applicazione del canone della leale collaborazione nei rapporti interorganici sia consentito rinviare, anche per i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, a L. VESPIGNANI, *Leale collaborazione tra poteri dello stato: regola o principio?*, in *Liber amicorum per Massimo Bione*, a cura di L. Foffani, M.C. Fregni, R. Lambertini, Milano, 2011, 667 ss.

² La teoria della *Bundestreue* è stata elaborata da R. SMEND nel saggio *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*, ora contenuto in IDEM, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlino, 1968, 39 ss. Nella dottrina italiana, sul tema cfr. A. ANZON, *La Bundestreue e il sistema federale tedesco: un modello per la riforma del regionalismo in Italia?*, Milano, 1995 e R. BIFULCO, *La cooperazione nello Stato unitario composto*, Padova, 1995, spec. 59 ss.

quanto comporta il regionalismo duale, caratterizzato da una rigida separazione delle rispettive sfere di azione³. E più di recente esso è entrato a pieno titolo pure nella teoria dei sistemi multilivello elaborata con riferimento alla dimensione comunitaria⁴, che postula la nascita di una Costituzione a prescindere dall'esistenza di uno Stato nell'accezione classica di centro unitario di imputazione della sovranità, ritenendola il risultato dell'integrazione tra una pluralità di enti distinti realizzata attraverso una modalità relazionale di matrice non gerarchica ma paritaria⁵.

³ Il modello duale comporta la netta separazione delle sfere di competenza dello Stato e della Regione e una rigida garanzia nei confronti degli eventuali sconfinamenti (cfr. M. LUCIANI, *Un regionalismo senza modello*, in *Le Regioni*, 1994, 1317). Viceversa, il modello cooperativo favorisce gli strumenti di partecipazione degli enti decentrati alla determinazione dell'indirizzo politico degli Stati centrali, introduce una serie di strumenti e di procedure di raccordo e tende a sottrarre alla giurisdizione costituzionale le relazioni tra Stato ed enti decentrati (cfr. P. CARROZZA, *Principio di leale collaborazione e sistema delle garanzie procedurali (la via italiana al regionalismo cooperativo)*, in *Le Regioni*, 1989, 477 ss.). E benché il secondo sia ritenuto ormai prevalente, è "tornato inaspettatamente alla ribalta un bisogno di certezza, separazione e chiarezza che ha portato Stati come il Regno Unito, la Svizzera, la Germania, la Spagna a rilanciare un'idea duale di competenze introducendo nuove tecniche di scrittura delle stesse" (I. RUGGIU, *Il "ritorno" del principio di competenza*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2008, 103).

⁴ L'espressione "costituzionalismo multilivello" si deve a I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution making revisited*, in *Common Market Law Review*, 1999, 703 ss. Più precisamente, si ritiene che in un ordinamento del genere a contare non siano "tanto le modalità con cui si individuano le funzioni proprie di ciascun livello-ordinamento, quanto piuttosto le tecniche mediante le quali si assicura che i livelli di governo individuati siano posti in grado di relazionarsi in modo collaborativo, cooperativo, tra loro: il tema, insomma, dei 'raccordi' collaborativi tra ordinamenti" (P. CARROZZA, *Per un diritto costituzionale delle autonomie locali*, in *www.panoptica.org*, 95. Sul tema, nella dottrina italiana cfr., tra gli altri, A. D'ATENA, *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*, Torino, 2007 e P. BILANCIA, F. G. PIZZETTI, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004, nell'ambito del quale, sulla dimensione comunitaria della problematica, si veda spec. 91 ss.

⁵ In argomento, alcuni spunti critici sono contenuti in M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. Cost.*, 2006, 1660-1661, dove si rileva che "il principale tratto caratteristico di questa dottrina è la positiva valutazione della moltiplicazione delle istanze di protezione dei diritti: la disponibilità di una pluralità di sedi di riconoscimento e garanzia dei diritti consentirebbe l'assestamento della loro tutela al livello più alto. In realtà, così ragionando si confondono la quantità dei diritti e degli strumenti della loro tutela con la qualità della protezione della persona, offrendo una visione molto ottimistica del problema della pluralità dei livelli di sovranità e della parallela molteplicità dei piani e delle prospettive di tutela. Solo una ricostruzione parziale della nozione di diritto fondamentale, dell'origine e del contenuto delle situazioni soggettive e degli universi di valore che così qualifichiamo, può indurre a credere che: a) la stessa etichetta (poniamo: 'libertà di associazione') denoti la medesima cosa in tutti i contesti e in

In tale prospettiva, la figura in questione riveste un ruolo fondamentale nella giurisprudenza con la quale la Corte Costituzionale ha rimodulato l'impianto del titolo V della Costituzione dopo le riforme del 1999 e del 2001. Emblematica, al riguardo, è apparsa fin da subito la sentenza 1° ottobre 2003, n. 303⁶ dove, stante l'asimmetria tra il regime della legislazione (improntato dall'art. 117 Cost. ad una ripartizione per materia) e quello della esecuzione/amministrazione (affidato ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza dall'art. 118 Cost.), si fa leva sul principio di legalità per "escludere che le singole Regioni, con discipline differenziate, possano organizzare e regolare le funzioni amministrative attratte a livello nazionale", ma si ha cura di precisare come "l'esigenza di esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, possa aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un *iter* in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovvero sia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà"⁷.

A profilarsi è un fenomeno assai complesso, del quale non si potranno evidentemente indagare tutti gli aspetti. In particolare, si tralascerà il versante degli strumenti di raccordo⁸, rispetto ai quali si distinguono una cooperazione per atti (ad esempio, le intese) ed una per organi (alla quale

tutte le esperienze giuridiche; b) sia possibile stabilire qual è il livello di protezione 'più alto' dei diritti".

⁶ La letteratura sulla sentenza 303 del 2003 è molto vasta e ci si limita, pertanto, a citare alcuni dei principali commenti risalenti al momento della sua pubblicazione ed agli anni immediatamente successivi. In tal senso, si vedano: A. VIGNUDELLI, *L'“ingenua” Corte di Münchenhausen*, in *Quad. Cost.*, 2005, 864 ss.; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Le Regioni*, 2004, 578 ss.; A. ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, in *Giur. Cost.*, 2003, 2782 ss.; A. D'ATENA, *L'allocatione delle funzioni in una sentenza ortopedica della Corte Costituzionale*, *ivi*, 2776 ss.; A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e Supremacy Clause sono davvero perfettamente equivalenti?*, *ivi*, 2791 ss.; A. GENTILINI, *Dalla sussidiarietà amministrativa alla sussidiarietà legislativa a cavallo del principio di legalità*, *ivi*, 2805 ss.; A. RUGGERI, *Il parallelismo “redivivo” e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...)* in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronuncia. Nota a Corte cost. n. 303 del 2003, in *www.forumcostituzionale.it*, 2003; Q. CAMERLENGO, *Dall'amministrazione alla legge, seguendo il principio di sussidiarietà. Riflessioni in merito alla sentenza n. 303 del 2003 della Corte Costituzionale*, *ivi*; A. MORRONE, *La Corte Costituzionale riscrive il Titolo V?*, in *Quad. cost.*, 2003, 818-819.

⁷ Punto 2.2. delle considerazioni in diritto.

⁸ In argomento, *ex multis*, R. BIFULCO, *La cooperazione nello Stato unitario composto*, cit., 215 ss.

si riconduce la vicenda italiana delle conferenze avviata con la legge 23 agosto 1988, n. 400⁹), ciascuna delle quali presenta non marginali complessità. Basti pensare, nel primo caso, all'esigenza di evitare la paralisi decisionale nell'eventualità che non si riesca a raggiungere un accordo¹⁰ oppure, nel secondo, all'interrogativo sulle maggioranze richieste per le deliberazioni. Parimenti, sullo sfondo dello svolgimento rimarrà lo studio della giurisprudenza e della prassi, che del resto sono state analizzate a fondo altrove¹¹, e si concentrerà piuttosto l'attenzione sulla valenza strettamente costituzionale del tema, in modo da accertare quale riscon-

⁹ In particolare, il primo comma dell'art. 12 della legge 400 stabilisce che "è istituita, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, con compiti di informazione, consultazione e raccordo, in relazione agli indirizzi di politica generale suscettibili di incidere nelle materie di competenza regionale, esclusi gli indirizzi generali relativi alla politica estera, alla difesa e alla sicurezza nazionale, alla giustizia". Disciplina, questa, sulla quale è successivamente intervenuta la legge 15 marzo 1997, n. 59, il cui art. 8, comma 1, stabilisce che "gli atti di indirizzo e coordinamento delle funzioni amministrative regionali, gli atti di coordinamento tecnico, nonché le direttive relative all'esercizio delle funzioni delegate, sono adottati previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, o con la singola regione interessata", mentre l'art. 9 delega il Governo "ad emanare (...) un decreto legislativo volto a definire ed ampliare le attribuzioni della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, unificandola, per le materie e i compiti di interesse comune delle regioni, delle province e dei comuni, con la Conferenza Stato-Città e autonomie locali". Delega poi assolta col decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281.

¹⁰ "A questo proposito si possono immaginare tre ipotesi (...). La prima ipotesi è che l'intesa non sia prescritta da nessuna norma e tuttavia uno o tutti gli attori interessati alla materia tentino di raggiungerla, ma senza riuscirci. La seconda ipotesi si ha quando sia la legge a prescrivere che, prima che si provveda, venga raggiunta l'intesa, avendo cura di indicare quale sia il rimedio nel caso in cui l'intesa non venga raggiunta. La terza ipotesi è quella in cui la legge subordina in maniera assoluta l'adozione di provvedimenti al previo raggiungimento dell'intesa, senza la quale l'azione amministrativa non può esplicarsi" (G. BARONE, *Intesa e leale cooperazione tra Stato, Regioni e autonomie locali negli interventi sul territorio*, in *Quaderni regionali*, 2005, 345).

¹¹ Per quanto concerne l'esame della giurisprudenza, *ex multis*, cfr. C. BERTOLINO, *Il principio di leale collaborazione nel policentrismo del sistema costituzionale italiano*, Torino, 2007, 125 ss.; S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Milano, 2008, 192 ss.; A. GRATTERI, *La faticosa emersione del principio costituzionale di leale collaborazione*, in AA.VV., *La riforma del titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, a cura di E. Bettinelli, F. Rigano, Torino, 2004, 416 ss.; C. SALERNO, *Note sul principio di leale collaborazione prima e dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*. Per la prassi si rinvia invece a R. BIN, *La prassi della cooperazione nel sistema italiano di multilevel government*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2007, 689 ss.

tro trovi il dovere di collaborare lealmente nel testo costituzionale per verificarne l'applicabilità nelle diverse sfere di esplicazione dell'autorità pubblica, riservando qualche rapidissimo cenno in chiusura alle implicazioni teoriche dei diversi approcci, che – di fronte alla persistente mancanza di un inequivoco pronunciamento normativo – influiscono in misura consistente sull'opera degli interpreti.

2. *I riferimenti costituzionali del principio di leale collaborazione intersoggettiva, con particolare riguardo al titolo V dopo la riforma*

Com'è noto, il principio di leale collaborazione in origine non veniva menzionato dalla Costituzione ma era progressivamente divenuto uno dei canoni preposti all'asse Stato-Regioni dalla dottrina¹² e, soprattutto, dalla Corte Costituzionale, iniziando a comparire pure in ambito legislativo¹³. Infatti, dopo una fase in cui veniva affermato senza un supporto circostanziato, se ne rinvenne il fondamento in alcune disposizioni nelle quali ci si rivolge alla Repubblica vista quale insieme delle sue diverse componenti (nella specie, l'art. 9 Cost. sulla tutela del paesaggio e l'art.

¹² Uno dei primi studi è quello di S. BARTOLE, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 84 ss., il quale è poi tornato sul tema in numerose occasioni. Oltre ai saggi già citati ad altro titolo, si veda IDEM, *La Corte Costituzionale e la ricerca di un contemperamento fra supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 1988, 563 ss. Per una ricostruzione puntuale della dottrina pre-riforma si rinvia a A. COSTANZO, *Modelli, principi e loro genesi nelle argomentazioni interpretative. Il caso della collaborazione fra Stato e Regioni*, in *Giur. Cost.*, 1990, 2464 ss.

¹³ Si vedano, in proposito, l'art. 4, comma 3, lett. d) della legge 15 marzo 1997, n. 59 (“Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa”) e l'art. 4, commi 4 e 5 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (“Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali”). Nel primo, tra i principi che devono essere osservati nel conferimento da parte delle Regioni agli enti locali delle funzioni che non richiedono l'unitario esercizio a livello regionale, si menziona “il principio di cooperazione tra Stato, regioni ed enti locali”. Nel secondo, si prevede che “la legge regionale indica i principi della cooperazione dei comuni e delle province tra loro e con la regione, al fine di realizzare un efficiente sistema delle autonomie locali al servizio dello sviluppo economico, sociale e civile” (comma 4) e che “le regioni, nell'ambito della propria autonomia legislativa, prevedono strumenti e procedure di raccordo e concertazione, anche permanenti, che diano luogo a forme di cooperazione strutturali e funzionali, al fine di consentire la collaborazione e l'azione coordinata fra regioni ed enti locali nell'ambito delle rispettive competenze” (comma 5).

32 Cost. sulla tutela della salute), arrivando infine a far leva sul precetto del buon andamento sancito dall'art. 97 Cost., il compimento del quale richiederebbe l'azione congiunta dei vari livelli istituzionali, e successivamente sul binomio sancito dall'art. 5 Cost. tra mantenimento dell'unità e valorizzazione del disegno autonomistico¹⁴.

Di fatto, fu l'ultima spiegazione a consolidarsi e divenire dominante, fino all'incisiva sintesi della sentenza 18 luglio 1997, n. 242, quando si dichiara che la regola della leale collaborazione è "espressione del principio costituzionale fondamentale per cui la Repubblica, nella salvaguardia della sua unità, riconosce e promuove le autonomie locali, alle cui esigenze adegua i principi ed i metodi della sua legislazione (art. 5 Cost.)"¹⁵. Discorso, questo, che sottintende un'impronta essenzialmente unidirezionale del rapporto, dacché si permette allo Stato di ingerirsi nelle aree riservate alla altrui competenza (e non viceversa) sulla scorta della convinzione che si tratti di una delle modalità con le quali esso persegue in maniera attiva l'interesse nazionale¹⁶, riconoscendogli una posizione di –

¹⁴ Sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, oltre agli autori citati alla precedente nt. 10 cfr. anche D. GALLIANI, *Riflessioni sul principio e sugli strumenti della collaborazione (costituzionale) tra Stato e Regioni*, in *Quaderni regionali*, 2005, 94 ss.

¹⁵ Punto 4 delle motivazioni in diritto.

¹⁶ Com'è noto, negli artt. 117, comma 1 e 127, comma 4, del vecchio titolo V della Costituzione l'interesse nazionale era indicato quale limite (negativo) di merito della legislazione regionale, che il Governo poteva far valere di fronte al Parlamento, ma, nella prassi, si era trasformato, da un lato, in un limite di legittimità sanzionabile dalla Corte Costituzionale e, dall'altro lato, in un presupposto (positivo) per la competenza dell'apparato centrale. "Questa trasformazione era avvenuta innanzitutto in occasione del trasferimento con appositi atti legislativi statali delle funzioni e delle risorse per l'attuazione dell'ordinamento regionale, speciale e ordinario, quando si erano esclusi dal trasferimento i settori, gli aspetti, gli oggetti sui quali gravava l'interesse nazionale, e ciò non solo nei casi in cui il limite dell'interesse era espressamente previsto come limite materiale, ma in via generale, per tutti i trasferimenti, anche per le materie non delimitate dal criterio dell'interesse nelle norme costituzionali. Analoghi ritagli o riappropriazioni di settori o porzioni di materie regionali erano stati praticati poi nel corso del tempo anche da leggi dello Stato del più diverso contenuto" (A. ANZON, *I poteri delle regioni nella transizione dal modello originario al nuovo assetto costituzionale*, Torino, 2003, 97).

La riforma del 2001, tuttavia, ha eliminato tutti i riferimenti alla figura in questione ed in proposito si sono evidenziate in dottrina tre posizioni distinte. Per una prima tesi, l'interesse nazionale continuerebbe ad esistere come limite implicito nel principio di unità della Repubblica sancito dall'art. 5 Cost. anche in connessione coi poteri sostitutivi attribuiti allo Stato nei confronti delle autonomie territoriali dall'art. 117, comma 5 Cost. per quanto concerne l'attuazione e l'esecuzione da parte delle Regioni degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea e, soprattutto, dall'art. 120 Cost., dove l'intervento del Governo viene espressamente finalizzato alla tutela dell'unità giuridica o

più o meno marcata – supremazia (ancorché temperata dal coinvolgimento delle Regioni nell’esercizio delle relative funzioni).

Tanto premesso, dopo la riforma del titolo V approvata nel 2001 si potrebbe sostenere che l’esplicita menzione del principio nell’art. 120, comma 2, Cost. per quanto concerne l’esercizio del potere sostitutivo del Governo nei confronti degli organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni ne attesti l’avvenuta costituzionalizzazione con portata generale. Ma in senso opposto depone il tenore puntuale della disciplina in questione, dal quale si può invece inferire che esso sia stato attratto a livello superprimario esclusivamente *in parte qua*¹⁷ e perlopiù, quindi, si continua a parlare di un principio non scrit-

dell’unità economica (A. BARBERA, *Scompare l’interesse nazionale?*, in *www.forumcostituzionale.it*). Un secondo orientamento, all’opposto, pone l’accento sul fatto che “la costruzione giurisprudenziale e legislativa dell’interesse nazionale come presupposto di competenza per lo Stato era ben nota al legislatore costituzionale: se ha ritenuto di non fornirle un riconoscimento ed una strumentazione apposita (...), ma, al contrario, ha scelto di prevedere solo singole limitate ipotesi in cui questi interessi possono essere fatti valere, è lecito concludere (...) che lo stesso legislatore abbia inteso vietare la possibilità di interventi statali ‘innominati’ volti a perseguire le esigenze unitarie” (A. ANZON, *Un passo indietro verso il regionalismo duale*, in *www.forumcostituzionale.it.*, 3. Cfr., altresì, C. PINELLI, *I limiti alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l’ordinamento internazionale e con l’ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001, V, 199). Infine, una terza opinione si colloca in un punto intermedio rispetto alle precedenti e, pur prendendo atto dell’eliminazione di tutti i riferimenti all’interesse nazionale, ritiene che il legislatore costituzionale non abbia ignorato il problema ma abbia invece tradotto il variabile livello degli interessi nel principio di sussidiarietà, sottraendolo “ad una logica di tipo gerarchico: ‘sussidiarietà’ ed ‘adeguatezza’ esprimono una logica di tipo paritario che rafforza il secondo elemento del dittico ‘supremazia – collaborazione’” (R. BIN, *L’interesse nazionale dopo la riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 2001, 1219).

¹⁷ “Il riferimento dell’art. 120 è specifico e non estensibile, anche perché sembra ipotizzare un dovere di leale collaborazione a senso unico (un dovere delle autonomie di collaborare con lo Stato)” (F. MERLONI, *La leale collaborazione nella Repubblica delle autonomie*, in *Diritto pubblico*, 2002, 865). In senso analogo anche A. ANZON, *I poteri delle Regioni. Lo sviluppo attuale del secondo regionalismo*, Torino, 2008, 189. Per un atteggiamento più favorevole ad una lettura estensiva del riferimento contenuto nell’art. 120 Cost. si veda, invece, A. GRATTERI, *La faticosa emersione del principio costituzionale di leale collaborazione*, cit., 443, il quale afferma che “il modello cooperativo emerge da una serie di previsioni costituzionali (...) e fra queste spicca per importanza e per chiarezza l’art. 120, comma 2, che aggiunge, ai tanti presenti, il tassello del necessario rispetto del principio di leale collaborazione nell’esercizio dei poteri sostitutivi. E nella medesima prospettiva si colloca, a sua volta, G. BARONE, *op. cit.*, 336 osservando come “la stessa formulazione dell’art. 120, 2° comma, nel richiedere al legislatore di stabilire le procedure (per l’esercizio dei poteri sostitutivi) che rispettino il predetto principio, vi faccia riferimento sul presupposto che esso sia già vigente”.

to, ricavandolo con un procedimento induttivo¹⁸ a partire da una serie di disposizioni costituzionali.

Si mette allora l'accento sull'art. 116, comma 3, Cost., sull'art. 117, commi 5 e 8, Cost., sull'art. 118, comma 3, Cost. e sull'art. 123, comma 4, Cost.¹⁹, nonostante alcuni di tali riferimenti non risultino completamente univoci, essendo addirittura suscettibili di una lettura di segno divergente da quella sostenuta dall'opinione sopra richiamata. Il che si riscontra, in primo luogo, per l'ipotesi di forme di coordinamento tra Stato e Regioni delineata dal comma 3 dell'art. 118 Cost. al fine di riservarne la regolamentazione alla legge statale. A ridurne l'impatto conduce già il rilievo che l'integrale coincidenza del concetto di coordinamento con l'idea di collaborazione non è affatto pacifica, in quanto, secondo alcuni, l'uno implicherebbe una preminenza del coordinante incompatibile con la tendenziale uguaglianza tra i soggetti in campo associata all'altra²⁰. Ma,

¹⁸ “Secondo un modo di vedere risalente e ormai consolidato, i principi impliciti sarebbero costruiti dagli interpreti per via di ‘induzione’ (astrazione, generalizzazione, universalizzazione) a partire da norme particolari”. Così R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 294, il quale peraltro dichiara subito dopo la sua “impressione che, nella maggior parte dei casi, costruire un principio consista piuttosto nell'avanzare una congettura intorno alle ragioni (agli scopi, alle intenzioni, ai valori) del legislatore. È ciò che si fa ogniqualvolta si desume da una norma (o da un complesso di norme) la sua *ratio*”.

¹⁹ In questo senso, si rileva che “la riforma costituzionale del 2001, se per un verso presenta fattori di separazione (...) dissemina tuttavia il testo costituzionale di meccanismi cooperativi (si cfr. art. 116, co. 3; 117, co. 5 e 8; 118, co. 3; 120, co. 2; 123, co. 4, cost.” (R. BIFULCO, voce *Leale collaborazione (principio di)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, 3358). Più ampiamente nella stessa direzione P. BILANCIA, *Verso un federalismo cooperativo?*, in AA.VV., *Problemi del federalismo*, Milano, 2001, 67 ss. Cfr. inoltre P. VERONESI, *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, 2003, 1043 ed A. GRATTEI, *op. cit.*, 441.

²⁰ Per una sintesi delle differenti opinioni sulla distinzione tra coordinamento e collaborazione cfr. C. BERTOLINO, *Il principio di leale collaborazione nel policentrismo del sistema costituzionale italiano*, cit., 50 ss. Più nel dettaglio, all'opinione che riconosce nel coordinamento la sovraordinazione del coordinante e nella collaborazione la parità tra i soggetti coinvolti si contrappone quella per cui in nessun ordinamento composto “autorità centrali e autorità locali sono davvero pari ordinate dal momento che in tutti, come è noto, quella centrale occupa una posizione preminente. Inoltre, al di là della posizione dei soggetti della collaborazione, anche gli interessi interferenti non sono pari ordinati considerandosi dovunque preminente l'interesse correlato ad esigenze dell'intera collettività nazionale” (A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Torino, 2002, 145). Tutto ciò sulla base dell'idea che “l'introduzione di forme più o meno intense di concorrenza normativa (...) e di altre forme di supremazia dello Stato centrale sugli enti decentrati risponde alla stessa

soprattutto, va sottolineato che la fattispecie in parola appare derogatoria di quella delineata nel comma 1 del medesimo articolo, in forza del quale nell'attribuzione delle funzioni amministrative è sufficiente osservare i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, per cui andrebbe accuratamente valutata la possibilità di generalizzarla per ricavarne un vincolo da aggiungere a quelli ivi stabiliti.

Similmente, non conclusivi risultano il riconoscimento alle Regioni della facoltà di stringere intese tra di loro *ex art.* 117, comma 5, Cost. e l'introduzione del Consiglio delle autonomie locali, che deve essere previsto dallo statuto regionale ai sensi del comma 4 dell'art. 123 Cost. In entrambi i casi, invero, non si chiama in causa lo Stato, al quale, perciò, l'impianto normativo in oggetto non si applica automaticamente, potendosene anzi ricavare un argomento per sostenere, *a contrario*, l'inesistenza di un analogo impulso nelle relazioni tra centro e periferia²¹.

Restano l'art. 116, comma 3, Cost., in forza del quale i regimi differenziati accordabili alle Regioni ordinarie devono essere approvati con legge statale a seguito di intese tra lo Stato e la Regione interessata, e l'art. 117, comma 5, Cost., che sancisce la partecipazione delle Regioni alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari. Sono però elementi che da soli non bastano a sostenere in modo incontrovertibile

logica della introduzione di forme volontarie di collaborazione" (P. CARROZZA, *Principio di leale collaborazione e sistema delle garanzie procedurali (la via italiana al regionalismo cooperativo)*, cit., 477 ss.). Ed ancora, in una diversa prospettiva, incentrata sulla diversità dei risultati perseguiti tramite le due figure, si pone la dottrina secondo la quale "a) il coordinamento implica che i soggetti eseguano ciascuno un compito loro attribuito da norme giuridiche attraverso un'azione concordata o disegno di coordinamento; b) la collaborazione implica invece che un soggetto aiuti un altro nello svolgimento di un compito proprio di quest'ultimo e ad esso attribuito da norme giuridiche (cooperazione in senso ampio); bb) ovvero che più soggetti realizzino un compito dalla legge loro attribuito congiuntamente per casi ed ipotesi determinate e con la produzione quindi di un risultato comune (cooperazione in senso stretto)" (R. BIFULCO, *La cooperazione nello Stato unitario composto*, cit., 220). Per un censimento degli utilizzi del vocabolo coordinamento nella Costituzione cfr., infine, F. MERLONI, *op. cit.*, 845, il quale osserva che "c'è un coordinamento tipicamente gerarchico, quello attribuito alla competenza esclusiva dello Stato, in materia di funzioni informative e conoscitive ('coordinamento informativo, statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale', art. 117, co. 2, lett. r). C'è un coordinamento in materia di finanza pubblica e sistema tributario (art. 117, co. 3). C'è un coordinamento, in funzione di flessibilità (attenuazione del riparto di competenze, in alcune materie riservate alla competenza esclusiva dello Stato, nelle quali però l'interferenza con funzioni regionali è considerata particolarmente rilevante: immigrazione, ordine pubblico e tutela dei beni culturali (art. 118, co. 3))".

²¹ Cfr. A. ANZON, *Un passo indietro verso il regionalismo duale*, cit., 2.

un ragionamento di stampo sistematico, tenuto conto che essi non riguardano la prassi ordinaria, bensì un evento eccezionale (approvazione o modifica dello statuto), ovvero un processo con una forte proiezione esterna (fase ascendente del diritto comunitario)²². E per rinsaldarli in un quadro più convincente non basta il richiamo al comma 1 del nuovo art. 114 Cost., dove lo Stato viene equiparato ai Comuni, alle Province, alle Città metropolitane ed alle Regioni, perdipiù con l'utilizzo di una locuzione ("La Repubblica è costituita") che, preconizzando un andamento dal basso verso l'alto, sembrerebbe sottintendere la preesistenza delle entità costituenti al risultato della loro unione²³.

A ridimensionare una simile tesi, peraltro non priva di una sua plausibilità specialmente quando si metta a confronto la formulazione attuale con quella precedente ("La Repubblica si riparte in Regioni, Province e Comuni"), si evidenzia d'acchito che nel secondo comma del medesimo articolo unicamente gli enti sub statali sono definiti "autonomi", mentre lo Stato continua a rivestire, anche se non si voglia utilizzare la categoria tradizionale della sovranità, una posizione differenziata e, in qualche modo, preminente. Preminenza a conferma della quale vengono richiamati altri passaggi del titolo V riformato, a cominciare dalla competenza legislativa esclusiva sulla definizione dei livelli essenziali delle

²² Contro l'argomento sistematico anche S. MANGIAMELI, voce *Leale collaborazione* (*dir. cost.*), in *Enc. giur.*, 6, il quale sostiene che, "nonostante la presenza di alcuni spunti che si collegano al principio cooperativo, come le forme di intesa, coordinamento e partecipazione tra enti territoriali, in senso orizzontale (art. 117, comma 8, Cost.) e verticale (art. 117, comma 5 e 118, comma 3, Cost.), nel cui novero si fa rientrare anche la competenza concorrente di cui all'art. 117, comma 3, Cost., l'analisi complessiva delle disposizioni del nuovo titolo V porta a rifiutare l'idea che la revisione si sia basata su un modello precipuamente cooperativo, dovendo in particolare escludersi la possibilità di generalizzare il riferimento alla leale collaborazione contenuto nell'art. 120, comma 2, Cost. ad ambiti non espressamente contemplati dalla disposizione".

²³ Secondo M. OLIVETTI, *Lo Stato policentrico delle autonomie* (art. 114, 1° comma), in AA.VV., *La Repubblica delle autonomie*, a cura di T. Groppi, M. Olivetti, Torino, 2003, 42-43, il tratto di fondo dell'art. 114 della Costituzione è che "non si assiste alla contrapposizione tra due livelli di governo (quello statale e quello federale) fra i quali vengono ripartite le funzioni pubbliche (legislative, amministrative, giurisdizionali) e in cui il livello degli enti locali ha rilievo solo come articolazione interna dello Stato membro. L'art. 114, 1° comma, invece, pone sullo stesso piano l'ente territoriale sovrano e una pluralità di enti autonomi, elencandoli, inoltre, a partire da quello più vicino al cittadino, il comune. Sicché, mentre si riconosce pari dignità ai diversi enti territoriali autonomi (...), si riconosce il peso che, pur in uno Stato a regionalizzazione rafforzata, presenta la tradizione municipalista italiana".

prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, comma 2, Cost.) per arrivare al potere sostitutivo *ex art.* 120 Cost., di cui si è detto subito sopra, ed a quello, *ex art.* 126 Cost., di sciogliere i Consigli regionali oppure di rimuovere il Presidente della Giunta regionale per atti contrari alla Costituzione, gravi violazioni di legge e ragioni di sicurezza nazionale. Con la precisazione che gli enti minori (Comuni, Province e, qualora vengano create, Città metropolitane) si trovano in una condizione di ancor più marcata inferiorità, non disponendo né della potestà legislativa (per cui le loro funzioni, *ex art.* 117, comma 2, lett. p) e 118 Cost., dipenderanno dalle determinazioni dei legislatori centrale e regionale), né della possibilità di ricorrere alla Corte Costituzionale per la tutela delle proprie prerogative (riservata allo Stato ed alle Regioni, in sede di conflitto di attribuzioni e di giudizio sulla legittimità delle leggi)²⁴.

Più in generale, pure aderendo alla lettura dell'art. 114 Cost. in discussione non ne deriverebbe automaticamente l'obbligatorietà della leale collaborazione, essendo l'assegnazione del medesimo *status* ad ogni livello territoriale compatibile sia con una logica di tipo cooperativo, sia con un assetto duale, in cui anzi – almeno in una certa misura – si potrebbe piuttosto vedere un presupposto essenziale affinché abbia luogo un proficuo concorso dei differenti interlocutori nel perseguimento dell'interesse collettivo²⁵.

3. *Gli argomenti ricavabili dai principi fondamentali a sostegno della rilevanza costituzionale della fattispecie*

Nel loro complesso, dunque, i punti di appoggio ravvisati nel vigente titolo V per comporre la figura della leale collaborazione non paiono

²⁴ In tal senso A. ANZON, *op. ult. cit.*, 2-3 e G. BARONE, *op. cit.*, 340-341.

²⁵ Infatti, “separazione e collaborazione non costituiscono dei veri contrari o contraddittori in senso formale, ma solo dei principi opposti con una relazione per la quale il primo deve essere sempre presente e il secondo, eventuale, si può affermare solo per una restrizione della portata del primo e non per una sua negazione. In questi termini, trovano conferma le asserzioni (sostanzialmente condivise da tutti gli autori) per le quali la collaborazione fra i due enti deve avvenire solo sulla base di una previa definizione delle competenze e che solo su questa base si ha vera collaborazione. Mentre nessun autore che abbia tenuto in conto i dati giuridici si è spinto ad affermare che il c.d. principio di collaborazione arriverebbe a sostituire alla radice e *in toto* (secondo la formula) il principio di separazione” (A. COSTANZO, *Modelli, principi e loro genesi nelle argomentazioni interpretative. Il caso della collaborazione tra Stato e Regioni*, cit., 2502-2503).

in grado di chiudere definitivamente il dibattito sul rilievo costituzionale della stessa. Anche perché alle obiezioni sopra esposte in un'ottica sincronica se ne aggiunge una che assume, invece, un punto di vista diacronico, adducendo a favore della specialità (e della connessa inidoneità all'estensione semantica) degli elementi da cui viene ricavato il correlato principio la circostanza che esso non sia stato ufficialmente recepito, malgrado all'atto della revisione fosse, ormai da più di un decennio, asserito ed ampiamente applicato nella prassi pur in mancanza di una sua proclamazione formale²⁶.

Pertanto, anche dopo le modifiche apportate nel 2001 si continuano ad utilizzare i percorsi argomentativi emersi *ex ante*, dei quali si è effettuata una brevissima sintesi in apertura del paragrafo precedente. Principalmente, sia la Corte Costituzionale, sia la dottrina ripropongono lo schema concettuale sviluppato a partire dall'art. 5 Cost., in forza del quale la leale collaborazione realizzerebbe l'incontro dei distinti valori, ivi sanciti, dell'unità e dell'autonomia, consentendo di conseguire la prima senza pregiudicare la seconda. Solo che sarebbe cambiato il contesto nel quale tale temperamento deve avvenire poiché, mentre nel vecchio scenario – lo si è rimarcato *retro* – la predisposizione di meccanismi collaborativi era una sorta di indennizzo per l'invasione della competenza regionale da parte dello Stato, in quello corrente, specie alla luce del modo in cui è stato riformulato l'art. 114 Cost., l'istituto andrebbe impostato sull'uguaglianza dei cooperanti²⁷.

²⁶ “Rispetto al passato, in cui pur in mancanza di una base sicura ed esplicita, il principio di leale collaborazione è stato costruito dalla Corte Costituzionale come principio generale di governo dei rapporti tra Stato e Regioni nell'ipotesi di interferenza di competenze, ora la situazione sembrerebbe addirittura peggiorata: proprio il fatto che, in presenza di simile ormai consolidata ed univoca tradizione giurisprudenziale e legislativa, il legislatore costituzionale non l'abbia tradotta in una chiara proclamazione di carattere generale, ma l'abbia recepita solo in ipotesi particolari, induce a concludere che questo legislatore abbia inteso escludere l'esistenza di un criterio del genere, anche implicito” (A. ANZON, *Un passo indietro verso il regionalismo duale*, cit., 2).

²⁷ “Si ritiene che la maggiore garanzia delle rispettive competenze, che si traduce in maggiore responsabilità del titolare delle stesse, e una più generale considerazione dei rapporti Stato-regioni nel senso della tendenziale equiordinazione (art. 114 cost.) possano rafforzare, a somiglianza di quanto accade negli Stati federali, le tendenze cooperative del modello costituzionale e, con esse, il principio di leale collaborazione”. In altre parole, si ritiene che “la leale collaborazione configuri un corollario del pluralismo delineato all'art. 114. Non vi può essere ‘casa comune’ sotto il cui tetto raccogliere i diversi enti menzionati nell'art. 114 (e le loro competenze interferenti), se non in presenza di una reciproca e leale collaborazione” (P. VERONESI, *op. cit.*, 1043).

Sennonché, l'attitudine dell'art. 5 Cost. a supportare esiti interpretativi tanto netti viene in dubbio se si considera che le due istanze sono giustapposte senza indicare come si debba realizzarne il bilanciamento²⁸. Ed in effetti, salvo il limite di non sacrificare integralmente nessuna delle due, il dettato costituzionale risulta compatibile con una gamma diversificata di soluzioni e si accorda sia con una impronta di tipo cooperativo, sia con un approccio duale, che anzi era certamente il più radicato in Assemblea costituente²⁹.

²⁸ In altri termini, l'art. 5 Cost., “contrapponendo (o coordinando) garanzia dell'unità e indivisibilità della Repubblica e riconoscimento e promozione delle autonomie locali, lascia irrisolti i termini del disegno complessivo, cioè non predetermina, una volta per tutte e secondo un canone univoco, l'equilibrio da instaurare fra momenti di integrazione e autonomia” (S. BARTOLE, *Ripensando alla collaborazione tra Stato e Regioni alla luce della teoria dei principi del diritto*, in *Giur Cost.*, 1982, 2424). Parzialmente diversa è, al riguardo, l'opinione di L. PALADIN, *Valori nazionali e principio di unità della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di Manlio Mazzioti di Celso*, II, Padova, 1995, 380, il quale reputa che l'assunto appena riportato sia “convincente in quanto si tratti di utilizzare l'art. 5 per promuovere le autonomie locali o per far valere gli interessi nazionali senza alterare il disegno costituzionale del Titolo V. Qualora, invece, siano in questione modificazioni più profonde della Costituzione vigente, incidenti sul riparto fra il potere centrale e i poteri locali, l'espansione del principio di autonomia incontra un confine insuperabile nel principio di unità”, che sarebbe essenzialmente da riferire al legislatore costituzionale. In questi termini, si ritiene quindi che l'affermazione dell'art. 5 Cost. abbia essenzialmente un significato politico. “Non statuisce cioè che la Repubblica italiana deve essere considerata o ricostruita come una sotto il profilo giuridico-formale, ma, in maniera più concreta, che nella ripartizione politica dei poteri tra il centro e la periferia, nella distribuzione delle competenze tra lo stato, le regioni, le province e i comuni e quanti altri enti territoriali e istituzionali si creeranno in Italia, non deve andare perduta quella unità politica dell'Italia che è stata faticosamente raggiunta in un secolo di vita fortunosa; e che il pluralismo giuridico non deve trasformarsi in una separazione o contrapposizione politica” (C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 69).

²⁹ In dottrina è ampiamente condivisa l'idea che, “alla Costituente, dominante e determinante risultò la concezione liberal-garantista delle autonomie regionali: le Regioni come limite al potere (dello Stato), e pertanto garanzia di libertà contro ogni avventura autoritaria” (V. CRISAFULLI, *Vicende della “questione regionale”*, in *Le Regioni*, 1982, 497). Sul punto concorda, tra gli altri, anche M. LUCIANI, *Un regionalismo senza modello*, cit., 1317, il quale afferma che, nonostante i costituenti non fossero stati in grado di elaborare un regionalismo chiaro e compiuto, la cifra caratterizzante dell'originario modello costituzionale andava nel senso del regionalismo garantista, il quale “era del resto perfettamente coerente con quel tanto di intenzioni di fondo che un po' tutti i costituenti avevano in comune, quando, dopo l'esperienza autoritaria del fascismo, miravano anche sul piano del rapporto tra Stato ed autonomie territoriali ad arginare i possibili eccessi del potere”.

Sempre a proposito dei principi fondamentali della Costituzione, poi, va altresì menzionato l'orientamento che ricollega la leale collaborazione alla norma programmatica dell'art. 3, comma 2, Cost. sull'uguaglianza sostanziale ed al paradigma dello Stato sociale di cui essa viene ritenuta il principale aggancio costituzionale³⁰. L'idea è che, mentre nello Stato di diritto liberale, connotato dal non intervento nella sfera privata (consegnata alla spontanea iniziativa dei singoli nell'esercizio delle libertà individuali loro riconosciute), sarebbe possibile una netta separazione delle autonomie, lo Stato sociale, essendo impegnato a conseguire un tendenziale livellamento della condizione di cittadino sull'intero territorio nazionale non potrebbe prescindere dall'ingresso dell'apparato centrale nella vita dei consociati anche a livello locale³¹. Il che potrebbe av-

³⁰ Così, di recente, G. FERRAIUOLO, *Diritti e modelli di regionalismo*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, tomo II, Napoli, 2008, 976-977, quando afferma che "il principio cooperativo potrebbe radicarsi proprio nelle previsioni della Carta fondamentale che strutturano l'ordinamento su basi solidaristiche (art. 2 Cost.) e ne delineano la connotazione 'sociale' (su tutti l'art. 3, co. 2 Cost.)".

³¹ Cfr. P. CARROZZA, *Principio di leale collaborazione e sistema delle garanzie procedurali (la via italiana al regionalismo cooperativo)*, in *Le Regioni*, 1989, 476, secondo il quale il modello cooperativo è quella "forma di decentramento che si è sviluppata nel moderno Stato sociale, come evoluzione e, insieme, superamento del modello classico o duale delle relazioni Stato-enti decentrati. Là dove quest'ultimo modello, coevo alla affermazione del costituzionalismo liberale e postulante una concezione 'negativa' e riduttiva dei poteri statali, implica la rigida separazione delle rispettive sfere di azione, il modello cooperativo si afferma quando, nel contesto di una concezione 'interventista' dello Stato nell'economia e nei rapporti sociali, questo ruolo 'interventista' o 'dirigista' viene decisamente assunto dagli Stati centrali, e le esigenze di raccordo-coordinamento fra le sfere di azione finiscono per prevalere su quelle di separazione comunque proprie di ogni forma di decentramento politico su base territoriale". E su questo scenario il fenomeno può essere letto con precipuo riferimento alle evoluzioni del sistema economico ovvero con riguardo alla tipologia di situazioni soggettive da tutelare. Nella prima prospettiva (evoluzioni del sistema economico) si osserva "come la fase del decentramento duale corrisponda al periodo del capitalismo non regolato, ossia un sistema politico dominato dal relativo non-intervento dello Stato nei rapporti economici e sociali. Quando invece l'impatto delle concentrazioni industriali e delle organizzazioni sindacali richiede allo Stato di correggere la dinamica delle forze spontanee del mercato e poi di regolarla, anche la forma del decentramento duale entra in crisi e diviene potente l'esigenza di un decentramento cooperativo" (A. BALDASSARRE, *Rapporti tra Regioni e Governo: i dilemmi del regionalismo*, in *Le Regioni*, 1983, 44). Nella seconda prospettiva (tipologia di situazioni soggettive da tutelare), invece, sarebbero stati "i tragici eventi legati ai due conflitti mondiali, la crescente disuguaglianza sociale nonché una rinnovata attenzione per i diritti inviolabili dell'uomo (specie nella forma dei c.d. 'nuovi' diritti) tra le principali cause che hanno determinato la necessità di una crescente presenza dello Stato centrale a livello territoriale, chiamato non più ad astenersi – come accadeva in passato – quanto piuttosto ad

venire o rafforzandone le funzioni a discapito degli enti minori, ovvero per mezzo di un modulo nel quale sia chiamato ad interagire con gli stessi³².

Tuttavia, il concetto di Stato sociale – anche tralasciando il rilievo che sarebbe inutile per il suo eccessivo grado di ambiguità³³ – descrive il ruolo del soggetto pubblico in un determinato modello socio-economico senza dare indicazioni sulle modalità (operative e/o strutturali) attraverso le quali devono essere perseguiti gli obiettivi (di uguaglianza sostanziale) ad esso assegnati. Sicché, dall'eventuale accertamento di costanti nel suo modo di essere (per quanto qui interessa, in ordine al collegamento tra centro e periferia) non è possibile ricavare un vincolo normativo in senso proprio. E del resto, neppure le stesse forme di Stato di stampo più giuridico (ad esempio, quella dello Stato di diritto³⁴) sono unanimemente ritenute suscettibili di integrare (o addirittura correggere) le opzioni effettuate in una Costituzione formale per allinearla allo

intervenire per rimuovere le discriminazioni tra cittadini nel godimento di tutta una serie di libertà fondamentali” (S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, cit., 9).

³² “Negli USA il ‘federalismo duale’ si è prolungato dalla nascita della federazione fino a circa il primo decennio di questo secolo. A partire dalla presidenza di Theodore Roosevelt e soprattutto di Wilson si pongono le basi di un ‘nuovo federalismo’ che, dopo la potente spinta centralistica del *new deal* (1932-1946) e la conseguente reazione anticentralistica (1946-1961), si consolida a partire dagli anni ‘60 (presidenze Kennedy e Johnson) come una forma equilibrata di ‘federalismo cooperativo’. Nella Germania federale si è avuta una analoga evoluzione. Il modello duale è stato dominante per tutto il primo impero (1871-1919). Poi, dopo una lunga fase di transizione, caratterizzata dapprima dall’impotente tentativo di Weimar e, successivamente, dall’esperienza nazista, si è avuta una ‘restaurazione’ del federalismo anticentralistico, che si è avviato, negli anni ‘60, verso una solida esperienza di federalismo cooperativo” (A. BALDASSARRE, *op. et loc. cit.*).

³³ “È abbastanza pacificamente riconosciuto che il concetto di ‘stato sociale’ (in tal senso, Klein, Forsthoff, Amirante) è caratterizzato da intrinseca indeterminatezza, elusività, ambiguità. L’affermazione è accentuata – e non senza giustificazione – da chi (Forsthoff, Grewe) a proposito del termine ‘stato sociale’ parla di una ‘formula in bianco priva di contenuto’” (S. FOIS, *Dalla crisi dello “stato di diritto” alla crisi del cosiddetto “stato sociale”*, AA.VV., *La governabilità delle società industriali*, a cura di N. Matteucci, Bologna, 1984, 83. Sul punto anche M. S. GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, I, Milano, 1977, 141 ss.

³⁴ “È vero che, nel bagaglio di nozioni accumulate nei secoli sulla nostra area tematica, si ritrovano anche definizioni di ‘forme di Stato’ puramente, o prevalentemente, giuridiche: ad es, per ricordare la più famosa di tali formule, e cioè ‘Stato di diritto’, non c’è dubbio che, al di là delle oscillazioni e dei contrasti sulla ‘esatta’ definizione di tale formula, essa viene costruita intorno ad una caratteristica squisitamente giuridica qual è il rapporto tra esercizio del potere e disciplina giuridica di tale esercizio” (G. U. RESCIGNO, voce *Forme di Stato e forme di governo*, in *Enc. giur.*, 11).

schema ideale in esse incorporato, essendo astrazioni elaborate a partire da uno o più ordinamenti concreti, che perciò rappresentano un *posterius* e non un *prius* del dato positivo³⁵.

In breve, nessuna delle dimostrazioni sull'esistenza di un principio costituzionale di leale collaborazione si rivela conclusiva. Tant'è che, a prescindere da qualunque tentativo di rinvenirne una giustificazione testuale, si è parlato di un'esigenza di sistema, reputandolo un fattore essenziale per il funzionamento degli ordinamenti pluralistici contemporanei, nei quali occorre sincronizzare l'azione di molteplici attori istituzionali³⁶. Ma nemmeno in una proiezione del genere si perviene ad un esito non controvertibile, dal momento che si pone l'accento su di una circostanza fattuale, dalla quale non discendono tanto regole propriamente cogenti, quanto piuttosto accomodamenti (più o meno) spontanei ed in linea di massima estranei all'orizzonte tradizionale del giurista³⁷.

³⁵ C. MORTATI, voce *Diritto costituzionale (nozione e caratteri)*, in *Enc. dir.*, 955, esclude un utilizzo del genere delle forme di governo (ma il discorso potrebbe essere riferito anche alle forme di Stato) in quanto esse, "derivando da un procedimento astrattivo che isola nei fatti o atti considerati le parti ritenute essenziali da altre che tali non si ritengono, possono condurre a pregiudicare l'esatta comprensione degli istituti da interpretare, comprensione che si rende possibile solo a patto di tenere presenti e di ben valutare proprio gli elementi che la teoria generale aveva escluso dalla sua considerazione". *Contra*, invece, L. ELIA, voce *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, 634, il quale sostiene che "la costruzione per tipi non serve ad uno scopo meramente conoscitivo (sul piano della sociologia o della scienza politica), ma tende a 'riempire le formule adottate dai framers della Costituzione italiana o di altre costituzioni'".

³⁶ F. BENELLI, R. BIN, *Prevalenza e rimaterializzazione delle materie: scacco matto alle Regioni*, in *Le Regioni*, 2009, 1188. Cfr. pure P. VERONESI, *op. cit.*, 1044 e R. BIN, *Il principio di leale collaborazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, 6, quando, con riferimento però alla leale collaborazione interorganica, afferma che "non vi sono sistemi di governo che si basano sulla collaborazione tra gli organi costituzionali e sistemi che invece la ignorano. Solo i 'modellini' delle forme di governo (...), impegnati a disegnare gli ingranaggi, ignorano la collaborazione interorganica, il grasso che quegli ingranaggi fa scorrere".

³⁷ Anzi, l'eventualità di una regolamentazione viene talora vista con sfavore. Cfr. R. BIN, *La prassi della cooperazione nel sistema italiano di multilevel government*, cit., 701, dove si constata che "il sistema delle Conferenze ha sperimentato prassi che hanno risposto alla forte domanda di coordinamento politico tra diversi livelli di governo. Esse forse hanno bisogno di un consolidamento normativo, anche se però non è facile ancora individuare in quale direzione esso debba operare. Confesso che, soddisfatto del risultato di poter concludere che non è in una riforma costituzionale che si debba ricercare la risposta al problema, non sono però riuscito a trovare molto che debba essere oggetto di un intervento legislativo, di una norma giuridica".

4. Principio di leale collaborazione intersoggettiva ed esercizio delle funzioni pubbliche

Conclusa l'analisi sul fondamento costituzionale del principio di leale collaborazione, si possono ora svolgere alcune riflessioni circa i suoi effetti sulle funzioni pubbliche fondamentali, indirizzando lo sguardo su quella esecutivo/amministrativa e su quella legislativa, non essendo la giurisdizione, associata alle prime due nella teoria classica della separazione dei poteri, solitamente esaminata sotto il profilo *de quo*. Infatti, da un lato, essa appartiene in esclusiva allo Stato e si presta meno degli ambiti di cui sono contitolari Regioni ed enti locali ad originare interferenze e sovrapposizioni, dall'altro lato, essendo tenuta ad applicare la legge tendenzialmente senza disporre di alcun margine di discrezionalità (fatta salva quella "interpretativa", quando sussista), non dovrebbe lasciare aperti molti spazi per la ricerca di una mediazione collaborativa³⁸.

Posto ciò, la sede naturale della cooperazione è senza dubbio l'amministrazione, relativamente alla quale il coinvolgimento delle Regioni nell'azione esecutiva dello Stato ha storicamente costituito – lo si è ac-

³⁸ Comunque, sia pure in un numero limitato di casi, la Corte è stata chiamata a decidere su conflitti di attribuzione tra potere giurisdizionale e autonomie territoriali e sebbene al riguardo non sia stato per ora chiamato in causa il principio di leale collaborazione non si può escludere che ciò accada in futuro in analogia a quanto è avvenuto nei rapporti (interorganici) tra poteri dello Stato. Più specificamente, la relativa giurisprudenza si divide essenzialmente in due filoni. Il primo riguarda l'immunità riconosciuta ai consiglieri regionali per le opinioni espresse ed i voti dati nell'esercizio delle loro funzioni dall'art. 122, comma 4, Cost., relativamente al quale il giudice di costituzionalità ha costantemente ribadito che l'identità formale del suo enunciato con quello dell'art. 68, primo comma "non riflette una compiuta assimilazione tra le assemblee parlamentari ed i consigli regionali in quanto, diversamente dalle funzioni assegnate alle Camere, le attribuzioni dei Consigli si inquadrano nell'esplicazione di autonomie costituzionalmente garantite, ma non si esprimono a livello di sovranità" (*ex multis*, sentenza 10 luglio 2007, n. 301), sicché non si estende alle Regioni l'efficacia inibitoria delle delibere parlamentari di insindacabilità dei membri delle Camere. Il secondo filone attiene, invece, all'ipotesi che un esercizio non corretto della giurisdizione si risolva in una menomazione dei poteri delle autonomie territoriali e sul punto si è precisato che "contro gli errori *in iudicando* di diritto sostanziale o processuale valgono i rimedi consueti riconosciuti dagli ordinamenti processuali delle diverse giurisdizioni; non vale il conflitto di attribuzione. A ritenere diversamente, il giudizio presso la Corte costituzionale si trasformerebbe inammissibilmente in un nuovo grado di giurisdizione avente portata tendenzialmente generale". Viceversa, il rimedio è considerato esperibile "quando sia contestata radicalmente la conducibilità dell'atto che determina il conflitto alla funzione giurisdizionale ovvero sia messa in questione l'esistenza stessa del potere giurisdizionale nei confronti del soggetto ricorrente" (sentenza 11 febbraio 1999, n. 27).

cennato sopra – una sorta di risarcimento per l’erosione di competenze altrimenti loro spettanti. Più nel dettaglio, essa riguarda l’esercizio dei compiti attualmente attribuiti dal legislatore (statale o regionale³⁹) ex art. 118 Cost. secondo i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, i quali risultano certamente più compatibili con una logica di integrazione del vecchio principio del parallelismo (con l’elenco delle materie di competenza legislativa concorrente), ritenuto sintomatico di un approccio marcatamente duale atteso che procedeva direttamente al riparto, *a priori* ed in via definitiva⁴⁰. Dopodiché, in base al principio di legalità le relative regole di condotta sono stabilite dalla legge (astrattamente, statale o regionale, nella sostanza, quasi unicamente del primo

³⁹ Sulla divisione dei compiti tra il legislatore statale e quello regionale, L. TORCHIA, “Concorrenza” tra Stato e Regioni dopo la riforma del Titolo V: dalla collaborazione unilaterale alla collaborazione paritaria, in *Le Regioni*, 2002, 648-649, dove si osserva che se le competenze “sono abbastanza chiaramente discernibili nelle materie di potestà esclusiva statale e, con qualche problema in più, nelle materie di legislazione esclusiva regionale, il loro oggetto e la loro misura sono assai meno facilmente determinabili nelle materie di legislazione concorrente. Anche ad ammettere, infatti, che la determinazione dei principi fondamentali possa essere estesa sino alla indicazione di criteri e regole generali per l’allocazione delle funzioni amministrative o di regole per il loro esercizio, essa non può certo giungere alla diretta e unilaterale allocazione delle funzioni singolarmente e puntualmente prese”. In particolare, “la ‘concorrenza’ tra legge statale e legge regionale sembrerebbe incompleta e insufficiente in relazione ad una questione fondamentale, e cioè la determinazione delle funzioni amministrative dell’amministrazione statale, che non può essere rimessa unilateralmente né alla legge statale, né alla legge regionale, ma richiede una decisione congiunta e condivisa sia quanto alla titolarità sia quanto ai modi di esercizio delle funzioni”.

⁴⁰ Sul collegamento tra i principi di sussidiarietà e di leale collaborazione cfr. S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, cit., 583-584, il quale afferma che l’utilizzazione del secondo “in funzione della negoziabilità delle competenze regionali rappresenta (...) una novità nella giurisprudenza costituzionale. E negli stessi termini si esprime anche A. COSTANZO, *Il principio di proporzionata collaborazione tra Stato e Regioni*, in *Giur. Cost.*, 2008, 2801, quando rileva che, “sullo sfondo del principio della sussidiarietà, la regolazione dei rapporti fra i due enti tramite un principio di leale collaborazione può oltrepassare la definizione delle modalità di esercizio delle competenze e individuare la stessa titolarità delle funzioni”. Ciò, tuttavia, con la precisazione che “la relazione fra il principio di sussidiarietà e il principio di collaborazione non è di tipo logico linguistico, vale a dire che non si evince dal significato dei concetti con i quali essi sono enunciati. Neppure sotto il profilo pragmatico emergono argomenti stringenti per affermare che la (leale) collaborazione sia un necessario derivato del principio di sussidiarietà, nel senso che ove si debba applicare l’uno si debba applicare anche l’altro. In realtà, il collegamento fra i due principi è frutto di una specifica volontà legislativa (di livello costituzionale) esplicitata dal suo interprete privilegiato (la Corte Costituzionale) e avallata dalla dottrina” (nt. 4).

tipo), sulla quale si prefigura un controllo della Corte Costituzionale⁴¹ sia sulla congruità dei meccanismi di raccordo attraverso un giudizio di legittimità condotto utilizzando i canoni della proporzionalità e della ragionevolezza⁴², sia sull'esperienza che se ne faccia attraverso lo strumento del conflitto di attribuzioni.

Per contro, la dottrina prevalente ritiene il principio di leale collaborazione inapplicabile all'attività legislativa sul presupposto che, come per quella amministrativa, a sancirlo dovrebbe essere la legge ordinaria, mentre invece il procedimento legislativo potrebbe essere limitato soltanto da una fonte superprimaria⁴³. Ma se si ammette la rilevanza costituzionale della fattispecie, l'obiezione perde mordente, ben potendo un precetto inespresso affiancare quelli espressi in ordine alla produzione delle leggi⁴⁴, a meno di non credere che si sia davanti ad una norma destinata

⁴¹ Osserva A. ANZON, *I poteri delle regioni nella transizione dal modello originario al nuovo assetto costituzionale*, cit., 138 che "conseguenza puntuale della affermazione del valore costituzionale del principio cooperativo era la sua giustiziabilità davanti alla Corte".

⁴² Sull'utilizzo dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza nei giudizi di legittimità incentrati sul principio di leale collaborazione cfr S. BARTOLE, *Principio di collaborazione e proporzionalità degli interventi statali in ambiti regionali*, in *Giur. Cost.*, 2003, 261, il quale sottolinea che "mentre fin dall'inizio il principio di leale collaborazione ha assunto nella giurisprudenza costituzionale il rilievo di un principio costituzionale ricavabile per implicito dal complesso delle disposizioni in materia di ordinamento regionale, il criterio di proporzionalità si presenta, piuttosto, come una componente tecnica o strumentale dei processi argomentativi esplicitati nelle motivazioni delle sentenze della Corte costituzionale".

⁴³ In tal senso, P. CARETTI, *Gli "accordi" tra Stato, Regioni ed autonomie locali: una doccia fredda sul mito del "sistema delle conferenze"?*, in *Le Regioni*, 2002, 1172, il quale evidenzia come nella sentenza 28 dicembre 2001, n. 437 "la Corte si rivolga al legislatore e alle autonomie locali a sottolineare l'impossibilità di andare oltre a quanto disposto dalla legislazione ordinaria se non con un'apposita riforma della Costituzione, l'unico strumento in grado di articolare il principio di leale collaborazione sul piano legislativo in modo da farne un parametro di controllo della legittimità delle leggi nazionali". Più in particolare, secondo F. BENELLI, C. MAINARDIS, *La cooperazione Stato-Regioni e il seguito giurisprudenziale (con particolare riferimento alla c.d. negoziazione delle competenze)*, in *Le Regioni*, 2007, 968, "deve respingersi l'idea che dalla costituzionalizzazione del principio di leale collaborazione possano trovare ingresso modifiche implicite al procedimento legislativo che è (e resta) tipizzato (...). In un ordinamento caratterizzato dalla centralità della Costituzione rigida le modifiche implicite dello stesso testo costituzionale devono essere oggetto di una verifica molto scrupolosa in ragione del loro scollamento rispetto al formalismo di cui è ammantato il procedimento di revisione costituzionale dell'art. 138 Cost."

⁴⁴ Ed in effetti, nella recente sentenza 2 febbraio 2011, n. 33 la Corte sembrerebbe aver compiuto un passo avanti rispetto alla sentenza n. 437 del 2011 citata alla nota pre-

a rimanere inefficace in mancanza di una *interpositio legislatoris* finalizzata ad attuarla ed insuscettibile di essere assunta, di per sé, a parametro del sindacato del giudice di costituzionalità.

Pure alla luce del suo ampio spettro di incidenza potenziale va peraltro evidenziato che il contenuto precettivo della leale collaborazione è largamente indeterminato⁴⁵, cosicché, nell'applicarlo, alla Corte Costituzionale parrebbero imporsi ragionamenti caratterizzati da un'ampia libertà di apprezzamento, spesso accompagnata da un'inclinazione politica non completamente in linea con l'attitudine giurisdizionale del giudice delle leggi⁴⁶. E nonostante tale rischio sussista per qualsiasi clausola

cedente nella misura in cui ritiene che la mancata acquisizione del parere della conferenza unificata in sede di adozione del decreto legislativo 15 febbraio 2010, n. 31 (Disciplina della localizzazione, della realizzazione e dell'esercizio nel territorio nazionale di impianti di produzione di energia elettrica nucleare, di impianti di fabbricazione del combustibile nucleare, dei sistemi di stoccaggio del combustibile irraggiato e dei rifiuti radioattivi, nonché misure compensative e campagne informative al pubblico, a norma dell'articolo 25 della legge 23 luglio 2009, n. 99) dovrebbe essere valutata non solo con riferimento alla violazione dell'art. 76 Cost. in quanto prevista nella legge di delega, ma anche del principio di leale collaborazione di cui viene ritenuta espressione (punto 5.5 delle considerazioni in diritto). Al riguardo, si veda A. DAINESI, *La Corte alle prese con una nuova declinazione del principio di leale collaborazione: la collaborazione "irrituale"* (note a prima lettura a margine di Corte Cost., sent. n.33/2011), in *Giur. it.*, 2011, 1509 ss.

⁴⁵ Della stessa possibilità di riconoscere carattere precettivo al principio in questione dubita R. BIN, *La prassi della cooperazione nel sistema italiano di multilevel government*, cit., 703-704, sulla base della notazione che "si possono regolare o vietare separazioni o divorzi, ma non si può per legge imporre ai coniugi di amarsi: allo stesso modo si possono disciplinare termini e procedure, ma che la cooperazione interistituzionale sia leale e funzioni bene è un risultato tanto auspicabile quanto impossibile da prescrivere utilmente".

⁴⁶ Così, già nel periodo preriforma, F. RIMOLI, *Il principio di cooperazione tra Stato e Regioni nella giurisprudenza della Corte Costituzionale: riflessioni su una prospettiva*, in *Diritto e società*, 1988, 387, il quale rilevava come la Corte tendesse ad occupare, "per necessità o per scelta, lo spazio lasciato di fatto libero dal Parlamento in sede di controllo di merito sull'autonomia regionale" facendo presente come "una eccessiva dilatazione dei profili interpretativi insiti nei poteri riconosciuti alla Corte, seppure dettata talora da esigenze imprescindibili e da contingenti esigenze dell'ordinamento, non potesse rappresentare una soluzione effettiva e soddisfacente, soprattutto nel lungo periodo, per i molti nodi politici emergenti nei vari settori e qui, segnatamente, in quello dei rapporti tra lo Stato e le autonomie". Sul punto, si veda altresì P. CARROZZA, *Principio di leale collaborazione e sistema delle garanzie procedurali (la via italiana al regionalismo cooperativo)*, cit., 485, il quale sostiene che l'utilizzo del parametro della leale collaborazione comporta il passaggio "da un sistema basato sulla logica garantistica della azionabilità in sede di giurisdizione costituzionale delle norme sostanziali volte a definire l'ambito materiale delle sfere di competenza (...) ad un sistema in cui oggetto di protezione sono non più o non tanto le norme sulla definizione delle competenze o i rapporti di concorrenza nor-

generale⁴⁷, c'è da chiedersi se sia corretto aggiungerne in via interpretativa altre a quelle già inserite in Costituzione, non essendo risolutivo per correggere l'anomalia in parola l'ausilio dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità, i quali, per certi versi, pongono lo stesso tipo di problemi⁴⁸.

Vale a dire che il baricentro dell'ordinamento si allontana dagli organi democraticamente legittimati, i quali – giacché le scelte non hanno più un'imputazione univoca, ma devono essere oggetto di negoziato – si affrancano inoltre dai meccanismi della responsabilità politica, e cioè dal principale canale di connessione tra governati e governanti nelle moderne democrazie⁴⁹. Tutto ciò con l'ulteriore constatazione che, nel contem-

mativa, ma quelle stesse garanzie procedurali che (...) sembrano costituire l'ineliminabile essenza del modello cooperativo di decentramento. In altre parole, la giurisdizione costituzionale diventa l'arbitro dell'equilibrio tra strumenti di supremazia e strumenti di collaborazione, tra spinta alla centralizzazione insita nelle varie forme di cooperazione e spinta riequilibratrice alla partecipazione degli enti decentrati alla formazione degli indirizzi dello Stato centrale”.

⁴⁷ Sul concetto di ‘clausole generali’ e con specifico riferimento alla possibile dimensione costituzionale di esse si veda, da ultimo, F. PEDRINI, *Clausole generali e Costituzione: osservazioni introduttive*, in *Quad. Cost.*, 2012, 285 ss.

⁴⁸ Rileva A. ANZON, *I poteri delle regioni nella transizione dal modello originario al nuovo assetto costituzionale*, cit., 144, che “l'enunciazione del criterio di proporzionalità quale metro di valutazione dei meccanismi collaborativi era in astratto indubbiamente inappuntabile e coerente; quando si passava all'applicazione pratica però esso poneva, nei singoli casi, problemi tutt'altro che semplici e permetteva di pervenire a soluzioni largamente opinabili, come sempre, del resto, quando si faccia affidamento sul solo controllo di ragionevolezza ancorato per di più a parametri così sfuggenti e non assistito dall'elaborazione di criteri di giudizio sufficientemente meditati o esplicitati”. Nel medesimo senso anche S. BARTOLE, *Principio di collaborazione e proporzionalità degli interventi statali in ambiti regionali*, cit., 262, il quale pone l'accento sul rischio che il ragionamento della Corte finisca per diventare autoreferenziale “nella misura in cui giustifica la compressione delle attribuzioni della Regione non con elementi desunti *aliunde* per misurarne la congruità e proporzione, ma con quel principio di collaborazione di cui, a sua volta, spetta alla Corte di valutare l'adeguata utilizzazione nel caso di specie”.

⁴⁹ “Il costituzionalismo multilivello finisce per accantonare il problema della legittimazione democratica, non avvertendo – fra l'altro – che la diluizione dei centri e delle procedure di decisione impedisce una precisa imputazione di responsabilità e l'esercizio dei poteri (sanzionatori e di controllo) dei governati. Esso, per un verso, opera una ridislocazione dei poteri decisionali in favore di istanze politicamente irresponsabili (le autorità tecniche: le Corti); per l'altro, consente un infinito rinvio delle responsabilità politiche: se tutti i livelli sono parimenti responsabili, allora nessuno è, di per sé, responsabile” (M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., 1667). Sul tema della responsabilità politica, G. U. RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Milano, 1967, *passim* e sul collegamento con la forma di Stato democratica spec. 71, dove si pone

po, la giurisdizione di costituzionalità rinuncia ad assolvere i propri compiti canonici, come accade quando il rinvio alla leale collaborazione serve per risolvere le controversie sul concorso di competenze legislative non attraverso la definizione del significato delle materie dell'art. 117, commi secondo e terzo, Cost., bensì prevedendo una sorta di compensazione a vantaggio del soggetto penalizzato (normalmente, le Regioni)⁵⁰. Con in più la controindicazione di complicare il funzionamento della macchina burocratica nella misura in cui le procedure di concertazione ne compromettono l'efficienza e l'economicità⁵¹.

Nondimeno, le obiezioni ora avanzate sottintendono un approccio formale/strutturale che assume la netta indipendenza della scienza giuridica da altre discipline ad essa contigue (*in primis*, la sociologia), lasciando fuori dal proprio angolo visuale tutto quanto non attenga alla dimensione strettamente normativa e potrebbero essere giudicate non pertinenti laddove ci si ponesse in una traiettoria metodologico-culturale diversa. Tanto più che massimamente nella ricostruzione dei principi impliciti l'assenza di riscontri letterali sembrerebbe fatalmente amplificare la rilevanza delle convinzioni personali dell'interprete⁵².

in luce che "l'idea generica di responsabilità dei governanti verso altri uomini deriva ed è inscindibile dalla convinzione secondo cui il potere politico deriva da quegli stessi uomini (per usare un modo di esprimersi volutamente ampio e generico). Nella società moderna peraltro questa idea generica di derivazione del potere politico da altri si traduce in una ideologia ben più precisa, nell'ideologia democratica, la quale afferma che i detentori del potere politico derivano la loro investitura da tutto il popolo e quindi rispondono a tutto il popolo".

⁵⁰ Più nel dettaglio, "si assiste sostanzialmente alla *rinuncia*, da parte del giudice costituzionale, a risolvere i fenomeni esaminati in relazione alla definizione del campo materiale. (...) Il giudice costituzionale non sembra considerare il problema della connessione come una questione ermeneutica e sistematica, da risolvere in base al diritto costituzionale positivo (...); piuttosto, sembra compiere a monte una scelta di segno opposto" (S. MANGIAMELI, *op. cit.*, 7-8). In altre parole, "il giudice costituzionale ha eluso pragmaticamente il problema del riconoscimento costituzionale, nel nuovo regime, del principio di leale collaborazione, limitandosi a darne per scontata l'esistenza e la perdurante garanzia in Costituzione, ed ha spesso affidato a tale strumento il compito di definire in concreto la linea di distinzione tra competenze costituzionali statali e regionali, compito che, in definitiva e in condizioni fisiologiche del sistema, spetterebbe ad esso stesso di assolvere una volta che ne è investito, e che non potrebbe essere rimesso *in toto* alla contrattazione tra le parti e alle virtù magiche delle procedure collaborative" (A. ANZON, *I poteri delle Regioni. Lo sviluppo attuale del secondo regionalismo*, cit, 190).

⁵¹ Un accenno in proposito in S. MANGIAMELI, *op. cit.*, 8.

⁵² In argomento S. BARTOLE, voce *Principi del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, 525, secondo il quale "anche a voler privilegiare il metodo della progressiva astrazione genera-

In proposito, si è già accennato al nesso tra leale collaborazione e costituzionalismo multilivello, al quale si riconnette una speciale attenzione ai risvolti sociologici del pluralismo autonomistico. Attenzione rinvenibile, ad esempio, nell'argomento della necessità sistemica della leale collaborazione, che costituisce il punto di arrivo del percorso volto a dimostrare il carattere costituzionale del corrispondente obbligo, rivelandone insieme la matrice essenzialmente funzionalistica⁵³ – giacché solo se il diritto viene investito di una funzione le sue modalità espressive possono divenire necessitate – e conducendo ad investire l'autorità giudiziaria della prerogativa di ricercare la soluzione più adeguata ad ogni caso concreto a scapito della priorità della legge (e delle assemblee legislative) tipica del positivismo legalista⁵⁴.

Ovviamente, l'economia del presente lavoro non consente di sviluppare questo ulteriore tratto dell'indagine. Ci si limita, quindi, a segnalare che la visione da ultimo prospettata, pur riscuotendo il consenso di ampie aree della letteratura specialistica nell'attuale fase storica, non è affatto pacifica ed anzi è stata anche di recente sottoposta a penetranti critiche⁵⁵. Di conseguenza, il dibattito rimane perlomeno aperto, collocan-

lizzatrice si finisce per dover concludere che alle varie tappe del procedimento di individuazione dei principi corrispondono scelte che sono il frutto di una larga discrezionalità. Come la base di partenza può essere contenuta e ristretta, purché l'interprete sia in grado di assegnare ad essa, argomentatamente, una rilevanza generale, tale da situarla al centro dei fatti intraordinamentali e, quindi, da sottrarla alla periferia del quadro di riferimento dallo stesso interprete accettato, così il peso delle menzionate opzioni assiologiche ed intellettuali si fa anche sentire nella fase di determinazione del contenuto del principio, cioè della definizione del concreto significato da assegnare ad esso”.

⁵³ In particolare, la funzione attribuita al diritto sembrerebbe essere quella integrativa delle differenti componenti del pluralismo autonomistico.

⁵⁴ In questa prospettiva, “le questioni di metodo sono questioni di potere e le questioni di metodo sono questioni costituzionali. La discussione sui metodi scoppiata ora con grande ritardo è cioè una nascosta *lotta di potere*. È in gioco la ripartizione del potere tra il legislativo e il giudiziario. Questa è la questione centrale del vincolo della legge” (B. RÜTHERS, *Vincolo della legge o libera scelta del metodo? Ipotesi per una discussione*, in *Criminalia*, 2007, 124). Sul tema del positivismo giuridico la letteratura è sterminata e ci si limita quindi a segnalare, anche per le indicazioni bibliografiche ivi rinvenibili, la polemica tra Riccardo Guastini ed Antonio Baldassarre sviluppata attraverso i saggi A. BALDASSARRE, *Miseria del positivismo giuridico*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, I, Torino, 2005, 201 ss.; R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in *Giur. Cost.*, 2007, 1373 ss.; A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini*, in *Giur. Cost.*, 2007, 3251 ss. (gli ultimi due dei quali consultabili pure sul sito www.associazionedeicostituzionalisti.it).

⁵⁵ La problematica è ampiamente analizzata in A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, Torino, 2011, spec., per quanto concerne la critica delle posizioni funzionali-

dosi in un orizzonte teorico per la verità non sempre chiaramente percepito sebbene molto probabilmente condizioni la stessa possibilità di un confronto produttivo tra le differenti impostazioni.

ste di tipo integrazionista, 916 ss. In tale sede – all’interno di un ragionamento molto articolato che qui non si può evidentemente riprodurre –, si rileva, in primo luogo, che “il concetto di funzione quale paradigma ottimale di spiegazione dei fenomeni giuridici parrebbe prestarsi a non inconsistenti rilievi critico-problematici *anche se utilizzato in ambito (giuridico-)sociologico* (ossia nel suo *habitat* originario)”. “Il pericolo parrebbe costituito da un lato dal fatto che non venga chiarito a sufficienza *in che cosa esattamente consistano* le funzioni che si predicherebbero proprie dei vari sistemi (o meccanismi) sociali, dall’altro lato dal fatto che non si specifichi in modo esaustivo *a quali condizioni operino* le funzioni precedentemente assunte a ipotesi di auto-regolazione del sistema”. Ed ancora, si mette in dubbio “la stessa possibilità d’individuare utilmente un’*unica* funzione del diritto (*assorbente* di o *prevalente* su tutte le altre)” come invece sembrerebbero presupporre i sostenitori della funzione integratrice, negando altresì che esistano solo funzioni positive. Ma se tutto ciò già di per sé sconsiglierebbe l’esportazione di categorie sociologiche nel territorio della scienza giuridica, l’obiezione di fondo che viene sviluppata al riguardo si colloca nell’ottica della distinzione tra sociologia e scienza del diritto. Infatti, posto che il sociologo ed il giurista hanno in comune il problema del rapporto tra regola e comportamento, “il sociologo usa le regole di comportamento che trova sulla propria strada [ossia le regole (giuridiche) ‘sociologicamente intese’] per spiegare perché certi individui si comportano in un certo modo, adopera cioè le regole come una delle variabili del procedimento esplicativo ed eventualmente predittivo cui mira; il giurista usa le stesse regole [*rectius*, le *proprie* regole giuridiche, ossia quelle desunte da un’analisi formale dell’ordinamento] per qualificare i comportamenti come leciti o illeciti, cioè per stabilire perché ci si *debba comportare* in un modo piuttosto che in un altro” (così citando N. BOBBIO, *Diritto e scienze sociali*, in ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, 57 s.).

Pietro Giuseppe Grasso

SULLE CONTROVERSIE ISTITUZIONALI

SOMMARIO: 1. Una figura giuridica desunta dall'esperienza della monarchia costituzionale nell'ordinamento tedesco. – 2. Le successive controversie tra poteri costituzionali negli ordinamenti liberaldemocratici. – 3. Controversie istituzionali tra poteri dello Stato ed elementi della “società politica”. – 4. Esperienze italiane: il periodo della monarchia parlamentare. – 5. L'assetto della “diarchia” nella forma di Stato autoritario fascista. – 6. La mancata attuazione della Costituzione nei primi anni di Repubblica. – 7. Osservazioni finali.

1. *Una figura giuridica desunta dall'esperienza della monarchia costituzionale nell'ordinamento tedesco*

Nell'esperienza del diritto pubblico germanico, durante il secolo diciannovesimo, i teorici avevano definito la figura delle “controversie costituzionali” in un senso proprio. Si tratta di una nozione desunta dalle riflessioni sulla struttura della monarchia costituzionale, rimasta a lungo in vigore negli ordinamenti tedeschi. È da ritenere che, in quella forma di governo appartenente al passato, fossero state avvertite questioni che, pure con aspetti mutati, si possono riscontrare anche nelle evoluzioni di altri regimi costituzionali.

Come primo avviamento, sia consentito richiamare la chiara esposizione in materia proposta da Carl Schmitt, nella sua “Dottrina della costituzione”¹. Nella forma di governo *de qua* l'autore aveva riconosciuto

* Scritto destinato alla raccolta di studi in onore del professore Claudio Rossano.

¹ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin s.d. ma 1957, 27, 112 ss., 136 ss. L'espressione *Verfassungstreitigkeiten*, ivi usata, è tradotta come “controversie costituzionali” nella versione italiana a cura di A. CARACCILO, *Dottrina della costituzione*, Milano 1984, 47, 157 ss., 185 ss. L'insegnamento di detta opera è tenuto presente per la trattazione di questo paragrafo.

uno stadio intermedio tra l'antecedente principio monarchico e il principio democratico, allora in fase di crescita. Corrispondente si aveva un assetto duplice dei poteri supremi: governo e parlamento, principe, ovvero esecutivo regio, e rappresentanza della nazione; due complessi istituzionali, portatori ciascuno di un proprio principio di legittimità, di per sé assoluto ed esclusivo. Sebbene in termini impropri, la costituzione scritta poteva anche venire riguardata come un contratto voluto a regolare i rapporti fra i due supremi poteri costituzionali. Ne seguiva che l'interpretazione e l'applicazione dei testi erano intese come lasciate in tutto al buon volere di soggetti *superiorem non recognoscentes*. Risultava affatto preclusa ogni possibilità di risoluzione di contrasti e dubbi mediante sentenza di un terzo imparziale, in conformità di norme sopraordinate². Erano pensabili, al più, composizioni concordate o di compromesso. Nei momenti più acuti delle contrapposizioni, tra poteri, la carta veniva evocata per altri scopi: ciascuna delle parti contendenti cercava di trarre dalla lettera dei testi qualche argomento a sostegno delle proprie pretese contro l'avversario. È da rilevare che tendenze siffatte si presentano ancora in casi di controversie successive: storicamente è pur avvenuto che la lettera delle disposizioni più elevate si sia talvolta dimostrata motivo di discordia, non di unità.

Da quanto accennato risulta che le controversie si qualificavano in ragione sia dell'oggetto, la costituzione, sia per le parti, esecutivo regio e rappresentanza nazionale. Ai fini di considerazioni più generali torna utile aggiungere qualche accenno circa il significato sostanziale ascrivito al termine costituzione nelle vicende in esame. Di somma importanza è da ritenere l'assunto secondo che, in occasione delle controversie, la costituzione diveniva oggetto del contendere nella sua unità e totalità. Restava pertanto esclusa ogni questione circoscritta a singole disposizioni di una carta costituzionale. Per un esempio in contrario è da menzionare l'art. 23 della l. 11 Marzo 1953, n. 87, concernente "Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale": ivi è stabilito che i giudizi incidentali sull'illegittimità di leggi o atti aventi forza di legge devono venire promossi in relazione a determinati articoli della Costituzione o di leggi costituzionali, testualmente indicati. Legati a specificate disposizioni costituzionali risultano, del pari, i conflitti di attribuzione contemplati nell'art. 134 Cost. Considerare, anche per casi concre-

² C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, trad. it. in *Le categorie del 'politico'*, a cura di G.F. Miglio e P.A. Schiera, Bologna s. d. ma 1972, 109.

ti, la costituzione come grandezza unitaria e totale, importa taluni chiarimenti. Per vero, è appena da ricordare che, in teoria, per la parola costituzione sono stati accolti più significati, connessi a momenti diversi della realtà. Non è dato di discernere una definizione sintetica e comprensiva. Quanto al tema delle presenti pagine, pare giustificato fare richiamo alla nozione di costituzione nel senso "istituzionale", in accordo con l'insegnamento di Santi Romano, secondo il quale il momento dell'organizzazione ha valore essenziale nella definizione del diritto pubblico³. Riesce quindi meglio chiarito il fatto che vi erano contese fra i titolari dei supremi poteri dello Stato sulla reale organizzazione del governo.

2. *Le successive controversie tra poteri costituzionali negli ordinamenti liberaldemocratici*

Con l'avvento delle ideologie democratiche, la volontà presupposta nel corpo sociale fu proclamata unico fondamento di legittimazione del potere: a rigore di logica, risulterebbe negata qualsiasi ammissibilità di conflitti tra organi costituzionali, in forza di richiami a opposte premesse ideali⁴. Dall'esperienza, per altro, risulta che anche nei governi popolari si riscontrano controversie tra titolari dei poteri supremi. Nei fatti si è dimostrato impossibile mandare ad effetto l'immagine del popolo sovrano come soggetto collettivo, capace di valutazioni e volontà proprie, distinte e superiori alle istanze d'individui o gruppi⁵.

Sempre dall'osservazione dei fatti è dato di discernere contrapposizioni, anche estreme, nelle repubbliche, tra le contrarie pretese d'impersonare in modo esclusivo la volontà del popolo ovvero della nazione, avanzate da titolari di cariche elettive. Come esempio a noi vicino sono da ricordare le affermazioni secondo le quali nella storia costituzionale della Francia postrivoluzionaria si può riscontrare il ricorrere continuo di contrasti tra legislativo ed esecutivo, per le reciproche rivendicazioni della preminenza nel rappresentare la volontà generale del corpo socia-

³ Sulla rilevanza dell'organizzazione nella teoria dell'ordinamento giuridico, proposta da Santi Romano, si v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano 1988, I, 95 ss. *passim*, 101.

⁴ Tale è l'assunto enunciato da SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., 115 s.; *Dottrina*, cit., 161s.

⁵ In particolare si può tenere presente l'opera di G. RENZI, *La filosofia dell'autorità*, 1920, s. d. ma Catania 1993, 116 ss.

le⁶. Nelle secolari vicende del diritto pubblico nordamericano si rilevano discordanze analoghe nei rapporti tra il Presidente degli Stati Uniti e il Congresso⁷. Anche per la tormentata esistenza della Repubblica tedesca di Weimar, alcuno aveva ravvisato contese tra il Presidente del Reich, eletto con suffragio universale da tutto il popolo, e il Reichstag, designato per frazioni di elettori⁸.

Pure se connesse alle questioni indicate, soprattutto nei regimi liberaldemocratici, possono insorgere altre antinomie. Ivi è garantita la possibilità di fare prevalere, nel contesto dell'ordinamento, interessi circoscritti di gruppi e categorie sociali, come anche visioni difformi di natura etico-politica. Si tratta di possibilità effettive a causa dei legami intensi con gli elettori, inclini piuttosto a seguire valutazioni particolari. Inevitabile risulta quindi il proporsi della necessità primaria di garantire le ragioni più generali, proprie della coesistenza civile e anche dell'unità politica. Vi sono esempi storici significativi donde risultano tendenze a riguardare come garante di dette ragioni generali il capo dello Stato, soprattutto nei governi repubblicani. In questo senso pare da riconoscere il ruolo storicamente assunto dal Presidente della Repubblica, nel corso della nostra recente storia costituzionale.

3. *Controversie istituzionali tra poteri dello Stato ed elementi della "società politica"*

Secondo insegnamenti rigorosi, nell'epoca contemporanea la compagine dell'unità politica risulta più complessa e non circoscritta solo agli organi costituzionali dello Stato e ai rapporti con la collettività sottoposta, come descritto per il consueto schema dualistico di Stato e società. Giustificato appare quindi proporre il quesito se sotto la nozione di controversie istituzionali siano da ricondurre anche altre vicende, diverse rispetto a quanto avvenuto nella prassi dell'Ottocento. Nelle presenti pa-

⁶ Per indicazioni in termini chiari si v. M. VINCIGUERRA, *I partiti italiani dallo statuto albertino alla partitocrazia*, s. d. ma Bologna 1968, 256 ss., es. 267 s. In senso analogo cfr. M. FRAU, *Il rafforzamento del Parlamento francese*, in AA.VV., *Il governo sopra tutto*, a cura di A. D'Andrea, s.d. ma Gussago (Bs) 2009, 140.

⁷ P. es. v. G.F. FERRARI, *L'esperienza statunitense*, in AA.VV., *Il Presidente della Repubblica*, a cura di M. Luciani e M. Volpi, s.d. ma Bologna 1997, 477 ss.

⁸ D. CANTIMORI, *Note sul nazionalsocialismo*, in C. SCHMITT, *Principii politici del nazionalsocialismo*, trad. it., pref. A. Volpicelli, Firenze 1935, 24.

gine torna utile richiamare una disamina di scienza politica, condotta al fine specifico di dare spiegazione della realtà italiana⁹. Proprio con riferimento alle odierne condizioni del nostro Paese, mediante analisi estese e documentate, è stato proposto uno schema determinato in ragione di “tre strutture portanti”: a) la società civile; b) le istituzioni statali; c) la società politica. Per accenni del tutto sommari, è da rilevare che, secondo lo stesso schema, nella società civile rientrano i rapporti di produzione e distribuzione economica, che possono conseguire una loro efficacia indiretta e di fatto nell’esercizio dei poteri di diritto pubblico. Sotto la denominazione delle istituzioni statali sono annoverati i cosiddetti organi costituzionali, la giurisdizione, la pubblica amministrazione, le organizzazioni delle autonomie. Come società politica s’intende “tutto ciò che è espressione di volontà politica non statale (non istituzionale)”, in particolare i partiti politici.

Tale insegnamento, proposto in una trattazione designata di scienza politica, appare rilevante anche nelle indagini giuridiche. Per vero, è da ricordare che concezioni tripartite dell’unità politica si riscontrano in importanti studi di cultori del diritto pubblico. Così, in altro ordine concettuale, erano state distinte tre membra, sempre per l’unità politica: “Stato, movimento, popolo”¹⁰. Di particolare importanza, per la nostra dottrina, va notato che nella teoria della “costituzione in senso materiale”, come elaborata da Costantino Mortati, si può pure discernere una costruzione tripartita¹¹. Il giurista italiano aveva individuato il carattere proprio della “forza politica”, estranea alla compagine degli uffici statali, eppure essenziale nella costruzione del diritto costituzionale, per la funzione di organizzare la comunità sociale sottostante allo Stato, in vista di un “fine politico”: ora, organizzatore e organizzato appaiono, di loro natura, logicamente distinti. La stessa “forza” era quindi definita come determinante nella gestione del governo e dell’amministrazione. Ancora alla costituzione in senso materiale era attribuita un’efficacia specifica per il diritto positivo, per due aspetti: fissare l’interpretazione e l’inte-

⁹ Nel testo è considerato P. FARNETI, *Introduzione ad AA.VV., Il sistema politico italiano*, a cura di P. Farneti, Bologna 1973, 12 ss.

¹⁰ Nel testo è richiamato C. SCHMITT, *Stato, movimento, popolo*, in *Principii politici del nazionalsocialismo*, cit., 176 ss., *passim*. Va notato che la concezione dello studioso tedesco è stata ritenuta utile anche per indagini riguardanti gli ordinamenti liberaldemocratici in M. CALISE, *Dopo la partitocrazia*, Torino s.d. ma 1994, es. 171.

¹¹ C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, rist. con premessa di G. ZAGREBELSKY, Milano s. d. ma 1998, 53 ss. *passim*.

grazione dei testi costituzionali, fra l'altro per le clausole generali, le disposizioni indeterminate, le antinomie testuali; stabilire i limiti circa la continuità o discontinuità di tutto l'ordinamento costituzionale. È poi da tenere presente che nell'assetto dei governi popolari, conformati alle ideologie liberaldemocratiche, risultano riproposte rappresentazioni della costituzione scritta come contratto o compromesso. Contraenti non sono più indicati monarca e rappresentanza della nazione, ma i partiti politici: non più i cosiddetti organi costituzionali, ma altri soggetti politico-istituzionali¹².

Dopo le considerazioni preliminari che precedono, si passa all'esame, sia pure sommario, delle esperienze registrate nei periodi successivi dell'evoluzione dell'ordinamento italiano, anche con l'intento di trarre alcuni spunti di riflessioni di teoria generale. A) Vengono prime le contrapposizioni del periodo statutario. B) Seguono le questioni determinatesi durante il ventennio fascista. C) In una fase successiva si comprendono vicende sorte dopo la promulgazione della Costituzione del 1947. In termini approssimati si può pure anticipare che al tempo della monarchia parlamentare vi erano competizioni interne all'organizzazione statale, tra Corona, Parlamento, Governo. Dopo l'avvento del fascismo intervennero dualismi tra lo Stato e il partito fascista, unico titolare della società politica e organizzatore della società civile. Nella prima fase della Repubblica divisioni e contrapposizioni ebbero a insorgere tra le parti della società politica, divenuta pluralista, come denotato secondo il suddetto schema tripartito.

4. *Esperienze italiane: il periodo della monarchia parlamentare*

Stando alle opinioni più condivise, nello Statuto albertino era stata prevista una forma di governo di monarchia costituzionale, con attribuzione al Re del potere esecutivo (art. 5) e della nomina dei Ministri (art. 65). Contrario alla lettera dello Statuto fu lo svolgimento della prassi, ritenuto dai più rivolto nel senso della trasformazione del governo costituzionale puro in monarchia parlamentare. Per la maggior parte degli atti di Governo, espressi in forma di regi decreti, mentre titolare ufficiale rimaneva il capo dello Stato, l'effettiva decisione era stata gradatamente

¹² In particolare si v. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino 1991, 143 s.; P. BARCELLONA, G. COTTURRI, *Stato e giuristi tra crisi e riforma*, Bari 1974, 7.

trasferita ai Ministri. Quanto poi all'investitura nelle funzioni, era prevalso l'uso secondo che per gli stessi Ministri, al fine di accedere e permanere nell'ufficio, oltre la nomina per decreto reale, era ritenuta necessaria la fiducia del Parlamento, soprattutto della Camera elettiva. Una tale innovazione nella forma di governo era avvenuta per evoluzione di fatto, senza revisioni costituzionali approvate per mezzo di atti normativi scritti. Le enunciazioni originarie del 1848 erano rimaste immutate, mentre difforme risultava la direzione effettiva nell'esercizio dei poteri politici. Fra gli studiosi di tempi successivi si parlò di "modificazioni tacite", siccome compiute di fuori da procedimenti formali¹³.

Lo svolgimento della prassi qui sopra accennato aveva avuto caratteri irregolare, disordinato, faticoso, segnato da contraddizioni e fasi alterne. Nel corso della storia del nostro diritto pubblico costituzionale era stato riconosciuto lo squilibrio tipico delle monarchie costituzionali¹⁴. In una prima fase, il Governo aveva invocato la preminenza della Camera elettiva, come rappresentante reale della nazione, allo scopo di spossare la Corona dei suoi poteri, descritti nelle norme statutarie. Successivamente, in direzione opposta, il Governo aveva cercato di farsi forte col richiamo ai poteri del Re, al fine di contenere il crescere delle pretese del Parlamento¹⁵. Fra gli storici più recenti è stato pure lamentato il ripetersi, nel periodo della Terza Italia, di tentativi di ristabilire l'influenza del capo dello Stato negli affari pubblici¹⁶.

È da notare che furono anche pubblicati scritti con carattere rigoroso, informati al comune indirizzo favorevole a restituire al Re, in forma ufficiale, le attribuzioni conformi alla stretta interpretazione letterale dello Statuto, contro la pratica direzione del parlamentarismo¹⁷. Particolare notorietà ebbe, fra gli altri, un lungo e meditato articolo anonimo, attribuito a un eminente uomo politico, Sidney Sonnino, apparso il ca-

¹³ Cfr. C. ROSSANO, *La consuetudine nel diritto costituzionale. I. Premesse generali*, Napoli, 1992, 170 s. Per una trattazione generale si rimanda a F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale e le "modifiche tacite" della Costituzione*, 1951, in *Scritti di diritto costituzionale*, con pref. di L. Elia, Torino s.d. ma 1965, I, 81 ss. *passim*.

¹⁴ Sull'argomento si v. C. SCHMITT, *Teologia politica*, trad. it., in *Le categorie*, cit., 80 s.

¹⁵ Tale affermazione si riscontra nell'articolo di S. SONNINO, *Torniamo allo Statuto*, 1897, ora in *Scritti e discorsi extra parlamentari 1870-1920*, I, a cura di B.F. Brown, Bari 1972, 581.

¹⁶ In particolare si considera G. MARANINI, *Storia del potere in Italia 1848-1967*, pref. di A. Panebianco, s. d. ma Milano 1995, 139 ss., *passim*, 197 ss., *passim*.

¹⁷ Per qualche accenno, cfr. VINCIGUERRA, *I partiti*, cit., 97 s.

podanno del 1897, nella rivista *Nuova Antologia*, dal titolo piuttosto polemico: “Torniamo allo Statuto”¹⁸. Ivi era fatto riferimento esplicito alla nomina e alla condizione dei Ministri, con l’auspicio di restituire un significato autentico alla figura di “Ministri del Re”; era anche affermata la necessità di ridare contenuto sostanziale alla potestà regia di nomina dei Senatori. Alla proposta del Sonnino non seguì esito pratico e vi furono anche critiche. In particolare merita attenzione quanto espresso da un autorevole e convinto fautore del governo monarchico in Italia, il Presidente del Senato del Regno, Domenico Farini¹⁹. Egli aveva osservato che, nelle condizioni storico-spirituali di quel momento, un’ eventuale riasunzione dei poteri statutari da parte del monarca avrebbe condotto a crisi e conflitti insanabili. A suo dire, il Re d’Italia non avrebbe retto a rimanere “solo, a bersaglio dei partiti”, in quanto ridotto a parte nelle contese quotidiane. Aggiungeva il Farini che, dopo cinquant’anni, sarebbe riuscito impossibile sovvertire una prassi ormai consolidata. Era quindi fatta palese un’antitesi irriducibile tra la costituzione “documentale”, scritta nel testo statutario, e l’effettiva costituzione nel senso normativo sostanziale.

Alle vicende qui sopra menzionate avevano prestato attenzione i cultori della dottrina costituzionalistica, ai quali riusciva ben chiara la realtà delle mutazioni di fatto, in confronto con la lettera dello Statuto. Nelle trattazioni più propriamente giuridiche non si riscontrano affermazioni nel senso favorevole alle istanze di “ritorno allo Statuto”. In genere, le innovazioni erano ritenute giustificate, divergenze si notano invece circa il fondamento di diritto positivo. Da una parte vi erano coloro che avevano ricercato giustificazioni in titoli estranei ai testi scritti, come la consuetudine ovvero i supremi principî istituzionali²⁰. Per tutt’altra opinione, era stata invero proposta un’ interpretazione dell’art. 65 dello Statuto albertino adeguata all’evoluzione dei fatti²¹. In tali termini, per voce autorevole, era stata avvertita una conseguente espressione di un indiriz-

¹⁸ L’articolo sopra ricordato è riproposto in SONNINO, *op. cit.*, 575 ss.

¹⁹ D. FARINI, *Diario di fine secolo 1896-1899*, a cura di E. Morelli, sotto gli auspici del Senato della Repubblica nel I Centenario dell’unità d’Italia, Roma s.d. ma 1962, II, 1102 s.

²⁰ Per indicazioni in proposito, v. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1989, 208, nt. 177 e *Statuto albertino*, voce in *Enc. dir.*, XLIII, Milano s. d. ma 1990, 994 ss.

²¹ D. DONATI, *Il problema delle lacune nell’ordinamento giuridico*, 1910, in *Scritti di diritto pubblico*, Padova 1966, I, 164 ss. (154 s.).

zo inteso a salvare la preminenza formale della costituzione documentale pure nelle mutazioni di fatto, anche se radicali²². In un ordine concettuale analogo era stata accolta la nozione indicata con l'espressione "elasticità dello Statuto", quasi a significare che per le disposizioni dettate nel 1848, stante il loro tenore generico, riuscissero consentite anche applicazioni diverse, fino a comprendere le novità effettivamente intervenute nella forma di governo²³.

5. *L'assetto della "diarchia" nella forma di Stato autoritario fascista*

Sotto il regime fascista, ancorché attuato in una forma di Stato autoritario, non si pervenne a costruire un'organizzazione dei poteri politici di tipo rigidamente monocratico. Torna utile ricordare che in alcuni testi legislativi (es. art. 1 l. 9 Dicembre 1928, n. 2693) era stata accolta l'espressione "rivoluzione fascista", assai diffusa nella propaganda ufficiale del tempo²⁴. Il richiamo alla parola rivoluzione poteva avere qualche utilità pratica, allo scopo di rivendicare pretese di una legittimazione originaria del movimento fascista, indipendente dal diritto positivo anteriore. Nella realtà giuridica, per altro, non vi fu alcuna imposizione immediata di un disegno organico totale, escogitato a priori per la costruzione di un edificio politico radicalmente nuovo, ma si ebbero piuttosto innovazioni legislative gradualistiche²⁵. Per parte notevole dell'ordinamento giuridico complessivo, seguito all'avvento del fascismo, era da registrare continuità senza rotture delle linee direttrici anteriori. Vi furono pure innovazioni non totalmente pervase dall'ideologia del littorio. Tanto si rileva per il diritto privato, il diritto penale, il diritto amministrativo. Era poi rimasto

²² G. CAPOGRASSI, *La nuova democrazia diretta*, 1922, in *Opere*, Milano 1959, I, 428 s.

²³ L'espressione fu usata da L. ROSSI, *La "elasticità dello Statuto"*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, Padova 1940, I, 7 ss.

²⁴ Un ripensamento critico in materia è proposto da E. GALLI DELLA LOGGIA, *La "rivoluzione fascista"*, in AA.VV., *Miti e storia dell'Italia unita*, s.d. ma Bologna 1999, 115 ss.

²⁵ Per questa parte sono da tenere presenti le considerazioni di L. PALADIN, *Fascismo - II - Diritto costituzionale*, voce in *Enc. dir.*, XVI, Milano s. d. ma 1967, 887 ss. Ivi è anche l'accento alla "gradualità estrema" seguita nella costruzione del c.d. "edificio giuridico" del fascismo. Più di recente cfr. S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna 2011, *passim*. Per le discussioni in materia fra i giuristi di quel tempo, v. F. QUAGLIA, *Il ruolo della Corona dopo le riforme fasciste*, in *Mat. p. storia cult. giur.*, 2002, 83 ss.

fermo il principio di legalità, con la preminenza della legge formale in tutti i settori della vita civile.

Maggiori novità si erano avute per la compagine dell'organizzazione costituzionale. Si riscontrano riforme graduali, anche con mutamenti successivi, compiute per via di legge ordinaria, in modo compatibile con le regole di revisione costituzionale riconosciute valide per lo Statuto, siccome costituzione flessibile. Criterio direttivo essenziale era l'inserimento di un corpo estraneo in una struttura di diritto pubblico già prima stabilita. Ne seguì la costruzione di un assetto anche contraddittorio. Quanto al complesso normativo, antinomie di principio riuscivano manifeste tra lo Statuto del 1848, non mai abrogato in forma esplicita, e le contrarie leggi di carattere costituzionale, entrate in vigore durante il "ventennio". In correlazione vi erano elementi eterogenei e discordanti nella complessa organizzazione di governo²⁶. Da una parte, in tante proclamazioni ufficiali si parlava di primato dello Stato. In senso conforme a premesse affatto diverse, erano state aggiunte altre nuove istituzioni, come il partito nazionale fascista e le corporazioni. Queste ultime però non furono mai condotte a pieno sviluppo e venne così a stabilirsi un quadro dualistico e pure antagonistico, per il quale risulta diffusa la denominazione "diarchia"²⁷.

Nei termini indicati con la concezione sopra accennata (al n. 3), lo stesso partito unico si era imposto come organizzazione totale ed esclusiva della società politica e come forza unificatrice della società civile. Tali pretese di esercitare un potere dotato di legittimazione originaria propria, erano rimaste operanti pure dopo il conferimento di qualificazioni legali, fra cui la definizione del partito come persona giuridica di diritto pubblico e l'emanazione di alcuni atti dello stesso partito in forma di regi decreti, oltre al conferimento di titolo e funzione di Ministro al segretario del partito²⁸. Nonostante la penetrazione degli uomini del partito nell'organizzazione costituzionale, le suddette diversità rimanevano reali, come fatto palese per diversi dualismi e giustapposizioni²⁹. Bisogna

²⁶ P. CALAMANDREI, *Costruire la democrazia (Premesse alla Costituente)*, 1945, in *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, III, pres. C. Mortati, Napoli 1968, 131 s.

²⁷ P. es. si v. PALADIN, *op. cit.*, 890 ss.

²⁸ Come disciplina compiuta in materia si può considerare il r. d. 28 Aprile 1938, n. 513 (es. artt. 11 e 149).

²⁹ Il Calamandrei (come cit. a nt. 26) aveva indicato una serie di dualismi istituzionali: la magistratura indipendente soggetta alla legge e il tribunale speciale, oltre le com-

poi rilevare che anche nell'assetto interno dei poteri statali erano intervenute trasformazioni in corrispondenza a tale dualismo. Alla conservazione del capo dello Stato monarchico risultava quasi contrapporsi il rafforzamento nella figura istituzionale e nelle attribuzioni del Capo del Governo. Con l. 19 Gennaio 1939, n. 129, la Camera dei deputati fu sostituita dalla Camera dei fasci e delle corporazioni, la quale appariva difforme dal Senato regio, mantenuto secondo le anteriori regole. Al disegno di conseguire un'ulteriore penetrazione del partito nello Stato, rispondeva anche la l. 9 Dicembre 1928, n. 2963, con la quale fu conferita la qualificazione di organo (costituzionale) al Gran Consiglio del fascismo, composto di titolari di alte cariche statali, di dirigenti del partito e delle organizzazioni sindacali corporative. Allo stesso Gran Consiglio erano demandate importanti funzioni di proposta e di carattere consultivo³⁰.

L'incompatibilità tra monarchia e fascismo aveva avuto manifestazioni in taluni episodi, nei quali è dato di discernere anche questioni di ordine costituzionale³¹. Una prima occasione di contrasto si ritiene di dovere riscontrare al momento della soppressione di tutti i partiti, ad eccezione di quello fascista. Allora fu rilevato che era venuta a cadere l'attribuzione tipica della monarchia parlamentare, essendo stata tolta la potestà di scelta sovrana nel momento dell'alternanza dei partiti al governo, come nei casi di crisi ministeriale. Successiva fu la divergenza per la ricordata attribuzione della qualifica di organo costituzionale al Gran Consiglio del fascismo. La crisi più grave fu conseguente alla l. 3 Aprile 1938, n. 48, con la quale fu istituito il grado di Primo Maresciallo dell'Impero, conferito al Re e a Benito Mussolini, tanto da affacciare l'apparenza di un'equiparazione di grado nella gerarchia militare³². All'atto

missioni per il confino; il re e il duce; il prefetto e il segretario federale; l'esercito e la milizia; la scuola e la G.I.L.; "Due burocrazie, una di stato e una di partito".

³⁰ Gli studiosi fanno notare che nella stessa legge n. 2963 del 1928, all'art. 12, per la prima volta nella nostra storia costituzionale era stata introdotta la figura delle "leggi di carattere costituzionale", fra le materie per le quali era da richiedere il parere obbligatorio del Gran Consiglio. A quel tempo fu anche proposto il quesito se, con la prescrizione di detto parere, fosse stato introdotto un procedimento aggravato di revisione costituzionale e quindi anche un sistema di costituzione rigida. In argomento v. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto*, cit., 243 s. e nt. 213 *ivi*.

³¹ A. ACQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, s. d. ma Torino 1965, 291 s. nt. 3.

³² Un'ampia trattazione della vicenda è proposta in R. DE FELICE, *Mussolini il duce*.

della sanzione regia, Vittorio Emanuele III aveva anche affacciato dubbi circa l'incostituzionalità di una siffatta equiparazione. Il caso fu risolto in conformità di un parere favorevole reso da Santi Romano, allora Presidente del Consiglio di Stato, il quale addusse a motivo la preminenza della legge formale nell'ordinamento di costituzione flessibile; e aggiunse che non vi era contraddizione rispetto al principio statutario secondo cui il comando supremo delle forze armate era qualificato come potestà regia.

Il momento di rottura per la diarchia arrivò il 25 Luglio del 1943, poiché fu dimostrato come fosse divenuto impossibile proseguire nella combinazione di Stato persona e partito unico. Com'è noto, in un'apposita seduta del Gran Consiglio del fascismo, fu votato un ordine del giorno presentato da Dino Grandi, concernente la proposta di restituire al Re il comando supremo delle forze armate, con la cessazione della delega conferita al Capo del Governo. Seguirono le dimissioni di Benito Mussolini dalla stessa carica di Capo del Governo. È da notare che tale ordine del giorno, votato dal supremo consesso del regime, nel suo contenuto oggettivo, si rivela come un testo informato a un esplicito riconoscimento della supremazia dello Stato rispetto al partito. Nel medesimo testo fu anche ribadito che lo Statuto aveva conservato pieno vigore, quasi in risposta a taluni dubbi affacciati nel corso della suddetta discussione dinanzi al Gran Consiglio³³. Le considerazioni che precedono paiono indipendenti dalle dispute circa il carattere di colpo di Stato da alcuni riscontrato per gli eventi connessi alla caduta del Governo Mussolini e la nomina del successivo Governo Badoglio.

Nella scienza giuridica di quel tempo non pare di discernere trattazioni specifiche, al fine d'indagare sulla realtà indicata col nome diarchia. In una parte notevole degli studiosi italiani, formati secondo le vecchie scuole, prevalevano indirizzi intesi a interpretare e inquadrare, pure con qualche adeguamento, nel contesto degli schemi e concetti usuali, novità informate a principî antitetici e strutture costituzionali tanto diverse³⁴.

II. *Lo Stato totalitario. 1936-1940*, s. d. ma Torino 1981, 23 ss. *passim*; a p. 847 ss. per il parere di S. Romano ricordato nel testo, redatto in data 2 Aprile 1938.

³³ Si può ricordare, in proposito il resoconto dell'ultima seduta del Gran Consiglio di L. FEDERZONI, *Italia di ieri per la storia di domani*, s. d. ma Milano 1967, 281, 314 ss.; D. GRANDI, *25 luglio. Quarant'anni dopo*, s.d. ma Bologna 1983, 249 ss. *passim*.

³⁴ In argomento si cfr. F. LANCHESTER, *I giuristi tra storia e politica. Personaggi e problemi nel diritto pubblico del secolo XX*, Torino s. d. ma 1998, 63 ss., 67 ss. *passim* e i saggi di M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*; P.

Tale fedeltà a un patrimonio scientifico, tramandato dal regime liberaldemocratico, allora decaduto, era condivisa da studiosi che avevano aderito al regime successivo al 28 Ottobre 1922. In ogni modo, per diffuso insegnamento, nella rilevata continuità concettuale e metodologica si ritiene di discernere tendenze idonee oggettivamente a contenere le spinte contrarie agli stessi principî anteriori. Le innovazioni costituzionali del periodo fascista poi, come già rilevato, erano reputate giustificabili in ragione della storica preminenza riconosciuta alla forza di legge. È da aggiungere che, sempre durante lo stesso periodo, per opera di alcuni giovani studiosi, erano state proposte nuove concezioni teoriche, con l'intento di chiarire aspetti reali del diritto costituzionale, prima rimasti inesplorati. Forse, la summenzionata teoria della costituzione in senso materiale sarebbe riuscita utile a una piena comprensione dei dualismi attuati nella realtà istituzionale italiana dello stesso tempo, cui si è fatto sopra cenno.

6. *La mancata attuazione della Costituzione nei primi anni di Repubblica*

Alla fine della seconda guerra mondiale, con l'instaurazione della Repubblica, in Italia fu ristabilita una forma di Stato liberaldemocratico. Nella società politica si era avuto un mutamento dal partito unico a una pluralità di partiti. Come indicatrici delle condizioni generali di allora sono da riferire le parole di uno studioso nordamericano: "L'Italia, dopo la guerra, divenne l'area principale di un conflitto internazionale. Le risorse forze politiche locali riflettevano e partecipavano alla lotta fra le due massime potenze del dopoguerra"³⁵. I rapporti di diritto internazionale erano essenzialmente dominati dagli svolgimenti della guerra fredda. Corrispondevano, all'interno, le condizioni designate nelle teorie giuridico-politiche di altri Paesi, con espressioni come "pluralismo"³⁶ o anche società politicamente "non omogenee". Queste ultime erano definite per la presenza di più partiti discordi, senza i legami di un comune

COSTA, *La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare*, in AA.VV., *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Bari 1990, 39s s. e 125 ss.

³⁵ R.C. FRIED, *Il Prefetto in Italia*, trad. it., Milano s.d. ma 1967, 204.

³⁶ G. BURDEAU, *La democrazia*, trad. it., Milano 1964, 88 ss., 96 ss. *passim*.

consenso sui principî ideali concernenti la struttura fondamentale del sistema politico.

Mediante indagini comparate si è riconosciuto che per le istituzioni e regole costituzionali delle società non omogenee, più volte, sono seguiti criteri diversi da quelli accolti, di solito, per le società cosiddette omogenee, nelle quali vi ha concordanza fra i partiti circa i principî ideali e istituzionali³⁷. In ragione di tali concordanze si ritiene più facile assumere come fine precipuo l'efficienza delle attività di governo, onde pare meglio adeguata l'estensione dei poteri propri della maggioranza parlamentare e dell'esecutivo. Nelle società non omogenee, invece, di sovente prevale il disegno di porre limiti e freni alla maggioranza, in modo di consentire possibilità di coesistenza pacifica tra gruppi e partiti opposti e pure un qualche concorso delle minoranze nell'esercizio dei poteri di governo.

Come accennato, negli anni del dopoguerra, in Italia vi era una profonda divisione tra: il partito della Democrazia cristiana, alleata coi partiti di centro, filoccidentale, da una parte; di contro, i partiti comunista e socialista, filosovietici. Come ragione dominante di quel tempo si era riconosciuto il tentativo "di far convivere due ideologie e due strategie politiche inconciliabili"³⁸. Per un verso, era stata seguita la necessità di stabilire un ordinamento costituzionale di tipo liberaldemocratico, legato in tutto all'Occidente. Per l'altro, si era cercato di rendere fattibile la coesistenza nella legalità e pure la collaborazione nei governi, liberaldemocratici, del più forte partito comunista presente negli Paesi occidentali; collaborazione mantenuta fino al 1947. Un siffatto accostamento d'indirizzi opposti era possibile solo in uno stadio di tregua tra le grandi potenze mondiali. Proprio durante un periodo di tregua, fu condotta a compimento l'elaborazione della Costituzione repubblicana, frutto di compromessi fra i partiti, in particolare fra democristiani e comunisti.

Stando ad accreditati insegnamenti, le disposizioni scritte dai Costituenti rispondono al suddetto tentativo: al fine di assicurare una coesistenza pacifica e ordinata, nella legalità liberaldemocratica, tra classi sociali e soprattutto tra partiti diversi e pure opposti³⁹. È da aggiungere, per

³⁷A. LIJPHART, *Le democrazie contemporanee*, trad. it., s.d. ma Bologna 1988.

³⁸M. VINCIGUERRA, *op. cit.*, 231 s.

³⁹C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, 14, 52 s.; G. GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari* (1949), rist. a cura di G. Cuomo e G. Motzo, ed. Jovene, Napoli 1990, 144 ss., 163, 173.

altro, che da quel fine non furono dedotte applicazioni totali assolute. Nella carta repubblicana risulta accolta piuttosto una concezione dualista, quanto all'organizzazione dei supremi poteri. Pare quindi giustificato discernere un'antinomia di principî. Da un lato, erano state previste istituzioni e regole intese a stabilire limiti per la maggioranza, con garanzie estese fino a consentire possibilità di partecipazione a funzioni elevate, per le minoranze. In primo luogo, era stato voluto un modello di costituzione rigida, con procedure aggravate per la revisione. Era stato perciò posto il fondamento per il sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi ordinarie, da parte della Corte costituzionale. A ragioni di garanzia era poi ordinato il Consiglio superiore della Magistratura, preposto all'autogoverno dei magistrati. Limiti al Parlamento erano connessi altresì all'autonomia normativa delle Regioni e, pure con qualche incertezza, all'istituto del referendum. D'altro lato, è da ricordare che alla maggioranza parlamentare erano stati attribuiti poteri notevoli, i quali si dimostrarono decisivi nei momenti dei più gravi conflitti. Tali sono il voto di fiducia al Governo e la funzione legislativa ordinaria. Quanto a quest'ultima, è da tenere presente che, per gran parte, nella Costituzione erano state incluse solo disposizioni generiche e preliminari, rimandando alla legge ordinaria le integrazioni e gli svolgimenti con regole più specificate. L'effettività delle scelte dei Costituenti risultava pertanto rimessa al legislatore, pure subordinato di principio nella "gerarchia delle fonti". Particolarmente per gli aspetti ora indicati, pare dato di discernere i caratteri di controversia istituzionale⁴⁰.

Ben presto, quelle contraddizioni furono fatte palesi per la forza degli eventi. Quando ancora i lavori della Costituente non erano giunti alla conclusione, in dipendenza del peggiorare dei rapporti fra le grandi potenze, avvenne la rottura della coalizione ministeriale tra democristiani e socialcomunisti, associati dal tempo della lotta antifascista. Seguirono accesi contrasti intestini ai limiti della legalità, in uno spirito di guerra civile fredda. Quando la Costituzione venne promulgata, già appariva in radicale contrapposizione rispetto ai fatti, essendo cessate le condizioni di tregua nelle quali era avvenuta l'elaborazione dei testi. In quel tempo, ebbero svolgimento le elezioni per il primo Parlamento repub-

⁴⁰ Un' indicazione in proposito pare da riscontrare nell'art. 138 Cost. onde è previsto che la revisione costituzionale possa avvenire alternativamente: o con la maggioranza dei due terzi dei voti parlamentari o con la maggioranza assoluta, sia pure fatta riserva di referendum sospensivo.

blicano, concluse con una grande vittoria del partito democristiano a capo di una coalizione anticomunista coi partiti di centro, con la quale venne poi formato il Governo successivo, mentre i partiti di sinistra andarono all'opposizione.

Una volta al Governo, con l'adesione dei loro alleati, i democristiani si adoperarono allo scopo di evitare o, quanto meno, rimandare l'attuazione della Costituzione, che pure avevano votato in sede di Assemblea costituente, con comunisti e socialisti. Durante la prima legislatura repubblicana, dal 1948 al 1953, rimase sospesa l'efficacia concreta delle disposizioni stabilite per la coesistenza pacifica di più partiti divisi e anche opposti. Ne risultò sconvolto il disegno originario dei Costituenti circa l'organizzazione dei poteri e la stessa forma di governo⁴¹. Erano rimasti inoperanti i principali freni e contrappesi, come: il sindacato di legittimità costituzionale delle leggi; l'autogoverno della magistratura; le fonti legislative delle Regioni di autonomia ordinaria; il referendum. Non si ebbero nemmeno l'abrogazione e la revisione di diverse leggi in materia amministrativa e penale, informate a premesse autoritarie. Di contro, dall'opposizione, i partiti di sinistra insistevano per la piena attuazione della Costituzione, traendone il motivo principale della loro propaganda.

Non vi furono però atti di sospensione o di rottura costituzionale, emanati in una qualche forma ufficiale. Sufficiente riuscì l'inerzia del legislatore, con l'omissione delle deliberazioni richieste per approvare le leggi necessarie ad attuare le previsioni generiche della carta costituzionale⁴². A denotare una siffatta inerzia, fu pure proposta l'espressione "ostruzionismo della maggioranza", ancorché con un uso alquanto improprio⁴³. In ogni modo, è da tenere presente che, nella pratica, divennero dominanti indirizzi nel senso che fossero da considerare del tutto giustificate dette omissioni del legislatore. Per quanto attiene ai ritardi nell'adeguare la legislazione alle garanzie dei diritti fondamentali, nella giurisprudenza ordinaria e amministrativa risultava generalmente seguito l'assunto enunciato dalla Corte di cassazione a sezioni unite penali,

⁴¹ G. BALLADORE PALLIERI, *La Costituzione italiana nel decorso quinquennio*, in *Foro pad.* 1954, IV, 33 s. *passim*.

⁴² In particolare si rimanda a P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in *Opere*, III, cit., 511 ss. *passim*.

⁴³ P. CALAMANDREI, *L'ostruzionismo di maggioranza*, ne *Il ponte* 1953, 129, 274, 433. Sia consentito ricordare che l'ostruzionismo parlamentare delle minoranze si esercita mediante attività intense, come il prolungamento forzato delle discussioni, la presentazione di numerosi emendamenti e così via, non certo con le omissioni e l'inerzia.

con sentenza 7 Febbraio 1948, secondo la quale nel testo della Costituzione era da distinguere tra norme precettive, idonee di applicazione immediata, e norme direttive (o programmatiche) per la cui applicazione erano invece previste integrazioni, mediante leggi ordinarie. È da aggiungere che per alcuni settori dell'organizzazione dei pubblici poteri erano stati contemplati dei termini per le leggi di attuazione, nelle "Disposizioni transitorie e finali" della stessa Costituzione (n. VI, VIII, IX, XI). Ma gli stessi termini furono ritenuti non perentori e, in ogni caso, non vincolanti per il Parlamento. In effetti va osservato che non era stato previsto alcun rimedio per le menzionate omissioni.

A render operanti i dettati dei Costituenti, fu necessario attendere un tempo successivo, dopo che erano venute ad attenuarsi le tensioni tra le grandi potenze, e ne era seguito un certo "disgelo" all'interno, nei rapporti fra i partiti di centro e di sinistra. Si parla anche di "svolta" per l'esito delle elezioni politiche del 1953, quando la Democrazia cristiana e i suoi alleati di centro subirono notevoli diminuzioni di voti. In virtù di accordi successivi fra le componenti eterogenee della società politica divenne quindi possibile pervenire alla graduale, pur faticosa, attuazione delle disposizioni costituzionali concernenti: Corte costituzionale; Consiglio superiore della Magistratura; Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro; Regioni di autonomia ordinaria; referendum. Fu anche provveduto a revisioni della legislazione ordinaria in conformità alle garanzie dei diritti fondamentali.

Torna utile far seguire qualche accenno ancorché sommario circa le opinioni espresse dai professori italiani di diritto pubblico nel periodo delle controversie successive alla promulgazione della carta repubblicana⁴⁴. Forti furono allora le proteste contro i responsabili dell'inerzia dimostrata nell'evitare di mandare ad effetto i dettami della legge fondamentale della Repubblica, scritte da Piero Calamandrei, professore di diritto processuale civile e deputato alla Costituente e nella prima legislatura repubblicana⁴⁵. Alcuni professori di diritto costituzionale si erano poi espressi con toni accorati per la mancanza dell'attuazione costituzionale. Diversi altri si erano invece mostrati inclini ad accettare la forza della realtà, anche in conformità delle consuete opinioni favorevoli ad ammettere come preminente la cosiddetta "asetticità del metodo giuridi-

⁴⁴ In argomento è da richiamare la puntuale trattazione in F. LANCHESTER, *I giurubblicisti*, cit., 101 ss., *passim*.

⁴⁵ P. CALAMANDREI, *La Costituzione*, loc. ult. cit.

co”, oltre a ritenere valida la suddetta differenza nelle norme costituzionali tra direttive e precettive. In ogni modo, pare dato di riscontrare una certa concordanza nell’ammettere la facoltà incontestata del legislatore ordinario di disporre o no circa le leggi per attuare la Costituzione.

7. Osservazioni finali

Dall’osservazione delle summenzionate esperienze pare consentito desumere motivi e spunti di teoria generale del diritto pubblico. Nel mutare delle forme di regime, a volta a volta stabilite nell’Italia unita, costante si manifesta l’insorgere di contrapposizioni radicali, entro l’organizzazione dei poteri supremi dello Stato, nei tempi più recenti derivate per fratture nella società politica. Difficile sarebbe negare un qualche significato teorico a una tale costanza di fenomeni. In accordo con cognizioni tramandate dal passato, s’insegna che nei momenti di eccezione, conflitto, disordine, vengono fatti palesi i caratteri reali di un’organizzazione di governo⁴⁶.

La spiegazione di quanto qui sopra accennato implica di riflettere sulle ragioni essenziali del diritto costituzionale dei Paesi europei continentali. Un chiarimento in proposito si desume da una pagina di Giuseppe Capograssi, il quale insegnava che le carte costituzionali, espressioni estreme del diritto positivo, erano state volute col fine principale “di ordinare la società proprio nel punto e nel momento in cui essa si presenta più disordinata e meno ordinabile, cioè nel momento della formazione dell’autorità politica”; “di dare una netta legge di ragione alla lotta politica”⁴⁷. È quindi avvertita una condizione di estrema debolezza, insita in detto tentativo, posto che fragili si sono spesso dimostrati i limiti e rimedi di diritto positivo contro le spinte degli interessi e delle passioni, se posti con atti normativi formali e pure con fatti normativi, come la consuetudine. Più propriamente, a quel fine risultano essere stati se-

⁴⁶ Al fine di meglio comprendere le questioni in esame, torna utile richiamare, come termine di raffronto, l’insegnamento secondo che nell’esercizio dei poteri straordinari di emergenza viene fatta palese la struttura propria di un ordinamento costituzionale, come proposto da C. SCHMITT, *Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung, insbesondere ihre Rechtsgültigkeit*, 1931, in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin s.d. ma 1973, 260.

⁴⁷ G. CAPOGRASSI, *Dubbi sulla costituzione*, 1945, in *Opere*, cit., VI, 106.

guiti due criteri fondamentali, riconducibili alle premesse del razionalismo. Pregiudiziale assoluta s'impone una peculiare concezione di uomo. Pure se manifestata con tanta varietà di espressioni, si rivela poi dominante una totale fiducia nella potenza della tecnica legislativa, ordinaria e costituzionale, a conseguire grandiosi risultati di fatto.

a) L'uomo come partecipe del governo popolare appare definito in ragione di un paradigma astratto, il "cittadino", inteso come soggetto capace di dedicarsi in modo razionale alla cura degli affari pubblici⁴⁸. A una premessa siffatta corrispondono le dichiarazioni della sovranità popolare e anche diversi assiomi delle teorie del diritto pubblico. Tanto è da rilevare per la concezione degli organi costituzionali, secondo la quale si ritiene che i titolari di apparati pubblici indipendenti e parificati riescano a collaborare concordi, in consonanza di regole osservate spontaneamente. È poi presupposto come fattibile che fra le forze politiche, presenti in un corpo sociale, vengano a stabilirsi rapporti di coesistenza pacifica e pure di cooperazione.

b) A denotare i criteri informatori per la formazione delle organizzazioni di governo, si riscontra anche la parola "costruttivismo", escogitata in contrapposizione all'idea di un'evoluzione empirica e graduale⁴⁹. Si nota forte il richiamo all'immagine della costruzione di un edificio, concepito in ragione di calcoli geometrici o d'ingegneria istituzionale. Non si vuole attendere i risultati delle lente elaborazioni della prassi, nel decorso del tempo. È noto, per altro, che l'esito di tentativi siffatti si è dimostrato incerto e difficile.

Quanto al passato, le contrapposizioni proprie delle monarchie costituzionali appaiono contraddire alle rappresentazioni ideali del governo misto o *Status mixtus*, riguardate per secoli come un elevato prodotto della civiltà politica e giuridica del Vecchio Continente⁵⁰. Ai nostri giorni poi attenzione particolare va dedicata alle esperienze dei governi popolari, specialmente per quanto concerne i Paesi europei continentali, dove sono seguiti i postulati del costituzionalismo liberaldemocratico. Sia consentito ricordare come in quei Paesi fossero stati raggiunti elevati gradi di artificio, divenuti financo palesi con le costituzioni del parla-

⁴⁸ In argomento v. BURDEAU, *op. cit.*, 20 ss.

⁴⁹ Nel testo è fatto riferimento alla trattazione di F.A. HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, trad. it., s. d. ma Milano 1986, 13 ss., *passim*.

⁵⁰ Per una trattazione puntuale, v. N. BOBBIO, *Governo misto*, in *Dizionario di politica*, dir. da N. Bobbio, N. Matteucci, G.F. Pasquino, s.d. ma Torino 1990, 462 ss.

mentarismo “razionalizzato”, introdotte dopo la prima guerra mondiale. Ma si tratta di bisogni dimostratisi fallaci, almeno per molti casi⁵¹.

Un altro aspetto è da riconoscere costante nelle esperienze delle controversie istituzionali. Persino nelle condizioni più problematiche, fra gli operatori del diritto si manifestano vive propensioni a mantenere, almeno in misura minima, l'osservanza di regole di diritto positivo, per quanto concerne le competenze e le procedure. Tanto era avvenuto pure durante il regime fascista⁵². Sono tendenze che si possono ricollegare all'intenzione di tenere fermo il primato del principio di legalità. Un intento analogo si rileva anche nei ricordati indirizzi intesi ad affacciare interpretazioni dei testi adeguate agli svolgimenti dei fatti. Benché per differente ordine concettuale, una ricerca di garantire un qualche legame degli atti dei poteri con regole di diritto positivo è pure dato di riscontrare nelle suddette opinioni secondo cui in occasione delle “controversie”, a volta a volta, erano state proposte giustificazioni con richiami a giustificazioni oltre la legge, in fatti normativi come la consuetudine.

Ai fini di una spiegazione teorica in proposito, alcuno potrebbe anche fare richiamo a certe opinioni recenti, designate con l'espressione “nichilismo giuridico”⁵³. Si afferma che dopo la negazione del diritto naturale, nei Paesi europei, furono ricercati principî superiori in appositi “surrogati terreni”, come nella rappresentazione dello Stato nazionale. Venuti a mancare anche quei surrogati, riuscirebbe oggi infondato parlare di un qualsiasi contenuto normativo di carattere oggettivo e pertanto l'unico ordine giuridico possibile sarebbe rappresentato da una “razionalità tecnica”, consistente nel rispetto di regole e procedure formali. Nelle presenti pagine non è dato di soffermarsi ulteriormente in siffatte questioni di somma rilevanza teorica. Solo è da ricordare che, di fatto, nel richiamo ad argomentazioni fondate sulla legalità formale e sul rispetto di regole procedurali si è talora riscontrata l'intenzione di giustifi-

⁵¹ B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *L'échec du parlementarisme “rationalisé”*, in *Rev. int. histoire et dr. const.* 1954, 99 ss.

⁵² Come esempio si ricorda l'impegno a garantire il rispetto dei regolamenti durante la seduta del Senato per la votazione della legge concernente l'istituzione del grado denominato Primo Maresciallo dell'Impero. Tanto è riferito dal Presidente del Senato di allora, FEDERZONI, *op. cit.*, 170 ss.

⁵³ L'opinione suaccennata è sostenuta particolarmente da N. Irti. Per un compendio efficace, con attenzione anche ai profili di diritto costituzionale, si rimanda a G. BIANCO, *Nichilismo giuridico e territorio*, Torino s. d., *passim*.

care l'operato arbitrario dei detentori dei pubblici poteri⁵⁴. Sarebbe, per altro, errore ritenere che fra i giuristi teorici e pratici fossero stati sempre dominanti sensi di piena condiscendenza per il volere dei governanti. Per vero, almeno in taluni casi, può essere che anche agli animi distinti per eccelsa virtù riesca solo di adoperarsi allo scopo di salvare un minimo di legalità e un qualche criterio per l'esercizio regolare delle funzioni pubbliche. In ogni modo, ai fini di un qualsivoglia giudizio, pare che debba prevalere la considerazione oggettiva degli atti, piuttosto che una valutazione dei sentimenti individuali.

Per le esperienze sopra accennate paiono da desumere motivi di riflessione anche al fine di ben comprendere le cose del presente, segnato dal tentativo di estendere i canoni del costituzionalismo oltre i limiti dello Stato nazionale. Va notato infatti che, pure per i suoi caratteri intrinseci, il diritto costituzionale è sempre andato incontro a difficoltà e contraddizioni. Esempolari paiono le vicende del diritto pubblico in Italia, anche perché risulta che da noi le istituzioni liberaldemocratiche costantemente hanno incontrato difficoltà e incertezze a venire mandate ad effetto.

⁵⁴ Come esempio di critiche del genere si possono riferire le parole attribuite a Re Vittorio Emanuele III, a proposito del parere favorevole a riconoscere la costituzionalità della legge sull'istituzione del grado denominato Primo Maresciallo dell'Impero; parere scritto da Santi Romano, Presidente del Consiglio di Stato, in data 2 Aprile 1938: Come riferito in DE FELICE (*op. cit.*, 33 s.), tali sarebbero state le suddette parole: "I professori di diritto costituzionale, specialmente quando sono dei pusillanimi opportunisti, come il Prof. Santi Romano, trovano sempre argomenti per giustificare le tesi più assurde: è il loro mestiere".

L'AMBIENTE E LE SUE COMPONENTI COME BENI COMUNI IN PROPRIETÀ COLLETTIVA DELLA PRESENTE E DELLE FUTURE GENERAZIONI*

SOMMARIO: 1. Il problema ambientale. Necessità di passare dal principio antropocentrico a quello ecocentrico o biocentrico. Il principio romano “tutto-parte”. La *summa divisio* tra le cose appartenenti ai singoli, “*res in commercio*”, e le cose appartenenti a tutti, “*res extra commercium*”. Il debito ecologico-ambientale ed il debito economico. Necessità di pagare il debito economico ed ambientale contratto con le generazioni future e di evitare il passaggio dei beni comuni dalla proprietà di tutti alla proprietà di pochi. – 2. La meritevole individuazione da parte della Commissione Rodotà della categoria dei “beni comuni”. Le difficoltà di individuare i soggetti titolari di questi beni. Importanza dell’“appartenenza” della cosa alla collettività e della conseguente sua “incommerciabilità”. Limitata efficacia dei “vincoli”. Necessità di ricorrere al concetto di “proprietà collettiva”. – 3. Storia della “proprietà collettiva della terra”. La concezione borghese della proprietà privata. Lo Stato-comunità introdotto dalla Costituzione. La sentenza della Cassazione a sezioni unite n. 3665 del 2011, che introduce in giurisprudenza il concetto di “beni comuni”. La proprietà collettiva demaniale della terra. – 4. L’oscuramento del concetto di proprietà collettiva da parte della cultura giuridica successiva alla Rivoluzione francese. Il dogma della Personalità dello Stato e la concezione del diritto di proprietà privata come diritto inviolabile. – 5. La Costituzione repubblicana, che introduce lo Stato sociale di diritto, riprendendo la dicotomia romana “tutto-parte”. Il rapporto “proprietà collettiva-sovrانيتà”. Il principio dell’originaria appartenenza dei beni allo Stato. Il Regolamento di contabilità generale dello Stato n. 3074 del 1865. – 6. Applicabilità all’ambiente dei principi riguardanti la “proprietà collettiva della terra”. – 7. Necessità di attribuire ai beni ambientali, paesaggistici e culturali il carattere della “demanialità”, cioè della “incommerciabilità” e, quindi, dell’“inalienabilità”, affidandone la gestione allo Stato, quale Ente esponenziale della Comunità nazionale. Illegittimità costituzionale dell’alienazione dei beni comuni per contrasto con la Costituzione. Necessità di distinguere tra “cosa” e “bene

* Relazione presentata al Convegno sul tema “*Dialoghi sui beni comuni*”, svoltosi presso l’Università degli studi di Firenze, Istituto Italiano di Scienze Umane, il 9 novembre 2011.

giuridico”, tenendo presente che sulla cosa possono insistere più beni giuridici. I nuovi compiti del legislatore ordinario: riconoscere la demanialità dei beni ambientali, ora inseriti nel patrimonio indisponibile dello Stato, e riscrivere la legislazione urbanistica, effettuando un giusto “bilanciamento” di tutti gli interessi in gioco. – 8. La definizione di ambiente. La definizione delle sue componenti: il territorio, il suolo, il sottosuolo, le acque, l’aria, le risorse naturali, il patrimonio naturale, il paesaggio ed il patrimonio storico ed artistico della Nazione. – 9. Le “*actiones*” a tutela dell’ambiente. – 10. Il sorprendente atteggiamento del legislatore ordinario: la legge n. 112 del 2002, che istituisce la “Patrimonio s.p.a.”, con il compito di vendere anche i beni demaniali ed il decreto legislativo n. 85 del 2010, che regionalizza il demanio idrico, marittimo e culturale, per poi venderlo a privati. – 11. Conclusione.

Obiettivo della ricerca è quello di precisare, in riferimento ai beni ambientali e culturali, la disciplina della categoria dei “beni comuni”, individuata dalla Commissione Rodotà, tenendo presente l’attuale, gravissima crisi economica ed ambientale. L’autore sostiene, che, per quanto riguarda soprattutto l’ambiente, e cioè i beni ambientali, paesaggistici ed artistici e storici, occorre passare dal principio antropocentrico, il quale, nell’ambito della concezione individualistica e borghese, pone sopra ogni cosa il diritto di proprietà privata, a quello ecocentrico, che pone in evidenza, non il possesso ed il consumo dei beni, ma il considerare uomini e cose come parti di un tutto: l’uomo è parte della comunità umana, ma anche della comunità biotica. Ciò vuol dire che la natura (e lo stesso discorso vale per i beni culturali) appartiene all’uomo, come questi è parte della natura; c’è una naturale corrispondenza tra l’uno e l’altra, per cui, da una parte l’uomo deve tutelare la natura, e d’altra parte la natura deve essere posta in grado di offrire all’uomo i suoi benefici. Si tratta di ristabilire un equilibrio che è stato turbato. E tale ristabilimento passa attraverso un nuovo stile di vita che tenga conto, non solo della “sostenibilità ambientale”, ma anche e soprattutto dell’equo “bilanciamento” degli interessi, specie quelli costituzionalmente protetti, della presente e delle future generazioni.

Il principio ecocentrico ha il suo storico antecedente nel diritto romano, il quale era informato al principio del “tutto-parte”, collocava, cioè il singolo uomo o la singola cosa nell’universo di appartenenza. Il cittadino era parte della Comunità politica e parte ne era anche il territorio, il quale era variabile secondo le dimensioni della Comunità stessa: la *Civitas*, la *Respublica*, i *Municipia*, le *Coloniae*, l’Impero. Ed è da sottolineare che, per i Romani, può parlarsi di Comunità anche a proposito

di tutte le genti (il *ius gentium*), o di tutti gli esseri viventi (il *ius naturale*), con la conseguente individuazione delle *res communes omnium*.

Entrando nel vivo della trattazione giuridica, l'autore ricorda che la Commissione Rodotà, coadiuvata da altri illustri Autori, ha felicemente individuato la categoria dei "beni comuni", cioè di quei beni che soddisfano immediatamente bisogni umani fondamentali e sono strettamente collegati a diritti inviolabili dell'uomo, facendo leva sulla "funzione" e la "destinazione" di tali beni, ma lasciando in contropiede l'aspetto proprietario. Rilevato che il problema dell'appartenenza è "centrale" nel nostro ordinamento, l'autore propone, per quanto riguarda i beni ambientali, di non abbandonare la categoria dei beni demaniali e di far ricorso, comunque, all'antico, ma ancora vivente, istituto della proprietà collettiva, il quale, a differenza della proprietà privata, consente l'uso corretto dei beni e la loro conservazione per la presente e le future generazioni.

A questo punto, con preciso riferimento al diritto romano, l'autore pone in forte evidenza che la proprietà collettiva rende i beni *extra commercium*, non potendosi alienare a singoli, beni che appartengono a tutti, mentre restano *in commercio* i beni in proprietà di privati. È in questa distinzione che riposa la migliore tutela dei beni comuni ambientali: si tratta di beni di tutti che non possono essere alienati, e cioè, è ben possibile affermarlo, di beni demaniali.

Nel descrivere la storia della proprietà collettiva della terra, cominciando sin dalle origini, l'autore fa notare l'importanza fondamentale esercitata dal principio "tutto-parte", per il quale la zona di terra circoscritta dai confini, detta territorio, costituisce, insieme con l'aggregato umano che in quel territorio si insedia, la Comunità politica, che viene ordinata da un ordinamento giuridico. Il territorio appartiene a tutti, è cioè *extra commercium*, ed è oggetto di proprietà collettiva, diremmo oggi "demaniale", del popolo (*ager publicus populi Romani*), e solo in un secondo momento parte di esso viene conferito ai singoli *Quiriti*, a titolo di "*dominium ex iure Quiritium*". La restante parte di territorio resta proprietà collettiva demaniale del *populus*.

Questo concetto di proprietà collettiva demaniale della terra, con la conseguente sua caratteristica di incommerciabilità, è oggi estensibile a quelle utilità ambientali che la terra stessa produce e che una volta non venivano in considerazione perché non esistevano gli inquinamenti e gli altri fattori distruttivi (si pensi ai pesticidi) che oggi sono presenti. Occorre dunque considerare la terra, non solo per le utilità economiche che produce (l'agricoltura, le edificazioni), ma anche e soprattutto per

le utilità ambientali (l'assorbimento dell'ossido di carbonio da parte della vegetazione, l'umidità, l'influenza sul clima, le particolarità geologiche e così via dicendo). Per soddisfare i bisogni elementari dell'uomo, collegati a diritti inviolabili, oggi non è più sufficiente la "terra" come era originariamente intesa, ma occorre far ricorso all'intera comunità biotica, cioè all'ambiente (del quale la terra è una delle componenti). E deve essere esteso a quest'ultimo il concetto di proprietà collettiva demaniale. Se si ammettesse l'alienazione dei beni ambientali, paesaggistici ed artistici e storici, si pregiudicherebbe lo sviluppo della persona umana, violando i diritti dell'uomo (art. 2 Cost.) ed il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.).

Importante appare poi la considerazione che la vigente Costituzione repubblicana estrapola la proprietà privata dai diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. e ne tratta nei "Rapporti economici", affidando alla legge ordinaria il compito di stabilire "i modi di acquisto, di godimento e i limiti". Si fa così chiaramente intendere che la terra, e quindi l'ambiente, appartiene alla Comunità politica e che, di conseguenza, la sua disciplina rientra nella somma dei poteri sovrani dello Stato sociale di diritto. Ne consegue che soltanto lo Stato-comunità, e cioè il popolo nella sua interezza, ed attraverso i suoi rappresentanti, può disporre quale disciplina debba essere adottata. Ed è per questo che l'art. 117 Cost. affida alla legislazione esclusiva dello Stato la materia della tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali. Segue una definizione dell'ambiente e dei singoli beni ambientali, come individuati dalle leggi vigenti: il territorio, il suolo, il sottosuolo, le acque, l'aria, il patrimonio naturale, il paesaggio, il patrimonio storico ed artistico della Nazione.

L'autore pone quindi in evidenza che la tutela giudiziaria dell'ambiente dovrebbe essere rimessa "all'*actio popularis*", stante la vigenza del principio "tutto-parte", sennonché il vigente Codice dell'ambiente ha preferito far riferimento alla tutela amministrativa del Ministro per l'ambiente, il quale, tuttavia, può anche esercitare l'azione per il risarcimento del danno ambientale. È prevista, comunque, una sorta di azione popolare davanti al giudice amministrativo, esercitata da parte delle Associazioni ambientaliste.

La conclusione è che, di fronte alla necessità di risanare l'ambiente e di ricondurre nella proprietà collettiva l'enorme quantità di ricchezza accumulata dai privati, che oggi minacciano il potere degli Stati, un compito arduo si pone al legislatore ordinario: quello di attribuire ai beni ambientali, paesaggistici ed artistici e storici il carattere della "demaniale",

e, quindi, dell'“inalienabilità”, nell'ambito di una riconsiderazione generale della disciplina della proprietà privata e della legislazione urbanistica, tenendo presente la necessità di un equo “bilanciamento” tra i vari interessi in gioco, specie quelli costituzionalmente garantiti come diritti inviolabili dell'uomo.

C'è, però, una ultima, tristissima annotazione, quasi come un brutto finale a sorpresa, che si troverà alla fine di questo scritto.

1. *Il problema ambientale. Necessità di passare dal principio antropocentrico a quello ecocentrico o biocentrico. Il principio romano “tutto-parte”. La summa divisio tra le cose appartenenti ai singoli, “res in commercio”, e le cose appartenenti a tutti, “res extra commercium”. Il debito ecologico-ambientale ed il debito economico. Necessità di pagare il debito economico ed ambientale contratto con le generazioni future e di evitare il passaggio dei beni comuni dalla proprietà di tutti alla proprietà di pochi*

In Italia il problema della tutela dell'ambiente e quindi anche del paesaggio e del patrimonio storico ed artistico, ha cominciato ad incidere sull'opinione pubblica soltanto agli inizi degli anni settanta, dopo che gli inquinamenti diffusi e le colate di cemento avevano gravemente danneggiato il nostro territorio.

Nonostante talune voci si fossero levate in anticipo, solo da quella data si cominciò a chiedere l'intervento del legislatore, che si realizzò con la prima legge sulla tutela delle acque (la legge Merli) del 1976 e poi, a nove anni di distanza, con il famoso “decreto Galasso”, trasfuso nella legge 8 agosto 1985, n. 431.

Si è avuta poi una profluvie immensa di leggi, regolamenti, direttive, trattati internazionali, i quali non ancora sono stati tradotti in un “sistema” del diritto ambientale, al quale ci si possa riferire per realizzare in concreto l'applicazione di quella estesa e complessa normativa.

Ai fini di una costruzione sistemica del diritto ambientale, occorre innanzitutto, come appare evidente, un cambiamento dell'atteggiamento culturale dei giuristi, i quali si sono finora prevalentemente ispirati al principio antropocentrico, che, peraltro, ha informato di sé buona parte dell'ordinamento giuridico vigente. Principio che ha un suo antecedente in una concezione postclassica, secondo la quale “*hominum causa omne ius constitutum sit*” (citazione che si ritrova in D. 1. 5. 2, e scritta da Er-

mogeniano, giurista del V secolo d. C., molto stimato da Teodosio II, Imperatore d'Oriente).

Occorre, invece, ispirarsi all'opposto principio ecocentrico o biocentrico che dir si voglia, e cioè ad un nuovo atteggiamento culturale che consideri l'uomo parte della "biosfera", cioè della "comunità biotica", pur restando, ovviamente, al suo vertice¹.

La "comunità biotica" è concetto ampio. Essa, infatti, comprende una serie di componenti, animate ed inanimate, naturalmente ordinate in "ecosistemi", e tra queste componenti è anche da annoverare quanto è stato creato dall'uomo, e cioè il patrimonio storico ed artistico. Inoltre è da porre in evidenza che l'uomo, essendo dotato di ragione e di libero arbitrio, ed essendo collocato al vertice della "comunità biotica" ha anche una "responsabilità" verso di essa², responsabilità che gli impone, non solo di fruire in modo corretto dei beni naturali e culturali, ma anche di provvedere alla loro conservazione e tutela, per la presente e le future generazioni.

Il principio ecocentrico, che, nella sua essenza consiste nel considerare il singolo individuo o la singola cosa come parte del tutto, ha un preciso riscontro nella dicotomia "tutto-parte", alla quale si ispirarono i giuristi romani, i quali, tra l'altro, avevano imparato dai Greci che l'uomo è parte del Cosmo³. Questo principio, peraltro, ha in sé il germe di quella virtù che fece grande Roma e che consiste nella "solidarietà", cioè nel sentirsi una sola cosa con tutte le componenti della Comunità di cui si è parte. Si tratta di un principio fondamentale, che si differenzia sostanzialmente dall'analogo principio germanico della cosiddetta comunione a mani unite, poiché quest'ultimo pone come primo valore l'individuo, che poi si associa agli altri individui (si tengono per mano), mentre il principio Romano pone come primo valore la Comunità, la quale, per sua natura, tiene uniti tutti i suoi componenti. Si tratta, inoltre, di un concetto unitario che investe tutto: uomini, animali e cose.

La conferma è nella teoria delle "res", esposta in un noto passo di Pomponio: D. 41. 3. 30, *Pomponius libro trigesimo ad Sabinum*. "*Tria autem sunt genera corporum, unum, quod continetur uno spiritu et Graece*

¹ Sull'argomento: F. TASSI, *Difendere la natura in Italia. Missione impossibile?*, in *Riflessioni sistemiche*, n. 4, maggio 2011.

² J. PASSMORE, *Man's Responsibility for nature*, London 1974, trad. it. di M. D'Alessandro, Milano 1986.

³ Sull'argomento: M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari 1992, 344 ss.

enomenon vocatur. Ut homo tignum lapis et similia; alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod sunemmenon vocatur, ut aedificium navis armarium; tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura, non soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus legio grex". Come si nota, il principio ispiratore che guida il giurista nel suo discorso è proprio quello del tutto e della parte, principio che riunisce tutto in unità: sia gli uomini, sia le cose (tra le quali, come dimostra il riferimento al gregge, venivano annoverate anche gli animali).

Dall'ampia valenza semantica di questo principio fu agevole per i Romani, che, come è noto, si esprimevano in termini di equilibrio ed armonia, pensare ad una Comunità di esseri viventi e cose inanimate, e ritenere che fossero rilevanti per il diritto, e quindi egualmente meritevoli di tutela, sia le persone, sia le cose, come si legge in Gaio, Inst. 1, 2, "*omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*". Questa tripartizione, che traccia, per così dire, il perimetro dell'intera scienza giuridica, costituendo la sistematica alla quale si ispirarono i giuristi dal primo secolo d. C. fino al sesto secolo d. C. (e cioè fino alla compilazione di Giustiniano), considera parimenti rilevanti per il diritto, sia la persona, sia la cosa, quasi a sottolinearne la reciproca appartenenza.

Si deve inoltre avvertire che detta distinzione tra "*personae*" e "*res*" aveva un carattere elastico, nel senso che sovente lo stesso oggetto poteva esser visto, secondo i casi, o come "*persona*" o come "*res*". Si pensi alla posizione del "*servus*", il quale, in quanto schiavo, era considerato "*res*", ma in quanto operatore di attività negoziali era considerato "*persona*". In altri termini, per i romani, come si è già accennato, la rilevanza giuridica del soggetto si poneva su un piano di parità rispetto alla rilevanza giuridica dell'oggetto.

Inoltre questo modo "elastico" di ragionare può indurre anche a superare, nel contesto in cui viviamo, quella netta opposizione tra soggetto e oggetto, per cui il soggetto è padrone, possiede ed è proprietario, e l'oggetto, il più delle volte considerato semplicemente "merce", è posseduto ed è la cosa sulla quale insiste, con tutti i suoi poteri, pieni ed assoluti, il diritto del proprietario.

Quanto or ora detto in ordine al principio "tutto-parte" spiega anche perché i giuristi Romani ritenevano che il "territorio" facesse parte integrante della Comunità politica, e perché, ancor oggi, sia pur nella diversa prospettiva fondata sulla personificazione dello Stato, il territorio, insieme con il popolo e l'ordinamento giuridico, è considerato "elemento costitutivo" dello Stato, o, quanto meno, un suo "presupposto".

Si deve rilevare, tuttavia, che questo fondamentale principio del collegamento tra il tutto e la parte si imponeva, innanzitutto nei confronti della collettività umana, per cui importante era sentirsi “*civis romanus*”, e che il riferimento anche al territorio avveniva, come si è detto, nell’ambito di una visuale più ampia, che considerava il popolo ed il territorio come componenti della Comunità politica, che doveva necessariamente avere un carattere territoriale.

I tipi di comunità territoriali erano molteplici. Presso i Romani, si era soliti parlare, innanzitutto, di “*Populus Romanus Quirites*” e, per quanto riguarda le comunità minori, generalmente indicate come “*universitates*”, di “*civitas*”, per quanto riguarda Roma e, per quanto riguarda i territori diversi da Roma, di “*municipia*”, considerati territorio romano, o di “*coloniae*”, abitate da soggetti che avevano lo *status* di “Latini” e non di “Romani”. Si pensò anche ad una comunità formata da tutti gli uomini, o addirittura da tutti gli esseri viventi.

Ciò è evidente in un testo di Gaio, relativo alla “bipartizione” fra “*ius civile*” e “*ius gentium*”, nonché in un testo di Ulpiano, relativo alla “tripartizione” fra “*ius civile*”, “*ius gentium*”, “*ius naturale*”.

Secondo Gaio (Gai Inst., 1, 1): “*Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque “ius civile”, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque “ius gentium”, quasi quo iure omnes gentes utuntur, itaque populus Romanus partim suo proprio partim communi omnium hominum iure utitur*”.

Secondo Ulpiano (D. 1. 1. 3, 4 e 6 pr.): “*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mare nascuntur, avium quoque commune est, hinc descendit maris et feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc aeducatio; videmus enim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris censi. Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur... Ius civile est... ius proprium...*”.

Ed è da sottolineare, come già si è accennato e come meglio si vedrà in seguito, che, in questo quadro generale, la tutela dei beni appartenenti al singolo si otteneva riconoscendo a questi la proprietà individuale, il “*dominium ex iure Quiritium*”, mentre la tutela dei beni appartenenti alla Comunità si otteneva ponendo tali beni fuori commercio, *extra commercium*. Si concretò in questo modo la migliore tutela dei beni che in-

teressavano tutti, in quanto diretti a soddisfare interessi della presente e delle future generazioni. L'incommerciabilità, del resto, fu una diretta conseguenza dell'appartenenza di detti beni alla comunità: è, infatti, logicamente e giuridicamente inconcepibile garantire a tutti un bene di utilità collettiva, se si consente di trasferirlo ad un singolo, il quale, peraltro, utilizza quel bene, non *pro quota*, ma complessivamente, in quanto parte, come "civis", della stessa "universitas".

Di qui la *summa divisio* delle *res* tra *res in commercio* e *res extra commercium*, divisione che si ritrova chiaramente espressa da Gaio in Inst., 2, 1: "... modo videamus de rebus. Quae in nostro patrimonio sunt vel extra nostrum patrimonium habentur", nonché in Inst., 2, 11: "Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse: ipsius enim universitatis esse creduntur. Privatae sunt quae singulorum hominum sunt".

È da notare, inoltre, che dalla cennata classificazione delle collettività, o, meglio, degli aggregati di "personae", i Romani ricavarono una corrispondente classificazione delle "res extra commercium", distinguendo le "res publicae", cioè del popolo, dalle "res universitatis", cioè delle città, e dalle "res communes omnium", cioè le cose appartenenti all'intera umanità.

Di queste ultime ci parla Marciano, giurista del terzo secolo d. C., in D. 1. 8. 2. 1 (*Marcianus libro tertio institutionum*). «*Et quidam naturali iure communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris*».

E non si può sottacere, a questo proposito, l'enorme fortuna che ha avuto, da Grozio (che la richiamò per affermare il principio della libertà dei mari) in poi, questa categoria delle *res communis omnium*. Si può dire che l'affermazione di questa categoria appare incontrastata a livello di diritto internazionale, essendo considerate *res communis omnium* il mare libero, gli spazi aerei sovrastanti il mare libero, lo spazio extra-atmosferico e l'etere.

L'appartenenza a tutti dell'alto mare e degli spazi aerei sovrastanti è dichiarato dalle Convenzioni di Ginevra del 1958 e dalla Convenzione sul diritto del mare di Montego Bay del 1982. Come è noto, poi, la Convenzione di Chicago del 1944 attribuì ai singoli Stati lo spazio aereo sovrastante i loro territori e si è inteso per spazio aereo quello entro il quale è possibile la navigazione aerea. Pertanto si è ritenuto che questo spazio arrivi fin dove è possibile la navigazione aerea. Si è ritenuto, cioè, che questo spazio arrivi fin dove il volo aereo non diventa orbitale, cioè fino alla cosiddetta linea di Karmàn, che si trova a 84 Km dalla superficie ter-

restre. Oltre tale linea c'è lo spazio extra-atmosferico, che, come è stato detto, è *res communis omnium*. Anche i corpi celesti del sistema solare sono considerati beni di tutti. Lo confermano la Convenzione di Mosca del 1963, nonché il trattato sull'utilizzazione dello spazio firmato a Londra, Mosca e Washington nel 1968 e l'Accordo sulla luna e gli altri corpi celesti firmato a New York nel 1979.

Quello che, tuttavia, più interessa mettere in evidenza è che i Romani sottolinearono il rapporto tra "*personae*" e "*res*" sotto il profilo della natura propria dell'uomo e delle cose, e cioè, come si è visto, "*iure naturali*". Oggi, in una ottica che rifugge dal giusnaturalismo, i giuristi, preferiscono parlare, piuttosto che della "natura", della "funzione" della cosa, in relazione alla sua capacità di soddisfare bisogni umani materiali e spirituali. In questo ordine di cose è estremamente importante quanto afferma il Cassese, a proposito dell'appartenenza dei beni che hanno la "funzione" di soddisfare direttamente bisogni collettivi. Egli, nel contestare la teoria del Ranelletti, così si esprime: "se è la collettività ad usare necessariamente il bene, se cioè solo la collettività può usarla e nessun altro; e se, d'altra parte, i fini che l'ente deve realizzare sono della collettività, non si vede perché si debba fare un giro logico inutile (ed affermare che lo Stato è "proprietario" dei beni e li "destina" al godimento della collettività); in realtà la collettività gode direttamente del bene, soddisfacendo così i suoi bisogni senza che l'ente che la rappresenta debba affermare un diritto di proprietà sui beni, diritto che si risolverebbe nella necessaria destinazione all'uso da parte della collettività"⁴.

Non bisogna comunque dimenticare che questa relazione tra gli uomini e le cose è affermata anche da talune correnti filosofiche, le quali sottolineano una perfetta corrispondenza tra l'uomo e le cose del mondo: queste ultime sono naturalmente disposte per l'utilità dell'uomo, e l'uomo, d'altro canto, per natura, non può fare a meno di quelle utilità. Si tratta di una corrente di pensiero che, partendo da Leibniz fino ad arrivare ad Husserl ed a Wittgenstein, ha posto in evidenza questa struttura relazionale, sì che non è possibile pensare ad un singolo oggetto senza pensare agli scambi ed alla interazione che legano gli oggetti fra loro⁵.

Occorre, inoltre, precisare che questa relazione tra l'uomo e le cose del mondo va oggi tradotta in una relazione tra l'uomo e l'ambiente, il

⁴ S. CASSESE, *I beni pubblici*, Milano 1969, 175 ss.

⁵ S. COSTA, voce "Soggetto del diritto", in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLII, Milano 1990.

quale, a causa dell'insensato sfruttamento delle risorse (specie del territorio) e degli inquinamenti diffusi, è forse arrivato ad un punto di non ritorno. Con ciò, si vuol anche dire che il principio "parte-tutto" deve oggi comprendere non solo l'intera umanità vivente, ma anche le generazioni future verso le quali, per la prima volta nella storia, le generazioni precedenti hanno contratto un immenso debito ecologico-ambientale.

Infatti, la terra che trasferiamo alle generazioni future non è più quella che abbiamo ricevuto noi. Finché l'antropizzazione del mondo si è mantenuta entro limiti sostenibili, le risorse ambientali sono state sufficienti a soddisfare i bisogni umani ed i consumi sono avvenuti entro i limiti della sostenibilità ambientale. Ma quando l'umanità ha largamente superato i sei miliardi di individui, e molti di costoro si sono dati al più sfrenato consumismo, le risorse della terra, che in un primo momento potevano sembrare infinite, hanno mostrato tutta la loro limitatezza, sicché il loro smodato consumo ci ha reso "debitori" verso le generazioni future.

È per questo che la più accorta dottrina costituzionalistica recente⁶ considera passata l'epoca dei diritti ed instaurata l'epoca dei "doveri". Nell'esemplare scritto or ora citato lo Zagrebelsky, giustamente, pone in evidenza che la terra potrebbe fare la fine dell'isola di Pasqua; quell'isola, distante 3.700 chilometri dal Cile, che rese esterrefatti gli Europei che vi sbarcarono nel 1864, e si trovarono di fronte a 397 megaliti, raffiguranti giganteschi tronchi umani, uno dei quali raggiungeva il peso di 270 tonnellate, e di fronte ad un territorio completamente privo di vegetazione ed abitato soltanto da 111 esseri umani degradati e mal nutriti. Cosa era successo? Gli studiosi hanno spiegato che causa prima della distruzione dell'isola era stata la deforestazione, determinata da una specie di gara, instauratasi tra i dodici clan che abitavano l'isola, per dimostrare la superiorità dell'uno contro l'altro, costruendo, per l'appunto, enormi e terrificanti blocchi di pietra dalle sembianze vagamente umane. Per dette costruzioni fu, infatti, necessario utilizzare una quantità immensa di alberi, da usare come strumenti di scorrimento per il trasporto dei massi, per la costruzione di piani inclinati, per la costruzione di funi e così via dicendo. Con il venir meno della vegetazione arborea, si esaurirono le risorse alimentari e, come sempre accade, si accese una forte rivalità tra i

⁶ G. ZAGREBELSKY, "Costituzionalismo", in atti del Seminario organizzato per il 150° anniversario dell'Unità d'Italia dalla Corte costituzionale, dal titolo "Dallo Statuto del 1848 alla Costituzione repubblicana", Milano 2012.

dodici clan che abitavano l'isola e si finì, all'ultimo stadio, con l'antropofagia. I pochi rimasti cercarono allora di fuggire, ma non c'erano più alberi per costruire le canoe e tutto finì lì. Questa triste storia è un apologo che vale oggi per la nostra terra: quando saranno finite le risorse, i pochi sopravvissuti non avranno neppure i mezzi per scappare. Dunque, non ci resta che affrettarci per pagare subito l'enorme debito ecologico-ambientale che abbiamo contratto con le generazioni future.

Il ritorno alla dicotomia parte-tutto, nel senso sopra descritto, è imposto, peraltro, anche dall'attuale crisi internazionale della finanza pubblica e sospinge ad alzare lo sguardo oltre la generazione presente ed a considerare nella loro complessità ed unitarietà la presente e le future generazioni. Occorre, in altri termini, indagare perché pochi ricchi siano diventati sempre più ricchi, a discapito dei meno abbienti che sono diventati sempre più numerosi e sempre più poveri, e perché si è creato un tale spostamento della ricchezza, che gli speculatori insidiano ora direttamente gli Stati, la cui ricchezza totale è del venti per cento inferiore alla ricchezza di quei pochi ricchi.

La verità è che, per anni, illusi da Governi insipienti ed incapaci, i cittadini hanno consumato senza freni, anticipando i consumi e posticipando i costi, cioè indebitandosi. D'altro canto i Governi, per non perdere consensi elettorali, hanno creato un colossale debito pubblico, che nell'ultimo quinquennio ha superato i cinquecento miliardi di euro, il quale grava sulle spalle di tutti ed ostacola fortemente lo sviluppo economico, poiché la massima parte di quanto preleva il fisco serve per pagare gli enormi interessi prodotti dal debito.

E tutto questo, mentre il Club dei ricchi, dopo aver raschiato con congiunte e difficilmente individuabili azioni di vero e proprio "aggiotaggio" la ricchezza disponibile sul mercato, ora attacca anche i "beni comuni" di tutti, dei quali si chiede l'alienazione, per tentare di pareggiare il debito pubblico.

In questo contesto, alienare i "beni comuni" è una pura follia, poiché gli acquirenti di detti beni sarebbero certamente gli speculatori che hanno alimentato la presente crisi economica, e trasferire a loro la proprietà dei beni comuni, in cambio di somme di danaro certamente al di sotto dei valori di mercato, significherebbe aumentare il divario tra la ricchezza degli Stati e quella dei privati speculatori, i quali potrebbero diventare addirittura più aggressivi nell'impadronirsi di altri beni, in commercio o fuori commercio, appartenenti all'intera comunità.

Dunque, è indispensabile ed urgente farsi carico di questa difficilis-

sima situazione e correre ai ripari, sia ripianando il debito pubblico, sia mettendo in opera un'efficace politica di risanamento ambientale. Se si pensa che siamo parte del tutto e che questo tutto comprende non solo i viventi nel momento presente, ma anche coloro che vivranno dopo di noi, una categorica responsabilità morale e giuridica ci impone di far presto e riequilibrare tutto ciò che è stato sconvolto e procrastinato. È già tardi e non c'è un attimo da perdere.

Che si tratti di un impegno morale non ha bisogno di dimostrazione. Che si tratti di un impegno anche giuridico deve opportunamente essere chiarito. E la ragione è molto semplice e consiste in due ordini di cause. In primo luogo, il diritto soggettivo in genere, e la proprietà privata in particolare, debbono essere considerati, non in una unità di tempo, ma in un tempo che comprenda anche le generazioni future⁷. In secondo luogo, si deve tener presente che la Comunità politica, quella che comunemente si dice "Stato", è costituita dal territorio, dal popolo, e dall'ordinamento giuridico, nel quale ordinamento è scritto a chiare lettere che il territorio ed il Popolo sono costituiti, rispettivamente, non solo dalle cose e dagli uomini che esistono in un determinato momento, ma anche dalle cose e dagli uomini che esisteranno nel futuro, sicché è impossibile pensare a coloro che vivono nel presente immediato, senza pensare a chi sta per nascere e a chi nascerà in prosieguo di tempo. Una Comunità politica che pensasse in tal modo, avrebbe già deciso il proprio suicidio.

2. *La meritevole individuazione da parte della Commissione Rodotà della categoria dei "beni comuni". Le difficoltà di individuare i soggetti titolari di questi beni. Importanza dell'"appartenenza" della cosa alla collettività e della conseguente sua "incommerciabilità". Limitata efficacia dei "vincoli". Necessità di ricorrere al concetto di "proprietà collettiva"*

Tornando all'oggetto proprio del nostro discorso, e cioè al tema dei beni ambientali, appare, dunque, evidente che occorre ripianare con somma urgenza quello che abbiamo chiamato debito ecologico-ambientale, ed è indispensabile affermare la "inalienabilità dei beni comuni", ed

⁷ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*; per gli aspetti economici, giuridici e costituzionali della questione è fondamentale il saggio di M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Diritto e Società*, n. 4 del 2011.

in particolare dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali, di cui all'art. 117, secondo comma, lett. s), della Costituzione.

Tuttavia, prima di procedere oltre, è necessario porre in luce le interessanti conclusioni alle quali sono pervenuti, in tema di "beni pubblici", la Commissione Rodotà per la riforma della proprietà pubblica⁸ ed i partecipanti ad una giornata di studi presso l'Accademia dei Lincei, i cui atti sono stati pubblicati in un volume con il titolo *I beni pubblici dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile* (Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 2010).

Il frutto più importante di questi studi è stato, a nostro avviso, non tanto la classificazione dei beni pubblici in tre categorie (beni comuni, beni sovrani e beni sociali), con il conseguente abbandono delle categorie dei beni demaniali e dei beni patrimoniali indisponibili, ma la individuazione della categoria dei "beni comuni", intesi, come ha acutamente e lucidamente affermato Ugo Mattei nel suo recente volume⁹ quale "proprietà comune", per cui "in un processo di privatizzazione il governo non vende quanto è suo, ma quanto appartiene *pro quota* a ciascun componente"¹⁰, nonché l'affermazione che "i beni comuni assolvono per vocazione naturale ed economica all'interesse sociale, servendo immediatamente non l'amministrazione pubblica, ma la stessa collettività in persona dei suoi componenti"¹¹, concetto, quest'ultimo, ripreso dal Reviglio¹², il quale precisa che "i beni comuni sono quei beni le cui utilità essenziali soddisfano bisogni collettivi corrispondenti all'esercizio di diritti fondamentali, nonché al libero sviluppo della persona".

Nel far nostri questi risultati, è necessario ora approfondire quale debba essere in concreto la disciplina giuridica dei "beni comuni", in quanto molti aspetti di quest'ultima sono stati lasciati in chiaro scuro dalle analisi alle quali ci siamo riferiti¹³.

Innanzitutto, occorre precisare che non sembra opportuno, come in-

⁸ Rinvenibili nel volume *Invertire la rotta*, a cura di U. Mattei, E. Reviglio e S. Rodotà, Bologna 2007.

⁹ U. MATTEI, *I beni comuni*, Roma-Bari 2011.

¹⁰ U. MATTEI, *op. cit.*, p. V.

¹¹ A. LUCARELLI, *Proprietà pubblica, principi costituzionali e tutela dei diritti*, in "I beni pubblici dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile", 90.

¹² E. REVIGLIO, *Le linee guida della riforma contenute nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge delega della Commissione Rodotà*, in *I beni pubblici cit.*, 75.

¹³ Sull'argomento dei "beni comuni", vedi la magistrale trattazione di Mario Esposito, *I beni pubblici*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino 2008.

vece suggerito da qualche Autore, “prescindere dal titolo di proprietà” ed affermare che ciò che conta è soltanto la “funzione” e la “destinazione” del bene, ed in secondo luogo è da sottolineare che non si ravvedono seri motivi per sconsigliare il ricorso all’istituto della “proprietà collettiva” (la quale integra, in sostanza, una potestà dominicale insita nei poteri sovrani dello Stato sociale, o Stato-comunità che dir si voglia). In effetti, questo orientamento sembra che sia dettato, più dall’accondiscenza ad impostazioni civilistiche del passato (che tutto fondavano sul diritto reale ed assoluto di proprietà privata), che da una reale esigenza della disciplina dei beni comuni.

Se si trascura l’aspetto proprietario e se non si tiene nel dovuto conto l’istituto della proprietà collettiva, si lascia aperta una falla attraverso la quale la categoria dei “beni comuni” potrebbe anche rientrare in quella, per vero molto criticata dai citati Autori, dei “beni patrimoniali indisponibili dello Stato”, nel senso che si tratterebbe di beni, certamente in proprietà dello Stato, ma “alienabili”, purché non se ne cambi la “destinazione” economica. Sembra invece molto più opportuno, proprio per tutelare al meglio i beni comuni, eliminare la citata ed ambigua categoria dei beni del patrimonio indisponibile, e conservare e rafforzare la categoria dei “beni demaniali”, la quale, come è noto, è relativa ai beni che sono “fuori commercio” ed in proprietà collettiva, e che, pertanto, sono inalienabili, inusucapibili ed inespropriabili.

Peraltro, spinge in questa direzione anche la considerazione che, tralasciando la categoria dei “beni patrimoniali indisponibili” e tornando alla classica distinzione tra beni demaniali e beni sottoposti al regime del diritto privato, si fa opera di chiarezza senza che sia necessario superare ostacoli di sorta, poiché non si fa altro che far rivivere la chiara dicotomia, “proprietà privata o solitaria, e proprietà comune o collettiva”, già individuata dai giuristi romani, ed espressa nel già citato testo di Gaio (Gai Inst. 2, 11), secondo il quale: “*Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse: ipsius enim universitatis esse creduntur. Privatae sunt quae singulorum hominum sunt*”. Passo, questo, che rivela chiaramente, come osservava il Bonfante¹⁴, che per Gaio le “*res nullius*” sono di nessuno in particolare, perché appartengono a tutti. Per Gaio, in altri termini, i beni o sono dell’intera Comunità, e come tali sono *extra commercium*, ovvero sono di un singolo, e, per questo “*in commercio*”: *tertium non datur*. È si-

¹⁴ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, vol. II, parte prima, Milano 1966, 82.

curo, d'altronde, che non può parlarsi di "appartenenza a nessuno", per l'ovvia ragione che non può parlarsi di "appartenenza" ad un soggetto che "non esiste"; ed è evidente che un assurdo logico di tal genere è assolutamente estraneo alla stringente e concreta logica giuridica seguita dai giureconsulti romani.

È da osservare, inoltre, che occorre molta cautela nel far riferimento ad alcuni istituti di *common law*, poiché, se è vero che può essere molto utile ispirarsi, in certi casi, ai regimi immobiliari inglesi, è altrettanto vero che non si possono ottenere risultati soddisfacenti a seguito di una semplice trasposizione di concetti giuridici da un sistema ad un altro. Ad esempio, nel caso di cui si discute, se è vero che i beni della Corona inglese assolvono egregiamente, per "destinazione" legislativa, e prescindendo da aspetti dominicali, la funzioni di interesse pubblico, non si può dimenticare che l'efficienza di quel sistema dipende dalla capacità operativa della *Crown Estate Commission*, la quale esercita con professionalità e diligenza le proprie funzioni, e non al fatto che sarebbe rilevante solo la "destinazione" di un bene, prescindendo dalla sua appartenenza¹⁵.

D'altro canto è necessario osservare che i problemi di cui si parla debbono essere risolti tenendo presente la realtà concreta del nostro ordinamento giuridico, dal quale è certamente da espungere la confusa tripartizione dei beni pubblici in beni demaniali, patrimoniali indisponibili e patrimoniali disponibili, obiettivo che si può tranquillamente perseguire, proprio tornando alla classica bipartizione tra beni pubblici demaniali, e quindi fuori commercio, tra i quali rientrerebbero certamente i beni comuni, e beni patrimoniali disponibili, e perciò commerciabili alla pari dei beni dei privati.

Indispensabile, poi, appare il ricorso al modello della "proprietà collettiva", che consente il godimento della cosa, purché non se ne alterino le caratteristiche proprie, ed assicura così la trasmissibilità alle generazioni avvenire¹⁶. Se ancora ci sono zone intatte nel mondo, questo lo si deve in buona misura proprio all'istituto della proprietà collettiva, come

¹⁵ Sull'argomento, vedi i limpidi e fondamentali articoli di: A. SIMONATI, *Il Crown Estate nell'ordinamento inglese: configurabilità dell'istituto in termini di "Public Property"*, in *Diritto pubblico*, 1996, 699 ss.; ID., *Le Highways come "beni pubblici" nel Regno Unito*, in *Diritto e società*, 1955, 493 ss.

¹⁶ La tesi è stata proposta e sostenuta da P. MADDALENA, *Danno pubblico ambientale*, Rimini 1990.

dimostrano, per quanto riguarda l'Italia, le "Magnifiche regole" delle valli alpine, le "Università agrarie" del centro Italia e, in genere gli "usi civici", diffusi un po' dappertutto e prevalentemente nell'Italia meridionale; e per quanto riguarda gli altri Paesi, "il villaggio indiano", "il Mir russo", "il Township scoto-britannico", "la comunità celtica".

Notava il Cattaneo, opponendosi così al predominio, ai suoi tempi incontrastato, della proprietà privata¹⁷, che "questi (cioè i diritti di proprietà collettiva) non sono abusi, non sono privilegi, non sono usurpazioni: è un altro modo di possedere, un'altra legislazione, un altro ordine sociale, che, inosservato, discese da remotissimi secoli sino a noi"¹⁸.

D'altro canto, non è chi non veda che, se il bene ambientale o culturale resta nella disponibilità privata, diventa puramente illusoria l'idea che ne sia garantita la tutela attraverso l'apposizione di "vincoli" (a meno che non si disponga di un guardiano per ogni vincolo che si impone). La realtà italiana dimostra ampiamente che i beni ambientali in mano a privati (si pensi ai boschi ed alle foreste), prima o poi, vengono distrutti e spesso al loro posto si ritrovano bigie colate di cemento. D'altro canto, se non si pensasse che la vera tutela dei beni ambientali, paesaggistici e culturali è garantita dalla loro proprietà collettiva, non avrebbe certamente senso parlare, per essi di "patrimonio": "patrimonio storico e artistico della Nazione", come fa l'art. 9 della Costituzione, o "patrimonio naturale", come si legge all'art. 1, comma 2, della legge 8 luglio 1986, n. 349, o "patrimonio idrico", come è scritto alla lett. u), del primo comma, dell'art. 54 del Codice dell'ambiente, ovvero di "patrimonio dell'umanità", come vengono autorevolmente denominati i siti di grande valore paesaggistico e culturale.

¹⁷ C. CATTANEO, *Su la bonificazione del Piano di Magadino*, in *Scritti economici* a cura di A. Bertolino, Firenze 1956, vol. III, 187 ss.

¹⁸ Sull'argomento, vedi l'insuperabile volume di P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, in *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano 1977; per quanto riguarda le proprietà collettive in altri Paesi, *ivi*, 75 ss.

3. *Storia della “proprietà collettiva della terra”. La concezione borghese della proprietà privata. Lo Stato-comunità introdotto dalla Costituzione. La sentenza della Cassazione a sezioni unite n. 3665 del 2011, che introduce in giurisprudenza il concetto di “beni comuni”. La proprietà collettiva demaniale della terra*

È opportuno, a questo punto, fare un rapido *excursus* storico sulla nascita e sull'evoluzione della “proprietà collettiva”, avvertendo subito che questo concetto è nato ed è stato utilizzato da tempo immemorabile soltanto in relazione alla proprietà fondiaria. Al riguardo è subito da porre in evidenza che è assolutamente pacifico in dottrina che, alle origini, la proprietà collettiva si collega strettamente alla nascita di una Comunità politica e quindi al concetto di “sovranità”, cioè a quella somma di poteri nei quali rientra anche l'appartenenza dei beni.

Acutamente Karl Schmitt¹⁹ osserva che “ogni occupazione di terra crea sempre, all'interno, una sorta di superproprietà della Comunità nel suo insieme, anche se la ripartizione successiva non si arresta alla semplice proprietà comunitaria e riconosce la proprietà privata”. In altri termini, “è l'appropriazione fondiaria il primo, imprescindibile momento nella formazione e nel consolidamento del potere sovrano, nella fondazione cioè di uno stabile ordine unitario; la collettività si costituisce politicamente in primo luogo mediante la presa di possesso di un territorio, che comporta la riserva a sé di ogni facoltà di uso e di godimento del suolo, di tal che ogni eventuale distribuzione agli individui ed ai gruppi dipende da atti di decisione sovrana, è atto sovrano”²⁰.

È poi da ricordare che, a proposito di questo rapporto sovranità-proprietà, la più accorta dottrina²¹, oltre all'elemento dell'appropriazione del territorio, ha posto in rilievo, specie per quanto riguarda il Popolo Romano, l'importanza della coesione del gruppo. Infatti, se si tiene presente che la proprietà collettiva ha preceduto quella privata, come ha dimostrato il Niebuhr²², appare evidente che “l'appartenenza della terra all'individuo è mediata dal suo essere membro della comunità...il suo rapporto con la proprietà privata è un rapporto con la terra, ma al contempo (presuppone il suo essere cittadino), in quanto membro della Comuni-

¹⁹ K. SCHMITT, *Il nomos della terra*, 1950, trad. it. di E. Castrucci, Milano 1991, 24.

²⁰ M. ESPOSITO, *I beni pubblici*, cit., 86.

²¹ P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino 1974, 76 ss.

²² Citato da P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, 79.

tà". Inoltre è opportuno ricordare che Karl Marx, noto cultore del diritto e della storia di Roma²³, precisa che "la terra è occupata dalla comunità; una parte rimane alla comunità, come tale distinta dai membri della comunità, *ager publicus* nelle sue diverse forme; l'altra parte viene divisa e ogni particella di terreno è in tanto romana in quanto essa è proprietà privata, dominio di un romano, quota a lui appartenente; d'altro lato, egli è romano solamente in quanto possiede questo diritto sovrano su una parte della terra romana".

Decisivo, per la mentalità romana, è, come si è più volte ripetuto, il rapporto tutto-parte, il rapporto cioè comunità-cittadino, per il quale il *civis* partecipa della sovranità della Comunità, ed, in quanto "parte" della comunità, non solo ha l'uso dell'*ager publicus Populi Romani*, ma può anche diventare "*dominus ex iure Quiritium*" esercitando sul fondo gli stessi poteri sovrani della comunità, cioè un "*ius utendi, fruendi*", che consente di attribuire al "*fundus*" medesimo gli stessi attributi di Giove: "*Optimus Maximus*".

Questa mirabile connessione, assolutamente democratica, tra sovranità e proprietà viene meno nel medio evo, nel quale la proprietà viene scissa in "*dominium eminens*", spettante al Sovrano, nel quale soltanto vengono trasferiti i "poteri sovrani" inerenti alla proprietà, e "*dominium utile*", spettante a chi ha l'uso della terra²⁴. Situazione non molto dissimile da quella ancor oggi esistente nel Regno Unito, dove "è tuttora valido il principio di matrice feudale, in base al quale tutto il suolo compreso entro i confini del Regno appartiene al Monarca"²⁵.

Ma quello che è importante porre in evidenza a proposito della proprietà collettiva è che si può parlare, al riguardo, quasi di "uno schema antropologico"²⁶, che postula una originaria e potenzialmente sempre presente comunione di beni, così come postula la necessaria appartenenza collettiva della *summa potestas*. È importante comunque precisare che anche nel medio evo non venne mai meno, accanto alla cosiddetta "proprietà divisa" (dominio eminente e dominio utile), la proprietà collettiva di aggregati di persone, alle quali si è sopra fatto cenno. Di co-

²³ Citato da CATALANO, *op. cit.*, 78 ss.

²⁴ Così, molto acutamente, M. ESPOSITO, *I beni pubblici*, cit., pag. 87 ss.

²⁵ In proposito, vedi il limpido articolo di A. SIMONATI, *The Crown Estate, nell'ordinamento inglese: configurabilità dell'istituto in termini di Public Property*.

²⁶ P. GROSSI, voce *Proprietà (dir. interm.)*, in *Enc. Dir.*, Milano 1988, vol. XXXVII, 240.

munità statale, si parlerà comunque soltanto dopo Hobbes, con il quale “la specifica dimensione giuridica della statualità è definitivamente posta al centro della speculazione filosofico-giuridica ed il costituzionalismo (ammesso che prima sia davvero esistito quanto tale) proclama apertamente la propria pretesa”²⁷.

Le cose cambiano dopo la rivoluzione francese, che, come tutti sanno, fu una rivoluzione borghese. Nonostante il fine della legge del 1790 fosse quello di trasferire l'appartenenza del territorio dal Sovrano alla Nazione, per l'utile di quest'ultima, che è un utile collettivo per definizione, in realtà il comunitarismo viene offuscato e trionfa l'individualismo. Conseguentemente la proprietà collettiva è posta nel dimenticatoio e domina la proprietà privata, nella quale sembra concentrarsi o, meglio, persiste il ricordo di quegli antichi poteri sovrani, fino al punto di essere considerata un diritto naturale inviolabile.

Acutamente osserva il Grossi²⁸ che “al contrario della civiltà medievale..., la nuova civiltà... fa soltanto i conti con chi ha... e il proprietario subisce per il solo possesso dei beni una palingenesi che lo separa dai mortali e lo colloca tra i modelli... Se si aggiunge che l'operazione culturale è affiancata da una efficace operazione politica che vede lo Stato garantire generalmente le ricchezze a chi legittimamente le detiene e fondarsi sul consenso degli abbienti, si capisce quanto l'idea della proprietà come diritto naturale e del proprietario come cittadino per eccellenza mettesse radici saldissime; quelle radici che il profilo ideologico corroborava in maniera profonda”. Cittadino *pleno iure* diventa, insomma soltanto il cittadino che sia anche proprietario. Notava Marx²⁹: “nella società borghese il lavoratore, ad esempio, si trova senza un'esistenza obiettiva, esiste solo subiettivamente; ma la cosa che gli si contrappone è ora diventata la vera comunità, che egli cerca di divorare e dalla quale viene divorato”.

È su questi presupposti borghesi che si fondano, sia lo Statuto albertino, secondo il quale “tutte le proprietà senza alcuna eccezione sono inviolabili”, sia il codice civile del 1865, secondo cui “la proprietà è il diritto di godere e di disporre delle cose nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti”. Tali defi-

²⁷ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 1643.

²⁸ P. GROSSI, *op. cit.*, 8.

²⁹ K. MARX, *Forme economiche precapitalistiche*, trad. G. Brunetti, Roma 1967, 90 ss.

nizioni, come agevolmente si capisce, derivano dall'indirizzo politico-filosofico dell'individualismo francese: si tratta di un individualismo esasperato, come è evidenziato dall'espressione "nella maniera più assoluta".

Un notevole passo avanti è fatto dal codice civile del 1942, il quale, nel definire la proprietà, non dà una definizione statica riferita alle cose, ma una definizione dinamica riferita al "proprietario" ed ai limiti che sono posti ai suoi poteri. Si legge, infatti, all'art. 832 c. c., che "il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico". Non si volle parlare di "funzione sociale" della proprietà, "tuttavia fu modificata la formula del codice del 1865: si inserì, nella definizione dei poteri del proprietario l'espressa menzione dei limiti e degli obblighi e si rinviò all'ordinamento considerato nella sua totalità"³⁰.

Compare, come si nota, un principio solidaristico, ma, come è stato puntualmente notato³¹, il codice civile del 1942 si ispira ad una ideologia solidaristica di carattere soltanto produttivo ed economico e certamente non personalistico.

Nel quadro che si è delineato, appare evidente che, nel regime codicistico, la proprietà privata, unitariamente e graniticamente concepita, è un concetto che mira a togliere cittadinanza giuridica alla proprietà collettiva, la quale può mascheratamente rintracciarsi soltanto in quel tipo di proprietà che è definita "demaniale" e che appartiene formalmente allo Stato-persona, considerato come persona giuridica unitaria, titolare di un diritto di proprietà individuale. Ma, in proposito, occorre sottolineare che secondo la migliore dottrina (M.S. Giannini, S. Cassese, ecc.) i beni demaniali appartengono direttamente alla collettività, si tratta cioè di "proprietà collettiva demaniale", mentre allo Stato spetta, come da alcuni è stato detto, soltanto "la proprietà della tutela", nel senso che lo Stato è semplicemente "gestore" del demanio ed ha per questo anche il compito primario di tutelarlo³².

A questo proposito è interessante quanto ha affermato la Corte di cassazione a Sezioni Unite nella sentenza n. 3665 del 2011, secondo la

³⁰ P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Rivista di diritto civile*, Padova 1972, parte prima, 33.

³¹ P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli 1971, 65.

³² P. MADDALENA, *Danno pubblico ambientale*, cit., 134 ss.

quale in tema di beni pubblici, il connotato della “demanialità” esprime una “duplice appartenenza”, alla collettività ed al suo ente esponenziale, dovendosi intendere la titolarità in senso stretto come appartenenza al servizio, nel senso che l’ente esponenziale può e deve assicurare il mantenimento delle specifiche rilevanti caratteristiche del bene e la sua concreta possibilità di fruizione; ne consegue che “la titolarità dei beni demaniali” allo Stato o agli altri enti territoriali non è fine a se stessa e non rileva solo sul piano della “proprietà”, ma comporta per l’ente titolare anche la sussistenza di oneri di “*governance*” finalizzati a rendere effettive le varie forme di godimento e di uso pubblico del bene (principio enunciato in relazione alle cd. valli da pesca della laguna di Venezia). La sentenza contiene l’affermazione importantissima secondo la quale “il bene demaniale” appartiene alla collettività, cioè al popolo, o, se si preferisce, allo Stato-comunità, ma potrebbe offrire il fianco a critiche là dove parla di una di una “duplice appartenenza”, alla collettività e, nello stesso tempo, all’ente esponenziale. A nostro avviso, dovrebbe affermarsi, più esattamente, che la proprietà spetta allo Stato-comunità, cioè, come si è detto, al popolo, mentre l’ente esponenziale, nel caso lo Stato-amministrazione, e cioè la Pubblica Amministrazione, è da ritenere un organo dello Stato-comunità. Si evita così di parlare di due distinte proprietà, l’una delle quali, e cioè la proprietà dell’ente esponenziale, non sembra abbia un chiaro fondamento giuridico.

Dunque, il carattere della “demanialità”, e cioè dell’“incommerciabilità” e dell’“inalienabilità”, ben si addice al concetto della proprietà collettiva della terra, per cui potrebbe utilmente parlarsi di “proprietà collettiva demaniale”.

4. *L’oscuramento del concetto di proprietà collettiva da parte della cultura giuridica successiva alla Rivoluzione francese. Il dogma della Personalità dello Stato e la concezione del diritto di proprietà privata come diritto inviolabile*

Occorre ora porre nel dovuto rilievo che il concetto di “proprietà collettiva della terra”, come si è detto a proposito della sua evoluzione storica, è stato oscurato dalla cultura borghese, la quale ha posto in primo piano la “proprietà privata”, con i suoi caratteri di “pienezza” ed “esclusività”, riconosciuti al proprietario, sganciandola completamente dalla sottostante proprietà collettiva (la “superproprietà” della quale parlava

Karl Schmitt) e rendendola addirittura un diritto fondamentale inviolabile, dal quale occorre prender le mosse per qualsiasi discorso giuridico sull'argomento. Ne furono assertori convinti il Constant ed il Condorcet, benché efficacemente contrastati dal Rousseau, e poi da Marx ed Engels.

A consolidare questa concezione fortemente individualista aveva poi contribuito non poco l'affermarsi del dogma della Personalità giuridica dello Stato, nozione astratta costituita da una pura "idea", come diceva Jhering, ma che serviva egregiamente a sottrarre dai tre elementi di cui si diceva fosse formato lo Stato, e cioè il Popolo, il territorio e l'ordinamento giuridico fatto valere dell'Autorità, proprio il Popolo, che, in pratica era, a parte il limitato diritto di voto, soltanto il destinatario delle disposizioni emesse dall'Autorità, trovandosi così in una posizione di mera sudditanza. Mancava, in pratica, proprio il presupposto della proprietà collettiva e cioè la "sovranità popolare".

In sostanza la cultura giuridica borghese aveva infranto il cardine sul quale ha poggiato per secoli la determinazione della disciplina proprietaria, e cioè il principio del rapporto "tutto-parte", distinguendo nettamente "il soggetto", che era pienamente tutelato, "dall'oggetto", che era privo di tutela, ed esaltando al massimo i poteri del singolo soggetto sulla cosa oggetto di proprietà, considerata semplicemente come "merce".

È da ricordare, comunque, che, nonostante lo schiacciante prepotere della proprietà privata, la sottostante proprietà collettiva riemerse nelle leggi come una "limitazione" al diritto di proprietà individuale. Si parlò così di "vincoli": il vincolo idrogeologico, il vincolo paesaggistico, il vincolo sui beni artistici e storici, e così via dicendo. Soprattutto è da ricordare che, con la legge urbanistica 17 agosto 1942, n. 1150, fu sancito che spettava allo Stato "l'assetto e l'incremento edilizio dei centri abitati e lo sviluppo urbanistico in genere nel territorio" (art. 1 della legge predetta). Ciò sconfessò nel modo più eclatante che la proprietà privata consistesse nel potere di utilizzare "nella maniera più assoluta" il bene oggetto di proprietà e fece riemergere in modo non più contestabile che spetta unicamente alla Comunità politica, e cioè al popolo che si esprime attraverso i suoi rappresentanti, stabilire la "destinazione" del territorio, stabilendo, con apposite procedure, quali dovessero essere i "terreni agricoli" e quali i "terreni edificabili", nonché con quali limiti e con quali modalità dovessero svolgersi le edificazioni. I poteri assoluti del proprietario privato venivano così sottoposti a speciali norme di "conformazione", le quali costituivano indubitabile controprova di una sottostante appartenenza collettiva della terra.

5. *La Costituzione repubblicana, che introduce lo Stato sociale di diritto, riprendendo la dicotomia romana "tutto-parte". Il rapporto "proprietà collettiva-sovranià". Il principio dell'originaria appartenenza dei beni allo Stato. Il Regolamento di contabilità generale dello Stato n. 3074 del 1865*

Su questo stato di cose venne ad incidere la nuova Costituzione della Repubblica italiana. Essa, come è noto, dette grande impulso al valore della persona umana, e, quindi, alla solidarietà politica, sociale ed economica, di carattere personale, ed instaurò, al posto dello Stato di diritto di stampo liberale, lo Stato sociale di diritto. In termini concreti, la Costituzione ha abbattuto il dogma della personalità giuridica dello Stato, sostituendo al concetto di Stato-persona quello di Stato-comunità, per cui lo Stato-persona è venuto ad identificarsi con la Pubblica Amministrazione, la quale è semplicemente un gestore degli interessi e dei beni dello Stato-comunità. Lo sanciscono in modo irrefutabile, sia l'art. 1 della Costituzione, secondo il quale "L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione", sia l'art. 2 Cost. che sancisce, inequivocabilmente, che il singolo è membro della comunità in cui si svolge la sua personalità, sia, infine, il secondo comma dell'art. 3 Cost., secondo il quale la Repubblica assicura "l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

Si evidenzia, nella visuale dello Stato sociale di diritto, il concetto romano "tutto-parte" (nel cui "tutto", come si è sopra precisato, rientrano la presente e le future generazioni), per cui il cittadino, è considerato "parte" della comunità politica, alla cui vita "partecipa" attivamente, adoperandosi per "l'organizzazione politica, economica e sociale del Paese" (citato art. 3, secondo comma).

Concentrando comunque l'attenzione sul tema specifico della proprietà collettiva, è da notare che i Costituenti non la nominarono esplicitamente, limitandosi a precisare che "la proprietà è pubblica e privata" (art. 42, primo alinea), ed a porre limiti molto consistenti soltanto alla proprietà privata in nome dell'utilità generale e del preminente interesse generale (artt. 41, 42, 43 Cost.).

Il Legislatore costituente, in altri termini, si limitò ad ammettere l'istituto proprietario in forma generica e, si direbbe, onnicomprensiva ("La proprietà è pubblica e privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati"), ponendo una "riserva di legge" per quanto ri-

guarda la disciplina della proprietà privata, per la quale il legislatore ordinario avrebbe dovuto determinare i “modi di acquisto, di godimento ed i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti”.

Ed è questo un dato da porre in speciale risalto, poiché se la Costituzione assegna al legislatore ordinario il compito di stabilire “i modi di acquisto”, è chiaro che essa “disconosce alla proprietà privata” il carattere di “diritto inviolabile”, che “la Repubblica riconosce e garantisce”, e pone il fondamento giuridico di questo tipo di proprietà solo “nella legge”, la quale, come si è detto, ha il potere di sancire entro quali limiti sia possibile parlare di “proprietà privata”.

Si evidenzia, così, la diversa natura che distingue la proprietà collettiva e la proprietà privata. Infatti, mentre la prima, come si è accennato, ha il suo fondamento in una potestà dominicale compresa nei poteri sovrani che spettano alla Comunità politica ed è strettamente collegata ai diritti umani fondamentali, la seconda, che è garantita soltanto da una riserva di legge, risulta scorporata dai diritti inviolabili di cui all’art. 2 della Costituzione. Come giustamente osserva il Rodotà³³: “se l’analisi del testo costituzionale, della sua sistematica complessiva e dei lavori preparatori hanno una qualche rilevanza, tutto concorda nell’imporre l’esclusione del diritto di proprietà (privata) da quei diritti inviolabili dell’uomo di cui parla la Costituzione all’art. 2”. Non per niente, in quest’ultimo caso, la Costituzione usa l’espressione “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo” (art. 2, primo alinea), mentre nel caso della proprietà privata la stessa Costituzione usa l’espressione “la Legge riconosce e garantisce la proprietà privata”, “determinandone i modi di acquisto, di godimento ed i limiti” (art. 42, secondo comma).

Ed a questo punto è da sottolineare una considerazione di fondamentale importanza. Infatti, la Costituzione, pur proclamando solennemente, come poco sopra si è detto, che “la proprietà è pubblica e privata”, nel dettare il regime della proprietà prende in considerazione la proprietà individuale, o solitaria che dir si voglia, ponendo unicamente a carico di questa i vistosi limiti di cui si è sopra parlato. In altri termini, essa non disciplina la proprietà collettiva, pur se questa rientra certamente nel concetto di “proprietà pubblica”, ma si occupa soltanto della “proprietà individuale privata”. Il che consente di affermare, come si è

³³ S. RODOTÀ, *Rapporti economici*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna 1982, 118.

già notato, che, in Costituzione, proprio come avveniva presso i Romani, “la collettività si costituisce politicamente in primo luogo mediante la presa di possesso di un territorio, che comporta la riserva a sé di ogni facoltà di uso e di godimento del suolo, di tal che ogni eventuale distribuzione agli individui ed ai gruppi dipende da atti di decisione sovrana, è atto sovrano”³⁴. Ciò vuol dire che il territorio affonda le sue radici nei poteri sovrani della Comunità, ha nella sovranità il suo fondamento giuridico, e, pertanto, deve necessariamente esser considerato in proprietà collettiva del popolo.

In altri termini, come pure si è detto, la proprietà collettiva “postula una originaria e potenzialmente sempre presente comunione di beni, così come postula la necessaria appartenenza collettiva della *summa potestas*”³⁵. Essa, cioè, avendo fondamento diretto, come si è testé affermato, nella sovranità del popolo, non ha bisogno (come la proprietà privata) di una “legge che ne determina i modi di acquisto”. Questo tipo di proprietà, infatti, nasce, come pure si è visto, con la stessa fondazione della Comunità politica e, nel prosieguo della vita di quest’ultima, si manifesta con lo stesso venire in essere di taluni beni, i quali hanno la funzione, “naturale ed originaria” (come ha chiarito, a proposito dei vincoli paesaggistici, la sentenza della Corte costituzionale n. 56 del 1968) di soddisfare bisogni essenziali della collettività. Il che è chiaramente insito nella nostra Costituzione repubblicana, i cui fini, come tutti sanno, sono “il pieno sviluppo della persona umana” (art. 3, secondo comma), ed il “progresso materiale e spirituale della società” (art. 4, secondo comma) e nella quale quei “bisogni fondamentale della collettività” sono tradotti in “diritti inviolabili dell’uomo”, ai sensi dell’art. 2 Cost. Si potrebbe dire, in altri termini, che la “proprietà collettiva”, rientrando nei poteri sovrani della Comunità politica, preesiste all’ordinamento di quest’ultima ed è solo confermata dalla disposizione dell’art. 42 Cost., la quale, come si è visto, afferma che “la proprietà è pubblica e privata”.

La legge ordinaria, dunque, servirà a fini di individuazione e di concreta disciplina del bene in proprietà collettiva, ma avrà un carattere puramente dichiarativo e non costitutivo di questo tipo di proprietà. In via di principio, in altri termini, ciò che non è privato, come affermavano i Romani, è in proprietà dello Stato-comunità, e cioè del popolo, che è l’unico titolare della “sovranità”.

³⁴ M. ESPOSITO, *I beni pubblici*, cit., 86.

³⁵ P. GROSSI, voce *Proprietà (dir. int.)*, in *Enc. Dir.*, Milano 1988, vol. XXXVII, 240.

Puntuale è, a questo proposito, la osservazione di Cerulli Irelli³⁶, il quale precisa che né nel testo costituzionale, né tra i principi del diritto positivo “è rinvenibile una norma che afferma essere in principio riservate le cose appropriabili al dominio privato: così da rendere necessaria (per le proprietà collettive) una espressa normativa di deroga. Che anzi, semmai, è vero l’opposto, ché, sul versante costituzionale, la proprietà privata in tanto è riconosciuta e tutelata in quanto, nelle varie discipline delle varie categorie di beni, essa, come modello, riesce ad assicurare dei beni stessi la funzione sociale, nonché a renderli accessibili a tutti; e, sul versante della legislazione ordinaria, vige piuttosto il principio del diritto potenziale di dominio dello Stato su tutto il territorio, sancito dall’art. 827 del codice”.

Ed è sintomatico notare che questo rapporto “sovranità-proprietà” è stato posto in evidenza, proprio in un periodo nel quale trionfava la cultura borghese, dal Regolamento di contabilità generale dello Stato, approvato con R. D. 4 maggio 1865, n. 3074, il quale disponeva testualmente: “I beni dello Stato si distinguono in demanio pubblico e beni patrimoniali. Costituiscono il demanio pubblico i beni che sono in potere dello Stato a titolo di sovranità, e formano il patrimonio quelli che allo Stato appartengono a titolo di proprietà privata”.

Siamo, dunque, di fronte ad un capovolgimento di quanto avveniva sotto la vigenza dello Statuto albertino: la Costituzione non parla più, come avveniva nella legislazione ordinaria precedente alla Costituzione stessa, di una preminente proprietà privata che subisce “limitazioni” a favore dell’interesse pubblico con la imposizione di “vincoli”, ma “limita” essa stessa la proprietà privata, proprio al fine di ricreare uno spazio vitale alla riespansione della proprietà collettiva. Lo conferma, in modo inequivocabile, proprio la disciplina dei rapporti economici, di cui al Titolo III, Parte prima della Costituzione. Questo titolo, nel chiaro presupposto che ciò che si produce appartiene a tutti (lavoratori ed imprenditori) a titolo di “proprietà collettiva”, pone in evidenza che “lo sviluppo economico” e cioè “la produzione della ricchezza” (che proviene dal lavoro dell’uomo e dalle risorse della terra, e non dal “capitale”, che oggi ha perduto il suo significato originario, essendo divenuto, soprattutto per effetto della speculazione finanziaria, volatile e spesso solo virtuale) dipende essenzialmente dalla “distribuzione” a tutti della ricchezza stessa, nel senso che l’aumento di questa, e quindi di quello che co-

³⁶ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova 1983, 25.

munemente si chiama lo sviluppo economico, si ottiene con il mettere in moto tutte le energie disponibili e soprattutto quelle lavorative: più larga è la base dei beneficiari della produzione, più si intensifica lo sviluppo di quest'ultima. Si capisce, allora, perché la disciplina della proprietà privata (art. 42) è informata al criterio della massima utilità sociale, per cui la grande proprietà è ammessa e garantita dalla legge solo per la sua funzione sociale e per essere accessibile a tutti, mentre è favorita la piccola e media proprietà, come la proprietà dell'abitazione e la proprietà coltivatrice diretta (art. 47), imponendosi, altresì, la bonifica delle terre, la trasformazione del latifondo e la ricostituzione delle unità produttive (art. 44). Ciò che maggiormente interessa, si ripete, non è tanto la tutela della proprietà privata, ma la "produzione" della ricchezza e la sua "distribuzione" fra tutti, in modo da raggiungere, come si è accennato, il massimo di "utilità sociale".

6. *Applicabilità all'ambiente dei principi riguardanti la "proprietà collettiva della terra"*

Quanto si è venuti fin qui dicendo a proposito della "proprietà collettiva", ed in particolare del rapporto tra collettività e terra, intendendo con il termine "terra", la "terra delimitata da confini", e cioè il "territorio", deve ora essere esteso "all'ambiente", considerandolo, non solo globalmente, ma anche in relazione alle sue singole componenti. Infatti, la parola "terra", in origine, indica soltanto "le utilità economiche" che essa offre, e cioè la ricchezza che proviene dall'agricoltura, oppure dall'edilizia. Oggi, invece, a causa soprattutto degli inquinamenti e della insensata cementificazione del territorio³⁷, hanno acquistato rilevanza giuridica anche altre utilità offerte dalla terra, quali la salubrità dell'aria, l'assorbimento dell'ossido di carbonio da parte della vegetazione, l'influenza sull'umidità e sul clima e così via dicendo. Si tratta delle "utilità ambientali", che esistevano anche prima, con la sola differenza che non erano sottoposte ad inquinamenti e ad altri fattori distruttivi, e, quindi, non avevano bisogno di una tutela giuridica. Oggi, dunque, quando si parla di "terra", si parla certamente di una delle componenti essenziali dell'ambiente e si fa certamente riferimento anche alle utilità ambientali che

³⁷ Sull'argomento, vedi il mirabile scritto di S. SETTIS, *Paesaggio Costituzione Cemento*, Torino 2010.

la stessa terra produce. Se ne deve dedurre che tutto quello che si è detto a proposito della “proprietà collettiva” della terra, intesa in senso economico, deve necessariamente essere esteso, ed a maggior ragione, alla terra, intesa in senso ambientale. È da tener presente, inoltre, che, mentre in passato la terra delimitata da confini, detta territorio, era sufficiente per soddisfare tutti i bisogni elementari dell'uomo indispensabili per la sua esistenza e per il suo sviluppo, oggi, invece, è indispensabile, a questi fini, riferirsi non solo alla terra come era una volta concepita, ma all'intera comunità biotica, poiché, a seguito dell'aumento esorbitante della popolazione, degli inquinamenti, delle distruzioni della natura, dei traffici intercontinentali, ecc., è soltanto l'intera comunità biotica che può assicurare l'esistenza e lo sviluppo della persona umana.

Dunque, il rapporto “terra-sovrantà”, nel quadro del generale rapporto “parte-tutto”, riguarda oggi l'intera “comunità biotica”³⁸, e si deve, quindi, parlare di “proprietà collettiva”, nella visuale del rapporto “comunità biotica-sovrantà”. Ed è appena il caso di ricordare che, come si è più volte ripetuto, nel concetto di “comunità biotica” sono da vedere i “viventi” attuali e futuri, e cioè la presente e le future generazioni.

7. *Necessità di attribuire ai beni ambientali, paesaggistici e culturali il carattere della “demanialità”, cioè della “incommerciabilità” e, quindi, dell’“inalienabilità”, affidandone la gestione allo Stato, quale Ente esponenziale della Comunità nazionale. Illegittimità costituzionale dell’alienazione dei beni comuni per contrasto con la Costituzione. Necessità di distinguere tra “cosa” e “bene giuridico”, tenendo presente che sulla cosa possono insistere più beni giuridici. I nuovi compiti del legislatore ordinario: riconoscere la demanialità dei beni ambientali, ora inseriti nel patrimonio indisponibile dello Stato, e riscrivere la legislazione urbanistica, effettuando un giusto “bilanciamento” di tutti gli interessi in gioco.*

Si deve a questo punto sottolineare che aver affermato la proprietà collettiva dell'ambiente e delle sue componenti, comporta necessariamente il riconoscimento della loro “demanialità”, cioè della loro “incommerciabilità” e, quindi, della loro “inalienabilità”. La loro alienazio-

³⁸ A. LEOPOLD, *A Saund County Almanac and Sketches Here and There*, London 1949, 201 ss.

ne sarebbe, infatti, in pieno contrasto con i diritti inviolabili dell'uomo e con il principio di eguaglianza, come meglio si vedrà in seguito.

Una considerazione estremamente importante al riguardo è stata esposta dalla citata sentenza della Cassazione n. 3665 del 2011, nella quale si legge che “dagli artt. 2, 9 e 42 Cost., e stante la loro diretta applicabilità, si ricava il principio della tutela della umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale, anche nell'aspetto del “paesaggio”, con specifico riferimento non solo ai beni costituenti, per classificazione legislativa-codicistica, il demanio ed il patrimonio oggetto della “proprietà” dello Stato, ma anche riguardo a quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore (come beni demaniali), per loro intrinseca natura o finalizzazione, risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento ed al soddisfacimento degli interessi della collettività. L'art. 9, in particolare, prevede infatti che la Repubblica tutela “il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione”, con una affermazione contenuta nei principi fondamentali, che negli ultimi anni ha costituito fondamento per una ricca legislazione in tema di beni culturali... A sua volta l'art. 42 Cost., pur essendo prevalentemente centrato sulla proprietà privata, esordisce con la significativa affermazione secondo cui la “proprietà è pubblica e privata”, il che costituisce un implicito riferimento alla diversità di fondo dei due tipi di proprietà... Più di recente la modifica del Titolo V della Parte seconda della Costituzione ha ricondotto alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali... Da tale quadro normativo-costituzionale, e fermo restando il dato essenziale della centralità della persona... emerge l'esigenza interpretativa di guardare al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria, per approdare ad una prospettiva personale-collettivistica”. La Cassazione, come agevolmente si nota, sottolinea molto correttamente che oggi il soddisfacimento dei bisogni primari dell'uomo, strettamente collegato al riconoscimento dei diritti umani, non può essere perseguito soltanto con quei beni preventivamente individuati dal legislatore come beni del demanio (demanio marittimo, demanio idrico e demanio culturale) e richiede il ricorso ad altri beni, che, in un passo diverso da quello citato, sono denominati “beni comuni”. Inoltre, e qui sta il punto, affermare che in relazione a tali beni si può prescindere “da una visione prettamente patrimoniale-proprietaria”, fermandosi ad una “prospettiva personale-collettivistica”, fa chiaramente intendere che il pro-

blema dell'appartenenza non deve più esser posto, come sopra si è detto, nell'ambito di un rapporto di assoluta supremazia del soggetto sull'oggetto, ma nell'ambito di un rapporto di reciproca appartenenza, come quello espresso dal principio "tutto-parte", nell'ambito del quale è esclusa la distruzione del bene ed è assicurata la sua trasmissione alle generazioni future, proprio come impone l'istituto della "proprietà collettiva". D'altronde, è la stessa sentenza che pone in risalto come ritenere "alienabili" i beni ambientali sia in pieno contrasto con la nostra Costituzione, ed in particolare, aggiungiamo noi, con l'art. 3 Cost., secondo il quale "è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese", e con l'art. 2 Cost., secondo il quale "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". Il trasferimento di beni comuni dalla proprietà di tutti alla proprietà di un singolo, a parte la sua giuridica illogicità, significherebbe, infatti, violare l'eguaglianza di tutti e soprattutto, infrangendo così i diritti inviolabili dell'uomo, impedire a tutti, in favore di un solo soggetto, il pieno sviluppo della personalità, per il quale sono indispensabili quei beni di cui si discute.

Si deve, dunque, concludere che è logicamente e giuridicamente corretto parlare di una "proprietà collettiva demaniale" dell'ambiente. Si potrebbe d'altronde ritenere che la Cassazione abbia sminuito il peso dell'elemento proprietario, non perché abbia voluto negare la proprietà collettiva dei beni in questione (proprietà collettiva, del resto, espressamente ammessa nella medesima sentenza, che ha addirittura parlato di una proprietà della collettività e di una proprietà dell'ente esponenziale della stessa collettività), ma perché si è trovata di fronte all'ostacolo che i beni in questione non rientrano tutti nella preventiva individuazione come beni demaniali da parte del legislatore ordinario. Ma, allora, il problema non è quello di negare la necessità dell'appartenenza collettiva, ma quello di indicare al legislatore come e perché questi stessi beni hanno bisogno di una loro classificazione tra i beni demaniali dello Stato.

A questo proposito c'è da osservare che sovente, quando si parla di beni ambientali, paesaggistici, e specialmente di beni artistici e storici, che sono in mano a privati, si pone il problema di risolvere il conflitto

che sorge, in relazione alla medesima “cosa”, tra proprietà collettiva e proprietà privata.

In questi casi, occorre distinguere “la cosa” dai “beni giuridici” che essa esprime, come acutamente suggerisce il Pugliatti³⁹. Si vuol dire che, nel nostro campo, si tratta di “cose” che esprimono, nello stesso tempo, una utilità ed un valore commerciale, costituiscono cioè beni patrimoniali disponibili, ed una utilità ed un valore ambientale, o culturale, o paesaggistico, intimamente connesso al prevalente interesse dell’intera collettività. Sotto questo profilo è estremamente interessante quanto sottolinea il Giannini⁴⁰ a proposito dei beni culturali (che, peraltro, può agevolmente estendersi ai beni paesaggistici ed ambientali, considerato che l’art. 6, comma 4, della legge 349 del 1986 include tra questi ultimi anche i beni culturali e paesaggistici), sottolineando che bisogna distinguere il bene patrimoniale da quello culturale e che “detto in termini concreti il quadro del grande pittore è una cosa che è supporto insieme di uno o più beni patrimoniali, e di un altro bene che è il bene culturale. Come bene patrimoniale, la cosa, cioè il quadro, è oggetto di diritto di proprietà...come bene culturale è oggetto di situazioni soggettive attive del potere pubblico, che alcuni ritengono diritti, ma sono invece potestà”. Lo stesso Giannini, inoltre, in un suo precedente lavoro⁴¹ aveva parlato al riguardo di “poteri dominicali”, precisando che “la tesi più appropriata per le cose d’arte, è quella di ritenerle oggetto di due diritti dominicali: l’uno del privato, l’altro dello Stato”, dovendosi così parlare di una vera e propria “biappartenenza”. Nota poi lo stesso Giannini⁴² che in questa materia “vi sono due poteri concorrenti in ordine alla disposizione della cosa, non indipendenti l’uno rispetto all’altro, ma collegati. Questo comporta che nella pratica assai spesso tra i due proprietari del bene debba addivenirsi ad accordi, i quali, secondo i casi, si esprimono ora in atti preparatori del provvedimento amministrativo, ora in negozi collegati coordinatamente al provvedimento amministrativo, ora in contratti ausiliari del provvedimento amministrativo medesimo”⁴³. A questo punto, è poi appena il caso di ricordare che la tesi su esposta è stata accolta dalla

³⁹ S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano 1962, 25.

⁴⁰ M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1976, 20 ss.

⁴¹ M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma 1963, rist. 1981, 92.

⁴² M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 93.

⁴³ Sull’argomento, diffusamente: P. MADDALENA, *Danno pubblico ambientale*, Rimini 1990, 87 ss., ed in particolare 147 ss.

Corte costituzionale con la sentenza n. 105 del 2008, che, in tema di boschi e foreste, ha distinto il bene patrimoniale, costituito dal valore commerciale dei prodotti (il legno, le fascine, i funghi, le ghiande, ecc.), dal bene ambientale costituito dalla multifunzionalità ambientale del bosco (la produzione di ossigeno, l'assorbimento della anidride carbonica, l'umidità, ecc.).

Quello che, comunque, è importante porre in rilievo è che l'interesse pubblico prevale su quello privato, in quanto la disciplina giuridica relativa a tali beni difende soprattutto gli interessi della collettività, rispetto ai quali gli interessi individuali regrediscono, visto che sono previste sanzioni amministrative e penali per i trasgressori delle norme poste a tutela degli interessi pubblici. In sostanza, si potrebbe anche dire, spingendo in avanti il ragionamento di Giannini, che la stessa "cosa" appartiene soltanto alla collettività (non si tratterebbe cioè di biappartenenza), e spiegare la tutela del cosiddetto "proprietario privato", considerando non più proprietario, ma "detentore" della "cosa" e "titolare" di un fascio di diritti reali limitati sulla cosa stessa. È quanto avviene, ad esempio, nel Regno Unito, nel quale non si parla in ogni caso di "*Property*", ma molto comunemente di "*Estate*", parola che sta a significare un fascio di diritti immobiliari, che può arrivare, ma solo in casi rari, fino a quella situazione giuridica che noi definiamo "proprietaria"⁴⁴. Ciò, del resto, è pienamente confermato dalla Costituzione, la quale, legando la proprietà collettiva direttamente alla sovranità dello Stato, come sopra si è visto, ha capovolto la precedente concezione, che considerava i "vincoli" una "limitazione" della proprietà privata, ed ha invece considerato la stessa proprietà privata una limitazione della proprietà collettiva.

Ad ogni modo, sia se si parla di appartenenza della "cosa" soltanto alla collettività, sia se si parla di biappartenenza della cosa stessa alla collettività ed al privato (e noi preferiamo seguire, prudentemente, questa seconda interpretazione), nulla impedisce di ritenere che, in virtù del carattere preminente della disciplina pubblicistica, si possa e si debba parlare di "proprietà collettiva" e, quindi, di "patrimonio collettivo".

A questo punto è indispensabile dissipare un dubbio che, molto probabilmente, il discorso fin qui condotto ha potuto ingenerare nel lettore. In altri termini, c'è da chiedersi se l'asserita necessità di affermare "l'incommerciabilità" e la "demanialità" dei beni ambientali non finisca, per

⁴⁴ Sull'argomento, A. SIMONATI, *Il Crown Estate*, cit., 3 ss.

così dire, per ingessare il territorio, producendo un ostacolo allo sviluppo economico. La risposta è certamente di segno negativo. Ciò che si propone non è affatto una “ingessatura”, anzi è il modo di promuovere uno sviluppo che non produca danni e porti soltanto benefici. Oggi è indispensabile, come già si è detto, alzare lo sguardo e considerare i vari problemi in tutta la loro complessità: dunque non è possibile pensare allo sviluppo economico, se non si pensa alla salute dell’intero pianeta ed ai bisogni della presente e delle future generazioni. Si vuol dire che l’uso del territorio non può più essere deciso soltanto in base al “limite della sostenibilità ambientale”, ma nella dimensione di un equilibrio e di un bilanciamento fra tutti gli interessi in gioco, tenendo presente soprattutto quelli “collegati a diritti fondamentali”, in modo da assicurare la massima “utilità totale”, riferita anche alle generazioni a venire. Si tratta di un compito che spetta al legislatore ordinario, poiché il “territorio” è proprietà collettiva demaniale, ed è disponibile soltanto per manifestazione di volontà del popolo, cioè soltanto per legge statale (ne è conferma il fatto che l’art. 117, secondo comma, lett. s) della Costituzione afferma che “lo Stato ha legislazione esclusiva in materia di tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali”)⁴⁵.

Il punto nevralgico è quello, come è evidente, dell’espansione urbanistica. A questo proposito occorre rammentare che non esiste un diritto soggettivo assoluto alla proprietà privata delle abitazioni, ma, come è stato affermato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, soltanto alla proprietà della prima casa, e, si può coerentemente aggiungere alla proprietà diretta coltivatrice, nonché alla proprietà della minima unità culturale. A livello costituzionale, in altri termini, risulta protetta soltanto la media e piccola proprietà, quella che, secondo il linguaggio della Dichiarazione dei diritti dell’uomo, si definisce “proprietà personale”, la proprietà, cioè, di quei mezzi necessari ad assicurare un’esistenza “libera e dignitosa”, come proclama l’art. 36 della Costituzione. Le seconde, le terze case, e così via dicendo non hanno una tutela costituzionale. Si impone, pertanto una revisione di tutta la legislazione urbanistica, da effettuare alla luce di una visione complessiva dei vari interessi e della loro rilevanza costituzionale, e tenendo presente che il territorio è in proprietà collettiva del popolo sovrano.

In relazione a tutto quello che si è finora detto, appare evidente che,

⁴⁵ Vedi P. MADDALENA, *La nuova giurisprudenza costituzionale in tema di tutela dell’ambiente*, in www.federalismi.it.

un nuovo ed importante compito dovrà essere svolto dal legislatore ordinario. Infatti, dovranno essere trasportati dall'art. 826, secondo comma, del codice civile, (patrimonio indisponibile) all'art. 822 dello stesso codice (demanio pubblico) "le foreste", "le cose di interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico e artistico da chiunque ed in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo", "le miniere, cave e torbiere", e, nello stesso tempo, dovranno essere iscritti in detto articolo l'ambiente e le sue componenti, dichiarandone espressamente la loro "proprietà collettiva demaniale", e quindi la loro condizione di beni inalienabili "fuori commercio". Si dovrà inoltre provvedere, sempre con legge ordinaria, a sottrarre alla discrezionalità della pubblica amministrazione il potere di "sdemanzializzazione": trattandosi di beni dell'intera collettività nazionale, soltanto una legge, che sia espressione della volontà popolare, e sia conforme alla Costituzione, potrebbe decidere la soppressione dei beni demaniali.

Altro discorso è da fare per l'uso dei beni ambientali demaniali. A parte l'uso generale, che è insito nella funzione originaria del bene, occorre stabilire, qualora la natura del bene lo consenta, anche la possibilità di un uso particolare⁴⁶, attraverso lo strumento della concessione da parte dell'Autorità amministrativa competente, ma, per far ciò, è evidente che non è più sufficiente una semplice ponderazione dell'effetto negativo sull'ambiente da parte della costruzione di cui si discute, ma è necessario che una legge dello Stato, emessa dopo aver sentito le Regioni, fissi i principi fondamentali da tener presente, soprattutto in ordine a tutte le forme di "giudizio di compatibilità ambientale", ed in special modo in riferimento alla procedura per la valutazione ambientale strategica (VAS) e per la valutazione di impatto ambientale (VIA), in modo che sia assicurato, in ogni caso, quel "bilanciamento" tra i vari interessi in gioco con specifico riferimento agli interessi costituzionalmente protetti. Particolare attenzione dovrà essere rivolta all'uso dei suoli, i quali, come si è visto, costituiscono un bene ambientale demaniale, sottratto alla disponibilità dei proprietari privati. Questi potranno usare i loro terreni in relazione alla loro vocazione naturale, ma non per l'edificazione, che deve considerarsi non più rientranti nel diritto di proprietà, ma una facoltà rimessa all'intera collettività, con la conseguenza che dovrà ricominciarsi a parlare di "concessione edilizia" e non di "permesso di co-

⁴⁶ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1969, 472 ss.

struire”. Ciò implica che lo Stato, nel definire, sentita la Conferenza permanente per i rapporti Stato e Regioni, le linee generali dell’assetto del territorio, dovrà stabilire precisi limiti all’urbanizzazione del territorio a tutela dei forti interessi ambientali che il territorio esprime, definendo una diversa disciplina secondo che si tratti di costruzioni destinate a soddisfare la primaria esigenza di risiedere in un centro urbano, ovvero il bisogno di dimorare in luoghi di villeggiatura. Si potrebbe anche pensare, come soluzione più drastica, di consentire soltanto l’acquisto di una prima casa, escludendo la possibilità di acquistare seconde o terze case.

Dopo quanto detto, altro dovere che incombe al legislatore è quello di sancire per tutti i beni ambientali il diritto di prelazione dello Stato o dell’Ente pubblico, nei casi di vendita da parte dei privati di tali beni, per ora previsto solo per i beni culturali dall’art. 60 del Codice dei beni culturali ed ambientali e dall’art. 15, comma 5, della legge quadro sulle aree protette 6 dicembre 1991, n. 394. In questa maniera si favorirebbe il rientro nella “proprietà collettiva demaniale” di beni che, per diverse ragioni storiche, sono finiti in mano privata.

In altri termini, dovrebbe perseguirsi una politica che facesse rientrare in mano pubblica anche tutti quei beni ambientali e culturali che sono oggi in mano ai privati, ma che, comunque fanno già parte, come si è visto, del patrimonio naturale e del patrimonio artistico e storico della Nazione.

Il discorso giuridico fin qui condotto comporta, è inutile nasconderselo, anche qualche considerazione di ordine sociologico. Infatti, non è chi non veda che, nell’ottica sopra descritta, si rende necessario un cambiamento degli attuali stili di vita, cambiamento che è imposto soprattutto dalla limitatezza delle risorse e dall’aumento incessante della popolazione mondiale. Occorre evitare la creazione di bisogni artificiali, occorre stroncare il consumismo e tornare a guardare alle risorse della terra come a un bene di tutti, da distribuire con razionalità e secondo un diritto “giusto”. Il quale, per esser tale, deve coincidere con l’equità, l’equilibrio, l’armonia.

8. *La definizione di ambiente. La definizione delle sue componenti: il territorio, il suolo, il sottosuolo, le acque, l’aria, le risorse naturali, il patrimonio naturale, il paesaggio ed il patrimonio storico ed artistico della Nazione*

Diventa ora indispensabile dare una nozione dell’ambiente conside-

rato nel suo complesso e delle altre più importanti componenti ambientali⁴⁷.

Per quanto riguarda la definizione di “ambiente”, considerato nel suo complesso, appare sommamente opportuno riportare quanto si legge, in proposito, nella sentenza della Corte costituzionale n. 378 del 2007, punto 4, della parte in diritto: “Occorre poi premettere... che sovente l’ambiente è stato considerato come “bene immateriale”. Sennonché, quando si guarda all’ambiente... è necessario tener presente che si tratta di un bene della vita, materiale e complesso, la cui disciplina comprende anche la tutela e la salvaguardia delle qualità e degli equilibri delle sue singole componenti... oggetto di tutela è la “biosfera”, che viene presa in considerazione, non solo per le sue varie componenti, ma anche per le interazioni tra queste ultime, i loro equilibri, le loro qualità, la circolazione dei loro elementi, e così via. Occorre, in altri termini, guardare all’ambiente come “sistema”, considerato cioè nel suo aspetto dinamico, quale realmente è, e non soltanto da un punto di vista statico ed astratto. La potestà di disciplinare l’ambiente nella sua interezza è stata affidata in via esclusiva allo Stato... Ne consegue che spetta allo Stato disciplinare l’ambiente come una entità organica, dettare cioè delle norme di tutela che hanno ad oggetto il tutto e le singole componenti considerate come parti del tutto”⁴⁸.

La definizione, come si nota, è quanto mai precisa e nello stesso tempo sintetica: essa pone in risalto, soprattutto, che l’ambiente si identifica con la “biosfera”, e, quindi, con la “comunità biotica”, che è una realtà dinamica, formata da più componenti in interazione tra loro.

Al riguardo è altresì opportuno richiamare quanto dispone l’art. 1, comma secondo, tuttora vigente, della legge n. 349 del 1986: “È compito del Ministero dell’ambiente assicurare, in un quadro organico, la promozione, la conservazione, la valorizzazione ed il recupero delle condizioni ambientali conformi agli interessi fondamentali della collettività ed alla qualità della vita, nonché la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale nazionale e la difesa delle risorse naturali dall’inquinamento”.

Come si nota, detta definizione fa riferimento ad un concetto onni-

⁴⁷ Sull’argomento, vedi il limpido e completo volume di B. CARAVITA DI TORITTO, *Il diritto dell’ambiente*, Bologna 2001, 15 ss.

⁴⁸ Sul concetto dell’ambiente come “sistema”, è fondamentale l’ottimo testo di M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino 2007.

comprensivo di ambiente, che, come si è visto, si identifica con la “biosfera”, parlando genericamente di “condizioni ambientali” e di “risorse”, ma fa anche riferimento a specifiche componenti dell’ambiente: il “patrimonio naturale” e le “risorse naturali”. E per tutti può ovviamente parlarsi di beni in “proprietà collettiva demaniale”, tenendo presente quanto si è detto a proposito della “cosa” e dei “beni giuridici che sulla cosa insistono”.

Deve infine precisarsi che nella nozione di “ambiente” e di “biosfera” è insito non solo il concetto di “paesaggio”, ma anche quello del “patrimonio storico ed artistico della Nazione” (art. 9 Cost.), poiché l’ambiente e la biosfera sono costituiti non solo da quanto esiste per natura, ma anche da quanto esiste per l’opera creativa dell’uomo, come le opere d’arte, i monumenti artistici, i centri storici, e così via dicendo.

Venendo poi ad esaminare le singole componenti ambientali in proprietà collettiva demaniale, sembra opportuno tener conto, oltre a specifici riferimenti normativi (come si è visto per il “patrimonio naturale” e per le “risorse naturali”), soprattutto quanto si legge nel Codice dell’ambiente e nel Codice dei beni culturali e del paesaggio, cioè in quelle che possono definirsi le “fonti organiche” della materia che trattiamo.

In questa prospettiva, vengono innanzitutto in evidenza i beni di cui alla Parte terza del decreto legislativo n. 152 del 2006 (il cosiddetto Codice dell’ambiente), la quale ha come finalità (art. 53) “il risanamento del suolo e del sottosuolo, ed il risanamento idrogeologico del territorio”. Interessante è quanto si legge alla lett. u) del primo comma dell’art. 54, che così si esprime: “(si intende per) difesa del suolo: il complesso delle azioni ed attività riferibili alla tutela e salvaguardia del territorio, dei fiumi, dei canali e collettori, degli specchi lacuali, delle lagune, della fascia costiera, delle acque sotterranee, nonché del territorio a questi connessi, aventi la finalità di ridurre il rischio idraulico, stabilizzare i fenomeni di dissesto geologico, ottimizzare l’uso e la gestione del patrimonio idrico, valorizzare le caratteristiche ambientali e paesaggistiche collegate”. Quello che maggiormente interessa è il riferimento al “territorio”, che, in termini di tutela ambientale, contiene il “suolo”, il “sottosuolo” ed il “sovrassuolo”, nonché il riferimento al “patrimonio idrico”, comprendente tutte le acque interne e quelle costiere, lagune comprese. E non è privo di significato che l’art. 54, comma 1, lett. a) e lett. b) della Parte terza, Sezione prima, del citato Codice dell’ambiente, nel definire il significato delle espressioni usate dall’indicata Sezione del Codice, precisa che “si intende per suolo”: “il territorio, il suolo, il sottosuolo, gli habitat e le opere

infrastrutturali”, mentre “si intende per acque”: “Le acque meteoriche e le acque superficiali e sotterranee, come di seguito specificate... (“fiumi”, “laghi”, “acque costiere”, “lagune”, “falda acquifera”, ecc.).

Dunque, di “proprietà collettiva demaniale”, dopo quanto si è precisato in ordine alla distinzione tra “cosa” e “bene giuridico”, deve ovviamente parlarsi anche per il suolo, per il territorio e per le acque.

Per quanto, in particolare, riguarda la proprietà collettiva, ed il conseguente carattere della in commerciabilità delle acque, deve sottolinearsi che l’art. 1, comma 1, della legge 5 gennaio 1994, n. 36 (cosiddetta legge Galli) dichiarava che “tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche” e che, nonostante la legge Galli sia stata abrogata dall’art. 175, comma 1, lett. u), del Codice dell’ambiente, quest’ultimo continua a parlare di “acque pubbliche” (art. 96, comma 4, concernente la sostituzione dell’art. 17 del R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775) e di “patrimonio idrico” (art. 50, primo comma, lett. u). Se ne può tranquillamente dedurre che detto “patrimonio idrico” è certamente un patrimonio di tutto il popolo italiano. E ciò è confermato, inoltre, dall’art. 822 del codice civile, che attribuisce allo Stato (da intendere oggi lo Stato comunità, cioè il popolo), sia il demanio marittimo, sia il demanio idrico. Si tratta, del resto di una risorsa vitale per la sopravvivenza del genere umano, che è tutelata in tutti paesi del mondo⁴⁹.

Per quanto, infine, riguarda il principio dell’appartenenza collettiva demaniale del suolo e del territorio, a parte tutto quello che si detto a proposito della proprietà collettiva della terra, non si può fare a meno di ricordare che già la legge n. 10 del 1972 considerava, come è noto, il “*ius aedificandi*” un potere non contenuto nel diritto di proprietà privata, ma una potestà pubblica.

Altra componente essenziale dell’ambiente, in proprietà collettiva demaniale, è “l’aria”, per la quale il Codice dell’ambiente prevede numerose misure per la difesa dagli inquinamenti (art. 267 ss.).

Anche “le risorse naturali” ed il “patrimonio naturale”, ai quali si è già fatto cenno, rientrano tra le componenti essenziali dell’ambiente e fanno parte, quindi, della proprietà collettiva demaniale del popolo italiano. Oltre alla loro menzione, di cui all’art. 1, comma 2, della citata legge n. 349 del 1986, è interessante quanto afferma, a proposito del patrimonio

⁴⁹ A. SIMONATI, *Il regime pubblicistico delle acque: profili comparatistici*, in G. CANTUCCI, A. SIMONATI, F. CORTESE, *L’acqua e il diritto. Atti del Convegno*, Trento 2011.

naturale, l'art. 1, della legge 6 dicembre 1991, n. 394 (legge quadro sulle aree protette), secondo il quale "la presente legge, in attuazione degli artt. 9 e 32 della Costituzione e nel rispetto degli accordi internazionali, detta principi fondamentali per la istituzione e la gestione delle aree naturali protette, al fine di garantire e di promuovere, in forma coordinata, la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale del paese".

Come si nota, c'è una connessione con il paesaggio, attraverso il richiamo all'art. 9 Cost., poiché la protezione della natura attraverso l'istituzione delle aree protette, quanto meno, contribuisce alla tutela del paesaggio, ma soprattutto c'è l'indicazione del "patrimonio naturale", nella cui protezione consiste la finalità della legge. Certamente non ci si riferisce all'intero patrimonio naturale esistente in Italia, ma a quella parte di tale patrimonio che il legislatore ha ritenuto meritevole di speciale protezione. Da notare, inoltre, che altro strumento per la protezione della natura a livello europeo è costituito dalle norme dettate dalla direttiva "habitat" n. 92/43/CE, recepita in Italia dal Regolamento 8 settembre 1997, n. 357, la quale distingue i "siti di importanza comunitaria" ("SIC"), in "zone speciali di conservazione" ("ZSC") e "zone di conservazione speciale" ("ZCS").

Tra le componenti ambientali in proprietà collettiva demaniale (questa volta rinvenibili nel cosiddetto Codice dei beni culturali e del paesaggio) un posto di primo piano spetta al bene "paesaggio", la cui definizione è implicita in quella di "ambiente", costituendo il suo "aspetto visivo"⁵⁰. Il Codice dei beni culturali e del paesaggio, all'art. 131, sancisce che "ai fini del presente Codice per paesaggio si intendono quelle parti di territorio che, in ragione degli aspetti e caratteri peculiari loro impressi dalla natura, dalla storia e dalle reciproche interrelazioni, costituiscono rappresentazioni materiali e visibili dell'identità nazionale, in quanto ne esprimono i valori culturali fondanti".

La definizione, pienamente condivisibile nei suoi contenuti essenziali, non è tuttavia molto felice: infatti, non è possibile parlare di "paesaggio" come "parte del territorio", poiché in questa maniera si "divide" il territorio in parti, cioè spezzoni, che posseggono determinate caratteristiche. Il paesaggio può essere considerato "parte" solo in una visione totalizzante del "territorio", nel senso che il territorio è una componente complessa dell'ambiente, nella quale si può distinguere una "parte",

⁵⁰ Sul paesaggio, vedi l'insuperabile lavoro di S. SETTIS, *Paesaggio Costituzione Cemento*, sopra citato.

quella superficiale, che costituisce l'“aspetto visivo”, dal “tutto” costituito dal “territorio” stesso. Ma allora, come ognuno vede, si sarebbe dovuto dire che “il paesaggio” è la “parte visiva”, che colpisce il nostro senso della vista e che possiede determinate caratteristiche.

È da notare, inoltre, che il paesaggio, come precisa la sentenza della Corte costituzionale n. 367 del 2007, non è un bene “immateriale”, quasi una emozione del nostro spirito, ma è anch'esso un bene “materiale”, un “quadro”, come si è soliti dire, considerato nella sua concretezza, e cioè come il prodotto della composizione di varie componenti, non solo naturali, ma anche urbane. E si deve sottolineare che, proprio per questa, per così dire, confluenza di beni naturali e beni costruiti dall'uomo nella costituzione del territorio, si giustifica perché “i centri storici”, che, nella sostanza, sono beni culturali, sono sottoposti alla disciplina prevista per il paesaggio dall'art. 136 del Codice per i beni culturali e paesaggistici.

In ogni caso, si deve ribadire che, per il paesaggio, e quindi per i centri storici, è prevista la sanzione della rimessione in pristino, e ciò sta a dimostrare, come si è già detto, che il paesaggio è una proprietà collettiva demaniale di tutti.

L'ultima ed importantissima componente dell'ambiente da prendere in considerazione, essendo anch'essa disciplinata dal Codice dei beni culturali e del paesaggio, è il “patrimonio storico ed artistico della Nazione”⁵¹. Per quanto riguarda la definizione del patrimonio storico ed artistico, resta fermo quanto affermato dalla Commissione Franceschini, secondo la quale deve parlarsi di “testimonianze materiali di civiltà”. I beni culturali, in altri termini, sono “beni materiali”, che hanno una loro specifica disciplina ed una loro tutela giuridica.

L'eco di questa definizione si ritrova, oggi, nel Codice dei beni culturali e del paesaggio, il quale, all'art. 10, comma 1, non esita a parlare di “cose”, cioè di “beni materiali”, stabilendo che “sono beni culturali le cose immobili e mobili appartenenti allo Stato, alle regioni, agli altri enti pubblici territoriali, ad ogni altro ente ed istituto pubblico, nonché ad enti ed istituti legalmente riconosciuti e a persone giuridiche private senza fine di lucro, che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico”. C'è poi una lunga elencazione di altri beni di indubbio valore culturale, nella quale merita menzione quanto si legge alla lett. a), del comma 3: “sono altresì beni culturali, quando sia avvenuta la dichiarazio-

⁵¹ Sull'argomento, vedi l'affascinante ed acutissimo lavoro di T. MONTANARI, *A cosa serve Michelangelo?*, Torino 2011.

ne prevista dall'art. 13: a), le cose immobili e mobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante, appartenenti a soggetti diversi da quelli elencati al comma 1", e cioè alle persone fisiche o giuridiche private. Per queste ultime, come si nota, il valore culturale non è implicito nel concetto di appartenenza, ma deve essere "dichiarato" mediante apposita procedura da parte dell'Autorità competente, e deve trattarsi di un valore, o interesse che dir si voglia, "particolarmente importante". Il fatto che molte opere d'arte sono in mano di privati proprietari ha portato il legislatore a richiedere una "dichiarazione" dell'Autorità pubblica, ed a limitare l'intervento pubblico solo ai casi di beni di valore culturale "particolarmente importante". Questa limitazione di carattere pratico, non incide ovviamente sul principio generale secondo il quale, tenuto conto che sulla "cosa" possono insistere più "beni giuridici", "i beni culturali" sono "patrimonio", e cioè "proprietà collettiva", dell'intera Nazione, se non dell'intera umanità. Lo conferma la serie di pesanti limiti posti a carico dei proprietari, possessori o detentori di tali beni e soprattutto il fatto che l'art. 160 del Codice prevede la "reintegrazione" in caso di "danno" al bene culturale, disponendo che "se per effetto della violazione degli obblighi di protezione e conservazione (che sono prescritti anche per i beni non ancora dichiarati di importante valore culturale, come si legge all'art. 90 del Codice, ed in relazione ai quali sono previste le sanzioni di cui all'art. 161 del Codice stesso) stabiliti dalle disposizioni del Capo III del Titolo I della Parte seconda, "il bene culturale subisce un danno", il Ministro ordina al responsabile l'esecuzione a sue spese delle opere necessarie alla reintegrazione"... "in caso di inottemperanza il Ministero provvede all'esecuzione d'ufficio a spese dell'obbligato"... "quando la reintegrazione non sia possibile il responsabile è tenuto a corrispondere allo Stato una somma pari al valore della cosa perduta o alla diminuzione di valore subita dalla cosa". Ancor più precisamente, poi, l'art. 167 del Codice sancisce che "in caso di violazione degli obblighi e degli ordini previsti dal Titolo I della Parte terza, il trasgressore è sempre tenuto alla rimessione in pristino a proprie spese... in caso di inottemperanza l'autorità amministrativa provvede d'ufficio... laddove l'autorità amministrativa preposta alla tutela paesaggistica non provveda d'ufficio, il direttore regionale competente... procede alla demolizione avvalendosi dell'apposito servizio tecnico-operativo del Ministero, ovvero... a seguito di apposita convenzione che può essere stipulata d'intesa tra il Ministero e il Ministero della difesa".

Dopo quanto detto, la conclusione cui si deve pervenire è estrema-

mente semplice. Costituiscono “proprietà collettiva demaniale”, non solo l'ambiente considerato nel suo complesso, ma anche le sue singole componenti, le quali, sulla base, soprattutto, di quanto prescritto dal Codice dell'ambiente e dal Codice dei beni culturali e del paesaggio sono individuabili nei seguenti beni ambientali: il territorio, il suolo, il sottosuolo, le acque, l'aria, il patrimonio naturale, il paesaggio ed il patrimonio storico ed artistico della Nazione.

Ne consegue che, come si è già accennato, la disciplina giuridica riguardante l'ambiente e le sue componenti deve necessariamente prevedere la loro condizione di beni in proprietà collettiva demaniale di tutto il popolo italiano, e, conseguentemente, di beni *extra commercium*. Una eventuale legge che consentisse la loro alienazione, usucapione o espropriazione, ovvero non prevedesse il loro ripristino o restauro, sarebbe, come si è già detto, evidentemente in contrasto con la Costituzione.

9. Le “actiones” a tutela dell'ambiente

Per completare il quadro imposto dalla sistematica gaiana che abbiamo sinora seguito, sia per quanto riguarda le “*personae*”, sia per quanto riguarda le “*res*”, occorre ora fare soltanto un cenno alle “*actiones*”, cioè alla difesa giudiziaria di detti beni.

Ferme restando le sanzioni amministrative e penali, specificatamente previste per l'ambiente e per le singole componenti ambientali, e considerato che l'ambiente è un bene comune in proprietà collettiva demaniale dello Stato-comunità e cioè del popolo, non dovrebbero esserci dubbi a ritenere che, secondo l'insegnamento del diritto romano, lo strumento di tutela giudiziaria più idoneo dovrebbe essere l'*actio popularis*⁵².

Senonché è noto che, a seguito di numerosi abusi di azioni popolari a fini puramente vessatori, il legislatore nazionale è diventato molto restio a concedere tali tipi di azioni. È da ricordare, tuttavia, che la legge 8 luglio 1986, n. 349, ora abrogata, aveva previsto che le Associazioni ambientaliste, riconosciute ai sensi della stessa legge, potevano “denunciare” fatti lesivi dell'ambiente, e che, qualora lo Stato, le Regioni o gli Enti locali territoriali avessero promosso un'azione di risarcimento del danno, le stesse Associazioni potevano “intervenire” in giudizio per sostenere la difesa ambientale. Alle stesse Associazioni si riconosceva poi il potere di ricorrere al Giudice amministrativo per l'annullamento di atti amministrativi illegittimi lesivi del bene ambiente.

Il nuovo decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, ora vigente, ha lasciato alle Associazioni ambientaliste il potere di “denuncia” (art. 309, comma 2), ma ha tolto loro il potere di intervenire nell’eventuale giudizio di risarcimento del danno, la cui azione può essere promossa soltanto, attraverso la costituzione di parte civile in sede penale, dal Ministero dell’ambiente. Lo stesso decreto legislativo (art. 310, comma 1) prevede comunque che le Associazioni ambientaliste possano ricorrere al Giudice amministrativo per l’annullamento degli atti amministrativi illegittimi posti in essere in violazione della parte sesta dello stesso decreto amministrativo. Detto decreto prevede infine all’art. 313, comma 6, che, nel caso di danno ambientale provocato da soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti, il Ministero dell’ambiente invia rapporto alla Procura regionale competente per territorio.

È da sottolineare, in particolare, che il citato decreto legislativo, prevede non solo un’azione amministrativa del Ministro dell’ambiente, al quale spetta stabilire “quali misure di ripristino attuare, in modo da garantire, ove possibile, il conseguimento del completo ripristino ambientale” (art. 306, comma 3, del citato decreto legislativo), ma offre anche, in alternativa, all’art. 311, un’azione risarcitoria in forma specifica e per equivalente patrimoniale, sancendo che “il Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio, agisce anche esercitando l’azione civile in sede penale, per il risarcimento del danno in forma specifica e, se necessario, per equivalente patrimoniale, oppure procede ai sensi delle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto”. Come si nota, non si tratta di un’azione di risarcimento in sede civile, ma solo in sede penale, che prevede come presupposto l’azione penale del P.M. C’è, dunque, una sostanziale riduzione di tutela giurisdizionale rispetto a quanto prevedeva il citato art. 18 della legge n. 349 del 1986.

Tuttavia, il concetto di danno ambientale che è descritto nel comma secondo dello stesso articolo 311 è certamente più ampia di quella descritta all’art. 300, comma primo (che parla di “qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell’utilità assicurata da quest’ultima”), affermandosi che “chiunque realizzando un fatto illecito, o omettendo attività o comportamenti doverosi, con violazione di legge, di regolamento, o di provvedimento legislativo, con negligenza, imperizia, imprudenza o violazione di norme tecni-

⁵² Su questo tipo di *actiones* resta fondamentale l’opera di F.P. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane. Le actiones populares*, Napoli 1958, rist. 1991.

che, arrechi danno all'ambiente, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, è obbligato al ripristino della precedente situazione e, in mancanza, al risarcimento per equivalente patrimoniale nei confronti dello Stato". E val la pena ricordare ancora che questa definizione è estremamente più estesa di quella adottata, diciotto anni dopo l'entrata in vigore della legge italiana sul danno ambientale, dall'Unione Europea, la quale, con la direttiva 2004/35/CE, ha limitato il ripristino in caso di danno "alle specie ed agli habitat naturali protetti; alle acque costiere; alle acque interne; e al terreno".

A questo punto, stabilito che l'ambiente e le sue componenti sono "proprietà collettiva demaniale" del popolo italiano, c'è solo da sottolineare che, mentre alcuni beni ambientali sono già enumerati tra i beni demaniali (si pensi al demanio idrico, al demanio marittimo, al demanio culturale, di cui parla l'art. 53 del codice dei beni culturali e paesaggistici), vi sono anche altri beni ambientali, che, invece, rientrano nel patrimonio indisponibile (si pensi ai boschi ed alle foreste, ovvero ai beni culturali trovati nel sottosuolo), e sono quindi alienabili, purché ne sia assicurata la conservazione. Ciò vale soprattutto per i beni culturali (moltissime opere d'arte sono in proprietà di privati) e per i beni paesaggistici, che molto spesso sono anch'essi in proprietà privata.

10. *Il sorprendente atteggiamento del legislatore ordinario: la legge n. 112 del 2002, che istituisce la "Patrimonio s.p.a.", con il compito di vendere anche i beni demaniali ed il decreto legislativo n. 85 del 2010, che regionalizza il demanio idrico, marittimo e culturale, per poi venderlo a privati*

Sorprende, a seguito di quanto si è detto, che il decreto legge n. 63 del 2002, convertito nella legge n. 112 del 2002, abbia previsto, all'art. 7, che "per la valorizzazione, gestione ed alienazione del patrimonio dello Stato è istituita una società per azioni, che assume la denominazione di "Patrimonio dello Stato s.p.a." e che alla "Patrimonio dello Stato s.p.a. possono essere trasferiti diritti pieni o parziali sui beni immobili facenti parte del patrimonio disponibile e indisponibile dello Stato, sui beni immobili facenti parte del demanio dello Stato e comunque sugli altri beni compresi nel conto generale del patrimonio dello Stato". E parimente sorprende che il decreto legislativo 28 maggio 2010, n. 85, emesso in attuazione dell'art. 19 della legge 5 maggio 2009, n. 42, e relativo al cosid-

detto “federalismo demaniale”, preveda, all’art. 3, comma 1, lett. a), che, anche ai fini della loro eventuale alienazione, “sono trasferiti alle Regioni, unitamente alle relative pertinenze, i beni del demanio marittimo... ed i beni del demanio idrico”, ed alla lett. b) dello stesso comma che “sono trasferiti alle Province, unitamente alle relative pertinenze, i beni del demanio idrico... limitatamente ai laghi chiusi privi di emissari di superficie che insistono sul territorio di una sola Provincia, e le miniere... che non comprendono i giacimenti petroliferi e di gas e le relative pertinenze, nonché i siti di stoccaggio di gas naturale e le relative pertinenze”. Da sottolineare che questi beni, ai sensi dell’art. 4, comma 1, dello stesso decreto legislativo, vengono trasferiti ai demani regionali e provinciali e la loro “sdemanializzazione”, ai sensi dell’art. 829 del codice civile, “con eventuale passaggio al patrimonio disponibile delle Regioni e delle Province”, “è dichiarata dall’amministrazione dello Stato”.

Dunque i beni del demanio statale idrico e marittimo, i quali, come si è visto, sono “assolutamente intrasferibili”, in quanto servono a bisogni primari dell’intera Comunità nazionale ed assolvono ad una funzione primaria dello Stato, vengono, non solo trasferiti al demanio di Regioni e Province, ma anche, eventualmente, “sdemanializzati”, divenendo così “alienabili” e dando luogo ad una delle più insospettabili “privatizzazioni” ai danni dell’intera Comunità nazionale.

Inoltre, finché i beni in questione restano nel demanio regionale, o provinciale per quanto riguarda i laghi chiusi, ai sensi dell’art. 2, comma 4, dello stesso decreto legislativo, “l’Ente territoriale, a seguito del trasferimento, dispone del bene nell’interesse della collettività rappresentata ed è tenuto a favorire la massima valorizzazione funzionale del bene attribuito, a vantaggio diretto o indiretto della medesima collettività territoriale rappresentata”.

Insomma, i beni del demanio statale idrico e marittimo, vengono immediatamente, attraverso il trasferimento, sottratti alla proprietà ed all’uso dell’intera Comunità nazionale, per essere poi eventualmente sottratti anche alla proprietà ed all’uso dei residenti nel territorio regionale o provinciale, a favore dei privati che risultino acquirenti a seguito delle privatizzazioni.

Si tratta di provvedimenti legislativi di gravità eccezionale, che vanno contro la lettera e lo spirito della Costituzione. Questa, come si è visto, mira ad un’equa ripartizione dei beni tra tutti i cittadini, ispirandosi al principio di eguaglianza sostanziale ed ai criteri dell’utilità generale e del preminente interesse pubblico. Il decreto legislativo in esame, invece, to-

glie a tutti i cittadini italiani, per favorire, in un primo momento, i residenti in ogni singola Regione, ed, in un secondo momento, addirittura singoli privati cittadini.

Gli articoli della Costituzione che vengono violati sono numerosi. Innanzitutto, è violato l'art. 76 Cost. per aver il Governo ecceduto dai limiti imposti dalla legge di delega (art. 19 della legge n. 42 del 2009). Inoltre, risultano violati i seguenti articoli: l'art. 1 Cost., in quanto viene lesa la sovranità della Repubblica e quella che Karl Schmitt denominava la "superproprietà" del Popolo sovrano; l'art. 2 Cost., in quanto, sottraendosi a tutti i cittadini italiani la proprietà collettiva e l'uso di beni necessari per soddisfare esigenze primarie della vita, si ledono diritti inviolabili relativi all'esistenza ed allo sviluppo della persona umana; l'art. 3 Cost., in quanto si creano molteplici disparità di trattamento fra i cittadini italiani; l'art. 5 Cost., in quanto, dividendo ingiustamente il demanio statale tra le varie Regioni e Province, si sottrae una parte del territorio alla Repubblica; l'art. 42 Cost., in quanto si sottrae indebitamente alla Comunità nazionale la proprietà e l'uso di beni appartenenti a tutti; l'art. 43 Cost., in quanto si sottraggono allo Stato-comunità beni di "preminente interesse generale"; l'art. 117, comma secondo, lett. l), in quanto, non si prescinde dai confini territoriali dei governi locali, per offrire servizi naturali di uniforme livello essenziale a tutti i cittadini italiani; l'art. 120 Cost., in quanto si infrange l'unità economica e giuridica della Repubblica. E, lo si creda, l'elenco potrebbe continuare.

11. *Conclusionione*

In tutt'altra direzione avrebbe dovuto, invece, procedere il legislatore. La "rivoluzione promessa" della quale parlava il Calamandrei, piuttosto che togliere a tutti per dare a pochi, avrebbe dovuto realizzarsi nel senso di assicurare a tutti il massimo benessere possibile. Ed, a questo fine, non è chi non veda che la via migliore sarebbe stata quella di incrementare l'appartenenza e l'uso di beni comuni. I fini essenziali della Costituzione, e cioè lo sviluppo della persona umana ed il progresso materiale e spirituale della società, richiedono infatti in primo luogo che si impedisca che la proprietà di uno o di pochi possa limitare il soddisfacimento dei bisogni essenziali di tutti, sia quelli materiali, sia quelli spirituali. E qui è da porre l'accento, non solo sui beni materiali, come il demanio, ma anche sui beni immateriali, quali i brevetti, la pro-

prietà intellettuale, l'informazione, la comunicazione, la distribuzione delle frequenze, che implica, come tutti sanno, l'uso dell'etere, che è certamente una *res communis omnium*, e così via dicendo. I diritti inviolabili dell'uomo, alla cui tutela la Costituzione dedica la sua prima parte, possono facilmente essere limitati, o addirittura soffocati, dalla applicazione del cennato decreto legislativo, il quale sembra abbia l'unico fine concreto di favorire l'enorme potenza economica di quei pochi, i quali posseggono oramai molto più della ricchezza di tutti gli Stati complessivamente considerati e mettono in scacco questi ultimi con disinvolute azioni speculative.

Di fronte alla potenza incontrollabile della speculazione di questi pochi accentratori di grandissime ricchezze, è ora di opporre la forza del diritto, che risiede nel sostegno convinto della volontà comune della Nazione.

L'equa distribuzione tra tutti della proprietà personale e l'incremento dei beni comuni, materiali ed immateriali, potrebbero essere gli strumenti più idonei per realizzare, almeno in parte, una concreta giustizia sociale.⁵³

⁵³ Proposta per la elaborazione di un disegno di legge in materia di beni comuni ambientali

ARTICOLO UNICO

1. Le foreste e le cose di interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico e artistico da chiunque ed in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo, nonché le miniere, cave e torbiere sono dichiarate beni facenti parte del demanio dello Stato e sono pertanto stralciati dall'art. 826, secondo comma, del codice civile, ed inserite nell'art. 822 dello stesso Codice.

2. Nella categoria dei beni demaniali sono inseriti l'ambiente e le sue componenti, come individuate dalle leggi dello Stato.

3. I beni demaniali non possono essere sdemanializzati con atto amministrativo. L'eventuale loro sdemanializzazione può avvenire soltanto con esplicito atto legislativo.

4. L'articolo 829 del codice civile è abrogato.

5. All'art. 7, comma 10, della legge 15 giugno 2002, n. 112, le parole "sui beni immobili facenti parte del demanio dello Stato" sono soppresse.

6. Il decreto legislativo 28 maggio 2010, n. 85 è abrogato per violazione degli articoli 1, 2, 3, 5, 42, 43, 76, 117, comma secondo, lett. l), 120, della Costituzione.

ATTUALITÀ

*Riflessioni sulla responsabilità civile per le violazioni di legge commesse dagli organi giudiziari**

Maria Alessandra Sandulli

SOMMARIO: 1. Premessa: il quadro costituzionale. – 2. La legge n. 117 del 1988. – 3. Il problema della compatibilità della l. n. 117 del 1988 con l'ordinamento UE. – 4. Le proposte di riforma. – 5. Considerazioni critiche. – 6. Le questioni aperte. – 7. I limiti dell'obbligo di rinvio pregiudiziale. – 8. Segue: la necessaria distinzione tra responsabilità dello Stato e responsabilità dei magistrati. – 9. Brevissime considerazioni conclusive sul rapporto tra le Corti.

1. Premessa: il quadro costituzionale. – Alcuni recenti interventi giurisprudenziali e le proposte di legge che ne sono conseguite inducono a riflettere, alla luce degli obblighi derivanti dal diritto costituzionale ed euro-unitario, sul tema della responsabilità civile per le violazioni di legge commesse dagli organi giudiziari¹.

La questione, come ben noto, ha radici remote ed è stata ciclicamente portata all'attenzione degli studiosi e degli interpreti, sollecitando nel tempo diversi interventi da parte della Corte costituzionale, del legislatore e della Corte di Lussemburgo.

Solo nell'ultimo periodo, a seguito di una ennesima, più recente, sentenza del Giudice UE e delle reazioni del mondo politico e forense, il tema ha acquistato le dimensioni dell'urgenza, tanto da spingere, come si dirà, il Consiglio di Stato a “chiedere lumi” alla stessa Corte di Giustizia sulla portata e sui limiti dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, ex art. 276 TFUE, delle questioni di compatibilità del diritto interno con l'ordinamento UE.

L'intuibile delicatezza e complessità del problema ne impone un approfondimento graduale.

Secondo la migliore logica sistematica, il primo riferimento deve essere alla Costituzione, che, come noto, non affronta direttamente il tema.

La norma base deve essere dunque cercata nell'art. 28, che prevede, in termini generali e senza distinzioni per categorie, che “*i funzionari e i dipendenti*

^{*} Lo scritto costituisce rielaborazione e sviluppo del testo della Relazione svolta dall'A. al convegno sul tema “L'Europa del diritto: i giudici e gli ordinamenti” svoltosi a Lecce nei giorni 27 e 28 maggio 2012.

dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti". E aggiunge, a fondamentale garanzia del soggetto leso, che "in tali casi, la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici".

Di "responsabilità", la Costituzione parla di nuovo a proposito dei funzionari all'art. 97, nel Titolo dedicato alla pubblica Amministrazione, mentre non ne fa alcun riferimento nel Titolo IV, dedicato alla magistratura, che, anzi, si apre con l'affermazione del principio di indipendenza dei giudici, "soggetti soltanto alla legge" (art. 101).

Come ha ricordato l'Avvocato Generale dello Stato Ignazio Caramazza nel discorso di ringraziamento per il conferimento del Premio Sandulli 2011, su queste basi la Corte costituzionale affrontò, nel 1968, sotto la presidenza dello stesso Maestro, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 55 e 74 c.p.c., che, secondo il giudice remittente, limitando al dolo, alla frode e alla concussione (oltre che all'omissione di atti d'ufficio) la responsabilità personale dei magistrati, escludevano quella statale, in riferimento alle più ampie garanzie offerte dal surrichiamato art. 28.

Rifiutando la lettura riduttiva proposta dalla difesa statale, la Corte, nella sentenza n. 2, nota agli studiosi di giustizia costituzionale come esempio classico di interpretativa di rigetto, affermò lapidariamente che "l'autonomia e l'indipendenza della magistratura e del giudice ovviamente non pongono l'una al di là dello Stato, quasi legibus soluta, né l'altro fuori dall'organizzazione statale". E ancora, "il magistrato è e deve essere indipendente da poteri e interesse estranei alla giurisdizione; ma questa è funzione statale ed i giudici, esercitandola, svolgono attività abituale al servizio dello Stato: tanto che la Costituzione (art. 98) li ricorda insieme ai pubblici impiegati e sono numerose le leggi che, scritte per questi, valgono anche per quelli"². Da queste premesse, il Giudice delle leggi traeva la conseguenza che, se la singolarità della funzione giurisdizionale, la natura dei provvedimenti giudiziari, la stessa posizione *super partes* del magistrato, possono suggerire condizioni e limiti alla sua responsabilità, non sono tali da legittimarne una negazione totale, che violerebbe apertamente il principio affermato dall'art. 28 o peccherebbe di irragionevolezza sia di per sé, sia nel confronto con l'imputabilità dei "pubblici impiegati". Analogo discorso, sempre secondo la Corte costituzionale, va fatto per la responsabilità dello Stato, che si accompagna a

¹ Sul tema in generale cfr. F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano 2008; P.A. MENGOZZI, *La tutela davanti ai giudici nazionali dei diritti riconosciuti ai singoli ed i principi generali del diritto dell'Unione*, Milano 2011.

² La sentenza fu annotata favorevolmente da G. DUNI, *La Corte costituzionale di fronte all'art. 28 della Costituzione e al problema della responsabilità dei giudici*, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, 912 ss. e da V. SEGRÈ, *Responsabilità per denegata giustizia e rapporto processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 123 ss., ma criticamente da E. CASSETTA, *La responsabilità dei funzionari e dei dipendenti pubblici: un'illusione del costituente?*, in *Giur. Cost.*, 1968, 290 ss.

quella dei “funzionari” e dei “dipendenti” nell’art. 28 Cost. e nei principi della legislazione ordinaria: “di modo che – continua la sentenza – una legge che negasse al cittadino danneggiato dal giudice qualunque pretesa verso l’Amministrazione statale, sarebbe contraria a giustizia in un ordinamento che, anche a livello costituzionale, dà azione almeno alle vittime dell’attività amministrativa”.

In termini affatto significativi per il corretto inquadramento e la soluzione dell’odierno dibattito, la Corte escluse però che le limitazioni previste dalle citate disposizioni per la responsabilità personale dei magistrati potessero valere ad escludere la (corrispondente) responsabilità dello Stato, testualmente aggiungendo che “quanto alle altre violazioni di diritti soggettivi, cioè ai danni cagionati dal giudice per colpa grave o lieve o senza colpa, il diritto al risarcimento nei riguardi dello Stato non trova garanzia nel precetto costituzionale; ma niente impedisce alla giurisprudenza di trarlo eventualmente da norme o principi contenuti in leggi ordinarie (se esistono)”.

In buona sostanza, la Consulta ammetteva limitazioni alla responsabilità dei magistrati (e, per l’effetto, dello Stato) ai sensi dell’art. 28, ma rimetteva ai giudici comuni la ricerca di altre possibili fonti di riconoscimento della responsabilità statale, anche oltre i limiti di quella dei magistrati.

Ed è quanto, appunto, come vedremo, chiede oggi la Corte di Giustizia UE.

Qualche anno dopo (1974), nell’allora neoistituita rivista *Diritto e Società* lo stesso Aldo M. Sandulli tornava sul tema sul piano scientifico³ per affermare che “(con i necessari adattamenti) lo Stato dovrebbe rispondere civilmente dell’esercizio della funzione giurisdizionale secondo le regole di diritto comune in materia di responsabilità, e non entro quei più ristretti limiti entro i quali i giudici rispondono personalmente verso i terzi e, in sede di rivalsa, verso l’Amministrazione costretta dal terzo a ristorargli il danno subito”. Solo in questo modo, intendendo che la responsabilità degli agenti si aggiunge a quella dello Stato, ma i limiti alla prima non riducono la seconda, questi non sarebbero in contrasto con l’art. 28: la riferita linea interpretativa è stata poi abbracciata dalla giurisprudenza, che, in più stretto collegamento con il principio stabilito dall’art. 2043 cod.civ., ritenuto ormai generalmente applicabile alla p.a. sulla base del rapporto organico corrente tra l’ufficio del giudice e lo Stato, ha riconosciuto una responsabilità diretta di quest’ultimo anche al di fuori delle ipotesi in cui il giudice poteva essere chiamato a rispondere direttamente del danno. Lo stesso A. segnalava peraltro il contrasto con il principio di ragionevolezza delle norme che escludevano la responsabilità personale dei magistrati anche nei casi di colpa grave.

³ *Atti del giudice e responsabilità civile*, Relazione al convegno sul tema “La responsabilità e l’immobilità del giudice”, svoltosi a Roma nei giorni 11 e 12 giugno 1974 presso l’Istituto per le Scienze umane Torrente-Rubino, in *Dir. e soc.*, 1974, 481 ss. e ora anche in A.M. SANDULLI, *Scritti giuridici*, Napoli 1989, vol. II.

E nel 1979, in un articolo pubblicato sul Corriere della Sera⁴, riprendeva l'argomento, rappresentando l'esigenza di conciliare la non impunità dei giudici con una loro autentica indipendenza, costituenti entrambe "*condizioni essenziali al retto funzionamento della giustizia*". A questi fini, l'illustre A. proponeva un "*filtro*" di "*non manifesta infondatezza*" affidato ad un organo collegiale composto di sei giuristi di età compresa fra i cinquanta ed i settant'anni (oggi dovrebbero essere dieci o quindici in più): due nominati dal Presidente della Repubblica, due eletti dalla Corte costituzionale e cooptati gli ultimi due dai primi quattro, con almeno tre voti e possibilmente all'unanimità. Per la dichiarazione di non manifesta infondatezza dell'azione si proponeva poi la necessità di quattro voti su sei.

2. *La legge n. 117 del 1988.* – In questo quadro si è inserito il referendum del 1987 sugli artt. 55, 56 e 74 c.p.c., risoltosi con la loro abrogazione. A questa ha fatto seguito l'emanazione della l. 13 aprile 1988, n. 117, con la quale il Parlamento ha posto una nuova disciplina della materia, sorretta dalla considerazione della peculiarità della funzione giudiziaria che - come affermato dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza 3 febbraio 1987, n. 26⁵, ammissiva del referendum - rende necessaria la previsione di condizioni e limiti alla responsabilità dei magistrati, in considerazione "*dei disposti costituzionali appositamente dettati per la magistratura (artt. 101-113) a tutela della sua indipendenza e dell'autonomia delle sue funzioni*".

La legge si applica (art. 1) a tutti gli appartenenti alle magistrature ordinaria, amministrativa, contabile, militare e speciali che esercitano attività giudiziaria, ivi compresi i magistrati che esercitano le proprie funzioni in organi collegiali, nonché "*agli estranei che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria*".

Il legislatore, restringendo l'ambito della responsabilità diretta dei magistrati nei limiti consentiti dall'art. 28 della Costituzione, l'ha circoscritta ai danni derivanti da fatti costituenti reato, commessi nell'esercizio delle loro funzioni (art. 13, comma 1).

Nelle altre ipotesi in cui è prevista la risarcibilità dei danni (artt. 2 e 3) derivanti dall'esercizio delle funzioni giudiziarie, il danneggiato può agire solo verso lo Stato, al quale è poi attribuita una limitata azione di rivalsa (artt. 7 e 8).

Anche tali ipotesi sono peraltro determinate dagli artt. 2 e 3 della legge, (i) ai danni patrimoniali ovvero (ii) anche a quelli non patrimoniali derivanti da pri-

⁴ *Una legge per giudicare gli errori dei magistrati*, in *Corriere della Sera*, 25 giugno 1979, in A. M. SANDULLI, *Un giurista per la democrazia. Interventi sulla stampa*, Napoli 1987.

⁵ Per i primi commenti alla legge n. 117 del 1988 cfr. G.B. PETTI, *Illecito giudiziario e responsabilità civile dei giudici*, Roma 1988; L. SCOTTI, *La responsabilità civile dei magistrati*, Milano 1988.

vazione della libertà personale, che costituiscono effetto di comportamenti, atti o provvedimenti giudiziari posti in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni, ovvero di diniego di giustizia. Lo stesso art. 2 limita tassativamente la colpa grave a: "a) la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; b) l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento; c) la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; d) l'emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione", precisando che, in ogni caso, "non può dare luogo a responsabilità l'attività d'interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove".

L'azione contro lo Stato, nei casi previsti dall'art. 2, può essere esercitata (art. 4) soltanto quando siano stati esperiti i mezzi ordinari d'impugnazione o gli altri rimedi previsti avverso i provvedimenti cautelari e sommari, o quando non siano più possibili la modifica o la revoca del provvedimento ovvero, se tali rimedi non sono previsti, quando sia esaurito il grado del procedimento nell'ambito del quale si è verificato il fatto che ha cagionato il danno. L'azione può comunque essere esercitata decorsi tre anni dalla data del fatto che ha cagionato il danno se in tale termine non si è concluso il grado del procedimento nell'ambito del quale il fatto si è verificato.

In ogni caso l'azione deve essere esercitata, a pena di decadenza, nel termine di due anni dal verificarsi delle condizioni di ammissibilità ed è previsto un giudizio preliminare di ammissibilità della stessa da parte del Tribunale competente, teso (art. 5) a verificare che siano stati rispettati i termini o i presupposti di cui gli artt. 2, 3 e 4 e che la domanda non sia manifestamente infondata.

La legge pone inoltre specifici limiti all'azione di rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato che, a norma degli artt. 7 e 8 dispongono che essa deve essere esperita entro un anno dall'avvenuto risarcimento e, esclusi i casi di dolo, non può superare una somma "pari al terzo di un'annualità dello stipendio, al netto delle trattenute fiscali, percepito dal magistrato al tempo in cui l'azione di risarcimento è proposta, anche se dal fatto e derivato danno a più persone e queste hanno agito con distinte azioni di responsabilità". In ogni caso, l'esecuzione della rivalsa, quando viene effettuata mediante trattenuta sullo stipendio, non può comportare complessivamente il pagamento di rate mensili in misura superiore al quinto dello stipendio netto⁶.

⁶ Come è stato recentemente ricordato (A. PACE, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di Giustizia dell'UE del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, in *Giur. Cost.*, 2011, fasc. 6, fortemente critico sul "gioco dell'oca" disciplinato dalla l. n. 117/1988), E. FAZZALARI, *Una legge difficile*, in *Giur. Cost.*, 1989, I, 105, qualificò tale azione come "quasi simbolica", mentre N. ZANON, *La responsabilità dei giudici*, Relazione al Convegno AIC del 2004, in

La disciplina posta dalla l. n. 117 del 1988 è all'evidenza caratterizzata dalla costante cura di predisporre misure e cautele idonee a salvaguardare l'indipendenza dei magistrati e l'autonomia e la pienezza dell'esercizio della funzione giudiziaria.

Come affermato dalla Corte costituzionale nelle sentenze 3 maggio 1974, n. 128 e 27 marzo 1969, n. 60, il principio dell'indipendenza è invero volto a garantire l'imparzialità del giudice, assicurandogli una posizione *super partes* che escluda qualsiasi, anche indiretto, interesse alla causa da decidere. A tal fine la legge deve garantire l'assenza, in ugual modo, di aspettative di vantaggi e di situazioni di pregiudizio, preordinando gli strumenti atti a tutelare l'obiettività della decisione. La disciplina dell'attività del giudice deve perciò essere tale da renderla immune da vincoli che possano comportare la soggezione, formale o sostanziale, dell'organo giudicante ad altri organi, mirando altresì, per quanto possibile, a renderla "*libera da prevenzioni, timori, influenze che possano indurre il giudice a decidere in modo diverso da quanto a lui dettano scienza e coscienza*".

Chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della nuova e – per l'epoca – più rigorosa disciplina con tale principio, la stessa Corte, nella sentenza 18 gennaio 1989, n. 18⁷, ha peraltro dichiarato l'infondatezza della questione, correttamente rilevando che la garanzia costituzionale dell'indipendenza dei giudici è diretta a tutelare, *in primis*, l'autonomia di valutazione dei fatti e delle prove e l'imparziale interpretazione delle norme di diritto, rispetto alla quale pertanto il legislatore ha espressamente escluso ogni responsabilità, ampliando la sfera d'irresponsabilità, fino al punto in cui l'esercizio della giurisdizione, in difformità da doveri fondamentali, non si traduca in violazione inescusabile della legge o in ignoranza inescusabile dei fatti di causa, la cui esistenza non è controversa.

Significativamente la sentenza aggiungeva che la previsione del giudizio di ammissibilità della domanda (art. 5, l. cit.) garantisce adeguatamente il giudice dalla proposizione di azioni "*manifestamente infondate*", che possano turbarne la serenità, impedendo, al tempo stesso, ai terzi di creare con malizia i presupposti per l'astensione e la ricusazione di magistrati potenzialmente "scomodi".

3. *Il problema della compatibilità della l. n. 117 del 1988 con l'ordinamento UE.* – Il dibattito è stato peraltro riaperto – e con contorni ben più forti – dalla Corte di Giustizia, che, dopo la sentenza *Köbler* del 30 settembre 2003 (causa C-224/01, contro la Repubblica austriaca)⁸, è ripetutamente intervenuta proprio

AIC, Annuario 2004, *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Padova 2008, 231, "giunge a negare che si tratti di una vera azione di responsabilità".

⁷ In *Resp. civ. e prev.*, 1989, II, 565 ss. con nota di V. AMATO.

⁸ In dottrina cfr. G. ALPA, *La responsabilità dello Stato per "atti giudiziari"*. A proposito del caso *Kobler c. Repubblica d'Austria*, in *La nuova giur. civ. commentata*, 2005, 1, 1 ss.; S. BASTIANON, *Giur.*

sulla legge italiana del 1988 con le sentenze del 9 dicembre 2003 (C-129/00, Commissione c/Italia)⁹, del 13 giugno 2006 (C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo c/Italia*)¹⁰ e, in ultimo, del 24 novembre 2011 (C-379/10, *Commissione c/Italia*, che ha concluso la procedura di infrazione comunitaria 2009/2230)¹¹, affermando, in termini che non consentono repliche né deroghe alla luce degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., che il diritto dell'Unione osta ad una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa risulti da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale (così la sentenza del 2006, richiamata testualmente da quella del 2011).

Rispondendo ai rilievi specificamente sollevati dalla Commissione nei confronti della l. n. 117 del 1988, nella decisione del 24 novembre scorso la stessa Corte rileva poi che, a fronte dell'esplicito tenore dell'art. 2, secondo comma, di tale legge, lo Stato italiano non ha fornito alcun elemento in grado di dimostrare validamente che, nell'ipotesi di violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado, la disposizione venga interpretata dalla giurisprudenza quale semplice limite posto alla sua responsabilità qualora la violazione risulti dall'interpretazione delle norme di diritto o dalla valutazione dei fatti e delle prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e non quale esclusione di responsabilità.

E, ancora, che, alla luce della giurisprudenza riportata dalla difesa statale, la Repubblica italiana non ha confutato in termini sufficientemente sostanziali e dettagliati l'addebito contestatole dalla Commissione, secondo cui la normativa

dici nazionali e responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 57 ss.; P. PIVA, *La tradizionale irresponsabilità del giudice davanti al diritto comunitario. Note a margine della "Koblerizzazione" del diritto comunitario e del diritto degli Stati membri*, in *Il diritto della regione*, 2004, 809 ss.; E. SCODITTI, "Francovich" presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante dal provvedimento giurisdizionale, in *Foro it.*, 2004, IV, 4 ss.; H. TONER, *Thinking the unthinkable? State Liability for Judicial Acts after Factortame (III)*, in *Yel*, 1997/17, 165 ss.

⁹ In *Riv. dir. trib.*, 2004, III, 75 ss., con nota di M. VITALIANO; in *Riv. dir. fin.*, 2004, II, 57 ss. con nota di C. ATTARDI; in *Nuovo dir.*, 2004, 275 ss., con nota di L. VENTURINI. Sulle problematiche del sistema disciplinato dalla l. n. 117 alla luce delle sentenze della Corte di Giustizia, cfr. anche N. ZANON, *op. loc. cit.*, F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano 2006, 220 ss., F. BIONDI e N. ZANON, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna 2006, 187 ss.

¹⁰ In dottrina, fra i tanti, cfr. ancora F. BIONDI, *Dalla Corte di Giustizia un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati*, in *Quad. cost.*, 2006, 840 ss.; A. PALMIERI, *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello Stato: luci ed ombre di una tendenza irreversibile*, in *Foro it.*, 2006, IV, 419 ss.; C. RASIA, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del giudice supremo: il caso Traghetti del Mediterraneo contro Italia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 1025 ss. Più in generale v. F.P. LUISSO, *La responsabilità civile del magistrato*, in *Judicium* (www.judicium.it), 2007, 1 ss.

italiana limita, in casi diversi dall'interpretazione di norme di diritto o dalla valutazione dei fatti e delle prove, la responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado in modo non conforme ai principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte, ovvero in termini tali da dimostrare l'equivalenza tra il requisito della "colpa grave" previsto dal citato art. 2 e quello di "violazione manifesta del diritto vigente" individuato dalla Corte di Lussemburgo.

Ricorda a quest'ultimo riguardo la sentenza (punti 40 e 41) che, secondo costante giurisprudenza euro-unitaria, tre sono le condizioni in presenza delle quali uno Stato membro è tenuto al risarcimento dei danni causati ai singoli per violazione del diritto dell'Unione: (i) che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, (ii) che si tratti di violazione sufficientemente caratterizzata e, infine, (iii) che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi (v. sentenze 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*, Racc. pag. I-1029, punto 51; 4 luglio 2000, causa C-424/97, *Haim*, Racc. pag. I-5123, punto 36, nonché 24 marzo 2009, causa C-445/06, *Danske Slagterier*, Racc. pag. I-2119, punto 20). E precisa poi che, con riferimento ai danni causati dalla decisione di un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado che violi una norma di diritto dell'Unione, la seconda di dette condizioni deve essere intesa nel senso che consenta di invocare la responsabilità dello Stato solamente nel caso eccezionale in cui il giudice abbia violato in maniera "manifesta" il diritto vigente (v. sentenza *Köbler*, cit., punti 52 e 53).

Come già osservato in un commento a prima lettura della sentenza *Traghetti del Mediterraneo*¹², al di là di quanto potrebbe apparire dalla mera lettura del dispositivo o di alcuni "primi clamori" di stampa, la posizione della Corte risulta invero temperata dalla significativa insistenza, nei diversi passi della motivazione di tale pronuncia (a sua volta richiamando la prima sentenza *Köbler*), sul fatto che comunque la responsabilità dello Stato in un caso del genere "non è illimitata", ma "può sussistere solo nel caso eccezionale in cui l'organo giurisdizionale che ha statuito in ultimo grado abbia violato in modo manifesto il diritto vigente. Al fine di determinare se questa condizione sia soddisfatta, il giudice nazionale investito di una domanda di risarcimento danni deve, a tal riguardo, tener

¹¹ In dottrina cfr. E. CHITI-S. SCREPANTI, *Responsabilità dello Stato*, in *Giornale di dir. amm.*, 2012, 1, 78 ss.; R. CONTI, *Dove va la responsabilità dello Stato-Giudice dopo la Corte di giustizia?*, in *Corriere giur.*, 2012, 2, 185 ss.; A. PACE, *Le ricadute*, cit.; E. SCODITTI, *Violazione del diritto dell'Unione europea imputabile all'organo giurisdizionale di ultimo grado: una proposta al legislatore*, in *Foro it.*, 2012, 1, IV, 22 ss.

¹² M.A. SANDULLI, *La Corte di Cassazione e la Corte di Giustizia verso una più effettiva tutela del cittadino? (note a margine di Cass. SS. UU. 13 giugno 2006 nn. 13659 e 13660 e 15 giugno 2006 n. 13911 sul risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e di CGUE 13 giugno 2006 in C-173/03, sulla responsabilità civile dei magistrati)*, in *www.federalismi.it*.

conto di tutti gli elementi che caratterizzano la situazione sottoposta al suo sindacato, e, in particolare, del grado di chiarezza e di precisione della norma violata, del carattere intenzionale della violazione, della scusabilità o inescusabilità dell'errore di diritto, della posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria nonché della mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE (sentenza Köbler, cit., punti 53-55)" (cfr. punto 32). L'incompatibilità euro-unitaria delle citate norme italiane che prevedono in modo assoluto limiti oggettivi e soggettivi alla responsabilità per errori giurisdizionali commessi dai magistrati è del pari affermata soltanto in riferimento alla "violazione manifesta del diritto comunitario" nei successivi passi motivazionali della sentenza (cfr. punti 35, 39 e 42), con la testuale precisazione, sostanzialmente riproduttiva della precedente ma in termini positivi che la chiariscono, che "Tale violazione manifesta si valuta, in particolare, alla luce di un certo numero di criteri quali il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere scusabile o inescusabile dell'errore di diritto commesso, o la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma CE, ed è presunta, in ogni caso, quando la decisione interessata interviene ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in materia (sentenza Köbler, cit., punti 53-56)" (cfr. punto 43).

Il punto più delicato – se non l'unico punto effettivamente delicato, dal momento che gli altri casi presuppongono un margine sostanzialmente nullo di errore e dovrebbero quindi corrispondere ad una corretta lettura del requisito della colpa grave – sembra dunque quello dell'inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sul quale infatti, come si dirà, è stata di recente ammessa dalla Corte d'Appello di Roma¹³ un'azione di responsabilità per danni promossa dalla Società Telecom Italia in riferimento ad una decisione assunta dalla VI sezione del Consiglio di Stato ed è stato da ultimo chiesto, con ordinanza della stessa VI sezione, un intervento chiarificatore della stesso Giudice europeo.

Prima di riprendere *funditus* quest'ultimo profilo, sembra peraltro opportuno evidenziare che la rilevanza della posizione assunta dagli organi UE era già evidente nelle riferite sentenze del 2003 e, comunque, nella sentenza del 2006; eppure, quasi come la crisi economica, è stata riprovervolmente trascurata fino alla nuova denuncia della Commissione e alla conseguente, più recente decisione del 24 novembre scorso, che, come purtroppo frequentemente accade nel nostro Paese, ha addirittura suscitato una reazione "per eccesso", determinando i nostri governanti a formulare proposte legislative tese ad allargare, accanto alla responsabilità dello Stato, anche quella personale dei magistrati.

¹³ Decreto 31 gennaio 2012 in causa Telecom Italia s.p.a. contro Consiglio dei Ministri.

4. *Le proposte di riforma.* – Il riferimento è, come a molti già noto, all'art. 25 del d.d.l. comunitaria, introdotto su emendamento presentato dall'On. Gianluca Pini (Lega) e approvato dall'Aula della Camera dei deputati il 2 febbraio 2012 tramite votazione segreta (presenti 476, votanti 475, astenuti 1, maggioranza 238, voti favorevoli 264, voti contrari 211). Il testo normativo, analogamente a quello inserito e poi espunto dal d.d.l. comunitaria 2010, è volto ad adeguare l'ordinamento italiano all'ordinamento comunitario in considerazione di quanto affermato dalla Corte di giustizia nelle sentenze sopra citate.

La prima riforma, proposta dal comma 1, lett. *a*) dell'art. 25, è l'integrale sostituzione del comma 1 del richiamato art. 2 della l. n. 117.

Rispetto al testo vigente la prima – dirompente – novità è rappresentata dall'introduzione della possibilità - per chi abbia subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, atto o provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni nelle ipotesi considerate nel medesimo articolo 2, ovvero per diniego di giustizia (e dunque anche fuori dai casi di reato considerati dall'art. 13) - di agire in via diretta non solo contro lo Stato, ma anche contro il soggetto riconosciuto colpevole, per ottenere il risarcimento dei danni.

Un'ulteriore innovazione è rinvenibile nell'introduzione dell'ipotesi della “*violazione manifesta del diritto*”, formalmente aggiuntiva rispetto ai già previsti titoli di imputazione della responsabilità (dolo o colpa grave), ma sostanzialmente già compresa in una corretta lettura della colpa grave.

L'ultima novità è infine costituita dall'aggiunta di un ultimo periodo allo stesso comma, con il quale viene esplicitamente, quanto per vero inutilmente, specificato che il carattere intenzionale della violazione del diritto costituisce dolo.

La seconda novella, recata dal comma 1, lettera *b*), dell'art. 25, sostituisce il comma 2 dello stesso all'art. 2 della legge n. 117 ed è volta a sopprimere la disposizione che attualmente esclude ogni forma di responsabilità per l'attività di interpretazione normativa.

Il suddetto comma 2 viene infatti riformulato prevedendo che, salvi i casi previsti dai commi 3 e 3-*bis* del medesimo articolo 2, nell'esercizio delle funzioni giudiziarie la responsabilità è esclusa solo per l'attività di valutazione del fatto e delle prove¹⁴ (epperò sussisterebbe per la predetta attività ermeneutica). La disposizione risolverebbe dunque solo in parte il contrasto con l'ordinamento UE, riscontrato dalla citata giurisprudenza, anche per quest'ultima esclusione.

La terza e ultima novella all'art. 2, recata dal comma 1, lettera *c*), dell'art. 25, aggiunge al testo originario di tale articolo un comma 3-*bis*, con il fine – anche

¹⁴ Non si comprende peraltro l'inciso “*salvi i casi previsti dai commi 3 e 3-bis*”, rispettivamente relativi alle ipotesi di colpa grave e di violazione manifesta del diritto.

in questo caso – di adeguare l'ordinamento nazionale a quanto statuito dalla Corte di giustizia nella sentenze sopra richiamate. Il nuovo comma 3-*bis*, riprendendo pedissequamente il testo di tali pronunce, stabilisce infatti che, “*ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste una violazione manifesta del diritto ai sensi del comma 1, deve essere valutato se il giudice abbia tenuto conto di tutti gli elementi che caratterizzano la controversia sottoposta al suo sindacato, con particolare riferimento al grado di chiarezza e di precisione della norma violata, al carattere intenzionale della violazione, alla scusabilità o inescusabilità dell'errore di diritto*”. E ancora che “*In caso di violazione del diritto dell'Unione europea, si deve tener conto se il giudice abbia ignorato la posizione adottata eventualmente da un'istituzione dell'Unione europea, non abbia osservato l'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché se abbia ignorato manifestamente la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*”.

La riforma investe peraltro, indistintamente, e in termini oggettivamente più rigorosi di quelli imposti dalle istituzioni europee, tanto la responsabilità dello Stato, che quella personale dei magistrati.

5. *Considerazioni critiche.* – L'errore di prospettiva in cui si muove la proposta riformatrice è evidente proprio alla luce di quanto fin qui esposto.

Se ragioni di coerenza del sistema giuridico e di effettività della tutela giustificano, se non addirittura impongono, che lo Stato sia chiamato responsabile per i danni arrecati ai terzi per la *manifesta violazione* delle regole giuridiche da parte dei propri magistrati e se, in ossequio agli obblighi derivanti dagli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. il legislatore (come le Amministrazioni e i giudici) deve rispettare le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza UE nel senso che tale responsabilità non possa essere aprioristicamente e radicalmente esclusa per l'interpretazione delle disposizioni normative e/o per la valutazione dei fatti e delle prove¹⁵, le esigenze di indipendenza dei giudici tutelate anche a livello costituzionale giustificano ed anzi impongono un'adeguata limitazione della loro responsabilità nei termini di cui alla l. n. 117 del 1988, per le ragioni più volte rappresentate dalla stessa Corte costituzionale e strettamente legate alla necessità di salvaguardare gli organi giudiziari da manovre intimidatorie e azioni strumentali a minarne l'autonomia di giudizio.

Passando ad un esame più puntuale della proposta, mentre si ribadisce la difficoltà di comprendere la logica (*recte* la necessità) del riferimento alla natura dolosa dell'errore “*intenzionale*” di diritto, non si percepisce la *ratio* per cui viene eliminato il riferimento del limite di responsabilità nell'attività di inter-

¹⁵ Così anche A. PACE, *op. cit.*

pretazione di norme di diritto, mentre viene mantenuto (peraltro con la poco comprensibile eccezione dei casi di colpa grave e di violazione manifesta del diritto, ciò che consentirebbe irragionevolmente l'esclusione per i casi di... dolo e di diniego di giustizia) quello nell'attività di valutazione del fatto e delle prove al di fuori. Infatti, fuori dagli obblighi imposti dall'ordinamento euro-unitario (limitati dunque alla responsabilità dello Stato per violazione delle relative norme), premesso che l'interpretazione, non meno della valutazione del fatto e delle prove, costituisce il *proprium* dell'attività giurisdizionale, non si può invero non valutare il rischio che l'affermazione generalizzata della responsabilità dello Stato – e addirittura di quella diretta del magistrato – anche per errori interpretativi, con conseguente esplosione della domanda risarcitoria, si traduca, impropriamente, in una sorta di ulteriore grado di giudizio o, peggio ancora, uno strumento per condizionarne l'operato e, in ultima analisi, l'indipendenza stessa del magistrato.

Al di là di tali critiche sostanziali, la lettura della proposta legislativa lascia comunque emergere seri problemi di coordinamento con il testo vigente della l. n. 117 sotto il profilo più strettamente processuale, che dovrebbero verosimilmente essere superate nel corso del procedimento di approvazione finale (nell'ipotesi in cui vi si arrivasse): la novella non interviene infatti sugli articoli 4 e 8 della legge. Sorge quindi ad esempio il problema dell'applicabilità delle disposizioni dei commi 1 e 2 dell'art. 4 (che individuano il giudice competente per l'azione di risarcimento del danno contro lo Stato e prevedono i termini entro cui, a pena di decadenza, tale azione deve essere esperita) all'azione proposta direttamente contro il magistrato. Analogamente il mancato intervento sull'articolo 8 implicherebbe – quantomeno sul piano letterale – che i limiti previsti da tale disposizione per la rivalsa da parte dello Stato non sarebbero applicabili all'azione diretta contro il magistrato. In proposito va evidenziato che la possibilità di un'azione diretta contro il magistrato, come in precedenza ricordato, è già contemplata dalla legge n. 117 nell'ipotesi di cui all'articolo 13 della stessa. Tale disposizione prevede, in particolare, che chi ha subito un danno in conseguenza di un fatto costituente reato commesso dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni ha diritto al risarcimento nei confronti del magistrato e dello Stato. In tal caso l'azione civile per il risarcimento del danno ed il suo esercizio anche nei confronti dello Stato come responsabile civile sono regolati dalle norme ordinarie. All'azione di regresso dello Stato che sia tenuto al risarcimento nei confronti del danneggiato si procede altresì secondo le norme ordinarie relative alla responsabilità dei pubblici dipendenti. Nell'ipotesi di cui al citato articolo 13 le differenze di regime con le ipotesi di cui agli articoli 2 e 3 della medesima legge n. 117 del 1988 possono presumibilmente considerarsi giustificate per il fatto che si tratta di fatti che costituiscono reato, mentre il rischio di lacune normative non sussiste in virtù del rinvio espresso alle norme ordinarie. Per quanto riguarda poi l'individuazione del giudice competente, trova applicazione il dispo-

sto dell'articolo 30bis del codice di procedura civile, che affida le cause relative alle azioni civili concernenti le restituzioni e il risarcimento del danno da reato, di cui sia parte un magistrato, che sarebbero attribuite alla competenza di un ufficio giudiziario compreso nel distretto di corte d'appello in cui il magistrato esercita le proprie funzioni, alla cognizione del giudice, ugualmente competente per materia, che ha sede nel capoluogo del distretto di Corte d'appello determinato ai sensi dell'articolo 11 del codice di procedura penale, previsione questa analoga a quelle sulla competenza contenute negli articoli 4 e 8 della legge n. 117.

Le riferite considerazioni non potrebbero invece valere – quantomeno sulla base del dato testuale – nell'ipotesi di azione diretta nei confronti del magistrato, che l'articolo vorrebbe introdurre. In questa prospettiva sussisterebbe, almeno a prima lettura, il rischio di lacune normative suscettibili di determinare incertezze e difficoltà sul piano applicativo, con la conseguente opportunità di un ulteriore approfondimento in merito all'ipotesi di interventi di coordinamento aggiuntivi.

6. *Le questioni aperte.* – Tornando al tema sostanziale della necessità o comunque opportunità di estendere la responsabilità dello Stato e/o dei magistrati oltre quanto specificamente imposto dalla Corte di Giustizia, molte sono indubbiamente le questioni aperte. Come molte sono ancora le questioni aperte sui limiti entro i quali potrà dirsi effettivamente perpetrata una violazione del diritto dell'Unione europea, alla luce dei parametri indicati dalla stessa Corte e testualmente ripresi dalla proposta riformatrice.

Per avere un'immediata percezione delle dimensioni del problema, basta esemplificativamente pensare al nuovo tema delle liberalizzazioni: il primato del diritto euro-unitario consente ai privati di sottrarsi ai controlli (es. autorizzazioni preventive), imposti dal nostro ordinamento in contrasto con le norme UE e, per l'effetto, può costituire un limite al potere repressivo o sanzionatorio per mancanza dell'autorizzazione, imponendo quindi ai giudici investiti del ricorso contro il provvedimento sanzionatorio di annullarlo o di disporre un rinvio pregiudiziale?¹⁶ La risposta sembra dover essere comunque negativa: il principio di effettività della tutela deve soltanto garantire che il soggetto che si ritenga leso nella propria sfera giuridica per effetto di una violazione del diritto UE abbia,

¹⁶ È nota la vicenda della Soc. Stanleybet, sanzionata con l'ordine di cessare l'attività di raccolta di giochi e scommesse, iniziata senza autorizzazione di polizia: peraltro in quel caso l'azione di responsabilità appare manifestamente infondata perché nessuna norma né pronuncia UE ha mai affermato l'incompatibilità euro-unitaria delle autorizzazioni di polizia per l'esercizio delle attività di gioco e scommessa, deputate a controlli che non si esauriscono nel previo ottenimento del titolo concessorio – ritenuto in contrasto con il diritto UE – ma rispondono anche ad esigenze di ordine pubblico sulle quali la Corte di Lussemburgo non ha mai espresso un giudizio di incompatibilità.

nel diritto interno, adeguati strumenti di tutela, come è certamente la possibilità di agire in sede giurisdizionale avverso il diniego dell'autorizzazione o il silenzio sulla relativa istanza, arricchito peraltro dal nuovo potere del giudice di accertare il fondamento della pretesa sostanziale e condannare l'amministrazione al rilascio del provvedimento favorevole. Ma non può consentirgli di farsi giustizia da sé.

Un altro significativo esempio della possibile estensione del tema della responsabilità per violazione delle norme UE è dato da una recentissima pronuncia della Corte dei conti, sez. Abruzzo, 21 marzo 2012, n. 84, che, contestando la posizione assunta dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione nel senso della esclusione della responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti delle società pubbliche per i danni arrecati a queste ultime (confermata da ultimo dalla sentenza 9 marzo 2012, n. 3692), ha affermato che *“l'interpretazione giurisprudenziale che assegna al giudice ordinario la giurisdizione sui danni a società partecipate da enti pubblici, potrebbe determinare una responsabilità dello Stato – giudice, per inadempimento al diritto comunitario, perché sussiste l'interesse dei cittadini e delle imprese contribuenti a ottenere una gestione delle risorse pubbliche trasparente, sana, efficiente ed economica”*. In particolare, la sentenza ha affermato che, come sancito dalle Corti di giustizia nelle riferite cause *Köbler* e *Traghetti del mediterraneo*, la responsabilità della sana gestione economica poggia su principi costituzionali e comunitari. Infatti, l'art. 117 Cost. e l'art. 126 TUE (ex art. 104 TCE), unitamente al Protocollo n. 12 sui disavanzi pubblici eccessivi, i Regolamenti del Consiglio del 17 giugno 1997, n. 1446 e 1447, s.m.i., la Risoluzione del Consiglio 17 giugno 1997, n. 97/C (c.d. patto di stabilità e crescita comunitario), il Regolamento del Consiglio europeo del 25 giugno 1996, n. 2223/96 (c.d. sistema SEC 95) – sul conto economico consolidato delle Pubbliche amministrazioni – postulano un controllo magistratuale indipendente e neutrale sulle c.d. gestioni pubbliche, onde verificare, con trasparenza e tracciabilità, l'esistenza di gestioni inefficienti e diseconomiche, imputabili a comportamenti dolosi o gravemente colposi di persone fisiche o giuridiche, che gestiscano, indipendentemente dal titolo formale e dalle strutture organizzative utilizzate, denaro della collettività ovvero determinino pregiudizi economici a carico della collettività a titolo di danno emergente (risorse consumate) o lucro cessante (risorse attese), anche a titolo di lesione di *chances* divenute irrealizzabili.¹⁷

¹⁷ A conferma della propria posizione, la sentenza richiama peraltro il momento di nuova riflessione (in corso d'opera), perché la Cassazione con l'ordinanza interlocutoria n. 2815 del 24 febbraio 2012, ha stabilito, sempre per un'azione di responsabilità riguardante un danno arrecato a una società a partecipazione pubblica, per effetto di condotte illecite degli amministratori, che era opportuno rinviare la causa a nuovo ruolo per acquisire la relazione dell'Ufficio del ruolo e del massimario alla luce dei principi enunciati dalla giurisprudenza e delle osservazioni sull'argomento da

È inoltre recentissima la sentenza della Corte d'Appello di Torino che condanna lo Stato a risarcire il danno prodotto alle vittime di violenza sessuale in quanto non ha recepito la Direttiva CE 2004/8 che imponeva un indennizzo a carico dell'autore¹⁸.

Analoga, se non maggiore, attenzione, merita la sentenza del 20 ottobre 2011, in C-396/09, con la quale, confermando un orientamento già espresso nella sentenza 5 ottobre 2010, C-173/09, la Corte di Giustizia ha affermato che i giudici nazionali devono disattendere le pronunce dei giudici superiori (nella specie addirittura quella della Cassazione sul regolamento di giurisdizione) in contrasto con il diritto UE. Il principio, che lascia perplessi con riferimento alla materia in cui è stato affermato, è suscettibile di importanti ricadute sul potere di nomofilachia riconosciuto all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato dall'art. 99 c.p.a., imponendo anche alle Sezioni semplici del medesimo consesso, e alla stessa Sezione remittente cui la controversia venga eventualmente rinviata, di disattendere la decisione dell'Adunanza plenaria, pena l'insorgenza di una responsabilità dello Stato.

Il rischio che il timore (o la minaccia) di determinare ipotesi di responsabilità per violazione delle norme UE abbia un impatto dirompente sui tempi e sui contenuti della giustizia è altissimo.

Non si può in proposito non considerare il rischio che un abuso del mezzo del rinvio pregiudiziale o un rinvio pregiudiziale volto non tanto ad accertare la portata delle norme euro-unitarie, ma a garantire le Corti nazionali di ultima istanza da azioni di responsabilità, abbia il duplice effetto negativo di paralizzare il funzionamento della Corte di Giustizia e di dilatare in modo irragionevole i tempi dei giudizi nazionali.

7. I limiti dell'obbligo di rinvio pregiudiziale. – È significativa – ed apprezzabile – a questo riguardo la recente ordinanza n. 1244 del 5 marzo scorso, con la quale la VI Sezione del Consiglio di Stato ha “provocatoriamente” investito la Corte di Giustizia di una serie di quesiti diretti a stabilire i limiti in cui l'obbligo di rinvio pregiudiziale deve effettivamente ritenersi sussistente, con specifico riferimento alle condizioni di ammissibilità dei quesiti sollevati dalle parti alla stregua del nostro diritto processuale e alla possibilità del giudice di operare un filtro sui medesimi, anche per evitare un eccessivo aggravio della Corte e un facile allungamento dei tempi del processo, con pregiudizio di un altro importante corollario del principio di effettività della tutela.

parte della dottrina, anche a seguito di uno specifico incontro di studio da tenersi nell'aula magna della Corte di Cassazione.

¹⁸ Corte d'Appello di Torino, Sez. III civ., sent. 23 gennaio 2012, n. 106, in *Guida dir.*, n. 18 del 2012, 21.

In particolare, l'ordinanza, premessa l'estrema importanza e delicatezza del tema (che ha già dato adito ad alcune azioni di responsabilità), ha posto in luce la circostanza che la stessa Corte di Giustizia, nel definire le condizioni per la sussistenza dell'obbligo di rinvio, ha ipotizzato una sorta di "filtro", per il caso di questioni non rilevanti, o già decise, o già chiare oltre ogni ragionevole dubbio.

Ha osservato tuttavia correttamente la Sezione che *"Sembra trattarsi di un filtro a maglie larghe che lascia poco margine ad un sindacato valutativo del giudice nazionale, atteso che, da un lato, il dato testuale dell'art. 267, par. 3, TFUE sembra prevedere un "obbligo" incondizionato, sicché eventuali deroghe devono essere tassative, e atteso che le questioni interpretative "chiare" sono evenienza rara e che la stessa valutazione di "rilevanza" della questione può presupporre la soluzione di questioni interpretative del diritto comunitario"*.

Ne consegue la netta differenza rispetto al nostro sistema di rinvio alla Corte costituzionale, nel quale il giudice, anche di ultima istanza, non ha un obbligo di rinvio, ma solo una facoltà, previa valutazione della rilevanza e, soprattutto, della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, nell'ambito della quale il giudice esercita un potere interpretativo sia della legge, che della Costituzione.

Di contro, nel sistema del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, sembra esclusa, in capo al giudice nazionale di ultima istanza, qualsiasi competenza ad interpretare il diritto dell'Unione, potendo il giudice nazionale escludere il rinvio pregiudiziale solo se la norma euro-unitaria sia chiara al di là di ogni ragionevole dubbio.

Soprattutto – ed è questo il punto sul quale l'ordinanza concentra la sua attenzione – né l'art. 267, par. 3, TFUE, né la Corte di Giustizia forniscono chiarimenti sul rapporto tra l'obbligo di rinvio pregiudiziale e le regole processuali nazionali¹⁹.

Rileva in proposito il Collegio che il nostro processo amministrativo, come confermato dal c.p.a., è improntato al principio della domanda di parte e della specificità dei motivi di ricorso con conseguente inammissibilità dei motivi generici e divieto di integrazione e modifica della domanda e dei motivi in corso di causa, anche da parte del giudice.

Si pone pertanto il dubbio se l'art. 267, par. 3, TFUE faccia salvi i sistemi processuali nazionali, e segnatamente le citate regole in tema di principio della domanda, specificità dei motivi, divieto per il giudice di esercitare un potere di soccorso nel senso di correggere e modificare la domanda di parte, così consen-

¹⁹ A questo proposito si rinvia tuttavia a D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009 (v. anche ID., *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost? A Study on the "Functionalized Procedural Competence" of EU Member States*, Heidelberg-Dordrecht-London-New York 2010).

tendo di intendere il potere del giudice di “filtrare” le domande pregiudiziali come riferito anche ai parametri della legge processuale nazionale senza incorrere in responsabilità per violazione del citato art. 267, par. 3, TFUE (soluzione suggerita dal Consiglio di Stato), o se invece tale articolo imponga al giudice nazionale, a fronte di una domanda di parte che solleva una pregiudiziale euro-unitaria, e a prescindere dalle regole processuali nazionali, di interpretare, modificare e adattare la domanda di parte, in modo che il quesito pregiudiziale rispetti i requisiti formali e sostanziali di cui alle istruzioni fornite dalla Corte di Giustizia.

In altri termini, si chiede quindi al Giudice di Lussemburgo di assumersi la responsabilità di affermare che, nonostante la teorica non ingerenza nei sistemi processuali degli Stati membri, il primato dell'Unione (che, si ricorda, impone a tutte le autorità degli Stati membri di “non applicare” le norme interne contrarie al diritto UE) si estenda fino a pretendere il radicale stravolgimento delle regole di tali sistemi, individuando nei giudici interni un ruolo primario di cooperazione con le istituzioni europee (secondo un modello che vede peraltro significative espressioni nei poteri di intervento e ora di azione diretta dell'AGCM a tutela della concorrenza e nei poteri sanzionatori d'ufficio dei giudici amministrativi a fronte delle infrazioni più gravi delle norme UE in tema di affidamento di appalti pubblici).

Inoltre, secondo il giudice remittente, che chiede naturalmente anche su questo punto il giudizio finale della Corte, il potere di “filtro” dovrebbe essere più ampio e, in ossequio ai principi di ragionevole durata del processo, divieto di abuso del diritto di difesa, lealtà processuale, l'art. 267, par. 3, TFUE andrebbe interpretato nel senso che l'obbligo di rinvio pregiudiziale non impedisce un vaglio critico da parte del giudice *a quo* della questione di interpretazione del diritto comunitario, consentendogli di non rinviare la questione non solo nel caso di “assoluta chiarezza” della norma comunitaria, ma anche nel caso in cui il giudice nazionale ritenga, in base ad un parametro di ragionevolezza e diligenza professionale, che detta norma comunitaria sia “ragionevolmente chiara” e non necessiti di ulteriore chiarificazione.

Da ultimo, ma non ultimo, si chiede alla Corte di chiarire, alla luce della interpretazione dell'art. 267, par. 3, TFUE, in quali casi il mancato rinvio pregiudiziale dà luogo all'ipotesi di “manifesta violazione del diritto comunitario” riscontrata dalla citata giurisprudenza e se tale nozione possa essere di diversa portata e ambito ai fini dell'azione speciale nei confronti dello Stato ai sensi della legge 13 aprile 1988, n.117 per “risarcimento danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati” e dell'azione generale nei confronti dello Stato per violazione del diritto euro-unitario, e tanto, anche al fine di evitare che i giudici nazionali, nel timore di incorrere in violazione del diritto comunitario, aggravino la Corte UE con rinvii puramente “difensivi” finalizzati a prevenire azioni di responsabilità contro i magistrati.

8. *Segue: la necessaria distinzione tra responsabilità dello Stato e responsabilità dei magistrati.* – Quest’ultimo riferimento ridona massima attenzione alla necessità – già a suo tempo sottolineata dalla Corte costituzionale - di distinguere tra la responsabilità dello Stato per violazione del diritto euro-unitario e responsabilità civile dei magistrati: come recentemente chiarito dal Tribunale civile di Roma (cfr. Sez. II, ordinanza 21 giugno 2011, Pres. Durante, Est. Cricenti, nella controversia affrontata dalla citata Corte d’Appello di Roma del 31 gennaio 2012), “*la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario è una responsabilità propria dello Stato, e non già una responsabilità dell’organo statale cui è imputabile materialmente la violazione*”. Ciò in quanto – si legge nella citata ordinanza – “*La responsabilità del magistrato è una responsabilità personale di quest’ultimo mentre la responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell’Unione, commessa dall’organo giudiziario, è appunto responsabilità dello Stato*”.

“*Nei rapporti con il diritto dell’Unione, l’atto dell’organo giudiziario si considera come atto dello Stato. In pratica nell’ordinamento dell’Unione lo Stato è considerato unitariamente, così come è considerato unitariamente nell’ambito della Comunità internazionale. Esso risponde in proprio delle violazioni di legge sovranazionale commesse dai suoi organi, qualunque sia l’organo materialmente responsabile della violazione, ed è un accidente che si tratti del legislativo, del giudiziario o dell’esecutivo*”.

Anche la Corte di Giustizia, nelle varie pronunce in cui ha affrontato la questione, non è mai intervenuta sulla responsabilità dei magistrati, ma si è limitata ad affermare che lo Stato, chiamato a rispondere delle violazioni del diritto euro-unitario, non può invocare limitazioni di responsabilità come quella derivante dalla legge sulla responsabilità civile del magistrato: lungi dall’imporre l’estensione ai magistrati della responsabilità per violazione del diritto UE, la Corte si è limitata cioè a precisare che, la disciplina interna sulla responsabilità dei magistrati non può comunque impedire la responsabilità dello Stato per violazione manifesta del diritto euro-unitario, restando a tal fine indifferenti la natura e la posizione dell’organo che l’abbia commessa.

Nella stessa sentenza del 24 novembre 2011, lungi dall’affermare un obbligo di responsabilità diretta dei giudici per la violazione del diritto UE, i Giudici di Lussemburgo, come ben emerge dalla motivazione, di fronte alla produzione (da parte della Commissione) di precedenti della Corte di cassazione dai quali sarebbe emerso che il requisito della “*colpa grave*” di cui all’art. 2 della legge n. 117/88 è inteso in un senso più restrittivo della manifesta violazione del diritto vigente²⁰, hanno inteso unicamente prevenire o correggere possibili in-

²⁰ In particolare, la Corte rileva che “*A tal riguardo, la Commissione richiama due sentenze di detto giudice, pronunciate, rispettivamente, in data 5 luglio 2007, n. 15227, e 18 marzo 2008, n. 7272, secondo cui tale nozione sarebbe stata interpretata, sostanzialmente, in termini tali da coincidere con il «carattere manifestamente aberrante dell’interpretazione» effettuata dal magistrato. In tal senso, la*

terpretazioni della stessa legge in senso limitativo della responsabilità dello Stato nei termini come sopra intesi dalla giurisprudenza dell'Unione.

Nella sentenza dello scorso novembre, come in quelle precedenti, la Corte non si dà invero alcun carico dei limiti posti dal legislatore interno alla responsabilità civile dei magistrati, ma si riferisce esclusivamente e incontrovertibilmente alla responsabilità degli Stati membri, preoccupandosi di valutare la compatibilità euro-unitaria della l. n. 117 del 1988 soltanto in quanto la difesa dello Stato italiano, per un verso, non ne ha escluso (anzi ne ha espressamente affermato) la valenza anche per la responsabilità statale e, per altro verso, a fronte della giurisprudenza restrittiva sull'elemento soggettivo invocata dalla Commissione, non ha richiamato nessuna giurisprudenza che, nel decidere su un'azione di responsabilità verso lo Stato per violazione del diritto UE, si sia limitata a chiederne il carattere chiaro e manifesto, dando così la prova che l'interpretazione dell'art. 2, commi 1 e 3, della l. n. 117 del 1988 accolta dai giudici italiani sia conforme alla giurisprudenza della Corte.

Di conseguenza, la stessa sentenza ha concluso nel senso che *“escludendo qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o di valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e limitando tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave ai sensi dell'art. 2, commi 1 e 2, della legge n. 117/88, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del principio generale di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado”*.

Cadono quindi la clausola di salvaguardia di cui all'art. 2, comma 2, l. n. 117 (che esclude il sindacato sull'interpretazione e sulla valutazione dei fatti e delle prove) e le limitazioni di cui al comma 1 (necessità di dolo o colpa grave), ma rimane pur sempre fermo e ben scandito il principio in base al quale lo Stato deve rispondere solo nel caso – si auspica eccezionale – in cui la violazione del diritto comunitario, anche attraverso l'erronea interpretazione delle norme interne – sia manifesta e, quindi, connotata *in re ipsa* dalla particolare gravità e l'azione resta sottoposta allo scrutinio di ammissibilità di cui all'art. 5, l. n. 117. La

Commissione menziona, in particolare, la massima della seconda delle menzionate sentenze in cui la suprema Corte di cassazione avrebbe affermato che i presupposti previsti dall'art. 2, terzo comma, lett. a), della legge n. 117/88 sussistono «allorquando, nel corso dell'attività giurisdizionale, (...) si sia concretizzata una violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma stessa ovvero una lettura di essa in termini contrastanti con ogni criterio logico o l'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore o la manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo»: ciò che si porrebbe in contrasto con la – più semplice – nozione di *«violazione manifesta del diritto vigente»* postulata dalla Corte ai fini del sorgere della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione.

norma italiana è stata ritenuta incompatibile solo nella misura in cui fosse idonea ad escludere la responsabilità statale per violazioni gravi e manifeste, ritenendole non imputabili a colpa grave (interpretazione peraltro espressamente esclusa dal Tribunale civile di Roma nell'ordinanza 28 giugno 2001 – causa Mediobanca c/Presidenza del Consiglio dei Ministri, in *Giur. di merito*, 2002, 359 – , nella prima occasione nella quale è stato chiamato a occuparsi di un'azione di danni fondata su una decisione giudiziale asseritamente contraria al diritto comunitario - affermando che “nella: «grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile» prevista dall'art. 2, comma 3, lett. a), della citata legge, ben rientra la grave violazione della normativa comunitaria”).

Proprio le riferite puntualizzazioni sulla rilevanza della l. n. 117 in relazione agli effetti che le relative limitazioni sono suscettibili di implicare sulla responsabilità dello Stato escludono peraltro la diretta interferenza della pronuncia (così come di quelle precedenti, come del resto già evidenziato in riferimento alla sentenza *Tragbetti del Mediterraneo* del 2006) sul regime della responsabilità civile dei magistrati (in tal senso si è da ultimo espressamente pronunciata anche la Corte d'appello di Roma, nel dichiarare l'ammissibilità dell'azione risarcitoria proposta dalla Telecom per i danni derivanti dalla pronuncia con la quale la VI sezione del Consiglio di Stato, applicando il principio di diritto affermato dalla Corte di Giustizia²¹ all'esito del giudizio sul rinvio pregiudiziale effettuato dal giudice di primo grado della controversia, ha ritenuto che, proprio in base a quanto affermato da tale sentenza, lo Stato italiano potesse (continuare ad) imporre a Telecom, già titolare di un diritto esclusivo sui servizi di telecomunicazioni pubbliche divenuto titolare di un'autorizzazione generale, il pagamento di un canone sul fatturato per il periodo di un anno a decorrere dalla data ultima per la trasposizione della direttiva 97/13²²: riformando la decisione

²¹ Sent. 21 febbraio 2008, in c-296/06.

²² In particolare, la sentenza (1 dicembre 2009, n. 7506) argomentava sul punto come segue: “In sostanza, al momento del passaggio ad un sistema liberalizzato Telecom ha continuato a svolgere il servizio nel 1998 non perché le è stato attribuito un nuovo titolo abilitativo sulla base di una procedura competitiva e non discriminatoria, ma perché è stata mantenuta in essere la precedente concessione e le è stato, quindi, concesso di svolgere anche per il 1998 un servizio, la cui disponibilità era ancora dello Stato, benché non in via esclusiva.

Il canone resta così una componente del rapporto sinallagmatico di concessione e trova fondamento proprio nelle condizioni di esercizio della concessione confermate anche per tale anno.

Un canone di tale natura è compatibile con il diritto comunitario e a tale conclusione si perviene proprio sulla base della sentenza della Corte di Giustizia del 21 febbraio 2008, senza alcuna necessità, quindi, di un nuovo rinvio pregiudiziale.

Infatti, con la menzionata sentenza la Corte ha ravvisato l'incompatibilità comunitaria del canone per i canoni connessi con diritti speciali o esclusivi e per i canoni privi di “alcun nesso con le condizioni di esercizio dell'autorizzazione”.

I giudici di Lussemburgo hanno fornito la corretta interpretazione dell'art. 22, comma 3, della direttiva 97/13, che prevede che “gli obblighi risultanti dalle autorizzazioni esistenti alla data di entrata in vigore della presente direttiva non [resi] conformi con la stessa [entro la] data del 1° gennaio 1999

del Tribunale civile di Roma, la Corte d'appello, considerata la particolarità della fattispecie, ha riconosciuto il carattere manifesto e inescusabile della violazione della *regola juris* già affermata dalla Corte di Giustizia, evidenziando che, se il Consiglio di Stato, avente sicuramente carattere di giudice di ultimo grado, riteneva di dover giungere a un risultato contrario a quello oggettivamente desumibile dal dispositivo e dalla motivazione della sentenza della Corte avrebbe dovuto a sua volta effettuare un nuovo rinvio pregiudiziale).

Come ben chiarito dalla Corte costituzionale e recentemente ricordato dalla Corte di cassazione, del resto, le disposizioni interne che limitano (sotto il profilo soggettivo ed oggettivo) la responsabilità civile dei magistrati (escludendola per l'attività interpretativa e valutativa e per i casi diversi dal dolo o dalla colpa grave) trovano il loro fondamento nel principio costituzionale dell'indipendenza del giudice.

In linea con la già richiamata giurisprudenza costituzionale, la Suprema Corte ha ripetutamente sottolineato che *“In tema di responsabilità civile dei magistrati, l'art. 2 della legge 13 aprile 1988, n. 117, nel fissare – a pena di inammissibilità, ai sensi dell'art. 5, terzo comma, della stessa legge – i presupposti della domanda risarcitoria contro lo Stato per atto commesso con dolo o colpa grave dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni, esclude che possa dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto, ovvero di valutazione del fatto e della prova. La clausola di salvaguardia riconducibile a quest'ultima esclusione prevista nel citato art. 2 non tollera letture riduttive perché giustificata dal carattere fortemente valutativo dell'attività giudiziaria e - come precisato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 18 del 19 gennaio 1989 - attuativa della garanzia costituzionale dell'indipendenza del giudice e, con essa, del giudizio.”* (sentt. 27.11.2006, n. 25123, pronunciata e pubblicata in epoca successiva alla decisione *Tragbetti del Mediterraneo* e 26.05.2011, n. 11593).

Se l'ordinamento UE effettivamente imponesse l'ammissione di azioni di responsabilità per esercizio della funzione giurisdizionale al di fuori di limiti posti, come quelli dell'art. 2, a diretta garanzia dell'indipendenza dei giudici, esso violerebbe dunque un principio cardine del nostro ordinamento costituzionale, in evidente conflitto con un invalicabile “controlimite” di legittimità costituzionale interna. Con conseguente “recessione” del primato del diritto comunitario (previa, occorrendo, declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme in-

saranno inefficaci” e hanno precisato che il termine “obblighi” non può comprendere oneri imposti alle imprese nel solo interesse finanziario dello Stato, indipendentemente dalle condizioni di autorizzazione e senza alcun nesso con tali condizioni (punti 40 e 44).

Tuttavia, ciò non esclude ed anzi conferma la compatibilità di un obbligo, quale quello in esame attinente al pagamento per il 1998 di un canone, la cui ragione va individuata proprio nelle condizioni di autorizzazione [rectius, concessione], con natura corrispettiva rispetto alla possibilità di gestione di un servizio, che, pur non essendo più esclusivo, ancora restava nella disponibilità dello Stato”.

terne che, in riferimento al caso, lo hanno reso operante nel nostro ordinamento)²³.

E ciò a prescindere dal fatto che l'estensione alla responsabilità dei giudici per violazione del diritto UE del regime (meno restrittivo) della responsabilità dello Stato introdurrebbe un'irragionevole distinzione tra interpretazione del diritto euro-unitario e interpretazione del diritto interno (poiché solo nel primo caso la clausola di salvaguardia di cui all'art. 2, l. n. 117/1988 non porrebbe alcun limite all'azione di responsabilità) e tra responsabilità degli organi giudiziari di ultimo grado e degli organi giudiziari di grado inferiore (di nuovo sottraendo solo i primi alla clausola di salvaguardia).

Quest'ultimo profilo sarebbe all'evidenza superato da una legge nazionale che, come quella proposta dalla Camera, affermasse in termini generali una regola di responsabilità diretta dei giudici anche per violazione manifesta delle norme interne e per diniego di giustizia a prescindere dalla colpa grave (senza nessuna esclusione di responsabilità per l'interpretazione normativa e tenendone fuori soltanto, ma solo se non rientranti nelle ipotesi colpa grave e di violazione manifesta indicate dalla stessa legge, l'attività di valutazione del fatto e delle prove). Una siffatta previsione sconterebbe tuttavia i dubbi di costituzionalità legati al suddetto principio cardine di indipendenza dei giudici, aggravato dalla patologica incertezza del nostro quadro normativo e giurisprudenziale²⁴.

È emblematico in tal senso richiamare un passaggio del parere della II sezione del Consiglio di Stato²⁵ sulla natura delle Autorità portuali (tema peraltro profondamente sentito in questa Regione): vi si legge infatti testualmente che *“il Legislatore della finanziaria di rado legifera in base a criteri di sistematicità, coerenza, ponderatezza e rispetto dei principi, ma affida le proprie scelte ad esigenze ed opzioni di varia natura e comunque sempre dettati dalla consapevolezza che la legge finanziaria è l'unica fonte di diritto oggettivo che ha la certezza di essere approvata in tempi assolutamente certi e brevi. Quindi, anche le scelte di politica finanziaria ispirate al contenimento della spesa pubblica, in quanto frutto di questa necessità policentrica e trasversale, non sono né univoche, né chiare, né sistematiche. Questo spiega il sorgere di legittimi dubbi interpretativi, come quelli sollevati dal Ministero referente”*.

In termini altrettanto significativi della pessima tecnica di legiferazione che da anni affligge il nostro Paese, si richiama, oltre alla più recente giurisprudenza costituzionale sull'eccesso di delega²⁶, la sentenza della Corte costituzionale del 16 febbraio 2012 sulla deprecabile abitudine all'inserimento in sede di con-

²³ Cfr. C. Cost., sentenza n. 232 del 1989, cit.

²⁴ L'esigenza di chiarezza del quadro in cui il giudice è chiamato ad operare è parimenti sottolineata da A. PACE, *Le ricadute*, cit.

²⁵ Parere n. 2631/2008, est. Pozzi.

²⁶ Cfr. C. Cost., 8 ottobre 2010, n. 293, in *Guida dir.*, 2010, 42, 104 ss.

versione dei decreti-legge di norme eterogenee all'oggetto o alla finalità del decreto. Osserva infatti giustamente la Corte che tale sistema spezza il legame logico-giuridico tra la valutazione fatta dal Governo dell'urgenza del provvedere ed «*i provvedimenti provvisori con forza di legge*», di cui all'art. 77, comma 2, Cost.²⁷, concludendo per la dichiarazione di illegittimità costituzionale di dispo-

²⁷ Rileva in particolare la Corte che «*Il presupposto del «caso» straordinario di necessità e urgenza inerisce sempre e soltanto al provvedimento inteso come un tutto unitario, atto normativo fornito di intrinseca coerenza, anche se articolato e differenziato al suo interno. La scomposizione atomistica della condizione di validità prescritta dalla Costituzione si pone in contrasto con il necessario legame tra il provvedimento legislativo urgente ed il «caso» che lo ha reso necessario, trasformando il decreto-legge in una congerie di norme assemblate soltanto da mera casualità temporale.*

L'art. 15, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400 (Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri) – là dove prescrive che il contenuto del decreto-legge «deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo» – pur non avendo, in sé e per sé, rango costituzionale, e non potendo quindi assurgere a parametro di legittimità in un giudizio davanti a questa Corte, costituisce esplicitazione della ratio implicita nel secondo comma dell'art. 77 Cost., il quale impone il collegamento dell'intero decreto-legge al caso straordinario di necessità e urgenza, che ha indotto il Governo ad avvalersi dell'eccezionale potere di esercitare la funzione legislativa senza previa delegazione da parte del Parlamento.

3.4. – I cosiddetti decreti “milleproroghe”, che, con cadenza ormai annuale, vengono convertiti in legge dalle Camere, sebbene attengano ad ambiti materiali diversi ed eterogenei, devono obbedire alla ratio unitaria di intervenire con urgenza sulla scadenza di termini il cui decorso sarebbe dannoso per interessi ritenuti rilevanti dal Governo e dal Parlamento, o di incidere su situazioni esistenti – pur attinenti ad oggetti e materie diversi – che richiedono interventi regolatori di natura temporale. Del tutto estranea a tali interventi è la disciplina “a regime” di materie o settori di materie, rispetto alle quali non può valere il medesimo presupposto della necessità temporale e che possono quindi essere oggetto del normale esercizio del potere di iniziativa legislativa, di cui all'art. 71 Cost. Ove le discipline estranee alla ratio unitaria del decreto presentassero, secondo il giudizio politico del Governo, profili autonomi di necessità e urgenza, le stesse ben potrebbero essere contenute in atti normativi urgenti del potere esecutivo distinti e separati. Risulta invece in contrasto con l'art. 77 Cost. la commistione e la sovrapposizione, nello stesso atto normativo, di oggetti e finalità eterogenei, in ragione di presupposti, a loro volta, eterogenei.

4. – La necessaria omogeneità del decreto-legge, la cui interna coerenza va valutata in relazione all'apprezzamento politico, operato dal Governo e controllato dal Parlamento, del singolo caso straordinario di necessità e urgenza, deve essere osservata dalla legge di conversione.

4.1. – Il principio della sostanziale omogeneità delle norme contenute nella legge di conversione di un decreto-legge è pienamente recepito dall'art. 96-bis, comma 7, del regolamento della Camera dei deputati, che dispone: «Il Presidente dichiara inammissibili gli emendamenti e gli articoli aggiuntivi che non siano strettamente attinenti alla materia del decreto-legge».

(omissis)

l'innesto nell'iter di conversione dell'ordinaria funzione legislativa può certamente essere effettuato, per ragioni di economia procedimentale, a patto di non spezzare il legame essenziale tra decretazione d'urgenza e potere di conversione. Se tale legame viene interrotto, la violazione dell'art. 77, secondo comma, Cost., non deriva dalla mancanza dei presupposti di necessità e urgenza per le norme eterogenee aggiunte, che, proprio per essere estranee e inserite successivamente, non possono collegarsi a tali condizioni preliminari (sentenza n. 355 del 2010), ma per l'uso improprio, da parte del Parlamento, di un potere che la Costituzione gli attribuisce, con speciali modalità di procedura, allo scopo tipico di convertire, o non, in legge un decreto-legge.

La Costituzione italiana disciplina, nelle loro grandi linee, i diversi procedimenti legislativi e pone limiti e regole, da specificarsi nei regolamenti parlamentari. Il rispetto delle norme costituzionali, che dettano tali limiti e regole, è condizione di legittimità costituzionale degli atti approvati, come questa

sizioni inserite in sede di conversione del d.l. mille proroghe, in quanto “*del tutto estranee alla materia e alle finalità del medesimo*”.

Il tutto senza tener conto del delicato e complesso tema dei rapporti tra ordinamento interno, diritto UE e diritto europeo e dei rapporti tra Corte costituzionale, Corte UE e Corte EDU, sui quali da anni i più autorevoli studiosi si confrontano e che indubabilmente si riflettono sul tema centrale della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell’Unione da parte dei propri organi giudiziari di ultima istanza.

Le oggettive difficoltà del pur auspicato “*dialogo tra le Corti*” sono testimoniate dal recente verificarsi di due casi in cui la Corte EDU, smentendo la Corte costituzionale, ha rilevato il contrasto di norme italiane con il diritto europeo. Oltre al caso Agrati del 7 giugno 2011 (che ha disatteso la sentenza C. cost. n. 311 del 2009), si segnala la sentenza 14 febbraio 2012, nella quale, in contrario avviso con la sent. 362 del 2008 della Corte costituzionale, i Giudici di Strasburgo hanno affermato il contrasto con il principio di effettività della tutela garantito dall’art. 6 della Convenzione dell’art. 1, comma 55, della l. n. 243 del 2004, che, nel modificare con effetto retroattivo le regole del trattamento pensionistico dei dipendenti del Banco di Napoli, influiva, senza alcun valido interesse pubblico, sulle controversie interpretate ancora pendenti. Lo Stato italiano è stato pertanto ritenuto responsabile sia come legislatore che come giudice davanti al quale il diritto a un processo equo è stato violato, ancorché nel quadro di controversie tra privati.

Il diritto UE presenta poi la connaturale incertezza di un diritto di matrice essenzialmente giurisprudenziale, integrato dagli stessi principi degli Stati membri.

La stessa Corte di Giustizia ha del resto dimostrato un atteggiamento molto prudente sull’interpretazione della nozione di “*violazione manifesta*”.

Nel caso *Köbler* - in cui pure il giudice amministrativo austriaco aveva dapprima sollevato la questione pregiudiziale di compatibilità comunitaria, per poi ritirarla in seguito ad una comunicazione della Cancelleria della stessa Corte che segnalava l’esistenza di una precedente decisione in un caso analogo, a cui rimandava per dare risposta alla questione e, nondimeno, aveva deciso la controversia in senso del tutto opposto alla suddetta pronuncia- i Giudici di Lussemburgo hanno invero escluso la violazione manifesta, in quanto la questione spe-

Corte ha già affermato a partire dalla sentenza n. 9 del 1959, nella quale ha stabilito la propria «competenza di controllare se il processo formativo di una legge si è compiuto in conformità alle norme con le quali la Costituzione direttamente regola tale procedimento».

Considerato che le norme impugnate nel presente giudizio, inserite nel corso del procedimento di conversione del d.l. n. 225 del 2010, sono del tutto estranee alla materia e alle finalità del medesimo, si deve concludere che le stesse sono costituzionalmente illegittime, per violazione dell’art. 77, secondo comma, Cost.”.

cifica non trovava soluzione espressa nella giurisprudenza della Corte e, comunque, che non si trattava di una soluzione “*ovvia*” (punto 122).

Di tutto questo non potrà non tenersi conto, anche alla luce dei rischi, che, come sopra riferito, può presentare un uso eccessivo dello strumento del rinvio pregiudiziale in termini di mera cautela. E la rigorosa precisazione della proposta legislativa delle condizioni, oggettive e soggettive (chiarezza e precisione della norma violata, carattere intenzionale della violazione, inescusabilità dell’errore) da valutare ai fini del riscontro della violazione manifesta non appaiono sufficienti, in riferimento alla responsabilità diretta, a superare tali rischi.

La massima prudenza imposta dai principi costituzionali ad una estensione della responsabilità civile per danni derivanti da atti o comportamenti dei magistrati oltre gli stretti obblighi di rispetto dell’ordinamento dell’Unione raggiunge livelli ancora più elevati per la giurisdizione amministrativa, che, diversamente da quella ordinaria, persegue finalità di garanzia della giustizia nell’amministrazione ed è deputata ad assicurare, anche nell’applicazione e nell’interpretazione delle norme di legge, il più corretto perseguimento dell’interesse pubblico. Qualsiasi rischio di interferenza con tale attività, come qualsiasi pressione, anche indiretta, delle parti, sul collegio giudicante, potenzialmente derivante dal timore di un’azione di responsabilità civile, diretta o in via di rivalsa, nei confronti dei suoi componenti, non bilanciata (come potrebbe essere per il giudizio penale) dalla gravità dell’errore su un diritto fondamentale della persona, si tradurrebbe, oltre che in un pericoloso sviamento della funzione giurisdizionale, in un pericoloso pregiudizio per la tutela dell’interesse pubblico con inestimabile danno per la collettività e per la tenuta del sistema.

In questa luce si può comprendere quanto recentemente affermato dal Consiglio di Stato, che, con la sentenza Sez. IV, 31 gennaio 2012 n. 482, ha ricordato i limiti posti dalla stessa Corte di Giustizia UE (nelle decisioni richiamate *supra*, sub 3) alla responsabilità degli Stati per violazione del diritto UE, sottolineando che il carattere “grave e manifesto” della violazione del diritto comunitario – che costituisce presupposto dell’affermazione della responsabilità dello Stato – va valutato in relazione agli elementi relativi al grado di chiarezza e precisione della norma violata, all’ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali o comunitarie, al carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, alla scusabilità o inescusabilità di un eventuale errore di diritto, alla circostanza che i comportamenti adottati da un’istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere alla violazione.

In siffatta prospettiva, prosegue correttamente la pronuncia, se la giurisprudenza interna séguita ad ancorare l’accertamento della responsabilità anche al requisito della colpa (o del dolo), ciò non comporta necessariamente una viola-

zione dei principi del diritto europeo *in subiecta materia*, essendo soltanto la conseguenza dell'applicazione delle coordinate entro le quali la predetta responsabilità è inquadrata nell'ordinamento interno e non contrasterebbe con il diritto UE in quanto la Corte di Lussemburgo ha sempre ribadito che, una volta rispettati i parametri generali da essa fissati, il giudice nazionale deve accertare la sussistenza o l'insussistenza della responsabilità nei singoli casi sulla base del diritto interno.

Sicché il principio seguito dalla nostra giurisprudenza secondo il quale l'illegittimità del provvedimento amministrativo, quand'anche acclarata, costituisce solo uno degli indici presuntivi della colpevolezza, da considerare unitamente ad altri quali il grado di chiarezza della normativa applicabile, la semplicità del fatto, il carattere pacifico della questione esaminata, il carattere vincolato o a bassa discrezionalità dell'azione amministrativa (che l'amministrazione ha peraltro l'onere di contestare, eccedendo il c.d. errore scusabile, ovvero l'inesigibilità di una condotta alternativa lecita: cfr. tra le altre Cons. Stato, Sez. V, 6 dicembre 2010, n. 854, 18 novembre 2010, n. 8091 e 8 settembre 2008, n. 4242 e Sez. VI, 27 aprile 2010, n. 2384 e 11 gennaio 2010, n. 14).

Né vi osterebbe la sentenza della Corte di giustizia (sez. III, 30 settembre 2010, C-314/09, *Graz Stadt*) secondo cui la direttiva 89/665/CEE, in tema di procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, “*osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad avere un risarcimento (...) al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità di far valere le proprie capacità individuali, e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata*”, che, quand'anche dovesse essere intesa nel senso dell'affermazione di una vera e propria responsabilità oggettiva, deve restare circoscritta al settore degli appalti pubblici, come si desume non solo dal richiamo alla disciplina europea specifica in materia di ricorsi giurisprudenziali in materia di procedure di aggiudicazione (la citata direttiva 89/665/CEE come modificata dalla direttiva 2007/66/CE), ma anche dall'evidente tensione della Corte all'effettività della tutela in un settore oggetto di particolare attenzione da parte delle istituzioni comunitarie per la sua incidenza sul corretto funzionamento del mercato e della concorrenza.

Inoltre, dalla lettura della sentenza del 2010, risulta che in essa la Corte qualifica il risarcimento del danno come “*alternativa procedurale*” al conseguimento del “bene della vita” auspicato dall'impresa ricorrente, ossia l'aggiudicazione, in tutti i casi in cui tale tutela specifica non possa essere accordata all'esito del giudizio: a conferma di come in questo caso la Corte assegni al risarcimento una funzione “riparatorio-compensativa” (oltre che sanzionatoria dell'illegittimo operato della p.a.) più che “retributiva”, ossia di ristoro patrimoniale di un pregiudizio patito, e quindi – per converso – laddove si versi in settori diversi da

quello degli appalti pubblici, debbano tornare a trovare applicazione i comuni principi enunciati dalla stessa Corte europea in tema di responsabilità degli Stati da violazione del diritto comunitario.

Peraltro, sottolinea ancora il Consiglio di Stato, la questione del carattere derogatorio o meno rispetto a tali principi di quanto affermato nella citata sentenza del 2010 è destinata a essere verosimilmente molto ridimensionata, se si considera che proprio nel settore delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici la disciplina euro-unitaria si connota ormai per sostanziale completezza e autoconclusività, oltre che per un estremo grado di dettaglio, tale da rendere estremamente raro il caso in cui una sua violazione da parte del diritto interno non risponda anche ai parametri generali cui la giurisprudenza comunitaria ha sempre condizionato la sussistenza della responsabilità dello Stato.

Di contro, nel caso affrontato dalla IV sezione del Consiglio di Stato, il quadro normativo non risultava chiaramente definito, giustificando l'esclusione della responsabilità dello Stato.

9. *Brevissime considerazioni conclusive sul rapporto tra le Corti.* – Da più parti torna quindi, in tutta la sua rilevanza, il tema del ruolo dei giudici comuni nell'interpretazione e applicazione delle norme UE, strettamente correlato a quello del rapporto tra le Corti (Corte costituzionale, Corte di Lussemburgo e Corte di Strasburgo). Non è evidentemente questa la sede per approfondirlo, ma può essere utile richiamare alcune regole fondamentali.

I giudici comuni devono fare applicazione dei principi affermati dalla Corte EDU e dalla Corte di Giustizia nei limiti del loro potere interpretativo, quando la legge nazionale lascia spazio a tale potere. Se invece la legge è rigida, il giudice comune può disapplicarla soltanto nei limiti delle disposizioni UE chiare, precise e inequivocabili.

Non vi dovrebbero quindi rientrare le norme CEDU (che, come ribadito dalla più recente giurisprudenza costituzionale, non hanno assunto, neppure col Trattato di Lisbona, valenza di norme UE), anche se poste a garanzia di diritti fondamentali degli Stati membri (e dunque richiamate dall'art. 6, ultimo comma, TUE): una diversa soluzione darebbe un potere troppo ampio ai giudici comuni (ai limiti dell'arbitrio) e impedirebbe il vaglio della Corte costituzionale e il suo ruolo di "*giudice costituzionale delle libertà*".

I giudici comuni possono dunque fare in nome delle norme CEDU interpretazioni conformi a Costituzione, ma mai interpretazioni additive.

Non si può del resto trascurare, a favore dell'esigenza del dialogo diretto della Corte costituzionale con le Corti europee, da un lato, la garanzia offerta da una collegialità più estesa ed effettiva e da una eterogeneità dei componenti e, dall'altro, la necessità che le decisioni (e le valutazioni) delle Corti costituzionali si facciano valere in sede europea e contribuiscano alla costruzione del diritto

dell'Unione (meglio quindi un unico giudice più autorevole e massima espressione della nostra tradizione costituzionale)²⁸.

²⁸ Sul tema, in generale, cfr. A. AMENDOLA, *La cooperazione tra la Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2009, 32, 158 e 159; D. BASILI e G.M. DI NIRO, *La questione del rinvio pregiudiziale alla luce del cammino comunitario della Corte costituzionale*, Relazione al Convegno su "La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti", luglio 2011, in www.federalismi.it; R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino 2007; G. CAMPANELLI, *La sentenza 129/08 della Corte costituzionale e il valore delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo: dalla ragionevole durata alla ragionevole revisione del processo*, in *Foro it.*, 2009, I, 622 ss.; P. CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 315 ss.; M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. Cost.*, 2007, 3565 ss.; A. CELOTTO, *Venisti tandem! La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono "cogenti e sovraordinate"*, in *Giur. Cost.*, 2010, 380 ss.; A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato)*, in <http://www.giustamm.it>; R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma 2011, spec. 214 ss. e 235 ss.; M. D'AMICO, *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*. Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008, Torino, 2009, 522 ss.; E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 2010, 955 ss., spec. 961; S. MIRATE, *La CEDU nell'ordinamento nazionale: quale efficacia dopo Lisbona?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 1354 ss.; A. RUGGERI, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "controlimiti" mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in www.associazionedicostituzionalisti.it, 1/2011; A. RUGGERI, *Ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive d'interpretazione autentica, e domani? (a margine di Corte EDU 7 giugno 2011, Agrati ed altri c. Italia)*, in www.forumquadernicostituzionali.it; M. SALAZAR, C. SPADARO, *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Milano, 2009; F. SORRENTINO, *Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale: problemi e prospettive*, in www.cortecostituzionale.it/documenti/informazioni/eventi; G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 212 ss.

RECENSIONI

ALESSANDRO PIZZORUSSO
SULLE FONTI E L'INTERPRETAZIONE

Riccardo Guastini

Il nuovo libro di Alessandro Pizzorusso sulle fonti del diritto¹ è, ovviamente, un'opera di dottrina, una descrizione del diritto positivo, felicemente combinata peraltro con la storia del diritto e con la comparazione giuridica. Nondimeno, viene a me naturale – certo per deformazione professionale – leggerlo (anche) come un'opera di teoria generale del diritto, giacché, come si conviene ad ogni buon lavoro di dottrina, è provvisto di una trama teorico-generale robusta, anzi alquanto imponente: basti pensare alle innumerevoli distinzioni che affollano (specialmente) la parte seconda del volume².

Non proverò neppure a dipanare l'intera trama teorica del libro. Circo-scriverò la mia analisi a taluni aspetti dell'apparato concettuale di Pizzorusso che destano qualche perplessità.

Ricordo uno scambio epistolare con Norberto Bobbio, di molti anni fa (credo fosse il 1977), nel quale Bobbio si lamentava delle mie critiche – alquanto pungenti, lo ammetto – ad un suo vecchio lavoro sull'analogia, ed io risposi (più o meno): il modo migliore di onorare un maestro è criticarlo... senza pietà, se occorre. Ma, come si vedrà, mi accingo a rivolgere a Pizzorusso delle critiche per lo più assai blande.

1. Sul concetto di fonte. Il concetto di fonte, notoriamente, è alquanto sdruciolevole sotto diversi aspetti. Tra questi, uno dei più delicati è quello messo in luce molti anni fa da Vezio Crisafulli: alludo all'alternativa tra concetto "dogmatico" e concetto "teorico-generale" di fonte. Per dirla più chiaramente: dobbiamo identificare le fonti di un ordinamento a partire da una definizione di "diritto" preconstituita in sede teorico-generale, o invece a partire da ciò che l'ordinamento stesso dispone in ordine alla produzione del diritto?

Nell'un caso, probabilmente identificheremo il concetto di fonte con quello di legge "in senso materiale"; ossia diremo (pressappoco) che è fonte di diritto ogni atto che statuisca norme generali ed astratte, ed escluderemo dal novero delle fonti non solo gli atti di autonomia privata, i dispositivi di sentenze (civili, penali, amministrative) e di provvedimenti amministrativi, ma anche le leggi singolari, le leggi-provvedimento, e simili. Nell'altro caso, diremo: è fonte del diritto ogni atto che sia positivamente autorizzato a creare (nuove) norme da una norma sulla produzione giuridica dell'ordinamento di cui si tratta, includendo così nel novero delle fonti (ad esempio) qualunque tipo di atto legislativo, in virtù solo del suo *nomen juris* e/o del suo procedimento di formazione, indipendentemente dal suo contenuto prescrittivo.

In altre parole: se adottiamo un concetto teorico-generale di fonte, potremo identificare un atto come fonte solo *ex post*, avendone accertato il contenuto genuinamente normativo (generale e astratto); se per contro adottiamo un concetto dogmatico di fonte, pretenderemo di identificare un atto come fonte *a priori*, guardando non al suo contenuto prescrittivo, ma alle norme sulla produzione giuridica vigenti nell'ordinamento.

Pizzorusso sceglie questo secondo corno del dilemma: sono fonti «gli atti o fatti dai quali le norme che regolano la produzione giuridica fanno derivare la creazione, la modificazione o l'abrogazione di disposizioni o norme» (p. 39 s.). Sicché, per identificare le fonti di un determinato ordinamento, occorre «un'indagine diretta [...] a stabilire quali precetti l'ordinamento in questione esprima a questo proposito» (p. 130); «accertare quali siano le fonti del diritto è prima di tutto un problema di interpretazione delle norme sulla produzione giuridica» (p. 170).

Il problema è: quali norme sulla produzione consentono di identificare le diverse fonti? Io direi le norme sulla produzione in senso stretto, ossia (a) le norme che conferiscono poteri normativi all'uno o all'altro organo (es. art. 70, 64 c. 1, 138 cost.) e (b) quelle che disciplinano i modi di esercizio del potere

conferito (es. art. 71 e 72, 64 c. 3, ancora 138 cost.).

Pizzorusso, per contro, include tra le norme sulla produzione anche le norme che determinano l'efficacia dei diversi atti: in particolare, quelle che conferiscono a certi atti (e non ad altri) una efficacia *erga omnes* (p. 168 s.). Il che gli consente, tra le altre cose, di considerare fonti del diritto le sentenze costituzionali di accoglimento (ma su ciò tornerò fra poco).

Ebbene, questa mossa di Pizzorusso si presta alla critica sotto il profilo seguente. È ben vero che le meta-norme che conferiscono efficacia *erga omnes* a certi atti sono norme sulle fonti. Ma non sono, a rigore, norme sulla *produzione*, intesa come attività o processo: sono piuttosto norme sul *prodotto*. Il principio di irretroattività – per fare l'esempio più ovvio di un'altra norma che verte sì sulle fonti, ma non sulla produzione – ha ad oggetto non già la legislazione (intesa come procedimento), ma la legge.

Ora, le norme in questione possono svolgere un ruolo nella identificazione delle fonti solo a condizione di avere previamente stipulato un dato concetto di "fonte" (e, per conseguenza, di "diritto") in sede teorico-generale, e con ciò, mi pare, si torna al primo corno dell'alternativa proposta da Crisafulli: le fonti si identificano non (o non solo) in sede dogmatica, ma (prima ancora) in sede teorico-generale.

2. Sulle gerarchie normative. La classificazione delle meta-norme sull'efficacia dei diversi atti giuridici è parte di un problema teorico più generale: quello attinente ai diversi tipi di relazioni gerarchiche che legano le norme di un ordinamento.

Pizzorusso ne distingue due: (a) in primo luogo, la gerarchia che si instaura tra le norme "strumentali" – così le chiama Pizzorusso – sulle fonti, da un lato, e le fonti stesse, dall'altro; (b) in secondo luogo, la gerarchia delle fonti comunemente intesa, che deriva dalla «diversa efficacia giuridica che è propria delle differenti fonti» (p. 132 s.). Ebbene, questa distinzione mi pare insoddisfacente sotto due profili.

(1) La prima ragione di insoddisfazione sta in ciò, che nella classe delle norme "strumentali" sulle fonti, come accennavo sopra, si confondono a mio modo di vedere due sottoclassi di norme: le norme sulla produzione giuridica strettamente intese che hanno ad oggetto procedimenti normativi e, rispettivamente, le meta-norme propriamente dette che hanno ad oggetto non procedimenti normativi, ma (altre) disposizioni o norme³.

Queste due sottoclassi di norme sulle fonti disegnano due tipi di relazioni gerarchiche, che mi pare debbano tenersi distinte. Per un verso, la gerarchia – che io chiamo strutturale o formale – tra le norme sulla produzione giuridica e le nor-

me la cui creazione è da queste disciplinata. Per un altro verso, la gerarchia puramente logica (o linguistica) tra le norme che ne menzionano altre a livello di meta-linguaggio e le norme da queste menzionate: penso, ad esempio, alle norme di abrogazione espressa le quali vertono sulle disposizioni abrogate, alle norme di rinvio che vertono sulle disposizioni o norme alle quali rinviano, alle norme sull'efficacia (nel tempo, nello spazio, etc.) di altre disposizioni o norme, e così avanti.

Prendiamo, ad esempio, da un lato la relazione che intercorre tra la norma che conferisce potere legislativo alle Camere e le leggi, e dall'altro quella che intercorre rispettivamente tra una disposizione abrogatrice e il testo normativo da questa abrogato. Non sono forse intuitivamente diverse queste due relazioni?

La distinzione tra gerarchie strutturali e gerarchie logiche trova ragion d'essere non solo e non tanto in un puntiglio concettuale, ma nel fatto che le norme "superiori", cioè le norme sulla produzione giuridica, che configurano una gerarchia strutturale, condizionano la validità – in particolare, la validità formale – delle disposizioni o norme "inferiori". Non così le meta-norme strettamente intese, che sono sovraordinate in senso meramente logico alle norme cui si riferiscono.

(2) La seconda ragione di insoddisfazione sta in ciò, che alla dicotomia di Pizzorusso sfugge un altro

tipo di relazione gerarchica, che riveste un'importanza speciale nell'interpretazione (latamente intesa) dei documenti normativi.

Mi riferisco alla relazione puramente assiologica – di valore – che si instaura tra norme equi-ordinate nella gerarchia delle fonti, quando ad esempio si assegna all'una il valore di principio e all'altra il valore di (mera) regola o norma di dettaglio. Il che si risolve tipicamente nell'orientare l'interpretazione della disposizione assiologicamente subordinata in modo da "adeguarla", con opportune tecniche argomentative, al principio sovrastante.

Ciò che più di ogni altra cosa rende interessanti le gerarchie assiologiche è il fatto che esse giocano un ruolo davvero essenziale nella giurisprudenza costituzionale sotto almeno due aspetti.

In primo luogo, nella soluzione di conflitti tra principi costituzionali, giacché la ponderazione di principi consiste precisamente nell'instaurare tra due principi in conflitto una gerarchia assiologica, così da dare applicazione (nella controversia di cui si tratta) al principio assiologicamente preminente e accantonare il principio di minor valore⁴.

In secondo luogo, nella dottrina dei principi supremi assolutamente imm modificabili – che Pizzorusso riferisce *sine glossa* (p. 404 s.) – giacché i principi supremi non sono sovraordinati alle rimanenti norme

costituzionali se non da un punto di vista meramente assiologico⁵.

Le gerarchie assiologiche si distinguono da tutte le rimanenti per il fatto che non dipendono da norme positive che le instaurino (come la gerarchia delle fonti), né dalla struttura dinamica dell'ordinamento (come le gerarchie strutturali), né dal contenuto delle norme coinvolte (come le gerarchie logiche). Dipendono esclusivamente da giudizi di valore comparativi degli interpreti. Sono cioè frutto di creazione "interstiziale" del diritto da parte di giudici e giuristi.

3. Sulle sentenze di accoglimento.

Torno ora alla controversa questione delle sentenze costituzionali di accoglimento: sono esse, o no, fonti del diritto?

Come osserva giustamente Pizzorusso, trattasi di questione non dogmatica (di diritto positivo, diciamo), ma squisitamente concettuale: è in discussione non il regime giuridico delle sentenze di accoglimento, sul quale tutti concordano (salvo forse qualche dissenso marginale), ma solo se esse debbano, o no, essere sussunte nel concetto di fonte, e ciò evidentemente «dipende da che cosa si intenda per fonte del diritto» (p. 537). Se si accetta la sua definizione – sono fonti «i fatti o atti giuridici dai quali dipende l'assunzione (o la perdita) di forza normativa *erga omnes*» (ivi) – la conclusione è obbligata, giacché

della efficacia generale delle sentenze di accoglimento nessuno dubita.

A onor del vero, malgrado il problema sollevato sopra (§ 1), pare a me che il concetto di fonte stipulato da Pizzorusso sia illuminante (e non so che altro si possa chiedere ad una stipulazione). Tuttavia, la natura di fonti delle sentenze di accoglimento può essere sostenuta anche con altri argomenti, che sono forse più persuasivi.

Un primo argomento, in verità piuttosto scontato, è quello già avanzato da Hans Kelsen (anche Pizzorusso ne fa cenno, p. 544): il giudice costituzionale svolge la funzione di "legislatore negativo". Se si concepisce la produzione giuridica come modificazione dell'ordinamento quale si presenta sincronicamente in un momento dato, è abbastanza evidente che costituisce produzione del diritto non solo la *introduzione* di disposizioni o norme nuove, ma anche la *eliminazione* di disposizioni o norme preesistenti⁶.

Un secondo argomento è la circostanza, messa in luce anche da Pizzorusso, che le sentenze di accoglimento «quasi sempre» (p. 194) costituiscono «creazione o modificazione [non solo in negativo] del diritto vigente» (p. 205). Come è mai possibile considerare atto di mera applicazione un atto che *modifica* il diritto esistente? Pizzorusso, come ho detto, mette in luce il fenomeno ma forse non lo valorizza

come meriterebbe⁷, lasciando in ombra la pratica delle sentenze additive e sostitutive, da cui si potrebbe trarre un argomento forse ancora più forte (di quello kelseniano) per attribuire alle decisioni di accoglimento della Corte il carattere di genuine fonti del diritto, giacché in queste decisioni la Corte si atteggia a legislatore non già solo “negativo”, ma anche “positivo”⁸.

4. Su disposizioni e norme. L'intero libro di Pizzorusso, si può dire, è organizzato attorno alla distinzione tra disposizioni e norme: «le formule normative contenute nelle disposizioni» non sono che «semplici materiali utilizzabili [...] per l'elaborazione delle norme ad opera dell'interprete» (p. 241). La distinzione tra disposizioni e norme costituisce anzi il criterio fondamentale di classificazione delle fonti: da un lato le fonti che producono norme mediante la formulazione di disposizioni, dall'altro le fonti che producono norme senza il tramite di disposizioni (p. 63 s., 120)⁹.

Ho l'impressione però che Pizzorusso non utilizzi con rigore questa distinzione e la classificazione che ne consegue, forse a causa del fatto che dal suo apparato concettuale è assente una nozione centrale per la teoria delle fonti così come per la teoria dell'interpretazione: la nozione di *norma inespressa*, frutto non di interpretazione (strettamente intesa: decisione intorno al significato

di una disposizione), ma di “costruzione giuridica”, ossia di produzione normativa degli interpreti. A questo riguardo, segnalo tre punti problematici relativi al modo in cui Pizzorusso tratta dei principi.

(i) Pizzorusso distingue due nozioni di “principio” (p. 670, 672 s.): in un primo senso (art. 12, c. 2, disp. prel. cod. civ.), sono principi quelle norme che «è possibile ricavare, generalmente *a posteriori*, mediante un processo logico di astrazione generalizzatrice, dalla disciplina legislativa di una certa materia»; in un secondo senso, sono principi quelle enunciazioni che sono destinate a indirizzare ulteriori attività normative e applicative là dove «la disciplina legislativa di una materia è realizzata ad una pluralità di livelli». Nell'un caso, «l'individuazione dei principi segue e non precede la formazione di una legislazione relativa ad una materia suscettibile di trattazione sistematica coerente»; nell'altro caso, la formulazione di principi precede la disciplina dettagliata di una qualche materia, indirizzandola.

Che si tratti di due diversi concetti di principio a me pare dubbio. A prima vista, direi piuttosto che si tratti di questo: da un lato, abbiamo principi espressamente formulati *ex ante* in apposite disposizioni, che richiedono di essere attuati e concretizzati in regole (tipico esempio: i principi costituzionali); dall'altro, abbiamo principi inespressi, ricava-

ti *ex post* dagli interpreti a partire da regole espresse (quale ad esempio il principio di tutela della buona fede).

(ii) In almeno un paio di occasioni (p. 71, 176) Pizzorusso configura i principi costituzionali supremi come «fonti». In un altro passaggio (p. 681) li configura come «prodotto di una fonte senza disposizione». Altrove (p. 704, 675) configura come «fonti senza disposizione» i principi in genere.

Tutto ciò suona oscuro. A me pare evidente che i principi in questione – si sta parlando di principi *inespressi*, frutto di costruzione giuridica – siano: primo, non già fonti di norme, ma norme essi stessi; secondo, norme prive sì di disposizione, ma non per questo prive di fonte¹⁰, essendo frutto di creazione dottrinale e/o giurisprudenziale (*extra ordinem*).

(iii) Ripetutamente, discorrendo di principi, Pizzorusso li qualifica come «frammenti di disposizioni» (p. 675, 702, 704), per intendere che essi non offrono, da soli, la disciplina di una fattispecie, sicché non possono essere applicati nella decisione di una controversia se non integrandoli e/o combinandoli con altri “frammenti”.

Ciò è alquanto sorprendente. All'evidenza, se i principi hanno natura “frammentaria”, essi sono però frammenti di norme, non di disposizioni¹¹. Più precisamente, se si tratta di principi meramente “im-

pliciti”, inespressi, allora essi sono norme prive di disposizione; se si tratta di principi espressi, allora sono essi stessi null'altro che (il contenuto di) disposizioni.

5. Sull'interpretazione. Concludo con una questione di teoria dell'interpretazione. Si affaccia nel libro di Pizzorusso una teoria dell'interpretazione che mi pare senz'altro non persuasiva.

Scrivo, ad esempio, Pizzorusso (p. 57): «l'elasticità che il sistema presenta per effetto della differenza normalmente esistente fra ciascuna singola fattispecie astratta che esso regola e le molteplici fattispecie concrete cui la disciplina risulta applicabile lascia a ciascun soggetto dell'ordinamento giuridico uno spazio per deliberare [...] ed è in tale spazio che si inserisce l'attività di “interpretazione” dei precetti prodotti dalle fonti del diritto». Poco più avanti (p. 58): «l'elasticità del rapporto che si determina fra la fattispecie astratta e i casi della vita rende possibile che si abbiano fattispecie concrete non esattamente corrispondenti alla fattispecie astratta prevista da una disposizione normativa». E ancora (p. 119): gli atti normativi contengono «previsioni di fattispecie astratte [...], mentre nella realtà si verificano soltanto fattispecie concrete, mai pienamente prevedibili, che nulla assicura coincidano perfettamente con le fattispecie astratte previste dalla legge».

Pare insomma che i problemi di interpretazione – con la discrezionalità interpretativa che ne discende – siano essenzialmente, se non esclusivamente, problemi di “concretizzazione” delle norme, ossia di sussunzione (p. 172) di fattispecie concrete sotto fattispecie astratte.

Questo modo di vedere è conforme alla teoria dell’interpretazione oggi dominante¹²: una teoria neoformalistica, a mio giudizio, la quale assume tacitamente che i contenuti di senso delle disposizioni (le norme) possano essere agevolmente identificati alla luce degli usi linguistici comuni, e che per l’appunto solo costituisca problema interpretativo – a causa della ineliminabile vaghezza dei predicati¹³ – la sussunzione di fattispecie concrete sotto fattispecie astratte dagli incerti confini. Questa teoria, riecheggiata (forse inconsapevolmente) anche da Pizzorusso, è insoddisfacente sotto almeno due profili.

(i) In primo luogo, la teoria dominante è (o almeno pare) cieca di fronte alla multiforme equivocità del linguaggio normativo e alle controversie interpretative che ne derivano.

Non è difficile esemplificare. Intanto può accadere che una disposizione sia sintatticamente o semanticamente ambigua, sicché può essere intesa ad esprimere due norme alternativamente. Più spesso si conviene che una data disposizione esprime la tale norma, ma si contro-

verte sulla questione se essa esprima anche, o implichi, la norma talaltra. Talora si conviene che una data disposizione esprime una data norma, ma si controverte sulla questione se tale norma sia soggetta ad eccezioni implicite non specificate. E così avanti¹⁴.

In tutti questi (ed innumerevoli altri) casi non si tratta di applicare una norma previamente identificata ad una fattispecie concreta, ma si tratta precisamente di identificare – “in astratto” – la norma stessa. Ed è questa, a mio modo di vedere, la fonte principale e insopprimibile di discrezionalità interpretativa.

(ii) In secondo luogo, la teoria dominante è egualmente cieca di fronte al fenomeno delle norme (“apocrife”) inesprese: norme che non costituiscono il significato (nessuno dei significati plausibili) dell’una o dell’altra disposizione, ma sono elaborate dagli interpreti, quali conclusioni di ragionamenti (raramente stringenti) nelle cui premesse trovano posto le complesse costruzioni dogmatiche della dottrina e, s’intende, della giurisprudenza.

Si pensi, tanto per esemplificare, alla dottrina *Marbury* (1803) della Supreme Court degli Stati Uniti; alla dottrina della *primauté* del diritto comunitario; alla dottrina del capo dello stato come “potere neutro”; alla “teoria generale” del reato, o del negozio giuridico, o del contratto, o della responsabilità aquiliana.

Si pensi, ancora, alla giurisprudenza civile in materia di danno biologico ed esistenziale, o alla giurisprudenza costituzionale in mate-

ria di referendum abrogativo tutta intessuta (a partire dalla sentenza 16/1978) di “cause inesprese” di inammissibilità dei referendum.

NOTE

¹ A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, II ed., Bologna-Roma, 2011.

² Qualche anno fa, recensendo il volume di R. SHINER, *Legal Institutions and the Sources of Law*, Dordrecht, 2005 (vedi R. GUASTINI, *On the Theory of Legal Sources. A Continental Point of View*, in *Ratio Juris*, vol. 20, no. 2, 2007, 302-309, nonché “La teoria delle fonti. Un punto di vista ‘continentale’”, in *Ragion pratica*, 27, 2006, 577-584), lamentavo precisamente la carenza di un adeguato apparato teorico-generale. Il libro di Pizzorusso è del tutto immune da critiche siffatte.

³ Sono meta-norme in senso stretto quelle che, per l'appunto, vertono (non su procedimenti normativi, ma) su disposizioni o norme.

⁴ Ritieni infatti la Corte che sia «da condividere l'assunto della sussistenza di una gerarchia fra norme e norme della stessa Costituzione, rispetto alla quale è individuabile (come del resto in ogni corpo di disposizioni ordinate in sistema) un ordine che conduce a conferire preminenza ad alcune di esse rispetto ad altre» (Corte cost. 175/1971).

⁵ «Si viene così a costituire *per opera degli interpreti* una gerarchia tra le norme costituzionali alcune delle quali [...] sovraordinate alle altre ed in quanto tali capaci di limitare anche il potere di revisione della Costituzione»: così S. BARTOLE, *I principi costituzionali*, in A. VIGNUDELLI (ed.), *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, Modena, 2011, 137, corsivo mio. La dottrina dei principi supremi non soggetti a revisione costituzionale sembra supporre una concezione “sostanzialistica” del potere costituente, cui anche Pizzorusso aderisce: «il potere costituente è [...] identificabile nel potere di fissare i principi supremi [...], non intaccabili ad opera del potere di revisione costituzionale». A questo modo di vedere si oppone la concezione “formalistica” del potere costituente, secondo la quale il potere costituente si differenzia dai poteri costituiti tutti (ivi incluso il potere di revisione) non per il contenuto della normazione, ma per il fatto di essere appunto non-costituito, e dunque di esercitarsi *extra ordinem*.

⁶ Cui si deve aggiungere naturalmente la *sostituzione* di disposizioni o norme, che consiste in una combinazione di “addizione” e “sottrazione”.

⁷ Forse perché, quando discorre di modificazione del diritto vigente, ha in mente non tanto gli effetti delle sentenze “manipolatrici”, quanto gli effetti sistemici delle sentenze di mero annullamento, ossia «il diverso precetto che l'ordinamento è in grado di esprimere una volta depurato della disposizione o della norma dichiarata incostituzionale» (p. 544).

⁸ Si noti che, nel caso delle sentenze manipolatrici, non si tratta della “normale” derivazione, in sede interpretativa, di norme costituzionali o legislative inesprese a partire da norme, egualmente costituzionali o legislative, espresse. In questi casi, il giudice costituzionale costruisce, a partire da norme *costituzionali* espresse (o inesprese), norme *legislative* inesprese (vedi anche PIZZORUSSO, 324, nota 7). Se anche si trattasse di una derivazione logicamente stringente (ma non è mai questo il caso), sarebbe difficile comprendere come possa la costituzione (sia pure eventualmente combinata con norme di legge) implicare logicamente norme di rango legislativo. È generalmente accolta in dottrina la tesi di V. CRISAFULLI (vedi ad es. *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, V ed., Padova, 1984, 407 s.), secondo cui la Corte non creerebbe norme nuove, ma si limiterebbe (per lo più) a svolgere – «a rime obbligate», come dice Crisafulli – le implicazioni di norme preesistenti. Questa tesi tende ad accreditare l'idea che la Corte compia ragionamenti logicamente stringenti. Ma, dal punto di vista logico, è tesi priva di qualunque fondamento.

⁹ Tra le prime, la legge, ovviamente; tra le seconde, ad esempio, il precedente giurisprudenziale (p. 708).

¹⁰ In verità, non so immaginare una norma priva di fonte.

¹¹ Io direi tuttavia che i principi sono non frammenti di norme, ma piuttosto norme a fattispecie aperta, e/o generiche, e/o derogabili (*defeasible*), che pertanto non possono essere applicate senza una previa "concretizzazione", la quale consiste nel ricavare da essi regole inespresse per via di "costruzione giuridica".

¹² Riconducibile a Herbert Hart (*The Concept of Law*, Oxford, 1961) ed ai suoi epigoni.

¹³ Predicati in senso logico, detti anche termini generali classificatori, cioè espressioni che denotano (non entità individuali, ma) classi.

¹⁴ Per tacere del problema, assolutamente pervasivo, della disciplina della classe complementare a quella disciplinata dalla norma sotto esame. Data una norma che riconnetta la conseguenza giuridica G alla classe di fattispecie F, dobbiamo ritenere che la classe complementare a F (cioè la classe non-F) non sia disciplinata affatto, o invece che la essa sia tacitamente disciplinata in modo opposto? Per esempio, data una norma che ascrive un diritto D alla classe di soggetti S, dobbiamo ritenere che l'ordinamento sia lacunoso (nulla disponga) in relazione ai soggetti diversi da S, o invece che includa una norma implicita in virtù della quale i soggetti non-S non sono titolari del diritto D?

ABSTRACTS

Stefania Mabellini, *La “valorizzazione” come limite costituzionale alla dismissione dei beni culturali pubblici e come “funzione” della proprietà pubblica del patrimonio storico-artistico*

L'articolo si propone l'obiettivo di individuare il limite costituzionale delle operazioni di dismissione del patrimonio culturale pubblico.

Nel presupposto che il generale processo di erosione della proprietà pubblica incontri il proprio limite nella qualità del servizio pubblico da garantire, sembra ragionevole ritenere che la proprietà pubblica del patrimonio culturale goda di una garanzia costituzionale ogni qual volta la titolarità del bene non sia ininfluente per soddisfare la funzione di tutela, che la Costituzione, all'art. 9, assegna alla Repubblica. Alla nozione costituzionale di tutela non sembrano estranee, peraltro, talune esigenze di valorizzazione, che lo stesso Codice dei beni culturali si fa carico di garantire.

Nel contempo, alla luce del principio di sussidiarietà, si mette in dubbio che i beni del patrimonio culturale pubblico possano essere ritenuti comunque idonei ad assolvere la propria funzione, a prescindere dalla concreta destinazione all'uso pubblico.

Infine, l'articolo si sofferma sul ruolo delle Regioni nel processo di privatizzazione dei beni culturali pubblici, esaminando le attribuzioni derivanti dalla novella costituzionale del 2001 e la problematica disciplina introdotta dal d.lgs. 28 maggio 2010, n. 85, sul c.d. “federalismo demaniale”, che una più recente modifica normativa ha riportato nell'alveo della valorizzazione.

The “Improvement” as a Constitutional Limit to the Privatization of Public Cultural Heritage and the Public Property’s “Function” of Historical and Artistic Heritage

The article aims at identifying the constitutional limit with which the operations of privatization of public cultural heritage should comply.

Assuming that the general erosion of the public property finds its limit in the quality of public service to ensure, it seems reasonable that the public property of cultural heritage enjoys a constitutional guarantee whenever the ownership of the things isn't irrelevant to satisfy the function of protection that the Constitution, under art. 9, assigns to the Republic. The constitutional notion of protection seems including, however, needs of improvement, that the same Code of Cultural Heritage ensures.

At the same time, in the light of the principle of subsidiarity, it is doubtful that

the public cultural heritage can be considered suitable for its function, leaving aside the concrete allocation for the public use.

Finally, the article focuses on the role of the Regions in the process of privatization, pointing out the regional competences having its roots in the revision of Constitution approved in 2001, then the problematic legislation introduced by d.lgs. 28 May 2010, n. 85, about the so-called “Federalismo demaniale”, that a more recent measure changed, bringing it back inside the bed of improvement.

Giovanna Perniciaro, *Il (mancato) seguito delle decisioni giurisprudenziali in materia di cumulo dei mandati da parte degli organi parlamentari*

Il saggio tratta il tema del cumulo dei mandati, in particolare di parlamentare con quello di sindaco e di presidente di provincia e mira ad evidenziare le asimmetrie riscontrabili nelle discipline dei diversi livelli territoriali, nonché tra le decisioni giurisprudenziali e quelle degli organi parlamentari.

Nel saggio si ricostruisce l'evoluzione delle decisioni delle Giunte per le elezioni di Camera e Senato, nonché la giurisprudenza costituzionale sul tema del cumulo. In particolare ci si sofferma, poi, sulla sentenza n. 277 del 2011 della Corte costituzionale che ha sancito l'illegittimità della disciplina in materia di ineleggibilità parlamentari, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità tra la carica di parlamentare e quella di sindaco (di comune con più di 20 mila abitanti).

E, infine, ci si sofferma sulle ultime decisioni prese dalle Giunte delle elezioni delle Camere, che – successivamente alla pronuncia di illegittimità costituzionale – sono tornate sulle decisioni prese all'inizio della legislatura, e le quali – pur partendo dai medesimi presupposti – hanno assunto decisioni tra di loro difformi.

The (Missed) Implementation of Courts' Decisions on the Accumulation of Mandates by Parliamentary Bodies

The essay deals with the accumulation of elective offices, with a specific reference to the parliamentary mandate and the local offices. The purpose is to show the asymmetries arising at the different level of government, and the divergence between the case law in the courts and the decision taken by parliamentary bodies.

After reconstructing the previous evolution of parliamentary decision on the topic (founded on Art. 66 of the Constitution), the essay examines the jurisprudence on those cases in which the parliamentary mandate and other elective offices were held at the same time. In particular, a recent decision of the Constitutional Court (no. 277/2011) declared the unconstitutionality of the national discipline, which do not dispose the “supervening incompatibility” of a MP who decided to keep the parliamentary mandate after having been elected as President of a Province or Mayor of a city above 20,000 inhabitants.

Finally, the essay scrutinizes the latest decisions – subsequent to the judgment of the Constitutional court – taken by Parliamentary Committees (“Giunte delle elezioni”), which have adopted different positions, respectively.

Eleonora Rinaldi, *Riflessioni sulla ragionevole applicazione della insindacabilità parlamentare*

La pronuncia della Corte europea dei diritti dell’uomo sul ricorso Onorato c. Repubblica italiana costituisce l’occasione per lo svolgimento di alcune riflessioni sul controverso rapporto tra prerogative parlamentari, in particolare l’insindacabilità, ed esercizio della giurisdizione a tutela dei diritti.

Si evidenzia, in particolare, come la disciplina nazionale (art. 3, legge n. 140 del 2003) attuativa della regola costituzionale dell’insindacabilità delle opinioni espresse e dei voti dati dal parlamentare nell’esercizio delle proprie funzioni (art. 68, co. 1, Cost.) possa tradursi, in fase applicativa, in una lesione del diritto fondamentale al giudice garantito dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (articolo 6.1 CEDU).

La finalità di garantire un equilibrato bilanciamento tra diritto di accesso al giudice ed esigenza di proteggere da eventuali abusi l’esercizio delle funzioni attribuite a determinati soggetti e l’integrità di determinati collegi, attraverso la previsione dell’irresponsabilità giuridica limitatamente ai voti dati ed alle opinioni espresse nell’esercizio delle loro funzioni, non risulta infatti costantemente soddisfatta da una previsione legislativa diretta ad associare alla dichiarazione camerale di insindacabilità automatica efficacia inibente dell’azione giurisdizionale, carente un sistematico accertamento di proporzionalità in concreto della restrizione apportata al diritto di agire e difendersi in giudizio.

Né lo svolgimento di un sindacato ordinario e necessario della Corte costituzionale sull’esistenza del nesso funzionale dichiarato dalla delibera parlamentare è compatibile con l’attuale configurazione del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nel nostro ordinamento.

La pressoché sistematica condanna dello Stato italiano nei casi di mancato svolgimento del sindacato di ragionevolezza sul nesso funzionale attraverso lo svolgimento del conflitto tra poteri, impone pertanto di riflettere sulla possibilità di ricondurre alle sentenze del giudice europeo effetti ulteriori rispetto a quelli relativi al caso deciso, al fine di garantire al cittadino privato di fondamentali garanzie processuali una piena restitutio in integrum successivamente alla sentenza di condanna emessa nei confronti dello Stato italiano per violazione dell’art. 6.1 CEDU.

La riapertura del processo in seguito ad una sentenza di condanna del giudice europeo incide tuttavia sull’inoppugnabilità delle sentenze della Corte costituzionale (art. 137 Cost.) e sulla stessa funzione di organo di chiusura dell’ordinamento che questa svolge.

In ragione di ciò e dell'incidenza di un'eventuale revisione delle sentenze costituzionali su norme costituzionali di organizzazione direttamente correlate alla tutela di principi supremi del nostro ordinamento, appare auspicabile dunque una modifica della legge ordinaria attuativa della disciplina dell'insindacabilità finora non espressamente "condannata" dal giudice costituzionale italiano né dallo stesso giudice europeo.

Reflections on the Reasonable Application of Parliamentary Absolute Immunity

The recent case of *Onorato v. Italian Republic* provided the European Court of Human Rights (ECtHR) with an opportunity to point out the controversial relationship between the parliamentary rights, especially absolute immunity, and the exercise of jurisdiction to protect legal rights.

The constitutional rule that grants absolute immunity for freedom of speech and freedom to vote to members of Parliament (art. 68, par. 1, Const.) for their duties as legislators, as implemented by the national legislation (art. 3 L. 140/2003), can be easily seen as an infringement on the fundamental right to a fair trial (art. 6.1 ECHR).

Since there is no practice related to a systematic evaluation about that, the set of rules that provides an automatic inhibition of legal proceedings as consequence of the Chamber's statement of immunity seems to be not enough to ensure a balance between the right to seize the Court and prevention of potential abuse made by members of Parliament.

Moreover the decision of the Constitutional Court taken under judicial review power that confirms the functional link declared into the Chamber's statement, does not match the current configuration of jurisdictional dispute between branches of government in our system.

Furthermore as the Italian Courts consistently condemns the failure to rule on the functional link through the conflict of powers, this leads us to consider the possibility of giving the judgment of the European Court further effect than those relating to the case we are talking about, in order to ensure the private citizen the fundamental procedural guarantees for a full re-establishment (restoration to original condition – *restitutio ad integrum*) after the sentence issued against the Italian State for infringement of Article 6.1 ECHR.

However, the reopening of the case as a result of a ruling of the European Court affects the unenforceability of judgments of the Constitutional Court (Art. 137 Const.) as well as undermines the very function of protection of the legal system that the Court plays.

Therefore, for all these reasons, and in order to avoid the impact of any review to the judgments of programmatic constitutional rules directly connected with the protection of the fundamental principles of our legal system, it is being urged an amendment to the ordinary law about absolute immunity that so far has not been expressly "condemned" neither by the Italian Constitutional Court nor the European Court.

Luca Vespignani, *Leale collaborazione intersoggettiva: una regina senza terra?*

Il saggio affronta il tema della leale collaborazione tra lo Stato centrale e le autonomie regionali. In tal senso, sulla base di una verifica concernente il fondamento costituzionale del relativo principio se ne valuta la portata con riferimento a ciascuna delle tre funzioni fondamentali della sfera pubblica, giungendo, in chiusura, a svolgere alcune brevi considerazioni sulle implicazioni teoriche e metodologiche della problematica.

Loyal Intersubjective Co-operation. A Queen without a Land?

The essay deals with the loyal co-operation between State and Regional autonomies. According to that, starting from the examination of the constitutional basis of this principle, the essay follows by evaluating its impact in relation to each of the three fundamental functions of the public field, concluding, at the end, with some short considerations about the theoretical and methodological consequences of the matter.

Pietro Giuseppe Grasso, *Sulle controversie istituzionali*

Come “controversie istituzionali” s’intendono i conflitti tra titolari di poteri costituzionali all’interno di una medesima organizzazione di governo, aventi per oggetto la costituzione come grandezza unitaria, più propriamente l’ultima decisione nelle questioni politiche. È una nozione desunta dalle esperienze di monarchia costituzionale “pura” compiute in Germania, durante il periodo anteriore alla prima guerra mondiale: continue si manifestavano allora contrapposizioni tra esecutivo regio e rappresentanza parlamentare elettiva, per la preminenza effettiva. La stessa nozione pare da discernere anche in altre forme di ordinamenti, retti da governi popolari, nei quali la prima fonte del comando spesso tende a derivare dalla cosiddetta “società politica”, in particolare dai partiti politici, pure estranea e diversa dagli organi costituzionali nel senso più comune, Parlamento, capo dello Stato, Ministeri. Esempio per lo studio delle questioni accennate appare la storia costituzionale dell’Italia unita, nel corso della quale si riscontra il ripetersi di controversie, sia pure diverse secondo le forme di regime instaurate nel corso dei tempi: governo monarchico parlamentare; regime fascista; repubblica democratica parlamentare.

Institutional Controversies

“Institutional controversies” refers to conflicts between holders of constitutional powers within the same governing organisation, concerning the constitution as a measuring unity, or more properly as the final decision in political issues. This notion originates from the experiences of “pure” constitutional monarchy carried out in Germany, during the period antecedent World

War I: then, there were on-going clashes between the royal executive power and the elective parliamentary representation, for an effective prominence. The same notion seems to be recognisable also in other forms of legal systems, like those held by popular governments. In these, the primary source of command often tends to derive from the so-called “political society”, in particular from political parties, even if this is alien and different from constitutional organs in the most common sense, such as the Parliament, the head of State, the Ministries. The constitutional history of unified Italy seems to be a good exemplar for studying these issues. In its course, controversies were reiterated, although they differed according to the form of regime that was established at each time: parliamentary monarchical government, fascist regime, parliamentary democratic republic.

Paolo Maddalena, *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni*

Obiettivo della ricerca è quello di precisare, in riferimento ai beni ambientali e culturali, la disciplina della categoria dei “beni comuni”, individuata dalla Commissione Rodotà, tenendo presente l'attuale, gravissima crisi economica ed ambientale. L'autore ricorda che la Commissione Rodotà, coadiuvata da altri illustri Autori, ha felicemente individuato la categoria dei “beni comuni”, cioè di quei beni che soddisfano immediatamente bisogni umani fondamentali e sono strettamente collegati a diritti inviolabili dell'uomo, facendo leva sulla “funzione” e la “destinazione” di tali beni, ma lasciando in controluce l'aspetto proprietario. Rilevato che il problema dell'appartenenza è “centrale” nel nostro ordinamento, l'autore propone, per quanto riguarda i beni ambientali, di non abbandonare la categoria dei beni demaniali e di far ricorso, comunque, all'antico, ma ancora vivente, istituto della proprietà collettiva demaniale, il quale, a differenza della proprietà privata, consente l'uso corretto dei beni e la loro conservazione per la presente e le future generazioni.

A questo punto, con preciso riferimento al diritto romano, l'autore pone in forte evidenza che la proprietà collettiva rende i beni *extra commercium*, non potendosi alienare a singoli, beni che appartengono a tutti, mentre restano *in commercio* i beni in proprietà di privati. È in questa distinzione che riposa la migliore tutela dei beni comuni ambientali: si tratta di beni di tutti che non possono essere alienati, e cioè, è bene ripeterlo, di beni demaniali.

L'autore sottolinea, infine, che, in pieno contrasto con quanto sopra detto, il decreto legislativo n. 85 del 2010, intitolato “Federalismo demaniale”, e successive modifiche hanno trasferito dallo Stato alle Regioni il demanio idrico, il demanio marittimo, il demanio minerario ed il demanio culturale, precisando che le Regioni debbono gestire detti beni nell'interesse esclusivo delle collettività amministrative e debbono provvedere alla loro valorizzazione ai fini della vendita a privati.

Una disposizione legislativa assurda, che vende ai singoli ciò che appartiene al popolo italiano a titolo di sovranità e che è assolutamente inalienabile, inusucapibile ed inespropriabile.

The Environment and Its Components as Common Goods in Collective Ownership of the Present and Future Generations

The objective of the research is to define, with reference to the cultural and environmental heritage, the discipline of the category of “common goods” identified by the Rodotà Commission, considering the current serious economic and environmental crisis. The author remembers that the Rodotà Commission, assisted by other eminent authors, has successfully identified the category of “common goods” (ie the goods that immediately satisfy basic human needs and are closely related to fundamental human rights) leveraging on the “function” and the “destination” of such goods, and leaving aside the ownership. Once noted that the problem of ownership is “central” in our legal system, the author proposes, with regard to environmental goods, not to abandon the category of state properties, but to use, instead, the old – but still alive – concept of public collective ownership, which, unlike private property, allows the proper use of goods and their conservation for present and future generations.

So, with specific reference to ancient Roman law, the author puts in evidence that collective ownership means that the goods are *extra commercium*, not being possible to dispose of goods which belong to everyone, while private goods can be sold. Therefore, it is on this distinction that rests the better protection of environmental public goods: they are goods that cannot be alienated, that is – it is worth repeating – of public ownership.

Finally, the author emphasizes that, in contradiction with what above said, the legislative decree n. 85 of 2010 (titled “Federal State property”) and its following amendments, transferred the “ownership” of public water and the maritime, mineral and cultural goods from State to Regions, specifying that the Regions must manage such goods in the exclusive interest of the administered community and must provide for their improvement, in order to sell them to private individuals.

A preposterous legislative provision, which sells to individuals what sovereignly belongs to the Italian people and is absolutely inalienable, insusceptible of usucaption and expropriation.

Maria Alessandra Sandulli, *Riflessioni sulla responsabilità civile per le violazioni di legge commesse dagli organi giudiziari*

Lo studio coglie lo spunto da alcuni recenti interventi giurisprudenziali e da alcune proposte di legge per riflettere sull’annoso tema della responsabilità civile dei magistrati. Muovendo da un’analisi del quadro costituzionale, si pone in luce

la necessità della distinzione – ben presente nella l. n. 117 del 1988 e nella stessa giurisprudenza dell’Unione europea – tra la responsabilità direttamente imputabile ai magistrati e quella gravante sullo Stato per fatti di questi ultimi, evidenziando altresì i rischi di condizionamento che un’eccessiva estensione di tali responsabilità potrebbe esplicare sui tempi e sui contenuti delle decisioni giurisdizionali. Lo scritto esamina a questo proposito significativamente l’ordinanza con cui la VI sezione del Consiglio di Stato, nel marzo 2011, ha rimesso alla Corte di Giustizia una serie di questioni sulle modalità di rinvio pregiudiziale.

Reflections on the Civil Liability for Law Violations Committed by the Courts

The study takes its cue from recent case law and some draft bills to reflect upon the old theme of the civil liability of judges. Setting out from an analysis of the constitutional framework, it highlights the need for the distinction – as in the law n. 117 of 1988 and in the European union case law itself – between the liability directly attributable to the judges and that bearing on the State for their wrongdoings; as well as highlighting the risks of undue influence that an excessive extension of such liability may exert on the duration and content of judgments. The paper examines in this regard the order with which in March 2011, the sixth section of the Consiglio di Stato has significantly referred to the European Court of Justice a number of questions on the modalities for preliminary ruling.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

STEFANIA MABELLINI, Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Roma “Tor Vergata”

GIOVANNA PERNICIARO, Assegnista di ricerca in Diritto pubblico, Luiss Guido Carli di Roma

ELEONORA RINALDI, Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico, Università “Sapienza” di Roma

LUCA VESPIGNANI, Professore associato di Diritto costituzionale, Università di Modena

PIETRO GIUSEPPE GRASSO, Professore emerito di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Pavia

PAOLO MADDALENA, Giudice emerito della Corte costituzionale

MARIA ALESSANDRA SANDULLI, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università Roma Tre

RICCARDO GUASTINI, Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università di Genova

Il sommario e gli *abstracts* dei contributi pubblicati in ciascun fascicolo sono reperibili anche in **www.editorialescientifica.com**, nella apposita pagina web dedicata a «Diritto e società».

La direzione e la redazione di «Diritto e società» hanno sede in Roma, presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

La Rivista “Diritto e Società” – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansoni e da Cedam.

La Rivista è dotata di un Comitato di direzione che ha il compito di curarne la gestione, con specifico riguardo al programma editoriale. A tale fine la direzione si avvale della collaborazione del Comitato scientifico.

I lavori proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono vagliati dal Comitato di direzione e successivamente sottoposti ad almeno due esperti esterni al Comitato di direzione e al Comitato scientifico. I contributi sono inviati ai *referees* in forma anonima e dopo aver eliminato anche i riferimenti, non solo bibliografici, che possano determinarne la riconoscibilità. Allo stesso modo, rimangono anonimi per l'autore del contributo gli esperti esterni che procedono alla valutazione.

I *referees* cui sottoporre i contributi sono scelti dal Comitato di direzione da un elenco approvato e periodicamente aggiornato dal predetto Comitato. Tale elenco è composto da professori ordinari di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica, in numero non inferiore a quindici.

Il parere degli esperti, che deve attenersi ai criteri definiti in via generale dal Comitato di direzione, è comunicato in via riservata al predetto Comitato. In caso di parere non unanime dei *referees*, il Comitato di Direzione decide a maggioranza sulla pubblicazione.

In casi particolari, quali ad esempio la pubblicazione di relazioni svolte a Convegni, il Comitato di direzione può decidere di non sottoporre il lavoro alla valutazione di esperti esterni alla Rivista. Ad ogni modo, a detta valutazione sono soggetti almeno il 60% dei lavori pubblicati in ciascun fascicolo.

Per questo fascicolo sono stati sottoposti a valutazione di esperti esterni alla Rivista i contributi di Mabellini, Perniciaro, Rinaldi, Vespignani e Grasso.

Amministrazione
Editoriale Scientifica srl
80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. / fax 081 5800459
info@editorialescientifica.com
www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile
Maria Alessandra Sandulli

Abbonamenti
All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.
Abbonamento 2012: Italia euro 120,00, estero euro 250,00

Registrazione
Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di novembre 2012
dalle *Arti Grafiche Solimene* - Napoli